

Berichte
der Deutschen Gesellschaft
für Völkerrecht

Band 44

31. Tagung in München
15. bis 18. April 2009

Moderne Konfliktformen

Humanitäres Völkerrecht
und privatrechtliche Folgen

Referate und Thesen von

Andreas Zimmermann, Stephan Hobe, Kerstin Odendahl,
Eva-Maria Kieninger, Doris König, Thilo Marauhn,
Karsten Thorn, Kirsten Schmalenbach

mit Diskussion

with English Summaries
of the Reports



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <<http://dnb.d-nb.de>> abrufbar.

Bei der Herstellung des Werkes haben wir uns zukunftsbewusst für umweltverträgliche und wiederverwertbare Materialien entschieden. Der Inhalt ist auf elementar chlorfreies Papier gedruckt.

ISBN 978-3-8114-7725-4

E-Mail: kundenbetreuung@hjr-verlag.de

Telefon: +49 89/2183-7928

Telefax: +49 89/2183-7620

© 2010 C.F. Müller, eine Marke der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH
Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg

www.hjr-verlag.de

Dieses Werk, einschließlich aller seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Gottemeyer, Rot

Druck: Beltz Druckpartner, Hemsbach

Vorwort

Die Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht führte vom 15.–18. April 2009 ihre 31. Zweijahrestagung durch. Sie traf sich in Bayerns Hauptstadt München. Wir waren zu Gast bei der Ludwig-Maximilians-Universität München und bei der Universität der Bundeswehr München.

Das Generalthema der Tagung lautete „Moderne Konfliktformen: Humanitäres Völkerrecht und privatrechtliche Folgen“. Die Thematik war gut gewählt und führte zu spannenden, ergiebigen Vorträgen und Diskussionen. Es referierten am ersten Tag Andreas Zimmermann über „Die Wirksamkeit rechtlicher Hegung militärischer Gewalt“, Stephan Hobe über „Das humanitäre Völkerrecht in asymmetrischen Konflikten: Anwendbarkeit, modifizierende Interpretation, Notwendigkeit einer Reform?“, Kerstin Odendahl über „Der Schutz von Kulturgütern in und nach militärischen Konflikten auch aus privatrechtlicher Sicht“ und Eva Maria Kieninger über „Beschlagnahme durch Besatzungsmächte und Internationales Sachenrecht“. Tagungsstätte war die Münchner Universität. Für den zweiten Tag des wissenschaftlichen Teils der Tagung begaben sich die Teilnehmer an die Hochschule der Bundeswehr. Im Mittelpunkt standen dort die Referate von Doris König „Der Einsatz von Seestreitkräften zur Verhinderung von Terrorismus und Verbreitung von Massenvernichtungswaffen: Mandat und Eingriffsmöglichkeiten“, Thilo Marauhn „Streitkräfte zur Friedenssicherung im Ausland: Zwischen militärischem und polizeilichem Einsatz“, Karsten Thorn „Schadensersatzansprüche der Zivilbevölkerung gegen ausländische Besatzungsmächte“ und Kirsten Schmalenbach „Wiederherstellung von Staatlichkeit nach militärischen Konflikten: Mögliche Funktionen von Besatzungsmächten, internationalen Organisationen und dritten Staaten“.

Der Vorstand hatte eine gute Hand bei der Bestimmung des Gegenstandes der Münchner Tagung. Unsere Gesellschaft hatte sich, wohl zum ersten Mal in ihrer Geschichte, à fonds mit dem humanitären Völkerrecht auseinandergesetzt. Die Wahl des Themas wurde mit gutem Grund getroffen, denn dieses Rechtsgebiet hatte in den letzten Jahren einen unvergleichlichen Bedeutungszuwachs und in der Wissenschaft wie auch in der Öffentlichkeit grosse Aufmerksamkeit erfahren. Es hatte sich – zumindest unter den gegebenen Umständen – auch bewährt, dass die ganze Tagung unter eine einzige Thematik gestellt wurde. Diese umfasste sowohl Aspekte des Völkerrechts wie auch des Internationalen Privatrechts. Die grosse Zahl von Wortmeldungen, die gar nicht alle berücksichtigt werden konnten, und die vielen Gespräche rund um die formellen Abläufe zeugen davon, dass die Tagung sehr gut gelungen war.

Zum großen Erfolg der Münchner Tagung trug auch das sehr attraktive Rahmenprogramm bei. Dieses war zunächst geprägt durch den Empfang des Bayerischen Ministerpräsidenten im Kaisersaal der Residenz und fand seinen Abschluss mit einem Ausflug zum Chiemsee.

Die Organisation der Tagung lag in den guten Händen unserer Kollegen Dagmar Coester-Waltjen und Daniel-Erasmus Khan. Ihnen und ihren tüchtigen Mitarbeitern danken wir herzlich für ihren Einsatz.

Die Münchner Tagung war insofern ein Meilenstein in der Geschichte unserer Gesellschaft, als diese 2009 ihr 60-jähriges Bestehen verzeichnen konnte. Aus Anlass des

40. Jubiläums hatte seinerzeit Hermann Mosler einen Rückblick verfasst, der im Tagungsband von 1989 wiedergegeben wurde. Mit den Entwicklungen der letzten 20 Jahre hat sich nunmehr Rudolf Bernhardt befasst. Wir stellen seine Betrachtungen an die Spitze dieses Bandes.

Zürich, im Januar 2010

Daniel Thürer

Inhaltsverzeichnis

Vorwort von Prof. Dr. Daniel Thürer	V
 <i>Prof. Dr. Dr. h.c. Rudolf Bernhardt</i> Die Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht Von 1989 bis 2009	 1
 <i>Prof. Dr. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard)</i> Die Wirksamkeit rechtlicher Hegung militärischer Gewalt – Ausgewählte Aspekte der Anwendbarkeit und Systemkohärenz des humanitären Völkerrechts –	 7
Thesen zum Referat	34
Summary	37
 <i>Prof. Dr. Stephan Hobe, LL.M. (McGill)</i> Das humanitäre Völkerrecht in asymmetrischen Konflikten: Anwendbarkeit, modifizierende Interpretation, Notwendigkeit einer Reform?	 41
Thesen zum Referat	83
Summary	86
 <i>Diskussion zu den Referaten Zimmermann und Hobe</i>	89
 <i>Prof. Dr. Kerstin Odendahl</i> Der Schutz von Kulturgütern bei militärischen Konflikten auch aus privatrechtlicher Sicht	 113
Thesen zum Referat	153
Summary	155
 <i>Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger</i> Beschlagnahme durch Besatzungsmächte und internationales Sachenrecht	 157
Thesen zum Referat	176
Summary	177
 <i>Diskussion zu den Referaten Odendahl und Kieninger</i>	179
 <i>Prof. Dr. Doris König, M.C.L. (Miami)</i> Der Einsatz von Seestreitkräften zur Verhinderung von Terrorismus und Verbreitung von Massenvernichtungswaffen sowie zur Bekämpfung der Piraterie: Mandat und Eingriffsmöglichkeiten	 203
Thesen zum Referat	243
Summary	246

<i>Prof. Dr. Thilo Marauhn, M. Phil. (Wales)</i>	
Streitkräfte zur Friedenssicherung im Ausland: Zwischen militärischem und polizeilichem Einsatz	249
Thesen zum Referat	276
Summary	278
<i>Diskussion zu den Referaten König und Marauhn</i>	<i>280</i>
<i>Prof. Dr. Karsten Thorn, LL.M. (Georgetown)</i>	
Schadenersatzansprüche der Zivilbevölkerung gegen ausländische Besatzungsmächte	305
Thesen zum Referat	337
Summary	339
<i>Prof. Dr. Kirsten Schmalenbach</i>	
Wiederherstellung von Staatlichkeit nach militärischen Konflikten – Mögliche Funktionen von Besatzungsmächten, Internationalen Organisationen und dritten Staaten	341
Thesen zum Referat	394
Summary	396
<i>Diskussion zu den Referaten Thorn und Schmalenbach</i>	<i>399</i>
<i>Vorstand und Rat der Gesellschaft für Völkerrecht</i>	<i>419</i>
<i>Satzung der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht</i>	<i>421</i>

Die Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht Von 1989 bis 2009

Prof. Dr. Dr. h.c. Rudolf Bernhardt

Auf der Hamburger Jubiläums-Tagung der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht im Jahre 1989, 40 Jahre nach der Wiedergründung, hat Hermann Mosler die bisherige Arbeit der Gesellschaft beschrieben und gewürdigt. Sein Bericht ist in Band 30 der Berichte der Gesellschaft wiedergegeben.

Nun sind weitere 20 Jahre vergangen, und der jetzt amtierende Vorstand hat ein Resümee der Entwicklung der Gesellschaft in den letzten zwei Jahrzehnten erbeten.

I.

1989 war international ein Jahr des Übergangs. Im April des Jahres, als die Gesellschaft tagte, waren die bald darauf einsetzenden weltpolitischen Ereignisse noch nicht sichtbar, auch wenn im Rückblick die Anzeichen baldigen Wandels durchaus erkennbar waren. Die Dramatik der zweiten Jahreshälfte 1989 und der sich unmittelbar anschließenden Jahre hat die internationale Ordnung und damit die Grundlagen des Völkerrechts tief verändert. Die Organisation der Vereinten Nationen, die Realitäten des Gewaltverbots, der frühere Ost-West-Gegensatz und vieles andere sind spätestens seit der Mitte der 90er Jahre anders zu sehen und zu bewerten als noch 1989. Das kann auch eine Gesellschaft, der die Pflege des Völkerrechts obliegt, nicht unberührt lassen. Doch die Veränderungen haben weniger die Struktur und den Charakter der Gesellschaft als die Auswahl der erörterten Themen betroffen.

II.

Werfen wir zunächst einen Blick auf die Struktur unserer Gesellschaft, und fangen wir bei der Mitglieder-Entwicklung an.

Der Vorstand hat 1989 die Mitgliederzahl mit 247 beziffert, 2009 betrug sie 438, eine Verdoppelung ist also in Sicht. Das hat verschiedene Gründe, dazu gehört jedoch nicht unmittelbar die Vereinigung Deutschlands, denn die Zahl neuer Mitglieder aus den „neuen Ländern“ ist nur längerfristig gestiegen, mit dem Ausbau der dortigen Universitäten. Von größerer Bedeutung ist die Tatsache, dass die Gesellschaft mehr Mitglieder aus der Praxis und Wissenschaftler ohne Habilitation aufgenommen hat, dasselbe gilt für Wissenschaftler und Praktiker aus anderen Staaten als Deutschland, Österreich und (den deutschsprachigen Kantonen) der Schweiz. Die Gesellschaft ist also internationaler geworden, doch wird daran festgehalten, dass Mitglieder aus fernerer Staaten der deutschen Sprache mächtig und erkennbar an Beziehungen zur deutschen Wissenschaft interessiert sein sollten.

Die Deutsche Vereinigung für Internationales Recht, der deutsche Zweig der International Law Association, ist stärker der Praxis zugewandt als die Gesellschaft für Völkerrecht, bei der nach wie vor die akademischen Vertreter des Völkerrechts und des Internationalen Privatrechts den Ton angeben. Mitglied der Gesellschaft kann man nicht durch einseitigen Beitritt werden, es bedarf des Vorschlags von drei Mitgliedern des Rates und eines Beschlusses eben diesen Rates, in dem wieder fast nur Professoren sitzen.

Bei den alle zwei Jahre stattfindenden Tagungen der Gesellschaft dominieren weiterhin der ausführliche wissenschaftliche Vortrag und seine Diskussion. Die Gesellschaft folgt insoweit nicht neueren Trends, entweder in verschiedenen Panels parallel zu beraten oder/und in Kurzreferaten Statements kundzutun, bei denen auf Begründungen weitgehend verzichtet wird.

III.

Bevor wir zu den Themen der Tagungen, die weiterhin nur alle zwei Jahre stattfinden, kommen, sei kurz auf andere Aktivitäten der Gesellschaft hingewiesen. Die Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht hat in der Vergangenheit mehrfach in speziellen Arbeitsgruppen wichtige Themen behandelt, etwa das internationale Recht in der Juristenausbildung oder „die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht. Überprüfung der Transformationslehre“ (Band 6 der „Berichte“ mit einem Bericht von Karl-Josef Partsch und den Thesen einer Kommission). Diese Übung ist nicht erst seit 1989 etwas zurückgetreten, vor allem wohl wegen der zunehmenden Belastung der als Berichterstatter in Betracht kommenden Wissenschaftler.

Immerhin hat in unserer Berichtszeit eine Sondertagung erstmalig 1996 die Deutsche Gesellschaft mit der französischen Völkerrechtsgesellschaft in Mainz zusammengeführt und „Rechtsprobleme einer europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik“ erörtert (Bd. 36 der Berichte, herausgegeben von Christian Tomuschat).

Die Kontakte mit der französischen Schwestergesellschaft wurden und werden fortgesetzt. Inzwischen hat eine stattliche Zahl von Treffen stattgefunden, getragen von der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht einerseits, der Société Française pour le Droit International andererseits; zu den meisten Tagungen sind gesonderte Publikationen erschienen.¹ Kontakte mit wissenschaftlichen Gesellschaften in anderen Ländern wurden angebahnt. Auch insoweit schreitet die Internationalisierung der Aktivitäten voran.

In einer anderen Arbeitsgruppe wurden unter der Federführung von Michael Bothe und Eckart Klein die Möglichkeiten und Modalitäten einer deutschen Annahme-Erklärung zur Fakultativklausel des Statuts des Internationalen Gerichtshofs (Art. 36 Abs. 2) erörtert.² Erfreulicherweise hat das dazu beigetragen, dass die Bundesrepublik Deutschland endlich eine solche Erklärung deponiert hat.

¹ Zusammenstellung am Ende des Anhangs zu diesem Bericht.

² Dazu *Michael Bothe/Eckart Klein*, Bericht einer Studiengruppe zur Anerkennung der Gerichtsbarkeit des IGH gemäß Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut, ZaöRV 67 (2007), S. 825 ff.

Bei der Freiburger Tagung 2003 war die US-amerikanische Intervention im Irak akut. Am Rande der Tagung unterzeichneten etliche der Teilnehmer eine kritische Erklärung zum amerikanischen Vorgehen, doch es handelt sich nicht um eine Stellungnahme der Gesellschaft, und es gab durchaus auch kritische Stimmen zur Kritik.

IV.

Nun zu den in jedem zweiten Jahr stattfindenden regelmäßigen Tagungen der Gesellschaft. Im Anhang zu diesem Bericht sind die Themen zusammengestellt und die Referenten genannt.

(1) Bemerkenswert ist nicht nur das jeweils Behandelte, sondern auch das nicht oder weniger Erörterte. Hierzu gehören sowohl die speziellen Probleme der Vereinigung Deutschlands einerseits als auch die Fragen der Einigung Europas, also des Europarechts im engeren Sinne andererseits. Dafür gibt es gute Gründe; die Rechtsfragen, die speziell Deutschland betreffen, als auch das Europarecht wurden und letztere werden weiterhin in vielen anderen Vereinigungen, Kongressen etc. behandelt, sodass für zusätzliche Aktivitäten der Völkerrechts-Gesellschaft kein Bedarf bestehen dürfte.

Nach Ansicht des Verfassers dieses Berichts ist es auch zu begrüßen, dass die Vorstände der Gesellschaft der Völkerrechtstheorie kein größeres Gewicht beigemessen haben.

Das soll nicht heißen, dass bei der Beschäftigung mit den Realitäten die Theorie außen vor bleiben sollte. In den Berichten der deutschen Gesellschaft findet sich oft eine gelungene Darstellung und Würdigung der Praxis auf gesichertem oder auch spekulativem theoretischen Hintergrund. Doch Völkerrecht erschließt sich vor allem über die Realitäten der internationalen Ordnung.

(2) Ungeachtet des Namens der Gesellschaft hat sie sich stets, wenn auch früher meist in zweiter Linie, mit dem Internationalen Privatrecht beschäftigt. Wenn ich recht sehe, hat in letzter Zeit das Gewicht des Internationalen Privatrechts bei den Berichten und in den Diskussionen zugenommen, und damit ist auch das Interesse der Fachkollegen beider Disziplinen an der Zusammenarbeit gestiegen. Das hat sicher auch damit zu tun, dass die Grenzen der Fachgebiete durchlässiger werden und etwa im internationalen Handels- und Wirtschaftsrecht, aber auch bei den international geschützten Menschenrechten, Völkerrechtler und Internationalprivatrechtler sich oft gleichermaßen angesprochen fühlen.

