

26. Jahrgang
2/2013

Volume 26
2/2013

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 39,50 (inkl. MwSt. 7% und Porto und Versand); Auslands-Abonnementpreis jährlich EUR 49,00 (inkl. Porto und Versand); Einzelheftpreis Inland: EUR 11,50 (inkl. MwSt. 7%, zzgl. Porto und Versand EUR 1,45); Einzelheftpreis Ausland: EUR 23,50 (inkl. Porto, Versand und Bankgebühren).

Bestellungen unter DRK-Service GmbH, Geschäftsbereich Verlag, Berliner Straße 83, 13189 Berlin, Tel. (0 30) 86 87 78-4 10, Fax (0 30) 86 87 78-4 19, 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) 86 87 78-4 10, Fax (0 30) 86 87 78-4 19, E-Mail: verlag@drkservice.de

Druck:

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

Redaktion:

Prof. Dr. Hans-Joachim Heintze (verantwortlicher Chefredakteur) und **Charlotte Lülf, LL.M., M.A.** (stellv. Chefredakteurin), IFHV Bochum; **Prof. Dr. Robin Geiß, LL.M. (NYU)**, Universität Potsdam; **Ass. Prof. Dr. Robert Heinsch, LL.M.**, Universität Leiden; **Dr. Jana Hertwig, LL.M.** (Eur. Integration), Bochum; **Ass. Prof. Dr. Jann K. Kleffner, LL.M.**, Swedish National Defence College, Stockholm; **Prof. Dr. Math Noortmann, LL.M., MSc**, Oxford Brookes University; **Dr. Stefanie Haumer**, DRK 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 (JILPAAC)

26. Jahrgang
2/2013

Volume 26
2/2013

Editorial 55

Beiträge / Notes and Comments

Artikel / Articles

Zero Dark Thirty: A Critical Evaluation of the Legality of the Killing of Osama bin Laden under International Humanitarian Law
Sarah Cunningham 56

Justice Delayed is Justice Denied? – Eine Zwischenbilanz der Tätigkeit der ECCC
Frank Selbmann / Patrick Kroker 64

International Humanitarian Law in Times of Contemporary Warfare – The New Challenge of Cyber Attacks and Civilian Participation
Charlotte Lülf 74

Panorama / Panorama

Urteilsbesprechung / Jurisprudence Review

Der Fall „Kunduz“: Amtshaftung am Scheideweg?
Elizabeth Henn 83

Verbreitungsarbeit / Dissemination Work

Die abwechslungsreiche Arbeit eines Konventionsbeauftragten auf Kreisebene: Zwanzig Jahre Verbreitungsarbeit in Stuttgart – Ein Rückblick
Christian B. Schad 90

Konferenzen / Conference Reports

150 Jahre Humanitäres Völkerrecht, 23. Tagung der Bundeswehr und des Deutschen Roten Kreuzes zum Humanitären Völkerrecht, 22. bis 23. März 2013 in Ettlingen
Andreas Herzig 94

2nd Bochum/Åbo Workshop on Autonomy, International Workshop of the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict (IFHV, Germany) in conjunction with Åbo Akademi University (Finland), 8 March 2013 at the Ruhr University Bochum, Germany
Isabel Düsterhöft 95

The Khmer Rouge Tribunal and its Contribution to Transitional Justice, Diskussionsveranstaltung mit dem internationalen Co-Ankläger des Khmer-Rouge-Tribunals, Andrew Cayley, 26. Februar 2013 in Cambridge, USA
Sebastian Schliek / Elisa Hoven 100

Buchbesprechungen / Book Reviews

Klaus Bachmann / Thomas Sparrow-Botero / Peter Lambert, When Justice Meets Politics: Independence and Autonomy of Ad Hoc International Criminal Tribunals, Studies in Political Transition, Volume 2, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main 2013
Isabel Düsterhöft 101

Tom Haeck, Armed Conflict, International Disturbances or Something Else? The Lower Threshold of Non-International Armed Conflict, Lambert Academic Publishing, Saarbrücken 2012
Sven Peterke 104

Sandesh Sivakumaran, The Law of Non-International Armed Conflict, Oxford University Press, Oxford 2012
Sven Peterke 105

NEUERSCHEINUNGEN IM BWV

Ursula Werther-Pietsch & Thomas Ritzer (Hrsg.)

Failed States – Staatsaufbau als Konfliktprävention

Globale Auswirkungen bewaffneter Konflikte, struktureller Gewalt und schwacher Staatlichkeit verlangen nach globalen Antworten. Eine Reihe von zivilen und militärischen Akteuren engagiert sich in sogenannten „failed states“ – von Stabilisierung, Konflikttransformation und Peacebuilding bis hin zum Aufbau staatlicher Strukturen. Kann Intervention „von außen“ erfolgreich sein? Das Werk fasst die neuesten Erkenntnisse zusammen und analysiert internationale Missionen anhand von sechs Fallbeispielen. Es ist ein Beitrag zum aktuellen Thema Friedens- und Konfliktforschung.

2012, 222 S., 8 s/w Abb., kart., 42,- €, 978-3-8305-3150-0

Ingrid Piela

Walter Hallstein – Jurist und gestaltender Europapolitiker der ersten Stunde

Politische und institutionelle Visionen des ersten Präsidenten der EWG-Kommission (1958–1967)



Europa beherrscht die Schlagzeilen. Mehr als 60 Jahre Frieden machen eine Erfolgsgeschichte daraus, Krisen und Rückschläge halten die Welt in Atem. Dabei kann es hilfreich sein, sich die Ursprünge der heutigen Europäischen Union zu vergegenwärtigen. Der vorliegende Band widmet sich Walter Hallstein, dem ersten Präsidenten der EWG-Kommission (1958–1967).

Als Gründungsvater und Architekt Europas ist er maßgeblich an der Ausgestaltung und Umsetzung des Schuman-Plans und der Römischen Verträge beteiligt gewesen. Doch in Literatur und Wissenschaft wird er vielfach vernachlässigt. Nach einem biographischen Kapitel arbeitet die Autorin anhand Walter Hallsteins Hauptwerk „Der unvollendete Bundesstaat“, durch Heranziehung seiner Reden, durch Gespräche mit Zeitzeugen und durch die Auswertung von Schriftstücken aus seinem umfangreichen Nachlass seine institutionellen und politischen Europa-Visionen heraus, die auf ein Endziel gerichtet waren – den europäischen Bundesstaat. Die Bibliographie im Anhang erleichtert die weitere Forschungsarbeit, die Zeittafel ordnet das Geschehen in den europäischen Kontext ein. Der Band bietet nicht nur Juristen, Politikwissenschaftlern und Historikern,

sondern auch dem interessierten Laien, einen umfassenden Eindruck über den Menschen Walter Hallstein, den Rechtsprofessor, den gestaltenden Europapolitiker, Autor und Redner und gibt einen Einblick in die Anfänge der Europäischen Integration.

2012, 186 S., kart., 39,- €, 978-3-8305-3139-5

Wolfgang Benedek (ed.)

Understanding Human Rights Manual on Human Rights Education

This Manual was first elaborated a decade ago at the initiative of the former Austrian Minister for Foreign Affairs, Ms. Benita Ferrero-Waldner, by the European Training and Research Centre for Human Rights and Democracy (ETC) based in Graz, Austria, in collaboration with HSN Partners and more than thirty institutions and experts. For the third edition of 2012, the whole text has been revised and updated, and three new chapters have been compiled. The Manual is intended as an essential and concrete contribution to strengthening human security through human rights education and learning. Though based on the universality of human rights it is sensitive to historical, religious and cultural traditions. The Manual is addressed to human rights educators and learners worldwide and serves human rights trainers in formal as well as non-formal education. It contains a variety of pedagogical materials to be used in human rights education of either youth or adults. It is designed in an open-ended way to be contextualised and completed by trainers and learners on the basis of their own experiences.

2012, 547 S., kart., 29,80 €, 978-3-8305-3024-4



BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Markgrafenstraße 12–14 • 10969 Berlin • Tel. 030 / 841770-0 • Fax 030 / 841770-21

E-Mail: bwv@bwv-verlag.de • Internet: <http://www.bwv-verlag.de>



Editorial

Das zweite Heft der HuV-I 2013 widmet sich verschiedenen Fragen des humanitären Völkerrechts und Völkerstrafrechts sowie der Verbreitungsarbeit und diskutiert aktuelle Entwicklungen in diesen Rechtsgebieten.

Sarah Cunningham analysiert die Operation Geronimo, die zur Tötung Osama bin Ladens führte. Die Legalität der gezielten Tötung bin Ladens nach den Maßgaben des humanitären Völkerrechts steht dabei im Fokus.

Eine Zwischenbilanz der Arbeit der Außerordentlichen Kammern in den Gerichten von Kambodscha wird von Frank Selbmann und Patrick Kroker geliefert. Die entscheidenden Verfahren und aktuellen Herausforderungen des hybriden Gerichts werden dabei besonders herausgestellt.

Die Beteiligung von Zivilisten in Cyberattacken stellt eine neue Herausforderung für das humanitäre Völkerrecht dar. Aktuelle Entwicklungen und rechtliche Grundlagen werden von Charlotte Lülfi diskutiert.

In der Rubrik „Urteilsbesprechungen“ widmet sich Elizabeth Henn der Frage der Wiedergutmachung für Opfer internationaler bewaffneter Konflikte. Sie beurteilt die Schadensersatzklagen in der Kunduz-Affäre, die derzeit vor dem Landgericht Bonn verhandelt werden. Fragen der Amtshaftung, des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen und möglicher Hinderungsgründe werden behandelt.

20 Jahre Verbreitungsarbeit – Christian B. Schad liefert einen Rückblick über die Aufgaben eines Konventionsbeauftragten auf Kreisebene.

Aktuelle Diskussionen und Entwicklungen im humanitären Völkerrecht werden in der Rubrik „Konferenzberichte“ abgebildet. Die 23. Tagung in Ettlingen anlässlich des 150-jährigen Jubiläums der Gründung des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz gibt hierzu einen Einblick. Rechtsfragen zu Autonomiegebieten und die Frage nach dem Beitrag der Außerordentlichen Kammern in den Gerichten von Kambodscha für die Weiterentwicklung des Völkerstrafrechts werden ebenfalls diskutiert.

Auch die Neuerscheinungen des letzten Jahres zeigen aktuelle Themen und Schwerpunkte in der (humanitär-)völkerrechtlichen und völkerstrafrechtlichen Debatte auf. Bachmann, Sparrow-Botero und Lambertz erörtern die Unabhängigkeit von ad hoc-Tribunalen, während Haeck sowie Sivakumaran sich dem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt zuwenden.

Die Redaktion schließt mit dem Hinweis, dass der Inhalt der Beiträge nicht notwendigerweise die Meinung der Redaktion widerspiegelt.

Wir wünschen Ihnen viel Freude und interessante Einblicke bei der Lektüre.

Charlotte Lülfi
Stellvertretende Chefredakteurin

Zero Dark Thirty: A Critical Evaluation of the Legality of the Killing of Osama bin Laden under International Humanitarian Law

Sarah Cunningham*

Durch den Kinostart des Hollywood-Blockbusters „Zero Dark Thirty“ hat die Operation, in der Osama bin Laden getötet wurde, erneut Aufmerksamkeit erregt und eine Debatte zur Frage der „gezielten Tötung“ im Allgemeinen ausgelöst. Vor dem Hintergrund des internationalen humanitären Völkerrechts stellt dieser Aufsatz die Legalität dieser gezielten Tötung infrage. Dies geschieht anhand der Bestimmung, ob die USA an einem internationalen oder nicht-internationalen Konflikt gegen Al Qaida teilgenommen haben; ob bin Laden ein zulässiges militärisches Ziel war; ob die Durchführung der Operation den Vorgaben des internationalen humanitären Völkerrechts entsprach, das heißt, ob es den Erfordernissen der Unterscheidung, Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit entspricht. Dieser Aufsatz zeigt auf, dass die Operation wohl nicht mit dem internationalen humanitären Völkerrecht in Einklang steht. Abschließend setzt sich der Aufsatz damit auseinander, ob internationales humanitäres Völkerrecht im Hinblick auf die gezielte Tötung als unzulänglich anzusehen ist, und zeigt auf, welche Schlüsse aus dieser Operation gezogen werden können.

With the release of Hollywood blockbuster ‘Zero Dark Thirty’ renewed attention has been paid to the Operation in which Osama bin Laden was killed, and questions have again begun circulating about the US programme of ‘targeted killings’ more generally. Using the framework of international humanitarian law, this essay critically evaluates the legality of this particular targeted killing. By determining whether the US was participating in an international or non-international conflict against Al-Qaeda; whether bin Laden was a legitimate military target; and whether the Operation itself was conducted within the parameters of international humanitarian law, that is whether it satisfied the requirements of distinction, proportionality and (arguably) necessity, this essay reveals the Operation was most likely illegal under international humanitarian law. The essay concludes by discussing the inadequacy of international humanitarian law as it applies to targeted killing, and offers some general lessons to be learned from the Operation.

1. Introduction

On 2 May 2011 in Tilburg, the Netherlands, two Dutch lawyers approached their local police station to report a killing. In their words, “[t]here is a murderer who has admitted the deed on television and who dumped the evidence at sea. And the whole world is celebrating.”¹

Meanwhile, across the Atlantic Ocean, jubilant crowds, singing “USA, USA” and waving American flags, gather outside the White House and at Ground Zero in New York to hear their proud leader rejoice that “[j]ustice has been done.”² Just shy of a decade since he masterminded the terrorist attacks of 9/11, Osama bin Laden, head of the Al-Qaeda terrorist network, was killed in his home in Abbottabad, Pakistan by US Navy SEALs. His death marked the conclusion of the previous three US Presidents, Clinton, Bush, Jr. and Obama’s, pledges to ‘kill bin Laden’.

Yet, the global ‘War on Terror’ which 9/11 ignited still lives on. Moreover, ‘Operation Geronimo’ (Operation) in which bin Laden was killed was not an exceptional event but instead was part of a larger policy of ‘targeted killings.’ Defined as the “extra-judicial, premeditated killing by a state of a specifically identified person not in its custody,”³ targeted killing has generated considerable controversy in recent years through its utilisation by the US in combating Al-Qaeda, particularly in the border regions of Afghanistan and Pakistan through the use of unmanned aerial drones. As it is designed neither to capture the terrorist nor as punishment for his past actions, targeted killing is the most coercive method employed in counter-terrorism operations, as its aim is to eliminate the terrorist threat even before it has manifested.

Undoubtedly terrorism has changed the rules of the game. The means used to combat this threat must likewise adapt. However, to remain credible and internationally accepted, such means must remain in compliance with international law. It is unfortunate therefore that targeted killings exist in a murky legal framework. This is nowhere more evident than in the debates surrounding the legality of the Operation in which bin Laden was killed.

In determining whether the Operation was legal under international law it is first necessary to determine which legal framework is applicable. Concerning the lethal use of force, there are two possibilities: international humanitarian law (IHL) and international human rights law (IHRL). As stated by the International Court of Justice (ICJ), the former is *lex specialis* to the latter;⁴ IHRL only applying if the conditions for IHL are not met. As IHL is less restrictive in determining who can be targeted and in which circumstances, it is to be expected the US will argue it is these rules which are relevant

* Ph.D. Candidate, University of Lincoln; LL.M. Leiden University (2012); LL.B. (Hons.) University of Glasgow (2010). All websites accessed on 7 May 2013.

¹ M. Milanovic, Was the Killing of Osama bin Laden Lawful?, 2 May 2011, <http://www.ejiltalk.org/was-the-killing-of-osama-bin-laden-lawful/>.

² No Author, Obama on bin Laden: The Full “60 Minutes” Interview, 8 May 2011, http://www.cbsnews.com/8301-504803_162-20060530-10391709.html.

³ R. Murphy/ A. Radsan, Due Process and Targeted Killing of Terrorists, in: *Cardozo Law Review* 31 (2009), p. 405.

⁴ ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996 (I), p. 226, para. 25.

for the Operation. For this reason, and for reasons of space, this essay will only be concerned with IHL.

This essay is divided into four chapters. Chapter 2 critically evaluates the legality of the killing of bin Laden under IHL. Using his death as a case study, Chapter 3 then appraises targeted killings more generally and addresses the suitability of IHL as it stands today to meet this new threat posed by terrorism. Finally, Chapter 4 offers some brief conclusions.

With the two year anniversary of his death not long passed, and with Hollywood blockbuster ‘Zero Dark Thirty’ bringing renewed attention to the topic, the time is ripe to evaluate whether the US, in killing bin Laden, ultimately violated its legal obligations under IHL.

2. Legality of the Operation under International Humanitarian Law

IHL requires the existence of an armed conflict before it becomes operational. If this condition is satisfied, IHL is applicable and applies to all parties to the conflict, regardless of the legality of the armed conflict – thus any question of the legality of the Operation under *jus ad bellum* principles, that is whether the US could legally enter and target bin Laden in Pakistani territory, is irrelevant for IHL purposes.

Moreover, with the adoption of the United Nations (UN) Charter, the need for a declaration of war to establish the existence of an armed conflict has disappeared;⁵ customary international law now requires a finding of an armed conflict on the basis of certain objective criteria.

An armed conflict can be either international or non-international in nature. The answer determines the exact rules which are applicable to the Operation; the 1907 Convention IV respecting the Laws and Customs of War on Land and its Annex (Hague Regulations) and the four Geneva Conventions of 1949 and Additional Protocol I 1977 applying to the former, and only Common Article 3 of the four Geneva Conventions of 1949 and Additional Protocol II 1977 applying to the latter. Importantly, who qualifies as a legitimate target differs depending on the qualification.

In evaluating the legality of the Operation in which bin Laden was killed, it is therefore imperative to determine whether the US was engaged in an international or non-international armed conflict with Al-Qaeda.

2.1. Was There an International Armed Conflict between the US and Al-Qaeda?

Traditionally, an international armed conflict has been determined by the use of force, however incidental, between states. This is supported by the International Committee of the Red Cross (ICRC) Commentary on Common Article 2 of the Geneva Conventions which defines an international armed conflict as, “[a]ny difference arising between two states and leading to the intervention of armed forces. [...] It makes no difference how long the conflict lasts, or how much slaughter takes place.”⁶ Common Article 3 of the Geneva Conventions captures everything else as a non-international armed conflict.

Indisputably, when the US initiated ‘Operation Enduring Freedom’ in October 2001, it was engaging in an interna-

tional armed conflict with Afghanistan (note: not with Al-Qaeda specifically). Nevertheless, this was highly specific to the circumstances, with the Governments of the US and United Kingdom (UK) adopting the position that the Taliban *de facto* government of Afghanistan bore responsibility for Al-Qaeda for a number of reasons. These included, that the Taliban, “shared funding, assisted and cooperated with Al-Qaeda. Al-Qaeda members fought in Afghanistan’s civil war alongside the Taliban. The acts of Al-Qaeda could, therefore, be attributed to the Taliban, and, thereby, Afghanistan became legally responsible for Al-Qaeda’s [...] attacks.”⁷

More controversial is the US position that the armed conflict is not confined to Afghan territory but follows members of Al-Qaeda wherever they may venture. This is evident in the various nationalities of detainees in Guantanamo Bay and the practice of targeted killings in areas outside the ‘hot battlefield’ of Afghanistan. Indeed bin Laden was killed in Pakistan. Can there be a new international armed conflict with any state the terrorist may seek refuge in? Former US Legal Advisor of the Department of State, John Bellinger III, tempered this proposition somewhat by stating this would only apply where a state was unwilling or unable to prevent its territory from being used by terrorists as a base for launching attacks.⁸

Nevertheless, some commentators caution this understanding of a ‘global battlefield’ could “lead to an incalculable escalation of the use of force,”⁹ and for reasons of international comity should be rejected.

A better approach would be to say the US is not engaged in an international armed conflict, beyond the immediate battlefield in Afghanistan. Perhaps a determination of the armed conflict as being of a non-international character would be more appropriate.

2.2. Was There a Non-International Armed Conflict between the US and Al-Qaeda?

In *Hamdan v. Rumsfeld*, the US Supreme Court found that the US was engaged in a non-international armed conflict with Al-Qaeda.¹⁰

The US approach, however, is at odd with the traditional understanding of non-international armed conflicts as conflicts within the territory of a state which are more than “internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature.”¹¹

⁵ The rhetorical description of the US’s fight against terrorism as a ‘war on terror’ is therefore irrelevant; the US has likewise declared a ‘war on poverty’ and a ‘war on drugs’.

⁶ ICRC, Commentary, Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva, 12 August 1949, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/365-570006?OpenDocument>.

⁷ M. O’Connell, The Choice of Law against Terrorism, in: *Journal of National Security Law & Policy* 4 (2010), p. 327.

⁸ M. Lederman, The U.S. Perspective on the Legal Basis for the bin Laden Operation, 24 May 2011, <http://www.opiniojuris.org/2011/05/24/the-us-perspective-on-the-legal-basis-for-the-bin-laden-operation/>.

⁹ T. Darnstädt, Was bin Laden’s Killing Legal?, 3 May 2011, <http://www.spiegel.de/international/world/0,1518,760358,00.html>.

¹⁰ Supreme Court of the United States, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 US 557 (2006).

¹¹ Article 1 (2), Additional Protocol II to the Geneva Conventions (1977).

Both Common Article 3 of the Geneva Conventions and Article 1 (1) of Additional Protocol II allude to internal domestic armed conflicts. This would seem to exclude a non-international armed conflict between a state and a terrorist organisation operating from outside its territory.

The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) in Tadić articulated a test for a non-international armed conflict. This required “protracted armed violence between governmental authorities and organised armed groups or between such groups within a state.”¹² There are two elements to this test: organisation of the armed groups to the fighting; and a certain intensity of violence. This standard is adopted by the International Criminal Court¹³ and has been endorsed by the ICRC.¹⁴

If the Tadić test had been applied by the US Supreme Court it is possible the result would have been different. The second element of an intensity of violence would likely have been satisfied by the attacks of 9/11. In fact, it may have been met even earlier, with the US embassy bombings in Kenya and Tanzania in 1998 or the 2000 attack on the USS Cole. Nevertheless, given Al-Qaeda’s “network”¹⁵ structure, it would prove difficult to argue Al-Qaeda had “a common structure and disciplinary rules and mechanisms within the group” or on issues relevant to the organisation “speak[s] with one voice”; two factors the Tribunal was later to identify as crucial to the first element of the test.¹⁶

If, however, it could be shown that Al-Qaeda is an ‘organised group’ and one adopts the Hamdan v. Rumsfeld test that a non-international armed conflict can involve a state and a terrorist organisation outside of that state, any one of the acts of terrorism Al-Qaeda executes may create a non-international armed conflict wherever it occurs. This would better justify the US targeting a terrorist wherever they are found rather than the ‘global battlefield’ theory. Indeed, such non-international armed conflicts could run parallel to the international armed conflict in Afghanistan, as the ICJ and ICTY have both held that international armed conflicts and non-international armed conflicts are not mutually exclusive in a specific conflict situation.¹⁷

There could therefore be a non-international armed conflict between the US and Al-Qaeda in Pakistan, where bin Laden was eventually killed.

2.3. Was bin Laden a Combatant under International Humanitarian Law?

If there is indeed an armed conflict between the US and Al-Qaeda, whether international or non-international in nature, under customary IHL combatants are legitimate military targets.¹⁸ This is the stance adopted by the US Justice Department who viewed bin Laden as “a lawful military target.”¹⁹

If bin Laden satisfies the definition of a combatant then the US would be legally permitted to target, and kill, him at any time, unless he was *hors de combat*²⁰ or had otherwise surrendered.²¹ If, however, bin Laden was not a combatant, the negative definition provided by Article 50 (1) Additional Protocol I to the Geneva Conventions, implies that he was a civilian.²² As a civilian he was protected by customary international law²³ unless and for such time as he directly partici-

pated in hostilities and the US could not have legitimately targeted him.

Yet, in a ‘war on terror’ these traditional categories are not easily discernible. In case of doubt, an individual will be considered a civilian.²⁴

2.3.1. Bin Laden as a Combatant under International Humanitarian Law Relating to International Armed Conflict

In international armed conflict a ‘combatant’ is a member of the armed forces of a state to the conflict or a member of an organised group who: (a) is commanded by a responsible authority; (b) wears a fixed, distinctive emblem, recognisable at a distance; (c) carries his weapons openly; and (d) follows the laws and customs of war.²⁵

Al-Qaeda, and bin Laden, are not part of the armed forces of any state. Even allowing that the first three conditions for the organised group criteria are met, terrorists in general, and bin Laden in particular, do not and could not comply with the laws and customs of war, given the character of their activities, that is the intentional targeting of civilians.

Bin Laden therefore was not a ‘combatant’ in any international armed conflict that the US may have been engaged in with Al-Qaeda.

2.3.2. Bin Laden as a Combatant under International Humanitarian Law Relating to Non-International Armed Conflict

Unlike in international armed conflict, in non-international armed conflict, there is no definition of a ‘combatant’. Anx-

¹² ICTY, Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70.

¹³ Article 8 (2) (f), Rome Statute of the International Criminal Court (1998).

¹⁴ ICRC, How is the Term ‘Armed Conflict’ Defined in International Humanitarian Law?, 17 March 2008, <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>.

¹⁵ “Al-Qaida has obviously had a network structure for some time. In a network, it isn’t clear who gives the orders in individual instances.” T. Darnstädt, *supra* note 9.

¹⁶ ICTY, Prosecutor v. Haradina, Case No. IT-04-84-T, Judgement, 3 April 2008.

¹⁷ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), Merits, ICJ Reports 1986, p. 14, para. 219; Prosecutor v. Tadić, Judgement, Appeals Chamber, IT-94-1-A, 15 July 1999, para. 84.

¹⁸ ICRC, Customary International Humanitarian Law Study, <http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1>, Rule 1.

¹⁹ No Author, Is Osama bin Laden Killing Legal? International Law Experts Divided, 7 May 2011, <http://www.ibtimes.com/articles/142448/20110507/osama-bin-laden-killing-legal-violate-international-law-experts-lawyers-divided.htm>.

²⁰ Article 41, Additional Protocol I to the Geneva Conventions (1977).

²¹ Articles 23 (c) and 23 (d), Hague Regulations; Common Article 40, Additional Protocols to the Geneva Conventions (1977).

²² “A civilian is any person who does not belong to one of the categories of persons referred to in Articles 4(a)(1), (2), (3) and (6) of the Third Geneva Convention and in Article 43 of this Protocol.”

²³ Articles 48 and 51 (3), Additional Protocol I to the Geneva Conventions (1977); Articles 13 (2) and 13 (3), Additional Protocol II to the Geneva Conventions (1977).

²⁴ Article 51 (1), Additional Protocol I to the Geneva Conventions (1977).

²⁵ Article 1, Hague Regulations.

ious of bestowing legitimacy or the privileges which come with the title, states have been reluctant to grant the status of ‘combatant’ to non-state entities.

This lack of a definition however should cause no problems in practice. As Common Article 3 and Additional Protocol II to the Geneva Conventions protect only “[p]ersons taking no active part in the hostilities,” everyone else is a legitimate target. The implication from this is that a person can be targeted if they participate in hostilities or there are other indications of their ‘combatant’ role.

Applied to the Operation, bin Laden could only be legitimately targeted in any non-international armed conflict the US was engaged in if he was participating in hostilities at the time of his death or his ‘combatant’ role had been evidenced. Bin Laden had been under surveillance by US intelligence for months, during which time he never left the compound. It therefore is questionable whether he was participating in hostilities for these purposes. Moreover, due to the sensitivity of the information, one can only speculate whether the US possessed evidence of bin Laden’s role as a ‘combatant’. Given the presumption of civilian status in case of doubt,²⁶ the burden is on the US to prove these criteria. In the absence of evidence, bin Laden would be protected, and the Operation would be contrary to IHL.

2.3.3. Bin Laden as a Civilian Taking a Direct Part in Hostilities

If not a combatant, bin Laden was, by implication, a civilian,²⁷ and if he took a direct part in hostilities, he was a legitimate military target.

Articles 51 (3) Additional Protocol I and 13 (3) Additional Protocol II provide that the protection traditionally afforded to those with the status of civilian persists “unless and for such time as they take a direct part in hostilities,”²⁸ in both international and non-international armed conflict respectively. In determining whether actions amount to taking a “direct part in hostilities,” it is assessed whether “by their nature or purpose [they] are likely to cause actual harm to the personnel and equipment of the enemy armed forces.”²⁹

Despite this narrow definition, which arguably excludes terrorist acts where the nature or purpose is to harm civilians, not military personnel, Antonio Cassese, in his opinion to the Israeli Supreme Court in Targeted Killing did not dispute that ‘hostilities’ could encompass terrorist attacks.³⁰

However, as soon as the hostile act is completed, the individual’s protection is revived and he may not be targeted. This narrow interpretation has been dubbed “farmer by day, fighter by night,”³¹ and is consistent with the principle of distinction which allows civilians only to be targeted when they pose an immediate threat. This view is adopted by the UN Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions.³² However, this has led to the ‘revolving door’ dilemma, whereby a person is a legitimate target only as long as he actively participates in a targetable activity, for example by holding a weapon to be used against the enemy; as soon as his weapon is laid down he is again protected by international law.³³ In an age of asymmetrical warfare, this tenuous distinction unduly favours the terrorist.

The ICRC goes some way towards remedying this by introducing a new category: persons in an organised armed group

who have a “continuous combat function.”³⁴ Such members “cease to be civilians [...] and lose protection against direct attack.”³⁵ This status could arguably be applied to members of terrorist organisations whose aim is to participate in hostilities, as such participation is implicit in their membership. This would bring terrorists closer to the status of combatants.

It is alleged bin Laden instigated, planned and financed terrorist attacks against the US and the West. This undoubtedly satisfies the threshold of “actual harm” required by Additional Protocol I. However, it is unknown whether further hostilities were being planned or financed in the days prior to his death (although note: materials were seized from the compound which allegedly evidenced the intention for further attacks).³⁶ Given the presumption of civilian status in case of doubt, the burden is on the US to prove bin Laden’s participation in the hostilities. In the absence of evidence, bin Laden would be protected. Nevertheless, this could be circumvented by relying on the new ICRC category. Given the ongoing threat posed by Al-Qaeda, it is possible that bin Laden had a “continuous combat function” stemming from his last participation in hostilities, if not from his membership in the terrorist organisation. If accepted this would make bin Laden a legitimate target under international law (although, as noted above, it is questionable whether Al-Qaeda qualifies as an ‘organised armed group’).

2.3.4. Bin Laden as an Unlawful Combatant?

A final, and controversial, status which could have been applied to bin Laden is “unlawful combatant.” Falling some-

²⁶ Article 51 (1), Additional Protocol I to the Geneva Conventions (1977).

²⁷ *Supra* note 22.

²⁸ Although the US is not party to the Additional Protocols, the ICRC considers the provisions relating to civilians taking a direct part in hostilities to constitute customary international law. ICRC, *supra* note 18, Rule 6.

²⁹ ICRC, Commentary, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750001?OpenDocument>, para. 1942.

³⁰ D. Kretzmer, Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?, in: *European Journal of International Law* 16 (2005), p. 192.

³¹ N. Rostow, The Laws of War and the Killing of Suspected Terrorists: False Starts, Rabbit Holes, and Dead Ends, in: *Rutgers Law Review* 63 (2011), p. 1225.

³² Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Study on Targeted Killings, Addendum, P 79, UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010, p. 62.

³³ D. Kretzmer, *supra* note 30, p. 193.

³⁴ ICRC, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, May 2009, <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf>, pp. 32-35.

³⁵ *Id.*, p. 21.

³⁶ The materials seized have been compared to a “small college library” and allegedly show the compound was an “active command and control centre,” with bin Laden involved in “operational planning” and “driving tactical decisions.” Anonymous US intelligence and security officials have said the documents revealed bin Laden had “calculated how many Americans would have to die before the US withdrew from the Middle East” and “encouraged his followers to attack cities such as Los Angeles, as well as New York.” H. McArdle, Obama Calls for Probe into bin Laden Raid, 9 May 2011, <http://www.heraldscotland.com/news/world-news/obama-calls-for-probe-into-bin-laden-aid-1.1100280>; No Author, Bin Laden Death ‘not an Assassination’ – Eric Holder, 12 May 2011, <http://www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-13370919>.

where between a civilian and a combatant, an unlawful combatant “is a person who takes up arms, without authority, in defiance of the laws of war.”³⁷ To the US, senior Al-Qaeda members are “enemy combatants.”³⁸

As IHL regulates hostilities fought by combatants and by civilians taking a direct part in hostilities it is debatable what protection, if any, is afforded to unlawful combatants under international law. Until recently, unlawful combatants have been viewed as having no protection whatsoever and have been subjected to summary execution once captured.³⁹ This practice would now be contrary to various international instruments and human rights standards. Yet if unlawful combatants, as non-combatants, were to be considered by default as civilians, then they would be rewarded for not abiding by the laws of war.

A better view would be to reject this category entirely. It is not supported by international law and erodes the crucial distinction between combatants and civilians which IHL is premised upon – a distinction already diluted by the third category of civilians taking a direct part in hostilities. Indeed, this status was rejected by Israeli Supreme Court President Aharon Barak in Targeted Killing, although he left open the possibility of a new norm emerging.⁴⁰

Bin Laden was therefore not an unlawful combatant as there is no separate category of an unlawful combatant under IHL.

2.3.5. Was bin Laden *hors de combat* or Had He Otherwise Surrendered?

As noted above, even if bin Laden could legitimately be targeted on account of his status as a combatant or a civilian taking a direct part in hostilities, he would be protected from attack if he was rendered *hors de combat* or had otherwise surrendered. The ICRC views the protection of persons rendered *hors de combat* to constitute a principle of customary international law. In their Customary IHL Study, the ICRC defines such an individual as, “(a) anyone who is in the power of an adverse party; (b) anyone who is defenceless because of unconsciousness, shipwreck, wounds or sickness; or (c) anyone who clearly expresses an intention to surrender.”

Unfortunately, little is known about the physical condition of bin Laden, although there has been speculation he was on kidney dialysis, which would arguably render him *hors de combat* because of sickness.⁴¹

If bin Laden was *hors de combat*, the US could not have legitimately targeted him.

The second ‘exception’ to being legitimately targeted on account of his status, would be if bin Laden had surrendered. Articles 23 (c) and 23 (d) of the Hague Regulations and Common Article 40 of the Additional Protocols prohibit the denial of quarter.

Regarding surrender, at a White House briefing soon after the Operation, the US administration stated, “The team had the authority to kill Osama bin Laden unless he offered to surrender; in which case the team was required to accept his surrender if the team could do so safely. [...] The operation was planned so that the team was prepared and had the means to take bin Laden into custody.”⁴²

This is consistent with IHL, however this is not at issue as there was “no indication [he] wanted to do that.”⁴³

2.4. Was the Operation Conducted in Accordance with the Principles of Distinction and Proportionality (and Necessity)?

Allowing that the US was engaged in an armed conflict with Al-Qaeda, and that bin Laden was a legitimate military target, whether via his status as a combatant or as a civilian taking a direct part in hostilities, and that he was not *hors de combat* or otherwise surrendered, the Operation in which he was killed was still not immediately lawful – every use of force must satisfy the further requirements of distinction and proportionality. Although originally meant to apply only to international armed conflicts, the ICRC has found the principles to apply to both international and non-international armed conflicts as a matter of customary international law.⁴⁴

2.4.1. Distinction

As an “intransgressible principle [...] of international customary law,”⁴⁵ distinction requires that armed forces “at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and [...] direct their operations only against military objectives.”⁴⁶ Military objectives are “those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to the military action and whose total or partial destruction, capture or neutralisation, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage.”⁴⁷

By definition targeted killings are far more discriminate than large-scale incursions; however it was never certain bin Laden was actually resident in the Abbottabad compound. US President Barack Obama himself admitted it was a “55/45 situation”⁴⁸ and the CIA reportedly gauged there was a 60 to 80 per cent chance bin Laden lived there.⁴⁹ There was however circumstantial evidence bin Laden was present: his courier was trailed to the compound; a family matching the description of bin Laden’s was also there; as well as a tall man who never ventured outdoors. Yet in this scenario there is only one affirmed identification: that of the courier.⁵⁰

³⁷ N. Printer, Jr., The Use of Force against Non-State Actors under International Law: An Analysis of the US Predator Strike in Yemen, in: UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs 8 (2003), p. 369.

³⁸ G. Coughlan, US: Bin Laden – A License to Kill?, 2 May 2011, <http://www.rnw.nl/international-justice/article/us-bin-laden-a-license-kill>.

³⁹ N. Printer, *supra* note 37, p. 370.

⁴⁰ High Court of Justice (Israel), HCJ 769/02, The Public Committee against Torture in Israel v. Israel [2006] (2) IsrLR 459, P16 (14 December 2006), para. 28.

⁴¹ M. Kersten, Killing bin Laden: Justice, International Law and Legitimacy – A Compilation of Perspectives, 7 May 2011, <http://www.justiceinconflict.org/2011/05/07/killing-bin-laden-justice-international-law-and-legitimacy-a-compilation-of-perspectives/>.

⁴² No Author, *supra* note 19.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ ICRC, *supra* note 18, Rules 1, 14.

⁴⁵ K. Eichensehr, On Target? The Israeli Supreme Court and the Expansion of Targeted Killings, in: Yale Law Journal 116 (2007), p. 1874.

⁴⁶ Article 48, Additional Protocol I to the Geneva Conventions (1977).

⁴⁷ Article 52 (2), Additional Protocol I to the Geneva Conventions (1977).

⁴⁸ No Author, *supra* note 2.

⁴⁹ M. Lederman, *supra* note 8.

⁵⁰ G. McNeal, The bin Laden Aftermath: Why Obama Chose SEALs, not Drones, 5 May 2011, <http://www.opiniojuris.org/2011/05/05/the-bin-laden-aftermath-why-obama-chose-seals-not-drones/>.

Given the intelligence assessed a two thirds chance bin Laden was present in the compound at Abbottabad, it is certainly questionable whether the raid would have satisfied the principle of distinction. A ground operation over aerial bombardment may have been favoured for this reason.

A drone cannot conduct a positive identification to distinguish between a civilian and a combatant. The choice of the SEALs may then have made all the difference between the Operation complying with the principle of distinction and it not.⁵¹

2.4.2. Proportionality

The second additional element imposed by customary international law is proportionality. This principle prohibits any action which “may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.”⁵²

Israeli President Barak, in Targeted Killing attempted to set some parameters to this balancing act, “[t]ake the usual case of a combatant, or a terrorist sniper shooting at soldiers or civilians from his porch. Shooting at him is proportionate even if as a result, an innocent civilian neighbour or passerby is harmed. This is not the case if the building is bombed from the air and scores of its residents and passerby are harmed. [...] The hard cases are those which are in the space between the extreme examples.”⁵³

These ‘hard cases’ should be determined on a case-by-case basis, from the perspective of the “reasonable military commander.”⁵⁴ The fact that four others were killed, including bin Laden’s son and a woman who allegedly was used as a human shield, does not make the Operation illegal but is to be factored into the overall assessment of proportionality.

Given his importance within Al-Qaeda, and the military advantage which could be attained by securing his elimination, it is certainly arguable that killing bin Laden was a proportionate action to prevent future risks to the safety of the US and the West, despite the four, possibly civilian, casualties. Indeed former US Legal Advisor of the Department of State, Harold Hongju Koh, justifies the Operation on this basis: bin Laden had an “unquestioned leadership position within Al-Qaeda and [a] clear continuing operational role.”⁵⁵ He points further to materials seized from the compound during the Operation which allude to the planning of future attacks. Moreover, the use of a ground operation as opposed to say aerial bombardment inclines the Operation towards compliance with proportionality. Abbottabad is a densely populated city, with close to one million residents. Furthermore, bin Laden’s compound was situated near civilian residences and the Pakistani military academy. The choice of a ground operation likely spared many civilian lives. Therefore, given the limited use of force employed in targeted killing operations, requiring only a small number of troops and generating relatively little collateral damage, and the prominence of the role of bin Laden in Al-Qaeda, a strong case can be made the Operation was proportionate under international law.

2.4.3. Necessity?

A novel and debated thesis posited is the suggestion that the right to kill combatants is not as absolute as traditionally

thought, but instead targeted killing is permissible only if there is no “non-lethal alternative which would entail a comparable military advantage without unreasonably increasing the risk to the operating forces or the civilian population;”⁵⁶ that is a requirement to attempt capture before resorting to lethal force against an individual.

The requirement to first exhaust non-lethal alternatives has recently found its way into academics works,⁵⁷ and onto the docket of the Israeli Supreme Court who, in Targeted Killing, held that “a civilian taking a direct part in hostilities cannot be attacked [...] if a less harmful means can be employed.”⁵⁸ However, the Court understood that the possibility to arrest sometimes “does not exist” or else “involves a risk so great to the lives of the soldiers, that it is not required.”⁵⁹ In these circumstances lethal force is permissible.

Proponents of this view find the requirement of non-lethal alternatives rooted in IHL itself and, in particular, its principle of military necessity which, in the absence of specific regulation, “inform[s] the entire normative [IHL] framework.”⁶⁰ Military necessity mandates that the “kind and degree of force resorted to must be actually necessary for the achievement of a legitimate military purpose,”⁶¹ and thus “reduces the sum total of lawful military action from that which IHL does not prohibit in *abstracto* to that which is actually required in *concreto*.”⁶²

Nevertheless, this method is far from universally accepted. Cohen and Shany find the Israeli Supreme Court’s approach, “at best, unsubstantiated and possibly also inaccurate.”⁶³ Targeted killing was justified on the degree of control Israel exercises over the Palestinian population.⁶⁴ In the absence of this, on a pure IHL reading, there is no requirement to first employ non-lethal alternatives. As Milanovic notes, “states have quite deliberately left themselves the freedom to kill combatants, or civilians engaged in hostilities, and are under no obligation to capture them and put them on trial instead.”⁶⁵

⁵¹ The possibility of bombing the compound was one of the options presented to President Obama by his legal advisors: “a B-2 bombing raid that would virtually vaporise the compound.” D. Pratt, The Killing of Osama bin Laden: The Endgame, 8 May 2011, <http://www.heraldscotland.com/news/home-news/the-killing-of-osama-bin-laden-the-endgame-1.1100216>.

⁵² Article 51 (5) (b), Additional Protocol I to the Geneva Conventions (1977). This also is prohibited as a war crime under Article 8 (b) (iv), Rome Statute of the International Criminal Court (1998).

⁵³ High Court of Justice (Israel), *supra* note 40, para. 46.

⁵⁴ W. Fisher, Targeted Killing, Norms, and International Law, in: Columbia Journal of Transnational Law 45 (2007), p. 728.

⁵⁵ H. Hongju Koh, The Lawfulness of the US Operation against Osama bin Laden, 19 May 2011, <http://www.opiniojuris.org/2011/05/19/the-lawfulness-of-the-us-operation-against-osama-bin-laden/>.

⁵⁶ N. Melzer, Targeted Killing in International Law, Oxford 2009, p. 397.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ High Court of Justice (Israel), *supra* note 40, para. 40.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ ICRC, *supra* note 34, p. 78.

⁶¹ R. Murphy/ A. Radsan, *supra* note 3, p. 417.

⁶² N. Melzer, *supra* note 56, p. 286.

⁶³ A. Cohen/ Y. Shany, A Development of Modest Proportions: The Application of the Principle of Proportionality in the Targeted Killings Case, in: Journal of International Criminal Justice 5 (2007), p. 314.