(3) Während früher bei den Tagungen der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht in der Regel zwei getrennte Themen erörtert wurden, von denen das zweite einen international-privatrechtlichen Schwerpunkt hatte, sind in unserer Berichtszeit mehrfache Vorträge aus beiden Disziplinen einem Generalthema gewidmet worden. Das hat es auch früher zuweilen gegeben, so bei der Tagung 1977 zu den multinationalen Korporationen. Doch neuerdings ist das beinahe die Regel geworden. Hingewiesen sei nur auf die Tagungen in Trier 1991 (Umweltschutz im Völkerrecht und Kollisionsrecht), in Kiel 1999 (Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System), in Freiburg 2003 (das internationale Recht im Nord-Süd-Verhältnis) und in Halle 2007 (pluralistische Gesellschaften und internationales Recht). Die Nennung dieser Themen zeigt zugleich, dass Grundfragen der internationalen Ordnung

und damit theoretische Erwägungen durchaus eine Rolle in der Arbeit der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht spielen. Es ist meines Erachtens begrüßenswert, dass einerseits derartige Strukturfragen der internationalen Ordnung und damit Grundfragen des Völkerrechts, andererseits auch wissenschaftlich vertieft Themen aus der völkerrechtlichen Praxis in der Arbeit der Gesellschaft ihren Platz fanden. Hierbei ein angemessenes Gleichgewicht zu erreichen, ist und bleibt Aufgabe der Organe der Gesellschaft.

Statt eines weiteren Eingehens auf die in den letzten 20 Jahren behandelten Themen sei nunmehr auf die sich anschließende Zusammenstellung verwiesen.

Themen und Referenten der Tagungen der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht von 1991 bis 2009

Tagung 1991 in Trier (Bd. 32 der Berichte)

Umweltschutz im Völkerrecht und Kollisionsrecht

(Rudolf Dolzer, Karl Kreuzer, Philip Kunig, Rainer Lagoni, Winfried Lang, Haimo Schack)

Tagung 1993 in Wien (Bd. 33 der Berichte)

Aktuelle Probleme des Menschenrechtsschutzes

(Walter Kälin, Eibe Riedel, Wolfram Karl, Brun-Otto Bryde, Christian von Bar, Reinhold Geimer)

Tagung 1995 in Leipzig (Bd. 34 und 35 der Berichte)

Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: „The Failed State“

(Daniel Thürer, Matthias Herdegen, Gerhard Hohloch)

Das Recht der Staatensukzession

(Ulrich Fastenrath, Theodor Schweisfurth, Carsten Thomas Ebenroth)

Tagung 1997 in Zürich (Bd. 37 und Bd. 38 der Berichte)

Gegenmaßnahmen

(Wilfried Fiedler, Eckart Klein, Anton K. Schnyder)

Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug

(Dagmar Coester-Waltjen, Herbert Kronke, Juliane Kokott)

Tagung 1999 in Kiel (Bd. 39 der Berichte)

Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System – Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen

(Klaus Dicke, Waldemar Hummer, Daniel Girsberger, Katharina Boele-Woelki, Christoph Engel, Jochen A. Frowein)

Tagung 2001 in Frankfurt am Main (Bd. 40 der Berichte)

Entschädigung nach bewaffneten Konflikten

(Wolf Heintschel von Heinegg, Stefan Kadelbach, Burkhard Hess)

Die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung

(Meinhard Hilf, Wolfgang Benedek, Wulf-Henning Roth)

Tagung 2003 in Freiburg in Breisgau (Bd. 41 der Berichte)
Das internationale Recht im Nord-Süd-Verhältnis
(Werner Meng, Ulrich Magnus, Sabine Schlemmer-Schulte, Thomas Cottier,
Peter-Tobias Stoll, Astrid Epiney)

Tagung 2005 in Graz (Bd. 42 der Berichte)
Die Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft
(Rainer Hofmann, August Reinisch, Thomas Pfeiffer)
Vielfalt der Gerichte – Einheit des Prozessrechts?
(Stefan Oeter, Astrid Stadler)
Podiumsgespräch: Einstweiliger Rechtsschutz

Tagung 2007 in Halle (Bd. 43 der Berichte)
Pluralistische Gesellschaften und internationales Recht
(Georg Nolte, Helen Keller, Armin von Bogdandy, Heinz-Peter Mansel,
Andrea Büchler, Christian Walter)

Tagung 2009 in München (Bd. 44 der Berichte)
Moderne Konfliktformen: Humanitäres Völkerrecht und privatrechtliche Folgen
(Andreas Zimmermann, Stephan Hobe, Kerstin Odendahl, Eva Maria Kieninger,
Doris König, Thilo Marauhn, Karsten Thorn, Kirsten Schmalenbach)

Deutsch-französische Treffen im Rahmen der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht und der Société Française pour le Droit International

1996
Treffen in Mainz, Thema: Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik
Christian Tomuschat (ed.), Rechtsprobleme einer europäischen Sicherheits- und Vertei-
digungspolitik, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 36 (1997)

1998
Treffen in Nizza, Thema: Sicherheitspolitik
Keine Veröffentlichung

2000
Treffen in Berlin, Thema: Kosovo
Christian Tomuschat (ed.), Kosovo and the International Community. A Legal Assess-
ment, The Hague et al., Kluwer Law International, 2002

2002
Treffen in Paris, Thema: Internationaler Terrorismus
Société française pour le droit international (ed.), New Threats to International Peace
and Security, Paris, Pedone, 2004.

2004

Treffen in Berlin, Thema: Internationale Fundamentalnormen

Christian Tomuschat & Jean-Marc Thouvenin, *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006

2006

Treffen in Nizza, Thema: Völkerrecht und unterschiedliche Rechtskulturen

Société française pour le droit international (ed.), *Droit international et diversité des cultures juridiques*, Paris, Pedone, 2008

2008

Treffen in Hamburg, Thema: Das Recht auf Leben

Christian Tomuschat, Evelyne Lagrange & Stefan Oeter (eds.), *The Right to Life*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

Die Wirksamkeit rechtlicher Hegung militärischer Gewalt – Ausgewählte Aspekte der Anwendbarkeit und System- kohärenz des humanitären Völkerrechts –

Von Prof. Dr. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard)*

- A. Einführung
- B. Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts als Wirksamkeitsvoraussetzung
 - I. Probleme der Anwendbarkeit *ratione materiae*
 - 1. ‚Vertikale‘ Abgrenzung: Voraussetzungen und Grenzen der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts
 - a) Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts in ‚klassischen‘ nicht-internationalen bewaffneten Konflikten
 - b) Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts in ‚transnationalen Konflikten‘
 - c) Gefährdung des staatlichen Existenzrechts als inhärente Anwendbarkeitsschranke des humanitären Völkerrechts?
 - 2. ‚Horizontale‘ Abgrenzung: Wechselbeziehungen zwischen humanitärem Völkerrecht und anderen ausgewählten völkerrechtlichen Teilrechtsordnungen
 - a) Jus ad bellum und völkerrechtliches Gewaltverbot
 - aa) Jus in bello und Ausübung des Selbstverteidigungsrechts
 - bb) Humanitäres Völkerecht und ‚humanitäre Interventionen‘
 - b) Humanitäres Völkerrecht und Recht der Rüstungskontrolle
 - c) Humanitäres Völkerrecht und Völkerstrafrecht
 - II. Probleme der Anwendbarkeit *ratione personae*
 - 1. Gewohnheitsrechtliche Regelungen des humanitären Völkerrechts und persistent objection
 - a) Problemstellung
 - b) Persistent objection, Martens’sche-Klausel und jus cogens-Charakter kriegsrechtlicher Regelungen
 - aa) Persistent objection im humanitären Völkerrecht und jus cogens
 - bb) Persistent objection im humanitären Völkerrecht und Martens’sche Klausel
 - c) Persistent objection und vertragliche Regime
 - d) Persistent objection und Parallelnormen des Völkerstrafrechts
 - 2. Humanitäres Völkerrecht und multilaterale Militäreinsätze
 - a) Zurechnungsfragen
 - b) Anwendbares Recht
 - 3. Wirksamkeit des humanitären Völkerrechts und Einsatz privater Militärfirmen
- C. Interne und externe Systemkohärenz des humanitären Völkerrechts als Wirksamkeitsvoraussetzung
 - I. Interne Systemkohärenz: Internationale v. nicht-internationale bewaffnete Konflikte zwischen historischen Unterschieden und zunehmender Konvergenz
 - 1. Ausgangslage
 - 2. Absenkung relevanter Anwendungsschwellen

* Ich danke Frau *Saskia Klatte* und Herrn *Tim Rauschnig* für Hilfe bei der Materialrecherche sowie Herrn wiss. Mitarbeiter *Henning Lahmann* für wertvolle Hinweise und Diskussionen.

- 3. Parallelisierung des anwendbaren materiellen Rechts
- 4. Rechtspolitische Bewertung
- II. Externe Systemkohärenz: (Mögliche) Besonderheiten der Völkergewohnheitsrechtsentwicklung im Bereich des humanitären Völkerrechts
- D. Schlussbemerkungen
- Thesen
- Summary

A. Einführung

Die Wirksamkeit der Hegung militärischer Gewalt durch Normen des humanitären Völkerrechts setzt deren Anwendbarkeit voraus. Daher gilt es vorliegend, sich zunächst mit den normativen Grundlagen der *Anwendbarkeit* des humanitären Völkerrechts in verschiedenen Problemlagen zu beschäftigen.

B. Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts als Wirksamkeitsvoraussetzung

I. Probleme der Anwendbarkeit *ratione materiae*

1. ‚Vertikale‘ Abgrenzung: Voraussetzungen und Grenzen der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts

Die Anwendbarkeit und damit *per se* jede Wirksamkeit des humanitären Völkerrechts ist vor allem in zwei Fallgruppen problematisch, nämlich *erstens* bei der Anwendung militärischer Gewalt auf dem eigenen Staatsgebiet durch staatliche Organe gegen nicht-staatliche Gruppen oder zwischen verschiedenen nicht-staatlichen Gruppen¹, also bei ‚klassischen‘ nicht-internationalen bewaffneten Konflikten², sowie *zweitens* bei der Anwendung militärischer Gewalt zwischen staatlichen Streitkräften und nicht-staatlichen bewaffneten Gruppierungen außerhalb des Gebietes des betroffenen Staates, also bei

¹ Dass auch solche Konflikte vom humanitären Völkerrecht erfasst sind, hatte die Berufungskammer des ICTY in der Entscheidung *The Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2 October 1995, IT-94-1, para. 70 betont. Demgegenüber hatte das Zweite Zusatzprotokoll zu den Genfer Konventionen aus dem Jahre 1977 lediglich Konflikte zwischen Regierungstruppen und Aufständischen erfasst, nicht jedoch bewaffnete Auseinandersetzungen zwischen rivalisierenden Gruppen, vgl. dazu näher S.-S. Junod, in: I. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmermann (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (1987), Art. 1 ZP II Rn. 4461; K.J. Partsch, in: M. Bothe/K.J. Partsch/W.A. Solf (Hrsg.), *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (1982), 627 (Art. 1 ZP II); *id.*, *Regeln des Humanitären Völkerrechts in nicht internationalen bewaffneten Konflikten – Umfang und Grenzen*, in: H. Schöttler/B. Hoffmann (Hrsg.), *Die Genfer Zusatzprotokolle – Kommentare und Analysen* (1993), 121 ff. Zur völkerstrafrechtlichen Rechtslage nach dem Römischen Statut vgl. statt aller nur A. Zimmermann, in: O. Triffterer (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article* (2. Auflage 2008), Art. 8 Rn. 262 ff.

² Dazu näher unten unter a).

dem was man ‚transnationale‘ bewaffnete Konflikte³ nennen kann⁴. Auf diese beiden Fallgruppen gilt es daher im Folgenden zunächst einzugehen.

a) *Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts in ‚klassischen‘ nicht-internationalen bewaffneten Konflikten*

Die Staaten⁵ waren, wie Art. 1 ZP II belegt⁶, traditionell zurückhaltend, eine Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts auch für nicht-internationale bewaffnete Konflikte anzuerkennen.⁷ Allerdings ist die normative Entwicklung darüber hinweggegangen⁸. Dies hat zur Folge, dass jedenfalls Teile dieser Schwellenklausel nur noch für die Zwecke des Vertragsregimes selbst relevant sind.

Ferner finden zumindest die Garantien des gemeinsamen Art. 3⁹ in jedem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt¹⁰ Anwendung. Immerhin setzt aber der dort benutzte Begriff des ‚bewaffneten Konflikts‘ begriffsnotwendig Kampfhandlungen und den Einsatz bewaffneter Streitkräfte voraus.¹¹ Andererseits ist jedoch, wie auch ein Vergleich

3 Vgl. dazu etwa *G.S. Corn*, Hamdan, Lebanon, and the Regulation of Hostilities: The Need to Recognize a Hybrid Category of Armed Conflict, in: *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 40 (2007), 295, 299 f.; *A. Zimmermann* (Anm. 1), Art. 8 Rn. 243 ff.

4 Dazu unten unter b).

5 Dabei belegt die Entstehungsgeschichte des Zweiten Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen, dass es keinesfalls nur souveränitätsorientierte Staaten der ‚Dritten Welt‘ waren, die einer solchen (zumindest weitgehenden) Gleichstellung kritisch gegenüber, standen sondern durchaus auch westliche Staaten wie etwa Kanada, dazu näher *R.L. Bindschedler*, Völkerrechtliche Regelung nichtinternationaler bewaffneter Konflikt, in: *H. Kipp/F. Mayer/A. Steinkamm*, Um Recht und Freiheit: Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte zur Vollendung des 70. Lebensjahres (1977), 21, 29; *K.J. Partsch*, in: *M. Bothe/K.J. Partsch/W.A. Solf* (Hrsg.), (Anm. 1), 624 ff. (Art. 1 ZP II); vgl. ferner *A. Eide*, The New Humanitarian Law in Non-International Armed Conflict, in: *A. Cassese* (Hrsg.), The New Humanitarian Law of Armed Conflict (1979), 277, 277.

6 *M. Cottier*, in: *O. Triffterer* (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article (2. Auflage 2008), Art. 8 Rn. 5; *K. Ipsen*, Zum Begriff des „internationalen bewaffneten Konflikts“, in: *Jost Delbrück* (Hrsg.), Recht im Dienst des Friedens, Festschrift Eberhard Menzel (1975), 405, 417; *id.*, Völkerrecht (5. Auflage 2004), § 65 Rn. 18.

7 Vgl. statt aller nur *K. Ipsen*, Völkerrecht (Anm. 6), § 65 Rn. 18. So hatte etwa das IKRK bereits im Jahr 1929 vorgeschlagen, in die damalige Konvention (Genfer Konvention über die Behandlungen von Kriegsgefangenen vom 27. Juli 1929) eine Bestimmung über nicht-internationale bewaffnete Konflikte aufzunehmen, war jedoch am Widerstand der Staaten gescheitert.

8 Vgl. im Einzelnen zu den *gewohnheitsrechtlichen* Voraussetzungen der Anwendbarkeit der Regeln über nicht-internationale bewaffnete Konflikte *L. Van den Hole*, Towards a test of the international character of an armed conflict: Nicaragua and Tadić, *Syracuse JIL* 32 (2005), 269, 276 ff.; *A. Cassese*, The Nicaragua and Tadić test revisited in light of the judgement on genocide in Bosnia, *European JIL* 18 (2007), 649, 655 ff.

9 Zu den sich aus dem gemeinsamen Art. 3 ergebenden Garantien näher *J.S. Pictet et al.*, Commentary: Vol. IV (1958), 38 ff. (Art. 3).

10 Zur Frage, ob der gemeinsame Art. 3 darüber hinaus auch in internationalen bewaffneten Konflikten Anwendung findet, was der US Supreme Court in seiner Entscheidung *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld et al.*, 29 June 2006, Opinion of the Court, 548 U.S. 66 f. (2006), abrufbar unter <http://www.supremecourtus.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf> zumindest anzudeuten scheint; vgl. *M. Milanovic*, Lessons for human rights and humanitarian law in the war on terror: comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings case, *IRRC* 89 (2007), 373, 378 ff.

11 *J.S. Pictet et al.* (Anm. 9), 36 aE (Art. 3); vgl. *K. Ipsen*, Zum Begriff des „internationalen bewaffneten Konflikts“ (Anm. 6), 405, 419; *M. Cottier* (Anm. 6), Art. 8 Rn. 6.

zwischen Art. 8 Abs. 2 lit. c) und Abs. 2 lit. f) des Rom-Statuts belegt¹², keine längere Dauer von Kampfhandlungen notwendig, um die Anwendbarkeit des gemeinsamen Art. 3 auszulösen¹³.

Jenseits des gemeinsamen Art. 3 ist heute ferner gesichert, dass die gewohnheitsrechtlich geltenden Regeln immer dann zur Anwendung gelangen, wenn jedenfalls für eine gewisse Zeit militärische Gewalt durch oder gegen organisierte bewaffnete Gruppen angewendet wird¹⁴. Dies entspricht der Rechtsprechung des ICTY¹⁵ und spiegelt sich auch im Statut des IStGH wider¹⁶. Die Vorverfahrenskammer des IStGH hat diesen Standard jedoch teilweise wieder an die Schwellenklausel des ZP II angeglichen.¹⁷ Insbesondere hat sie das vom ICTY entwickelte Erfordernis der ‚protracted armed violence‘¹⁸ ohne nähere Begründung mit der dem ZP II entnommenen Fähigkeit der Aufständischen ‚anhaltende, koordinierte Kampfhandlungen durchzuführen‘¹⁹, gleichgesetzt²⁰. Zudem wird die Kontrolle über ein Gebiet²¹ als wesentliches Indiz dafür angesehen, ob die nicht-staatliche Konfliktpartei solchermaßen koordinierte Kampfhandlungen durchzuführen vermag.²²

Damit besteht die Gefahr, dass sich ein Bereich ergibt, der doch nicht in vollem Umfang von den Regeln über den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt erfasst wird. Vor diesem Hintergrund ist die Formulierung des ICTY, erforderlich sei eine ‚protracted armed violence‘, beziehungsweise das Erfordernis des ‚protracted armed conflict‘ in

12 Art. 8 Abs. 2 lit. f), welcher sich auf andere schwere Verletzungen von Gesetzen und Gebräuchen in bewaffneten Konflikten bezieht, fordert in Satz 2 ausdrücklich einen ‚lang anhaltenden bewaffneten Konflikt‘; ein solches Erfordernis fehlt bei Art. 8 Abs. 2 lit. c), welcher schwere Verletzungen des gemeinsamen Art. 3 unter Strafe stellt. Vgl. auch A. Zimmermann (Anm. 1), Art. 8 Rn. 274; aA G. Dahm/J. Dellbrück/R. Wolfrum, Völkerrecht (2. Auflage 2002), 1068 f.

13 M. Cottier (Anm. 6), Art. 8 Rn. 6; K.J. Partsch, in: M. Bothe/K.J. Partsch/W.A. Solf (Hrsg.), (Anm. 1), 627 (Art. 1 ZP II); J.S. Pictet et al. (Anm. 9), 34.

14 M. Cottier (Anm. 6), Art. 8 Rn. 5.

15 *The Prosecutor v. Duško Tadić*, (Anm. 1), para. 70. Vgl. zu diesem Aspekt der Entscheidung im Einzelnen A.L. Sjolund, Criteria for establishing an international armed conflict in Bosnia and Herzegovina: An analysis of the Tadić Judgment in the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Finnish YIL 8 (1997), 285 ff.; L. Van den Hole (Anm. 8), 269 ff.; T. Meron, Cassese's Tadić and the Law of Non-international Armed Conflict, in: L.C. Vohrah et al. (Hrsg.), Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese (2003), 533 ff.; A. Buchwald, Der Fall Tadić vor dem Internationalen Jugoslawientribunal im Lichte der Entscheidung der Berufungskammer vom 2. Oktober 1995 (2005), 148 ff.; A. Cassese (Anm. 8), 649, 655 ff.

16 Vgl. insoweit Art. 8 Abs. 2 lit. f) Rom-Statut.

17 IStGH, Pre-Trial Chamber, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir of 4 March 2009, ICC-02/05-01/09, para. 59 f., abrufbar unter <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639096.pdf>.

18 *The Prosecutor v. Duško Tadić*, (Anm. 1), para. 70.

19 Vgl. zu diesem Tatbestandsmerkmal des Zweiten Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen näher S.-S. Junod (Anm. 1), Art. 1 ZP II Rn. 4468 f.

20 *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, (Anm. 17), para. 59.

21 Zu diesem Erfordernis im Kontext des Zweiten Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen näher S.-S. Junod (Anm. 1), Art. 1 ZP II Rn. 4464 ff.; K.J. Partsch, in: M. Bothe/K.J. Partsch/W.A. Solf (Hrsg.), (Anm. 1), 627 (Art. 1 ZP II).

22 *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, (Anm. 17), para. 60.

Art. 8 Abs. 2 lit. f) des Rom-Statuts²³ im Sinne einer erleichterten Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts auszulegen.²⁴

Dies führt zu der eingangs erwähnten zweiten Fallgruppe sogenannter ‚transnationaler Konflikte‘.

b) *Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts in ‚transnationalen Konflikten‘*

Gemeint sind Situationen in denen ein Staat zwar länger andauernd militärische Gewalt auf fremdem Gebiet einsetzt, Ziel der Angriffe aber dort befindliche, nicht-staatliche bewaffnete Gruppen sind. Insoweit ist hier vor allem die Frage problematisch, wie solche Konflikte zu kategorisieren sind. Vorliegend soll hier nur kurz die Problematik skizziert und wesentliche Probleme hervorgehoben werden.

Soll es sich – so die These des israelischen Supreme Court im Targeted Killings-Urteil – insoweit um (internationale) bewaffnete Konflikte handeln?²⁵

Oder sollen, der vom US Supreme Court zumindest angedeuteten Auffassung folgend, in solchen Konstellationen die Regeln des *nicht-internationalen* bewaffneten Konflikts zur Anwendung kommen?²⁶

Oder gilt es, so offenbar die Auffassung des IKRK, etwa im Fall des Libanon-Krieges, zwischen einem *nicht-internationalen* bewaffneten Konflikts zwischen Israel und der Hisbollah einerseits, und einem zugleich stattfindenden *internationalen* bewaffneten Konflikt zwischen Israel und dem Libanon andererseits, zu differenzieren?²⁷

Keine der drei Auffassungen führt jedoch zu befriedigenden Ergebnissen. Für diese Schlussfolgerung sprechen mehrere Gründe. So bleibt zunächst bei der Qualifikation als

23 Die fragliche Norm lautet im englischen Original: Paragraph 2 (e) applies to armed conflicts not of an international character and thus does not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of a similar nature. It applies to armed conflicts that take place in the territory of a State when there is protracted armed conflict between governmental authorities and organized armed groups or between such groups.

24 Ähnlich wie hier auch bereits *M. Bothe*, War Crimes, in: A. Cassese/P. Gaeta/J.R.W.D. Jones (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary (2002), 379, 423; vgl. *M. Cottier* (Anm. 6), Art. 8 Rn. 5; vgl. auch *G. Dahm/J. Dellbrück/R. Wolfrum* (Anm. 12), 1068 f.

25 Israelischer Supreme Court, *The Public Committee Against Torture in Israel v. The Government of Israel*, 13 December 2006, HCJ 769/02 (2006), para. 18 ff., abrufbar unter http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/a34/02007690.a34.pdf; vgl. zum Urteil z.B. *A. Cassese*, On some merits of the Israeli judgment on targeted killings, *Journal of Int'l Criminal Justice* 5 (2007), 339 ff.; *W.J. Fenrick*, The Targeted Killings Judgment and the scope of direct participation in hostilities, *Journal of Int'l Criminal Justice* 5 (2007), 332 ff.; kritisch zu den Erwägungen des Supreme Court u.a. *M. Milanovic* (Anm. 10), 373, 381 ff.; *R. S. Schondorf*, The Targeted Killings Judgment, *Journal of Int'l Criminal Justice* 5 (2007), 301, 303 ff.

26 *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld et al.*, (Anm. 10), 548 U.S. 67 ff. (2006); vgl. zu dem Urteil u.a. *A.C. Arend*, Who's afraid of the Geneva Conventions? Treaty Interpretation in the wake of Hamdan v. Rumsfeld, *American University Int'l Law Review* 22 (2007), 709 ff.; *G.S. Corn*, Hamdan, Lebanon, and the Regulation of Hostilities: The Need to Recognize a Hybrid Category of Armed Conflict, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 40 (2007), 295 ff.; *R. Fitzpatrick*, Hamdan v. Rumsfeld: Implications for the Geneva Conventions, *Harvard Human Rights Journal* 20 (2007), 339 ff.

27 Vgl. *M. Milanovic* (Anm. 10), 373, 376; *D. Thürer*, Humanitäres Völkerrecht und amerikanisches Verfassungsrecht, *ZSR* 126 (2006), 157, 162 f.; *J.-P. Lavoyer*, International Humanitarian Law and Terrorism, in: L. Lijnzaad/J. van Sambeek/B. Tahzib-Lie (Hrsg.), Making the Voice of Humanity Heard: Essays on Humanitarian Assistance and international Humanitarian Law in Honour of HRH Princess Margriet of the Netherlands (2004), 255 ff.; vgl. zum Ganzen auch *A. Zimmermann*, The Second Lebanon War: Jus ad bellum, jus in bello and the Issue of Proportionality, *Max Planck Yearbook of UN Law* 11 (2007), 99 ff.

internationaler Konflikt unklar, ob dann auch für die nicht-staatliche Konfliktpartei identische Regeln gelten sollen.²⁸ Außerdem ist fraglich, ob etwa auch der ‚Opferstaat‘, auf dessen Gebiet die Kampfhandlungen stattfinden, damit Partei des bewaffneten Konflikts wird.²⁹ Schließlich spricht auch die Wertung von Art. 1 Abs. 4 ZP I gegen eine solche Ausdehnung.³⁰ Bei einer Qualifikation als nicht-internationaler bewaffneter Konflikt verbleibt die erwähnte Grauzone, in dem wegen der fehlenden Dauer und Intensität des Konflikts der Schutz des humanitären Völkerrechts möglicherweise nicht greift.³¹ Aber auch die Auffassung des IKRK führt kaum weiter, zwingt sie doch zur Anwendung unterschiedlicher Normen auf parallele Sachverhalte, etwa bei einem israelischen Angriff auf benachbarte Objekte der Hisbollah einerseits und des libanesischen Staates andererseits.³²

Zumindest aber lassen sich aus den aufgeworfenen Fragen im Sinne einer Stärkung der Wirksamkeit des humanitären Völkerrechts zwei Schlussfolgerungen ziehen. Zum einen gilt es, die gewohnheitsrechtlich geltende Anwendungsschwelle der in nicht-internationalen bewaffneten Konflikt anwendbaren Normen zu vereinheitlichen und tendenziell abzusenken, und zum zweiten sollte angesichts der skizzierten Qualifikationsprobleme darauf hingearbeitet werden, die für internationale und nicht-internationale bewaffnete Konflikte anwendbaren materiellen kriegsrechtlichen Standards weiter anzugleichen.³³

c) *Gefährdung des staatlichen Existenzrechts als inhärente Anwendbarkeitsschranke des humanitären Völkerrechts?*

Weiterhin stellt sich die Frage nach einer möglicherweise bestehenden Anwendungsschranke des humanitären Völkerrechts aber auch im Fall einer Bedrohung der Existenz eines Staates.

Der IGH war in seinem Rechtsgutachten aus dem Jahr 1996 davon ausgegangen, dass er sich angesichts der ihm zur Verfügung stehenden Fakten nicht in der Lage sähe, über die Rechtmäßigkeit des Einsatzes von Nuklearwaffen zu entscheiden, soweit diese Waffen-

28 Nach Auffassung von *S.-S. Junod* ist auch die nichtstaatliche Konfliktpartei gebunden: (Anm. 1), Art. 1 ZP II Rn. 4444; für *J.S. Pictet* ergibt sich diese Pflicht daraus, dass die nichtstaatliche Partei beansprucht, Repräsentant (zumindest eines Teiles) des Staates zu sein: (Anm. 9), 37 (Art. 3); auch das IKRK spricht sich, entgegen der Meinung einiger Regierungsexperten, für deren Bindung aus: Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Report on the Work of the Conference (1971), Rn. 223; *F. Rajower* gesteht der nicht-staatlichen Konfliktpartei einzig für diesen Zweck eine beschränkte, partielle Völkerrechtssubjektivität zu: Das Recht des bewaffneten nicht-internationalen Konflikts seit 1949 (1990), 36.

29 So bereits *A. Zimmermann* (Anm. 1), Art. 8 Rn. 267.

30 Vgl. *B. Zimmermann*, in: I. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmermann (Hrsg.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (1987), Art. 1 ZP I Rn. 66 ff.; vgl. auch *K.J. Partsch*, in: M. Bothe/K.J. Partsch/W.A. Solf (Hrsg.), (Anm. 1), 50 ff. (Art. 1 ZP I).

31 So auch *R.L. Bindschedler*, welche die Kriterien von Dauer und Intensität zu unbestimmt hält und zu Beginn von solchen Konflikten eine Schutzlücke sieht: Völkerrechtliche Regelung nichtinternationaler bewaffneter Konflikte, in: H. Kipp/F. Mayer/A. Steinkamm, Um Recht und Freiheit: Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heyde zur Vollendung des 70. Lebensjahres (1977), 21, 27; *F. Rajower* erkennt die Abgrenzungsschwierigkeit an, aber spricht sich dennoch für die Kriterien Dauer und Intensität aus: (Anm. 28), 36 ff.

32 Vgl. hier zu auch *G.S. Corn* (Anm. 26), 295 ff.; so auch bereits *A. Zimmermann* (Anm. 1), Art. 8 Rn. 268.

33 *A. Zimmermann* (Anm. 1), Art. 8 Rn. 268; *A. Cassese*, International Law (2. Auflage 2005), 420; vgl. *R.L. Bindschedler* (Anm. 31), 21, 31.

art in Ausübung des Rechts auf Selbstverteidigung eingesetzt würde und sofern die Existenz des Staates auf dem Spiel steht, obwohl er zuvor die *generelle* Unvereinbarkeit des Einsatzes solcher Waffen mit dem humanitären Völkerrecht festgestellt hatte.³⁴

Damit wurde es jedenfalls *grundsätzlich* für möglich gehalten, dass der Einsatz von an sich kriegsvölkerrechtlich unzulässigen Waffen in Ausnahmefällen doch zulässig sein könnte.³⁵ Das bedeutet entweder, dass der IGH davon ausgegangen ist, dass das humanitäre Völkerrecht in einem solchen Fall seinen Geltungsanspruch generell verlieren könnte, oder aber jedenfalls unter solchen Umständen hinter dem Schutz der staatlichen Existenz zurücktreten müsste.³⁶

Keiner der beiden Ansätze vermag jedoch zu überzeugen, denn es ist gerade die Funktion des humanitären Völkerrechts, in – behaupteten oder realen – Extremfällen Geltung zu beanspruchen.³⁷ Andernfalls liefe es gerade in den Fällen leer, in denen es am dringendsten benötigt wird.³⁸ Davon auszugehen, dass das humanitäre Völkerrecht in solchen Situationen seine normative Steuerungskraft verliert, hieße demnach, dessen *raison d'être* außer Betracht zu lassen.³⁹

Ein Zurücktreten des humanitären Völkerrechts hinter dem Anspruch eines Staates auf staatliche Existenz kann auch normativ nicht überzeugen. Selbst wenn man davon ausgeinge, dass ein völkerrechtlich geschützter Anspruch von Staaten auf Fortexistenz besteht, dem gar der Rang einer *jus cogens* Norm zukäme,⁴⁰ wäre dennoch zu berücksichtigen, dass auch die einschlägigen Normen des humanitären Völkerrechts jedenfalls in ihrem Kern ihrerseits *jus cogens*-Charakter haben, so etwa der Schutz des Lebens von Zivilisten.⁴¹

34 IGH, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Reports 1996, 226, paras. 95 ff; vgl. zu diesem Aspekt des Urteils auch *M. G. Kohen*, 'The Notion of 'State Survival' in International Law, in: L. Boisson de Chazournes/P. Sands (Hrsg.), *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons* (1999), 293 ff.; sowie *M. Sassòli*, *Ius ad Bellum and Ius in Bello – The Separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to Be Respected in Warfare: Crucial or Outdated?*, in: M. Schmitt/J. Pejic (Hrsg.), *International Law and Armed Conflict – Exploring the Faultlines: Essays in Honour of Yoram Dinstein* (2007), 241 ff.; siehe auch *M.J. Matheson*, *The Opinions of the International Court of Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *American JIL* 91 (1997), 417 ff.

35 Vgl. *H. Hillgenberg*, 'Weapons, Prohibited', *EPIL* IV (2000), 1437, 1441; *T. Gill*, *The Nuclear Weapons Advisory Opinion of the International Court of Justice and the Fundamental Distinction Between the Jus ad Bellum and the Jus in Bello*, *Leiden JIL* 12 (1999), 613, 622; *S. Mahmoudi*, *The International Court of Justice and Nuclear Weapons*, *Nordic JIL* 66 (1997), 77, 94.

36 Vgl. *Y. Dinstein*, *War, Aggression and Self-Defence* (4. Auflage 2005), 161 f., vgl. *M.G. Kohen* (Anm. 34), 293, 305 f.; siehe auch *T. Gill* (Anm. 35), 613, 623; sowie *C.F. Amerasinghe*, *The legality of the use or threat to use nuclear weapons*, *Finnish YIL* 10 (1999), 5, 45 ff.

37 *D. Frei*, *International Humanitarian Law and Arms Control*, *IRRC* 28 (1988), 491, 499; *C. G. Guldahl*, *The Role of Persistent Objection in International Humanitarian Law*, *Nordic JIL* 77 (2008), 51, 63; *T. Meron*, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (1991), 61.

38 *US Military Tribunal at Nuremberg, US v. Alfred Krupp et al.*, 30 June 1948, *Law Reports of Trials of War Criminals* Vol. X (1949), 69, 138 f.; zustimmend *M. Sassòli* (Anm. 34), 241, 246, 251.

39 Vgl. *ibid.*

40 Vgl. *M.G. Kohen* (Anm. 34), 293, 229 ff.

41 Vgl. *H.-M. Empell*, *Die Vorbehalte einiger Mitgliedsstaaten der NATO zum I. Zusatzprotokoll in Bezug auf Nuklearwaffeneinsätze*, *HuV-I* 8 (1995), 127, 135; vgl. auch *ILC*, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, with commentaries, *YILC* 2001, Vol. II, Part Two, 113; *L. Hannikainen*, *Peremptory Norms (jus cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status* (1988), 596 ff; *D. Fleck*, *Die Zusatzprotokolle zu den Genfer Abkommen und das Völkergewohnheitsrecht*, *NZWehrR* (1990), 1, 3.