⁶⁴ High Court of Justice (Israel), *supra* note 40, para. 40.

⁶⁵ M. Milanovic, Lessons for Human Rights and Humanitarian Law in the War on Terror: Comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings Case, in: International Review of the Red Cross 866 (2007), p. 391.

Thus, if one allows for the requirement of necessity, irrelevant of whether bin Laden was a combatant or a civilian taking a direct part in hostilities, killing him would only be permissible if non-lethal means would be ineffective or inappropriate in the circumstances.

In assessing whether non-lethal measures were available, President Obama's authorisation to kill or capture as circumstances permit⁶⁶ is important (although note: Central Intelligence Agency (CIA) chief Leon Panetta implied conversely that the team had orders to kill bin Laden, with the option to capture only if he attempted to surrender).⁶⁷ Also relevant is that the Navy SEALs had the means to take bin Laden into custody if he surrendered. In assessing whether the force used was appropriate in the circumstance, the risk to others, including the SEALs, and the possibility of bin Laden escaping must be balanced against his right to life. Given bin Laden's role in terror attacks and his position within a terrorist organisation, "[f]rom a Navy SEAL perspective, you had to believe that this guy was a walking IED," an improvised explosive device, said Senator Lindsay Graham,⁶⁸ and bin Laden was shot while resisting. However, this claim is open to some doubt.

Firstly, bin Laden was unarmed. When asked how one can resist when unarmed, White House Press Secretary Jay Carney stated "resistance doesn't require a firearm"⁶⁹ and that bin Laden had made "threatening moves."⁷⁰ Secondly, as bin Laden was 54 years old, in ill health and clearly taken by surprise; it is questionable whether he posed an imminent threat to the well-trained and well-armed US troops, and one wonders why he was not incapacitated by shooting his lower body, as was done to his wife. That bin Laden was shot in the forehead at point-blank range, photographed and then had his body removed from the compound, reinforces the impression that the risk to the lives of the troops was greatly exaggerated. Moreover the preference for a ground operation over aerial bombardment, as used in the case of other terror suspects, suggests the risk to the lives of the SEALs posed by bin Laden was never of real concern.

Taking the above into consideration, it is unlikely that lethal force was necessary in obtaining custody of bin Laden and therefore the Operation failed on this final (albeit disputed) requirement of IHL.

3. The Inadequacy of International Humanitarian Law in Relation to Targeted Killing

As stated by former US Secretary of State Madeleine Albright, terrorism "is the biggest threat to our country and the world as we enter the 21st Century."⁷¹ And while many of the most visible and tragic attacks have occurred against the US, terrorism is a global phenomenon which the world must be prepared for.

Given this ominous pronouncement it is to be expected the US should target the head of a terrorist organisation which publicly harbours, and has fatally acted upon, its deep-seated animosity towards the country. However, through a critical evaluation of the killing of bin Laden, there are more factors pointing towards the illegality of the Operation than towards its legality under IHL.

Unlawful it may be, but what was the US's alternative? By focusing on one particular incident this essay has highlighted

glaring deficiencies in IHL's treatment of transnational terrorism. As repeatedly stated by the President of the Israeli Supreme Court, Aharon Barak, in combating terrorism, the state has "one hand tied behind its back."⁷² In an age of asymmetrical warfare, where terrorists do as they wish, states are bound by the constraints of IHL which, as it stands, is ill-equipped to deal with international terrorism. The most notable inadequacy in IHL today is the definition of an armed conflict. As revealed through the analysis above, international armed conflict exclusively encompasses conflicts between states, while non-international armed conflict is confined to armed conflict internal to the territory of a state; without manipulation neither one adequately addresses hostilities between a state and a terrorist organisation acting outside of the state. Moreover, if such manipulation were allowed, would we wish to grant states the subjective power to decide when and in which type of armed conflict they are engaged (and by implication, who is a legitimate target), as the US has done with Al-Qaeda? It would be in the interests of states then to elevate every disagreement to the level of an armed conflict, thereby having free reign in targeting anyone who is viewed as a 'problem'.⁷³ Even if procedural safeguards were to be put in place, such far-reaching power would be open to abuse.

An additional predicament is how to classify those who participate in terrorist activities. As noted above, IHL does not provide for the ad-hoc 'network' structure of terrorist organisations, and as a result gives terrorists the default protection afforded to civilians. This position unduly favours the terrorist and does not reflect the reality of states in reacting to the threat of terrorism. Indeed even Amnesty International has condoned the 'ticking bomb' scenario as justification for the targeted killing of a terrorist if he poses an "immediate threat."⁷⁴

⁶⁶ The White House, Press Briefing by Press Secretary Jay Carney, 4 May 2011, <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/05/04/press-briefing-press-secretary-jay-carney-542011>.

⁶⁷ M. E. O'Connell, The bin Laden Aftermath: Abbottabad and International Law, 4 May 2011, http://afpak.foreignpolicy.com/posts/2011/05/04/the_bin_laden_aftermath_abbottabad_and_international_law.

⁶⁸ A. de Vogue, Was Killing of Osama bin Laden Legal under International Law?, 6 May 2011, <http://www.abcnews.go.com/Politics/osama-bin-laden-killing-legal-international-law/story?id=13538365>.

⁶⁹ S. Yoon, Was bin Laden's Killing and Burial Legal?, 5 May 2011, <http://www.aljazeera.com/indepth/features/2011/05/201155113345557824.html>.

⁷⁰ Additionally, bin Laden was allegedly within reach of two weapons – a Makarov handgun and an AK-47. T. Royle, Bin Laden: Was America Right?, 8 May 2011, <http://www.heraldsotland.com/mobile/news/home-news/bin-laden-was-america-right.13594723>.

⁷¹ F. Biggio, Neutralising the Threat: Reconsidering Existing Doctrines in the Emerging War on Terrorism, in: *Case Western Reserve Journal of International Law* 34 (2002), p. 6.

⁷² A. Guiora, Targeted Killing as Active Self-Defence, in: *Case Western Reserve Journal of International Law* 36 (2004), p. 332.

⁷³ Leaders in the Middle East have used the pretext of being in a war to use excessive force against their population. The US and other states have rebuked such actions. C. Doebbler, The Illegal Killing of Osama bin Laden, 5 May 2011, <http://www.jurist.org/forum/2011/05/curtis-doebler-illegal-killing-obl.php>.

⁷⁴ Amnesty International, Yemen/USA: Government Must Not Sanction Extra-judicial Executions, 8 November 2002, <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR51/168/2002/en/e1ac98ce-d785-11dd-b024-21932cd2170d/amr511682002en.html>.

“Traditional doctrine is not sacrosanct. If its basic assumptions are no longer valid and if good reasons exist to change it, the discussion whether to change it must begin.”⁷⁵ And what reason is more legitimate than the protection of innocent civilians. Indeed this may even be a legal obligation on the state, a positive corollary to the right to life. Given the increased intensity of attacks and the increasing potential for terrorists to access weapons of mass destruction it is imperative now more than ever that the law is changed to reflect these realities. If IHL remains too far removed from the security concerns of states it will simply be disregarded and the authority of IHL will suffer. The alternative, which can be witnessed at present through the introduction of novel terms such as ‘enemy combatants’ and the theory of a ‘global battlefield,’ is the distortion of IHL, which suits the interests of certain states. This erodes the protections available to individuals under IHL and potentially creates precedents states may one day come to regret.

4. Conclusion

As revealed above, a cursory analysis of the available information confirms that the Operation in which Osama bin Laden was killed was most likely illegal under IHL. Yet, given the classification of certain pertinent facts by the US government, it is impossible to arrive at any firm conclusion. To retain long-term credibility, international approval and accountability it is essential, not just in the instance of bin Laden, but in any case of targeted killing, that the legal basis for the particular targeting decision is revealed. Legal challenges so far however have failed to force disclosure.⁷⁶ According to the former UN Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, this absence of disclosure is in violation of international law and “gives states a virtual and impermissible license to kill.”⁷⁷

This is all the more alarming given the potential for emulation by other states. The US, as the world’s only superpower is a trail-blazer when it comes to counter-terrorism operations. Use of aerial drones has increased exponentially under the Obama Administration, with a jump of 89 throughout 2004 to 2007, to 670 reported in 2010,⁷⁸ and the Director of the CIA acknowledging drones to be “the only game in town”.⁷⁹ Moreover, recent polls indicate that 70 per cent of US citizens favour the use of targeted killing in counter-terrorism operations.⁸⁰

Other states are not far behind. Despite publicly criticising targeting killing after high-profile operations, Germany and the UK for example, have added their own suspects to the US’s ‘kill list’ or have otherwise provided the US with information necessary to “kill their own nationals in militant training camps.”⁸¹ Russia and China moreover, have themselves practiced targeted killings: Russia against Chechen rebels and China with the East Turkistan Islamic Movement in Xinjiang province.⁸² Given such indications, and the ubiq-

uitous threat posed by terrorism, it can be estimated targeted killing will become an accepted method of counter-terrorism. A consensus view on who is a legitimate target and in what circumstances lethal force can be utilised is therefore imperative.

One must never forget that the international community is founded on the principle of reciprocity. It is one thing when the target is bin Laden, nevertheless, as Chomsky observes, it would be quite another if “Iraqi commandos landed at George W. Bush’s compound, assassinated him, and dumped his body in the Atlantic.”⁸³ With the “sliding scale of actual and putative involvement in terrorist activity [there is no] obvious point from which the preventive use of force is excluded,” and without an agreed legal framework, whether one is or is not likely to be targeted becomes a matter of “personal trust, not of legally assured certainty,”⁸⁴ not even for a state’s own citizens.⁸⁵ Further, given the ‘global battlefield’ of the ‘War on Terror’ there is no safe haven to be found. Even more disconcerting is that with advances in technology, a recent UK Ministry of Defence report opined that within 15 years “artificial intelligence will [...] enable fully autonomous (or robotic) drones to make their own algorithmic assessments as to who can be legitimately targeted.”⁸⁶

New kinds of hostilities require new tools in dealing with them. Targeted killing may be the most efficient instrument in the counter-terrorists’ toolbox. A critical analysis of the Operation which killed bin Laden however reveals that current IHL is ill-suited to accommodating targeted killings. Either the tool or the law must therefore be changed. Things cannot remain as they stand.

“[T]he debate about justice and law instigated by bin Laden’s [killing] has the potential to be the most important and fruitful consequence of his death.”⁸⁷ “The ramifications of [which],” stated Greenberg, “need to be for the next bin Laden.”⁸⁸ ■

⁷⁵ G. Nolte, Preventive Use of Force and Preventive Killings: Moves into a Different Legal Order, in: *Theoretical Inquiries in Law* 5 (2004), p. 120.

⁷⁶ G. Sullivan, Bin Laden, Targeted Killing & the Elimination of Danger, 11 May 2011, <http://criticallegalthinking.com/2011/05/11/bin-laden-targeted-death-the-elimination-of-danger/>.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ W. Fisher, *supra* note 54, p. 735.

⁸¹ G. Sullivan, *supra* note 76.

⁸² W. Fisher, *supra* note 54, p. 741.

⁸³ To Chomsky the former President’s crimes “vastly exceed bin Laden’s.” M. Kersten, *supra* note 41.

⁸⁴ G. Nolte, *supra* note 75, p. 120.

⁸⁵ For example on 30 September 2011 Anwar Al-Aulaqi, a US-Yemeni man with suspected links to Al-Qaeda, was killed in Yemen by a Predator drone authorised by the CIA.

⁸⁶ G. Sullivan, *supra* note 76.

⁸⁷ M. Kersten, *supra* note 41.

⁸⁸ D. Axe, Was the Hit on bin Laden Illegal?, 9 May 2011, <http://www.wired.com/dangerroom/2011/05/was-the-hit-on-bin-laden-illegal/>.

Justice Delayed is Justice Denied? – Eine Zwischenbilanz der Tätigkeit der ECCC

Frank Selbmann / Patrick Kroker*

The paper gives an overview of the stage of the proceedings at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC) and summarizes current problems. The proceedings at the ECCC came to a critical point long before the accused Ieng Sary recently died. Only one trial reached the stage of an appeal judgement so far. In a second trial, the average age of the accused is over 80 years. In the first months of the oral hearings the Trial Chamber failed to shape the topic of this trial. The Cambodian government resists to move forward with further proceedings. The international donors become reluctant to continue the support of the court.

Der Beitrag gibt einen Überblick über den Stand der Verfahren vor den Außerordentlichen Kammern an den Gerichten von Kambodscha (ECCC) und umreißt, welche praktischen Probleme sich in der Tätigkeit des Gerichtshofes stellen. Die ECCC stehen nicht erst seit dem Tod des Angeklagten Ieng Sary an einem kritischen Punkt. Bislang wurde lediglich ein Verfahren rechtskräftig abgeschlossen. Im zweiten Verfahren gegen führende Rote Khmer steht das Gericht vor dem Problem, dass alle Angeklagten über 80 Jahre alt sind und die Verfahrenskammer es in den ersten Monaten des Prozesses versäumte, den Verfahrensgegenstand hinreichend zu bestimmen. Die Durchführung weiterer Hauptverhandlungen scheitert am Widerstand der kambodschanischen Regierung. Die Geldgeber sind nur zögerlich bereit, das Gericht weiter zu finanzieren.

1. Einführung

Am 3. Juni 2006 nahmen die „Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia“ (ECCC) mit der Vereidigung der internationalen Richter ihre Tätigkeit auf. Die ECCC sind ein sogenanntes internationalisiertes oder Hybridgericht.¹ Eine Besonderheit gegenüber vergleichbaren Institutionen besteht darin, dass die ECCC das einzige Hybridgericht sind, das nicht unter der Kontrolle der Vereinten Nationen (VN) steht.² Das Gericht ist zuständig für die Verfolgung von Verbrechen, die in Kambodscha in der Zeit zwischen dem 17. April 1975, dem Tag der Eroberung der Hauptstadt Phnom Penh durch die Roten Khmer, und dem 7. Januar 1979, dem Tag des Einmarsches vietnamesischer Truppen in die Stadt, begangen wurden. Inhaltlich erfolgt eine Beschränkung der Strafverfolgung auf die hochrangigen Führer des „Demokratischen Kampuchea“, also der sogenannten Roten Khmer, und die mutmaßlich Hauptverantwortlichen für die von den Roten Khmer verübten Verbrechen.³ Der Schaffung des Gerichts gingen jahrelange Verhandlungen der kambodschanischen Regierung mit den VN voraus.⁴ Bei Gründung des Gerichts wurde mit einer Tätigkeitsdauer von drei Jahren gerechnet.⁵ Bislang wurde jedoch lediglich ein Prozess rechtskräftig abgeschlossen. Eine zweite Hauptverhandlung, die vom Tod eines Angeklagten überschattet wird, läuft seit dem 21. November 2011. Derzeit ist nicht absehbar, wann ein erstinstanzliches Urteil ergehen wird. Ob weitere Prozesse folgen, ist fraglich.

2. Aktueller Stand der anhängigen Verfahren

2.1. Das Verfahren 001 gegen Kaing Guek Eav (genannt „Duch“)

Im einzigen rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren war der Leiter von Tuol Sleng (S-21), Kaing Guek Eav (genannt „Duch“), angeklagt. Tuol Sleng, ein ehemaliges Schulgebäude im Zentrum von Phnom Penh, war zwischen April

1976⁶ und dem Einmarsch vietnamesischer Truppen in Kambodscha am 7. Januar 1979 das größte Folterzentrum der Roten Khmer. Mehr als 12.000 Menschen wurden während der Herrschaft der Roten Khmer in Tuol Sleng gefangen gehalten, gefoltert⁷ und später vor den Toren Phnom Penhs auf

* Dr. jur. Frank Selbmann ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Sprecher der Themenkoordinationsgruppe gegen Straflosigkeit der deutschen Sektion von amnesty international. Dr. jur. Patrick Kroker ist Referendar am Kammergericht Berlin und ehemaliger Mitarbeiter der Nebenklage an den ECCC. Der vorliegende Beitrag gibt ausschließlich die Meinung der Autoren wieder und berücksichtigt die Entwicklung bis Ende März 2013. Der Ausspruch „justice delayed is justice denied“ wird William Ewart Gladstone zugeschrieben.

¹ P. Kroker, Zivilparteien in Völkerstrafverfahren, Eine Analyse der Opferbeteiligung an den Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Berlin 2012, S. 52; S. Schulz, Transitional Justice und hybride Gerichte: Zur strafrechtlichen Verfolgung von völkerstrafrechtlichen Verbrechen unter besonderer Berücksichtigung des kambodschanischen Sondergerichts (Extraordinary Chambers), Berlin/Münster 2009, S. 166.

² M. Balthazard, Cambodians' Knowledge and Attitudes Towards the Cambodian Post-Conflict Justice Process, Dissertation Tulane Universität New Orleans, November 2012, S. 5; P. Kroker, Auf gutem Weg: Die Verfahren vor dem Rote-Khmer-Tribunal in Kambodscha, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 122 (2010), S. 685, 689 ff.

³ Art. 1, 2 Abs. 1 Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea (VN-Vertrag) und Art. 1, 2 neu des Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers, with inclusion of amendments as promulgated on 27 October 2004, NS/RKM/1004/006 (folgend „ECCC-Gesetz“).

⁴ Ausführlich P. Ambach, Die „Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia“ – endlich Gerechtigkeit? Das lange Tauziehen zwischen den Vereinten Nationen und Kambodscha um wirkungsvolle internationale Strafgerichtsbarkeit, in: Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften (19) 2006, S. 168, 170 f.; S. Dyrchs, Das hybride Khmer Rouge-Tribunal: Entstehung, Entwicklung und rechtliche Grundlagen, Frankfurt/M. 2008, S. 53 ff.; S. Schulz, a.a.O. (Fn. 1), S. 130 f.; T. Fawthrop/H. Jarvis, Getting away with Genocide – Elusive Justice and the Khmer Rouge Tribunal, London 2004.

⁵ P. Ambach, *id.*, S. 168.

⁶ S-21 wurde bereits im Oktober 1975 eingerichtet und befand sich zunächst an anderen Orten in Phnom Penh, ECCC, Kaing Guek Eav alias Duch, No. 001/18-07-2007/ECCC/TC, Urteil vom 26. Juli 2010, Rn. 119 ff. (folgend „Duch-Urteil“).

⁷ *Id.*, Rn. 23, 141.

den sogenannten „Killing Fields“ von Choeng Ek erschlagen.⁸ Lediglich sieben Gefangene überlebten. Das Verfahren wurde frühzeitig vom Verfahren gegen die übrigen Angeklagten abgetrennt, da Duch geständig und die Taten in S-21 gut dokumentiert waren. Duch wurde vor der Flucht der Roten Khmer im Januar 1979 von Nuon Chea beauftragt, die Archive von S-21 zu zerstören. Diesen Befehl konnte er aber wegen des schnellen Vormarschs der vietnamesischen Truppen nicht mehr befolgen.⁹ Daher stehen die Archive Historikern und den ECCC zur Aufarbeitung der Verbrechen der Roten Khmer zur Verfügung. Duch, der während des Verfahrens eingeschränkt mit dem Gericht kooperierte und ein Teilgeständnis ablegte,¹⁰ wurde erstinstanzlich wegen der Begehung von Verbrechen gegen die Menschheit und schweren Verstößen gegen die Genfer Abkommen (GA) zu einer Haftstrafe von 35 Jahren verurteilt.¹¹ Die Haftstrafe wurde von der Verfahrenskammer wegen einer rechtswidrigen Inhaftierung durch einen kambodschanischen Militärgerichtshof zwischen dem 10. Mai 1999 und dem 30. Juli 2007 um fünf Jahre vermindert.¹² Diese Haftzeit wurde ebenso wie die Untersuchungshaft auf die Haftstrafe angerechnet.¹³ Im erstinstanzlichen Verfahren traten gravierende Konflikte bei der Verteidigung auf. Diese ist in der Regel paritätisch mit einem internationalen und einem nationalen Verteidiger besetzt. Dem Angeklagten ist es nicht möglich, sich ausschließlich von einem internationalen Strafverteidiger vertreten zu lassen.¹⁴ Auch wird dem nationalen Verteidiger stets das Recht des ersten Wortes eingeräumt.¹⁵ Eine ordnungsgemäße Verteidigung kann daher nur dann erfolgen, wenn der internationale und der nationale Verteidiger miteinander kooperieren und ihren Mandanten in dessen bestem Interesse einheitlich beraten. Dies war im Duch-Verfahren nicht der Fall. Während der internationale Verteidiger François Roux über die gesamte Hauptverhandlung hinweg versuchte, Duch zu einem umfassenden Geständnis zu bewegen und so eine Strafmilderung zu erreichen,¹⁶ führte die Verteidigungsstrategie des kambodschanischen Verteidigers, Kar Savuth, an den letzten Prozesstagen während der Schlussplädoyers zu einem Eklat. Der nationale Verteidiger argumentierte, dass Duch, der bereits ein Geständnis abgelegt hatte, nicht zu den hochrangigen Führern des „Demokratischen Kampuchea“ gehöre und daher freizusprechen sei.¹⁷

Die Verfahrenskammer griff diesen Vorgang im Urteil auf, bejahte die persönliche Zuständigkeit und stellte fest, dass die Begriffe der hochrangigen Führer des „Demokratischen Kampuchea“ und der Hauptverantwortlichen für die verübten Verbrechen zwei unterschiedliche Kategorien für die persönliche Zuständigkeit bilden. Aufgrund der hohen Opferzahl in Tuol Sleng falle Duch in die Kategorie der Hauptverantwortlichen. Darauf, ob Duch ein hochrangiger Führer des „Demokratischen Kampuchea“ sei, komme es daher nicht an.¹⁸

Beide Parteien – Duch nicht mehr vertreten durch François Roux, sondern durch zwei kambodschanische Verteidiger – legten Berufung gegen das Urteil ein. Die Supreme Court Chamber stellte in ihrer Berufungsentscheidung fest, dass die Formulierungen „hochrangige Führer der Roten Khmer“ und „mutmaßlich Hauptverantwortliche für die verübten Verbrechen“ keine Beschränkung der personellen Zustän-

digkeit darstellen. Die Regelung gebe nur einen Hinweis für die Ko-Ankläger und die Ko-Ermittlungsrichter, in welcher Hinsicht das unabhängige Ermessen zur Strafverfolgung auszuüben sei. Lediglich die Frage, ob ein Angeklagter überhaupt Funktionär der Roten Khmer war und ob seitens der Ermittlungsrichter gravierende Ermessensfehler begangen wurden, sei vor der Verfahrenskammer justiziabel.¹⁹ Das erstinstanzliche Urteil wurde im Berufungsverfahren von der Supreme Court Chamber geändert und Duch zu einer lebenslangen Haftstrafe verurteilt. Die Verfahrenskammer habe bei der Strafzumessung die Schwere der Verbrechen nur unzureichend berücksichtigt.²⁰ Duch habe nicht nachweisen können, dass er aufgrund einer Notstandssituation gehandelt habe. Vielmehr habe er willentlich und aktiv an der Verübung der Verbrechen mitgewirkt und seine Position ausgenutzt, um die Ideologie der Roten Khmer mit allen möglichen Mitteln umzusetzen.²¹ Zudem sei die Kooperationsbereitschaft Duchs im Prozess eingeschränkt gewesen. Er habe es vermieden, ein vollständiges Bild von seinem Wissen um die verübten Verbrechen zu geben und stets versucht, seine Rolle herunterzuspielen.²² Auch seiner Entschuldigung und seinen Reuebekenntnissen sei nur eine eingeschränkte Bedeutung zuzumessen, da er in seiner abschließenden Stellungnahme fast ausschließlich dargelegt habe, dass es den ECCC an der persönlichen Zuständigkeit für seine Verurteilung fehle.²³ Die Schwere der verübten Verbrechen – die Beteiligung an der Ermordung von mindestens 12.272 Menschen sowie die Schwere der Folter – rechtfertige die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe.²⁴ In einem nächsten Schritt lehnte die Supreme Court Chamber den Antrag der Ko-Ankläger ab, eine frühere Entlassung Duchs auf Bewährung im Urteil auszuschließen. Dazu fehle es an einer Zuständigkeit des Gerichtshofes. Vielmehr

⁸ *Id.*, Rn. 180 ff., 208.

⁹ N. Dunlop, *The Lost Executioner: A Story of the Khmer Rouge*, London 2006, S. 178, 198 f.

¹⁰ Das Geständnis ist veröffentlicht unter: *Compilation of Statements of Apology made by Kaing Guek Eav alias Duch during the Proceedings (folgend „Duch Apology“)*, 31. März 2009, <http://www.eccc.gov.kh/en/publication/duch-apology-high-resolution> (27. März 2013).

¹¹ Duch-Urteil, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 676 ff.

¹² *Id.*, Rn. 680.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Regel 22 Abs. 1 lit. c) der Internal Rules (IR).

¹⁵ Regel 22 Abs. 2 lit. b) IR.

¹⁶ Der Konflikt wird detailliert im Film „The Khmer Rouge and the Man of Non-Violence“ von Bernard Mangiante dokumentiert, in dem der Verteidiger Roux Einblick in die von ihm gewählte Verteidigungsstrategie gibt. Ungewöhnlich ist in diesem Zusammenhang, dass Roux (wohl mit dem Einverständnis von Duch) ein Filmteam während der Besprechungen mit seinem Mandanten zugelassen hat, gehört doch die absolute Vertraulichkeit der Besprechungen zwischen Rechtsanwalt und Mandanten zu den vornehmsten Prinzipien der anwaltlichen Berufsausübung. Insoweit entsteht leider der Eindruck, dass es Roux mehr um seine eigene Reputation als um seinen Mandanten ging.

¹⁷ ECCC, *Transcript of Trial Proceedings, Kaing Guek Eav „Duch“*, No. 001/18-07-2007-ECCC/TC, 25. November 2009, S. 84 ff.

¹⁸ Duch-Urteil, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 22-25.

¹⁹ ECCC, *Supreme Court Chamber, Appeal Judgement*, No. 001/18-07-2007-ECCC/SC, 3. Februar 2012, Rn. 79 f.

²⁰ *Id.*, Rn. 373.

²¹ *Id.*, Rn. 364.

²² *Id.*, Rn. 368.

²³ *Id.*, Rn. 369.

²⁴ *Id.*, Rn. 374-383.

komme es auf das Recht an, das zum Zeitpunkt einer Entscheidung Anwendung findet.²⁵ Sodann lehnte die Kammer ab, eine Reduzierung des Strafmaßes für die rechtswidrige Inhaftierung bis zur Ausstellung eines Haftbefehls durch die ECCC zu gewähren. Damit stellte die Kammer die öffentliche Meinung über grundsätzliche Erwägungen des Menschenrechtsschutzes.²⁶ Sie setzt sich damit über die bisherige Rechtsprechung der *ad hoc*-Strafgerichtshöfe, insbesondere der Entscheidung der gemeinsamen Rechtsmittelkammer des International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) und des International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) im Verfahren gegen Jean-Bosco Barayagwiza vom 31. März 2000²⁷ hinweg. In dieser Entscheidung kam das ICTR zu dem Ergebnis, dass eine Verletzung der Rechte des Angeklagten im Falle eines Freispruches zu einer finanziellen Entschädigung und im Falle einer Verurteilung zu einer Reduzierung des Strafmaßes unter Berücksichtigung der Schwere der Rechtsverletzung erfolgen müsse.²⁸ Im Ergebnis könnte so das Kalkül des Verteidigers Kar Savuth, der auch den kambodschanischen Ministerpräsidenten Hun Sen vertritt, aufgehen. Anstatt ein Strafmaß festzusetzen, das die rechtswidrige Inhaftierung angemessen würdigt und den frühestmöglichen Zeitpunkt einer Freilassung genau festlegt, könnte Duch nunmehr theoretisch nach der Beendigung der Tätigkeit der ECCC zu einem beliebigen Zeitpunkt begnadigt beziehungsweise die Haftstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden. Diese Entscheidung liegt dann bei der kambodschanischen Justiz, die nicht unabhängig agiert.²⁹

2.2. Das Verfahren 002 gegen Nuon Chea, Ieng Sary, Khieu Samphan und Ieng Thirith

Bis zum Ende des Jahres 1978 starben mehr als Dreiviertel aller 22 Mitglieder des Zentralkomitees der Kommunistischen Partei Kampuchreas durch interne Verfolgung aufgrund der stetig wachsenden Paranoia der inneren Führungsriege.³⁰ Son Sen, Duchs direkter Vorgesetzter,³¹ wurde 1997 mit seiner gesamten Familie auf Pol Pots Befehl ermordet.³² Pol Pot, „Bruder Nummer 1“, starb am 15. April 1998 unter ungeklärten Umständen.³³ Ta Mok, die Nummer 5 in der Hierarchie Roten Khmer, der als erster möglicher Angeklagter in einem Verfahren vor den ECCC galt, starb am 21. Juli 2006.³⁴ Ieng Sary, Außenminister des „Demokratischen Kampuchea“, verstarb nach längerer Krankheit während des Prozesses am 14. März 2013. Das Verfahren gegen ihn wurde daraufhin eingestellt.³⁵ Damit konzentriert sich das Verfahren 002 auf die beiden noch lebenden Mitglieder des Politbüros beziehungsweise des Zentralkomitees der Kommunistischen Partei Kampuchreas:³⁶ Nuon Chea, „Bruder Nummer 2“³⁷, mittlerweile 86 Jahre alt, und Khieu Samphan, nominelles Staatsoberhaupt unter den Roten Khmer, 80 Jahre alt. Das Verfahren gegen die ebenfalls mitangeklagte Ieng Thirith, Sozialministerin der Roten Khmer und Ehefrau von Ieng Sary, wurde ausgesetzt, da die Angeklagte an einer Demenzerkrankung leidet. Durch die Supreme Court Chamber wurden eine regelmäßige Überprüfung des Gesundheitszustandes sowie Meldeauflagen angeordnet.³⁸ Der Gesundheitszustand von Khieu Samphan und Nuon Chea ist ebenfalls fragil, weshalb es Anfang 2013 mehrfach zu einer Unterbrechung des Prozesses kam.³⁹ Der Prozess

begann am 21. November 2011. Die Verfahrenskammer entschied vor Prozessbeginn, über die angeklagten Tatvorwürfe in mehreren getrennten „Miniprozessen“ zu verhandeln.⁴⁰ Zunächst war daher ausschließlich die Vertreibung der Zivilbevölkerung aus Phnom Penh im April 1975 sowie aus mehreren kambodschanischen Provinzen im Zeitraum zwischen 1975 und 1977 Verfahrensgegenstand.⁴¹ Ausgeklammert wurden die Anklagepunkte des Völkermordes an den Gruppen der Cham-Muslime und der Vietnamesen, der Verfolgung aus religiösen Gründen, der Zwangsarbeit, andere Zwangsexekutionen sowie die Verbrechen in den Folterzentren.⁴² In einer weiteren Entscheidung vom 8. Oktober 2012 lehnte es die Verfahrenskammer aus prozessökonomischen Gründen ab, die in S-21 verübten Verbrechen in den ersten Prozess einzubeziehen,⁴³ obwohl Duch bereits im März 2012 als Zeuge im Fall 002 vernommen wurde. Die Ko-Ankläger erhoben sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung der Verfahrenskammer. Vorgesehen war für den ersten Prozess ursprünglich eine Verhandlungsdauer von circa drei Monaten. Nachdem das Verfahren bereits 15 Monate lief, ent-

²⁵ *Id.*, Rn. 387 f.

²⁶ Amnesty International, Cambodia: Khmer Rouge Judgement Welcome, But Raises Human Rights Concerns, 3. Februar 2012, <http://www.amnesty.org/en/news/cambodia-khmer-rouge-judgment-welcome-raises-human-rights-concerns-2012-02-03> (27. März 2013).

²⁷ ICTR, Jean-Bosco Barayagwiza v. The Prosecutor, Decision, ICTR-97-19-AR 72, 31. März 2000.

²⁸ *Id.*, Rn. 74 f. Im konkreten Fall wurde eine von der Verfahrenskammer als angemessen betrachtete lebenslange Haftstrafe in eine 35-jährige Haftstrafe umgewandelt: ICTR, The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana *et al.*, ICTR-99-52-T, Urteil vom 3. Dezember 2003, Rn. 1106. Die Rechtsmittelkammer bestätigte das Urteil insoweit, wandelte die Strafe jedoch wegen einer geänderten Schuldfeststellung in eine 32-jährige Haftstrafe um: ICTR, Ferdinand Nahimana *et al.* v. The Prosecutor, ICTR-99-52-A, Urteil vom 28. November 2007, Rn. 1094 ff.

²⁹ Amnesty International, a.a.O. (Fn. 26).

³⁰ N. Dunlop, a.a.O. (Fn. 9), S. 174.

³¹ ECCC, Transcript of Trial Proceedings, Kaing Guek Eav „Duch“, No. 001/18-07-2007-ECCC/TC, 6. August 2009, S. 107.

³² T. Fawthrop/H. Jarvis, a.a.O. (Fn. 4), S. 119.

³³ *Id.*, S. 122 f.

³⁴ The Associated Press, Ta Mok, Khmer Rouge Head Facing Genocide Trial, Dies, in: The New York Times, 21. Juli 2006, <http://www.nytimes.com/2006/07/21/world/asia/21tamok.html?ex=1311134400&en=1b4da91a66e25047&ei=5090&partner=rssuserland&emc=rss> (27. März 2013). Ausführlich zur Rolle Ta Moks: S. Heder/B. Tittmore, Seven Candidates for Prosecution: Accountability for the Crimes of the Khmer Rouge, Washington 2001, S. 87 ff.

³⁵ ECCC, Trial Chamber, Termination of the proceedings against the accused Ieng Sary, Trial Chamber, No. 002/19-09-2007-ECCC/TC, 14. März 2013.

³⁶ B. van Schaack, Closing in on the Khmer Rouge: The Closing Order in Case 002 before the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, in: ASIL Insights 14 (2010).

³⁷ ECCC, Office of the Co-Investigating Judges, Closing Order, No. 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ, 15. September 2010, Rn. 870.

³⁸ ECCC, Decision on Immediate Appeal against the Trial Chambers' Order to Unconditionally Release the Accused Ieng Thirith, No. 002119-09-2007 ECCC-TC/SC (16), 14. Dezember 2012.

³⁹ Accused Khieu Samphan and Nuon Chea Hospitalised, The Court Report, No. 57, Februar 2013, S. 3.

⁴⁰ ECCC, Trial Chamber, Severance Order Pursuant To Internal Rule 89ter, No. 002/19-09-2007-ECCC/TC, 22. September 2011.

⁴¹ *Id.*, Rn. 5. Siehe dazu die Tatvorwürfe in der Anklageschrift, Closing Order, a.a.O. (Fn. 37), Rn. 221-282.

⁴² Severance Order, a.a.O. (Fn. 40), Rn. 7.

⁴³ ECCC, Trial Chamber Memorandum, Notification of Decision on Co-Prosecutions' Request to Include Additional Crime Sites within the Scope of Trial in Case 002/01 (E163), 8. Oktober 2012, ohne Dokumentennummer.

schied die Supreme Court Chamber am 8. Februar 2013 auf die sofortige Beschwerde der Ko-Ankläger hin, dass die Aufteilung der Anklage in Miniprozesse rechtswidrig sei.⁴⁴ Die Supreme Court Chamber stellte fest, dass die Verfahrenskammer erst am 19. Oktober 2012 – 11 Monate nach Prozessbeginn – den endgültigen Verfahrensgegenstand des Verfahrens 002/1 bekanntgegeben habe.⁴⁵ Die sofortige Beschwerde sei daher zulässig. Da es an den ECCC lediglich eine Verfahrenskammer gebe, komme die Konzentration auf einen Teil des Verfahrens praktisch einer Einstellung der anderen Anklagevorwürfe gleich. Auch habe die Verfahrenskammer nicht zu erkennen gegeben, ob die Anklagevorwürfe bezüglich S-21 im zweiten „Miniprozess“ behandelt werden sollen.⁴⁶ Zwar stehe der Verfahrenskammer ein gewisser Ermessensspielraum bezüglich der Entscheidung einer Trennung zu. Jedoch seien die Parteien vor einer Entscheidung anzuhören.⁴⁷ Dies sei „dictated by common sense and the interests of meaningful justice, and conforms with comparable international legal standards“.⁴⁸ Die Supreme Court Chamber zeigte sich im Übrigen alarmiert über die unzureichende Begründung der Trennungsentscheidung.⁴⁹ Außerdem habe es die Verfahrenskammer versäumt, einen konkreten Plan zum Verhandlungszeitraum über die weiteren Anklagepunkte vorzulegen. Dies habe zu einer Verwirrung bei den Parteien und effektiv zur „Beerdigung“ der weiteren Anklagepunkte geführt.⁵⁰ Die Supreme Court Chamber warnte daher eindringlich:

“Given the advanced age and declining health of the Co-Accused, as well the gravity of the alleged crimes remaining in the Indictment, it is imperative that the ECCC utilize every available day to ensure a final determination of the remaining charges as expeditiously as possible.”⁵¹

Die Verfahrenskammer ist nun gefordert, die Entscheidung bezüglich der beiden verbleibenden Angeklagten umzusetzen.

2.3. Die Verfahren 003/004

Anlässlich eines Besuches des VN-Generalsekretärs Ban Ki Moon in Kambodscha erklärte der kambodschanische Ministerpräsident Hun Sen, es werde nach Abschluss des Falls 002 keine weiteren Prozesse vor den ECCC geben.⁵² Mittlerweile deutet fast alles darauf hin, dass diese politische Vorgabe eingehalten wird. Insoweit rächt sich das einzigartige Modell eines internationalisierten Strafgerichts, das in Kambodscha nach fast zehnjährigem Ringen um einen Kompromiss gewählt wurde: Kambodscha hatte unter Berufung auf seine Souveränität kategorisch darauf bestanden, dass nationale Richter die Mehrheit am Tribunal bilden und sich trotz großer Vorbehalte der VN-Verhandlungsführer und auf Druck einiger „besonders interessierter Mitgliedstaaten“ mit dieser Forderung durchsetzen können.⁵³ Dafür hatte die kambodschanische Delegation akzeptiert, dass die internationalen Richter mit einer Sperrminorität ausgestattet werden, mit der sie vermeiden können, in den Kammern durch ihre kambodschanischen Kollegen überstimmt zu werden. Aufgrund des Verhandlungsergebnisses sind die Organe des Gerichts paritätisch⁵⁴ beziehungsweise mit einer Mehrheit kambodschanischer Richter⁵⁵ besetzt. Allen Kammerentscheidungen muss mindestens ein internationaler Richter zustimmen.⁵⁶ Diese Konstruktion birgt Risiken, da durch Diffe-

renzen zwischen internationalem und nationalem Personal eine Blockade des Gerichts droht.⁵⁷ Können beide Seiten keine gemeinsame Entscheidung finden, wird ein Entscheidungsverfahren vor der Vorverfahrenskammer durchgeführt.⁵⁸

Das Grundproblem in den Verfahren 003 und 004 besteht darin, dass internationale und nationale Mitarbeiter des Tribunals anders als im Verfahren 002, dessen Durchführung als Konsens gelten kann, generell unterschiedlicher Ansicht sind. Dies zeigte sich bereits kurz nach der Arbeitsaufnahme der ECCC. Mitte des Jahres 2008 versuchte der damalige internationale Ko-Ankläger Robert Petit Ermittlungsverfahren 003 und 004 einzuleiten. Die kambodschanische Ko-Anklägerin weigerte sich offiziell aus Gründen der nationalen Sicherheit, den Ermittlungen zuzustimmen, da sie befürchtete, dass dadurch die zerbrechliche innerpolitische Stabilität des Landes gefährdet werden könnte. Diese Ansicht deckt sich mit Aussagen hochrangiger kambodschanischer Politiker, die die Verfahren vehement ablehnen. Es wird gemeinhin vermutet, dass die Ablehnung der kambodschanischen Regierung durch den Wunsch motiviert ist, eine Untersuchung der Vergangenheit einflussreicher Politiker bei den Roten Khmer zu vermeiden.⁵⁹

⁴⁴ Supreme Court Chamber, Decision on the Co-Prosecutors' Immediate Appeal of the Trial Chamber's Decision Concerning The Scope Of Case 002/1, No. 002/19-09-2007-ECCC-TC/SC(18), 8. Februar 2013.

⁴⁵ *Id.*, Rn. 17.

⁴⁶ *Id.*, Rn. 22 f.

⁴⁷ *Id.*, Rn. 40.

⁴⁸ *Id.*, Rn. 42.

⁴⁹ *Id.*, Rn. 41.

⁵⁰ *Id.*, Rn. 47.

⁵¹ *Id.*, Rn. 51.

⁵² AFP, Cambodian PM Says No Third Khmer Rouge Trial, 27. Oktober 2010, http://www.cambodiatribunal.org/sites/default/files/news/Cambodian_PM_Says_No_Third_Khmer_Rouge_Trial_10_27_10.pdf (27. März 2013).

⁵³ Hierzu zählten insbesondere Japan, Frankreich, Australien, die USA, Kanada und das Vereinigte Königreich, vgl. D. Scheffer, *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, in: C. Bassiouni (Hrsg.), *International Criminal Law, Vol. 3: International Enforcement*, Leiden 2008, S. 236 f.

⁵⁴ Art. 6 Abs. 1 VN-Vertrag, Art. 16 ECCC-Gesetz für die Ko-Ankläger sowie Art. 5 Abs. 1 VN-Vertrag, Art. 23 Abs. 1 neu ECCC-Gesetz für die Ko-Ermittlungsrichter.

⁵⁵ Die Verfahrenskammer besteht aus drei kambodschanischen und zwei internationalen Richtern: Art. 3 Abs. 2 lit. a) VN-Vertrag, Art. 9 Abs. 1 ECCC-Gesetz. Die Supreme Court Chamber besteht aus vier kambodschanischen und drei internationalen Richtern: Art. 3 Abs. 2 lit. b) VN-Vertrag, Art. 9 Abs. 2 ECCC-Gesetz.

⁵⁶ Art. 6 Abs. 1 VN-Vertrag, Art. 14 ECCC-Gesetz.

⁵⁷ So bereits in der Gründungsphase des Gerichts: P. Ambach, a.a.O. (Fn. 4), S. 174; K. M. Klein, *Bringing the Khmer Rouge to Justice: The Challenges and Risks Facing the Joint Tribunal in Cambodia*, in: *Northwestern Journal of International Human Rights* 4 (2006), S. 550, 560; S. Luftglass, *Crossroads in Cambodia: The United Nations' Responsibility to Withdraw Involvement from the Establishment of a Cambodian Tribunal to Prosecute the Khmer Rouge*, in: *Virginia Law Review* 90 (2004), S. 883, 934 ff.

⁵⁸ Siehe Art. 16 ECCC-Gesetz für die Ko-Ankläger; Art. 23 neu für die Ko-Ermittlungsrichter. Das Entscheidungsverfahren ist geregelt in Art. 23 Abs. 2 ff., Art. 20 Abs. 2 ff. ECCC-Gesetz und Regel 72 IR.

⁵⁹ Siehe ausführlich dazu: Open Society Justice Initiative (OSJI), *Recent Developments at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, November 2011, <http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/eccc-developments-20111114.pdf> (29. April 2013); und Juni 2011, http://www.cambodiatribunal.org/sites/default/files/reports/eccc_june_2011_update_june_13_2011_final.pdf (29. April 2013), m.w.N. (folgend „OSJI-Report“ mit der jeweiligen Datumsangabe).