2. ‚Horizontale‘ Abgrenzung: Wechselbeziehungen zwischen humanitärem Völkerrecht und anderen ausgewählten völkerrechtlichen Teilrechtsordnungen

a) Jus ad bellum und völkerrechtliches Gewaltverbot

Es ist die Aufgabe des humanitären Völkerrechts, die Art des Einsatzes militärischer Gewalt unabhängig davon zu steuern, ob der Einsatz als solcher rechtmäßig oder völkerrechtswidrig ist.⁴² Damit kommt dem humanitären Völkerrecht eine zwar nur sekundäre, zugleich aber elementare Steuerungsfunktion für die Fälle zu, in denen die primären Normen des völkerrechtlichen Friedenssicherungsrechts versagt haben.

An dieser fundamentalen Trennung zwischen *jus ad bellum* und *jus in bello* ist festzuhalten. Nur so kann die Wirksamkeit des humanitären Völkerrechts dauerhaft gesichert werden.⁴³ Gleichwohl lassen sich möglicherweise Wechselbeziehungen zwischen den beiden Teilbereichen feststellen. Im Folgenden soll dies zunächst im Hinblick auf die Frage untersucht werden, ob die Ausübung des Selbstverteidigungsrechts zugleich auch Auswirkungen auf das humanitäre Völkerrecht haben kann. Daran anschließend wird erörtert, inwieweit bei so genannten ‚humanitären Interventionen‘ strengere Anforderungen an die Einhaltung der Regeln des humanitären Völkerrechts zu stellen sind.

aa) *Jus in bello* und Ausübung des Selbstverteidigungsrechts⁴⁴

Im Hinblick auf die erste Frage erscheint problematisch, dass der IGH bei zwei Gelegenheiten die Möglichkeit angedeutet hatte, das Recht auf Selbstverteidigung könne im Grundsatz Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht rechtfertigen. Strukturell ähnlich wie im bereits erwähnten *Nuklearwaffen*-Gutachten hat der Gerichtshof dies auch im *Mauer*-Gutachten getan.⁴⁵ Nachdem er bestimmte Verletzungen des humanitären Völkerrechts durch Israel festgestellt hatte, prüfte er weiter, ob diese nicht möglicherweise durch das Selbstverteidigungsrecht des Staates Israel gerechtfertigt sein könnten, anstatt per se eine solche Möglichkeit auszuschließen.⁴⁶ Der Gerichtshof hat folglich

42 M. Sassòli (Anm. 34), 241, 246; C. Greenwood, *Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Nuclear Weapons Advisory Opinion*, in: L. Boisson de Chazournes/P. Sands (Hrsg.), *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons* (1999), 247, 263; T. Gill (Anm. 35), 613, 621.

43 T. Gill (Anm. 35), 613, 614 f.; M. Sassòli (Anm. 34), 241, 244 ff.; R.D. Sloane, *The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Contemporary Law of War*, *Yale JIL* 34 (2009), 47 ff.

44 T. Christodoulidou/K. Chainoglou, *The Principle of Proportionality in Self-Defence and Humanitarian Intervention*, *HuV-I* 20 (2007), 79 ff.; J.A. Pastor-Ridruejo, *On the Relationships between Jus in Bello and Jus ad Bellum: Can a Notion of International Humanitarian Law to Influence the Determination of the Legality of the Use of Force*, in: P.A. Fernández-Sánchez (Hrsg.), *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflicts: in Honour of Professor Juan Antonio Carillo-Salcedo* (2005), 3 ff.; C. Greenwood, *Self-Defence and the Conduct of International Armed Conflict*, in: Y. Dinstein (Hrsg.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (1989), 273 ff.

45 IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, ICJ Reports 2004, 136, para. 142; M. Sassòli (Anm. 34), 241, 251 f.; siehe auch S.D. Murphy, *Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: An Ipse Dixit From the ICJ?*, *American JIL* 99 (2005), 62, 71 f.; vgl. auch T. Bruha/C.J. Tams, *Self-Defence Against Terrorist Attacks: Considerations in the Light of the ICJ’s „Israeli Wall“ Opinion*, in: K. Dicke et al. (Hrsg.), *Weltinnenrecht: Liber amicorum Jost Delbrück* (2005), 85 ff.

46 Vgl. hierzu auch R.D. Sloane (Anm. 43), 47, 87 ff.

jedenfalls gedanklich, erneut das humanitäre Völkerrecht unter den Vorbehalt des *ius ad bellum* gestellt. Damit wurde dessen Wirksamkeit kein Gefallen getan.⁴⁷

bb) Humanitäres Völkerecht und ‚humanitäre Interventionen‘

Umgekehrt stellt sich aber auch die wiederholt aufgeworfene Frage, ob im Rahmen einer ‚humanitären Intervention‘⁴⁸ besonders strenge Anforderungen an die Einhaltung des *ius in bello* zu stellen sind, so etwa im Hinblick auf die Zielauswahl oder das Maß der zulässigen zivilen Nebenschäden.⁴⁹

Die Annahme eines strengeren kriegsrechtlichen Schutzstandards erscheint aber problematisch. Zunächst würde damit die Frage der Völkerrechtsmäßigkeit solcher ‚humanitären Interventionen‘ zur inhärenten Tatbestandsvoraussetzung von Normen des humanitären Völkerrechts.⁵⁰ Dies würde insbesondere die Rolle des IKRK bei der Einhaltung dieser Normen signifikant erschweren. Außerdem müsste eine solche verschärfte Geltung des humanitären Völkerrechts dann entsprechend gelten, wenn der Sicherheitsrat in einer vergleichbaren Lage auf der Grundlage von Kapitel VII der Charta eine Autorisierung für den Einsatz militärischer Gewalt zur Wahrung von Menschenrechten erteilt.⁵¹

b) Humanitäres Völkerrecht und Recht der Rüstungskontrolle

Ein zweiter, bislang wenig beachteter Überschneidungsbereich betrifft das Verhältnis zwischen humanitärem Völkerrecht und Rüstungskontrollrecht.⁵² *Prima facie* bestehen zwischen dem Recht der Rüstungskontrolle und dem humanitären Völkerrecht keine

47 Kritisch zum Umgang des IGH mit humanitärem Völkerrecht auch *A. Imseis*, Critical reflections on the international humanitarian law aspects of the ICJ wall advisory opinion, *American JIL* 99 (2005), 102 ff.; ebenfalls kritisch *L. Condorelli*, International humanitarian law, or the exploration by the Court of a terra somewhat incognita to it, in: *L. Boisson de Chazournes/P. Sands* (Hrsg.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (1999), 228 ff.

48 Vgl. zu diesem Problemkomplex näher *A.J. Bellamy*, The Responsibility to Protect and the problem of military intervention, *International Affairs* 84 (2008), 615 ff.; *R. Goodman*, Humanitarian Intervention and Pretexts of War, *American JIL* 100 (2006), 107 ff.; *A. Robert*, The So-called ‚Right‘ of Humanitarian Intervention, *YIHL* 3 (2000), 3 ff.; *P.R. Williams/M.E. Stewart*, Humanitarian Intervention: The New Missing Link in the Fight to Prevent Crimes Against Humanity and Genocide?, *Case Western Reserve JIL* 40 (2008), 97 ff.

49 *T. Christodoulidou/K. Chainoglou* (Anm. 44), 79, 88 ff.; *M. Sassòli* (Anm. 34), 241, 250; *M. Bothe*, Legal Restraints on Targeting: Protection of Civilian Population and the Changing Faces of Modern Conflict, *Israel YHR* 31 (2001), 35, 43; *id.*, The Protection of the Civilian population and NATO Bombing on Yugoslavia: Comments on a Report of the Prosecutor of the ICTY, *European JIL* 12 (2001), 531, 535; *C. Greenwood*, International Law and the NATO Intervention in Kosovo, *ICLQ* 49 (2000), 926, 933.

50 *T. Christodoulidou/K. Chainoglou* (Anm. 44), 79, 88; *C. Greenwood*, The Applicability of International Humanitarian Law and the Law of Neutrality to the Kosovo Campaign, *Israel YHR* 31 (2001), 125 ff.

51 *K. Ebock*, Der Schutz grundlegender Menschenrechte durch kollektive Zwangsmaßnahmen der Staatengemeinschaft: Vom Interventionsverbot zur Pflicht zur humanitären Intervention? (2000), 299 ff.; *A. Stein*, Der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen und die Rule of Law (1999), 111 ff., 299 ff.; *J.G. Gardam*, Legal Restraints on Security Council military enforcement action, *Michigan JIL* 17 (Winter 1996), 285 ff.; *J.M. Welsh*, The Security Council and Humanitarian Intervention, in: *V. Lowe et al.* (Hrsg.), *The United Nations Security Council and War: The Evolution of Thought and Practice since 1945* (2008), 535 ff.

52 Vgl. zu diesem Aspekt *O. Bring*, Regulating Conventional Weapons on the Future: Humanitarian Law or Arms Control?, *Journal of Peace Research* 24 (1987), 275 ff.; *D.F. Vagts*, The Hague Conventions and Arms Control, *American JIL* 94 (2000), 31 ff.; allgemein zum Rüstungskontrollrecht siehe auch *G. den Dekker*, *The Law of Arms Control: International Supervision and Enforcement* (2001).

unmittelbaren Wechselbeziehungen. Dies hängt damit zusammen, dass die Ziele der beiden Normkomplexe unterschiedlich sind, geht es dem Recht der Rüstungskontrolle doch primär um sicherheitspolitische Überlegungen.⁵³ Ungeachtet dessen belegen aber neuere Entwicklungen, dass einerseits im Bereich der Rüstungskontrolle auch humanitäre, ursprünglich aus dem Kriegsvölkerrecht stammende Überlegungen hinzutreten.⁵⁴ Zugleich aber können umgekehrt auch rüstungskontrollrechtliche Festlegungen den Inhalt humanitärvölkerrechtlicher Verpflichtungen prägen.

Dies gilt etwa für den Ottawa-Vertrag.⁵⁵ Das dortige Verbot von Antipersonenminen stützt sich nämlich auf den Grundsatz, dass die an einem bewaffneten Konflikt beteiligten Parteien kein unbeschränktes Recht in der Wahl der Methoden und Mittel der Kriegführung haben.⁵⁶ Weiterhin spielen auch das Verbot, überflüssige Verletzungen oder unnötige Leiden zu verursachen, sowie das Gebot, zwischen Zivilpersonen und Kombattanten zu unterscheiden, eine entscheidende Rolle für die *ratio* des Vertragswerkes.⁵⁷

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass diejenigen Staaten, die sowohl Vertragspartei des Ottawa-Vertrages als auch des ZP I sind, bei der Auslegung und Anwendung von Art. 35 Abs. 2 sowie Art. 51 Abs. 4 lit. c) ZP I die Wertung des Ottawa-Vertrages mit zu berücksichtigen haben.⁵⁸ Darüber hinaus ist dieses Abkommen angesichts seines mittlerweile hohen Ratifikationsstandes von 156 Vertragsparteien aber auch bei der Auslegung des parallelen völkergewohnheitsrechtlichen Verbots unterschiedslos wirkender Waffen mit in Rechnung zu stellen.⁵⁹ Mit anderen Worten stellt sich damit der Einsatz von Antipersonenminen kraft der *rüstungskontrollrechtlichen* Vorgabe des Ottawa-Vertrages zumindest für diejenigen Staaten, die Vertragspartei beider Abkommen sind, zugleich auch als Verstoß gegen die humanitärvölkerrecht-

53 *E.P.J. Myjer*, Means and methods of warfare and the coincidence of norms between the humanitarian law of armed conflict and the law of arms control: International law and The Hague's 750th anniversary, 371, 378; *G. den Dekker* (Anm. 52), 45; *R.J. Mathews/T.L.H. McCormack*, The Relationship Between International Humanitarian Law and Arms Control, in: H. Durham/T.L.H. McCormack (Hrsg.), *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law* (1999), 65, 66.

54 *O. Bring* (Anm. 52), 275; *E.P.J. Myjer* (Anm. 53), 371, 373; *D. Frei* (Anm. 37), 491, 503.

55 Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction, 18 September 1997, 2056 UNTS 211; vgl. allgemein zum Ottawa-Vertrag *S. Maslen/P. Herby*, An international ban on anti-personnel mines: History and negotiation of the „Ottawa treaty“, IRRC 38 (1998), 693 ff.; *S.D. Goose*, The Ottawa process and the 1997 Mine Ban Treaty, YIHL 1 (1998), 269 ff.

56 Vgl. nur die letzte Präambelerwägung des Ottawa-Vertrages: ‚Basing themselves on the principle of international humanitarian law that the right of the parties to an armed conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited, on the principle that prohibits the employment in armed conflicts of weapons, projectiles and materials and methods of warfare of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering and on the principle that a distinction must be made between civilians and combatants‘.

57 *Ibid.*; vgl. auch *E.P.J. Myjer* (Anm. 53), 371, 375, 382; *R.J. Mathews/T.L.H. McCormack* (Anm. 53), 65, 92 f.; *id.*, The influence of humanitarian principles in the negotiation of arms control treaties, RICR 81 (1999), 331, 351 f.

58 Vgl. *G. den Dekker* (Anm. 52), 47 f.; *E.P.J. Myjer* (Anm. 53), 371, 373ff.; *J. de Preux*, in: I. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmermann (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (1987), Art. 35 Rn. 1419 ff.

59 Vgl. ferner *R.J. Mathews/ T.L.H. McCormack* (Anm. 53), 65, 98; *G. den Dekker* (Anm. 52), 46 f. (zu Chemiewaffen).

lichen Regeln des ZP I dar.⁶⁰ Insgesamt zeigt sich demzufolge, dass es jedenfalls im Einzelfall zwischen den beiden Rechtsgebieten mehr Überschneidungen und Wechselbeziehungen geben kann, als dies zunächst scheint.

c) Humanitäres Völkerrecht und Völkerstrafrecht

Noch viel stärker gilt das für das Verhältnis humanitäres Völkerrecht – Völkerstrafrecht. Ausgangspunkt ist dabei, dass die Kriegsverbrechen eine Teilmenge aller Verletzungen des humanitären Völkerrechts bilden.⁶¹ Soweit daher individuelle Kriegsverbrechen einem Staat zuzurechnen sind,⁶² führen sie automatisch selbst dann zu einer Staatenverantwortlichkeit, wenn der Täter oder die Täterin wegen des Vorliegens einer strafrechtlichen *defence* straffrei bleibt.⁶³

Umgekehrt setzt aber jede Bestrafung von Individuen, die zugleich als Organe eines Staates gehandelt haben, voraus, dass der dahinterstehende Staat einen Völkerrechtsverstoß begeht. Soweit daher der fragliche Staat, sei es weil er einen entsprechenden Vorbehalt zu einer bestimmten vertraglichen Norm eingelegt hat,⁶⁴ sei es weil er als *persistent objector*⁶⁵ nicht an eine gewohnheitsrechtliche Norm gebunden ist, keinen Völkerrechtsverstoß begeht, kommt auch eine Bestrafung seiner Organe nicht in Betracht.⁶⁶

Ansonsten würde man zu dem widersinnigen Ergebnis gelangen, dass eine Einzelperson für ein Tun bestraft werden könnte, welches sich für den Staat, für den er oder sie handelt, als völkerrechtsmäßig darstellt. Damit würde dieses völkerrechtlich zulässige Verhalten faktisch unmöglich gemacht – ein im Sinne der Einheitlichkeit der Völkerrechtsordnung nicht tragbares Ergebnis.⁶⁷

II. Probleme der Anwendbarkeit *ratione personae*

Neben der Anwendbarkeit der Regeln des humanitären Völkerrechts *ratione materiae* ist eine weitere Wirksamkeitsvoraussetzung dessen Anwendbarkeit *ratione personae*.

60 Vgl. *G. den Dekker* (Anm. 52), 47 f.; vgl. auch *J. de Preux* (Anm. 58), Art. 35 Rn. 1419 ff.

61 *M. Cottier* (Anm. 6), Art. 8 Rn. 3; *M. Bothe* (Anm. 24), 379, 382 ff.; *G. Werle*, Völkerstrafrecht (2. Auflage 2007), Rn. 901; *id.*, Principles of International Criminal Law (2005), Rn. 744 ff.

62 Vgl. hierzu die Kommentierung der ILC zu den Artikeln über Staatenverantwortlichkeit: Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, YILC 2001, Vol. II, Part Two.

63 *A. Zimmermann*, Comment: Responsibility for Violations of International Humanitarian Law, International Criminal Law and Human Rights Law – Synergy and Conflict?, in: W. Heintschel von Heinegg/ V. Epping (Hrsg.), International Humanitarian Law Facing New Challenges (2007), 215, 217; vgl. *G. Werle* (Anm. 61), Rn. 108.

64 Vgl. allgemein zu Vorbehalten im Völkerrecht *T. Giegerich*, „Treaties, Multilateral, Reservations to“, Max Planck Encyclopaedia of Public Int'l Law, abrufbar unter <http://www.mpepil.com>; *A. Winkler*, Zulässigkeit und Rechtswirkungen von Vorbehalten nach der Wiener Vertragsrechtskonvention (2007); *F. Horn*, Reservations and interpretative declarations to multilateral treaties (1986).

65 Vgl. zu dieser Problematik *C.G. Guldahl*, The Role of Persistent Objection in International Humanitarian Law, Nordic JIL 77 (2008), 51 ff.; *T.L. Stein*, The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law, Harvard ILJ Bd. (1985), 457 ff.

66 *A. Zimmermann* (Anm. 63), 215, 217 ff., insb. 219.

67 Vgl. *A. Zimmermann* (Anm. 63), 215, 217 f., 219.

Probleme hierbei stellen sich zunächst im Verhältnis zu Staaten, die gegenüber bestimmten Normen des humanitären Völkerrechts als *persistent objector* auftreten;⁶⁸ ferner im Kontext multinationaler Militäroperationen⁶⁹ sowie schließlich im Hinblick auf die Bindung privater Militärfirmen an das humanitäre Völkerrecht⁷⁰.

1. Gewohnheitsrechtliche Regelungen des humanitären Völkerrechts und persistent objection

a) Problemstellung

Die Frage einer möglichen *persistent objection* stellt sich zum einen für Nichtvertragsparteien des ZP I, soweit umstrittene Regelungen hieraus allmählich in Völkergewohnheitsrecht erstarken.⁷¹ Daneben ist die Frage aber auch für solche Staaten wie etwa das Vereinigte Königreich relevant, die zwar Vertragspartei des Zusatzprotokolls sind, dort aber Vorbehalte zu solchen Regelungen eingelegt haben.⁷²

Zum anderen, und vielleicht am wichtigsten, ist eine mögliche *persistent objection* aber für den Gesamtkomplex des Rechts nicht-internationaler bewaffneter Konflikte von Bedeutung.

68 So bestreiten Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Kanada, die Niederlande, Spanien und das Vereinigte Königreich in den von ihnen eingelegten Vorbehalten zum Ersten Zusatzprotokoll dessen Anwendbarkeit auf andere als konventionelle Waffen und schließen damit insbesondere die Anwendung auf Nuklearwaffen aus: Vorbehalte abrufbar unter <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=P> (zuletzt abgerufen: 11. Juni 2009); zur Einordnung dieser Vorbehalte als *persistent objection* vgl. *H.-M. Empell* (Anm. 41), 127 ff., insb. 133 ff.

69 Vgl. zu diesem Aspekt *C. Swinarski*, On the Applicability of International Humanitarian Law to The United Nations Peace-Keeping Forces, in: Héctor Gros Espiell – *Amicorum Liber: Persona Humana y Derecho Internacional – Personne Humaine et Droit International – Human Person and International Law* (1997), Vol. II, 1519 ff.; *C. Greenwood*, International Humanitarian Law and United Nations Military Operations, *YIHL* 1 (1998), 3 ff.; *S. Oeter*, Civil War, Humanitarian Law and the United Nations, *Max Planck Yearbook of UN Law* 1 (1997), 195 ff.

70 Vgl. zu diesem Aspekt näher *F. Francioni*, Private Military Contractors and International Law: An Introduction, *European JIL* 19 (2008), 961 ff.; *C. Hoppe*, Passing the Buck: State Responsibility for Private Military Companies, *European JIL* 19 (2008), 989 ff.; *C. Ryngaert*, Litigating Abuses Committed by Private Military Companies, *European JIL* 19 (2008), 1035 ff.

71 Vgl. hierzu *F. Pocar*, Protocol I Additional to the 1949 Geneva Conventions and Customary International Law, *Israel YHR* 31 (2001), 145 ff.; *C. Greenwood*, Customary Law Status of the 1977 Geneva Protocols, in: A.J.M. Delissen/G.J. Tanja (Hrsg.), *Humanitarian Law of Armed Conflict – Challenges Ahead: Essays in Honour of Frits Kalshoven* (1991), 93 ff.; *G. Abi-Saab*, The 1977 Additional Protocols and General International Law: Some Preliminary Reflexions, in: A.J.M. Delissen/G.J. Tanja (Hrsg.), *Humanitarian Law of Armed Conflict – Challenges Ahead: Essays in Honour of Frits Kalshoven* (1991), 115 ff.; *D. Fleck* (Anm. 41), 1 ff.

72 Aus der umfangreichen Vorbehaltserklärung des Vereinigten Königreichs sei hier nur erwähnt, dass das Vereinigte Königreich durch das ZP I das Recht zur Nutzung von Nuklearwaffen nicht eingeschränkt sieht und sich u.a. das Recht vorbehält, bei einer Verletzung der Artikel 51-55 ZP I Gegenmaßnahmen zu ergreifen, die sonst nach diesen Vorschriften verboten wären: Vorbehalt vom 28. Januar 1998, insb. Buchstabe (a) und (m), abrufbar unter <http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/0A9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2?OpenDocument> (zuletzt abgerufen: 3. Juni 2009).

b) Persistent objection, *Martens'sche-Klausel* und *jus cogens-Charakter*
kriegsrechtlicher Regelungen

Vereinzelt wird die Möglichkeit der *persistent objection* für den gesamten Bereich des humanitären Völkerrechts oder Teile hiervon in Frage gestellt.⁷³ Begründet wird dies entweder mit dem *jus cogens*-Charakter der entsprechenden Regeln,⁷⁴ oder aber mit der Martens'schen-Klausel.⁷⁵ Beide Auffassungen vermögen jedoch nicht zu überzeugen.

aa) *Persistent objection* im humanitären Völkerrecht und *jus cogens*

So ist fraglich, ob *alle* – und noch dazu die hier im Raum stehenden – Normen des humanitären Völkerrechts als *jus cogens* angesehen werden können.⁷⁶ Dies wird auch durch die Arbeiten der International Law Commission zur Staatenverantwortlichkeit bestätigt. Diese geht in ihrem Kommentar zu Art. 40 der ILC Articles on State Responsibility davon aus, dass nur die *fundamentalen* Regeln des humanitären Völkerrechts *jus cogens*-Charakter besitzen, so dass sich die Frage der *jus cogens*-Qualifikation für die streitigen Normen *per se* nicht stellen dürfte.⁷⁷

Ein weiterer Einwand gegen die Möglichkeit der *persistent objection* gegen Normen des humanitären Völkerrechts beruht auf der Martens'schen-Klausel.⁷⁸

bb) *Persistent objection* im humanitären Völkerrecht und Martens'sche Klausel

Vor diesem Hintergrund hatten in der Tat mehrere Staaten in dem IGH-*Nuklearwaffenverfahren* die These vertreten, aus der Klausel würden sich gesonderte völkerrechtliche Verpflichtungen ergeben, die den Einsatz von Nuklearwaffen verbieten.⁷⁹ Der IGH seinerseits hat zwar zunächst die gewohnheitsrechtliche Geltung der Klausel bestätigt.⁸⁰ Er hat aber nicht geklärt, ob sich aus ihr selbst zusätzliche völkerrechtliche Bindungen ergeben oder ergeben können.

Demgegenüber ist etwa das ICTY davon ausgegangen, dass sich jedenfalls das Verbot des Angriffs auf Zivilpersonen und die Regel, dass die kriegführenden Parteien kein unbeschränktes Recht in der Wahl der Methoden und Mittel der Kriegsführung haben,

73 G. *Abi-Saab* (Anm. 71), 115, 124 f.; A. *Steinfeld*, Nuclear Objections: The Persistent Objector and the Legality of the Use of Nuclear Weapons, *Brooklyn Law Review* 62 (1996), 1638, 1680; vgl. auch C.G. *Guldahl* (Anm. 65), 51, 83 f.

74 Vgl. A. *Steinfeld* (Anm. 73), 1638, 1680.

75 H.-M. *Empell* (Anm. 41), 127, 133 ff.; vgl. auch C.G. *Guldahl* (Anm. 65), 51, 84 ff.

76 Vgl. zum *jus-cogens*-Charakter der Normen des humanitären Völkerrechts L. *Hannikainen*, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law* (1988), 715.

77 Vgl. ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, with commentaries, YILC 2001, Vol. II, Part Two, 113; L. *Hannikainen* nennt u.a. die schweren Verletzungen der GK III, den Schutz medizinischen Personals und die Pflicht, alle im gemeinsamen Art. 3 genannten Personen unter allen Umständen menschlich zu behandeln als Normen des humanitären Völkerrechts mit *jus cogens*-Charakter: (Anm. 76), 596 ff; siehe ferner D. *Fleck* (Anm. 41), 1, 3.

78 Vgl. zu dieser näher A. *Cassese*, *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*, *European JIL* 11 (2000), 187 ff.; R. *Ticehurst*, *The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict*, *IRRC* 37 (1997), 125 ff.

79 Vgl. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, (Anm. 34), 226, para. 92.

80 *Ibid.*, para. 79.

aus der Martens'schen Klausel ableiten lassen.⁸¹ In ähnlicher Weise hat auch das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, der „humanitäre Kern der Haager Landkriegsordnung“ sei über die Martens'sche Klausel verbindlich.⁸²

Beide Entscheidungen belegen aber, dass sich etwaige originäre rechtliche Bindungen aus der Klausel – wenn überhaupt – auf einen Kernbestand des humanitären Völkerrechts beschränken, gegen deren Existenz und Geltung keine *persistent objection* erkennbar ist. Dies hat zur Folge, dass der Martens'schen Klausel für die Frage einer etwaigen Sperre von *persistent objection* keine Relevanz zukommt.⁸³

c) Persistent objection und vertragliche Regime

Obwohl sich *persistent objection* auf den Widerspruch gegen die Herausbildung neuer *gewohnheitsrechtlicher* Normen bezieht, lassen sich Wechselbeziehungen zwischen vertraglichen Regimen, insbesondere dem Ersten Zusatzprotokoll, und einer möglichen *persistent objection* feststellen.⁸⁴

So ist zu erwägen, ob nicht Signatarstaaten durch ihre Unterschrift und im Lichte von Art. 18 lit. a) der WVK⁸⁵ die Berechtigung verlieren, als *persistent objector* gegenüber solchen gewohnheitsrechtlichen Normen aufzutreten, die dem jeweiligen Vertrag entstammen, es sei denn die fragliche Bestimmung bildet den Gegenstand eines zulässigen Vorbehalts.

d) Persistent objection und Parallelnormen des Völkerstrafrechts

Darüber hinaus kann der Status als *persistent objector* aber auch durch die Akzeptanz paralleler völkerstrafrechtlicher Instrumente verloren gehen. So hat das Rom-Statut zumindest Teile des ZP I inkorporiert⁸⁶ und darüber hinaus nicht zuletzt das im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt anwendbare Recht signifikant weiterentwickelt.⁸⁷

81 ICTY, Trial Chamber, *The Prosecutor v. Milan Martić*, IT-95-11-R61, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence of 8 March 1996, para. 13, zitiert nach A. Cassese (Anm. 78), 187, 205 (Fn 60).

82 BVerfG, Beschluss vom 26. Oktober 2004, 2 BvR 955/00, Rn. 109; siehe zu diesem Aspekt der Entscheidung auch T. Schweisfurth, Die verfassungsgerichtlich eingetribute Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, NVwZ 2005, 1261, 1263.

83 Vgl. C. Greenwood, Historical Development and Legal Basis, in: D. Fleck (Hrsg.), *The Handbook of International Humanitarian Law* (2. Auflage 2008), Rn. 130.

84 Vgl. allgemein zu den Wechselbeziehungen zwischen Völkervertragsrecht und Gewohnheitsrecht Y. Dinstein, *The interaction between customary international law and treaties*, Recueil des cours 322 (2006), 243 ff.

85 M.E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (2009), 241 ff.; O. Corten, *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités: Commentaire Article par Article* (2006), 589 ff.

86 Viele Bestimmungen des ZP I werden vom Rom-Statut als Völkergewohnheitsrecht angesehen: vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. b Rom-Statut; siehe hierzu auch die Kommentierung zu diesem Abschnitt von M. Cottier (Anm. 6), Art. 8 Rn. 30-234.

87 So erfasst das Rom-Statut anders als das ZP II auch bewaffnete Konflikte zwischen bewaffneten Gruppen untereinander und enthält darüber hinaus einen umfassenderen Katalog an strafbaren Handlungen, womit eine Angleichung an die Vorschriften zum internationalen bewaffneten Konflikt erreicht wurde: vgl. hierzu A. Zimmermann (Anm. 1), Art. 8 Rn. 235 ff.; G. Werle (Anm. 61), Rn. 942; M. Bothe (Anm. 24), 379, 417 f.

Dabei erstreckt sich die Zuständigkeit des IStGH auch auf Drittstaatsangehörige, sofern Straftaten auf dem Gebiet einer Vertragspartei begangen werden.⁸⁸

Die Signatarstaaten, beziehungsweise erst recht die Vertragsparteien des Statuts, haben damit zugleich implizit anerkannt, dass die im Rom-Statut kodifizierten Tatbestände auch gewohnheitsrechtlich gelten und haben sich damit zugleich der Möglichkeit begeben, insoweit noch als *persistent objector* aufzutreten. Diese Situation gilt speziell für die USA auch deshalb, weil sie einerseits im Jahr 2005 der Sicherheitsratsresolution 1593 (2005) zu Darfur nicht entgegen getreten waren.⁸⁹ Zudem haben die USA im Irak als Besatzungsmacht⁹⁰ auf der Grundlage eines mit dem Rom-Statut praktisch wortgleichen Statuts⁹¹ *ex post facto* die Zuständigkeit des Sondertribunals für die dortigen, teilweise aus dem ZP I abgeleiteten Straftatbestände begründet, was einmal mehr deren gewohnheitsrechtliche Geltung voraussetzt.

2. Humanitäres Völkerrecht und multilaterale Militäreinsätze

a) Zurechnungsfragen

Ein weiteres Problem der Anwendbarkeit *ratione personae* von Regeln des humanitären Völkerrechts bezieht sich auf multinationale Militäreinsätze. Die Entscheidung des EGMR in den Fällen *Behrami* und *Saramati*⁹² hat gezeigt, dass die Frage der Zurechenbarkeit des Handelns nationaler Truppenkontingente und ihrer Angehöriger im Kontext multinationaler Militäroperationen eine enorme Bedeutung besitzt. Dies gilt *mutatis mutandis* auch für das humanitäre Völkerrecht.

Die langjährige Praxis der Vereinten Nationen geht dabei bekanntlich dahin, dass die Organisation im Außenverhältnis jedenfalls immer dann haftet, wenn sie über ‚operational command and control‘ verfügt, mit anderen Worten, wenn sie über Art, Zeit und Ort des einzelnen konkreten Einsatzes entscheidet.⁹³ Nicht zuletzt diese Praxis hat auch

88 Vgl. Art. 12 Abs. 2 lit. a); siehe hierzu auch die Kommentierung von *S.A. Williams/W.A. Schabas*, in: O. Triffterer (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article* (2. Auflage 2008), Art. 12 Rn. 15.

89 Siehe speziell zum Fall der USA *C. Heyder*, *The U.N. Security Council's Referral of Crimes in Darfur to the International Criminal Court in the Light of U.S. Opposition to the Court: Implications for the International Criminal Court's Functions and Status*, *Berkley JIL* 24 (2006), 650 ff.; vgl. allgemein zur Überweisung des Sicherheitsrates von Verbrechen im Zusammenhang mit dem Darfur-Konflikt *M. Neuner*, *The Darfur Referral of the Security Council and the Scope of the Jurisdiction of the International Criminal Court*, *YIHL* 8 (2005), 320 ff.; *Y. Aksar*, *The UN Security Council and the Enforcement of Individual Criminal Responsibility: The Darfur Case*, *African Journal of Int'l Law and Comparative Law* 14 (2006), 104 ff.

90 Zum Status der USA als Besatzungsmacht im Irak vgl. näher *R. Wolfrum*, *Iraq: From Belligerent Occupation to Iraqi Exercise of Sovereignty: Foreign Power versus International Community Interference*, *Max Planck Yearbook of UN Law* 9 (2005), 1 ff.; *P.J. Walker*, *Iraq and Occupation*, in: D. Wippermann/M. Evangelista (Hrsg.), *New Wars, New Laws?* (2005), 259 ff.

91 *The Statute of The Iraqi Special Tribunal*, Coalition Provisional Authority, Order Number 48 of 10 December 2003; ersetzt durch *Law of the Supreme Iraqi Criminal Tribunal of 9 October 2005*, *Official Gazette of the Republic of Iraq* Nr. 4006 of 18 October 2005.

92 EGMR, *Agim Behrami and Bekir Behrami ./. France* (Nr. 71412/01) und *Ruzhdi Saramati ./. France, Germany and Norway* (Nr. 78166/01), Decision of 2 May 2007.