Der internationale Ko-Ankläger legte die Meinungsverschiedenheit mit seiner nationalen Kollegin, wie in den Rechtsgrundlagen des Tribunals vorgesehen, der Vorverfahrenskammer vor.⁶⁰ Diese gab fast ein ganzes Jahr später bekannt, zu keiner Entscheidung gekommen zu sein.⁶¹ Die erforderliche Mehrheit wurde nicht erreicht, da die internationalen Richter geschlossen für die Aufnahme eines Ermittlungsverfahrens und die kambodschanischen Richter dagegen gestimmt hatten. Dies schürte Befürchtungen, dass in Wahrheit politische Gründe für das Abstimmungsverhalten der kambodschanischen Juristen ausschlaggebend seien.⁶²

Da die Vorverfahrenskammer zu keiner Entscheidung über die Meinungsverschiedenheit gekommen war, wurden die Ermittlungen fortgeführt.⁶³ Der internationale Ko-Ankläger leitete daraufhin im September 2009 formell zwei richterliche Untersuchungsverfahren gegen insgesamt fünf Verdächtige ein. Dabei handelt es sich im Verfahren 003 um Kommandierende der Luft- und Seestreitkräfte der Roten Khmer. Sie werden unter anderem beschuldigt, Tausende ihrer Untergebenen dem Foltertod in Sicherheitszentren wegen angeblicher staatsfeindlicher Aktivitäten ausgeliefert zu haben. Beschuldigte im Verfahren 004 sind Kader mittleren Ranges. Sie wurden nach Ansicht der Ko-Ankläger mit der Durchführung von Strafmaßnahmen beauftragt, die ab 1977 zwischen 250.000 und 300.000 Menschen das Leben kosteten. Die Ermittlungen kamen angesichts der Weigerung der kambodschanischen Seite, sich an den Verfahren zu beteiligen, nur schleppend voran. Im Februar 2011 teilten die Ko-Ermittlungsrichter mit, dass sich die Ermittlungsarbeit auf die Analyse bereits bekannter Dokumente beschränke.⁶⁴

Mit der Ernennung des neuen internationalen Ko-Ermittlungsrichters Siegfried Blunk am 1. Dezember 2010 bildeten die Verfahren 003 und 004 das Zentrum von Ereignissen, die sich zu einem Justizskandal ausweiteten und die Legitimität des Tribunals insgesamt infrage stellten.⁶⁵ Beobachter des Verfahrens berichteten, der Ko-Ermittlungsrichter Blunk habe bereits mit Dienstantritt Ende Dezember 2010 damit begonnen, auf die Einstellung der Verfahren hinzuwirken. In einem ersten Schritt seien die Ermittler von ihren Ermittlungen zurückgerufen worden.⁶⁶ Obwohl Duch wenige Tage zuvor die beiden Beschuldigten im Verfahren 003 mit einer Zeugenaussage belastet hatte,⁶⁷ benachrichtigten die Ermittlungsrichter am Abend des 29. April 2011 – und damit vor einem verlängerten Wochenende – die Ankläger von der Einstellung des Ermittlungsverfahrens.⁶⁸ Bis dahin waren insgesamt nur 20 Zeugen vernommen und die Beschuldigten selbst nicht angehört worden.⁶⁹ Informationen über die Ermittlungen, die insbesondere den Opfern vermeintlicher Straftaten eine Antragstellung als Zivilpartei ermöglicht hätten, wurden von den Ermittlungsrichtern nicht offengelegt.⁷⁰ Auch im Verfahren 004 wurde nur oberflächlich ermittelt. Es wird berichtet, dass sich der internationale Ko-Ermittlungsrichter darauf beschränkt habe, eine Handvoll Zeugen persönlich zu vernehmen, statt die Untersuchungen wie üblich den Ermittlungsbeamten zu übertragen.⁷¹

Im Mai 2011 erklärte ein langjähriger Mitarbeiter der Ermittlungsrichtereinheit, der Historiker Stephen Heder, seine Kündigung mit der Begründung, er bemerke eine „toxic atmosphere of mutual mistrust generated by your management of what is now a professionally dysfunctional office“.⁷² Kurz darauf

wandten sich weitere internationale Mitarbeiter der Einheit in einem Brief an VN-Generalsekretär Ban Ki Moon, in welchem sie zum Ausdruck brachten, dass im Verfahren 003 keine ernsthaften unabhängigen Ermittlungen durchgeführt worden seien, und die Einstellung des Verfahrens einen Bruch von „international standards of justice, fairness and due process of law“ darstelle. Sie wurden daraufhin von Blunk gegenüber dem VN-Hauptquartier der Behinderung der Justiz bezichtigt und reichten kurz darauf ebenfalls ihre Kündigung ein. Die Vorgehensweise der Ermittlungsrichter löste auch bei Prozessbeobachtern, Anwälten und am Tribunal engagierenden Nichtregierungsorganisationen (NGOs⁷³) einen Sturm der Entrüstung aus. Verschiedene Beteiligte rügten die Vorgehensweise der Ko-Ermittlungsrichter und beschuldigten diese, ihre richterlichen Pflichten verletzt und sich dem politischen Einfluss der kambodschanischen Regierung gebeugt zu haben.⁷⁴ Die Verteidiger Nuon Cheas bezeichneten das Verhalten der Ermittlungsrichter gar als kriminell und zogen die Richtigkeit der Ermittlungsakte gegen ihren Mandanten in Zweifel.⁷⁵

⁶⁰ Art. 20 neu Abs. 5 ECCC-Gesetz; siehe dazu auch den Kommentar von J. A. Goldston, Justice, Interrupted, Wall Street Journal, 15. Dezember 2008, <http://online.wsj.com/article/SB122928826710404905.html#> (28. April 2013).

⁶¹ ECCC, Pre-Trial Chamber, Disagreement, Considerations of the Pre-Trial Chamber Regarding the Disagreement Between the Co-Prosecutors Pursuant to Internal Rule 71, 18. August 2009. Siehe auch die Zusammenfassungen und Analysen der Entscheidung von M. Saliba, Summary of Pre-Trial Chamber Ruling Regarding New Investigations of Former Khmer Rouge Leaders, Cambodia Tribunal Monitor, 3. September 2009, <http://www.cambodiatribunal.org/blog/2009/09/summary-pre-trial-chamber-ruling-regarding-new-investigations-former-khmer-rouge> (27. März 2013); und N. Jain, The Khmer Rouge Tribunal Paves the Way for Additional Investigations, in: ASIL Insights 13 (2009).

⁶² So J. Goldston, a.a.O. (Fn. 60); vgl. auch M. Saliba, *id.*

⁶³ Aufgrund der Regelung des Art. 20 neu Abs. 7 ECCC-Gesetz.

⁶⁴ Statement from the Co-Investigating Judges, 2. Februar 2011.

⁶⁵ Vgl. nur P. Maguire, ECCC's Tarnished Legacy and the UN, 27. März 2012, <http://www.cambodiatribunal.org/sites/default/files/documents/03-27-12-Maguire%20Commentary.pdf> (27. März 2013); „Cambodia's 'mixed tribunal' should be deemed an expensive, overcomplicated experiment that should never to be tried again. [...] the ECCC's legacy has been tarnished by dueling investigative judges, the chaotic 'victim's unit,' and incredibly naive false assumption that Cambodian and international judges would work in good faith to safeguard the court's integrity“.

⁶⁶ Siehe D. Gillison, Justice Denied, Foreign Policy, 23. November 2011, http://www.foreignpolicy.com/articles/2011/11/23/cambodia_court_just_ice_khmer_rouge (27. März 2013); OSJI-Report, November 2011, a.a.O. (Fn. 59).

⁶⁷ D. Gillison, *id.*, der sich auf ein vertrauliches Protokoll der Vernehmung beruft.

⁶⁸ ECCC, Office of the Co-Investigating Judges, No. 003/07-09-2009/ECCC-OCIJ, Notice of Conclusion of Judicial Investigation, 29. April 2011.

⁶⁹ D. Gillison, a.a.O. (Fn. 66). Siehe auch die Kritik der internationalen Richter der Vorverfahrenskammer: ECCC, Pre-Trial Chamber, Considerations of the Pre-Trial Chamber Regarding the Appeal against Order on the Admissibility of Civil Party Applicant R. Hamil, Opinion of Judges Lahuis and Downing, No. 003/07-09-2009-ECCC/OCIJ (PTC 02), 24. Oktober 2011, Rn. 3 ff.

⁷⁰ ECCC, *Id.*, Rn. 4.

⁷¹ D. Gillison, a.a.O. (Fn. 66).

⁷² *Ibid.*

⁷³ NGO = non-governmental organisation.

⁷⁴ Siehe nur OSJI-Report, November 2011, a.a.O. (Fn. 59); D. Gillison, a.a.O. (Fn. 66); Human Rights Watch, Cambodia: Judges Investigating Khmer Rouge Crimes Should Resign, 3. Oktober 2011, <http://www.hrw.org/news/2011/10/03/cambodia-judges-investigating-khmer-rouge-crimes-should-resign> (29. April 2013).

⁷⁵ ECCC, Nuon Chea Defence Team, Request for List of Tainted Evidence Material in Case 002 and Call for Resignation, 27. Oktober 2011.

Am 8. Oktober 2011 legte der internationale Ko-Ermittlungsrichter Blunk sein Amt nieder. In einer Presseerklärung begründete er diesen Schritt, die deutlich und öffentlich geäußerte Ablehnung kambodschanischer Regierungsstellen gegenüber den Ermittlungen in den Verfahren 003 und 004 müsse als Versuch der Einflussnahme gedeutet werden. Seine Unabhängigkeit könnte daher infrage gestellt werden.⁷⁶ Beobachter des Tribunals behaupten hingegen, Mitarbeiter Blunks hätten belastendes Material gesammelt und ihn mit den Vorwürfen konfrontiert, er habe Beweismittel verfälscht, Zeugen beeinflusst und Beschlüsse zum Zwecke der nachträglichen Auswahl von Beweismaterial rückdatiert.⁷⁷ Kurz darauf veröffentlichte die Vorverfahrenskammer eine Reihe von Erwägungen über Verfahrensschritte der Ermittlungsrichter, die ihnen zur Überprüfung von den Anklägern und den Zivilparteien vorgelegt worden waren. Die nationalen Richter sprachen sich in allen Fällen geschlossen dagegen aus, die Entscheidungen der Ermittlungsrichter zu überprüfen oder aufzuheben. Damit wurde die notwendige qualifizierte Mehrheit nicht erreicht und es konnte keine förmliche Entscheidung der Vorverfahrenskammer ergehen. Jedoch nutzten die internationalen Richter der Kammer die Möglichkeit, in ihrem – rechtlich bedeutungslosen – Votum ihre Ansicht bezüglich der vorgelegten Ermittlungsmaßnahmen zu veröffentlichen. Nach Auffassung der internationalen Richter der Vorverfahrenskammer stellte sich die Arbeit der Ermittlungsrichter wie eine gezielte Behinderung der Verfahren durch den Missbrauch richterlicher Entscheidungsmacht dar.⁷⁸ Sie führten unter anderem auf, dass Beschlüsse in der Verfahrensakte unter dem Vorwand einer bloß formalen „Korrektur“ inhaltlich abgeändert und die somit neue Entscheidung auf ein früheres Datum rückdatiert wurde, um Zivilparteien die Teilnahme am Verfahren unmöglich zu machen.⁷⁹ Des Weiteren wurde die Bearbeitung einiger Dokumente aus unerklärlichen Gründen erheblich verzögert. Dies erwecke den Anschein, die Verzögerung verfolge das Ziel, die Zivilparteien an der Ausübung ihrer Verfahrensrechte zu hindern.⁸⁰ Ebenso seien die Zivilparteien durch die Handlungen der Ermittlungsrichter ihres Rechts auf anwaltliche Vertretung beraubt worden.⁸¹ Außerdem konstatierten die internationalen Richter der Vorverfahrenskammer offensichtliche Fehler auf Tatsachenebene sowie Ermessensmissbrauch der Ermittlungsrichter⁸² und stellten deren richterliche Unabhängigkeit infrage.⁸³ Die Ermittlungsrichter hätten gegen ihre Pflicht, eine vollständige Untersuchung durchzuführen, verstoßen.⁸⁴

Stellvertretender internationaler Ermittlungsrichter war zu diesem Zeitpunkt der Schweizer Laurent Kasper-Ansermet. Er war am 1. Dezember 2010 vom kambodschanischen König ernannt und im Februar 2011 vor der Plenarversammlung der ECCC-Richter vereidigt worden. Nach Blunks Amtsniederlegung sollte er im November 2011 seine Arbeit als Ermittlungsrichter aufnehmen. Vonseiten der kambodschanischen Regierung sprach man sich dagegen aus und versuchte, die Amtseinführung zu verhindern. Dies wurde später offiziell mit der Voreingenommenheit des Schweizer begründet, der seit einigen Monaten über den Internetdienst Twitter die Verfahren an den ECCC, insbesondere Fall 003 und 004, kritisch begleitet hatte. Obwohl 90 % seiner Veröffentlichungen durch den Internetdienst aus Verlinkungen zu

Zeitungsartikeln bestanden und sich seine eigenen Nachrichten meist auf die Wiedergabe der Schlagzeile oder eines Zitats aus den jeweiligen Artikeln beschränkte,⁸⁵ wurde durch seine Online-Aktivitäten deutlich, dass er der Einstellung der Verfahren kritisch gegenüber stand.

Kurz nachdem Laurent Kasper-Ansermet mit einiger Verzögerung im Dezember 2011 seine Arbeit in Phnom Penh aufgenommen hatte, ordnete er die Weiterführung der Ermittlungen im Verfahren 003 an und erklärte drei vorher als unzulässig⁸⁶ erklärte Anträge auf Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen der Ankläger für zulässig. Kasper-Ansermet hatte einen Entwurf dieses Beschlusses vorher seinem kambodschanischen Kollegen übersandt, der sich jedoch in einem Brief weigerte, Verfahrensschritte mit ihm zu besprechen, solange keine offizielle Ernennung durch die kambodschanische Richterkammer, dem Supreme Council of the Magistracy, erfolgt sei. Diese Meinung tat er wenig später auch in einer Pressemitteilung kund.⁸⁷ Kasper-Ansermet stellte wegen des Beschlusses auf Fortführung der Ermittlungen einen Antrag auf Durchführung eines Verfahrens bei der Vorverfahrenskammer, wie es die Gründungsdokumente für den Fall der Uneinigkeit zwischen beiden Ko-Ermittlungsrichtern vorsehen.⁸⁸ Im Januar 2012, als dieser Antrag bei der Vorverfahrenskammer anhängig war, lehnte das Supreme Council of the Magistracy die Ernennung Kasper-Ansermets als Ermittlungsrichter ab. Die VN erhoben daraufhin den Vorwurf, Kambodscha würde gegen den vereinbarten VN-Vertrag verstoßen.⁸⁹

Kurz darauf beriet die Vorverfahrenskammer über die Meinungsverschiedenheit zwischen den Ermittlungsrichtern bezüglich der Fortführung der Ermittlungen, ohne jedoch zu einem Ergebnis zu kommen. Der Vorsitzende Richter der Kammer, der Kambodschaner Prak Kimsan, teilte daraufhin

⁷⁶ ECCC, Office of the Co-Investigating Judges, Statement by the International Co-Investigating Judge, 7. Oktober 2011.

⁷⁷ D. Gillison, a.a.O. (Fn. 66), der sich auf Aussagen von Mitarbeitern am Tribunal beruft, die über die Untersuchungen unterrichtet waren.

⁷⁸ ECCC, Pre-Trial Chamber, Considerations of the Pre-Trial Chamber Regarding the International Co-Prosecutor's Appeal against the Decision on Time Extension Request and Investigative Requests Regarding Case 003, Opinion of Judges Lahuis and Downing, No. 003/07-09-2009-ECCC/OCIJ (PTC 04), 2. November 2011, Rn. 11.

⁷⁹ ECCC, Pre-Trial Chamber, Considerations, Opinion of Judges Lahuis and Downing, 24. Oktober 2011 (Fn. 69), Rn. 14.

⁸⁰ *Id.*, Rn. 9.

⁸¹ *Id.*, Rn. 7.

⁸² ECCC, Pre-Trial Chamber, Considerations of the Pre-Trial Chamber Regarding the International Co-Prosecutor's Appeal against the Decision on Re-Filing of Three Investigative Requests, Opinion of Judges Lahuis and Downing, No. 003/07-09-2009-ECCC/OCIJ (PTC 06), 15. November 2011, Rn. 12.

⁸³ ECCC, Pre-Trial Chamber, Considerations, Opinion of Judges Lahuis and Downing, 24. Oktober 2011 (Fn. 69), Rn. 5.

⁸⁴ ECCC, Pre-Trial Chamber, Considerations, Opinion of Judges Lahuis and Downing, 15. November 2011, a.a.O. (Fn. 82), Rn. 12, 14, 16.

⁸⁵ OSJI-Report, Februar 2012, <http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/cambodia-eccc-20120223.pdf> (29. April 2013), S. 22.

⁸⁶ ECCC, Office of the Co-Investigating Judges, Order on Resuming the Judicial Investigation, No. 003/07-09-2009/ECCC-OCIJ, 2. Dezember 2011.

⁸⁷ ECCC, Office of the Co-Investigating Judges, Statement from the National Co-Investigating Judge, 6. Dezember 2011.

⁸⁸ Art. 23 Abs. 2 ff., Art. 20 Abs. 2 ff. ECCC-Gesetz und Regel 72 IR.

⁸⁹ UN Secretary-General, Statement Attributable to the Spokesperson for the Secretary-General on Cambodia, 20. Januar 2012, <http://www.un.org/sg/statements/?nid=5815> (27. März 2013).

der Verwaltung des Tribunals mit, dass der Antrag Kasper-Ansermets an diesen zurückzusenden sei, da er keinerlei Befugnisse zur Ausübung seines Amtes habe. Die internationalen Richter der Vorverfahrenskammer wiesen das Vorgehen ihres Vorsitzenden in einer Stellungnahme vom 10. Februar 2012 als rechtswidrig zurück. Sie hielten außerdem fest, dass der ordnungsgemäß ernannte und vereidigte internationale stellvertretende Ko-Ermittlungsrichter Kasper-Ansermet mit der Amtsniederlegung seines Vorgängers automatisch die Befugnisse erhalten habe, das Amt des internationalen Ko-Ermittlungsrichters zumindest so lange auszuüben, bis ein neuer permanenter Richter ernannt worden sei.⁹⁰ Außerdem argumentierten sie, der von Kasper-Ansermet veröffentlichte Beschluss sei trotz fehlender Unterzeichnung durch den nationalen Ermittlungsrichter wirksam. Die Vorverfahrenskammer habe keine qualifizierte Mehrheit zur Entscheidung über die Uneinigkeit zwischen den Ermittlungsrichtern finden können. Die internationalen Richter wiesen auf die Prozessregeln des Tribunals und die Gründungsdokumente der ECCC hin. Beide sehen für diesen Fall vor, dass die Strafverfolgung fortzusetzen ist.⁹¹ Am 9. Februar 2012 versuchte der internationale Ermittlungsrichter Kasper-Ansermet daher den von ihm erlassenen Beschluss der elektronischen Verfahrensakte hinzuzufügen, was ihm jedoch durch die Registratur verweigert wurde.⁹² Wenig mehr als einen Monat später legte er sein Amt nieder. In einer offiziellen Mitteilung zu seiner Amtsniederlegung führte er detailliert aus, inwiefern seine Arbeit behindert wurde. Unter anderem seien ihm für die Durchführung von ordnungsgemäß angeordneten Ermittlungsmaßnahmen Fahrer und Übersetzer ebenso verweigert worden⁹³ wie die Verwendung des zur Unterzeichnung von Dokumenten erforderlichen Dienstsiegels.⁹⁴ Auch sei ihm verwehrt worden, Dokumente in die elektronische Verfahrensakte einzustellen.⁹⁵ Die Zeugenbetreuungseinheit habe sich zudem geweigert, die für ordnungsgemäß angeordnete Zeugenvernehmungen erforderliche Hilfestellung zu leisten.⁹⁶ Kasper-Ansermet fasste zusammen, an den ECCC würden so gravierende Unregelmäßigkeiten und Funktionsstörungen existieren, dass die Rechtsstaatlichkeit der Verfahren gefährdet und ihm die Durchführung eines ordnungsgemäßen Untersuchungsverfahrens in den Verfahren 003 und 004 unmöglich sei.⁹⁷

Der Sprecher des VN-Generalsekretärs für die ECCC äußerte kurz darauf, dass die Amtsniederlegungen von Blunk und Kasper-Ansermet ernsthafte Besorgnis über den Fortgang der Verfahren 003 und 004 ausgelöst hätten.⁹⁸ Gleichzeitig wurden jedoch Stellungnahmen vonseiten der VN und verschiedener Geberländer bekannt, die darauf hindeuten, dass sich das Interesse der internationalen Gemeinschaft auf den Abschluss des Hauptverfahrens im Verfahren 002 beschränkt und die Verfahren 003 und 004 demgegenüber als weniger wichtig angesehen werden.⁹⁹

Im Juni 2012 erhielten nach längerer Zeit die Ankläger wieder Gelegenheit, sich zu den Verfahren zu äußern. Kasper-Ansermet hatte kurz vor seinem Ausscheiden aus dem Amt die Ankläger aufgefordert, den Ermittlungsrahmen von Fall 003 auszuweiten. Dabei hatte er vier noch aktive hochrangige Politiker und Militärs benannt, die seiner Meinung nach im Zusammenhang mit den Ermittlungen vernommen werden sollten. Die Ankläger sprachen sich in einer öffent-

lichen Stellungnahme gegen eine Ausweitung der Ermittlungen aus. Sie begründeten dies damit, dass die genannten Straftaten zum Teil bereits Gegenstand des Verfahrens 002 seien. Zudem würde der Ermittlungsfokus unnötig ausgeweitet.¹⁰⁰ Im Übrigen traten sie Pressemeldungen entgegen, in denen Verdächtige im Verfahren 003 identifiziert wurden. Diese Äußerungen verdeutlichen die extreme politische Sensibilität, die die Fälle 003 und 004 umgibt.¹⁰¹

Im Sommer 2012 wurden schließlich ein neuer internationaler Ermittlungsrichter, der US-Amerikaner Mark Harmon, und ein Stellvertreter ernannt. Harmon wurde vom kambodschanischen Supreme Council of the Magistracy anerkannt und konnte im Oktober 2012 seine Arbeit aufnehmen. Bis dahin war dieser Posten fast ein Jahr vakant und die Verfahren 003 und 004 nicht weiter betrieben worden.

Die Ernennung eines neuen Ermittlungsrichters durch die VN wurde als hoffnungsvolles Zeichen gewertet, dass die VN die Bereitschaft haben, sich für einen ernsthaften Abschluss der Ermittlungen einzusetzen, statt sie im Nichts verlaufen zu lassen. Im Dezember 2012 gab der internationale Ermittlungsrichter in einer seiner ersten öffentlichen Amtshandlungen bekannt, dass die Ermittlungen im Verfahren 004 ausgeweitet würden. Gleichzeitig gab er eine Liste der Tatorte bekannt, die im Fokus der Ermittlungen liegen.¹⁰²

Bereits im Februar 2013 wurden die Hoffnungen, dass sich die Situation am Tribunal bezüglich der Verfahren 003 und 004 zum Besseren wandeln könnten, jäh enttäuscht. Zu diesem Zeitpunkt war bei der Vorverfahrenskammer seit 18 Monaten ein Rechtsmittel anhängig, das von einer Zivilpartei erhoben wurde, deren Antrag auf Teilnahme am Verfahren abgelehnt worden war.¹⁰³ In der Entscheidung der Vorverfahrenskammer über die Beschwerde zeigte sich der bereits bekannte Graben zwischen nationalen und internationalen Richtern so deutlich wie zuvor: Die kambodschanischen Richter hielten die ablehnende Entscheidung der Ermitt-

⁹⁰ ECCC, Pre-Trial Chamber, Opinion of Pre-Trial Chamber Judges Downing and Chung on the Disagreement between the Co-Investigating Judges Pursuant to Internal Rule 72, No. 003/16-12-2011-ECCC/PTC, 10. Februar 2012, Rn. 33 ff.

⁹¹ Vgl. Art. 20 neu Abs. 7 S. 4, Art. 23 neu Abs. 6 S. 4 ECCC-Gesetz sowie Regel 72 Nr. 4 lit. d) IR.

⁹² ECCC, Office of the Co-Investigating Judges, Note of the International Reserve Co-Investigating Judge to Parties on the Egregious Dysfunctions within the ECCC Impeding the Proper Conduct of Investigations in Cases 003 and 004, No. 003/07-09-2009-ECCC-OCIJ and 004/07-09-2009-ECCC-OCIJ, 21. März 2012, Rn. 33 ff.

⁹³ *Id.*, Rn. 48.

⁹⁴ *Id.*, Rn. 41.

⁹⁵ *Id.*, Rn. 33 ff.

⁹⁶ *Id.*, Rn. 49.

⁹⁷ *Id.*, Rn. 54.

⁹⁸ Ohne Autor, New York, 30 March 2012 – Statement attributable to the Spokesperson for the Secretary-General on the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, 30. März 2012, <http://www.un.org/sg/statements/index.asp?nid=5961> (27. März 2013).

⁹⁹ OSJI-Report, Oktober 2012, The Future of Cases 003/004 at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, <http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/cambodia-eccc-20120223.pdf> (29. April 2013), S. 4.

¹⁰⁰ ECCC, Office of the Co-Prosecutors, Public Statement regarding Investigation in Case 003, 5. Juni 2012.

¹⁰¹ OSJI-Report, Oktober 2012, a.a.O. (Fn. 99), S. 16.

¹⁰² ECCC, Statement by the International Co-Investigating Judge Regarding Additional Crime Sites in Case File 004, 19. Dezember 2012.

¹⁰³ Siehe ECCC, a.a.O. (Fn. 68).

lungsrichter aufrecht. Die internationalen Richter brachten ihre abweichende Ansicht zum Ausdruck: Sie wiesen auf verschiedene prozessuale Unregelmäßigkeiten hin und bezichtigten die damaligen Ermittlungsrichter, dass diese absichtlich international anerkannte, fundamentale Rechtsstaatsgarantien der Verfahrensbeteiligten umgangen haben. Angesichts der Art, wie die Ermittlungen im Verfahren 003 geführt worden seien, stünde der Wille der Ermittlungsrichter infrage, das Verfahren in einer transparenten Art und Weise und unter Berücksichtigung der Verfahrensrechte der Beteiligten zu Ende zu führen.¹⁰⁴

Wie tiefgehend der Bruch zwischen nationalem und internationalem Personal ist, lässt sich auch an einer Pressemitteilung der Ermittlungsrichter zum Verfahren 003 ablesen, die wenige Wochen später veröffentlicht wurde: Der nationale Ermittlungsrichter leitete weitere Schritte ein, die notwendig sind, um das Verfahren offiziell durch Beschluss einstellen zu können. Der internationale Ermittlungsrichter erklärte in derselben Mitteilung seine Uneinigkeit mit dem Vorgehen seines kambodschanischen Kollegen. Er stellte klar, dass das Verfahren weiter betrieben werde und sämtliche Ermittlungen fortgeführt werden. Außerdem informierte er die Öffentlichkeit über Einzelheiten der Untersuchung wie bestimmte Tatorte, Zeugen und mögliche Zivilparteien sowie deren Beteiligungsmöglichkeiten.¹⁰⁵

Sollte die Vorverfahrenskammer erneut entscheiden müssen, findet zwar die Regelung Anwendung, dass das Verfahren fortzusetzen ist. Dieses dürfte aber bald danach wieder blockiert werden. Jede Entscheidung zur Fortführung des Verfahrens, die die Zustimmung beider Ermittlungsrichter oder Ankläger verlangt, wird voraussichtlich von der kambodschanischen Seite verhindert werden. Umgekehrt dürften die internationalen Richter mit ihrer Sperrminorität Entscheidungen blockieren, die auf die Einstellung des Verfahrens hinzielen. Selbst wenn die Verfahren das Stadium der Hauptverhandlung jemals erreichen sollten, ist angesichts der bisherigen Entwicklung nicht davon auszugehen, dass die Verfahren unabhängig vom politischen Einfluss zu einem rechtsstaatlichem Abschluss gebracht werden können.¹⁰⁶ Daran hat auch die Ernennung eines neuen internationalen Ko-Ermittlungsrichters nichts geändert. Die vereinzelt angedachte Übertragung der Verfahren an die kambodschanische Justiz dürfte angesichts des allgemeinen bekannten politischen Einflusses der Regierung auf die Gerichte ebenfalls nur eine – möglichst lautlose – Einstellung der Verfahren zur Folge haben.

3. Finanzierung des Gerichtshofes

Der Gerichtshof kalkulierte im Budgetentwurf für die Jahre 2012/2013 ein Gesamtbudget von US\$ 230,7 Millionen über den gesamten Tätigkeitszeitraum.¹⁰⁷ Bezüglich des Budgets erfolgt eine Teilung in eine nationale und eine internationale Komponente. Im VN-Vertrag hat sich die kambodschanische Regierung verpflichtet, die Kosten für die kambodschanischen Richter und das nationalen Personal zu tragen.¹⁰⁸ Die Kosten für die internationalen Richter, das internationale Personal sowie die Strafverteidiger sind durch die VN zu tragen.¹⁰⁹ Die voraussichtlichen Gesamtkosten für die internationale Komponente für den Zeitraum 2006-2013 wurden seitens der ECCC auf US\$ 177,5 Millionen geschätzt, die Kosten für den nationalen

Teil auf US\$ 53,2 Millionen. Der Budgetentwurf für das Jahr 2013 sah zunächst Ausgaben in Höhe von US\$ 43,9 Millionen sowie Kosten in gleicher Höhe für die beiden folgenden Jahre vor.¹¹⁰ Dieser Budgetentwurf wurde nicht bestätigt. Da die Geldgeber nur zögerlich zu weiteren Zahlungen bereit sind, erfolgte eine Reduzierung auf circa US\$ 35,4 Millionen. Der internationale Anteil beträgt knapp über US\$ 26 Millionen.¹¹¹ Nicht berücksichtigt sind in diesen Zahlen Fördergelder für die Arbeit von NGOs an Projekten, die im Zusammenhang mit den ECCC stehen. Anders als in den Gründungsdokumenten vorgesehen,¹¹² erfolgt die Finanzierung beider Komponenten durch internationale Spendengeber. So trägt die Bundesrepublik, die derzeit der viertgrößte Geldgeber der ECCC ist, weitgehend die Kosten der Victims Support Section.¹¹³ Im Übrigen findet eine Zweckbestimmung der Spenden für die Arbeit an bestimmte Verfahren nicht statt. Eine solche wäre auch problematisch, da sie als Eingriff in die Unabhängigkeit der Justiz betrachtet werden könnte. Die Abhängigkeit von der Spendenbereitschaft der internationalen Gemeinschaft führt momentan zu einer akuten Gefährdung des Gerichtshofes. Zwar ist das Budget im Vergleich zu anderen Gerichtshöfen gering. Stuart Ford, ehemaliger Mitarbeiter der Anklagebehörde an den ECCC, hat errechnet, dass die internationale Gemeinschaft bis zum Jahr 2010 insgesamt US\$ 4,7 Milliarden für die internationale Strafgerichtsbarkeit ausgegeben hat beziehungsweise die Gesamtausgaben bis zum Jahr 2015 sich auf circa US\$ 6,3 Milliarden belaufen werden.¹¹⁴ Auf die beiden Hybridgerichte ECCC und Special Court for Sierra Leone entfallen dabei zusammen weniger als 10 % dieser Kosten.¹¹⁵ Jedoch wird es für die ECCC zunehmend schwerer, eine Finanzierung der Arbeit zu gewähr-

¹⁰⁴ ECCC, Considerations of the Pre-Trial Chamber Regarding the Appeal against Order on the Admissibility of Civil Party Applicant, 13. Februar 2013.

¹⁰⁵ ECCC, Statement by the Co-Investigating Judges Regarding Case 003, 28. Februar 2013.

¹⁰⁶ Siehe A. Seiff, Judge Rift at Tribunal Continues, The Phnom Penh Post, 1. März 2013, <http://www.phnompenhpost.com/2013030161695/> KR-Talk/judge-rift-at-tribunal-continues.html (27. März 2013), die die Prozessbeobachterin der Open Society Justice Initiative, Heather Ryan, wie folgt zitiert: „It is theoretically possible that a case could be fully investigated and even proceed to trial over the disagreement of the national co-investigating judge. However, the history in Case 003 [...] foreshadows that there will be huge hurdles for the case to follow the normal process to completion.“ Siehe auch Reuters, Khmer Rouge Genocide: Justice Delayed may be Justice Denied, Voice of America, 10. März 2013, <http://www.voanews.com/content/khmer-rouge-genocide-justice-delayed-denied-trial-reuters/1618984.html> (27. März 2013); sowie OSJI-Report, Oktober 2012, a.a.O. (Fn. 99), S. 13.

¹⁰⁷ ECCC, Financial Outlook, <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/5-Financial%20Outlook%20-%2030%20June%202012.pdf> (29. April 2013).

¹⁰⁸ Art. 15 VN-Vertrag.

¹⁰⁹ Art. 16, 17 VN-Vertrag.

¹¹⁰ ECCC, Proposed Budget for 2012-2013, 17. Februar 2012, <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/ECCC%20Budget%202012-2013.pdf> (29. April 2013), S. 4.

¹¹¹ ECCC, ECCC Revised Budget Requirements - 2012-2013, 29. Januar 2013, Revised Budget Requirements - 2012-2013 (29. April 2013).

¹¹² UN Doc. A/RES/57/228, 27. Februar 2003.

¹¹³ ECCC, Proposed Budget for 2012-2013, a.a.O. (Fn. 110), S. 38 f.; E. Stover *et al.*, Confronting Duch: Civil Party Participation in Case 001 at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, in: International Review of the Red Cross 93 (2011), S. 503, 516.

¹¹⁴ S. Ford, How Leadership in International Criminal Law is Shifting from the U.S. to Europe and Asia – An Analysis of Spending on and Contributions to International Criminal Courts, in: Saint Louis University Law Journal 55 (2011), S. 953, 955 f.

¹¹⁵ *Id.*, S. 960.

leisten. Die geringer werdende Spendenbereitschaft ist wohl darauf zurückzuführen, dass es kaum Fortschritte in der Rechtsprechungstätigkeit der ECCC gibt und bezüglich der Verfahren 003 und 004 anscheinend eine politische Einflussnahme durch die kambodschanische Regierung erfolgt.¹¹⁶ Die Zahlung der Gehälter des internationalen Personals ist voraussichtlich bis Ende Juni 2013 gesichert. Die Bezahlung des nationalen Personals steht seit Dezember 2012 aus.¹¹⁷ Zwar ist die kambodschanische Regierung vertraglich verpflichtet, die Kosten des nationalen Personals zu übernehmen, jedoch lässt sie sich diese durch Spenden der Geberländer finanzieren. Die Europäische Union hält derzeit Gelder zurück und hat die kambodschanische Regierung aufgefordert, zunächst ihre vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen.¹¹⁸

4. Beteiligung von Zivilparteien und Outreach

Die ECCC sind der erste international(isiert)e Strafgerichtshof, an dem eine der deutschen Nebenklage ähnelnde Form der Opferbeteiligung möglich ist. Sie wurde auf der Grundlage der französischen „action civile“ entwickelt. Im Gegensatz zur Opferbeteiligung am Internationalen Strafgerichtshof, an dem die Verfahrensrechte der Opferbeteiligten von Fall zu Fall *ad hoc* bestimmt werden,¹¹⁹ sind die Zivilparteien an den ECCC Verfahrensbeteiligte und mit einem bestimmten Katalog an Rechten ausgestattet.¹²⁰ Dazu gehören unter anderem das Recht auf Akteneinsicht, das Recht, sich vom einem Anwalt vertreten zu lassen, Zeugen zu benennen und zu befragen, als Zivilpartei im Verfahren auszusagen und bestimmte Ermittlungen zu beantragen. Anders als am Internationalen Strafgerichtshof ist die Beteiligung am Strafverfahren abhängig von der Forderung einer Entschädigung, die jedoch nur moralischer und kollektiver Art sein kann.¹²¹

Am Verfahren 001 nahmen insgesamt 90 Zivilparteien bis zum Abschluss der Hauptverhandlung teil, 78 wurden nach dem Rechtsmittelverfahren rechtskräftig als Zivilparteien anerkannt.¹²² Die Entschädigungsforderungen, die ihnen zugesprochen wurden, waren auch angesichts des begrenzten Mandats der ECCC bescheiden und daher starker Kritik ausgesetzt: Dem Urteil wurde eine Liste aller Zivilparteien beigefügt, zudem wurde eine Zusammenstellung aller Entschuldigungsäußerungen des Verurteilten Duch veröffentlicht.¹²³

Die Beteiligungsrechte der Zivilparteien wurden im Laufe der Verfahren durch die Richter, die auch über Rechtssetzungskompetenz hinsichtlich der Prozessordnung verfügen, immer weiter beschränkt.¹²⁴ Nachdem die Opferbeteiligung im ersten Verfahren als zu mühselig empfunden wurde, erfolgte für das zweite Hauptverfahren eine komplette Reform.¹²⁵ Die insgesamt 3.850 Zivilparteien nehmen an der Hauptverhandlung im Verfahren 002 nur noch als einheitliche konsolidierte Gruppe teil, die durch bei den ECCC angestellte sogenannte „Führungsanwälte“ in der Hauptverhandlung vertreten wird. Die einzelnen Anwälte der Zivilparteien halten den Kontakt zu ihren Mandanten, unterstützen die Führungsanwälte und haben nur in Absprache mit diesen das Recht, im Verfahren aufzutreten.¹²⁶ Durch dieses System soll ein einheitlicheres Auftreten der Zivilparteien im Verfahren gewährleistet werden.

Die Opferbeteiligung litt von Anfang an darunter, dass sie durch die Rechtsquellen der ECCC völlig unzureichend aus-

gestaltet war.¹²⁷ Die Definition des Status als Zivilpartei erfolgte im Laufe der Verfahren durch die Kammern und wurde zu einer der umstrittensten Fragen am Tribunal. Die Kammern interpretieren den Zivilparteistatus sehr stark im Lichte des kambodschanischen Prozessrechts und betonen stets die Abhängigkeit von der Entschädigungsforderung.¹²⁸ Es erscheint zweifelhaft, ob ein Opferstatus, der stark an nationalstaatliche Adhäsionsverfahren angelehnt wurde, für ein völkerstrafrechtliches Verfahren geeignet ist, insbesondere, wenn die Schadensersatzforderung auf kollektive und moralische Reparationen beschränkt wird. Insgesamt stellte die Schaffung eines völlig neuen Status für Opfer im Völkerstrafverfahren mit unzureichend bestimmter rechtlicher Grundlage für das ohnehin mit Problemen überfrachtete Tribunal eine enorme Belastung dar.

Daneben hat der Gerichtshof mehrere Outreach-Programme entwickelt. Für den Begriff „Outreach“ gibt es keine allgemein anerkannte Definition. Allgemein versteht man darunter Öffentlichkeitsarbeit beziehungsweise einen Transformationsprozess mit dem Ziel, die Bevölkerung zu informieren beziehungsweise mit dieser in einen proaktiven Dialog zu treten.¹²⁹ Durch die Errichtung der ECCC in Kambodscha wird die Möglichkeit geschaffen, die lokale Bevölkerung mit der Arbeit des Gerichts vertraut zu machen. Die öffentliche Galerie der ECCC bietet Platz für 482 Zuschauer und ist damit wesentlich größer als diejenigen vergleichbarer Gerichte.

¹¹⁶ So z. B. bezüglich des letztgenannten Grundes: S. White, KRT National Side Still Waiting for Paychecks, The Phnom Penh Post, 23. Januar 2013, S. 13.

¹¹⁷ AFP, Cash Crunch Threatens Cambodia's War Crimes Court, 10. Februar 2013, <http://www.globalpost.com/dispatch/news/afp/130210/cash-crunch-threatens-cambodias-war-crimes-court> (27. März 2013). Ein Streik der Übersetzer wurde nach dem Tode Ieng Sarys abgebrochen. Zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Manuskripts zeichnete sich eine Lösung des Konflikts ab, siehe Associated Press, UN to Pay Overdue Salaries at Cambodia Trial, 30. März 2013, <http://www.foxnews.com/world/2013/03/30/un-to-pay-overdue-salaries-for-cambodian-staff-at-khmer-rouge-tribunal/> (29. April 2013).

¹¹⁸ Reuters, EU Wants Cambodia to Pay More for Khmer Rouge Crimes Court, 21. Februar 2013, <http://www.reuters.com/article/2013/02/21/us-cambodia-rouge-eu-idUSBRE91K06Z20130221> (27. März 2013).

¹¹⁹ Siehe Art. 68 Nr. 3 ICC-Statut; Regel 89 Nr. 1 ICC-RPE.

¹²⁰ Siehe dazu im Einzelnen P. Kroker, a.a.O. (Fn. 1), S. 220 f.

¹²¹ Regel 23 Nr. 1 IR.

¹²² Die Verfahrenskammer hatte 24 Zivilparteien die Anerkennung als Zivilpartei im Urteil verweigert, 10 der insgesamt 22 der Rechtsmittelführer gegen diese Entscheidung hatten vor der Supreme Court Chamber mit ihrem Rechtsmittel Erfolg, siehe ECCC, Trial Chamber, Duch-Urteil, a.a.O. (Fn. 6); und Supreme Court Chamber, a.a.O. (Fn. 19).

¹²³ Duch Apology, a.a.O. (Fn. 10).

¹²⁴ Siehe bereits P. Kroker, Transitional Justice Policy in Practice: Victim Participation in the Khmer Rouge Tribunal, in: German Yearbook of International Law 53 (2010), S. 767 f.

¹²⁵ Siehe im Einzelnen P. Kroker, a.a.O. (Fn. 1), S. 135 ff.

¹²⁶ Siehe Regel 23 Nr. 3, Regel 12 ter Nr. 5 lit. a), Nr. 6 IR.

¹²⁷ Dies lag daran, dass die Opferbeteiligung als Neben aspekt in den Verhandlungen zur Etablierung des Tribunals behandelt wurde, siehe D. Scheffer, a.a.O. (Fn. 53), S. 253. Zu den Einzelheiten der Entstehung des Zivilparteistatus, siehe P. Kroker, a.a.O. (Fn. 1), S. 293 ff.

¹²⁸ ECCC, Trial Chamber, K. G. Eav „Duch“, Decision on Civil Party Co-Lawyers' Joint Request for a Ruling on the Standing of Civil Party Lawyers to Make Submissions on Sentencing and Directions Concerning the Questioning of the Accused, Experts and Witnesses Testifying on Character, No. 001/18-07-2007/ ECCC/ TC, 9. Oktober 2009, Rn. 30; für Einzelheiten siehe P. Kroker, a.a.O. (Fn. 1), S. 262 ff.

¹²⁹ M. Balthazard, a.a.O. (Fn. 2), S. 20.