93 ILC Report 2004, UN Doc. A/59/10, 112; *K. Schmalenbach*, *Die Haftung Internationaler Organisationen* (2004), 166 ff.; *C.F. Amerasinghe*, *Principles of the Institutional Law of International Organizations* (2. Auflage 2005), 401 ff.

die ILC dazu bewegen, in Art. 5 der Draft Articles on the Responsibility of International Organizations das Kriterium einer ‚effektiven Kontrolle‘ als Erfordernis einer Haftung der betroffenen Organisation einzuführen.⁹⁴ Dabei ist darauf abzustellen, ob *im Einzelfall* die Organisation faktisch das Verhalten der fraglichen Truppeneinheit zu steuern vermag.⁹⁵ Dies bedeutet, dass bei bloß mandatierten Operationen von vorne herein keine Zurechnung zu den Vereinten Nationen in Betracht kommt, weil sich die Kontrolle seitens der Vereinten Nationen auf die bloße Mandatierung und gegebenenfalls auf etwaige Berichtspflichten beschränkt, ohne dass die Organisation Einfluss auf den konkreten Truppeneinsatz hätte.⁹⁶

Daraus folgt im Ergebnis, dass zumindest in gewissen, engen Grenzen im Einzelfall humanitär-völkerrechtlich relevante Handlungen einer internationalen Organisation zurechenbar sind.⁹⁷ Damit stellt sich aber die weitere Frage nach dem auf sie anwendbaren materiellen Recht.

b) Anwendbares Recht

Eine Bindung internationaler Organisationen an *vertragliche* Schutzstandards kommt sowohl aus formalen als auch aus materiellen Gründen nicht in Betracht. Bereits *formal* können evidenterweise bei dem bisherigen Stand der Entwicklung des humanitären Völkerrechts internationale Organisationen nicht Vertragsparteien der einschlägigen völkerrechtlichen Verträge werden. In *materieller* Hinsicht kommt hinzu, dass wohl nie alle Mitglieder der jeweiligen Organisation identische vertragliche Bindungen eingegangen sind oder eingehen wollen.⁹⁸

Dementsprechend kommt immer nur eine Bindung der betroffenen internationalen Organisation an *gewohnheitsrechtliche* Normen in Betracht, was einmal mehr die Bedeutung des Völkergewohnheitsrechts im humanitären Völkerrecht belegt.⁹⁹ In jedem Fall setzt aber die Anwendbarkeit der Regeln des humanitären Völkerrechts im Verhältnis zu einer internationalen Organisation voraus, dass die Organisation Partei eines bewaffneten Konflikts geworden ist. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Truppen,

94 ILC Report 2004, UN Doc. A/59/10, 113 ff.

95 K.M. Larsen, Attribution of Conduct in Peace Operations: The ‚Ultimate Authority and Control‘ Test, European JIL 19 (2008), 509, 515; M. Hirsch, The Responsibility of International Organizations toward Third Parties (1995), 66 f; vgl. für eine Zurechnung zu den truppenstellenden Staaten auch: High Court of England and Wales, *Bici v. Ministry of Defence*, 2004 EWHC 786 (QB), Judgement of 7 April 2004, und Österreichischer Oberster Gerichtshof, Beschluss vom 27. Februar 1996, 4 Ob 1521/96, IPrax 1997, 345.

96 M. Milanović/T. Papia, As Bad As It Gets: The European Court of Human Rights‘ *Behrami and Saramati* Decision and General International Law, ICLQ 58 (2009), 267, 288; H. Krieger, A Credibility Gap: The Behrami and Saramati Decision of the European Court of Human Rights, Journal of International Peacekeeping 13 (2009), 159, 166 f.; F. Messineo, The House of Lords in *Al-Jedda* and Public International Law: Attribution of Conduct to UN-authorized Forces and the Power of the Security Council to Displace Human Rights, Netherlands ILR 56 (2009), 35, 42 f.

97 M. Zwanenburg, Accountability under International Humanitarian Law for United Nations and North Atlantic Treaty Organization Peace Support Operations (2004), 216.

98 R. Murphy, United Nations Military Operations and International Humanitarian Law: What Rules Apply to Peacekeepers?, Criminal Law Forum 14 (2003), 153, 192.

99 M. Bothe, Abschnitt 8: Friedenssicherung und Kriegsrecht, in: W. Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht (4. Auflage 2007), Rn. 62; M. Zwanenburg (Anm. 97), 219.

wie im Fall UNOSOM II, im Rahmen eines robusten Peace-Keeping faktisch die Schwelle zu Kampfhandlungen überschreiten.¹⁰⁰

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten der Organisation und insbesondere die truppenstellenden Staaten eine aus dem gemeinsamen Art. 1 der Genfer Konventionen abgeleitete Rechtspflicht trifft, darauf hinzuwirken, dass die Organisation ihrerseits die Vorgaben der Abkommen einhält.¹⁰¹ Selbst wenn man den Standpunkt vertritt, dass sich diese Verpflichtung nur auf die Einhaltung der Vorgaben der Konventionen als *vertragliche* Verpflichtungen bezieht, wird davon auszugehen sein, dass neben der vertraglichen Pflicht aus Art. 1 eine parallele *gewohnheitsrechtliche* Pflicht besteht, welche auch gegenüber internationalen Organisationen Geltung beansprucht.¹⁰²

Ferner spricht viel dafür, analog zur *Waite-and-Kennedy*-Rechtsprechung¹⁰³ des EGMR auch in Bezug auf die Genfer Konventionen eine völkerrechtliche Pflicht anzunehmen, um sicherzustellen, dass die Einordnung in ein System kollektiver Sicherheit nicht zu einer unzulässigen Einschränkung der anwendbaren humanitärvölkerrechtlichen Standards führt.

3. Wirksamkeit des humanitären Völkerrechts und Einsatz privater Militärfirmen

Eine weitere Art des *Outsourcing* kriegsrechtlich relevanter Handlungen betrifft die Übertragung militärischer Aufgaben an private Militär- und Sicherheitsfirmen. Diese übernehmen heutzutage eine ganze Bandbreite an militärischen Aufgaben bis hin zur direkten Teilnahme an Kampfhandlungen. Das hat zur Folge, dass sich vielfältige, zum Teil neuartige Fragen des humanitären Völkerrechts stellen. An dieser Stelle soll die Untersuchung auf das Problem der Einhaltung humanitärvölkerrechtlicher Standards *durch* solche privaten Militärfirmen beschränkt bleiben.

Insbesondere stellt sich die Frage, wem deren Handlungen zugerechnet werden können. Eine Zurechnung auf der Grundlage von Art. 4 der ILC Articles on State Responsibility¹⁰⁴ scheitert regelmäßig an der fehlenden formellen Eingliederung in die Streitkräfte des anstellenden Staates.¹⁰⁵

Für eine Zurechnung als *de facto*-Organe im Sinne von Art. 5 der ILC-Articles bedürfte es einer – um die Worte des IGH zu benutzen – vollständigen Abhängigkeit, einer

100 R. Murphy (Anm. 98p), 153, 181; D. Shraga, The United Nations as an actor bound by international humanitarian law, *International Peacekeeping* 5 (1998), 64, 76; Secretary-General's Bulletin on Observance by United Nations forces of international humanitarian law, UN Doc. ST/SGB/1999/13, abgedruckt in: 1999 ILM 1656.

101 Vgl. C. Greenwood (Anm. 69), 3, 18 ff.; vgl. auch *The Prosecutor v. Duško Tadic*, (Anm. 1), para. 93.

102 *Ibid.*; C. Swinarski (Anm. 69), Vol. II, 1519, 1523 f.

103 EGMR, *Waite and Kennedy J. Germany*, Nr. 26083/94, Judgement of 18 February 1999.

104 Vgl. allgemein zur Zurechnung des Verhaltens staatlicher Organe zum Staat die Kommentierung der ILC zu Art. 4 der Artikel über Staatenverantwortlichkeit (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, YILC 2001, Vol. II, Part Two, 40 ff.) und die zahlreichen dortigen Beispiele aus der Rechtsprechung (z.B. IGH, *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion of 29 April 1999, ICJ Reports 1999, 62, para. 62, sowie StIGH, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)*, *Merits*, Judgment of 25 May 1926, PCIJ Series A, No. 7, 17).

105 C. Hoppe (Anm. 70), 989, 991.

,complete dependence', dieser Personen von dem anstellenden Staat, deren bloße Instrumente sie damit wären.¹⁰⁶ Jedenfalls bei größeren Militärfirmen, die für Entwicklungsländer tätig werden, ist dies wohl nicht immer der Fall.

Schließlich erscheint es auch fraglich, ob in jedem Fall eine Zurechnung nach Art. 8 in Betracht kommt.¹⁰⁷ Dies jedenfalls dann, wenn man der im *Bosnien*-Fall ausdrücklich bestätigten strikten Linie des *Nicaragua*-Urteils des IGH folgt.¹⁰⁸

Vorbehaltlich einer eventuellen umfassenden Verantwortung als Besatzungsmacht¹⁰⁹ ist damit nicht umfassend sichergestellt, dass der anstellende Staat völkerrechtlich für die Handlungen privater Militärfirmen haftet. Vor diesem Hintergrund gewinnt die Sicherstellungsverpflichtung des gemeinsamen Art. 1 besondere Bedeutung. Insbesondere haben die betroffenen Staaten durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass Angehörige privater Militärfirmen die Vorgaben des humanitären Völkerrechts einhalten und dass sie bei Verstößen disziplinarischen beziehungsweise strafrechtlichen Maßnahmen unterworfen werden.¹¹⁰

C. Interne und externe Systemkohärenz des humanitären Völkerrechts als Wirksamkeitsvoraussetzung

Weitere inhärente Wirksamkeitsvoraussetzung des Humanitären Völkerrechts ist die interne und externe Systemkohärenz. Denn nur bei einem zumindest weitgehenden Fehlen von Wertungswidersprüchen sowohl innerhalb des humanitären Völkerrechts selbst, als auch gegenüber dem allgemeinen Völkerrecht, ist von dessen Wirksamkeit auszugehen.

Eine erste Frage betrifft dabei die nach der andauernden Relevanz der Differenzierung zwischen internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikten.

106 IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment of 12 June 1986, ICJ Reports 1986, 14, para. 110; *id.*, *Case Concerning The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, para. 392, abrufbar unter: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>.

107 Vgl. allgemein zur Zurechnung des Verhaltens staatlicher Organe zum Staat die Kommentierung der ILC zu Art. 8 zu den Artikel über Staatenverantwortlichkeit: Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, YILC 2001, Vol. II, Part Two, 47 ff.; sowie IGH, *Military and Paramilitary Activities in und and against Nicaragua*, (Anm. 106), 14, paras. 109, 115; ferner *The Prosecutor v. Duško Tadic*, (Anm. 1), para. 117.

108 IGH, *Case Concerning The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, (Anm. 106), para. 401.

109 Vgl. Art. 47-78 GK IV; zur Anwendbarkeit der Genfer Konventionen und dem Umfang der daraus folgenden Pflichten vgl. *S. Wills*, *Occupation Law and Multi-national Operations: Problems and Perspectives*, British YIL 77 (2006), 256, 257 ff.

110 *C. Hoppe* (Anm. 70), 989, 993 f.; University Centre for International Humanitarian Law Geneva, Expert Meeting on Private Military Contractors: Status and Responsibility for Their Actions (2005), 61 f., abrufbar unter http://www.adh-geneve.ch/pdfs/2rapport_compagnies_privees.pdf.

I. Interne Systemkohärenz: Internationale v. nicht-internationale bewaffnete Konflikte zwischen historischen Unterschieden und zunehmender Konvergenz

1. Ausgangslage

Die vielfältigen *Gründe* für das Zögern der Staaten, nicht-internationale bewaffnete Konflikte dem vollen Schutzregime des humanitären Völkerrechts zu unterstellen, sind hinreichend bekannt.¹¹¹

Als *Mittel* der gewollten Beschränkung des Anwendungsbereiches des humanitären Völkerrechts wurden zwei Wege gewählt: Zum einen wurden bestimmte Schwellen eingeführt, unterhalb derer *per se* die Regeln des bewaffneten Konflikts keine Anwendung fanden, und zum anderen blieb es lange bei einer signifikanten Beschränkung der anwendbaren materiellen Regeln.

2. Absenkung relevanter Anwendungsschwellen

Wie bereits erwähnt, wurde mittlerweile jedoch diese hohe Schwelle des ZP II für die Zwecke des Gewohnheitsrechts nicht unerheblich abgesenkt.¹¹² Ferner erstreckt sich der Anwendungsbereich der anwendbaren Regeln inzwischen auch auf bewaffnete Konflikte zwischen verschiedenen nicht-staatlichen Gruppen.¹¹³

3. Parallelisierung des anwendbaren materiellen Rechts

Daneben ist aber auch im Bereich des anwendbaren Rechts sowohl die vertragsrechtliche als auch die gewohnheitsrechtliche Entwicklung in großem Umfang über die Differenzierung zwischen internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikten hinweggegangen. So geht die IKRK-Gewohnheitsrechtsstudie davon aus, dass von den dort aufgeführten 161 Regeln nur insgesamt zehn *nicht* auf Bürgerkriege anwendbar seien; bei weiteren acht Regeln sei dies zweifelhaft.¹¹⁴ Umgekehrt gelten damit aber mehr als 140 dieser Regeln aus der Sicht des IKRK *unzweifelhaft* für alle Arten bewaffneter Konflikte.¹¹⁵ Man mag zwar über die gewohnheitsrechtliche Qualifikation der ein oder anderen der dort aufgeführten Regeln streiten.¹¹⁶ Entscheidend ist aber das Gesamtbild der weitestgehenden Verschleifung der in beiden Konfliktarten anwendbaren gewohnheitsrechtlichen Regelungen.

Eine solche Parallelisierung lässt sich auch im modernen Vertragsrecht nachweisen. So sind in der Zeit nach 1977 in vielen Fällen vertragliche Regelungen von vorne herein

111 Die Staaten zögerten insb., weil sie in den Regeln über nicht-internationale bewaffnete Konflikte eine Gefahr für ihre Souveränität und eine Einmischung in ihre inneren Angelegenheiten sahen sowie weil sie eine Stärkung von Rebellengruppen in ihrem Staatsgebiet vermeiden wollten: vgl. *K. Ipsen* (Anm. 6), § 65 Rn. 18; *S.-S. Junod* (Anm. 1), Rn. 4412 (ZP II, General introduction).

112 Siehe oben unter B. I. 1.

113 *The Prosecutor v. Duško Tadić*, (Anm. 1), para. 70.

114 *J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck*, Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules (2005).

115 *Ibid.*

116 Kritisch zur Studie u.a. *J.B. Bellinger III/W.J. Haynes II*, A US government response to the International Committee of the Red Cross study Customary International Humanitarian Law, IRRC 89 (2007), 443 ff.; *G.H. Aldrich*, Customary International Humanitarian Law: an Interpretation on Behalf of the International Committee of the Red Cross, British YIL 76 (2005), 503 ff.; vgl. *M. Bothe*, Customary International Law: Some Reflections on the ICRC Study, YIHL 8 (2005), 143 ff.

sowohl für auf internationale und nicht-internationale bewaffnete Konflikte anwendbar erklärt worden. Dies gilt etwa für Art. 38 der Kinderrechtskonvention, die UN-Söldnerkonvention, die C-Waffenkonvention, das Abkommen über Antipersonenminen, Protokoll V zum VN-Waffenübereinkommen über explosive Kampfmittelrückstände oder zuletzt das Übereinkommen über Streumunition.¹¹⁷

Im Falle älterer Verträge, die ursprünglich nur auf internationale bewaffnete Konflikte anwendbar waren, so etwa die Haager Konvention zum Kulturgüterschutz und der Rahmenvertrag zum VN-Waffenübereinkommen,¹¹⁸ wurde deren Geltung nachträglich im Wege von Zusatzprotokollen auf nicht-internationale bewaffnete Konflikte erstreckt.¹¹⁹

Besonders deutlich lässt sich diese Parallelisierung im Kernbereich der Kriegsverbrechenstatbestände nachweisen. Noch das ZP II aus dem Jahre 1977 kannte das Konzept der *grave breaches* nicht. Auch war man bis zu der *Tadic*-Entscheidung des ICTY davon ausgegangen, dass Verstöße gegen den gemeinsamen Art. 3 keine völkerstrafrechtliche Relevanz haben,¹²⁰ hatte doch der Sicherheitsrat auf eine Auflistung möglicher Bürgerkriegsverbrechen verzichtet. Bereits das ICTR-Statut hatte dann aber *ausdrücklich* sowohl Verstöße gegen den gemeinsamen Art. 3 als auch Verstöße gegen das ZP II strafbar gestellt.¹²¹

Diese Assimilierungstendenzen haben sich seitdem immer stärker fortgesetzt. So sieht etwa das mittlerweile von mehr als hundert Staaten ratifizierte und vom Sicherheitsrat rezipierte Römische Statut¹²² vor, dass fast die Hälfte aller Kriegsverbrechenstatbestände gleichermaßen in internationalen als auch in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten anwendbar sind.¹²³ Nationale Umsetzungsgesetze wie etwa das deutsche

117 Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, 1577 UNTS 3; International Convention Against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries, 4 December 1989, 2163 UNTS 75; Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction, 3 September 1992, 1974 UNTS 45; Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction, (Anm. 55); Protocol on Explosive Remnants of War to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects, 28 November 2003, Doc.CCW/MSP/2003/2; Convention on Cluster Munitions, 30 May 2008, noch nicht in Kraft getreten, abrufbar unter http://www.clusterconvention.org/downloadablefiles/ccm77_english.pdf (zuletzt abgerufen 5. Juni 2009).