Der Gerichtshof führt ein eigenes Outreach-Programm durch, in dem es der lokalen Bevölkerung ermöglicht wird, das Gericht an einem Verhandlungstag zu besuchen. Die Teilnehmer erhalten außerdem eine Einführung in den Prozess und besuchen die Gedenkstätten von Tuol Sleng und Choeng Ek.¹³⁰ Insgesamt besuchten bis Ende Dezember 2012 67.705 Personen die Verhandlungen im Fall 002, eine beeindruckende Zahl im Vergleich mit anderen international(isiert)en Strafgerichtshöfen.¹³¹ Andererseits wurde eine wöchentliche Radiosendung mit dem Titel „Khmer Rouge on Trial“, die über Arbeit der ECCC informiert, im Dezember 2012 vorübergehend eingestellt, weil die jährlichen Kosten von circa US\$ 50.000 derzeit nicht aufgebracht werden können.¹³² Daneben gibt es spezielle Outreach-Programme von NGOs.¹³³ Diese richten sich an spezielle Zielgruppen, wie die Zivilparteien im Verfahren 002.¹³⁴

5. Fazit

Die ECCC stehen im Verfahren 002 vor dem Problem, einen Prozess zu führen, in dem es aufgrund des Alters der Angeklagten jederzeit dazu kommen kann, dass das Verfahren wegen einer Verhandlungsunfähigkeit oder des Todes eines weiteren Angeklagten eingestellt werden muss. Ob es bezüglich eines Teils der Anklagepunkte zur Verkündung eines erstinstanzlichen Urteils – seien es Freisprüche oder Verurteilungen – kommt, hängt davon ab, ob es der Verfahrenskammer kurzfristig gelingt, den Verfahrensgegenstand zu straffen. Da zu den in Tuol Sleng verübten Verbrechen bereits ein Urteil vorliegt und das Gericht auf Erkenntnisse im Verfahren 001 zurückgreifen kann, sollte dies zum Gegenstand des ersten Prozesses im Verfahren 002 gemacht werden. Gleichzeitig entsteht jedoch ein Dilemma, das nicht aufgelöst werden kann. Die Beschränkung auf einen Teil der Anklagepunkte bedeutet gleichzeitig den Ausschluss von Zivilparteien bezüglich der im ersten Teilprozess nicht mitverhandelten Anklagepunkte. Die Verzögerungen sind jedoch nicht allein der Verfahrenskammer anzulasten. Während des Kalten Krieges fehlte es an einem Interesse, die

von den Roten Khmer verübten Verbrechen aufzuarbeiten.¹³⁵ Aufgrund des langwierigen Verhandlungsprozesses konnten die ECCC ihre Tätigkeit erst im Jahr 2006 aufnehmen. Ein Schwachpunkt ist die Konstruktion des Gerichtshofes, wonach es zu Situationen kommen kann, in denen Konflikte zwischen nationalem und internationalem Personal nicht aufgelöst werden können und dies zu einem Stillstand der Rechtspflege führt. Um eine Einheitlichkeit der Rechtsprechung im Bereich des Völkerstrafrechtes zu gewährleisten, sollten künftig Verfahren, wann immer dies rechtlich möglich ist, an den Internationalen Strafgerichtshof verwiesen werden. Jedoch ist einseitige Kritik an der Arbeitsweise des Gerichts nicht angebracht. Die ECCC haben ein System der Beteiligung der Zivilparteien entwickelt. Hinzu kommen Outreach-Programme des Gerichts und von NGOs. Wenn es um eine abschließende Bewertung der Arbeit der ECCC geht, sind diese Programme als Modell zu berücksichtigen. Ob die Verfahren 003 und 004 fortgeführt werden, hängt davon ab, ob seitens der internationalen Gemeinschaft entsprechender Druck auf die kambodschanische Regierung ausgeübt wird, ihre politische Einflussnahme auf das Gericht zu unterlassen. Dies darf angesichts der Erfahrungen der letzten Jahre jedoch stark bezweifelt werden. ■

¹³⁰ Siehe ECCC, *Cambodian Participants Find Outreach Activities Useful*, in: *The Court Report*, Issue 57, Februar 2013, S. 6.

¹³¹ ECCC, *Visitors to Hearings*, in: *The Court Report*, Issue 56, Januar 2013, S. 6.

¹³² S. White, a.a.O. (Fn. 116), S. 3.

¹³³ Human Rights Center, University of California, Berkeley, School of Law, *After the First Trial: A Population-Based Survey on Knowledge and Perceptions of Justice and the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, Juni 2011, S. 12.

¹³⁴ So z. B. ein Outreach-Programm der NGO ADHOC: *Cambodian Human Rights and Development Association, Baseline Study of the Cambodian Human Rights and Development Association's Civil Party Scheme for Case 002*, Phnom Penh, Januar 2013, S. 7 ff. Siehe auch P. Kroker, a.a.O. (Fn. 1), S. 318 ff.

¹³⁵ Siehe dazu C. Etcheson, *The Politics of Genocide Justice in Cambodia*, in: C. P. R. Romano *et al.* (Hrsg.), *The Role of Internationalized Courts and Tribunals in the Fight against International Criminality*, Oxford 2004, S. 199-206.

International Humanitarian Law in Times of Contemporary Warfare – The New Challenge of Cyber Attacks and Civilian Participation

Charlotte Lülff*

Bewaffnete Konflikte der letzten Jahre werden zunehmend durch den Einsatz neuer Waffentechnologien geprägt. Als ein neues Phänomen tritt der Cyberspace und Operationen gegen und mit Hilfe von Computern in den Vordergrund. Nicht nur die neue Technologie stellt dabei eine Herausforderung dar. Der Einsatz von Zivilisten, insbesondere von zivilen Experten, fordert entscheidende Grundsätze des humanitären Völkerrechts heraus, wie das Unterscheidungsgebot. Man muss sich folglich die Frage stellen, ob das klassische humanitäre Völkerrecht und seine Regelungen effektiv auf den Einsatz von Cyberangriffen angewendet werden können.

For the last years, armed conflicts are increasingly affected by the deployment of modern weapons technologies. As a new phenomenon, cyber space and operations against or through computers come to the fore. But not only this new technology can be considered a challenge. The participation of civilians, especially technical experts, challenges fundamental principles of humanitarian law, as for instance the principle of distinction. One has to question whether traditional humanitarian law and its regulations can still be effectively applied to cyber attacks.

1. Cyber Space and Civilians in Contemporary Armed Conflicts

The internet and increasing dependence on computer technology is not only dominating daily life but has also found its way into the military sector, as military technology itself is nowadays mostly based on computer networks.¹ The possibility to use computer technology as a means of warfare itself by targeting the enemies' computer system through cyber space has already proven itself to be effective, as incidents over the last years have shown. Cyber attacks are, however, a new and still unfamiliar instrument, not in all parts comparable to conventional weaponry. Nevertheless, if employed during armed conflict, international humanitarian law (IHL) is the field of law applicable to their use.

1.1. Civilian Involvement in Cyber Operations

The advanced technical nature of cyber operations *per se* – underlined by Kellenberger: “Digitalisation ensures Anonymity”² – and cyber attacks specifically make it very difficult to attribute an attack to a State, a non-State actor or an individual.³

But granted that one could identify the source of a cyber attack within an armed conflict situation, one possibly has to deal with the involvement of civilians. Due to the general trend in outsourcing military branches to private contractors or technical experts, cyber operations and cyber attacks might be prepared and conducted by civilian specialists, not just by military personnel.⁴ However, based on the core principle of distinction, IHL demands that solely members of the regular forces are legally entitled to employ the use of force against their enemies.⁵ Contractors, civilian technicians or the involvement of any other civilian personnel in the deployment of any weapons and means of warfare, including cyber attacks, is prohibited and those involved will lose their protected status and may be prosecuted for unlawful participation in hostilities.

1.2. Deployment History

The interconnectedness of all major critical components of national and transboundary infrastructures is an essential element for the vulnerability towards cyber attacks: “The public telephone network, for example, relies on the power grid, the power grid on the transportation, and all the sectors on telecommunications and financial structures [...]. Most of today's cybernetic networks are actually combinations of networks, interconnected and interdependent. Interaction among these subsystems is critical to overall network performance, indeed they are the essence of network performance.”⁶

* Charlotte Lülff, LL.M., M.A., is a research associate at the IFHV.

¹ Cf. J. Kelsey, Hacking into International Humanitarian Law: The Principles of Distinction and Neutrality in the Age of Cyber Warfare, in: Michigan Law Review 106 (2008), p. 1432.

² J. Kellenberger, International Humanitarian Law and New Weapons Technology, Keynote address at the 34th Round Table on Current Issues of International Humanitarian Law, San Remo, 9 August 2011, <http://www.icrc.org> (21 March 2013).

³ Linked to the identification of the perpetrator is the question at what point and under which circumstances State responsibility can be evoked for the conduct of private individuals, an issue controversially debated among legal scholars. See on the difficulties of attribution *inter alia* N. Tsagourias, Cyber Attacks, Self-Defense and the Problem of Attribution, in: Journal of Conflict and Security Law 17 (2012). Effective control test applied as established by the ICJ in its Nicaragua Judgment and later affirmed in the Genocide case in 2007; Military and Paramilitary Activities (Nicaragua v. United States of America), ICJ Reports 1986 (27 June 1986), Summary of the Judgment, para. 5; Application of Convention on Prevention and Punishment of Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), ICJ Reports 2007 (27 February 2007). Or rather the ICTY's overall control test, as raised in the Tadić-Judgment; Prosecutor v. Tadić, Opinion and Judgment, Case No IT-94-1-T, T.Ch. II, 7 May 1997, paras. 120 *et seqq.*

⁴ Art. 4 (4) GC III.

⁵ B. Brown, The Proportionality Principle in the Humanitarian Law of Warfare: Recent Efforts in Codification, in: Cornell International Law Journal 10 (1976), p. 190.

⁶ M. Schmitt, Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework, in: M. Schmitt (ed.), Essays on Law and War at the Fault Lines, The Hague 2012, p. 10.

In comparison to conventional weaponry, cyber attacks provide enormous benefits especially for non-State actors or less developed States, traditionally afflicted by the asymmetrical distribution of power in favour of highly industrialised States. The RAND⁷ Corporation published a study concerning the low costs of developing cyber warfare technology, as within the budget of nearly every State in the world.⁸ Cyber war is “war on the cheap”.⁹ Knowledge and equipment necessary for conduct in cyber space is to some extent available to the public and affordable, and furthermore offers a high probability to cause extensive damage in the technological dependent industrialised States.

Already in the 1990s the employment of cyber attacks was recognised as an increasing problem to the security of States. In 2000 John Serabian stated that the Central Intelligence Agency (CIA) was “detecting with increasing frequency, the appearance of doctrine and dedicated offensive cyber warfare programs in other countries”,¹⁰ a development that was equally referred to by the North Atlantic Treaty Organization (NATO) Chief of Cyber Defence, emphasising that cyber terrorism, cyber operations and cyber attacks pose an as great threat to national security as missile attacks. Nowadays one can assume that nearly 140 nations are actively involved in ‘cyber warfare’ programs in different stages of development.¹¹ However, the fear of a lonesome hacker bringing down a States whole infrastructure is, at this point, exaggerated. For a large-scale cyber attack highly developed military capabilities are needed, capabilities that for now only a few nations, as China, India, Russia or the USA possess.¹²

In recent years there have been some prominent incidents that should illustrate the increasing technical expertise and the will to employ these new means.¹³ These incidents are for example the major distributed denial of service (DDoS) operations against Estonian communication infrastructure in March and April 2007, as well as Stuxnet, the computer worm that was programmed to sabotage Iranian nuclear facilities in 2009/2010.¹⁴ These incidents have all happened in times of peace. This explains the amount of literature on the topic of whether and under which circumstances such an operation can be considered an armed attack under *jus ad bellum* and be assessed as a violation of Article 2 (4) United Nations (UN) Charter and therefore establishing the right to self-defence under Article 51 UN Charter.¹⁵

But there are other examples of comparable activities during times of armed conflict and consequently under the application of IHL. The Russian-Georgian War in 2008 marked the shift in the use of this modern warfare technology: cyber attacks, as Handler states, joint the conventional kinetic “triad of air, ground and naval operations”,¹⁶ and demonstrated the vulnerability of a State to attacks of this new type.¹⁷ The primary goal of these parallel cyber attacks and -operations, so the experts, was to limit the Georgian military reaction to the Russian conventional operations. By hampering the government’s and the military’s ability to exercise command and control, Russia enhanced the damage caused by its traditional means of warfare.¹⁸ In 2012 an oil company was targeted in Saudi Arabia leaving approximately 30,000 computers destroyed, information deleted or extracted. Accusations were made towards the regime in Iran but counter with denial. The cyber attacks were, so it was stated, launched by civilians.¹⁹

This article will address current challenges for IHL posed by attacks in cyber space. The incorporation of civilian expertise to a State’s armed forces raises the question of their status under IHL.²⁰ To what extent are civilians still protected from direct attack and at which level of involvement do they participate directly and unlawfully in the hostilities? The International Committee of the Red Cross (ICRC) Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law as well as the Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence²¹ will be the reference point to give an overview on the current issues surrounding the employment of this modern technology in warfare.

⁷ RAND = Research and Development.

⁸ Cf. M. Libicki, *Cyberdeterrence and Cyberwar*, RAND Corporation, 2009, p. 177.

⁹ M. Schmitt, a.a.O. (Fn. 6), p. 13.

¹⁰ J. Serabian, Jr., Statement for the Record Before the Joint Economic Committee on Cyber Threats and the US Economy, 23 February 2000, <https://www.cia.gov> (12 March 2013).

¹¹ C. Billo/ W. Chang, *Cyber Warfare – An Analysis of the Means and Motivation of Selected Nations States*, November 2004, <http://www.ists.dartmouth.edu> (12 March 2013).

¹² D. Turns, *Cyber Warfare and the Notion of Direct Participation in Hostilities*, in: *Journal of Conflict and Security Law* 17 (2012), p. 280.

¹³ For instance attacks on the Pentagon in 2007, M. Sklerov, *Solving the Dilemma of State Responses to Cyberattacks*, in: *Military Review* 201 (2009), p. 5.

¹⁴ Cf. K. Ziolkowski, *Stuxnet. Legal Considerations*, in: *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* 24 (2011), pp. 139-148.

¹⁵ See recently published: M. Waxman, *Cyber-attacks and the Use of Force: Back to the Future of Article 2(4) of the UN Charter*, in: *Yale Journal of International Law* 36 (2011); A. Wortham, *Should Cyber Exploitation Ever Constitute a Demonstration of Hostile Intent That May Violate UN Charter Provisions Prohibiting the Threat or Use of Force?*, in: *Federal Communications Law Journal* 64 (2012); R. Buchan, *Cyber Attacks: Unlawful Uses of Force or Prohibited Interventions?*, in: *Journal of Conflict and Security Law* 17 (2012).

¹⁶ S. Handler, *The New Cyber Face of Battle, Developing a Legal Approach to Accommodate Emerging Trends in Warfare*, in: *Stanford Journal of International Law* 48 (2012), p. 210.

¹⁷ Following conventional military operations in August 2008 were cyber-attacks launched by Russia to target Georgian critical infrastructure: “According to several sources around 54 Georgian governmental websites were attacked, mostly by the above mentioned Distributed Denial of Service (DDoS) attacks, [...] including news media and communication facilities which originally would have been attacked by missiles or bombs during the first phase of invasion”, J. Markoff, *Before the Gunfire: Cyberattacks*, *New York Times*, 12 August 2008, <http://www.nytimes.com> (20 March 2013).

¹⁸ U.S. Cyber Consequences Unit, *Overview by the US-CCU of the Cyber Campaign against Georgia in August of 2008*, August 2009, www.registan.net (13 March 2013), p. 5.

¹⁹ M. Lipin, *Saudi Cyber Attack Seen as Work of Amateur Hackers Backed in Iran*, *Voice of America*, 25 October 2012, www.voanews.com (10 March 2013).

²⁰ A. Collin, *Attribution Issues in Cyberspace*, in: *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law* 13 (2013).

²¹ Comparable to the Harvard Manual on Air and Missile Warfare, the new Tallinn Manual, still is in its draft version but will be published by Cambridge University Press at the end of 2012. It cannot be considered a legally binding document. Nonetheless, it is the three years work of an international committee of experts, led by Michael Schmitt, that intensively examined the application of existing law to this new phenomenon and is therefore a scientific source and prominent reference, mirroring the prevailing view and interpretation of the law, draft version available online: <http://www.ccdcoe.org> (10 March 2013).

2. Cyber Operations and Cyber Attacks

Various methods and instruments of computer technology are being developed or modified for military or criminal purposes. The following section will discuss different techniques currently in use.

2.1. Definition and Clarification of Terms

Cyber attacks and operations in cyber space are an instrument of warfare that is to some extent still in the dark. Differently labelled, cyberwarfare has been debated upon throughout the last decades, sometimes addressing synonym conduct, sometimes similar and sometimes different concepts.²²

According to the Tallinn Manual, cyber operations are “employment[s] of capabilities where the primary purpose is to achieve objectives in or through cyberspace”.²³ It has been used as an umbrella term, incorporating cybercrime activities, and herewith led to confusion because of its broad application. For the application of IHL the distinction between cyber attacks and criminal activities is essential. One clearly has to separate criminal activities in cyber space from those intended to be part of a military strategy. Cyber crime is “a crime that is enabled by or that targets computers”, but it is an activity falling under a different set of legal rules; those of criminal law and law enforcement as parts of the domestic legal order of States but not part of IHL.²⁴ Due to the unique nature of cyber space, those operations are extremely complicated to distinguish from each other. Using similar or even the same computer techniques such as viruses, criminal hacking and possible enemy attacks over cyber space are not only difficult to detect but also raises the question of how one can be sure about the intentions of the perpetrator? A cruise missile launch will clearly be assessed under the IHL framework. If the same mechanism in cyber space however, is used to commit credit card fraud or is shutting down the ministry of defence’s website, than how can one be a) sure to distinguish and b) in cases of non-physical effects, how can one compare activities in cyber space to conventional attacks and apply the same legal framework? What criteria have to be fulfilled for a cyber operation to become an armed attack in cyber space?²⁵ Given the challenges of the practice a narrowly constructed definition of the controversial term ‘cyber attack’ is necessary, one that will be used consistently in the subsequent analysis. Since no consensus on a comprehensively accepted or legal definition has been reached yet, this article will understand cyber attacks in accordance with the Tallinn Manual, to further discuss solely those operations that meet the threshold necessary for the application of IHL. Cyber attacks should subsequently be understood as “[...] a cyber operation, whether offensive or defensive, that is reasonably expected to cause injury or damage to persons or damage or destruction to objects.”²⁶

2.2. Types of Cyber Operations and Cyber Attacks

A variety of non-consensual techniques can be engaged to execute cyber attacks by *inter alia* altering, hampering or destroying data and data-flows,²⁷ of which the most prominent ones should be shortly discussed to give an overview and

highlight the complexity of identifying an attack as such: One major technique is the attack by denial of service (DoS): “an assault on a network that floods it with so many additional requests that regular traffic is either slowed or completely interrupted”.²⁸ This method is explicitly utilized to hinder the regular users from using the offered service of websites. Especially employed in armed conflict context is a variation of the DoS attack: the distributed denial of service (DDoS), in which a multitude of infected computers attack an individual server to sabotage it.²⁹

Another form is the use of malicious programs, with which normal functions are used to disable computers, for instance by introducing time delays or inserting backdoors to allow others to remotely control the target server from a dislodged place.³⁰ For this purpose different programs can be inserted, for example viruses, worms and Trojan-horses.³¹ While viruses spread from server to server by attaching itself to a program or a file, a worm comparably spreads through computers but, differently to a virus, can travel without human involvement by replicating itself, sending hundreds or even thousands of copies of itself to other computers. A Trojan horse, or Trojan, is “a program in which malicious or harmful code is contained inside apparently harmless programming or data in such a way that it can get control and do its chosen form of damage”.³² Other instruments for attacks through cyber space are logic bombs, activating themselves at a chosen event and for example starting to delete data or ‘explode’ at times of reserve forces call-ups, thereby disrupting the military logistics and supply. Or for the purpose of disrupting information flows or providing false or collect

²² The denomination ‘Network-centric warfare’ for instance has been more or less replaced by a deviating terminology in most academic research. The term ‘cyber warfare’, can be understood as a military doctrine that relates to both offensive as well as defensive operations in cyberspace. This term however has some unscientific connotation and is often used outside of academia, which is why it will not be used in this thesis. S. Handler, *supra* note 16, p. 212. Other terms used are for example by M. Schmitt, Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework, in: M. Schmitt (ed.), *supra* note 6, pp. 7 et seq.; and M. Schmitt, Wired Warfare: Computer Network Attack and Jus in Bello, in: M. Schmitt (ed.), *supra* note 6, p. 485; Computer network attacks: “operations to disrupt, deny, degrade, or destroy information resident in computers and networks themselves” and information warfare: “information operations conducted during times of crisis or conflict to achieve or promote specific objectives over a specific adversary or adversaries”.

²³ S. Handler, *supra* note 16, p. 210.

²⁴ Cf. C. Wilson, CRS Report for Congress: Botnets, Cybercrime, and Cyberterrorism: Vulnerabilities and Policy Issues for Congress, 29 January 2008, www.fas.org (18 March 2013), p. 4.

²⁵ At this point one again has to clarify that an armed attack in the sense of IHL is not comparable to the armed attack and its understanding in the *jus ad bellum* context.

²⁶ Tallinn Manual on the International Law Applicable to Warfare of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence (draft version), <http://www.ccdcoe.org/379.html> (12 March 2013), p. 92.

²⁷ The USAF Intelligence Targeting Guide. AF Pamphlet 14-210 (1998), para. 11.4.3.

²⁸ A. Schaap, Cyber Warfare Operations: Development and Use under International Law, in: Air Force Law Review 64 (2009), p. 134.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Cf. C. Wilson, *supra* note 24, p. 29.

³¹ Techterms.com, Malware, The Tech Terms Computer Dictionary, <http://www.techterms.com> (20 February 2013).

³² SearchSecurity.com, Trojan Horse, <http://searchsecurity.techtarget.com> (20 February 2013).

classified information as codes, so-called sniffer programs can be utilised.³³

3. Legal Considerations: IHL, Cyber Attacks and Civilian Participation

How is the traditional framework equipped to react to new challenges, which were, at the time of drafting and entry into force of major IHL-treaties, maybe unimaginable, today's advanced technology not yet invented? Cyber techniques may be deployed to cause actual physical damage, for instance by causing military aircrafts to crash. However, there is also another kind of attacks: non-kinetic cyber attacks rarely kill, injure or damage, but hamper information flows, communication lines and corrupt data.³⁴ The established regime of the law of armed conflict does not address the issues of cyber attacks explicitly, there is no case law, one can refer to, and although some State practice might be identified, clear *opinio juris* regarding cyber attacks does not exist yet.³⁵ But by no means is their use unrestricted or conducted in a legal vacuum. To discuss the involvement of civilians in cyber attacks, it is essential to discuss the threshold at which a cyber operation can be considered a cyber attack under IHL as well as the challenges concerning the principle of distinction that arise due to the specific nature of cyber space.

3.1. Threshold for Cyber Attacks under International Humanitarian Law

Traditionally and rooted in the nature of conventional warfare and weaponry, IHL has paid less attention to the question whether single operations of a party constitute armed attacks in the meaning of IHL, as the answer was usually obvious and non-controversial. Cyber attacks to some extent constitute a new form of attack, as they may not necessarily cause direct kinetic effects.

Some argue that since IHL does not address cyber activities or comparable technology and its invention postdates treaty law and has therefore not been “within the contemplation of the parties to those instruments, it is exempt from the coverage thereof.”³⁶ But one strongly has to counter this line of argumentation. Even though written law might be silent on the exact matter of cyber attacks, there is no legal void. The Martens Clause, the protection of combatants and civilians by the principles of international law, as they result from the usages established between civilised nations, from the laws of humanity and the requirements of the public conscience, is a reminder of the significance of the premises of IHL, even if it is not explicitly addressing certain new issues. The International Court of Justice (ICJ) in its Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons in 1996 cited the clause in its modern version of Article 1 (2) Additional Protocol (AP) I as “effective means of addressing the rapid evolution of military technology”.³⁷ In addition to this notion, the ICJ Statute in Article 38 (1) (b) refers to international custom as one source of law, supporting the applicability of the legal framework despite a lack of explicit *lex scripta* on this topic. Similarly the ICJ in the Advisory Opinion rejected the argument of inapplicability because “principles and rules had evolved prior to the invention of nuclear weapons.”³⁸ The bench announced that

there could be no doubt on the applicability of humanitarian law as well as core provisions of the UN Charter, as they do not refer to specific weapons but are generally binding: “They apply to any use of force, regardless of the weapon employed [...] to all forms of warfare and to all kinds of weapons, those of the past, those of the present and those of the future”,³⁹ a reasoning that can be applied analogously to cyber attacks, especially as one can be certain that the drafters of the AP I envisaged an application to future technological developments, *inter alia* the review of new weapons and means of warfare, enshrined in Article 36 AP I.

Although this argumentation by no doubt supports the application of IHL to cyber attacks, the threshold question still needs to be answered. The commencement of an ‘armed conflict’ is the requirement to activate IHL, “to all cases of declared war or any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized between one of them”, by virtue of Common Article 2 Geneva Conventions (GC) and similarly adopted by AP I. The commencement of hostilities as initiator for IHL application is now part of customary humanitarian law. The ICRC’s Commentary on the Geneva Convention refers to the criterion of the “intervention of armed forces”,⁴⁰ as activities of a specific nature and intensity (historically associated with the deployment of States’ armed forces).⁴¹ This approach was sufficient for a long time to regulate certain conduct, since States’ armed forces had a unique and undisputed key role.

That however has changed. No longer can conventional attacks by armed forces be considered the exclusive trigger for IHL application. To adapt to the transformation of conflicts one has to analyse the term ‘armed attack’, as it is understood in IHL, and IHL itself is not silent on the determination: AP I defines in Article 49 attacks “to include acts of violence against the adversary, whether in offense or in defence”. Traditionally the term ‘violence’ has always been a narrow concept, usually associated with direct physical effects. Cyber attacks may, however, not cause direct physical effects or sometimes merely temporarily, but not constantly.⁴² Therefore, the classical understanding must be seen as outdated. A new effective interpretation, able to meet the challenges and cover new scenarios can be found in the effects- or consequence-based approach.⁴³ The approach is

³³ A. Schaap, Cyber Warfare Operations: Development and Use under International Law, in: *Air Force Law Review* 64 (2009), p. 135.

³⁴ A detailed analysis of the two different kinds of cyber attacks can be found *inter alia* at S. Handler, *supra* note 16.

³⁵ D. Turns, *supra* note 12, p. 282.

³⁶ M. Schmitt, *Wired Warfare: Computer Network Attack and the Jus in Bello*, in: M. Schmitt/ B. O’Donnell (eds.), *Computer Network Attack and International Law*, Naval War College International Law Studies Vol. 76, 2002, p. 486.

³⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Reports 1996, para. 78.

³⁸ *Id.*, para. 85.

³⁹ *Id.*, para. 39.

⁴⁰ Common Art. 2 GCs.

⁴¹ M. Schmitt, *supra* note 36, p. 488.

⁴² *Id.*, pp. 194 ff.

⁴³ See C. Dunlap, *Perspectives for Cyber Strategists on Law for Cyberwar*, in: *Strategic Studies Quarterly* (Spring 2011), p. 85; For a discussion of competing approaches, see further D. Graham, *Cyber Threats and the Law of War*, *Journal of National Security* 1 (2010), pp. 91 et seq.

based on the following derivation: The conduct IHL is restricting, can be deduced from its protection standards, as it governs means and methods to injure, kill, damage or destroy. Other IHL regulations support this reading, as for instance the principle of proportionality refers to the loss of life or injury of civilians or damage and destruction of civilian objects. And consulting the *travaux préparatoires* of AP I as subsidiary source for interpretation, Article 32 Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) in conjunction with Article 38 (1) (a) ICJ Statute, one can establish another analogy. The laying of landmines, as it is said, constitutes an armed attack, whenever a person is directly endangered by it.⁴⁴ Therefore, one can assume that whenever a cyber attack endangers protected persons or objects, the threshold of an armed attack in accordance with the *jus in bello* is reached. At this point the effects-based approach delivers the way to address the threshold question for a cyber operation to amount to an armed attack and become a subject to IHL: The respective conduct must be an act of violence. This includes violent acts against targets, but even more, and essential to evaluate cyber activities, also acts with violent effects. Therefore, as the effects-based approach consistently argues, whenever a cyber operation is more than a sporadic and isolated incident and is employed to cause injuries, death, damage or destruction (as well as imaginable analogous consequences),⁴⁵ IHL has to be applied equally.⁴⁶

3.2. The Principle of Distinction and Cyber Attacks

The principle of distinction, according to Turns, “should lie at the heart of modern armed conflicts”, as it is the basis of major regulations concerning the issue of lawful targeting.⁴⁷ Despite its codification in Article 48 AP I, this principle is also of customary law character.⁴⁸ For decades the rule concerning the targeting of humans was mostly uncontroversial. Combatants are lawfully targetable,⁴⁹ and the definition of combatant was enshrined in hard law: Article 43 (1), (2), (3) AP I, paralleled by Article 4 GC III, defines combatants and their right to participate directly in hostilities, while Article 44 AP I further addresses combatants and their prisoner of war status, including their obligation to distinguish themselves from civilians, by virtue of Article 44 (3) AP I. The counterpart of combatants in IHL is the category of civilians – all those people who are *ipso facto* not combatants, since IHL only provides for a negative definition in Article 50 (1) AP I. And they are not lawfully targetable, but on the contrary, protected from direct attack. The distinction between civilians and combatants can accordingly be transferred to protected civilian objects and legitimately targetable military objectives.

The principle of distinction in its wording and interpretation is broadly applicable and not limited to specific types of weapons or means of warfare. Cyber attacks are launched by computers, a code and a way by which the code is transmitted. The example of sending an email shows that the computer itself can very discriminately focus on specific targets. But perpetrators can also write codes that are by their nature or unintentionally very indiscriminate, that travel from computer to computer by replicating itself. This different nature is manifested in viruses and worms, the latter replicating it-

self, as is in detail discussed above. In its consequence although not by itself, a specific and offensive code can be illegally indiscriminate. Here the principle of distinction is clearly violated. The following subsection, however, will concentrate on those attacks that can be launched against specific targets in a controlled manner. Combatants and military objectives are both by their very nature legitimate and classical targets for armed attacks. Those in charge of planning the operation have to conduct everything ‘feasible’ to verify the legitimacy of their targets, but then combatants and military objectives can be directly attacked, by conventional, but also by cyber attacks. For instance, launching a cyber attack against a military air traffic control, leading to the crash of a combatants troop transport, is as legitimate as the use of a missile would have been.⁵⁰ Comparably to the equipment and support of conventional weapons, those networks and computer systems contributing to military attacks or being the source of the cyber attack themselves, can be considered lawful targets under IHL. Contrariwise the prohibition not to target civilians and civilian objects directly is nearly absolute, although there are cases in which they are an indirect subject to attack. In context of cyber attacks one can imagine scenarios in which a military objective is targeted but the effects are so broad civilians will be heavily affected, analogous to a missile launch against a highly populated area. That means the principle of proportionality has to be upheld strictly. Problematic with computer-systems and networks is that they themselves might be considered so called dual use objects, since the path information takes over the internet cannot distinguish clearly between military and civilian, for instance with regards to international telecommunication providers or satellites like Intelsat, Eurosat or Arabsat.⁵¹ With the increasing use of advanced technology it becomes more and more important to “avoid losing sight of the humanitarian principles”,⁵² especially if one looks at the

⁴⁴ Y. Sandoz *et al.* (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva 1987, para. 1881.

⁴⁵ E.g. the attack on airports air traffic control systems or destruction of oil pipeline by remotely controlling computer system or using computers to release toxic gas, M. Schmitt, *supra* note 36, p. 490.

⁴⁶ Y. Dinstein, *The Principle of Distinction and Cyber War in International Armed Conflicts*, in: *Journal of Conflict and Security Law* 17 (2012), p. 261.

⁴⁷ Turns, *supra* note 12.

⁴⁸ M. Schmitt, *The Principle of Distinction in 21st Century Warfare*, in: *Yale Human Rights and Development Law Journal* 2 (1999), p. 148; G. Swiney, *Saving Lives: The Principle of Distinction and the Realities of Modern War*, in: *The International Lawyer* 39 (2006), p. 734; K. Asa, *The Principle of Distinction*, in: *Journal of Military Ethics* 6 (2007), p. 153.

⁴⁹ The only exception concerning the lawful attack on combatants is made when they are hors de combat, in accordance with Art. 41 (2) AP I. Debated on the criteria for being hors de combat, see for instance, I. Henderson, *The Contemporary Law of Targeting, Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I*, Leiden 2009, p. 85; M. Bothe *et al.*, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, The Hague 1982*, pp. 220 et seq.

⁵⁰ Y. Sandoz *et al.*, *supra* note 44, pp. 2020-2023.

⁵¹ Owned by an international consortium. On the Question of Neutrality, see discussion in G. Intocchia/ J. Moore, *Communications Technology, Warfare and the Law of War: Is the Network a Weapon System?*, in: *Houston Journal of International Law* 28 (2006), p. 487.

⁵² M. Schmitt, *supra* note 36, p. 509.

militarisation of civilians and civilian activities. The military increasingly depends on civilians but also civilian infrastructure in their operations and herewith blurring the distinction to a critical extent, as for instance computer networks used by the military are to rather more than less extent based on civilian networks.⁵³ A variety of objects depend highly on computer-technology and the internet, as computer networks for research or medical facilities, electronic power grid networks, traffic control, gas and oil distribution centres. They all can be considered civilian objects in light of Article 52 (2) AP I. But, under certain circumstances they may effectively contribute to military action. One must be aware that the nature of objects can change repeatedly depending on the circumstances and the conflict itself. An airfield that is used for military logistical purposes in one conflict could be classified a military objective. At another time or in another conflict it may not serve any military purposes and remain a purely civilian object.⁵⁴ A potential dual-use object that is currently classified as being merely civilian but could potentially be used for military aims, must be reclassified as military objective if the “likelihood of military usage is reasonable and not remote to conflict under way”.⁵⁵ Due to this technological interconnectedness of computer systems, networks and the internet, so called dual use objects are of special importance with regard to targeting by cyber attacks, and a final classification into legitimate military objective or protected civilian object is often highly controversial and must therefore be done with utmost care and caution.

The principle of distinction is not only concerned with legitimate targets but has to be strictly applied to those conducting the attacks.

3.3. Direct Participation in Hostilities – Civilian Involvement in Cyber Attacks

IHL explicitly stresses the right of combatants to directly participate in hostilities and the duty of civilians to refrain from doing so. There is one exception to the absolute rule of protection that IHL provides for civilians. Article 50 (3) AP I clarifies: “Civilians shall enjoy the protection afforded by this section, unless and for such time as they take direct participation in hostilities.” As a sincere challenge to the traditionally clear cut separation of combatants and civilians, a new phenomenon of – controversially labelled ‘unlawful combatants’ – civilians taking direct participation came up or at least gained considered attention during the last decades, especially in relation to the increase in non-international armed conflict, the global ‘war on terror’ but also the advancement of military high technology and the need for technical expertise.⁵⁶ The following sections will focus on the latter.

The legal status of civilians can be assessed differently depending on their involvement in armed conflict. Reliance on civilians and civilian-provided services and expertise has increased in the official armed forces, since “some technologies, such as computer networks or space operations, require education that the average member of the armed forces lacks”.⁵⁷

One might classify technicians and maintenance personnel as “supply contractors, members of labour units” according to GC III. Supply contractor is a limited category of “persons

that accompany the armed forces without being member thereof”.⁵⁸ If they possess an official authorisation from the armed forces they are entitled to prisoner-of-war (POW) status if captured, although they are not combatants and not directly targetable. Doswald-Beck, supported by others, suggests that this would apply to civilians “that keep the machines in order, and not ones that actually undertake [...] attacks.”⁵⁹

It has also been argued that patriotic hackers, not under command by the State, but carrying out attacks on their own initiative against an enemy State’s computer systems might fit into the category of ‘*levée en masse*’, entitled to POW status and lawful military targets. There are some requirements that need to be fulfilled, which are however not easy to apply to operations from cyber space. Participants in a *levée en masse* would have to take up arms spontaneously on the approach of the enemy, need to lack organisation and carry their arms openly, by virtue of Article 4 A 6 GC III. Especially the last condition seems difficult to establish with regard to computer technologies or at least would need to be interpreted in a brand new light.⁶⁰

Civilian scientists are furthermore explicitly mentioned in the ICRC Interpretive Guidance that is assessing their participation as indirectly only and therefore entitles them to protection from direct attacks. Ambivalence concerning this specific case was mentioned by some of the experts on direct participation in hostilities (DPH), stating this assessment may not be upheld in extreme situations “where the expertise of a particular civilian was of very exceptional and potentially decisive value for the outcome of an armed conflict, such as the case of nuclear weapons experts during the Second World War”.⁶¹

Another option would be to classify contracted civilian personnel as mercenaries, which would prevent them from getting combatant and secondary POW status if captured. In that case they would need to fulfill the six cumulative criteria set out in Article 47 AP I. If those options discussed above do not fit the respective civilian, one has to assess whether or not his or her actions rise to the level of direct participation in hostilities and if he or she is subsequently losing the protected status due to the unlawful involvement in the armed conflict.

⁵³ B. Brown, *supra* note 5, p. 183.

⁵⁴ Art. 56 (1) AP I.

⁵⁵ M. Schmitt, *supra* note 36, p. 487.

⁵⁶ See A. McDonald, The Challenges to International Humanitarian Law and the Principle of Distinction and Protection from the Increased Participation of Civilians in Hostilities, Expert Analysis of the T.M.C. Asser Institute, April 2004, http://www.asser.nl/default.aspx?site_id=9&level1=13337&level2=13379 (18 August 2012); M. Hakimi, A Functional Approach to Targeting and Detention, in: Michigan Law Review 110 (2012), p. 1379.

⁵⁷ M. Schmitt, War, Technology, and International Humanitarian Law, Harvard University Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Occasional Papers Series No. 4 (2005), p. 43.

⁵⁸ Art. 4 (A) 4 Geneva Convention, relative to the treatment of prisoners of war.

⁵⁹ L. Doswald-Beck, Some Thoughts on Computer Network Attack and the International Law of Armed Conflict, in: International Law Studies 76 (2002), p. 172.

⁶⁰ D. Turns, *supra* note 12, p. 294.

⁶¹ N. Melzer, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, in: International Review of the Red Cross 90 (2008), p. 53.

3.3.1. Direct Participation in Hostilities – Three Cumulative Criteria

In 2003, 2004 and 2005 the ICRC and the T.M.C. Asser Institute organised expert-conferences on these questions and the ICRC Interpretive Guidance try to shed some light on a precise interpretation of Article 51 (3) AP I.⁶² For six years the ICRC gathered experts in informal consultations to answer three key questions and clarify the interpretation of IHL regulations in light of civilian involvement in hostilities: “Who is considered a civilian for the purpose of the principle of distinction?”, “What conduct amounts to direct participation in hostilities?” and “What modalities govern the loss of protection against direct attacks?”.⁶³ The 10 recommendations given and the commentary supplementing the document reflect the ICRC’s suggestions for interpretation of the existing regulations. One major result of the process was the crystallisation of three cumulative criteria, the so-called constitutive elements of direct participation in hostilities, to classify acts of civilians that amount to an unlawful direct participation:

1. The Threshold of Harm: The act must be likely to adversely affect the military operations of a party to an armed conflict, or alternatively, to inflict death, injury or destruction on persons or objects protected against direct attack;
2. A Direct Causation: there must be a direct causal link between act and the harm likely to result either from an act, or from a coordinated military operation of which that act constitutes an integral part;
3. The Belligerent Nexus: The act must be specifically designed to directly cause the required threshold of harm in support of a party to the conflict and to the detriment of another.⁶⁴

3.3.2. Between the ICRC Interpretive Guidance on DPH and the Tallinn Manual

The ICRC Interpretive Guidance can be considered the major source for assessing civilian participation in modern warfare of any kind. Although the Interpretive Guidance was not written with specific technological developments in mind, they nonetheless refer in some section to the challenges presented by civilian activities in cyber space or can be directly applied for these. Very recently, however, another important reference was distributed. The Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare was published by a group of international legal experts to discuss concerns and provide guidance for the application of international humanitarian law to cyber activities and cyber attacks. Although the Tallinn Manual follows the Interpretive Guidance, stating it “generally agrees with the three cumulative criteria for qualification of an act as direct participation”⁶⁵, some issues discussed vary in scope. Interestingly, if one compares the approach given by the two sets of guidelines, one can argue that the Tallinn Manual sets up a lower standard for a direct participation of civilians in cyber attack.⁶⁶

3.3.2.1. Threshold of Harm

The threshold of harm requirement leaves two possible options leading to fulfilment of the criterion. Inflicting military

harm, “essentially any consequence adversely affecting the military operations or capacity of a party to the conflict”⁶⁷ is one way to satisfy the threshold. As stated by the ICRC, electronic interference by a cyber attack can be considered against this background: “Electronic interference could [...] suffice (to cause military harm), whether through computer network attacks (CAN) or computer network exploitation (CNE)”.⁶⁸ The other possibility offered by the Interpretive Guidance is by “inflicting death, injury or destruction on persons or objects protected against direct attack”.⁶⁹ Referring to civilians manipulating civilian computer networks, this would not reach the necessary threshold and could not “be equated with the use of means or methods of warfare or, respectively, of injuring the enemy, as would be required for a qualification of hostilities”.⁷⁰ That means if a civilian does not target a military objective, the act will not qualify as military harm. “The manipulation of computer network [...] may have serious impact on public security, health, and commerce [...]. However, they would not, in the absence of adverse military effects, cause the kind and degree of harm required to qualify as direct participation in hostilities.”⁷¹ If the shutdown of a system, controlling a railway network, leads to derailment of munitions trains, it probably would amount to the required threshold of harm. The consequence of that action would constitute “death, injury or destruction” necessary to meet the requirement.⁷²

The Interpretive Guidance applies a standard of objective likelihood, “objective likelihood that the act will result in such harm”, realisation is not necessary. As Nils Melzer argues, required is “harm which may reasonably be expected to result from an act in the prevailing circumstances”.⁷³ The Tallinn Manual on the other hand deviated from the focus on likelihood of effects and by doing so facilitates the evaluation of civilian behaviour as meeting the first requirement of the DPH test. The Manual broadens the interpretation of harm by focussing on two options, the effects of an act, but also the intention behind it, stating “there is no requirement for physical damage to objects or harm to individuals”.⁷⁴ As Collin states, the intention of a civilian to impair the enemies’ military operation or capability will suffice to satisfy the crite-

⁶² It has to be mentioned at this point that the ICRC’s study has been heavily criticised by commentators and States. State practice and *opinio juris*, not ICRC publications, so the opponents, are the primary source for the establishment of binding custom. Nonetheless, due to the lack of other authoritative reaction within the international community, the study has become a guidance in the discussion on direct participation. See J. Marsh/ S. Glabe, *Times for the United States to Participate*, in: *Virginia Journal of International Law* 13 (2011), p. 14. For further discussion: B. Boothby, ‘And for Such Time As’: The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities, in: *New York University International Law and Policy* 42 (2010).

⁶³ N. Melzer, *supra* note 61, pp. 9, 13.

⁶⁴ N. Melzer, *supra* note 61, p. 46.

⁶⁵ Tallinn Manual, Rule 35.4.

⁶⁶ C. Allan, *Direct Participation in Hostilities from Cyberspace*, February 2013, works.bepress.com (8 March 2013), p. 5.

⁶⁷ N. Melzer, *supra* note 61, p. 47.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Id.*, p. 46.

⁷⁰ *Id.*, p. 50.

⁷¹ N. Melzer, *supra* note 61, p. 50.

⁷² D. Turns, *supra* note 12, p. 287.

⁷³ N. Melzer, *supra* note 61, p. 47.

⁷⁴ Tallinn Manual, Rule 30.

tion, as could also be the unintended contribution that results in the discussed negative effects. This would, for example, lead to the scenario that an individual's conduct, whose computer is used to carry out an attack without its owner's approval, could, at least with regard to the first of the three cumulative criteria, rise to the required threshold of harm.⁷⁵ Interference with functionality by replacing a component would also qualify as a cyber attack, meaning "a civilian cyber activity that necessitates the replacement of physical components, such as a hard drive, is going to satisfy the threshold of harm requirement".⁷⁶ The lower and twofold standard of threshold of harm makes it, in this regard, more likely for civilians to lose their protected status and become punishable on the one hand and directly targetable on the other.

For this reason the ICRC, contrary to the Tallinn experts, did not discuss hostile intent,⁷⁷ but explicitly dismissed it as technical term of documents as the States' Rules of Engagement (RoE), part of political or military guidelines and therefore "unhelpful, confusing or even dangerous".⁷⁸ This, however, has been criticised as a shortcoming of the Interpretive Guidance for lacking practical application.⁷⁹

3.3.2.2. Direct Causation

The direct causal link requirement is highly problematic with regard to cyber attacks due to the fact, that most activities will be indirect or secondary in their effects. The Interpretive Guidance argues that harm caused by DPH must be objectively likely, that is "harm which may reasonably be expected to result from an act in the prevailing circumstances"⁸⁰ and be brought about in one casual step. An action that merely adds to the final harm does not meet the threshold. The example used by the ICRC is a civilian assembling and storing an improvised explosive device (IED) or purchasing or smuggling components for one. Although his or her conduct is connected to the subsequent harm by a chain of events, it does not cause harm directly, compared to planting and detonating the device.⁸¹ In a collective operation it is possible to create a direct causation for actions that cause harm "only in conjunction with other acts"⁸², as for example identification and marking of targets or analysis and transmission of tactical intelligence to attacking forces.⁸³ If these actions are conducted by cyber means they would clearly be assessed as one causal link, as would probably the planting and detonating of a hostile cyber agent, analogous to an IED. The Tallinn Manual is not discussing this issue specifically. Going back to the focus on intention discussed in the threshold of harm section, one could widen the list of civilian conduct causing the intended harm, since the person storing or assembling IEDs might have the same intent as the one planting and detonating the device. Nonetheless the Manual is not explicit in this aspect.

3.3.2.3. Belligerent Nexus

Important when discussing the requirement of the belligerent nexus as stated by the ICRC, is that acts cannot amount to direct participation, if they are not launched to harm the enemy party and support another party. This wording highlights an objective purpose of conduct, while a mental State is only to

be taken into account exceptionally, "when civilians are unaware of (their) role" or "deprived of their physical freedom".⁸⁴ Civilians that are forcibly or without their knowledge instrumentalised remain protected as civilians. Explicit reference to possible aspects of cyber attacks is not given.

The Tallinn Manual in its wording refers to the belligerent nexus less specific, stating, "finally, the acts must be directly related to the hostilities".⁸⁵ This phrasing can be interpreted as broadening the concept, since there just has to be some form of direct relation with the on-going hostilities. "Criminals who use cyber means to steal State funds belonging to a party to the conflict, but with a view to private gain, would not be direct participants in hostilities".⁸⁶ The assessment overlaps with the Interpretive Guidance, stressing that a harmful crime committed for unrelated reasons during an armed conflict will not meet the requirement. Rule 35.6 of the Manual stresses the possibility of operations to finance specific military operations to meet the respective threshold, as does the Interpretive Guidance, if it is in support of one party to the conflict against another. With this in mind, however, one can question whether under the Tallinn Manual funding of more than one party would suffice, since it merely speaks of a direct relation to the hostilities.⁸⁷ This distinction between opportunistic criminals and actors involved in the armed conflict, keeping the discussion on the cyber techniques and their employment of cyber crime and cyber attacks in mind, is in practice quite challenging.

3.3.2.4. Temporal Window of Participation

The Interpretive Guidance and the Tallinn Manual approach the temporal aspect of direct participation mostly in a similar way. Article 50 (3) AP I enshrines the protection of civilians unless and for such times as they directly participate in hostilities. The Interpretive Guidance stresses the importance of determining the territorial scope "with utmost care",⁸⁸ stating a civilian is a legitimate target only until the participation ceases. There are, however, preparatory measures that also might amount to a direct participation, based on whether the act constitutes an integral part of a specific act or not.⁸⁹ If the civilian preparatory act "aim[s] to establish the general capacity to carry out unspecified hostile acts",⁹⁰ his or her action would not qualify as direct participation. Furthermore these preparatory acts do not have to be conducted in geo-

⁷⁵ *Id.*, Rule 35.4.

⁷⁶ A. Collin, *supra* note 20, p. 14.

⁷⁷ *Id.*, p. 11.

⁷⁸ N. Melzer, *supra* note 61, p. 59.

⁷⁹ J. Prescott, Direct Participation in Cyber Hostilities: Terms of Reference for Like-Minded States?, 4th International Conference on Cyber Conflict, 2012, www.ccdcoe.org (10 March 2013), p. 256.

⁸⁰ N. Melzer, *supra* note 61, p. 35.

⁸¹ *Id.*, p. 54.

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Id.*, p. 60.

⁸⁵ Tallinn Manual, Rule 35.4.

⁸⁶ *Id.*, Rule 35.6

⁸⁷ A. Collin, *supra* note 20, p. 21.

⁸⁸ N. Melzer, *supra* note 61, p. 65.

⁸⁹ *Id.*, p. 68.

⁹⁰ *Id.*, p. 66.

graphical or temporal proximity. Examples for preparatory conduct amounting to direct participation could be intelligence gathering, preparation and transport of weapons for a specific attack.

The Tallinn Manual similarly stresses that qualifying acts “would at least include actions immediately preceding or subsequent”⁹¹ and furthermore considers conduct with delayed effects, which often occurs with regard to cyber operations, whose effects for example might be realised some time after the respective conduct of the civilian. As discussed under Rule 35.8 the majority of experts argued for a restrictive interpretation. Civilians should nonetheless be targetable only for the duration of their participation. This has been criticised *inter alia* by Prescott and Schmitt. A hostile intrusion in a computer network can “evolve into a potentially catastrophic attack at near light speed”.⁹² And since the intrusion as well as the attack are highly difficult to attribute to States, terrorist groups or criminals in the second or minute the attack lasts, the restriction of legitimately targeting a civilian at more or less time of executing the participation would mean to “effectively extinguish the right to strike at direct participants”.⁹³

3.3.2.5. Three Criteria, Two Approaches and a Direct Participation

In general the approach of the Tallinn Manual is based on the ICRC Interpretive Guidance and overlaps in its structure and main aspects. However regarding some specifics it applies a broader interpretation, with respect to the intention of the civilian in the threshold of harm criterion and the belligerent nexus. The lower standard in case of fulfillment of all three criteria makes civilians targetable in more situations as with the more restrictive application of the ICRC Interpretive Guidance.

The identification of vulnerabilities in computer networks in a hostile State for example might be assessed as the following: Since the identification of the vulnerability would not cause harm itself, the first criterion would not be met. Since other action would be necessary to cause any harm, the fulfillment of the direct causation criterion must also be denied. A Belligerent nexus, however, could be constructed, if an imminent exploitation is necessary. If a hostile agent is introduced that does not immediately cause damage, the threshold of harm requirement would be met and so would be the belligerent nexus. If activating the program requires another step, the causal link would probably not suffice; it would, however, do so, if the hostile programme is preprogrammed to activate itself.⁹⁴ A clear direct participation in hostilities would also be established if a civilian enters the commands to activate a hostile agent.

Since the three criteria are to be fulfilled cumulatively, the threshold in the interpretation of the Interpretive Guidance is

very high with the belligerent nexus to be satisfied as the easiest. Very hard to satisfy is the criterion of direct causation while the threshold of harm highly depends on the fine line between causing inconveniences on a massive scale and leading directly to death or destruction as required.⁹⁵

4. Conclusion

While the Internet and in general the advances in computer technology have brought countless advantages to the public as well as State activity, it also has its downsides, as the nervous system of our contemporary world is a double-edged sword. It has become clear over the last few years that cyber space is not only an arena for hacker or criminal activity but also for attacks of a different kind. The use of computer technology has already caused an extensive transformation and a major challenge to the regulation of the waging of armed conflicts. Incidents as the 2008 Russian-Georgian armed conflicts where cyber DDoS-attacks were used to hamper the Georgian communication but also the deployment of the Stuxnet worm to sabotage Iranian nuclear facilities have proven: Cyber space has emerged as a new battlefield and cyber activities have to be considered as new means of warfare, challenging us to revise our former understanding on the dynamics of armed conflict and the application of traditional IHL.

During the last decades and the recent events one could witness a clear trend towards an increasing civilian participation due to their technical expertise. The core stone of IHL, the principle of distinction, is blurred not only with regard to civilian objects and military targets, but also with regard to persons involved in the launch of cyber attacks. Different levels of involvement have been discussed. Since the notion of ‘direct participation in hostilities’ as enshrined in hard law leaves room for interpretation different approaches lead to different results. Questions have been raised whether a new treaty would put things right. But a new legally binding document on the deployment of cyber attacks in armed conflicts, reinforcing the traditional premises of IHL, would not change the prior assessment. The principles and specific regulations can be applied, although it will depend on the interpretation of the regulations to what extent this current trend might be in line with IHL. ■

⁹¹ Tallinn Manual, Rule 35.7.

⁹² J. Prescott, *supra* note 79, p. 259.

⁹³ *Id.*, p. 259; M. N. Schmitt, *Cyber Operations and the Jus in Bello: Key Issues*, in: *Naval War College International Law Studies* 87 (2011), p. 102.

⁹⁴ D. Turns, *supra* note 12, p. 295.

⁹⁵ *Id.*, p. 296.

Der Fall „Kunduz“: Amtshaftung am Scheideweg?

Elisabeth Henn*

For three decades now, jurisprudence and legal scholars have discussed a victim's right to compensation for damages suffered during armed conflicts. Initially World War II victims had raised in lawsuits that did not prevail because the international and domestic law in force at this time did not provide for such a right. With regard to conflicts occurring in the 21st century the legal situation might be different; there is a growing amount of scholars supporting a victim's right to reparation in international law. This was discussed in the 'Varvarin' case, the final outcome of which remains open at the Federal Constitutional Court. This paper discusses the legal implication of the so-called 'Kunduz Affair' in 2009, which is back to the centre of attention again since victims sued Germany for compensation in the District Court of Bonn.

The author examines the applicability of the domestic state liability according to Section 839 of the German Civil Code and Article 34 of the German Constitution, its elements of cause of action and procedural as well as political aspects that might impair the success of the claims.

Die Frage der Wiedergutmachung für Opfer internationaler bewaffneter Konflikte beschäftigt nationale und internationale Gerichte und Wissenschaft seit nunmehr drei Jahrzehnten. Anlass dafür waren ursprünglich Klagen von Opfern des Zweiten Weltkriegs, für welche die seinerzeit geltende völkerrechtliche und innerstaatliche Rechtslage maßgeblich war und die somit erfolglos bleiben mussten. Für im 21. Jahrhundert stattfindende Konflikte finden sich zunehmend Befürworter eines Wiedergutmachungsanspruchs auf völkerrechtlicher Ebene. Mit dem Fall „Varvarin“ von 1999 hat die Frage nach einem innerstaatlichen Entschädigungsanspruch in Deutschland eine aktuelle Dimension bekommen, deren Entwicklungsausgang noch offensteht. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der rechtlichen Beurteilung der sogenannten „Kunduz-Affäre“ von 2009, die mit der Erhebung der Schadensersatzklagen Betroffener gegen die Bundesrepublik am Landgericht Bonn Ende 2012 und der am 20. März 2013 erfolgten Aufnahme der Verfahren zweier 2011 eingereichter Klagen wieder ins Bewusstsein der Öffentlichkeit gerückt wurde. Es wird insbesondere auf die Frage der Anwendbarkeit der Amtshaftung nach § 839 BGB im Verhältnis mit Artikel 34 GG, dem Vorliegen ihrer Tatbestandsvoraussetzungen und möglichen Hinderungsgründen für ein erfolgreiches Verfahren eingegangen.

1. Einführung

Am 27. Dezember 2012 gingen beim Landgericht Bonn zehn Schadensersatzklagen gegen die Bundesrepublik ein. Hinterbliebene der Todesopfer und Überlebende des Anfang September 2009 erfolgten und unter dem Begriff „Kunduz-Affäre“ bekannten Luftschlags in Afghanistan fordern insgesamt 3,3 Millionen € Entschädigung.¹ Wie bereits dem Vorfall selbst, ist den Verfahren die mediale Aufmerksamkeit sicher. Aber können diese Klagen erfolgreich sein?

Zur Erinnerung: Zwei von den Taliban entführte Tanklastwagen waren nachts auf einer Sandbank im Bett des Kunduz-Flusses stecken geblieben, auf der sich sodann bis zu 200 Personen einfanden. Sie zapften den Treibstoff mit Kanistern ab. Wegen der Gesamtlage im Kunduz ging der Oberst der Bundeswehr, Klein, davon aus, dass die Tanklastwagen mit oder ohne Füllung in naher Zukunft gegen die afghanischen Sicherheitskräfte oder gegen die Einheiten der International Security Assistance Force (ISAF) verwendet werden könnten. Trotz der aus der maßgeblichen Perspektive eines objektiven *ex ante* Beobachters² bestehenden Anhaltspunkte für die Anwesenheit von Zivilisten am Angriffsort³ ordnete Klein, unter Überschreitung seiner durch das ISAF-Mandat⁴ beschränkten Kompetenz,⁵ den von US-Flugzeugen geflogenen Luftschlag der North Atlantic Treaty Organization (NATO) an. Die von den Piloten mehrfach erbetene Erlaubnis für eine vorgelagerte „show of force“ in Form eines Tiefzugs zur Vertreibung der Menschen von der Sandbank wurde nicht erteilt, da es dem Oberst vor allem um die Tötung von vier vermeintlich anwesenden Talibanführern, Aufständischen und ihrer „Sympathisanten“ ging,⁶ sodass sie vielmehr so hoch wie möglich fliegen sollten, um unentdeckt zu bleiben.⁷ Bei wie vielen der bis zu 142 überwiegend männlichen Opfer es sich um Zivilisten handelt, konnte weder durch die Untersuchungen unmittelbar nach dem Vorfall noch im ein-

schon und ihrer „Sympathisanten“ ging,⁶ sodass sie vielmehr so hoch wie möglich fliegen sollten, um unentdeckt zu bleiben.⁷ Bei wie vielen der bis zu 142 überwiegend männlichen Opfer es sich um Zivilisten handelt, konnte weder durch die Untersuchungen unmittelbar nach dem Vorfall noch im ein-

* Elisabeth V. Henn ist Visiting Doctoral Researcher am European University Institute (EUI) (gefördert durch den Deutschen Akademischen Austauschdienst, DAAD). Die Autorin dankt Hannah Birkenkötter, Mirka Möldner, Johannes Tellenbröcker und Angelika Siehr für die hilfreichen Anmerkungen zu früheren Fassungen dieses Textes.

¹ Ohne Autor, Luftangriff auf Tanklastwagen: Kunduz-Opfer reichen weitere Schadensersatzklagen ein, in: Die Zeit, 28. Dezember 2012, <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2012-12/kunduz-luftangriff-klage> (17. April 2013).

² Vgl. zu diesem Maßstab ICTY, Prosecutor v. Stanislav Galic, Case No. IT-98-29-T, Urteil vom 5. Dezember 2003, Rn. 58 („a reasonably well-informed person in the circumstances of the actual perpetrator, making reasonable use of the information available to him or her“); K. Ambos, Afghanistan-Einsatz der Bundeswehr und Völker(stra)recht, in: Neue Juristische Wochenschrift 63 (2010), S. 1727.

³ Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des Untersuchungsausschusses als 1. Untersuchungsausschuss gemäß Artikel 45a Absatz 2 des Grundgesetzes, Drucksache 17/7400, 25. Oktober 2011, S. 336-338.

⁴ Zu den Rechtsgrundlagen im Einzelnen: *id.*, S. 331.

⁵ Unabhängig von den Anordnungen und Zuständigkeitsregeln, die für den NATO-Einsatz getroffen worden waren, sei an dieser Stelle angemerkt, dass die Pflicht, „belligerent reprisals“ von hochrangigen Offizieren genehmigen zu lassen, nunmehr zum Gewohnheitsrecht gehört; siehe R. Provost, International Human Rights and Humanitarian Law, Cambridge 2002, S. 131; D. Fleck, The Handbook of International Humanitarian Law, 2. Aufl., Oxford 2010, Rn. 1406.

⁶ Deutscher Bundestag, a.a.O. (Fn. 3), S. 244.

⁷ *Id.*, S. 334.

gesetzten Untersuchungsausschuss des Bundestages abschließend geklärt werden.⁸

Bereits im Herbst 2011 waren am Landgericht Bonn zwei Musterklagen erhoben worden, die seit dem 20. März 2013 verhandelt werden. Die Bundesregierung hatte im Rahmen einer außergerichtlichen Einigung an 86 Familien einmalig 3.800 € ausbezahlt, dabei aber betont, dass hierzu keine rechtliche Verpflichtung bestünde.⁹ Sogenannte *ex gratia*-Zahlungen sind seitens der Bundeswehr und anderer westlicher Armeen in Afghanistan üblich und von der dortigen Regierung eine begrüßte Methode, um die Bevölkerung zu beruhigen. Sie entsprechen einer üblichen Praxis, Unfälle und Todesfälle nicht über staatliche Strukturen, sondern über die Clans abzuwickeln. Allerdings ist die Angemessenheit der ausgezahlten Summe fraglich, haben doch die Hinterbliebenen nicht „nur“ Angehörige verloren, sondern – da die Mehrzahl der Opfer männlich war – auch ihr wirtschaftliches Auskommen eingebüßt. Bei anderen kleineren Vorfällen in Afghanistan hatte die Bundesrepublik Entschädigungen in Höhe von 20.000 € bis 33.000 € gewährt.¹⁰ Ob und in welcher Höhe die „freiwillige humanitäre Hilfeleistung“ die Familien tatsächlich erreicht hat, bleibt zudem offen, denn unter Außerachtlassung des Gender-Aspekts¹¹ wurde die Summe auf personalisierte afghanische Konten eingezahlt, obgleich Frauen nach afghanischem Recht nicht abhebungsbezugt sind, weshalb die Witwen selbst keinen Zugang zu den Geldern haben.

Weder die „verzweifelten Bemühungen der Bundesregierung“,¹² in keinem Fall ein Fehlverhalten von Angehörigen der Bundeswehr einzuräumen, noch die Berufung in den am 20. März 2013 eröffneten Verhandlungen auf die bereits gezahlte „humanitäre Hilfeleistung“ verwundern. Schließlich bewegt sich die Frage nach individuellen Wiedergutmachungsansprüchen im diskursiven Spannungsfeld von Menschenrechten und der Rule of Law einerseits, sowie der militärischen Handlungsfähigkeit und – vermeintlich – der Finanzierbarkeit von bewaffneten Konflikten andererseits. Die Frage, ob die Verfahren juristisch betrachtet von Erfolg gezeitigt werden können, wird daher – in Anbetracht ihrer politischen Sprengkraft auch jenseits der Bundesrepublik – ohne Auseinandersetzung mit diesen widerstreitenden Aspekten nicht beantwortet werden können. Vorliegend komme ich trotz der teilweise unsicheren Rechtslage zu dem Ergebnis, dass die Klagen zumindest Aussicht auf Erfolg haben.

2. Bestehen eines Ersatzanspruchs aus Amtshaftung

Die Klagen stützen sich auf das Bestehen von Ansprüchen wegen Amtspflichtverletzung. Die mit den Verfahren der im Jahre 2011 eingereichten Klagen befasste Kammer des Landgerichts Bonn hat in ihrem Beschluss vom 17. April 2013 die Parteien darauf hingewiesen, dass nach ihrer vorläufigen Würdigung die Klage nicht ohne Weiteres unbegründet sei.¹³ Sie hat – entgegen ihrer früheren Rechtsprechung¹⁴ und dies zu Recht – die Anwendbarkeit der Amtshaftung auf bewaffnete Konflikte im Sinne des Gemeinsamen Artikel 3 der Genfer Abkommen von 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (GA) nicht ausgeschlossen.

2.1. Anwendbarkeit der Amtshaftung auf Handlungen im bewaffneten Konflikt

§ 839 BGB im Verhältnis mit Artikel 34 GG sind auf die vorliegende Konstellation extraterritorial, sachlich und persönlich anwendbar.

Der Geltung des international-privatrechtlichen Grundsatzes des *lex loci delicti commissi* steht der völkergewohnheitsrechtliche Grundsatz der Staatenimmunität gegenüber ausländischen Gerichten entgegen. Artikel 1 Absatz 1 Satz 2 Rom-II-Verordnung (VO) (vorrangig zu Artikel 40 EGBGB) stellt daher konsequenterweise fest, dass bei Ausübung hoheitlicher Rechte (*acta iure imperii*) die VO nicht anwendbar ist, sondern allein das Deliktsrecht des Amtsstaates zur Anwendung kommt. Dies ist vorliegend deutsches Amtshaftungsrecht.

Für die Frage der sachlichen Anwendbarkeit geben § 839 BGB wie Artikel 34 GG keine Auskunft, da der Wortlaut weder an einen Begehungsort noch an einen Erfolgsort anknüpft. Wer versucht ist, deswegen an den historischen Normalfall (Handlung im Inland) anzuknüpfen, sollte nicht übersehen, dass sich die Amtspflicht selbst nicht aus der Haftungsgrundlage ergibt, sondern davon unabhängigem Innen- und Außenrecht entspringt, sodass es für die Haftungsgrundlage keinen qualitativen Unterschied macht, ob die amtswaltende Person diese Verpflichtung im In- oder Ausland verletzt hat.¹⁵

Herkömmlich wurde die sachliche Anwendbarkeit mit dem Argument verneint, dass im Krieg völkerrechtlich betrachtet an die Stelle des in Friedenszeiten geltenden Rechts das *ius in bello* trete. In diesem Sinne verdrängten die für Kriegsschäden im Rahmen völkerrechtlicher Schadensregulierungen geleisteten Reparationen andere Ansprüche.¹⁶ Zwischenstaatliche Ansprüche und Verfahrensweisen beteiligten daher das Individuum lediglich im Wege des diplomatischen Schutzes. Die sogenannte „Exklusivitätstheorie“ ist indes aus zwei Gründen nicht haltbar. Zum einen erforderte diplomatischer Schutz die innerstaatliche Rechtswegerschöpfung des betroffenen Staatsangehörigen.¹⁷ Zum anderen beruht

⁸ *Id.*, S. 179.

⁹ Deutscher Bundestag, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Marieluise Beck (Bremen), Volker Beck (Köln), Viola von Cramon-Taubadel, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 17/1264, Drucksache 17/1523, 26. April 2010.

¹⁰ Deutscher Bundestag, a.a.O. (Fn. 3), S. 296.

¹¹ Dazu aber R. Rubio-Marin (Hrsg.), *The Gender of Reparations: Unsettling Sexual Hierarchies while Redressing Human Rights Violations*, Cambridge 2009.

¹² Deutscher Bundestag, a.a.O. (Fn. 3), S. 359.

¹³ Pressemitteilung der Pressestelle des Landgericht (LG) Bonn vom 17. April 2013, http://www.lg-bonn.nrw.de/presse/420_Aktuell/index.php (18. April 2013).

¹⁴ LG Bonn, Varvarin, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 57 (2004), S. 526.

¹⁵ A. Huhn, *Amtshaftung im bewaffneten Auslandseinsatz*, Frankfurt/M. 2010, S. 31.

¹⁶ C. Külpmann, *Entschädigung für die Zwangsarbeit von Kriegsgefangenen im Zweiten Weltkrieg?*, in: *Die öffentliche Verwaltung* 54 (2001), S. 419; B. Kempen, *Der Fall Distomo: Griechische Reparationsforderungen gegen die Bundesrepublik Deutschland*, in: H.-J. Cremer *et al.* (Hrsg.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts, Festschrift für Helmut Steinberger*, Berlin 2002, S. 187 f.

¹⁷ IGH, *Interhandel*, ICJ Rep. 1959, S. 27.

sie, wie bereits das Bundesverfassungsgericht in seinem Zwangsarbeiterbeschluss¹⁸ feststellte, auf einer unzureichenden Unterscheidung der völkerrechtlichen und innerstaatlichen Ebene. Es sei hinzugefügt, dass aus heutiger Sicht die Trennung zwischen dem in Friedenszeiten geltenden Völkerrecht¹⁹ und dem *ius in bello* mit der Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes und der unter anderem dadurch entstandenen (Teil-)Völkerrechtssubjektivität des Individuums in Bezug auf heutige Konflikte in dieser strikten Weise nicht mehr vorgenommen werden kann. Vielmehr muss von einer Parallelität der Ansprüche des Heimatstaates und der heute sowohl im internationalen als auch gegebenenfalls im nationalen Recht bestehenden Individualansprüche²⁰ ausgegangen werden.

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht konsequenterweise die grundsätzlich mögliche Parallelität völkerrechtlicher und innerstaatlicher Ansprüche klargestellt. Freilich hat es aber damit die Anwendbarkeit des deutschen Amtshaftungsrechts nicht im selben Zuge bejaht. Eine Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts zu dieser Frage darf in dem anhängigen Varvarin-Verfahren erwartet werden. Hierbei handelt es sich um Entschädigungsklagen von zivilen Opfern eines NATO-Luftschlags im Kosovo-Konflikt. Für eine sachliche Anwendbarkeit der Amtshaftung in bewaffneten Konflikten²¹ sprach sich das in der Berufung des Varvarin-Verfahrens befasste Oberlandesgericht Köln aus. In Ermangelung eines Anspruchs auf diplomatischen Schutz und angesichts der Dynamik und Realität des Sieger-Verlierer-Verhältnisses wäre das Individuum im Falle einer Ablehnung deliktischer Haftungsansprüche nach nationalem Recht – soweit keine öffentlich-rechtlichen Entschädigungsleistungen in Spezialgesetzen vorgesehen sind – schutzlos.²² Dies wäre aber mit der mehrheitlich angenommenen extraterritorialen Grundrechtsbindung und folglich mit der Fortgeltung der Verfassungsbindung deutscher (NATO-/VN-)Soldaten²³ – soweit sie noch zur „vollziehende Gewalt“ im Sinne des Artikel 20 Absatz 3 und Artikel 1 Absatz 3 GG gehören, ihre Unterstellung einer internationalen Organisation also nicht ihrer Ausgliederung aus der deutschen Staatsorganisation gleichkommt – sowie mit dem Menschenbild des Grundgesetzes nicht vereinbar.

Kritiker merken dagegen an, dass bei Bejahung der Anwendbarkeit der Amtshaftung deutsche Gerichte überlastet werden könnten. Daher schlagen sie vor, Artikel 34 GG für Ausnahme- und Katastrophenfälle teleologisch zu reduzieren.²⁴ Diese Überlegung erscheint jedoch im Lichte heutiger Auslandseinsätze der Bundeswehr veraltet: Gerade die „Kunduz-Affäre“, die mit jedenfalls nicht mehr als 142 Opfern in der Zivilbevölkerung zu den größten Fehlritten der Bundeswehr zählt, verdeutlicht dies.

Das in erster Instanz mit der Sache Varvarin befasste Landgericht Bonn ging davon aus, dass die Bundeskompetenz zur Versorgung Kriegsbeschädigter und -hinterbliebener nach Artikel 74 Absatz 1 Nummer 10 GG das Deliktsrecht verdrängt.²⁵ Allerdings hat Artikel 34 GG eine eigene, von § 839 BGB unabhängige materielle Garantiefunktion,²⁶ die durch die bloße Existenz einer Kompetenznorm jedenfalls nicht verdrängt werden kann, solange der Gesetzgeber von dieser nicht Gebrauch macht. Eine verfassungssystematische Reduktion von Artikel 34 GG zugunsten der mit einer Haf-

tung scheinbar widerstreitenden Verfassungsbelange, nämlich der wirksamen Landesverteidigung und der Sicherung und Verteidigung des internationalen Friedens, würde den Wert, den das Grundgesetz dem Einzelnen sowie der Verteidigung seiner verfassungsrechtlich geschützten Rechtsphäre zumisst, verkennen.²⁷ Nicht zuletzt würde der unter der Geltung des Grundgesetzes mögliche Gewalteinsetz zur Verteidigung der genannten Verfassungsbelange durch eine etwaige Haftung faktisch nicht ernsthaft eingeschränkt. Politisch betrachtet steht bei Ablehnung einer jedenfalls grundsätzlich möglichen Haftung die politische Glaubwürdigkeit der Bundesrepublik in Gefahr.

Manche wenden außerdem ein, dass es aus Gründen der Gewaltenteilung den Gerichten nicht zusteht, auf dem Gebiet der auswärtigen militärischen Gewalt zu urteilen.²⁸ Allerdings legen Artikel 24, 25, 59 GG für die deutsche Staatsgewalt fest, dass Völkervertragsrecht (durch den Anwendungsbefehl beziehungsweise die Transformation) sowie die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Teil der Rechtsordnung sind und damit für die Gerichte nach Artikel 20 Absatz 3 GG Bindungswirkung entfalten. Dies gilt ebenso für die Einhaltung der Regeln des humanitären Völkerrechts. Deutsche Gerichte

¹⁸ BVerfG, Zwangsarbeiter, BVerfGE 94, 13. Mai 1996, S. 329 f.

¹⁹ H.-J. Heintze, Theorien zum Verhältnis von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht, in: Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 24 (2011), S. 4 f.

²⁰ An dieser Stelle sei auf die in zahlreichen Konventionen bestehende und für Deutschland verbindliche Umsetzungspflicht internationaler Individualschutzstandards (Individualrechte), verankert im „right to an effective remedy“, in das nationale Recht verwiesen (siehe u. a. Art. 2 (3) International Convention on Civil and Political Rights; Art. 6 International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination; Art. 14 Convention against Torture; Art. 13 ECHR). Zur Unterscheidung des materiellrechtlichen und prozeduralen Aspekts des Rechts auf effektiven Rechtsschutz siehe D. Shelton, Remedies in International Human Rights Law, 2. Aufl., Oxford 2006; F. Francioni (Hrsg.), Access to Justice as a Human Right, Oxford 2007; Zur Umsetzung internationaler Verpflichtungen durch nationale Gerichte siehe A. Nollkaemper, Domestic Courts and the International Rule of Law, Oxford 2011, S. 167-213.

²¹ Unter anderem P. Stammer, Paradigmenwechsel im deutschen Staatshaftungsrecht – OLG Köln läutet das Ende der „Nachkriegsrechtsprechung“ ein, in: Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften (18) 2005, S. 297; N. von Woedtke, Die Verantwortlichkeit Deutschlands für seine Streitkräfte im Ausland und die sich daraus ergebenden Schadensersatzansprüche von Einzelpersonen als Opfer deutscher Militärhandlungen, Berlin 2010, S. 322; C. Johann, Amtshaftung und humanitäres Völkerrecht – Zur Möglichkeit eines Anspruches auf Schadensersatz bei Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG, in: Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften (17) 2004, S. 86 f.

²² OLG Köln, Varvarin, in: Neue Juristische Wochenschrift 58 (2005), S. 2862; Das Revisionsgericht hat die Anwendbarkeit in der Revision hingegen offengelassen, BGHZ 169, S. 348-369.

²³ A. Werner, Die Grundrechtsbindung der Bundeswehr bei Auslandseinsätzen, Frankfurt/M. 2007; D. Wiefelspütz, Auslandseinsatz der Streitkräfte und Grundrechte, in: Neue Zeitschrift für Wehrrecht 50 (2008).

²⁴ E. Féaux de la Croix, Schadensersatzansprüche ausländischer Zwangsarbeiter im Lichte des Londoner Schuldenabkommens, in: Neue Juristische Wochenschrift (13) 1960, S. 2268 f.; H. Krieger, Die gerichtliche Kontrolle von militärischen Operationen, in: D. Fleck, Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte, Baden-Baden 2004, S. 245; LG Bonn, a.a.O. (Fn. 14), S. 526.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ A. Huhn, a.a.O. (Fn. 15), S. 16, 44.

²⁷ *Id.*, S. 40.

²⁸ A. Dutta, Amtshaftung wegen Völkerrechtsverstößen bei bewaffneten Auslandseinsätzen deutscher Streitkräfte, in: Archiv des öffentlichen Rechts 133 (2008), S. 214.

haben demnach den Regelungsgehalt und den Verhaltensbefehl der einschlägigen völkerrechtlichen Norm – primär unter Zugrundelegung völkerrechtlicher Auslegungsgrundsätze²⁹ – zu ermitteln. Dabei muss die Unterscheidung zwischen dem innerhalb einer völkerrechtlichen Norm durch unbestimmte Rechtsbegriffe bestehenden Entscheidungsspielraum einerseits und dem politischen Ermessen andererseits beachtet werden.³⁰ Bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe aus dem humanitären Völkerrecht geht es um die Überprüfung der Einhaltung von für die Bundesrepublik verbindlichen Normen und nicht um eine außenpolitische Wertung. Der verteidigungspolitische Spielraum zu Kriegszeiten wurde mit dem Genfer Recht in Bezug auf die regulierten Handlungen mit Gesetzeskraft beschränkt.³¹ Es hat den politischen Status bloßer „humanitarian considerations“³² verlassen und mit dem Guss in multilaterale Konventionen eine Verobjektivierung erfahren. Es ist damit – wenn auch praktisch mit einer gewissen wohl dem Prozess der Sedimentierung des Diskurses geschuldeten Zähigkeit³³ – vor nationalen Gerichten im Sinne des „dédoublement fonctionnel“ nach Georges Scelle justiziabel geworden. Auswärtige militärische Gewalt ist daher – aber nur in diesem Umfang – einer gerichtlichen Kontrolle post-conflict unterworfen. Es ist also nur konsequent und zeitgemäß, wenn nunmehr der Entwicklungsschritt im Sinne der Rule of Law gewagt und die sachliche Anwendbarkeit des Amtshaftungsrechts im bewaffneten Konflikt in Anbetracht der rechtlichen Argumente anerkannt wird.

Letzte Hürde für die Anwendbarkeit der Amtshaftung ist § 7 Beamtenhaftungsgesetz, wonach die Bundesregierung per Rechtsverordnung zur Herstellung der Gegenseitigkeit die Amtshaftung auf ausländische Staatsangehörige ausschließen kann. Von dieser Ermächtigung ist bisher nicht Gebrauch gemacht worden,³⁴ sodass die Amtshaftung auch persönlich auf die afghanischen Klägerinnen und Kläger anwendbar ist.

2.2. Tatbestandsvoraussetzungen

Es bleibt zu prüfen, ob der Oberst in Ausübung eines öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht schuldhaft in der Weise verletzt hat, dass ein kausaler Schaden entstanden ist.

Klein handelte in Ausübung eines öffentlichen Amtes, denn neben der Verteidigung Deutschlands obliegt der Bundeswehr gerade nach 1990 die Aufgabe der Konfliktverhütung im Ausland zur Sicherung der außenpolitischen Handlungsfähigkeit Deutschlands. Die Wahrnehmung dieser Aufgaben stellt eine öffentliche Aufgabe dar.³⁵ Der erforderliche innere Zusammenhang zwischen der Zielsetzung der Amtspflicht, in deren Sinne er tätig wurde, und der schädigenden Handlung fehlt nicht – obwohl der Oberst seine Zuständigkeit und Befugnisse³⁶ überschritt³⁷ – da sich die schädigende Handlung nicht als Missbrauch darstellt. Der Oberst beabsichtigte als „Provincial Reconstruction Team-Commander“ mit der Anordnung des Luftschlags die Zerstörung der Tanklastwagen und – wie aus den Vernehmungprotokollen des Untersuchungsausschusses zu entnehmen ist – die Schwächung der Taliban und ihrer „Sympathisanten“,³⁸ was final im Rahmen des sogenannten Aufbau- und Stabilisierungseinsatzes

dazu diente, Aufbauarbeiten der zivilen Kräfte abzuschließen. Zur Erreichung dieses Zwecks und zur Eigensicherung durfte militärische Gewalt nach dem ISAF-Mandat des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen (VN) grundsätzlich eingesetzt werden.³⁹

Der Oberst hat die ihm gegenüber der Zivilbevölkerung und damit den zivilen Opfern obliegende Amtspflicht, rechtmäßig zu handeln, mit dem Verstoß sowohl gegen ISAF-Einsatzregeln als auch gegen humanitäres Völkerrecht⁴⁰ verletzt. Er unterließ es, der sogar völkergewohnheitsrechtlich verankerten Pflicht zur Unterscheidung zwischen unbeteiligten Zivilisten und Kombattanten nachzukommen, und vernachlässigte die daraus resultierende Pflichten zur Aufklärung der Sachlage vor dem Angriff sowie zur Schonung der Zivilisten – hier in der Form einer „show of force“. Zwar sind diese Verpflichtungen im Ersten Zusatzprotokoll (ZP I) von 1977 zu den GA normiert (Artikel 48 Absatz 1, 51, 57 Absatz 2 lit c). Die wesentlichen Schutzvorschriften des ZP I sind aber nach den Regeln des Völkergewohnheitsrechts und den Grundsätzen von Artikel 13 Absatz 1 des Zweiten Zusatzprotokolls (ZP II) von 1977 zu den GA I-IV über den Schutz der Opfer nicht-internationaler bewaffneter Konflikte auf das Recht des bewaffneten nicht-internationalen Konflikts übertragbar.⁴¹ Es kann aus der Sicht des Amtshaftungsrechts nach Bejahung der Verletzung einer Amtspflicht nicht darauf ankommen, ob im Ergebnis die bis heute ungewisse Anzahl (kollateral) getöteter Zivilisten im Vergleich zum militärisch verfolgten Ziel verhältnismäßig im Sinne von Artikel 51 Absatz 5 (b) ZP I und damit „unverboten“⁴² gewesen wäre. Auch aus humanitär-völkerrechtlicher Sicht dürfte man im Übrigen zu keinem anderen Ergebnis kommen: Die Verletzung eines gewichtigen (qualifizierten und nicht bloß verfahrensrelevanten) Gebots mit handlungsanleitender Stoßrichtung (Schonung der Zivilisten), kann nicht durch ein etwaiges, zufälligerweise eintretendes Erfolgsrecht rein kon-

²⁹ P. Kunig, Völkerrecht und staatliches Recht, in: W. Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 4. Aufl., München 2007, S. 153.

³⁰ A. Huhn, a.a.O. (Fn. 15), S. 175.

³¹ *Id.*, S. 185.

³² M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, 3. Aufl., Cambridge 2009, S. 31.

³³ Im Sinne von P. Berger/ T. Luckmann, *The Social Construction of Reality*, New York 1967.

³⁴ H. Papier, Art. 34, in: T. Maunz/ G. Dürig, *Grundgesetz*, München 2012, Rn. 283.

³⁵ N. von Woedtke, a.a.O. (Fn. 21), S. 329.

³⁶ Zu den Rechtsgrundlagen im Einzelnen: Deutscher Bundestag, a.a.O. (Fn. 3), S. 331.

³⁷ *Id.*, S. 179.

³⁸ H. Papier, § 839, in: *Münchener Kommentar BGB*, München 2009, Rn. 189.

³⁹ Deutscher Bundestag, a.a.O. (Fn. 3), S. 64 f.

⁴⁰ *Id.*, S. 332; Deutscher Bundestag, Antrag der Bundesregierung: Fortsetzung der Beteiligung bewaffneter deutscher Streitkräfte an dem Einsatz der Internationalen Sicherheitsunterstützungstruppe in Afghanistan (International Security Assistance Force, ISAF) unter Führung der NATO auf Grundlage der Resolution 1386 (2001) und folgender Resolutionen, zuletzt Resolution 1833 (2008) des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen, Drucksache 16/10473, 7. Oktober 2008, S. 1 m.w.N.

⁴¹ Für Einzelheiten siehe Deutscher Bundestag, a.a.O. (Fn. 3), S. 335.

⁴² J.-M. Henckaerts/ L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, Cambridge 2005, S. 51 ff.; auf die Unterscheidung zwischen nicht-internationalen Konflikten i.S.d. ZP II und internationalen Konflikten i.S.d. gemeinsamen Art. 3 GA kommt es nach dieser Studie nicht mehr an.

sequentialistischer Natur (Vorliegen der Verhältnismäßigkeit) geheilt werden. Die handlungsleitende Pflicht würde ihres Sinnes entleert. Daher ist es unerheblich, ob vorliegend die Verhältnismäßigkeit zwischen dem militärisch verfolgten Ziel im Ergebnis bejaht werden kann oder nicht.

Man muss also zum Schluss kommen, dass Klein eine ihm obliegende Amtspflicht verletzt hat. Ob dies schuldhaft war, ist derzeit Gegenstand der Beweisaufnahme des am 20. März 2013 eröffneten Verfahrens der 2011 erhobenen Klagen.⁴³ Das Gericht will das von den US-Kampffjets angefertigte Videomaterial, das dem damaligen Oberst Klein bei seiner Entscheidungsfindung zur Verfügung stand, einsehen. Die Aufnahmen wurden indes von einer Höhe gemacht, die es nicht erlaubten, Unbewaffnete von Bewaffneten zu unterscheiden.⁴⁴ Die Aufnahmen waren nicht die einzige Entscheidungsgrundlage; schließlich lagen weitere zahlreiche Informationen vor, die er in seinen Entschluss hätte miteinbeziehen müssen und Anlass zur Einhaltung größerer Sorgfalt geben.⁴⁵ Dass die „Sympathisanten“ im Kunduz rechtlich unter den Begriff der Zivilbevölkerung erfasst sind, kann dem Oberst nicht unbekannt gewesen sein. Es ist nicht unüblich, dass staatliche Armeen in asymmetrischen Konflikten, in denen Gegenseitigkeitserwägungen keine Rolle mehr spielen, dazu übergehen, die Trennlinie zwischen „fighters“ und Zivilisten großzügig zu verwischen.⁴⁶ Das Problem, dass die Unterscheidung zwischen Aufständischen und Zivilisten gerade in dieser Region äußerst schwer fällt, kann aber nicht auf Kosten Letzterer gelöst werden.