118 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 14 May 1954, 249 UNTS 240; Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects (with Protocols I, II and III), 10 October 1980, 1342 UNTS 137.

119 Vgl. E.-R. Hönes, Zur Ratifizierung des Zweiten Protokolls von 1999 zur Haager Konvention zum Schutz von Kulturgut von 1954, DÖV 2008, 911 ff.

120 *The Prosecutor v. Duško Tadic*, (Anm. 1), paras. 79, 83; A. Zimmermann, in: W. Joecks/K. Miebach, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/2: Nebenstrafrecht III – Völkerstrafgesetzbuch (im Erscheinen), § 8 VStGB Rn. 48; M. Cottier (Anm. 6), Art. 8 Rn. 3; C. Kress, War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice, Israel YHR 30 (2001), 103, 104 f.; T. Meron, International Criminalization of International Atrocities, American JIL 89 (1995), 554, 559.

121 Statute of the International Tribunal for Rwanda, SC Res. 955 (1994), 8 November 1994, Annex.

122 Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, 2187 UNTS 3.

123 Obwohl etwa die USA zunächst versucht hatten, die Strafbarkeit auf den gemeinsamen Art. 3 zu beschränken, siehe UN Doc. A/AC.249/1997/WG.1/DP.1.

Völkerstrafgesetzbuch¹²⁴ gehen noch weiter und enthalten nur noch in geringen Randbereichen strukturell bedingte Differenzierungen.¹²⁵

4. Rechtspolitische Bewertung

Diese doppelte Entwicklung der Erweiterung des Anwendungsbereichs der Regeln für nicht-internationale bewaffnete Konflikte einerseits, sowie der Angleichung des materiellen Rechts andererseits ist zu begrüßen.

Hintergrund der *Ausdehnung des Anwendungsbereichs* der Regeln über nicht-internationale bewaffnete Konflikte ist dabei allerdings auch der Umstand, dass die strukturellen souveränitätsorientierten Ursachen, welche aus der Sicht vieler Staaten früher gegen eine solche Ausdehnung und Angleichung sprachen, angesichts der gegenwärtigen Konflikte teilweise an Bedeutung verloren haben. Nicht wenige Staaten haben nämlich heute vielmehr ein Interesse, das humanitäre Völkerrecht, und dabei vor allem die Regeln des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts, in bestimmten Situationen zur Anwendung zu bringen, um damit jedenfalls zu versuchen, sich soweit wie möglich menschenrechtlichen Bindungen jedenfalls durch eine *lex-specialis*-Argumentation entziehen zu können.¹²⁶

Dies hängt damit zusammen, dass es heute – anders als noch etwa zur Zeit der Entstehung des ZP II – weitgehend unbestritten sein dürfte, dass Menschenrechtsschutzverträge auch während bewaffneter Konflikte und zudem auch extraterritorial anwendbar sind.¹²⁷

Dies führt zu einer durchaus nicht unproblematischen Funktionsumkehr des humanitären Völkerrechts. Denn solange davon ausgegangen werden musste, menschenrechtliche Verbürgungen seien in bewaffneten Konflikten *per se* nicht anwendbar, bildeten die Regeln des humanitären Völkerrechts, und dabei insbesondere die auf nicht-internationale bewaffnete Konflikte anwendbaren Normen, einen in jedem Fall anwendbaren

124 Völkerstrafgesetzbuch, 26. Juni 2002, BGBl. I S. 2254.

125 So beschränkt sich das deutsche Völkerstrafgesetzbuch darauf in § 8 Abs. 3 bestimmte Handlungen, die grundsätzlich nur in internationalen bewaffneten Konflikten vorkommen (wie z.B. die Überführung der eigenen Zivilbevölkerung in ein besetztes Gebiet oder die Nötigung Angehöriger der Gegenseite zu Kampfhandlungen gegen deren eigenes Land) auch nur in diesem Kontext unter Strafe zu stellen, während der deutlich längere Katalog des Abs. 1 und 2 ausdrücklich sowohl für den internationalen wie auch den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt gilt. Vgl. hierzu auch *G. Werle* (Anm. 61), Rn. 1275; sowie *A. Zimmermann* (Anm. 120), § 8 VStGB Rn. 56. Vgl. zu Straftaten, die allein in einem internationalen bewaffneten Konflikt auftreten können auch *id.*, in: (Anm. 1), Art. 8 Rn. 239.

126 Vgl. auch *P. Alston/J. Morgan-Foster/W. Abresch*, The Competences of the UN Human Rights Council and its Special Procedures in relation to Armed Conflicts: Extrajudicial Executions in the 'War on Terror', *EJIL* 19 (2008), 183, 191 ff.; vgl. auch *The Public Committee Against Torture in Israel v. The Government of Israel*, (Anm. 25), para. 18. Ein weites Verständnis des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts vertritt auch der US Supreme Court, *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld et al.*, (Anm. 10).

127 *G. Verdrame*, Human Rights in Wartime: A Framework for Analysis, *EHRLR* 13 (2008), 689, 693 f.; *D. Lorenz*, Der territoriale Anwendungsbereich der Grund- und Menschenrechte: zugleich ein Beitrag zum Individualschutz in bewaffneten Konflikten (2005), 199, 297; auch *P. Alston/J. Morgan-Foster/W. Abresch* (Anm. 126), 183, 196 ff. mit zahlreichen Beispielen aus der Praxis der Menschenrechtskommission in Fn 63; Leitlinien der Europäischen Union zur Förderung der Einhaltung der Normen des humanitären Völkerrechts, *EU Amtsblatt* 48 (2005), C327/04, Rn. 12; *A. Orakhelashvili*, The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?, *European JIL* 19 (2008), 161, 162 ff.

Mindeststandard, ein humanitäres Sicherheitsnetz.¹²⁸ In dem Maße aber, in dem menschenrechtliche Garantien auch in solchen Situationen Platz greifen, besteht die Gefahr, dass im völkerrechtspolitischen Diskurs einer breiteren Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts das Wort geredet wird, um die Geltung menschenrechtlicher Normen auszuschließen.¹²⁹

Für eine *Angleichung* der auf internationale und nicht-internationale bewaffnete Konflikte anwendbaren Regeln spricht, dass es wenig praktikabel ist, in einem faktisch einheitlichen militärischen Konflikt, der sowohl Elemente eines internationalen und eines nicht-internationalen Konflikts aufweist,¹³⁰ unterschiedliche Standards zur Anwendung zu bringen.

Weiterhin lässt sich im Falle einer Drittintervention in einer Bürgerkriegssituation weder für die beteiligten Staaten noch für die handelnden Individuen immer erkennen, wann die Beteiligung des Drittstaates und dessen Kontrolle über nichtstaatliche Konfliktparteien ein Maß erreicht, aufgrund dessen der Konflikt internationalisiert wird.¹³¹ Dies hat zur Folge, dass bei der Beibehaltung unterschiedlicher materieller Normen eine Unsicherheit über die dann jeweils anwendbaren kriegsrechtlichen Normen bestehen kann.

Dies gilt umso mehr im Lichte der *Tadic*- beziehungsweise der *Nicaragua/Bosnien*-Rechtsprechung des ICTY beziehungsweise des IGH.¹³² Denn die vom IGH bestätigte strikte Haltung zur Frage der Zurechnung stellt auch die andauernde Gültigkeit des ‚overall control‘-Tests für die Zwecke der Qualifikation eines bewaffneten Konflikts als international oder nicht-international in Frage, selbst wenn der IGH diese Frage in seinem *Bosnien*-Urteil ausdrücklich offen gelassen hat.¹³³ Letztlich lässt sich damit die Gefahr nicht von der Hand weisen, dass die befassen Spruchkörper auch im Hinblick auf die Qualifikation eines bewaffneten Konflikts zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen könnten, je nachdem ob Streitgegenstand Fragen der Staatenverantwortlichkeit oder eine individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit ist.

Je mehr sich aber die *materiellen* Standards angleichen, umso weniger fallen die Konsequenzen einer solchen unterschiedlichen Qualifikation ins Gewicht. Insgesamt wird man es begrüßen können, dass die Konvergenz zwischen den *jus in bello*-Regeln des internationalen und des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts und damit die in-

128 K. Ipsen (Anm. 6), 1196; C. Greenwood (Anm. 83), Rn. 101.

129 Vgl. nur A. Orakhelashvili (Anm. 127), 161, 166.

130 So beispielsweise der bewaffnete Konflikt zwischen Israel und der Hisbollah auf libanesischem Territorium im Sommer 2006; dazu z.B. A. Zimmermann (Anm. 27), 99 ff.

131 Hierzu muss eine enge personelle, organisatorische und logistische Verflechtung zwischen dem Drittstaat und der jeweiligen Gruppe bestehen, etwa dadurch, dass der Staat eine Rolle bei der Organisation, Koordinierung oder Planung militärischer Aktionen der jeweiligen Gruppe hat und an der Finanzierung, Ausrüstung und Ausbildung der Gruppe beteiligt ist: ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Duško Tadic*, (Anm. 1), para. 137; A. Zimmermann (Anm. 1), Art. 8 Rn. 253 ff., insb. 259 mwN; *id.*, in: W. Joecks/K. Miebach, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/2: Nebenstrafrecht III – Völkerstrafgesetzbuch (im Erscheinen), § 8 VStGB Rn. 99 mwN.

132 *The Prosecutor v. Duško Tadic*, (Anm. 1), para. 137; IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, (Anm. 106), 14, para. 110; *id.*, *Case Concerning The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, (Anm. 106), paras. 392, 401.

133 *Ibid.*, para. 404; vgl. hierzu die Anmerkung von M. Spinedi, *On the Non-Attribution of the Bosnian Serbs' Conduct to Serbia*, *Journal of Int'l Criminal Justice* 5 (2007), 829 ff.

terne Systemkohärenz weit fortgeschritten ist und angesichts der Herausforderungen neuer ‚transnationaler‘ Konflikte weiter voranschreiten wird.

II. Externe Systemkohärenz: (Mögliche) Besonderheiten der Völkergewohnheitsrechtsentwicklung im Bereich des humanitären Völkerrechts

Nicht zuletzt die aufgezeigten Weiterentwicklungen führen schließlich zur Frage der externen Systemkohärenz, und damit zu der Frage, ob das humanitäre Völkerrecht bei der Weiterentwicklung des Völkergewohnheitsrechts Grundfragen der völkerrechtlichen Quellenlehre neu beantwortet. Denn nach wie vor kommt dem Völkergewohnheitsrecht im Bereich des humanitären Völkerrechts eine wesentliche Rolle zu. Dies wird nicht zuletzt durch die intensive Diskussion im Nachgang zur IKRK-Gewohnheitsrechtstudie belegt.¹³⁴ Gründe für diese große Bedeutung sind unter anderen die fehlende Universalität wesentlicher Vertragswerke wie der beiden Zusatzprotokolle,¹³⁵ die ungenügende Kodifikation für den Bereich nicht-internationaler Konflikte, sowie die Rolle des Gewohnheitsrechts bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe in humanitärvölkerrechtlichen Verträgen.¹³⁶ Hinzu kommt weiterhin die Bindung auch nicht-staatlicher Gruppen und internationaler Organisationen an *gewohnheitsrechtliche* Normen, die teilweise nur für gewohnheitsrechtliche Normen anerkannte unmittelbare Anwendbarkeit in innerstaatlichen Rechtsordnungen, und schließlich der dynamische Charakter des Gewohnheitsrechts. Vor eben diesem Hintergrund sollen etwaige *Besonderheiten* bei der Gewohnheitsrechtsbildung im Bereich des humanitären Völkerrechts skizziert werden.

Eine *erste* Besonderheit betrifft den Umstand, dass jedenfalls die Regeln über internationale bewaffnete Konflikte durch das ZP I *en détail* nicht nur kodifiziert, sondern zugleich weiterentwickelt wurden, welches mittlerweile einen Ratifikationsstand von 168 Staaten aufweist. Daneben haben fünf weitere Staaten das Protokoll unterschrieben. Vor diesem Hintergrund erweist es sich als nicht einfach, die – wie wir spätestens seit dem *Nicaragua*-Urteil wissen, grundsätzlich mögliche¹³⁷ – parallele Anwendung vertraglicher Normen von derjenigen gewohnheitsrechtlicher Normen zu trennen. Evidenterweise kann hier nicht zuletzt die Praxis von Drittstaaten oder *gegenüber* Drittstaaten aufschlussreich sein. Im Lichte des Grundsatzes der souveränen Gleichheit der Staaten kann aber deren Praxis nicht *per se* eine größere Bedeutung zukommen als der von Vertragsparteien des ZP I.¹³⁸

Besonders relevant – und bislang wenig beachtet – ist zudem die Praxis derjenigen Staaten, wie etwa diejenige Frankreichs oder des Vereinigten Königreichs, die erst in

134 M. Bothe (Anm. 116), 143 ff.; A. Abou-El-Wafa, Current Value of Customary International Humanitarian Law, *Revue égyptienne de droit international* 63 (2005), 1 ff.; J.-M. Henckaerts, Customary International Humanitarian Law: a Response to US Comments, IRRC 89 (2007), 473 ff.; G.H. Aldrich (Anm. 116), 503 ff.

135 Am 5. Juni 2009 hatten 168 Staaten das Erste Zusatzprotokoll und 164 Staaten das Zweite Zusatzprotokoll ratifiziert; während Frankreich und das Vereinigte Königreich mittlerweile Vertragsstaaten geworden sind, fehlen nach wie vor Staaten die die USA und Israel.

136 J. Kellenberger, Foreword, in: Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck (Hg.), Customary International Humanitarian Law (2005), S. x.

137 IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, (Anm. 106), 14, paras. 178 f.

138 C.G. Guldahl (Anm. 65), 51, 63; F. Pocar (Anm. 71), 145, 148 f.

den letzten Jahren Vertragspartei des ZP I geworden sind.¹³⁹ In weitem Umfang lässt sich nämlich hier nachweisen, dass sich deren Verhalten nach ihrem Vertragsbeitritt *nicht* geändert hat. Dies lässt den Schluss zu, dass die andauernde Einhaltung der ZP I-Standards vor *und* nach dem jeweiligen Vertragsbeitritt nicht ausschließlich vertragsinduziert war und ist.

Ebenso wenig darf der Praxis von Staaten, die wiederholt in bewaffnete Konflikte involviert waren, bei der Fortentwicklung des humanitären Völkerrechts eine größere Rolle zugestanden werden, als der nur in Friedenszeiten gesetzten Praxis anderer Staaten.¹⁴⁰ Andernfalls würden sich für diese zuletzt genannten Staaten negative Folgen aus ihrer Einhaltung der Verpflichtungen aus Art. 2 Abs. 3 und 4 der UN-Charta ergeben – ein so von der Völkerrechtsordnung kaum gewolltes Ergebnis.

Dies muss weiterhin auch einen Einfluss auf die Frage haben, was insoweit relevante Staatenpraxis ist. So war im Nachgang zur IKRK-Studie teilweise vertreten worden, dass etwa Militärhandbücher kein Beleg von Staatenpraxis, sondern lediglich Ausdruck von *opinio juris* sein könnten.¹⁴¹ Wäre dies zutreffend, würde sich die Frage stellen, in welcher Form dann überhaupt Staaten relevante Praxis setzen könnten, die nicht an bewaffneten Konflikten teilnehmen.

Eine *zweite* Auffälligkeit betrifft die Rolle internationaler Gerichte bei der Weiterentwicklung des humanitären Völkerrechts.¹⁴² Als Stichwort sei nur erneut das *Tadic*-Urteil des ICTY aus dem Jahr 1995 genannt.¹⁴³ Hier zeigen sich bei der Weiterentwicklung des Völkergewohnheitsrechts ein enges Zusammenspiel und die wechselseitige Verstärkung von Staatenpraxis, gerichtlicher Spruchpraxis, Praxis der Organe der internationalen Gemeinschaft sowie daran dann wieder anknüpfend Kodifikationsbestrebungen durch Staaten.¹⁴⁴ So konnte sich das *Tadic*-Urteil für die Begründung der völkerrechtlichen Strafbarkeit von Kriegsverbrechen in nicht-internationalen bewaffneten Konflik-

139 Das Erste Zusatzprotokoll wurde am 11.04.2001 von Frankreich und am 28.01.1998 vom Vereinigten Königreich ratifiziert.

140 Vgl. C.G. Guldahl (Anm. 65), 51, 63.

141 Vgl. H.H.G. Post, Some Curiosities in the Sources of the Law of Armed Conflict Conceived in a General International Legal Perspective, Netherlands YIL 15 (1994), 83, 99 f.; M. Bothe, Comments, in: H.H.G. Post (Hrsg.), International Economic Law and Armed Conflicts (1994), 35; W. von Heinegg, The Current State of International Prize Law, in: H.H.G. Post (Hrsg.), International Economic Law and Armed Conflict (1994), 5, 6.