Nicht zuletzt müsste die zumindest grob fahrlässig verletzte Amtspflicht drittbezogen sowie die Kläger vom Kreis der Drittgeschützten erfasst sein. Bis kurz nach der Jahrtausendwende wurde die Drittbetrogenheit von humanitär-rechtlichen Regelungen vielfach verneint.⁴⁷ Die Regeln des humanitären Völkerrechts (HVR) wurden vormals trotz ihrer ursprünglich ohnehin individualschützenden Wirkung lediglich als objektiv zu beachtende Schutzpflichten der Kampfteilnehmer verstanden, welche das Individuum nur reflexartig schützten und – wie bereits erwähnt – bei deren Nichtbeachtung Wiedergutmachungsansprüche allenfalls auf zwischenstaatlicher Ebene in Betracht kamen. Dies ist auf die vormals rein zwischenstaatlichen Strukturen des Völkerrechts zurückzuführen, in welchen Individuen bloße Regelungsobjekte waren. In den GA von 1949 wurden indes ausdrücklich Primärrechte für Individuen statuiert, welche seitens der Konfliktparteien einzuhalten sind. Im Lichte einer seit dem Namibia-Gutachten des Internationalen Gerichtshofes anerkannten und bei älteren Verträgen gebotenen dynamischen Auslegung⁴⁸ der Vorschriften können aufgrund der allgemeinen Individualisierungstendenzen im Völkerrecht die nach dem Zweiten Weltkrieg geltenden humanitär-völkerrechtlichen Vorschriften, dem Schutze des Einzelnen unmittelbar zu dienen, bestimmt sein. Dies ist bei jeder Norm im Einzelfall zu prüfen. In jüngerer Zeit wird daher vonseiten der Rechtsprechung mit guten Gründen die Möglichkeit der Drittgerechtigkeit humanitär-rechtlicher Regelungen anerkannt.⁴⁹ Die hier einschlägigen Artikel 48, 51, 57 ZP I normieren und präzisieren die Pflicht zur grundlegenden Differenzierung zwischen Zivilisten und Kombattanten (beziehungsweise im nicht-internationalen Konflikt Bewaffneten und Aufständischen, allgemein „fighters“) sowie daraus zu

folgende Vorsichtsmaßnahmen; diese dienen dem Schutze der unbeteiligten Menschen, weshalb sie drittbezogen sind und ihr Verstoß die Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht darstellt.

Die Geschädigten müssten ferner zu dem Kreis der durch die Normen geschützten Personen gehören. Geht man davon aus, dass nicht nur die Aufklärungs- und Warnpflicht, sondern auch die grundlegende Differenzierung zwischen unbeteiligten Zivilisten und „fighters“ lediglich dem Schutz der Zivilisten zu dienen bestimmt ist – darauf lässt der Wortlaut schließen – könnten sich die Kläger vor das Problem gestellt sehen, dass sie gerade die Eigenschaft ihrer Angehörigen oder ihrer eigenen Person als unbeteiligter Zivilist beweisen müssen. Es versteht sich von selbst, dass das Abzapfen des gestohlenen Treibstoffes – Hehlerei in der Wertung deutschen Strafrechts – allein die auf der Sandbank Anwesenden nicht schon zu Beteiligten macht. Da Klein auf eine nach ISAF-Regularien zwingend erforderliche Wirkungsanalyse am Boden unmittelbar nach dem Bombenabwurf (sogenannte „battle damage assessment“) verzichtete, waren eine Erhebung der Opferzahl bei den Zivilisten und deren genaue Identifizierung nicht mehr möglich.⁵⁰ ISAF-Kräfte erschienen am Ort des Luftschlags erst, als die Bevölkerung nahezu alle Opfer geborgen und die Toten bestattet hatte.⁵¹ Würde nun der genaue Nachweis der Anzahl der getöteten zivilen Opfer verlangt, so würde den Opfern eine weitere Pflichtverletzung des Oberst Klein zum Nachteil gereichen. Dem Prinzip nach wäre das die Wiederholung dessen, was die Bundesregierung bereits italienischen Zwangsarbeitern aus dem Zweiten Weltkrieg entgegengehalten hat: Obwohl den Betroffenen seitens des NS-Staates in rechtswidriger Weise der Kriegsgefangenenstatus und die damit verbundenen Statusrechte verwehrt wurden, hätten sie heute keinen Anspruch aus dem Bundesentschädigungsgesetz (das Kriegsgefangene ausschließt), denn schließlich wären sie rechtlich betrachtet Kriegsgefangene gewesen.⁵² Es bleibt offen, ob das Landgericht Bonn im Rahmen der Anwendung von Darlegungs- und Beweislastregeln die Gefahr der Wiederholung eines solchen widersprüchlichen Verhaltens in angemessener Weise abwenden wird. Dies könnte geschehen, wenn gegebenenfalls

⁴³ Zum Prinzip der Verhältnismäßigkeit für die Rechtfertigung kollateraler Tötung aus rechtsethischer Sicht R. Merkel, Die „kollaterale“ Tötung von Zivilisten im Krieg, in: *JuristenZeitung* 67 (2012), S. 1139 f.

⁴⁴ Pressemitteilung der Pressestelle des LG Bonn vom 17. April 2013, http://www.lg-bonn.nrw.de/presse/420_Aktuell/index.php (18. April 2013).

⁴⁵ Siehe dazu Deutscher Bundestag, a.a.O. (Fn. 3), S. 375 f.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ E. Benvenisti, The Law on Asymmetric Warfare, in: M. Arsanjani *et al.* (Hrsg.), *Looking to the Future*, Leiden 2011, S. 941.

⁴⁸ S. Schmahl, Amtshaftung für Kriegsschäden, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 66 (2006), S. 713 m.w.N.

⁴⁹ IGH, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ Rep. 1971, 21. Juli 1971, S. 31 f., Rn. 53.

⁵⁰ Vgl. z. B. OLG Köln, Zwangsarbeit, in: *Neue Juristische Wochenschrift* (52) 1999, S. 1556; BGH, Distomo, in: *Neue Juristische Wochenschrift* (56) 2003, S. 3492; *Gerechthof Amsterdam, Vierde meervoudige burgerlijke kamer, Dedovic v. Kok et al.*, Urteil vom 6. Juli 2000, Rn. 5.3.22.

⁵¹ Deutscher Bundestag, a.a.O. (Fn. 3), S. 251.

⁵² *Id.*, S. 335.

die Regeln der Beweisvereitelung zum Zuge kämen. Dabei kann an eine sekundäre Beweislast gedacht werden. In diesem Falle wäre es Sache der Kläger, substantiiert vorzutragen, dass die Getöteten nicht zu den Kämpfern der Taliban gehörten, worauf die Bundesrepublik den vollen Gegenbeweis erbringen müsste.

Weiterhin ist ein kausaler Schaden erforderlich, der jedoch unstreitig vorliegt. Der Umfang des Anspruchs richtet sich nach §§ 249 bis 252 und 842 bis 846 BGB.

Der Anspruch ist nicht durch die ausdrücklich unter Berufung auf das Nichtbestehen einer Rechtspflicht ergangene *ex gratia*-Zahlung im Wege eines Erlassvertrages untergegangen. Dazu fehlt beiderseitig der Rechtswille.

Ebenso hat die Bundesregierung, soweit bekannt, keine vertragliche Regelung über die Reparationsfrage mit Afghanistan getroffen. Sollte eine Reparationsregelung nach Abschluss des NATO-Einsatzes erfolgen, ist offen, ob Individualrechte einschließende Verzichtsklauseln wegen möglicherweise fehlender Disponibilität jener Rechte Dritter angesichts der durch die Menschenrechte in Teilen bewirkten Vonselbstständigkeit – nach Theodor Meron sogar Emanzipierung⁵³ – des Individuums von seinem Heimatstaat wirksam wären. Zumindest für den Fall einer Verletzung von Kerngarantien des humanitären Völkerrechts, die auf der Primärebene dem *ius cogens* zuzuordnen wären,⁵⁴ scheint die Disponibilität von Sekundärrechten äußerst fragwürdig. Ob eine der hier verletzten Normen dem *ius cogens* zuzuordnen wäre,⁵⁵ bedarf einer umfassenden Prüfung, von der an dieser Stelle angesichts des hiesigen Fokus abgesehen werden soll. Schließlich wäre das Zustimmungsgesetz wegen einer etwaigen Verletzung des grundrechtsunmittelbar verbürgten Rechtsschutzes aus verfassungsrechtlicher Sicht zweifelhaft. Die Verantwortlichkeit träfe freilich dann nur die Bundesrepublik, wenn Oberst Klein „in deren Dienst“ und nicht im Dienste der NATO oder der VN gestanden hätte. Klein war als befehlshabender Bundeswehroffizier in der Bundeswehr eingegliedert, sodass unter Zugrundelegung verfassungsrechtlicher Maßstäbe die Bundesrepublik Anstellungskörperschaft⁵⁶ und damit Zurechnungsobjekt ist. Die etwaige Überstellung von Bundeswehrangehörigen an die NATO oder die VN ist zwar regelmäßig mit einer Beschränkung – nicht aber mit der Übertragung – von deutscher Hoheitsgewalt verbunden.⁵⁷ Es wäre an dieser Stelle verfehlt, die Maßstäbe der Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (DARIO)⁵⁸ oder die der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)⁵⁹ anzuwenden, denn es kommt nicht auf einen völkerrechtlichen, das heißt einfach-rechtlichen beziehungsweise nach Artikel 25 GG auf der Ebene zwischen Verfassungsrecht und einfachem Recht stehenden, sondern allein auf den verfassungsrechtlichen Maßstab an.

3. Zu völkerrechtlichen Individualansprüchen

Entsprechend der Argumentation der Beschwerdeführer des am Bundesverfassungsgericht anhängigen Varvarin-Verfahrens und der in der Literatur zunehmend vertretenen Ansicht⁶⁰ kommt möglicherweise bei in heutigen Konflikten stattfindenden schwerwiegenden Brüchen des humanitären Völkerrechts ein Wiedergutmachungsanspruch nach den fast

gleichlautenden und inhaltsgleichen Bestimmungen des Artikel 3 Haager Abkommen IV von 1907⁶¹ (HA IV) und des Artikel 91 ZP I von 1977 oder nach Völkergewohnheitsrecht in Betracht. In diesem Sinne geht der Internationale Gerichtshof in seinem Mauergutachten von der Existenz eines Individualanspruches bei Verletzungen des humanitären Völkerrechts aus.⁶² Allerdings, selbst wenn man dieser Rechtsauffassung folgte, bleibt im Fall Kunduz problematisch, dass es sich zum Zeitpunkt des Geschehens nicht mehr um einen internationalen Konflikt handelt, da die NATO mit Einwilligung der afghanischen Regierung präsent war. Sowohl das HA IV als auch das ZP I finden allerdings grundsätzlich nur auf internationale Konflikte Anwendung.

Sollten deutsche Gerichte die Anwendbarkeit der Amtshaftung verneinen oder den Anspruch wegen der Beweislage ablehnen, so verbleibt noch der Weg vor den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Seit der Erweiterung der extraterritorialen Bindung der Vertragsstaaten an die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) durch die Al-Skeini-Entscheidung⁶³ ist in solchen Konstellationen eine Entschädigung nach Artikel 41 EMRK wegen Verletzung von Artikel 2 EMRK (Leben sowie effektive und amtliche Untersuchung der Todesfälle) denkbar. Die Frage der Zurechnung der im Rahmen des Einsatzes verursachten Schäden an die Bundesrepublik oder die NATO wird nur an dieser

⁵³ Dazu ausführlich IGH, *Germany v. Italy, Jurisdictional Immunity of States*, 3. Februar 2012, Rn. 99.

⁵⁴ T. Meron, *Humanization of International Law*, Leiden 2006.

⁵⁵ Dazu L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Ius Cogens) in International Law*, Helsinki 1988.

⁵⁶ Zu den Voraussetzungen dafür *id.*, S. 606, 621 f.

⁵⁷ H. Papier, a.a.O. (Fn. 34), Rn. 289 f.

⁵⁸ A. Huhn, a.a.O. (Fn. 15), S. 33-35 m.w.N.

⁵⁹ Dazu C. Janik, *Die Bindung internationaler Organisationen an internationale Menschenrechtsstandards*, Tübingen 2012, S. 136-200.

⁶⁰ EGMR, *Bosphorus Airways v. Ireland*, Appl. No. 45036/98, Urteil vom 30. Juni 2005; EGMR, *Saramanti*, 2. Mai 2007, in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 34 (2007), S. 522 f.; EGMR, *AL-Jedda*, 7. Juli 2011, in: *Neue Juristische Wochenschrift* (65) 2012, S. 290.

⁶¹ Eine Individualberechtigung nach Art. 3 befürworten u. a.: E. David, *Principes de droit des conflits armés*, Brüssel 2008, S. 704 f.; IGH, *Germany v. Italy, Judicial Immunity of States*, Dissenting Opinion of Judge Trindade Cançado, Rn. 257; IGH, *Germany v. Italy, Judicial Immunity of States*, Dissenting Opinion of Judge Yusuf, Rn. 12-20; E. Schwager/R. Bank, *Is there a Substantive Right to Compensation for Individual Victims of Armed Conflicts against a State under International Law?*, in: *German Yearbook of International Law* 49 (2006), S. 393; E. Henn, *Staatenverantwortlichkeit für Verletzungen des Humanitären Völkerrechts durch Private und Militär- und Sicherheitsfirmen*, in: *Juristische Ausbildung* 33 (2011), S. 578; A. Fischer-Lescano, *Subjektivierung völkerrechtlicher Sekundärregeln*, in: *Archiv des Völkerrechts* 45 (2007), S. 299 f.; A. Gattini, *To What Extent are State Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to Individuals' Claims for War Damages?* in: *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003); A. Pinzauti, *Good Time to Change: Recognizing Individual's Right under the Rules of International Humanitarian Law on the Conduct of Hostilities*, in: A. Cassese (Hrsg.), *Realizing Utopia*, Cambridge 2012, S. 571 f.; N. Matthiesen, *Wiedergutmachung für Opfer internationaler bewaffneter Konflikte: Die Rechtsposition des Individuums bei Verletzungen des Humanitären Völkerrechts*, Münster 2012.

⁶² Die Norm lautet: „A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces.“

⁶³ IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9. Juli 2004, Rn. 153.

⁶⁴ EGMR, *Al-Skeini*, Urteil vom 7. Juli 2011, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 65 (2012), S. 283.

Stelle nach völkerrechtlichen Maßgaben beantwortet werden müssen.

4. Ausblick

Völkerrechtlich betrachtet ist die Rechtslage höchst ungewiss und erfordert zunächst die innerstaatliche Rechtswegerschöpfung.

In Bezug auf den Amtshaftungsanspruch haben die Klagen zumindest Aussicht auf Erfolg. Manche werden einwenden, es sei in der Bundesrepublik politisch nicht wünschenswert, die Möglichkeit des Ersatzes von im 21. Jahrhundert entstandenen Kriegsschäden im Rahmen der Amtshaftung zu eröffnen. Die als Grund dafür häufig angeführte Gefahr eines

Staatsbankrotts besteht in Anbetracht der Kriege, die eine Regierung unter dem Grundgesetz führen wird, indes nicht. Allein die Tatsache, dass die Kunduz-Affäre mit höchstens 142 zivilen Opfern als ein Skandal empfunden wurde, zeigt, dass auch die Befürchtung der Überlastung der Gerichte nicht mehr zeitgemäß ist. Nicht zuletzt bleibt es der Bundesrepublik unbenommen, ein Spezialgesetz zu erlassen, in welchem es die Haftungsvoraussetzungen und den Umfang des Ersatzes regelt. Dass die Bundesregierung in Afghanistan die Angewohnheit hatte, „normale zufällige“ Opfer mit bis zu 33.000 € zu entschädigen, bei einer grob rechtswidrigen Maßnahme aber den Rückzug antritt, mutet willkürlich an. Die Entscheidungen des Landgerichts Bonn sind daher mit Spannung zu erwarten. ■

Die abwechslungsreiche Arbeit eines Konventionsbeauftragten auf Kreisebene: 20 Jahre Verbreitungsarbeit in Stuttgart – Ein Rückblick

Christian B. Schad*

Es war im Jahr 1992, als das Amt des Konventionsbeauftragten im Kreisverband Stuttgart wieder neu besetzt werden konnte. Dr. Jürgen Hahn, Erster Bürgermeister der Stadt Stuttgart und lange Zeit auch Vorsitzender des Deutschen Roten Kreuzes (DRK) in Stuttgart, hatte die Aufgabe einige Jahre übernommen. Nach seinem Ausscheiden war das Amt, welches traditionell von Juristen ausgefüllt wurde und wird, lange Zeit verwaist.

Nun also sollte ein Pädagoge das vakante Amt übernehmen, was in Teilen der Vorstandsmitglieder zunächst auf Skepsis stieß. Mit dem Amt verbunden war kraft Satzung auch eine Berufung in den Vorstand. Ein Grund dafür, dass ihm das Amt zugetraut wurde, war, dass er sich von Jugend an innerhalb des Verbandes – über das Jugendrotkreuz, die Bereitschaften und den Rettungsdienst – sozialisiert hatte. Ein weiterer Grund war, dass er während seines Studiums der Politikwissenschaften, Germanistik, Geographie und Geschichte einen Schwerpunkt gesetzt hatte: Die international tätigen Nichtregierungsorganisationen (NGO¹) mit dem besonderen Schwerpunkt Rotes Kreuz waren sein Spezialgebiet.

Kurz nach seiner Ernennung durch den Vorsitzenden erfolgte erstmals eine Einladung zu der seit 1991 stattfindenden „Teinacher Tagung“. Unbekümmert und ganz im Outfit eines unerfahrenen aktiven Rotkreuzhelfers, war die Kleidung entsprechend leger. Völlig underdressed trat er erstmals in den Kreis der erlauchten Runde der Konventionsbeauftragten ein. Der noch unerfahrene, unbedarfte Rotkreuzler kam sich vor, als sei er in eine fremde Welt von unnahbaren Juristen katapultiert worden. Zudem senkte er in drastischer Weise den Altersdurchschnitt.

Auf der fachlichen Ebene galt es, sich zunächst in die als nicht vermittelbare trockene Materie des internationalen humanitären Völkerrechts (IHV) einzuarbeiten. Didaktische Materialien waren zu Beginn der 1990er Jahre noch kaum vorhanden. Diese beschränkten sich im Wesentlichen auf den „grünen Ordner“, einer Sammlung einzelner Vorträge und Textzusammenstellungen. In den Rotkreuz-Führungslehrgängen war das Pflichtthema äußerst unbeliebt, galt es doch, einige Paragraphen der Genfer Abkommen (GA) auswendig zu lernen. Wenn dieses Thema auf der Tagesordnung der Führungskräfteausbildung stand, musste man schon durch und durch mit dem Roten Kreuz verbunden sein, um sich diesem Pflichtthema zu stellen. „Da muss man durch“, war das geflügelte Wort.

Für den Konventionsbeauftragten des Kreisverbandes wuchs nach diesen ersten Erfahrungen der Aufgabenkatalog von Jahr für Jahr. Schnell wurde klar, dass in der Verbreitungsarbeit Methodik und Didaktik dringend zu überarbeiten waren, sollte das Thema in der internen wie externen Öffentlichkeit bekannter gemacht werden. In der Tagesarbeit kristallisierten sich einige zentrale Betätigungsfelder heraus: Der Rückblick

auf 20 Jahre Erfahrung in der Verbreitungsarbeit zeigt, dass Konventionsarbeit vielfältig, spannend und immer aktuell ist und, so ist zu vermuten, auch in Zukunft sein wird.

Geschichte

Ein Konventionsbeauftragter ist gut beraten, sich über die Geschichte dem Thema Rotes Kreuz auf internationaler, nationaler und lokaler Ebene zu nähern. Es ist von Vorteil, die Gründe und Motive zu kennen, die zur Gründung der Rotkreuzbewegung geführt haben. Die besondere Stellung der Organisation als Vertragspartner der Staaten kann durch historische Kenntnisse lebendig und anschaulich vermittelt werden. Dabei kann auch das Thema „Genfer Abkommen“ aus historischer Sicht aufgegriffen werden. Dies gilt sowohl für den Beginn im Jahre 1864 als auch für gegenwärtige kriegerische Konflikte. Da das Kriegsvölkerrecht immer den realen Ereignissen folgt und sich Kriege und ihre Auswirkungen stetig wandeln, mussten die Rechtsanpassungen bezüglich der GA immer wieder zeitverzögert vorgenommen werden. Vermittelt man die Geschichte des humanitären Völkerrechts, ist das Wissen um historische Zusammenhänge von großem Vorteil, denn die Geschichte der Völkerrechtsentwicklung ist zugleich eine Geschichte der Institution Rotes Kreuz. Je nach Fragestellung und Blickwinkel kann dabei der Blick auf internationaler, nationaler oder auch lokaler Ebene erfolgen.

Nach Genf ist in Stuttgart die weltweit erste Rotkreuzgesellschaft, der „Württembergische Sanitätsverein“, gegründet worden. Dies bot und bietet immer wieder die Chance, dieses historische Erbe lokal zu thematisieren. Der unmittelbare Bezug am Ort half dabei, den Mitgliedern die lokalliterarischen Bezüge zu veranschaulichen. Wer waren die aktiv handelnden Personen? Aus welchen Motiven heraus haben sie sich dem Roten Kreuz angeschlossen? Was haben sie institutionsgeschichtlich bewirkt? Die Erfahrung zeigt: Wird Geschichte vor Ort mit lokalen Bezügen vermittelt, hat die Konventionsarbeit eine identitätsstiftende Wirkung. Sie trägt so wesentlich dazu bei, zum Bindeglied seiner Mitglieder zu werden.

* Christian B. Schad ist seit über zwanzig Jahren Konventionsbeauftragter im DRK Kreisverband Stuttgart. Der Kreisverband steht in der direkten Nachfolge des „Württembergischen Sanitätsvereins“, der am 12. November 1863 gegründet wurde. Damit ist in Stuttgart die älteste nationale Rotkreuz-Gesellschaft weltweit beheimatet. Kraft Amtes ist der Konventionsbeauftragte Mitglied im Kreisvorstand und mit allen tagesaktuellen Themen des Roten Kreuzes auf lokaler Ebene vertraut. Der Autor ist Pädagoge mit den Fächern Deutsch, Geschichte, Politik und Geographie. Außerdem arbeitet er in der Presse- und Öffentlichkeitsarbeit.

¹ NGO = non-governmental organisation.

Henry Dunant

Gerade in Stuttgart bot es sich an, verstärkt über die Biographie von Henry Dunant zu forschen und zu unterrichten. Dunant hat rund zehn Jahre in Stuttgart gelebt. Eine wesentliche Aufgabe war es deshalb, den Ideengeber der Rotkreuz-Bewegung in lebendigem Bewusstsein zu halten. Im Verlauf von 20 Jahren Konventionsarbeit gelang es, diesen außergewöhnlichen Menschen der internen und externen Öffentlichkeit immer wieder vorzustellen. Zwei Daten im Jahr, Dunants Geburtstag am 8. Mai – heute deshalb Weltrotkreuztag – und sein Todestag am 30. Oktober boten sich an, initiativ zu werden. Die Aktivitäten umfassten unter anderem den Erwerb einer Büste Dunants, Autorenlesungen neuer Dunant-Biografien, die Entgegennahme einer originalen Visitenkarte, die Benennung der Kreisgeschäftsstelle in einem Festakt nach dem Gründer und den Guss einer Bronzetafel. Ein Höhepunkt der letzten Jahre war die Aufstellung eines Dunant-Denkmal an historischer Stelle in der Hasenbergsteige anlässlich des 100. Todestages. Aber nicht nur Dunant selbst, auch seine Stuttgarter Freunde Hahn, Wagner, Gräter, Neuffer oder sein Biograph Müller wurden in Vorträgen und Schriften immer wieder gewürdigt. Im Laufe von 20 Jahren Konventionsarbeit konnten so zahlreiche Artikel über das Wirken Dunants und die Gründer des Württembergischen Sanitätsvereins in Stuttgart veröffentlicht werden. Hinzu kamen die regelmäßigen Besuche und der Austausch mit den Dunant-Freunden in Genf, Solferino und Heiden. Hier die Kontakte zu pflegen, gehörte und gehört ebenfalls zu dem Aufgabenbereich des Konventionsbeauftragten. So kann im 150. Geburtsjahr des Roten Kreuzes festgestellt werden, dass in Stuttgart die Erinnerungen an Dunant aktiv gepflegt werden.

Werte des Roten Kreuzes

Was heißt es, beim Roten Kreuz tätig zu sein? Welches Menschenbild, welche ethischen Grundlagen vermittelt die Rotkreuzbewegung? Wie unterscheidet sich das Rote Kreuz von anderen Hilfsorganisationen? Was machen seine Identität und seine besondere Stellung aus? Welches sind seine ideellen Ziele? Es ist spannend, immer wieder von neuem die Ideale, für die das Rote Kreuz einsteht, seinen Mitgliedern und der Öffentlichkeit bewusst zu machen. So kann die Vermittlung der Grundsätze und der Leitbilder eine Aufgabe sein, die vor jeder praktischen Tätigkeit steht. Hilfe wird von Betroffenen zwar immer unmittelbar erfahren, aber es braucht die Bereitschaft, Menschlichkeit zu zeigen, gerade dann, wenn chaotische Umstände angeblich keine Menschlichkeit zulassen. Die Ideale sind die Richtlinie für die praktische Wirksamkeit des Hilfsangebotes des Roten Kreuzes. Immer wieder stellt man fest, dass der Wunsch, helfen zu wollen, und die Suche nach Gemeinschaft wesentliche Motive sind, die Menschen dazu bewegen, sich im Roten Kreuz zu engagieren. Hier muss insbesondere den neuen Mitgliedern das Angebot gemacht werden, sich mit den ethischen Grundlagen, den Normen, Werten, Leitbildern, Grundsätzen und Zielen des Roten Kreuzes auseinanderzusetzen. Die Aufgabe der Wertevermittlung muss immer wieder neu angegangen werden. Sie sind ein Identifikationsangebot. Rot-

kreuz-Arbeit ist eben mehr als ein Anbieter von sozialen Dienstleistungen zu sein. Hier lehrt die Erfahrung, dass es innerhalb des Verbandes zu Entfremdungsprozessen kommt, werden die Werte nicht immer wieder thematisiert. Konventionsarbeit kann in guter Weise dazu beitragen, offen über die ethischen Grundlagen zu diskutieren. Es sind die Grundsätze, die das Rote Kreuz unverwechselbar machen und die den inneren Zusammenhalt der Rotkreuz-Institutionen bilden.

Humanitäres Völkerrecht

Die Verbreitungsarbeit bezüglich des humanitären Völkerrechtes ist eine der zentralen Aufgaben des Roten Kreuzes. Sie ist als Kernkompetenzaufgabe national wie international definiert, so im DRK-Gesetz, in den Statuten der Rotkreuzbewegung oder in den Verbandssatzungen. Durch diese Aufgabe erhält es ein Alleinstellungsmerkmal und gewinnt gegenüber anderen Hilfsorganisationen sein Profil. Der Auftrag zur Verbreitung steht bei der Aufgabenerfüllung deshalb an vorderer Stelle. Die Umsetzung, so die Erfahrung, wird aber sehr unterschiedlich gehandhabt. Dabei bietet die Aufgabe zur „Verbreitung der Kenntnisse des humanitären Völkerrechts“ den Konventionsbeauftragten eine große Möglichkeit, sich zu engagieren.

Das Thema „Humanitäres Völkerrecht“ ist in allen Einführungs- und Aufbauseminaren unverzichtbar. Auch die Mitglieder der Auskunftsbüros oder des Suchdienstes machen ihre Arbeit auf der Rechtsgrundlage der GA. Über das Kriegsvölkerrecht zu sprechen, ist nicht immer einfach. Das Paradoxon, nicht den Krieg gänzlich abzuschaffen, sondern den Krieg durch das humanitäre Völkerrecht menschlicher zu machen, ist nicht zu lösen. Es bietet damit auch heute noch zahlreiche Ansatzpunkte für spannende und aktuelle Diskussionen. Dabei ist die Themenpalette des humanitären Völkerrechts groß: Sie reicht von der Frage, wer Kombattant beziehungsweise Zivilist ist, der Bedeutung des Schutzzeichens bis zur Rechtsdurchsetzung bei Verstößen, vom Opferschutz bis zur Frage, ob heute ein Rotkreuzler vom Internationalen Strafgerichtshof als Zeuge geladen werden darf. Derzeit wird über den Einsatz von Drohnen oder über den Begriff des cyberwar diskutiert. Langeweile kommt so jedenfalls nicht auf.

Die Aufklärung über Wahr-, Schutz- und Kennzeichen der Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung ist ebenfalls eine der Aufgaben, die vom Konventionsbeauftragten wahrgenommen werden. Immer wieder muss er intervenieren, wenn – meist aus Unkenntnis – das „Logo“ von nicht Befugten verwendet wird.

„Bürgerkrieg in Stuttgart“, so lautete eine Schlagzeile zu den Ereignissen im Schlossgarten im Herbst 2010. Damals kam die Frage auf, ob es sich um einen Konflikt im Sinne der Zusatzprotokolle zu den GA handle. In Zusammenarbeit mit dem Generalsekretariat konnte auf diese Frage einer besorgten Bürgerin geantwortet werden. Dieses Beispiel aus Stuttgart zeigt in anschaulicher Weise, dass die Beschäftigung mit den GA, also dem humanitären Völkerrecht, nichts Theoretisches oder Abstraktes ist, sondern lokal schnell sehr konkret werden kann. Anhand der Auseinandersetzungen im Schlossgarten konnte die besondere Rolle des Roten Kreuzes als

neutrale, unabhängige und unparteiliche Institution verdeutlicht werden.

Da das Rote Kreuz das Mandat der Staatengemeinschaft hat, das humanitäre Völkerrecht weiterzuentwickeln, kommt es diesbezüglich auch zu öffentlichen Kampagnen, an denen sich ein Konventionsbeauftragter vor Ort beteiligen kann. Beispielhaft seien hier Aktionen zur Antipersonenminen-Konvention, das Verbot von Kindersoldaten, das Verbot von Cluster-Munition oder Fragen von Blendwaffen genannt. Auch der besondere Schutz von Rotkreuz-Helfern, die in Krisengebieten unterwegs sind, kann thematisiert werden.

Die Aufklärung über die Einrichtung von internationalen Gerichten wie die des Jugoslawientribunals (ICTY²) durch die UNO oder die des Internationalen Strafgerichtshof (ICC³) in Den Haag gehören ebenfalls zu den Aufgabenbereichen eines Konventionsbeauftragten. Aus Sicht des Roten Kreuzes ist es endlich gelungen, Verantwortliche für Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit zur Rechenschaft zu ziehen. Damit kann auch dem oft gehörten Vorurteil, „im Krieg hält sich doch eh niemand an Regeln“, wirksam begegnet werden. Der Besuch einer Verhandlung in Den Haag oder der Besuch der derzeit in Stuttgart laufenden Verhandlungen gegen zwei Beschuldigte im Ruanda-Konflikt gehören deshalb zum Bereich der eigenen Fortbildung und dient der Vorbereitung auf Fragen von Teilnehmern bei Schulungen.

Öffentlichkeitsarbeit

Der Konventionsbeauftragte hat wiederholt das direkte Gespräch mit der Presse gesucht. Sei es, dass er Stellung zu aktuellen Ereignissen nimmt, dass er lokal über die Internationalen Rotkreuz-Konferenzen berichtet, oder dass er zu Kampagnen informiert. In der Vergangenheit zeigte ein positives Medienecho, dass so dem öffentlichen Verbreitungsgebot Rechnung getragen wurde. In der Darstellung galt es besonders, die lokalen Aktivitäten herauszustellen, damit deutlich wird, dass eine internationale Konferenz nicht nur theoretische Ergebnisse liefert, sondern an der Basis wahrgenommen wird.

2009 brach eine Gruppe des Jugendrotkreuzes zusammen mit dem Konventionsbeauftragten zur Fahrt anlässlich des 150. Jahrestages der Schlacht von Solferino auf. An diesem Gedenktag haben rund 14.000 Rotkreuzler aus aller Welt teilgenommen. Dies war der Landesschau von Baden-Württemberg einen Nachrichtenbeitrag wert. Die Aufgabe des Konventionsbeauftragten bestand dabei darin, das Redaktionsteam zu begleiten. Dass ein Drei-Minuten-Beitrag über Henry Dunants Zeit in Stuttgart und seine Initiative in Solferino acht Stunden Begleitung eines Kamerateams bedeutet, zeigt, wie zeitintensiv, aber auch abwechslungsreich ehrenamtliche Konventionsarbeit sein kann.

Kulturelle Veranstaltungen konnten durch den Konventionsbeauftragten initiiert werden. Regelmäßig wiederkehrend ist der Weltrotkreuztag am 8. Mai, dem Geburtstag des Gründers des Roten Kreuzes. Hier waren und sind konkrete Projekte zu planen und umzusetzen. Sei es, dass eine Plastik oder eine Bronzetafel des Gründers des Roten Kreuzes öffentlichkeitswirksam eingeweiht wird, ein Wettbewerb von Schülern unter dem Motto „Gedichte gegen den Krieg“ oder die Aufstellung eines Denkmals; der Kreativität sind hier

keine Grenzen gesetzt. Lesungen zu organisieren gehörte in den 20 Jahren ebenso zum Aufgabengebiet: So waren Eveline Hasler, Autorin von „Der Zeitreisende“, oder Lothar von Seltmann mit seiner „Dunant-Biographie“ gerne bereit, sich an Veranstaltungen im Kreisverband zu beteiligen. Der Konventionsbeauftragte veröffentlichte auch immer wieder Buchbesprechungen für verschiedene Verbandszeitschriften. Zur internen Öffentlichkeitsarbeit gehört die Organisation und Begleitung von Ausflügen und Reisen, besonders zu den für das Rote Kreuz wichtigen Orten Solferino, Heiden, Genf und Den Haag. Zur Öffentlichkeitsarbeit gehören aber auch die Jahresberichte im Kreisverband, von denen inzwischen 20 geschrieben wurden. Damit ist der Konventionsbeauftragte eines der dienstältesten Mitglieder im Vorstand des Kreisverbandes.

Die Institutionen des Roten Kreuzes international und national und deren Geschichte

Für neue Mitglieder, aber auch für die Öffentlichkeit, ist es schwer, die Struktur und Arbeitsweise des Roten Kreuzes zu durchschauen. Allein im Kreisverband Stuttgart sind rund 60 Aufgabenfelder identifizierbar. Wer macht was auf welcher Ebene? Was ist das Internationale Komitee vom Roten Kreuz (IKRK), was die Internationale Föderation der Rotkreuz- und Rothalbmondgesellschaften? Welche Zuständigkeiten hat der Bundes- oder Landesverband? Was sind Gemeinschaften? Wie und an welcher Stelle kann man sich einbringen? Wie ist das Verhältnis von ehren- zu hauptamtlichen Mitarbeitern? Die Satzungen und Ordnungen innerhalb des Roten Kreuzes geben hier Antworten. Da die Außenwelt das Rote Kreuz als Einheit sieht, muss hier den ehren- wie hauptamtlichen Mitarbeitern das Angebot gemacht werden, die Struktur des Verbandes zu kennen.

Konventionsarbeit ist eine didaktische Aufgabe: Seminare und Vortragstätigkeit

Der Konventionsbeauftragte ist in der internen Ausbildung unverzichtbar. Es ist jedem einzelnen Kreisverband zu empfehlen, dass seine neuen Mitarbeiter, gleich in welcher Funktion sie arbeiten, das Einführungsseminar besuchen, um die Grundlagen der Rotkreuz-Arbeit kennenzulernen. So kann ein Zugehörigkeitsgefühl wachsen. Es wäre schade, wenn ein Rotkreuzler von der Geschichte und den Grundsätzen seiner Organisation nur rudimentäre Kenntnisse hätte. Für die Identifikation der Mitarbeiter mit der Institution Rotes Kreuz ist also Schulung folglich von Vorteil. Für alle Lebensbereiche gilt heute die Bereitschaft zum lebenslangen Lernen. Dies muss auch für das Rote Kreuz gelten, gleich ob in ehrenamtlicher oder hauptamtlicher Funktion. Das modulare Ausbildungssystem ist hier ein guter Ansatzpunkt, die Qualität in puncto humanitäres Völkerrecht in den eigenen Reihen weiterzuentwickeln. Für den Konventionsbeauftragten bedeutet dies, dass er an den Ausbildungen wie dem Einführungs- oder Aufbau-seminar mitwirkt, in den KAB-Aus-

² ICTY = International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

³ ICC = International Criminal Court.

bildungen den völkerrechtlichen Teil übernimmt oder im Rotkreuz-Infotag-Seminar die Teilnehmer schult. Ziel dabei ist, zu vermitteln, dass die völkerrechtlichen Bestimmungen nicht abstrakt sind, sondern konkrete Auswirkungen im Alltag haben. Dies ist eine didaktische Herausforderung. Wenn sie gelingt, kann dies als zutiefst befriedigend erlebt werden. Als persönliche Herausforderung kann auch die Aufgabe betrachtet werden, anlässlich historischer Jahrestage als Festredner eingeladen zu sein.

Weiterbildung

Zwei jährlich stattfindende Tagungen stehen regelmäßig auf der Tagesordnung der eigenen Weiterbildung: die Teinacher Tagung der Rechtsberater der Bundeswehr, der Konventionsbeauftragten des DRK und des Instituts für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) der Ruhr-Universität Bochum sowie die Tagung der Justitiare und Konventionsbeauftragten des DRK. Diese Tagungen sind für die eigene Fortbildung sehr hilfreich, zeigen sie doch auf, wie Konventionsbeauftragte wirken können und welche The-

men und Konflikte aktuell auf der Tagesordnung stehen. Der Austausch über das humanitäre Völkerrecht ist für die Konventionsarbeit vor Ort notwendig und hilfreich.

Fazit

Die persönlichen Erfahrungen als Konventionsbeauftragter haben gezeigt, dass diese zentrale Kernaufgabe des Roten Kreuzes aus unterschiedlichen Gründen nur teilweise umgesetzt wird. Gerade aber im 150. Jahr seines Bestehens sollten verstärkt Anstrengungen unternommen werden, die Verbreitungsarbeit als satzungsgemäße Aufgabe zu stärken. Denn eines ist leider sicher: Kriegerische Konflikte sind allgegenwärtig und es wird sie auch in Zukunft geben. Wer aber klärt über die Regeln des humanitären Völkerrechts auf? Wer kennt die negativen Auswirkungen von Krieg und Zerstörung besser als die Menschen im Roten Kreuz? Die Arbeit für Konventionsbeauftragte geht also nicht aus. Konventionsbeauftragter zu sein bietet viel Freiheit, fordert Engagement heraus, ist kurzweilig, vielschichtig und immer aktuell. Auch nach 20 Jahren. ■

150 Jahre Humanitäres Völkerrecht, 23. Tagung der Bundeswehr und des Deutschen Roten Kreuzes zum Humanitären Völkerrecht, 22. bis 23. März 2013 in Ettlingen

Andreas Herzig*

1. Einleitung

Am 22. und 23. März 2013 fand in Ettlingen die jährliche Tagung der Rechtsberater und Rechtslehrer der Bundeswehr sowie der Juristen und Konventionsbeauftragten des Deutschen Roten Kreuzes (DRK) statt. In ihrer 23. Ausgabe stand die Veranstaltung in diesem Jahr im Zeichen des 150-jährigen Jahrestags der Gründung des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz (IKRK). Das Jubiläum „150 Jahre Humanitäres Völkerrecht“ bot dabei jedoch nicht nur den Anlass zu einer Retrospektive, sondern wurde auch genutzt, um ganz aktuelle Themen wie den Einsatz von Drohnen und die Neuauflage des Militärhandbuchs der Bundeswehr zu diskutieren.

In ihren Grußworten erinnerten der Präsident des DRK-Landesverbandes Baden-Württemberg, Dr. Lorenz Menz, und DRK-Präsident Dr. Rudolf Seiters an die Anfänge des humanitären Völkerrechts mit der Gründung des IKRK im Jahre 1863 und der Verabschiedung des Genfer Abkommens (GA) zum Schutz der Verwundeten der Armeen im Felde ein Jahr später. Ziel von Veranstaltungen wie dieser, so DRK-Präsident Seiters, sei es, auch nach anderthalb Jahrhunderten die Fahne des humanitären Völkerrechts unvermindert hochzuhalten und dessen weitere Verbreitung und Entwicklung zu fördern.

2. Die Beiträge im Einzelnen

Auf ein Grußwort des Ettlinger Oberbürgermeisters Johannes Arnold folgte mit Professor Gerhard Beestermöller vom Institut für Theologie und Frieden in Hamburg der erste Referent. Beestermöller widmete sich der Frage, welche Rolle die mittelalterliche Lehre vom „gerechten Krieg“ für das Verständnis des Konzepts der Schutzverantwortung (Responsibility to Protect) spielen kann. Der Vortrag begann mit der These, dass der Begriff des „gerechten Krieges“ seit dem Ende der nuklearen Bedrohung durch den Kalten Krieg und unter dem Eindruck von Genozid und Völkervertreibung in Form der sogenannten „humanitären Intervention“ eine Renaissance erlebt habe. Im Einklang mit dieser Entwicklung stehe auch das 2005 auf dem „Weltgipfel“ von der Generalversammlung der Vereinten Nationen (VN) verabschie-

dete Konzept der Schutzverantwortung, das die Verantwortung für den Schutz der Menschenrechte letztlich in die Hände der Staatengemeinschaft lege und diese im Extremfall schwerster Menschenrechtsverletzungen wohl auch zu einem militärischen Eingreifen ermächtige. Dieses Konzept kontrastierte Beestermöller mit der Lehre vom gerechten Krieg. Jene in der christlichen Heilslehre verankerte Idee habe die persönliche Bereitschaft eines jeden vorausgesetzt, sich für das Seelenheil seiner Mitmenschen zu opfern. Zwar sei sie mit ihrem vormodernen Menschenbild nicht auf die heutige Zeit übertragbar; sie helfe jedoch, die Brisanz zu erkennen, die sich im Konzept der Schutzverantwortung verberge. So trage jeder Staat nämlich in erster Linie Verantwortung für seine eigenen Staatsangehörigen und sei grundsätzlich nicht berechtigt, das Leben seiner Soldaten zum Schutz der Bevölkerung anderer Staaten aufs Spiel zu setzen. Eine solche Berechtigung könne allenfalls aus der Annahme eines „Weltgemeinwohls“ im Sinne eines umfassenden Solidaritätsgedankens erwachsen. Denke man diese utopische Vision einer Weltgemeinschaft aber zu Ende, so würde daraus nicht nur ein rechtlicher Anspruch auf Hilfe resultieren, sondern letztlich sogar eine umfassende Aufopferungs- und Wehrpflicht für alle „Weltbürger“.

Nach diesem rechtsphilosophischen Ausflug wendete sich Dr. Robert Frau von der Universität Viadrina Frankfurt (Oder) einem ganz konkreten und hochaktuellen Thema zu: Dem Einsatz von bewaffneten unbemannten Luftfahrzeugen (Drohnen). Nach Ansicht von Frau reichten das gegenwärtige humanitäre Völkerrecht und insbesondere dessen allgemeine Prinzipien wie der Unterscheidungsgrundsatz und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit völlig aus, um den Einsatz von bewaffneten Drohnen zufriedenstellend zu regeln. Auch gingen von Drohnen keine neuen oder erhöhten Gefahren aus, da sie nach dem Stand der heutigen Technik sogar besser als bemannte Flugzeuge in der Lage seien, zwischen Zivilisten und Kombattanten zu unterscheiden. Besonderheiten ergäben sich nach Ansicht Frau jedoch im Hinblick auf die extraterritoriale Geltung von Menschenrechten. Im Gegensatz zum Bankovic-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der im Falle der Bombardierung eines fremden Staatsgebietes aus Kampfflug-

zeugen in Ermangelung einer Ausübung „effektiver Kontrolle“ keine extraterritoriale Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention angenommen hatte, sieht Frau eine solche effektive Kontrolle im Fall von Drohnen, die oft tagelang über ihren Zielpersonen kreisen können, unter Umständen durchaus als gegeben an.

Auch Professor Harvey Rishikof von der Drexel University in Philadelphia beschäftigte sich in seinem Vortrag unter anderem mit Drohnen, die er neben dem Phänomen des „Cyberwar“ als eine bedeutende Herausforderung für die Entwicklung des humanitären Völkerrechts herausstellte. Rishikof stellte zudem die amerikanische Sicht auf die völkerrechtliche Diskussion in Europa dar. So kritisierte er, dass die Europäische Union zwar stets pointierte Ansichten zu militärischen Interventionen der USA vertrete, selbst aber erst gar nicht über die militärischen Kapazitäten verfüge, um solche Einsätze durchzuführen. Eine überzeugende und somit rechtsgestaltende Staatenpraxis setze aber zuallererst die prinzipielle Fähigkeit zu handeln voraus.

Letzter Redner des ersten Konferenztages war Dr. Alexander Poretschkin, Ministerialrat im Bundesministerium für Verteidigung (BMVg) mit einem Vortrag über „Soldaten und Recht“. Poretschkin stellte anhand von Normen des Soldatengesetzes die statusrechtlichen Besonderheiten dar, durch die sich die „Bürger in Uniform“ vom „normalen“ Staatsbürger unterschieden, wie etwa die strafrechtliche Privilegierung bei der Befolgung nicht offensichtlich rechtswidriger Befehle. Daneben gab Poretschkin aber auch Anregungen zu aktuellen Streitfragen. So erklärte er, dass es widersprüchlich sei, Aufständischen den Zivilistenstatus zu entziehen, wenn diese Aufgaben ausführten, die in staatlichen Streitkräften von privaten Dienstleistern und somit dem zivilen Gefolge erledigt werden, wie zum Beispiel Lieferanten oder Technikern.

Im Anschluss stellten sich die Referenten einer Diskussionsrunde, die von Dr. Dieter Fleck, Ministerialrat im BMVg a. D., geleitet wurde.

Den zweiten Tag der Veranstaltung begann Dr. Gregor Schotten, vortragender Legati-

* Wiss. Mitarbeiter Andreas Herzig, LL.M. (Leiden), Berlin.

onsrat im Auswärtigen Amt, mit einem historischen Überblick über das Verhältnis zwischen dem humanitären Völkerrecht und den Menschenrechten. Schotten erläuterte, dass beide Rechtsgebiete zwar ursprünglich auf verschiedene Anwendungssituationen zugeschnitten wurden, dabei aber stets dieselben Ziele und Ideale geteilt hätten, nämlich den Schutz und die Verwirklichung der Menschenwürde. Sie seien deshalb auch heute nicht als unabhängig nebeneinander stehende Regime zu betrachten, sondern insbesondere im Rahmen bewaffneter Konflikte im Zusammenhang zu sehen. In Bezug auf die Tendenzen in Wissenschaft und Rechtsprechung, den direkten Anwendungsbereich der Menschenrechte in bewaffneten Konflikten zunehmend auszudehnen, mahnte Schotten jedoch dazu, die Staatenpraxis als Grundlage völkerrechtlicher Verbindlichkeit nicht aus den Augen zu verlieren.

Eine für juristische Tagungen eher untypische, nämlich journalistische Perspektive lieferte Dr. Reinhard Müller von der Frankfurter Allgemeinen Zeitung, der über das Verhältnis zwischen Politik und humanitärem Völkerrecht referierte. Müller widmete sich unter anderem der klassischen Frage nach dem Rechtscharakter des Völkerrechts. Dabei konstatierte er, dass sich

das humanitäre Völkerrecht, aber auch das Völkerstrafrecht in der Praxis allzu oft der Macht der Politik beugen müssten. Gleichzeitig erzeuge die Politik, wenn sie sich ihrerseits den Zwängen der öffentlichen Meinung unterwerfe, bisweilen erhebliche Rechtsunsicherheit. Als Beispiel hierfür führte Müller die langjährige Weigerung der Bundesregierung an, den Afghanistan-Einsatz der Bundeswehr als „Krieg“ zu bezeichnen. In der anschließenden Diskussion kam jedoch auch die Verantwortung der Medien zur Sprache, völkerrechtsschädliche Tendenzen in der Politik offenzulegen und nicht durch boulevardeske Berichterstattung noch zu verstärken.

Die Durchsetzung des Verbots der Rekrutierung und des Einsatzes von Kindersoldaten war das Thema von Professor Hans-Joachim Heintze von der Ruhr-Universität Bochum. Heintze erläuterte den Berichts- und Bewertungsmechanismus, dem die Mitgliedstaaten des Ersten Fakultativprotokolls zur VN-Kinderrechtskonvention unterworfen sind. Er erwähnte ferner die präventive Wirkung, die von Strafverfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof ausgehen kann, die die Rekrutierung und den Einsatz von Kindersoldaten in bewaffneten Konflikten zum Gegenstand haben.

Zum Abschluss der Veranstaltung stellte Dr. Dieter Weingärtner, Ministerialdirektor im BMVg, die neue Auflage der Zentralen Dienstvorschrift (ZDv) 15/2 der Bundeswehr vor, deren förmliche Unterzeichnung durch den Bundesminister der Verteidigung in Kürze erfolgen soll. Weingärtner lobte insbesondere die wertvollen Anregungen durch den Fachausschuss Humanitäres Völkerrecht des DRK, der dem BMVg bei der Erarbeitung der ZDv 15/2, die als Leitfaden für den völkerrechtlichen Unterricht innerhalb der Bundeswehr dienen soll, beratend zur Seite stand.

3. Schlussbetrachtung

Auch anderthalb Jahrhunderte nach der Begründung der internationalen Rotkreuzbewegung ist das humanitäre Völkerrecht in stetiger Entwicklung begriffen. Die rege Beteiligung und angeregte Gesprächsatmosphäre in Ettlingen sind Indiz für das große Bedürfnis nach einem Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis. Insofern ist es nicht verwunderlich, dass sich die Teilnehmer am Ende des zweiten Tages jedenfalls darin einig waren, die Diskussion auch im nächsten Jahr fortzusetzen. ■

2nd Bochum/Åbo Workshop on Autonomy, International Workshop of the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict (IFHV, Germany) in conjunction with Åbo Akademi University (Finland), 8 March 2013 at the Ruhr University Bochum, Germany

Isabel Düsterhöft*

1. Introduction

On 8 March 2013, the '2nd Bochum/Åbo Workshop on Autonomy' was held at the Ruhr University in Bochum, Germany. It was organised by Professor Hans-Joachim Heintze (Institute for International Law of Peace and Armed Conflict (IFHV), Ruhr University Bochum), Charlotte Lülff (IFHV), and Professor Markku Suksi (Åbo Akademi University, Finland). The workshop was opened by the organising partners, Professor Heintze and Professor Suksi, who highlighted the longstanding professional and personal relationship between the two institutions in the field of human rights education and autonomy issues. Special thanks were given to the German Academic Exchange Service (DAAD¹) and

the European Law Students' Association (ELSA).

2. The European Union and Autonomous Entities

The workshop was divided into four main sessions, dealing with specific issues in relation to autonomy. The first session was entitled "The European Union and Autonomous Entities – Federalism, Devolution and Autonomy" and consisted of speakers from both Bochum and Åbo.

2.1. The Åland Islands

Heidi Öst, Ph. D. candidate at the Åbo Akademi University, was the first speaker of the day and gave an overview of the most

famous case of autonomy regulations within Europe, the Åland Islands (Åland). These islands are located in the middle of the Baltic Sea between Sweden and Finland, with a primarily Swedish-speaking population. The autonomous status of those islands dates back as far as to 1920, when they were granted autonomy by the Act on the Autonomy of Åland (1920) by the Par-

* Isabel Düsterhöft, LL. M. is a candidate for the M. A. Peace and Security (2013) at the Institute of Peace Research and Security Policy at the University of Hamburg and an intern at the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict (IFHV) at the Ruhr University Bochum.

¹ DAAD = Deutscher Akademischer Austauschdienst.

liament of Finland, which was later replaced by subsequent Acts in 1951 and 1991. This status was affirmed by a League of Nations decision in 1921.

In her presentation, Öst mainly focused on the relationship of this autonomous region with the European Union (EU). She pointed out that prior to entering into any type of relationship, Åland had a say in Finland's accession to the EU by means of two referendums, which were held to determine whether Finland should join the EU and whether Åland should. Åland, together with Finland, joined the EU in 1995 and is considered a third country. A protocol to the Finnish accession treaty was negotiated, which guaranteed that the special rules of the autonomous region would remain intact, with reference to the long history of the arrangement. The islands remain outside the value added tax (VAT) area and apply a concept of regional citizenship. This is to protect the local economy and to maintain tax-free regulations on ferries crossing between Sweden and Finland, which necessarily stop in Åland.

The speaker pointed out that there are four main issues in relation to autonomous entities within Europe. The first one refers to the overall constitutional development of autonomies within the EU. In relation to this, Öst pointed out that the Åland Government and Parliament are engaged in networks of international cooperation, primarily with other regional legislative executives and assemblies. The Lisbon Treaty increased the standing of regions within the EU, mainly by strengthening the power of the Committee of Regions through initiating the right for the Committee to challenge EU laws before the European Court of Justice (ECJ).

The second consideration refers to the participation of autonomous regions in the workings of EU institutions. Öst mentioned that in relation to Åland's participation in the EU, it was this region's quest to be able to send a member to the European Parliament (MEP) and to be able to directly participate in the working of the EU institutions. With regard to the European elections, Åland is counted as an electoral district of Finland and so far, none of the 13 MEPs from Finland has come from the islands. Usually, a big share of the vote of the islands goes to a candidate of the Swedish People's Party. This has resulted in a quasi-representation of the region in the European Parliament by a special representative on Åland issues, acting as an assistant to the MEP from the Swedish People's Party. The third issue relates to the role of parliaments of autonomous regions in the implementation of EU law. Subject to the exceptions in the so-called Åland Protocol, the

regional authorities in Åland are obliged to follow legal regulations under primary EU law as well as legal obligations arising from EU regulations and decisions. They further need to implement EU directives within the legislative authority of the islands. This mainly refers to agricultural and environmental affairs. Such procedures take time and resources, which are sparse on the islands and continuously endanger the area to become subject to infringement proceedings, due to untimely implementation.

The fourth and final issue deals with the case law of the ECJ in respect of autonomous regions. With regard to this issue, it was highlighted that Åland is often indirectly subject to infringement proceedings, mainly due to untimely implementation of directives. Öst mentioned two specific instances at which the government contested the Commission's interpretation of EU law, one relating to an ECJ judgment on spring-hunting of certain aquatic birds² and one concerning the non-implementation by the Åland authorities regarding the sale of snus and oral tobacco on Åland.³ Finally, the first presentation was closed with the statement that Åland is subject to international law treaties ratified by Finland, as long as they touch upon the legislative authority of the islands. The islands are further generally bound by human rights treaties.

2.2. France, Spain, and Denmark

The second presentation in the first session focused on 'Other examples of autonomous entities in the EU' and was given by Charlotte Lülff. It was pointed out that over the past 50 years, Europe has seen a high increase in the number of autonomy arrangements, which are asymmetrical in nature and differ with regard to their context and the countries' understanding of autonomy. Lülff focused on three examples in her presentation.

Firstly, she elaborated on Corsica (France) and highlighted that despite the long history of separatist movements, any attempts at autonomy have continuously been blocked by the strong understanding of state unity. This understanding has been upheld by the French government, the jurisprudence of its Constitutional Court, and is also enshrined in Article 1 of the 1958 French Constitution. Although there have been negotiations between Corsica and the central government in 1982, 1991, and most recently in 2001, Corsica's local institutions solely have consultative but no legislative powers. The strong concept of unity within the French Republic, has barred Corsica from becoming anything but a

mere territorial entity. As France does not recognise the existence of minorities within its borders, having made reservations to Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), the island's population is not officially recognised as Corsican.

In contrast to that, Spain is often referred to as 'state of autonomies', providing for 'autonomy à la carte'. The basis for autonomy is enshrined in Article 2 of the 1978 Constitution and can hence be considered a constitutional right. Article 143 of the Constitution provides for a system of optional autonomous systems, meaning that regions with common characteristics may freely decide whether to become an autonomous region and if so, to what extent. The main period of emergence of autonomous regions was between 1978 and 1983 after the suppression by the Franco regime. There are currently 17 autonomous regions and two autonomous cities, whose structures are largely the same but whose scope of competencies vary. The Basque Country is one of the most famous examples, primarily due to its powerful industry and its long-standing autonomy.

Finally, Lülff introduced the case of Denmark, which considers itself a unitary state with respect to its 1953 Constitution. The autonomy status of Greenland and the Faroe islands is not enshrined in the Constitution. Still, the 1948 and 1979 Home Rule Acts recognise full internal governance. In 2009, Greenland's autonomy was further strengthened and extended by the Self-Rule Act, which does, however, not guarantee constitutional existence. Both regions exercise executive authority and have full administrative powers, sharing similar institutional frameworks. Greenland is not a member of the EU but belongs to the Oversea Countries and Territories. In contrast to the Faroe Islands, Greenlandic citizens are nationals of the EU and the region is integrated into the internal market.

2.3. Scotland

The last presentation of the first session was given by Lisa Gow, lecturer at the Faculty of Law, Ruhr University Bochum. She focused on the topic 'Devolution and Scotland'. The concept of devolution combines self-rule with shared rule and constitutes a decentralisation of legislative and/or executive power from the central government to subordinate bodies at the regional level. In

² Commission of the European Communities v. Finland, C 344/03 (2005).

³ Commission of the European Communities v. Finland, C 343/05 (2006).

such a system, unlike in a federal system, the central government retains ultimate sovereignty. It can take back the power from the subordinate bodies and can continue to legislate on policy areas that have been devolved. This concept applies to Scotland within the United Kingdom (UK), with special attention given to the fact that the UK's constitution is an unwritten one. Thus, the transfer of power to the regions is effected by legislation passed by the UK Parliament.

In 1997, the Scots voted 'yes' to devolution in a referendum. In 1998, the Scotland Act was passed, effectively transferring legislative and executive powers to Scotland, while reserving certain policy areas to the UK Parliament. Scotland's competencies have been extended in the past years, which has led to Scotland pursuing very different policies from those of England, for example in the area of university tuition fees, medical prescriptions, and personal care for elderly. Theoretically, the UK Parliament remains sovereign and has the legal power to legislate in Scotland's devolved areas, although it will usually not do so. Furthermore, the Scotland Act 2012 has been passed, which will transfer more powers to the Scottish Parliament from 2016 onwards, still excluding full fiscal autonomy. Gow noted that ever since the Scottish National Party won the elections in 2011, demands for full independence have become more prominent again. Scotland is to hold a referendum on its independence in autumn 2014. However, with regard to this, questions concerning how Scotland and the rest of the UK should be treated in international law, whether Scotland would need to apply to join the EU, and how to allocate national debts and assets, remain unanswered.

3. Many years after the Lund Recommendations

The second session of the day was entitled 'Many years after the Lund Recommendations' and featured Professor Hans-Joachim Heintze and José Maria Arraiza, Ph. D. candidate at Åbo.

3.1. The Lund Recommendations

Professor Heintze talked about the 'Lund Recommendations on Participation' and started his presentation with the observation that autonomy regulations are a rather new development that has gained general acceptance and is directly linked to the development of human rights, due to often being seen as mechanisms to implement minority rights. Generally, the existence of the Conference on Security and Co-operation in Europe (CSCE), and later on the

Organisation for Security and Co-operation in Europe (OSCE), have fuelled the increasing acceptance of autonomy regulations, focusing on solving practical questions relating to human needs and applying the 'agree to disagree' principle in relation to border disputes. The CSCE is seen as the point of origin for dealing with issues of autonomy.

While minority issues were initially seen as a tool to weaken already weak states, the 1975 Helsinki Final Act and the following 1990 Copenhagen Document put minority issues into a different light and combined it with the concept of democracy. This led to the establishment of a High Commissioner on National Minorities in 1993, whose mandate was, however, restricted to Eastern European countries. This entity was the starting point for the Lund Recommendations, which were drafted by 18 experts and consider autonomy as a possible solution for minority issues in certain countries. The Recommendations, like the previously mentioned documents and institutions, are non-legally binding.

Professor Heintze pointed out that a major disadvantage of this development was that the meaning of self-determination has become different and developed into one which is not in accordance with the original meaning under international law. In this regard, he mentioned the unclear content of the principle and referred to Article 1 of the United Nations (UN) Charter, Article 1 of the ICCPR, and customary law as applied to the process of decolonisation. Issues in relation to this principle are firstly, the fact that the term 'people' has not been clearly defined and secondly, that the principle is contrary to the principle of territorial integrity. Therefore, self-determination is now characterised by an external (own statehood) and an internal dimension (autonomy). Issues remain with indigenous people, who have a status between 'people' and 'minorities', but whose rights have been strengthened by the work of the International Labour Organisation and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples of 2007.

3.2. The Ljubljana Recommendations

After a theoretical introduction to the Lund Recommendations, Arraiza provided an overview of the practical issues related to 'Implementation of the Lund Recommendations. From Lund to Ljubljana'. At the beginning of his presentation he emphasised that while questions of independence are a day-to-day matter in Western Europe, these are seen as completely different questions in Central and Southeastern Europe,

regions which are characterised by a so-called 'autonomophobia'.

Arraiza pointed out that autonomy was only mentioned in the additional explanations of the Lund Recommendations and has hence not been addressed straightforward. A new set of recommendations was presented by the High Commissioner on National Minorities in 2012, entitled 'Ljubljana Recommendations on Integration of Diverse Societies'. These recommendations focus on linking policy-making work with academic work and practical reality. Thus, they highlight the implementation part and, as Arraiza noted, show a need for an evaluation from a legal as well as social science perspective. As for the Lund Recommendations, the main goal of the Ljubljana Recommendations is integration. As part of responsible governance, this integration needs to be evaluated with regard to the recommendations' impact and result, and hence in view of the process and substance of creating and reforming institutions. According to Arraiza, an important role is to be played by the social realities, combining normative theory and empirical social sciences.

An example of such an implementation review is Recommendation Number 22, providing for a periodic review and amendment in light of changing circumstances. Recommendation Number 17 also provides for regular monitoring and assessment, being adjusted where necessary. The implementation must be assessed with the help of clear targets, indicators, and benchmarks, combining internal reviews and independent assessments. As case studies, the speaker introduced the examples of Kosovo and Macedonia, where the Lund Recommendations were insufficiently implemented and measured. This was mainly due to their general nature, the lack of concreteness, and in context of the countries' characteristics as laboratories for international law-making.

4. Post Soviet Autonomy Regulations

After a lunch break, the workshop continued with the third session, dedicated to 'Post Soviet Autonomy Regulations'.

4.1. The Russian Federation

Dr. Marija Riekkinnen from Åbo Akademi University gave a presentation on 'Autonomy regulations in the Russian Federation'. Overall, Russia consists of 83 regions, which are all seen as equal. It is only the three different types of constitutionally guaranteed autonomous territories that have special entitlements: the federal re-

publics, the autonomous ‘okrugs’, and the Jewish Autonomous Oblast.

The federal republics, 21 in total, accommodate the titular nationalities, such as *e.g.* the Tatars or the Chechens, who are characterised by cultural and historical particularities. Examples of federal republics in Russia are *inter alia* Tatarstan (1992 Postanovlenie on sovereignty), North Ossetia-Alania (1995 Postanovlenie on republican citizenship), and Altai (2000 Postanovlenie on sovereignty). These federal republics have their own Constitution, own jurisdiction, an own national language, national symbolic attributes, and the possibility to regulate their relationship with the Federation on the basis of bilateral ties. The only treaty between such a federal republic and the Russian Federation is, however, the 2007 treaty with Tatarstan.

The autonomous ‘okrugs’ were set up in the homelands of indigenous peoples, with indigenous peoples referring to those who traditionally inhabit certain regions but who are numerically small, counting less than 50,000 individuals. There are only four autonomous ‘okrugs’, and three are included in oblasts as ‘composite subjects of the Russian Federation’. These ‘okrugs’ are included in the ‘krais’ or ‘oblasts’ with regard to their territory and their population, but otherwise remain independent subjects. The process is one of voluntary amalgamation, but still creates difficulties with regard to protecting indigenous communities. Finally, the Jewish Autonomous Oblast was set up in 1934 by Stalin to support the cultural, social, and economic development of Jewish minorities. The Jewish population is currently less than 1 %. Nevertheless, the region is preserved to maintain the cultural tradition. It receives economic support from the Russian Federation.

Generally, the regions with the highest degree of autonomy are the federal republics. However, treaties with these regions are always restricted by a certain time frame and are never continuous. Further, no region in the Russian Federation has real constitutive powers.

4.2. Georgia: South Ossetia and Abkhazia

Following this presentation, Dr. Ulla Pape from the IFHV presented the topic ‘Post Soviet approach to autonomy issues’, specifically in relation to Georgia. She started by emphasising the relationship between autonomy and ethnic conflicts, and that such was especially visible with regard to the South Caucasus. While granting autonomy rights to ethnic minorities is often seen as a means of conflict prevention and resolution, Dr. Pape claimed that in certain

circumstances, contentions about autonomy rights could also facilitate the escalation of ethnic conflicts. Thus, her central hypotheses were that autonomy can become a vehicle for conflict escalation and that autonomy alone can be too weak to be an effective means for conflict resolution. With regard to the case study Georgia, it is noteworthy, that the country comprises five different ethnic groups and has reached independence from the former Soviet Union in 1991. Ever since, it has been subject to political turmoil and a civil war, leading to the secession of two quasi-independent, non-recognised states, Abkhazia and South-Ossetia. These remain outside the Georgian jurisdiction and are *de facto* independent. In contrast, no violent conflict has so far broken out in the region of Adjara, most likely due to the ethnic homogeneity with Georgia. The main reason for ethnic conflicts within Georgia was the fact that after the dissolution of the Soviet Union, Georgia was first and foremost seen as a Georgian state, excluding non-Georgians from its self-definition. Furthermore, Abkhazia and South-Ossetia, in comparison to Georgia, never wanted to be independent from Russia and have always preferred staying within the Russian Federation.

The Georgian conflict can, according to Dr. Pape, be divided into five phases, reaching from the dissolution of the Soviet Union, to the outbreak of a violent conflict in 1991-1992, a frozen conflict from 1993-2008, a war in 2008, and the establishment of quasi-independence ever since. The levels of autonomy correspond to these phases and include inherited autonomy in the first phase, followed by contested autonomy structures, increasing autonomy during the frozen conflict, and finally *de facto* statehood. The principle of autonomy has been used by Abkhazia and South-Ossetia to mobilise ethnic groups, and is hence a vehicle for conflict escalation, providing for opportunities to conduct secessionist policies. All attempts at conflict resolution have so far failed and Dr. Pape concluded that autonomy rights alone are too weak to resolve the conflict. This is mainly due to the fact that there is not sufficient interest to pursue autonomy instead of the farther-reaching *de facto* independence.

5. Financial Issues, Federalism, and Autonomy

The last session of the day was entitled ‘Financial Issues and Federalism and Autonomy’ and featured three speakers.

5.1. Autonomy and State Practice

Dr. Gregor Schotten from the legal department of the German Federal Foreign Office

and former staff member of the IFHV gave a presentation on the topic of ‘Autonomy and State Practice’. His main introductory argument was that autonomy cannot be understood without understanding the principle of self-determination, which initially entered the world stage during the process of decolonisation. Dr. Schotten reasoned that the modern understanding of self-determination was much more difficult. At the center of this principle are the people, who invoke this right because they suffer from suppression in their state. He pointed out that an essential step before self-determination is always autonomy.

Dr. Schotten further elaborated that there is no universal practice with regard to implementing these principles and rights, and that state practice is very difficult to define, also due to its inherently political nature. Moreover, as international law primarily deals with states as main actors, the principle of sovereignty is the primary counterweight to self-determination and autonomy. The latter principles are hence often seen as an interference in domestic affairs and raise sensitive issues. Another example is the principle of recognition, with the practice of generally only recognising states and not governments. The speaker pointed out that autonomy is essentially a means to reconcile the opposing principles of self-determination and sovereignty.

With regard to the Kosovo case, Dr. Schotten referred to it as a *sui generis* example, limiting its applicability to other cases. He emphasised the fact that even the EU was split on the issue of recognising Kosovo. The special nature of this case was mainly due to the large and continued involvement of the UN and that it could not be regarded as an affirmation of existent state practice. Dr. Schotten regarded Western Sahara, in contrast to South-Ossetia, Abkhazia and Nagorno-Karabakh, as the one and only traditional internal law case, which is not yet solved, but in which self-determination may prevail one day.

5.2. The German Länderfinanzausgleich

Moving on to a different topic, Professor Pierre Thielbörger (IFHV) gave a presentation on ‘German federalism and finances’, focusing on the ‘Länderfinanzausgleich’. Germany, as a federal state, comprises, according to Article 20 (1) of its Constitution, 16 ‘Länder’, which operate on a wholly independent level of government with regard to their own legislation, taxes, and duties laid out in the Constitution. Article 107 (2) of the Constitution provides for ‘reasonable’ equalisation of the disparate financial capacities of the ‘Länder’, a so-called ‘Län-

derfinanzausgleich' (LFA). This LFA tries to align the revenues of the different 'Länder', with the purpose of creating and maintaining equal living conditions in Germany. To this end, two laws have been passed, the 'Maßstäbengesetz' and the 'Finanzausgleichgesetz', which are due to expire in 2019.

The uncertainty of the LFA after 2019 has sparked recent discussions in Germany, especially in those countries that are the principle 'givers', the so-called 'Geberländer'. The current situation is that while only three countries are 'giving', thirteen are 'receiving'. The money transfer is largely effected from South to North, with Bavaria, Hesse, and Baden-Württemberg providing money to other 'Länder', especially to Berlin. Criticism of this situation has comprised questions in relation to what is actually 'reasonable', whether it is fair that only three states pay, whether it is not unfair that one state receives almost everything, and if there should not be strict guidelines on what to spend the money on?

The Federal Constitutional Court of Germany considered this law as legal, but called for a better regulation and a limit on the amount transferred. Nevertheless, Bavaria and Hesse, not least due to upcoming elections on both the federal and regional level, have announced calling for a judicial review of the laws, as the current laws are not anymore in conformity with the Constitution. The initially envisaged five 'giving' countries have decreased to three, the financial support has been continuously rising, and it is technically possible for the 'Geberländer' to be poorer than the 'Nehmerländer' after equalisation. Nevertheless, as a reform of this law is planned in

2019/2020 anyways, it is unlikely that Bavaria's and Hesse's complaints will be successful.

5.3. Financial Equalisation in Finland and Åland

As a conclusion of the workshop, Professor Markku Suksi (Åbo) presented the topic 'Equalisation Amount and Other Funding Rules: Some Notes on Achieving Prosperity and Happiness for the Åland Islands'. He began by reiterating the League of Nations decision of 1921 in relation to Åland, which mentioned prosperity and happiness as main aims in addition to the autonomy arrangement. The Self-Government Act of 1920 introduced the possibility of collecting taxes on the islands. While tax laws in Finland underwent changes and the law in Åland did not, the latter had to be repealed in the 1920s and 1930s, which resulted in the application of the Finnish tax law by default and in the need for compensation of the disappearance of the regional tax law. The equalisation amount was determined by the Self-Government Acts in 1951 and 1991, and includes compensation for tasks that the state would otherwise have to maintain on the Åland islands and for the tax powers that the Åland legislature repealed in the 1920s and 1930s. The amount is determined in Section 46 and 47 of the Act, 0.45 % being the multiplying factor. The tax retribution is elaborated on in Section 49 and other budgetary transfers are mentioned in Section 48, such as the extraordinary grant as a compensation for infrastructure projects, and in Section 51, like the special subsidy, which has not been paid so far.

The Åland Islands, with 28,000 inhabitants, are a relatively well off region and their tax powers are laid out in Section 18, Paragraph 5 of the Act, comprising additional tax on income, provisional extra income tax, trade tax, amusement tax, and municipal tax. The islands are among the top 10 of the most prosperous regions of the EU, having a high employment rate, a high gross domestic product per capita, a large public sector, and practically no public debt. In May 2010, the Parliamentary Committee proposed a new Self-Government Act and in January 2013, the Parliamentary Committee in Finland recommended the drafting of a new act, which may enter into force by 2021. At the end of his presentation, Dr. Suski pointed out that such a new act could have the potential of creating a tax haven on the Åland Islands.

6. Final Remarks

Each of the presentations of this workshop engaged lively discussion throughout the day, which touched upon a variety of issues in relation to autonomy. In addition to the presentations, topics such as legal and political recognition, unilateral secessions, the creation of double-standards, autonomy as a process and a dialogue, the holding of referendums, and the financial dimension as an important part of autonomy considerations were discussed.

The workshop was attended by approximately 30 people, including speakers, staff members of the IFHV, and students of the Ruhr University Bochum. Overall, the day was seen as a great success by all participants and organising parties. A common publication containing the presentations is envisaged in the future. ■

The Khmer Rouge Tribunal and its Contribution to Transitional Justice, Diskussionsveranstaltung mit dem internationalen Co-Ankläger des Khmer-Rouge-Tribunals, Andrew Cayley, 26. Februar 2013 in Cambridge, USA

Sebastian Schliek / Elisa Hoven*

Die kambodschanische Gesellschaft wurde durch die vierjährige Schreckensherrschaft der Roten-Khmer, deren Regime zwischen 1975 und 1979 etwa 1,7 bis 2,2 Millionen Menschen zum Opfer fielen, stark erschüttert. Nach der Beendigung des sich anschließenden, jahrzehntelangen Bürgerkrieges konnte 2006 mit den Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC) ein hybrider Strafgerichtshof zur juristischen Aufarbeitung der Verbrechen gegründet werden. Aufgrund der besonderen inländischen Strukturen und des experimentellen Charakters des hybriden Modells sind mit dessen Umsetzung große Hoffnungen und Herausforderungen verbunden. Neben der Ahndung schwerster völkerrechtlicher Verbrechen sollte mit dem Gerichtshof ein entscheidender Beitrag zu den Zielen des Transitional-Justice-Prozesses in Kambodscha geleistet werden.

Am 26. Februar 2013 lud die Harvard Law School in Kooperation mit der Philipps-Universität Marburg Wissenschaftler aus unterschiedlichen Bereichen der Transitional-Justice-Forschung zu einer Diskussion über die Rolle der ECCC für den gesellschaftlichen Versöhnungsprozess und ein nationales capacity building ein.¹ Die aktive Beteiligung des interdisziplinär besetzten Publikums ermöglichte einen Austausch über Chancen und Schwierigkeiten des Modells auf höchstem Niveau. Eingeleitet wurde die Veranstaltung durch einen Vortrag von Andrew Cayley, dem britischen Co-Chefankläger an den ECCC.² Hieran schloss sich eine spannende roundtable discussion zur kontrovers diskutierten Frage der Opferbeteiligung in völkerstrafrechtlichen Verfahren an. Neueste Erkenntnisse der qualitativen und quantitativen Forschung gaben hierbei wichtige Impulse und regten zu einem intensiven Gedankenaustausch an.

Während der Begrüßungsrede wurden das gastgebende Institut und der Eröffnungssprecher Andrew Cayley vorgestellt. Die Harvard Humanitarian Initiative wurde 2005 als Zentrum für akademische Forschungsarbeit gegründet, um internationale Entwicklungsarbeit und den Schutz von Menschenrechten zu unterstützen. Die Harvard Humanitarian Academy hat es sich zum Ziel gesetzt, Akteure im Bereich der humanitären Hilfe und des Katastrophenschutzes aus- und weiterzubilden.

In seinem Vortrag erläuterte Cayley zunächst allgemein die Bedeutung von capacity building als Teilaufgabe für die Förderung von transitional justice und konkretisierte anschließend den Beitrag der ECCC zur Förderung von Gerechtigkeit in Kambodscha. Unter „capacity building“ wird der Aufbau von Wissen, beruflichen Fähigkeiten und soft skills durch Training, Ausbildung und Anstellung verstanden. Eine solche Entwicklungsförderung erfolgt auf drei Stufen: der individuellen, institutionellen und gesellschaftlichen Ebene.

Ausgehend von einer Problematisierung der unter Korruption, Demokratiedefiziten und Bildungsmangel leidenden Strukturen Kambodschas stellte Cayley die Eignung hybrider Gerichtsmodelle für Prozesse des capacity building heraus, an denen internationales und nationales Personal gemeinsam arbeitet. Auf individueller Ebene können die kambodschanischen Mitarbeiter am Gericht wichtige Kompetenzen für die Umsetzung komplexer Strafverfahren erwerben. Auf institutioneller Ebene profitiert insbesondere das Justizsystem durch die Ausbildung kambodschanischer Juristen an den ECCC und deren anschließende Integration in nationale Organisationen. Auf gesellschaftlicher Ebene trägt der Gerichtshof dazu bei, die jungen Generationen über die Verbrechen der Roten Khmer aufzuklären, Wissenszugänge zu schaffen und den gesellschaftlichen Austausch anzuregen. Hierfür wurden umfassende Outreach-Programme aufgebaut. Auch das internationale neue Konzept, Opfer als dritte unabhängige Partei (civil parties) am Verfahren zu beteiligen, hat dazu beigetragen, Aufmerksamkeit zu wecken und den Betroffenen ein Forum für die Verarbeitung ihrer Erlebnisse zu bieten. Cayley resümierte, dass es trotz berechtigter Kritikpunkte und Optimierungsmöglichkeiten kein effektiveres Modell gebe, um capacity building auf allen drei Ebenen zu unterstützen. Darüber hinaus konnten die ECCC das Vertrauen der kambodschanischen Bevölkerung in ein funktionierendes Justizsystem stärken. Die Erschließung neuer finanzieller Ressourcen zur Unterstützung des hybriden Gerichts ist entscheidend, um seine Funktionsfähigkeit zu erhalten und die begonnenen Maßnahmen des capacity building erfolgreich fortzuführen.

Nach einer ausführlichen Diskussion über die Bedeutung internationaler und hybrider

Gerichte für Prozesse der transitional justice folgte eine von Dr. Patrick Vinck (Harvard University) moderierte roundtable discussion zur Opferbeteiligung an den ECCC. Andrew Cayley, Dr. Elisa Hoven, Mareike Feiler, Saskia Scheibel (alle Universität Marburg, Forschungs- und Dokumentationszentrum für Kriegsverbrecherprozesse), Dr. Partick Kroker und Dr. Phuong Pham (Harvard Humanitarian Initiative) nahmen an diesem Meinungsaustausch teil. Die rechtlichen Grundlagen der umstrittenen Opferbeteiligung wurden von Kroker einleitend erläutert. Im ersten verhandelten Fall (Case 001) hatte jedes Opfer die Möglichkeit, sich vor Gericht von einem Anwalt vertreten zu lassen. Dies führte in der Praxis dazu, dass vier verschiedene Civil Party Teams mit insgesamt acht Anwälten an den Verfahren beteiligt waren. Im zweiten verhandelten Fall (Case 002) kam es zur Abschaffung individueller Beteiligungsrechte zugunsten einer kollektiven Partizipation. Auf diese Weise werden fast 4.000 Opfer durch zwei Lead Co-Lawyer im Verfahren repräsentiert. Hoven bemerkte, dass interviewte Richter und Ankläger an den ECCC dem Modell einer Nebenklagebeteiligung skeptisch gegenüberstanden. Cayley teilte den bei der Befragung entstandenen Eindruck, dass die Arbeit der Opferanwälte aufgrund ihrer mangelnden Koordination sowie den hierdurch bedingten Verzögerungen kritisch gesehen wurde.

Nachdem Vorzüge und Nachteile der Opferpartizipation für ein internationales Strafverfahren erörtert wurden, richtete sich die Diskussion auf die Bedeutung der

* Sebastian Schliek, Doktorand, Universität zu Köln und Dr. Elisa Hoven, Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Institute for International Peace and Security Law, Universität zu Köln.

¹ Im Internet abrufbar unter: <http://www.humanitarianacademy.harvard.edu/february-26th-academy-lecture-series-khmer-rouge-tribunal-and-its-contribution-transitional-justice> (27. Februar 2013).

² Andrew Cayley ist der internationale Co-Chefankläger an den ECCC. Cayley war zuvor am Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (International Criminal Court for the former Yugoslavia, ICTY), dem Internationalen Strafgerichtshof sowie dem Sondergerichtshof für Sierra Leone (Special Court for Sierra Leone, SCSL) tätig.

Beteiligungsmöglichkeit für die Opfer. Wissenschaftler der Universitäten Berkeley, Harvard und Marburg stellten die Ergebnisse ihrer empirischen Forschungsprojekte dar, die eine kritische Haltung der Opfer gegenüber der bisherigen Verfahrenspraxis offenbaren. Diese resultiert zum einen aus der beschriebenen Beschränkung der Beteiligungsrechte während des laufenden Verfahrens. Darüber hinaus machte Feiler auf die unerfüllte Erwartungshaltung aufmerksam, individuelle Kompensationen in Form von Geldleistungen durch eine Verfahrensbeteiligung zu erhalten. Pham bemerkte, dass laut quantitativer Studien das Hauptmotiv der Opfer an einer Verfahrensbeteiligung das Erreichen von Gerechtigkeit sei. Hieraus leitet sie die These ab, ein materielles Interesse sei nachträglich durch die Einflussnahme von Nichtregierungsorganisationen (NGOs³) und Anwälten geweckt worden. Dem entgegnete Scheibel mit einem Hinweis auf beachtens-

werte Unterschiede im Begriffsverständnis von „Gerechtigkeit“. Die qualitative Befragung kambodschanischer Civil Parties ließ ein Gerechtigkeitsverständnis erkennen, wonach Unrecht insbesondere durch finanzielle Entschädigungen kompensiert werden kann.

Vortrag und Diskussion ermöglichten durch die Beteiligung interdisziplinärer Experten aus Theorie und Praxis einen konstruktiven Austausch über Chancen und Schwierigkeiten der internationalen Strafgerichtsbarkeit für transitional justice und Opfergerechtigkeit. Wichtige Impulse für die Diskussion gingen von neuen qualitativen Forschungsergebnissen aus, deren Veröffentlichung durch die Universität Marburg in Kooperation mit der Harvard University Mitte 2013 erfolgen wird.

Die Einsetzung eines hybriden Tribunals und die Möglichkeit einer aktiven Opferbeteiligung bieten Foren zur Auf- und Verarbeitung der traumatisierenden Ereignisse in

Kambodscha. Die Zielstellungen des Verfahrens sowie der Umfang prozessualer Beteiligungsrechte müssen jedoch vor Verfahrensbeginn eindeutig und realistisch gestaltet werden. Durch ein klares Erwartungsmanagement können Enttäuschungen vermieden und ein effektiverer Prozessverlauf gewährleistet werden. Es bleibt, auf eine Behebung der finanziellen Nöte des ECCC zu hoffen, damit dieser auf verschiedenen Ebenen seine gewinnbringende Arbeit fortsetzen kann.

Die Diskussion über die Integration von Opfern in internationale Strafverfahren soll im Rahmen zweier Folgeveranstaltungen an der Stanford University im Herbst 2013 sowie Ende 2013 an der Philipps-Universität Marburg fortgesetzt werden. ■

³ NGO = non-governmental organisation.

Klaus Bachmann / Thomas Sparrow-Botero / Peter Lambertz, When Justice Meets Politics: Independence and Autonomy of Ad Hoc International Criminal Tribunals, Studies in Political Transition, Volume 2, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main 2013, 404 Pages, 59,95 €

Isabel Düsterhöft*

In ‘When Justice Meets Politics: Independence and Autonomy of Ad Hoc International Criminal Tribunals’ Klaus Bachmann, Thomas Sparrow-Botero and Peter Lambertz analyse the interplay between international criminal tribunals (ICTs), their agenda-setting power and autonomy, and the power politics of states. They do so in 385 pages by using the examples of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR).

The authors have different backgrounds and varying approaches to the issue, which are clearly represented in the chapters. Bachmann is Professor of Political Sciences at the University of Warsaw, Sparrow-Botero is a journalist and translator and Lambertz is a Ph. D. candidate at the Africa Institute at the University of Leipzig. In approaching their main aim, namely to “evaluate the degree of autonomy and the actorness of *ad hoc* international criminal tribunals”,¹ they introduce their research by emphasising and explaining the special nature of ICTs. As instru-

ments of international justice rather than being embedded in a traditional and stable legal system, ICTs differ considerably from municipal courts. In this respect, the authors rightly point out that those tribunals have been created by states, alliances of states or international organisations, which implies a dependence on power politics and political influences.

Subsequently, the authors provide a short overview of the history of international tribunals, from Nuremberg to the ICTY and ICTR. They highlight that both, the ICTY and the ICTR, are financially supported by the United Nations (UN) and – to some extent – also by governments and non-governmental organisations (NGOs). Due to employing international prosecutors and judges from all over the world and due to operating outside their territorial jurisdiction, they are deemed as “formally far more independent” than their predecessors.² However, the authors also do not fail to mention that both tribunals have been accused of victor’s justice and of being instruments of political superpowers. By highlighting these particularities, the core topic

of the book is introduced, namely the autonomy, independence and impartiality of ICTs. In this respect, the introductory chapter also mentions that frequent points of criticism are that at the ICTR all accused are of Hutu descent, that the temporal jurisdiction of the ICTR is too narrowly restricted, that comparatively more Serbs than members of any other ethnicity were indicted at the ICTY and finally, that at the ICTY an acquittal of a Serb or Albanian from Kosovo is less likely than of members of other ethnicities.

At the end of the introduction and as a transition to the main subject matter of the

* Isabel Düsterhöft, LL. M. is a candidate for the M. A. Peace and Security (2013) at the Institute of Peace Research and Security Policy at the University of Hamburg and an intern at the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict (IFHV) at the Ruhr University Bochum.

¹ K. Bachmann *et al.*, *When Justice Meets Politics: Independence and Autonomy of Ad Hoc International Criminal Tribunals*, Frankfurt am Main 2013, p. 21.

² *Id.*, p. 13.

book, the authors highlight the importance of international relations in examining whether ICTs act as agents or principals in the process of shaping and changing states' preferences and of creating and enforcing norms. To determine whether international tribunals are capable of launching own political initiatives and of achieving results, which are contrary to those preferred by states, the authors divided their comprehensive book into three main chapters.

Part I: The ICTY's Role in Serbia's and Croatia's EU Accession – an Agent or a Principal of Europeanisation

The first part of the book, entitled 'The ICTY's Role in Serbia's and Croatia's EU Accession – an Agent or a Principal of Europeanisation', analyses the process of decision-making between the European Union (EU) and its member states on the one hand and the ICTY's policy towards the applicant countries Serbia and Croatia on the other hand.

To arrive at an answer to the question of whether and in which situation the ICTY was able to act as a principal and when it merely acted as an instrument of the EU and the process of Europeanisation, the authors first consulted documents of the Council of Europe and the European Commission in relation to Serbia and Croatia's accession published between 1997 and 2011. The purpose is to determine where and when shifts in the EU's policy towards Croatia and Serbia's obligation to comply with the ICTY occurred. These policy shifts are then examined in the second part of the first chapter, using both primary (interviews) and secondary sources (books, reports, essays etc.). At the heart of the analysis is the EU's request for 'full cooperation' with the ICTY as a condition for EU accession.

A general conclusion to the chapter is that "the ICTY influenced an EU decision the most when it spelled out as much as possible what type of cooperation it wanted",³ filling the concept of 'full cooperation' with a clear and achievable content. The most famous examples used are those of the arrests of Ante Gotovina and Ratko Mladi. However, the authors also arrived at the conclusion that when the internal politics of the applicant countries transgressed national borders and resulted in a policy shift on EU level, or when internal dynamics at the EU prevailed, the ICTY conditionality was pushed into the background, rendering the ICTY a mere agent and no principal. This relationship has been strategically used by both Croatia and Serbia who have delayed or blocked assistance to gain benefits from the EU. After all, as the

authors rightly point out, the ICTY is dependent on the assistance of states in fulfilling its mandate. It also becomes clear that the term 'full cooperation' has been laid out and interpreted differently. The authors describe the situation as follows: the "EU rewards are the carrot and the withholding of benefits is the stick",⁴ making conditionality generally an effective tool. This is different in the case of the ICTR, which lacked a strong regional organisation and struggled with non-cooperative states.

Part II: External Influences on Judging at International Criminal Tribunals

The second chapter of the book, 'External Influences on Judging at International Criminal Tribunals', focuses on tracing external influences by applying the concept of 'framing', most commonly known in media-analytical sciences. The authors examine whether and in how far popular narratives about the conflicts at hand are accepted, ignored or rejected by judges at the ICTs.

The authors point out that judges at ICTs enjoy a much larger leeway and broader mandate than municipal judges and that the process is characterised by increased flexibility and autonomy. Nevertheless, as judges are human beings, they are also subject to personal beliefs, convictions, stereotypes and ideologies as well as the influence of the media, powerful governments and NGOs. This can result in bias and prejudice, which, according to the authors, had greater impacts on the ICTR prosecutors and judges who were more open for outsider knowledge. While the ICTR trial chambers were more prone to influence by the media and NGOs, the ICTY was rather influenced by the prosecution, outsiders, defence counsel and experts. Moreover, due to their increased flexibility and the flat hierarchy, international judges are much more likely to act as legislators and innovators than their municipal counterparts, also due to the weakness of external restraints. To underpin these statements, the authors introduced four case studies relating to events in Rwanda and the former Yugoslavia.

The ICTR case *Prosecutor v. Akayesu* is, according to the authors, one of special importance, as it illustrates the trial chamber acting as an "institutional extension"⁵ of international human rights organisations and media. Although this case remains the exception to the rule, the chapter shows that ICTs are certainly dependent on state cooperation in their "hunt for extraditions".⁶ Moreover, statements claiming that international judges are more inclined to believe Western expert witnesses, that greater

weight is attached to prosecution witnesses than to defence witnesses and that public opinion plays a role in the rendering of a verdict, are critically examined. The extent to which trial chambers are influenced by human rights organisations, media and/or Western expert witnesses may not be generalised and is case-specific, portraying considerable variances among different cases. Overall, the authors conclude that the ICTY relied less on the cooperation of states as it received support from the UN, EU and North Atlantic Treaty Organization (NATO), while the ICTR continuously struggled with access to the Rwandan territory. Furthermore, public pressure and institutional interests generally played a greater role for the ICTR than for the ICTY.

Part III: Politicizing Tribunals? Reconciliation in Sentencing and Judging at the ICTR and the ICTY

The third and final part of the book, 'Politicizing Tribunals? Reconciliation in Sentencing and Judging at the ICTR and the ICTY', analyses whether judges are solely concerned with the objective of justice or whether the notion of reconciliation plays a role in issuing indictments, verdicts and the decision-making of ICTs.

Reconciliation belongs to the realm of politics and includes non-legal tasks, mainly enshrined in the mandates of the UN Security Council and General Assembly. The main question is how tribunals can simultaneously and successfully do justice and punish perpetrators as well as contribute to maintaining peace and providing reconciliation. In this respect, acquittals and plea bargains are given special consideration. Furthermore, the outreach functions of the tribunals are analysed. With regard to those, the authors mention their late establishment (ICTY 1999, ICTR 2000) and their comparatively small role in the workings of the ICTs.

Overall, while reading this chapter it becomes clear that 'reconciliation' is a term, which is not characterised by a unified meaning, providing for room and flexibility in its interpretation. While Security Council Resolution 955 in relation to the establishment of the ICTR clearly outlines the "process of national reconciliation" and the "restoration and maintenance of peace" as goals of the tribunal, Resolution 827 does not attribute such a task to the ICTY. The subsequent Resolution in 2004 (1534)

³ *Id.*, pp. 96 f.

⁴ *Id.*, p. 102.

⁵ *Id.*, p. 272.

⁶ *Id.*, p. 273.

mentions the notion of reconciliation with regard to the ICTY but also does not formally impose it as a task on the ICTY. In line with this, the majority of the judgments at the ICTY make no mention of ‘reconciliation’, strictly retaining the focus on prosecuting, judging and punishing. Nevertheless, in comparison to the ICTR, which is formally bound to the notion of reconciliation, it was still the ICTY, which, according to the authors, more frequently referred to ‘reconciliation’ in its trial and appeals chamber judgments.

As a final conclusion to this chapter, the authors emphasise that the notion of ‘reconciliation’ played hardly any role in the judgments rendered and if was used to justify milder or tougher verdicts. Overall, goals like retribution, punishment, satisfying victims and deterrence are seen of greater importance at the ICTs, pushing the perpetrator-centred concept of reconciliation into the background.

In their overall conclusion, the authors once again highlight that their study has shown that ICTs are important actors in international relations but no supranational ones. They act independently, can change state preferences and can interfere with sovereign rights of states. Despite all this, they certainly do depend on the infrastructure and cooperation of states. Therefore, they “are more than just instruments of justice; they are important players on the international scene”,⁷ inclined to engage in power politics, political games and bargaining, exposing them to external influence. Finally, international judges are not more or less independent than municipal ones, but are

entrusted with the role to act in the ‘interest of justice’.

The authors already mention in the introduction that the purpose of this book, which undisputedly touches upon emotional, moral and political issues, is not “to pass judgment”, to “evaluate individual or collective actions of human beings in moral or legal terms”, or to “side with or against an actor”.⁸ Indeed, it is important to keep in mind that this book merely provides a first insight into the interplay between justice and politics in the case of ICTs and evaluates their autonomy and interdependence with regard to this. Despite trying to avoid judgment, the authors could have been more critical at times and better illustrated the drawbacks and negative influences that political power plays can have on the correct, fair and expedient administration of international justice.

As the authors correctly point out, the ‘novelty’ of this book and certainly its unique feature lies in the use of additional research material gained by primary research in the form of more than 20 interviews conducted. This provides for an exclusive insight with descriptive examples and an interesting read. Nevertheless, it must be kept in mind that the statements and claims made by the authors are tribunal and case-specific and may not be generalised.

The book further profits from the interdisciplinary approach to the issue, also reflected in the authors’ backgrounds. It highlights that ICTs are not institutions that are merely subjected to (international) legal standards, but also to political considerations and the wider historical and institu-

tional context. In pursuing their main aim, namely to evaluate the autonomy, independence and actorness of the ICTs, the authors apply an innovative and effective research approach.

Formal points of criticism are that the book is repetitive in certain chapters, repeatedly emphasising the same – albeit crucial – points. Furthermore, the abbreviations ICTY and ICTR are mixed up at times and spelling mistakes can be found in the text as well as in the table of contents. Finally, the list of interviewees is incomplete and in parts incorrect with regard to the cases interviewees worked on.

Overall, the book would have profited from more conciseness and elaboration on the critical perspectives in relation to the interplay of politics and justice at ICTs. Another suggestion would be the inclusion of a chapter on lessons learned, with regard to the workings of subsequent tribunals and courts.

Still, this book offers a unique insight into the highly relevant research of the convergence of politics and justice on the level of international law and provides many stimuli for further discussion and critical questions. Due to its focus on ICTs and the descriptive examples used, it rightly avoids the claim of generalisability and at the same time, provides for a compelling and vivid read. ■

⁷ *Id.*, p. 385.

⁸ *Id.*, pp. 20 f.

Tom Haeck, *Armed Conflict, International Disturbances or Something Else? The Lower Threshold of Non-International Armed Conflict*, Lambert Academic Publishing, Saarbrücken 2012, 132 Seiten, 59 €

Sven Peterke*

Die in den Politik- und Sozialwissenschaften bereits vor einiger Zeit entfachte Diskussion über die „neuen Kriege“ beschäftigt zunehmend auch die Völkerrechtswissenschaft. Juristen interessiert unter anderem die Frage, ob auf die mit diesem schillernden Terminus bezeichneten Konfliktlagen das moderne Kriegsrecht anwendbar ist – und welche Konsequenzen dies hätte. Angesichts eines nur rudimentär ausgebildeten völkerrechtlichen Begriffs des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts ist dies unklar. Tom Haeck fasst insoweit das Grundsatzproblem im Titel seiner Arbeit bündig zusammen, indem er fragt, ob es sich bei den zu untersuchenden Fällen um bewaffnete Konflikte, innere Unruhen oder eben „etwas anderes“ handelt. Mit anderen Worten: Können beziehungsweise sollen Szenarien wie Mexikos „Drogenkrieg“, der „Krieg gegen Terror“ oder die Gewaltausbrüche in Kirgistan als nicht-internationale bewaffnete Konflikte aufgefasst werden – oder handelt es sich um Phänomene, die sich mit den hergebrachten Kategorien des humanitären Völkerrechts nicht adäquat erfassen lassen? Mary Kaldor hat vor einiger Zeit prophezeit, dass die „neuen Kriege“ zu einer Überlappung der Aufgaben von Militär und Polizei führen würden, und angeregt, einen neuen Typ von Soldat und Polizist in einem zu schaffen. Dieser Vorschlag ist bereits von einigen Staaten umgesetzt worden, so dass die Trennlinie zwischen militärischer und polizeilicher Gewalt weiter verwischt worden ist.

Haeck stellt eingangs zu Recht fest, dass die traditionelle Zurückhaltung von Staaten, interne Gewaltsituationen als bewaffnete Konflikte anzuerkennen, derzeit ebenfalls einem Aufweichungsprozess zu unterliegen scheint. Insoweit ist zu fragen, ob dies in redlicher Absicht (*bona fide*) geschieht, oder ob nicht vielmehr bestimmte politische Interessen Regierungen dazu veranlassen, ihnen das „Label“ eines bewaffneten Konfliktes aufzudrücken, zum Beispiel um die strikte und umfassende Geltung verfassungs- und menschenrechtlicher Standards zu lockern. Da diese Frage nicht abstrakt beantwortet werden kann, zieht der Verfasser die drei oben bezeichneten „Kandidaten“ als Fallstudien heran.

Haeck muss jedoch zunächst darlegen, welchen rechtlichen Prämissen er der Analyse zugrunde legt. Daher behandelt er unter

dem Stichwort „theoretical framework“ (S. 3-33) den Begriff des nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes, wie er auf der Grundlage der kargen Vorgaben des kodifizierten Völkerrechts von Rechtsprechung und Wissenschaft gedeutet wird. So gelangt er schließlich zu den gemeinhin anerkannten Grundelementen des bewaffneten Konflikts – Intensität und Organisation – sowie zu den Indikatoren, die der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien in seiner Rechtsprechungspraxis benutzt. In diesem Grundlagenteil, in dessen Rahmen auch eine Negativabgrenzung durch Bestimmung des (ebenfalls) unscharfen Begriffs der „inneren Unruhen und Spannungen“ stattfindet, wird nicht versucht, herauszuarbeiten, ob einzelne der ins Feld geführten Kriterien als zwingend beziehungsweise verzichtbar angesehen werden können. Indes geht es dem Verfasser auch nicht um eine kritische Würdigung des (unbefriedigenden) *status quo*, als vielmehr darum, aufzuzeigen, dass der Begriff des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts nach wie vor in hohem Maße klärungsbedürftig und deshalb flexibel interpretierbar ist.

Die drei Fallstudien sollen dies belegen. Auf lediglich 23 Seiten (S. 38-60) werden die gewaltsamen Auseinandersetzungen in Mexiko und Kirgistan sowie der „Krieg gegen den Terror“ nicht nur dargestellt, sondern auch rechtlich bewertet. Im Hinblick auf letzteren Konflikt wird die im Titel erwähnte Frage nach einem neuen Konflikttypus, der mit den herkömmlichen Kategorien nicht adäquat erfasst werden kann, kurz behandelt. Es fragt sich, ob durch solch knappe Darstellung und Analyse der Komplexität der drei Situationen hinreichend Rechnung getragen worden ist. Manch einem mag der Eindruck entstehen, dass hier eine etwas gründlichere Sachverhaltsarbeit und eine etwas minutiösere rechtliche Würdigung wünschenswert gewesen wären. Dies hätte der Arbeit möglicherweise eine höhere Wertigkeit gegeben. Mit dem Nachweis der flexiblen Handhabbarkeit des geltenden Begriffs des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts gelangt Haeck zum Herzstück seiner Arbeit, der Frage, ob es überhaupt wünschenswert ist, die besprochenen Fälle als bewaffnete Konflikte zu klassifizieren (S. 61-91). Hierbei differenziert er folgerichtig zwischen

der staatlichen und der humanitären Perspektive. Dies gelingt ihm in ansprechender Weise. Während freilich auf der einen Seite die Befürchtung einer rechtlichen und politischen Aufwertung des nicht-staatlichen Akteurs hervorsteht, kann auf der anderen Seite die Anerkennung eines innerstaatlichen bewaffneten Konflikts gewaltsame Maßnahmen legitimieren, die zu Friedenszeiten unzulässig, weil unvereinbar mit rechtsstaatlichen Grundsätzen wären. Obwohl heute anerkannt ist, dass die notstandsfesten Menschenrechte auch im Kriege gelten, ist ebenfalls relativ unstrittig, dass das humanitäre Völkerrecht im Grundsatz die spezielleren Regeln zur Verfügung stellt. Somit gilt beispielsweise, dass Personen, die direkt an Kampfhandlungen teilnehmen, trotz des Rechts auf Leben aus militärischer Notwendigkeit attackiert und gegebenenfalls getötet werden dürfen. Dies ist freilich unter strikter Geltung rechtsstaatlicher Standards nicht möglich und mag mancher Regierung in der Tat ein Anreiz sein, das Kriegsrecht zu verhängen. Gleichzeitig bedeutet die Existenz eines nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes aber auch, dass Kriegsverbrechen begangen werden können und somit die internationale Strafgerichtsbarkeit leichter eingeschaltet werden kann. Dies mag in manchen Situationen durchaus zur Herstellung individueller Verantwortlichkeit wünschenswert sein. Zudem haben internationale humanitäre Organisationen ein klarer definiertes Mandat unter dem Recht der bewaffneten Konflikte. Andererseits kann die Anwendbarkeit dieses Sonderrechtsregimes eine Gewalteskalation bewirken und kriminelle Gruppen dazu veranlassen, ihre Taten als Kriegshandlungen zu deklarieren.

Haeck beobachtet zutreffend, dass die oftmals bestehende Rechtsunsicherheit bei der Einordnung von Graubereichssituationen auch auf den Mangel einer unabhängigen Feststellungsinstanz zurückzuführen ist. Anerkannt ist zwar, dass internationale Strafgerichte zur Feststellung von Kriegsverbrechen bei dieser Frage anzusetzen haben. Doch mahlen die Mühlen der Justiz

* Dr. iur. Sven Peterke, M. A. ist Professor für Völkerrecht an der Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Brasilien.

bekanntlich langsam. Regelmäßig ergehen ihre Entscheidungen erst nach Beendigung der Feindseligkeiten. Nicht viel schneller sind die Organe des internationalen Menschenrechtsschutzes. Hier ist zudem strittig, inwieweit sie zur Anwendung des humanitären Völkerrechts befugt sind. Auf der Suche nach einer Autorität, die dieser Situation abhelfen könnte, bringt der Verfasser schließlich die Expertise des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz (IKRK) ins Spiel. Zwar erkennt er, dass entsprechende Stellungnahmen ein Problem für das Neutralitätsgebundene Mandat

des IKRK darstellen können. Doch hätte deutlicher herausgearbeitet werden können, dass die bestehende Rechtsunsicherheit eben gerade auch das IKRK vor große Herausforderungen in der Praxis stellt. Sein Mandat ist bekanntlich primär im humanitären Völkerrecht verankert, setzt also einen bewaffneten Konflikt voraus, dessen Vorliegen in den behandelten Fällen unklar ist.

Im abschließenden Teil (S. 92-98) überträgt Haecck die abstrakten Erwägungen auf die behandelten Fälle und kommt zu dem Ergebnis, dass unter dem Strich große Vor-

sicht dabei geboten ist, vorschnell für die Existenz eines nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes zu plädieren. Dem ist aus Gründen des Opferschutzes im Allgemeinen beizupflichten. Indes fällt auch dieser Analyseteil recht knapp aus, so dass der Eindruck entsteht, dass dem Autor am Ende seiner Arbeit ein wenig „die Luft ausgegangen ist“. Die Kürze der Publikation erklärt sich im Übrigen aber auch daraus, dass Haecck seine Masterarbeit aus dem Jahre 2010 veröffentlicht hat. Wie er im Vorwort erklärt, hat er davon abgesehen, sie zu überarbeiten und zu ergänzen. ■

Sandesh Sivakumaran, The Law of Non-International Armed Conflict, Oxford University Press, Oxford 2012, 696 Seiten, 119,99 €

Sven Peterke*

Die Anzahl an systematischen Darstellungen des Rechts des nicht-internationalen Konflikts verhält sich seit geraumer Zeit umgekehrt proportional zu der tatsächlichen und theoretischen Bedeutung dieses *corpus iuris*. Was das vergangene Jahrzehnt betrifft, so kann im Grunde genommen lediglich auf Lindsay Moirs „The Law of Internal Armed Conflict“ verwiesen werden, das im Jahr 2002 bei Cambridge University Press erschien.

Oxford University Press hat nunmehr reagiert und mit dem an der Universität von Nottingham lehrenden Sandesh Sivakumaran einen der hochkarätigsten Vertreter der jüngeren Forschergeneration unter Vertrag genommen, die sich auf das humanitäre Völkerrecht spezialisiert hat. Er legt ein fast 700 Seiten starkes Traktat vor, das – dies sei vorweggenommen – die seit seiner Ankündigung gehegten Erwartungen erfüllt, ja sogar übertrifft.

Bereits in der Einleitung ist Sivakumaran darum bemüht, die verbreitete Sichtweise aufzubrechen, das sich das Recht des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts an den Standards seines „großen Bruders“, dem Recht des internationalen bewaffneten Konflikts, zu orientieren und zu messen habe (Seite 2). Er spielt hiermit in erster Linie auf die Besonderheit an, dass es hier nicht um Regeln und Prinzipien geht, die zwischen souveränen Staaten als primären Völkerrechtssubjekten gelten, sondern zwischen staatlichen und nicht-staatlichen Konfliktparteien, wobei letztgenannte Akteure weder über einen gesicherten interna-

tionalen Rechtsstatus noch über eine vergleichbare Legitimität verfügen. Wer sich also dem Recht des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts auf der Grundlage der traditionellen Lehre von den Quellen und Subjekten der Völkerrechts zuwendet, der verharrt regelmäßig in allzu staatenzentristischen Erwägungen – und zwar mit der Konsequenz, einer Vielzahl von Dokumenten, Praxen und Überzeugungen die rechtliche Relevanz abzuspüren. Sivakumaran bezweifelt zu Recht, ob hiermit der besonderen Natur dieses Rechtsgebiets in adäquater Weise entsprochen werden kann und erklärt es daher für notwendig, sich auch jenen Beiträgen zu seiner Entstehung und Implementierung zuzuwenden, die auf nicht-staatliche Konfliktparteien zurückgehen. Der Verfasser hat die Chuzpe, als Ziel seines Werkes die „Überprüfung konventioneller Weisheiten“ zu nennen (Seite 5), die gemeinhin über dieses Rechtsregime verbreitet werden.

Es ist insoweit folgerichtig, dass Sivakumaran den ersten des in drei Teile gegliederten Werkes der Regulierung nicht-internationaler Konflikte widmet (Seite 9-154). Dort belegt er, dass *ad hoc*-Abmachungen zwischen Staaten und bewaffneten Gruppen eine nicht unbeachtliche, aber oftmals von der Wissenschaft übersehene Praxis darstellen. Er zeichnet sodann in zwei Kapiteln instruktiv nach, dass die systematische Regulierung nicht-internationaler bewaffneter Konflikte durch multilaterale Abkommen zwischen Staaten in den vergangenen Jahrzehnten kaum nennenswert vorange-

schritten ist und somit die wichtigsten Impulse zur Weiterentwicklung dieses Rechtsgebietes von Rechtsprechung und Lehre ausgingen. Dies geschah bekanntlich in erster Linie im Wege der Analogie zum Recht der internationalen bewaffneten Konflikte sowie auf der Grundlage des Völkerstrafrechts und des internationalen Menschenrechtsschutzes. Sivakumaran geht es in diesem Abschnitt vor allem darum, die Grenzen und Begrenztheit dieser Ansätze deutlich werden zu lassen. Dies gelingt ihm anhand einiger Beispiele, die ihn zu der Schlussfolgerung veranlassen, dass bei aller Suche nach Gemeinsamkeiten der Blick für die Unterschiede von zwischenstaatlichen Kriegen und innerstaatlichen bewaffneten Auseinandersetzungen zu sehr eingetrübt worden sei (Seite 99). Dies sei insoweit abträglich, als die besondere Leistung, die das Recht des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts zu erbringen habe, wie bereits eingangs betont, die effektive Inpflichtnahme des nicht-staatlichen Akteurs sei.

Es wirkt fast schon als Provokation gegenüber dem völkerrechtlichen Mainstream, wenn der Verfasser die Bedeutung von Völkervertragsrecht und Gewohnheitsrecht auf lediglich sechs Seiten abhandelt, um sich dann auf über 40 Seiten (Seite 107-151) den „less traditional ‘sources’“ zu widmen:

* Dr. iur. Sven Peterke, M. A. ist Professor am Centro de Ciências Jurídicas der Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Brasilien.

„The developments that have taken place, at both the conventional and customary level, have been largely statist in character and there has been little practice by non-state actors in the development of the law. As a consequence, at least one half of these actors involved in non-international armed conflict did not participate in the formation of the relevant rules.“ (Seite 107) Es folgt ein Appell für die wissenschaftliche Berücksichtigung des zur Verfügung stehenden Materials, freilich in Anerkennung des Umstands, dass es kritisch zu würdigen und hinsichtlich seiner normativen Aussagekraft oftmals beschränkt sei. Auf der anderen Seite informiere es in einer Vielzahl von Fällen in tauglicher Weiser darüber, welche Normen aus welchen Gründen auch immer vom nicht-staatlichen Akteur akzeptiert oder eben abgelehnt werden. Der Verfasser ist sich dabei völlig bewusst, dass er hiermit in letzter Konsequenz auch für einen neuen methodologischen Ansatz bei der Analyse des Rechts nicht-internationaler Konflikte plädiert. Dieses Plädoyer ist dem Schlussteil vorbehalten.

Zunächst dokumentiert der Verfasser die beachtliche Fülle von Materialien, die sich als *ad hoc*-Pflichtübernahmen (commitments) durch bewaffnete Gruppen qualifizieren lassen und nicht selten praktische Bedeutung zu entfalten vermochten: unilaterale Erklärungen; bilaterale Abkommen nicht nur unter den Konfliktparteien, aber auch mit den Vereinten Nationen (VN) und Nichtregierungsorganisationen (NGOs); trilaterale Abkommen, an denen sowohl die Konfliktparteien als auch Drittparteien beteiligt sind, Verhaltenskodizes; zudem eine Reihe von innerorganisatorisch verbindlichen Akten sowie eine nationale Gesetzgebung. Ihr systematischer Nachweis mag eines der besonderen Verdienste dieses Werkes sein, da hiermit belegt ist, dass zukünftige Analysen des Rechts des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts breiter angelegt sein sollten.

Der zweite Teil des Buches gilt dem „Substantive Law of Non-International Armed Conflict“. Mit über 350 Seiten (Seite 155-513) handelt es sich um den Hauptteil der Untersuchung. Er beginnt mit einem fast 60 Seiten starken Kapitel über „Identifying a Non-International Armed Conflict: Armed Conflicts and Internal Tensions and Disturbances“, in dem zunächst – zu Recht – dem „non-definition approach“ eine Absage erteilt wird, da es sonst zu sehr in den Händen der Konfliktparteien läge, das Bestehen eines solchen Konfliktes zu behaupten oder zu negieren. Zudem drohten gerade im Hinblick auf niedrigschwellige Auseinandersetzungen, fundamentale völkerrechtliche Grenzziehungen verwischt zu werden. Sivakumaran findet klare Worte, wenn er kritisiert (Seite 162): „Accordingly, it

is difficult to agree with the exhortation in the ICRC [International Committee of the Red Cross] Commentaries, subsequently adopted by various courts and tribunals, that common Article 3 should be applied ‘as widely as possible’ including in situations of banditry“.

Es folgt die detaillierte Darstellung und Untersuchung der beiden Grundelemente eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts: das Intensitäts- und das Organisationserfordernis. Dabei wird vor allem die Brauchbarkeit und Interdependenz jener Indikatoren diskutiert, die vom Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien entwickelt wurden. Was das Intensitätserfordernis betrifft, stimmt Sivakumaran im Kern mit der – in der Literatur viel kritisierten – Tablada-Entscheidung der Interamerikanischen Menschenrechtskommission überein, der zufolge insbesondere die Dauer der Gewaltausübung zu vernachlässigen ist, wenn es denn zu einem offenen bewaffneten Schlagabtausch zwischen den offiziellen Streitkräften und dem nicht-staatlichen Akteur kommt.

Als wichtigeres Abgrenzungskriterium als die Intensität der Gewalt wird gemeinhin das Organisationserfordernis erachtet. Sivakumaran arbeitet heraus, dass es hier nicht auf den exakten Nachweis von formalisierten Befehlshierarchien und die tatsächliche Einhaltung dieser Entscheidungen ankomme, sondern auf das Vorliegen einer *de facto*-Autorität, welche auch horizontal strukturierte Gruppen zu koordinieren vermöge und jedenfalls die Fähigkeit besitze, die Mitglieder dieses Verbandes zu disziplinieren. Möglicherweise ein wenig zu kurz greift indes die lapidare Feststellung des Verfassers, dass es nicht auf das Vorliegen einer politischen Motivation auf Seiten des nicht-staatlichen Akteurs ankomme (Seite 182). Hierdurch drückt er sich um die Diskussion „postmoderner Graubereichskonstellationen“, wie zum Beispiel, ob und inwieweit sich sogenannte „Drogenkriege“ (wie zum Beispiel in Mexiko) als bewaffnete Konflikte darstellen.

Diskutiert wird sodann die Internationalisierung beziehungsweise Transnationalisierung interner bewaffneter Konflikte (Seite 236-255), gefolgt von einem relativ bündigen Kapitel über den persönlichen, geographischen und zeitlichen Anwendungsbereich des Rechts nicht-internationaler bewaffneter Konflikte. Gebührende Aufmerksamkeit wird sodann dem Schutz der Zivilbevölkerung und von Personen „hors de combat“ (Seite 255-335) gewidmet. Ausgehend vom Prinzip der menschlichen Behandlung wird dessen Konkretisierung durch besondere Inschutznahme bestimmter Personengruppen (Verletzte,

Frauen, Kinder *etc.*) dargestellt. Dabei werden auch VN-Friedensmissionen und humanitäre Hilfe behandelt. All dies geschieht in souveräner Weise auf der Grundlage aktueller Rechtsprechung und Literatur, die zugleich auch kritisch beleuchtet wird.

Entsprechendes gilt auch für die Darstellung der Mittel und Methoden, die in diesem Konflikttyp erlaubt beziehungsweise verboten sind (Seite 336-428). Dem Verfasser geht es darum aufzuzeigen, dass in den vergangenen Jahren ein Schutzniveau erreicht wurde, das internationalen bewaffneten Konflikten durchaus vergleichbar ist, wenngleich auf völkergewohnheitsrechtlicher Grundlage. Sivakumaran gibt konkrete Beispiele für ihre Befolgung durch nicht-staatliche Akteure und nimmt sich die Unterschiede zum Völkerstrafrecht vor (Seite 429): „The standard of international criminal law is narrower than that of international humanitarian law, certainly in the notion of the disproportionate attack, and possibly also in the prohibition on certain perfidious conduct. Analogy to the law of international armed conflict has taken insufficient account of the involvement of armed groups as is evident from the failure to reference parties to the conflict in the Ottawa Convention.“ Die als bedeutsames Dokument einzustufende IKRK-Studie „Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities“ aus dem Jahre 2009 wird ebenfalls nicht ohne Kritik gelassen: „However, that guidance defines membership based on a continuous combat function in an armed group with *de jure* membership no being considered.“ (Seite 429)

Die beiden letzten Kapitel des zweiten Teils gelten schließlich der Implementierung und der nicht-judiziellen (Kapitel 10) sowie der judiziellen Durchsetzung des Rechts des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts (Kapitel 11). Sie gelten als Hauptschwachpunkte. In der Regel wird dieser Umstand den nicht-staatlichen Akteuren angelastet. Dieses Pauschalurteil lässt der Verfasser indes nicht gelten (Seite 474): „Armed groups not infrequently issue invitations to UN [United Nations] agencies and NGOs [non-governmental organisations] to verify their compliance with the law; however, these invitations are usually ignored or not accepted. This is unfortunate and reflects continued anxiety over engagement with such actors even on humanitarian norms.“ Sodann wendet er sich der gerichtlichen Durchsetzung durch internationale und nationale Straftribunale sowie durch Menschenrechtsgerichtshöfe zu.

Nach diesem eher dem *status quo* zugewandten Analysen und Erläuterungen blickt

Sivakumaran im abschließenden dritten Teil des Werkes, der den Titel „Moving Forward“ trägt, nach vorne (Seite 513-567). Hierzu nimmt er die bereits in den vorangegangenen Kapiteln herausgearbeiteten „Baustellen“ im Recht des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts unter die Lupe. Im Bereich des materiellen Rechts stellt er zunächst heraus, dass die fehlende Anerkennung der Kombattantenimmunität und des Kriegsgefangenenstatus „one of the few areas of real difference between international and non-international armed conflicts“ (Seite 513) sei, um sodann auf der Grundlage der Überlegung, dass ihre Gewährung eben auch ein Anreiz für den nicht-staatlichen Akteur sein könnte, das humanitäre Völkerrecht zu befolgen, die Staatenpraxis zu beleuchten. Diese ist freilich nicht einheitlich, doch gelingt es dem Verfasser eine Tendenz zu einem *sui generis*-Ansatz herauszufiltern, der darin besteht, dass „fighters are not treated as prisoners of war but nor are they treated as common criminals“ (Seite 519). Zudem ruft er in Erinnerung, dass es durchaus Praxis ist, durch Amnestien und ähnliche Maßnahmen im Namen der nationalen Aussöhnung und der Stabilität des Friedens auf die Strafverfolgung zu verzichten. Obgleich also nicht von einem vergleichbaren rechtlichen Status mit Kombattanten und Gefangenen internationaler bewaffneter Konflikte ausgegangen werden kann, so ist dies aber im Hinblick auf ihre tatsächliche Behandlung meines Erachtens der Fall. Gerade wenn der nicht-staatliche Akteur Bereitschaft zur Befolgung humanitärer Regeln und Prinzipien zeigt – und hierfür gibt es Beispiele –, kann die Klarstellung dieses Sonderstatus eine deeskalierende Wirkung entfalten. Als weiteren Bereich, welcher der Weiterentwicklung bedarf, benennt Sivakumaran – dies ist wohl unstrittig – den Schutz der Umwelt in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten. Hierbei handelt es sich freilich um ein generelles Problem des humanitären Völkerrechts. Der Verfasser ruft in Erinnerung, dass in Einzelfällen eine Anhebung des Mindestschutzniveaus auf der Grundlage von *ad hoc*-Abkommen und Deklarationen zu erzielen ist, zum Beispiel im Hinblick auf die Respektierung von Naturschutzreservaten. Dem folgt die Überlegung, dass stärker zu prüfen sei, inwieweit umweltvölkerrechtliche Regelungen als *leges speciales* in bewaffneten Konflikten zur Anwendung gebracht werden könnten. Eine dezidierte Analyse dieser komplexen Frage bleibt aber aus. Sivakumaran belässt es vielmehr dabei, einige Hinweise zu geben – wie zum Beispiel die analoge Behandlung von Naturschutzgebieten als demilitarisierte Zonen und gefährdeter Arten als Kultureigentum.

Ähnliche Gedankenanstöße werden schließlich noch im Hinblick auf die Frage gegeben, inwieweit Parallelen zum Besatzungsrecht gezogen werden können, wenn nicht-staatliche Akteure, wie es nicht selten der Fall ist, effektive Kontrolle über einen Teil des Staatsgebietes ausüben. In der Tat gilt es, der Konstellation mehr wissenschaftliche Aufmerksamkeit zu schenken. Sivakumaran drängt darauf, „to move beyond the idea that the entire category of ‘the law of belligerent occupation’ has no applicability to non-international armed conflict“ (Seite 531).

Da das Recht des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts im Bereich der Durchsetzung und Implementierung in der Kritik steht, sieht der Verfasser hier ebenfalls Bedarf, neue Wege zu beschreiten. Zwei Initiativen stellt er vor, die seiner Meinung nach über ein erhebliches Ausbaupotenzial verfügen: jener Ansatz, den die VN zur Eindämmung des Missbrauchs von Kindern in bewaffneten Konflikten betreiben, sowie der „Geneva Call“ als Beispiel dafür, wie eine NGO durch Dialog bewaffnete Gruppen zur Einhaltung humanitärer Standards bewegt. Im Hinblick auf erstere Initiative, die mittlerweile auf der Androhung „intelligenter“ Sanktionen (Reiseverbote, Konteneinfrierung etc.) gegen Mitglieder von bewaffneten Gruppen beruht, die wegen des Einsatzes von Kindersoldaten auf eine Liste gesetzt wurden, haben sich beachtliche Erfolge erzielen lassen. Es konnte in einer Reihe von Fällen ein konstruktiver Dialog hergestellt werden, der oftmals in die Ausarbeitung und sogar Befolgung bestimmter Maßnahmen zur Bekämpfung dieses Verbrechens mündete. Hauptanreiz war hier die Aussicht auf Entfernung der Gruppe von der Liste („de-listing“). Dies zeigt, dass der Dialog mit bewaffneten Gruppen, die der Nichteinhaltung des humanitären Völkerrechts bezichtigt beziehungsweise überführt werden, eine wichtige Option ist, die nicht vorschnell aufgegeben werden darf. Hierzu gilt es freilich, gewisse Scheuklappen abzuliegen, wenngleich auch vor einem naiven Vorgehen zu warnen ist.

Dies belegt auch der Erfolg des „Geneva Call“. Mitglieder dieser in Genf ansässigen NGO handeln mit bewaffneten Gruppen Verpflichtungen zur Einhaltung der Anti-Landminen-Konvention aus, die unter anderem ihre externe Verifizierung beinhalten. Zur getroffenen Vereinbarung gehört das Recht, sowohl positive als auch negative Beispiele publizieren zu dürfen. Es wird also auch hier deutlich, dass ein an „blaming and shaming“-Methoden gekoppelter Dialog zu einer Einhaltung humanitärer Standards durch nicht-staatliche Akteure führen kann und Bedenken, wie zum Beispiel ihre indirekte Anerkennung

und Legitimierung, sorgfältig auf den Prüfstand gestellt werden müssen.

Für Sivakumaran gilt dies auch für die von nicht-staatlichen Konfliktparteien errichteten Tribunale und Rechtsprechungsorgane, denen oftmals von vornherein jedwede Legitimität abgesprochen wird. Dabei verpflichtet das humanitäre Völkerrecht alle Konfliktparteien zur Einhaltung seiner Standards. Dies muss dann auch die Ahndung von Verstößen umfassen, wenn möglich vermittels gerichtlicher Verfahren. Sivakumaran erinnert: „The Security Council, for example, has required all warring factions, regardless of their governmental or non-governmental status, to enforce international humanitarian law, to end impunity, and to bring alleged perpetrators to justice“ (Seite 555). In Erwägung zu ziehen sei, dass die von staatlichen Gerichten (oftmals, aber nicht immer) befolgten Standards eines fairen Verfahrens nicht in gleicher Weise durch den nicht-staatlichen Akteur umgesetzt werden könnten. Dies dürfe aber nicht zu Pauschalurteilen über deren Legitimität und Effektivität führen.

Mit dieser Feststellung gelangt der Verfasser zu der bereits in der Einleitung angelegten Forderung nach einer neuen Methodologie bei der Ermittlung des in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten geltenden Rechts; eine, die auch Beiträge nicht-staatlicher Akteure berücksichtige. Sivakumaran schlägt daher ihre erhöhte Einbindung in internationale Rechtssetzungsverfahren vor sowie ihre Anerkennung als Vertragspartner, womöglich sogar auf der Grundlage eines neuen Instruments, das auch moderne Überwachungsverfahren enthält.

Fazit: Hinter dem Titel von Sivakumarans Werk verbirgt sich weit mehr als eine systematische Darstellung des Rechts des nicht-bewaffneten Konflikts. Vielmehr gelingt es ihm, wie er selbst eingangs formuliert hat, mit allerhand „konventionellen Weisheiten“ (Seite 5) aufzuräumen und diesem Rechtsgebiet den ihm im modernen Völkerrecht gebührenden Platz zuzuweisen. Dabei weist er gleichzeitig auf sein enormes Entwicklungspotenzial hin. Es handelt sich somit um ein Buch, das das Prädikat „äußerst wertvoll“ verdient und aufgrund seines inspirierenden, ja provozierenden Charakters neue Akzente zu setzen weiß. ■

Humanitäres Völkerrecht



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:

Prof. Dr. Hans-Joachim Heintze
Charlotte Lülff, LL.M., M.A.
Dr. Jana Hertwig, LL.M.
Prof. Dr. Robin Geiß, LL.M. (NYU)
Ass. Prof. Dr. Robert Heinsch, LL.M.
Ass. Prof. Dr. Jann K. Kleffner, LL.M.
Prof. Dr. Math Noortmann, LL.M., MSc
Dr. Stefanie Haumer
E-mail: lfhv-publications@rub.de
Phone: (0234) 3228259
Fax: (0234) 3214208

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: Prof. Dr. Hans Joachim Heintze and Charlotte Lülff, LL.M., M.A., as well as Dr. Jana Hertwig LL.M., Prof. Dr. Robin Geiß, LL.M. (NYU), Ass. Prof. Dr. Robert Heinsch, LL.M., Ass. Prof. Dr. Jann K. Kleffner, LL.M., Prof. Dr. Math Noortmann, LL.M., MSc and Dr. Stefanie Haumer.

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
39,50 EUR*

abroad
49,- EUR*

Subscription-service and publishing company:

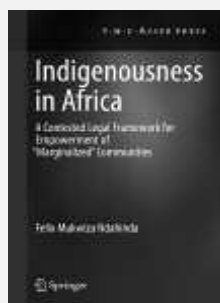
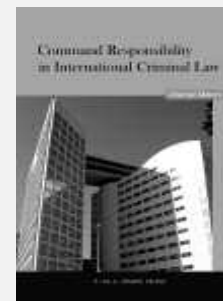
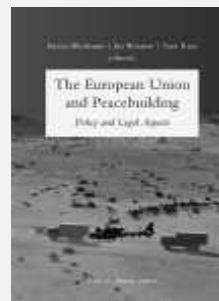
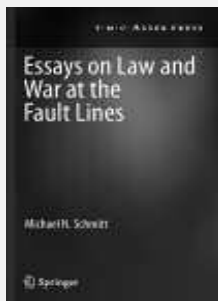
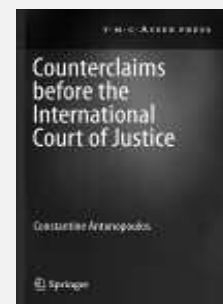
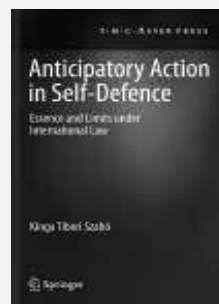
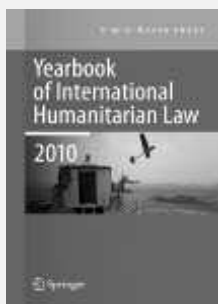
DRK-Service GmbH
Berliner Straße 83
13189 Berlin
E-mail: verlag@drkservice.de
Phone: (030) 868778-410
Fax: (030) 868778-419

* 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.

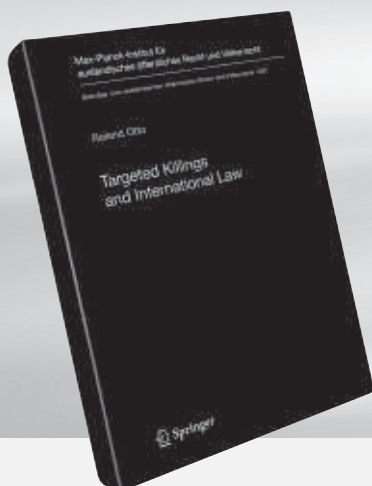
Springer and T.M.C. Asser Press sign exclusive agreement on law book program

We are delighted to announce that Springer has become the exclusive distributor of T.M.C. Asser Press law books.

Visit springer.com/tmcasserpress for more information.



Easy Ways to Order for the Americas ► **Write:** Springer Order Department, PO Box 2485, Secaucus, NJ 07096-2485, USA
 ► **Call: (toll free)** 1-800-SPRINGER ► **Fax:** 1-201-348-4505 ► **Email:** orders-ny@springer.com or **for outside the Americas**
 ► **Write:** Springer Customer Service Center GmbH, Haberstrasse 7, 69126 Heidelberg, Germany ► **Call:** +49 (0) 6221-345-4301
 ► **Fax:** +49 (0) 6221-345-4229 ► **Email:** orders-hd-individuals@springer.com ► Prices are subject to change without notice.
 All prices are net prices.



Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht

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

Begründet von Viktor Bruns

Hrsg.: A. von Bogdandy, R. Wolfrum

Targeted Killings and International Law

With Special Regard to Human Rights and International
Humanitarian Law

R. Otto, Göttingen, Germany

Existing international law is capable to govern the "war on terror" also in the aftermath of September 11, 2001. The standards generally applicable to targeted killings are those of human rights law. Force may be used in order to address immediate threats, preventive killings are permitted under strict preconditions but targeted killings are prohibited. In the context of armed conflicts, these standards are complemented by international humanitarian law as *lex specialis*. Civilians may only be targeted while directly taking part in hostilities and posing a threat to the adversary. Also in Israel and the Occupied Territory, these standards apply. Contrary to the Israeli Supreme Court's view, international humanitarian law is not complemented by human rights law, but human rights law is – to some degree – complemented by international humanitarian law. According to these standards, many killings which would be legal according to the Israeli Supreme Court violate international law.



2012. XXII, 662 p. (Vol. 230) Hardcover

ISBN 978-3-642-24857-3 ► * € (D) 117,65 | € (A) 120,95 | sFr 146,50

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

015123x