142 Siehe hierzu Näheres bei E. Benvenisti, Customary International Law as a Judicial Tool for Promoting Efficiency, in: E. Benvenisti/M. Hirsch (Hrsg.), The Impact of International Law on International Cooperation: Theoretical Perspectives (2004), 85 ff.; S. Donaghue, Normative Habits, Genuine Beliefs and Evolving Law: Nicaragua and the Theory of Customary International Law, Australian YIL 16 (1995), 327, 337 ff.; E. Shamir-Borer, Revisiting Hamdan v. Rumsfeld's Analysis of the Laws of Armed Conflict, Emory ILR 21 (2007), 601 ff.

143 Siehe zu diesem näher oben unter C. I. 3.

144 Zur Bildung von Gewohnheitsrecht im Bereich des humanitären Völkerrechts vgl. allgemein S. Donaghue (Anm. 142), 327, 337 ff.; H.H.G. Post, The role of state practice in the formation of customary international humanitarian law, in: I.F. Dekker/H.H.G. Post (Hrsg.), On the Foundations and Sources of International Law (2003), 129 ff. Zu aktuellen Entwicklungen im Bereich des Völkergewohnheitsrechts siehe näher N. Petersen, Customary law without custom?: rules, principles, and the role of state practice in international norm creation, American University Int'l Law Review 23 (2008), 275 ff.; A.E. Roberts, Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation, American JIL 95 (2001), 757 ff.; 129 ff.; A.T. Guzman, Saving Customary International Law, Michigan JIL 27 (2006), 115 ff.; G. Norman, The Customary International Law Game, American JIL 99 (2005), 514 ff.

ten lediglich auf eine eher rudimentäre und vereinzelte Staatenpraxis stützen.¹⁴⁵ Es konnte sich aber immerhin bereits auf die Rechtsprechung des IGH beziehen, der den gewohnheitsrechtlichen Charakter des gemeinsamen Art. 3 bejaht hatte, ohne sich seinerseits überhaupt näher mit Staatenpraxis auseinandergesetzt zu haben.¹⁴⁶ Zudem hatte der Sicherheitsrat bereits kurz zuvor im Hinblick auf Ruanda sowohl Verstöße gegen den gemeinsamen Art. 3 als auch gegen das ZP II ausdrücklich für strafbar erklärt.¹⁴⁷

Diese im *Tadic*-Urteil als gegenwärtige *lex lata* angenommene Entwicklung wurde dann wiederum weitestgehend unwidersprochen als Widerspiegelung geltenden Völkergewohnheitsrechts angesehen und als solches im Rom-Statut und danach in den dortigen Elements of Crimes rezipiert.¹⁴⁸ Dies ist auch jenseits des vertraglichen Regimes relevant, weil – wie bereits erwähnt – die Erstreckung der Zuständigkeit des IstGH auf Drittstaatsangehörige zwingend eine gewohnheitsrechtliche Verankerung der dortigen Verbotssätze voraussetzt.¹⁴⁹ Der Inhalt der Kriegsverbrechenstatbestände des Römischen Statuts wurde dann wiederum von nicht wenigen Staaten, aber auch erneut vom Sicherheitsrat rezipiert.¹⁵⁰

All dies ist Beleg für die These, dass sich *die Staaten selbst* im Bereich des humanitären Völkerrechts in weitem Umfang einem sehr dynamischen Verständnis von Völkergewohnheitsrecht geöffnet haben, welches sich nicht mehr zwingend mit den strengen Vorgaben der Rechtsprechung des IGH im *North Sea Continental Shelf Case* in Übereinstimmung bringen lässt.¹⁵¹

Als weiterer Punkt wäre anzumerken, dass die Existenz gewohnheitsrechtlicher Normen jedenfalls in der Rechtsprechung der Tribunale zunehmend aus allgemeinen Erwägungen abgeleitet oder doch zumindest damit untermauert wird.¹⁵² Dies gilt erneut etwa für die Aussage der Berufungskammer des ICTY im *Tadic*-Fall, Handlungen, die im internationalen bewaffneten Konflikt verboten seien, müssten dies auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt sein.¹⁵³ Dies allerdings dürfte kein singulärer Einzelfall im Bereich des humanitären Völkerrechts sein, denkt man nur etwa an die *Arrest Warrant*-Entscheidung des IGH, wo dieser die umfassende Immunität eines amtierenden

145 *The Prosecutor v. Duško Tadic*, (Anm. 1), paras. 130 ff.

146 IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, (Anm. 106), 14, paras. 218 f.

147 Vgl. Art. 4 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs für Ruanda, welches durch SC Res. 955 (1994) vom 8. November 1994 verabschiedet wurde.

148 Vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. c) und e) Rom-Statut.

149 Vgl. zur gewohnheitsrechtlichen Geltung *G. Werle* (Anm. 61), Rn. 187.

150 Siehe hierzu bspw. die SR-Resolutionen zu Darfur und Sierra Leone: SC Res. 1593 (2005) sowie 1315 (2000); vgl. ferner *A. Zimmermann* (Anm. 1), Art. 8 Rn. 270.

151 IGH, *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark, Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgement of 20 February 1969, ICJ Reports 1969, 4, paras. 71 ff.; vgl. hierzu näher *A. D'Amato*, Manifest Intent and the Generation by Treaty of Customary Rules of International Law, *American JIL* 64 (1970), 892 ff.; *S.C. Charurvedi*, The North Sea Continental Shelf Cases Analysed, *Indian JIL* 13 (1973), 481, 488 ff.; *W. Friedmann*, The North Sea Continental Shelf Cases: A Critique, *American JIL* 64 (1970), 229 ff.

152 Vgl. hierzu *E. Benvenisti* (Anm. 142), 85 ff.; *H.H.G. Post* (Anm. 144), 129, 133 f.; *J. Wouters*, The ICJ's judgment in the case concerning the arrest warrant of 11 April 2000: some critical observations, *YIHL* 4 (2001), 373 ff.; *id.*, The judgement of the International Court of Justice in the Arrest Warrant Case: Some Critical Remarks, *Leiden JIL* 16 (2003), 253, 256 ff.

153 *The Prosecutor v. Duško Tadic*, (Anm. 1), paras. 78, 137.

Außenministers im Wesentlichen aus dessen Funktion abgeleitet hatte, ebenfalls ohne sich im Einzelnen auf konkrete Staatenpraxis zu stützen.¹⁵⁴

Viertens schließlich belegt die bisherige Rezeption der IKRK-Studie etwa durch das ICTY¹⁵⁵, die Eritrea-Ethiopia Claims Commission¹⁵⁶, den US Supreme Court¹⁵⁷ sowie den israelischen Supreme Court¹⁵⁸ die zunehmende Bedeutung solcher und ähnlicher Kodifikationsprojekte als Kristallisationskeime der Gewohnheitsrechtsbildung. Auch die kritische Reaktion der USA zu der Studie belegt, dass Staaten die Bedeutung der Studie ernst nehmen und sei es nur um zu verhindern, dass sich auf ihrer Grundlage eine zukünftige Weiterentwicklung des Völkergewohnheitsrechts vollzieht.¹⁵⁹

Insgesamt vollzieht sich damit im humanitären Völkerrecht eine Entwicklung in besonderer Dramatik, die wir auch aus anderen völkerrechtlichen Teilbereichen, wenn vielleicht auch nicht in dieser Deutlichkeit kennen, nämlich eine Beschleunigung der Weiterentwicklung gewohnheitsrechtlicher Normen, die zudem zunehmend weniger allein von den Staaten getragen wird.¹⁶⁰

D. Schlussbemerkungen

Insgesamt ergibt sich damit ein positives Bild der Wirksamkeit des humanitären Völkerrechts.

Durch die zunehmend umfassende Erstreckung entsprechender gewohnheitsrechtlicher Regeln auf nicht-internationale bewaffnete Konflikte und internationale Organisationen ist sein Wirkungsbereich weitgehend den Erfordernissen moderner Konfliktformen angepasst worden.

Durch die wechselseitigen Verschränkungen mit anderen individual- und gemeinwohlorientierten Teilbereichen des Völkerrechts – neben dem Rüstungskontroll- und dem Völkerstrafrecht wären ergänzend noch der Menschenrechtsschutz¹⁶¹ und das Umwelt-

154 IGH, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment of 14 February 2002, ICJ Reports 2002, 3, para. 52; *M. Cherif Bassiouni*, Universal jurisdiction unrevisited; The International Court of Justice decision in Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Palestine YIL 12 (2002/2003), 27, 40; kritisch *J. Wouters* (Anm. 152), 373 ff.; *id.*, The judgement of the International Court of Justice in the Arrest Warrant Case: Some Critical Remarks, Leiden JIL 16 (2003), 253, 256 ff.

155 ICTY, Trial Chamber, *The Prosecutor v. Ljube Bošković, Johan Tarčulovski*, IT-04-82, Judgement of 10 July 2008, para. 205, Fn 834.

156 Partial Award - Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims, 19 December 2005, para. 105.

157 US Supreme Court, *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld et al.*, (Anm. 10).

158 *The Public Committee Against Torture in Israel v. The Government of Israel*, (Anm. 25), para. 30.

159 Vgl. *J.B. Bellinger III/W.J. Haynes II* (Anm. 116), 443 ff.; *J.-M. Henkaerts* (Anm. 134), 473 ff.

160 Vgl. hierzu *N. Petersen* (Anm. 144), 275 ff.; *H.H.G. Post* (Anm. 144), 129 ff.; *S. Yee*, The news that *Opinio Juris* „Is not a necessary element of customary (International) Law“ is greatly exaggerated, German YIL 43 (2000), 227 ff.; *A.T. Guzman* (Anm. 144), 115 ff.; *G. Norman* (Anm. 144), 514 ff.; *E. Benvenisti* (Anm. 142), 85 ff.

161 Vgl. zu diesem Themenkomplex *T. Meron*, The Humanization of Humanitarian Law, American JIL 94 (2000), 239 ff.; *N. Lubell*, Challenges in applying human rights law to armed conflict, IRRIC 87 (2005), 738 ff.; *K. Watkin*, Controlling the use of force: a role for human rights norms in contemporary armed conflict, American JIL 98 (2004), 1 ff.; *H.-P. Gasser*, International humanitarian law and human rights law in non-international armed conflict: joint venture or mutual exclusion?, German YIL 45 (2002), 60 ff.

völkerrecht¹⁶² zu nennen – verstärkt sich die Wirksamkeit des humanitären Völkerrechts.

Und schließlich wird durch die sich aus dem gemeinsamen Art. 1 ergebende Durchsetzungspflicht¹⁶³ auch der Einsatz militärischer Gewalt durch Dritte eingehängt.

162 Zum Zusammenspiel dieser beiden Bereiche näher *Y. Dinstein*, Protection of the environment in international armed conflict, *Max Planck Yearbook on UN Law* 5 (2001), 523 ff.; *M. N. Schmitt*, Humanitarian law and the environment, *Denver Journal of Int'l Law and Policy* 28 (2000), 265 ff.; *P. Antoine*, International Humanitarian Law and the protection of the environment in time of armed conflict, *IRRC* 74 (1992), 517 ff.; *M. Bothe*, The Protection of the environment in times of armed conflict, *German YIL* 34 (1991) 54 ff.

163 Vgl. hierzu in Bezug auf UN Militäroperationen *C. Greenwood* (Anm. 69), 3, 18 ff.; sowie ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Duško Tadic*, (Anm. 1), para. 93. Hinsichtlich des Problems der Private Military Contractors siehe näher *C. Hoppe* (Anm. 70), 989, 993 f.; University Centre for International Humanitarian Law Geneva, Expert Meeting on Private Military Contractors: Status and Responsibility for Their Actions (2005), 61 f., abrufbar unter http://www.adh-geneve.ch/pdfs/2rapport_compagnies_primees.pdf (zuletzt abgerufen: 5. Juni 2009).

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard), Potsdam

A. Einführung

(1) Die Wirksamkeit der Einhegung militärischer Gewalt durch Normen des humanitären Völkerrechts setzt deren Anwendbarkeit und Systemkohärenz voraus.

B. Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts als Wirksamkeitsvoraussetzung

I. Probleme der Anwendbarkeit *ratione materiae*

1. ‚Vertikale‘ Abgrenzung: Voraussetzungen und mögliche Grenzen der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts

(2) Die Schwellenklausel des Art. 1 ZP II ist gewohnheitsrechtlich (teilweise) zurückgedrängt worden. Die in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten gewohnheitsrechtlich geltenden Regeln kommen daher bereits immer dann zur Anwendung, wenn jedenfalls für eine gewisse Zeit militärische Gewalt durch oder gegen in einem Mindestmaß organisierte bewaffnete Gruppen eingesetzt wird.

(3) ‚Transnationale‘ bewaffnete Konflikte umfassen Situationen, in denen ein Staat länger andauernd militärische Gewalt auf fremdem Gebiet einsetzt, Ziel der Angriffe aber dort befindliche, nicht-staatliche bewaffnete Gruppen sind. Die Qualifikation solcher Konflikte (international/nicht-international) ist jedoch durch die Staatenpraxis noch nicht hinreichend beantwortet.

(4) *De lege ferenda* gilt es, die gewohnheitsrechtlich geltende Anwendungsschwelle für die in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten anwendbaren Normen zu vereinheitlichen und tendenziell abzusenken. Ferner gilt es auch darauf hinzuwirken, die in internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikten anwendbaren, *materiellen* kriegsrechtlichen Standards weiter anzugleichen.

(5) Ein Zurücktreten des humanitären Völkerrechts bei einer Gefährdung der Existenz eines Staates würde dem Zweck des humanitären Völkerrechts zuwider laufen. Eine solche These lässt sich auch normativ nicht begründen.

2. ‚Horizontale‘ Abgrenzung: Wechselbeziehungen zwischen humanitärem Völkerrecht und anderen ausgewählten völkerrechtlichen Teilrechtsordnungen

(6) An der fundamentalen Trennung zwischen *jus ad bellum* und *jus in bello* ist festzuhalten denn nur so kann die Wirksamkeit des humanitären Völkerrechts dauerhaft gesichert werden.

(7) Das Selbstverteidigungsrecht kann keine Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht rechtfertigen.

(8) Auch bei ‚humanitären Interventionen‘ gelten identische *jus in bello*-Maßstäbe.

(9) Rüstungskontrollrechtliche Festlegungen können den Inhalt humanitärvölkerrechtlicher Verpflichtungen mit prägen.

(10) Individuelle Kriegsverbrechen, die einem Staat zuzurechnen sind führen selbst dann zu einer Staatenverantwortlichkeit, wenn der Täter oder die Täterin wegen des Vorliegens einer strafrechtlichen *defence* straffrei bleibt. Jede Bestrafung von Individuen, die als Organe eines Staates gehandelt haben, setzt jedoch umgekehrt voraus, dass der dahinter stehende Staat seinerseits einen Völkerrechtsverstoß begeht.

II. Probleme der Anwendbarkeit *ratione personae*

1. Gewohnheitsrechtliche Regelungen des humanitären Völkerrechts und *persistent objection*

(11) Die gegenwärtig von *persistent objection* betroffenen Normen des humanitären Völkerrechts sind nicht Teil des *jus cogens*. Etwaige originäre völkerrechtliche Bindungen aus der Martens'schen Klausel beschränken sich auf einen Kernbestand des humanitären Völkerrechts. Daher ergibt sich kein Konflikt zwischen *jus cogens* beziehungsweise der Martens'schen Klausel und den gegenwärtig von *persistent objection* betroffenen Normen des humanitären Völkerrechts.

(12) Signatarstaaten völkerrechtlicher Verträge können nicht als *persistent objector* gegenüber gewohnheitsrechtlichen Normen auftreten, deren Inhalt dem fraglichen Vertrag entstammt.

(13) Der Status als *persistent objector* geht auch durch die Akzeptanz paralleler völkerstrafrechtlicher Normen verloren.

2. Humanitäres Völkerrecht und multilaterale Militäreinsätze

(14) Eine internationale Organisation haftet für Verstöße gegen humanitäres Völkerrecht durch multilaterale Truppen, sofern sie diese ‚effektiv kontrolliert‘. Eine bloße Mandatierung und Berichtspflichten reichen hierfür nicht aus.

(15) Internationale Organisationen sind nur an *gewohnheitsrechtliche* Normen des humanitären Völkerrechts gebunden.

(16) Mitgliedstaaten der Organisation, insbesondere aber truppenstellende Staaten, trifft eine Pflicht darauf hinzuwirken, dass die Organisation humanitäres Völkerrecht einhält. Zudem darf die Beteiligung an multilateralen Operationen nicht zu einer unzulässigen Einschränkung der anwendbaren humanitär-völkerrechtlichen Standards führen.

3. Wirksamkeit des humanitären Völkerrechts und Einsatz privater Militärfirmen (PMC's)

(17) Eine Zurechnung von Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht, die durch Angehörige von PMC's begangen werden, ist nicht immer gewährleistet. Vor diesem Hintergrund gewinnt die Sicherstellungsverpflichtung des gemeinsamen Art. 1 der Genfer Konventionen besondere Bedeutung.

C. Interne und externe Systemkohärenz des humanitären Völkerrechts als Wirksamkeitsvoraussetzung

I. Interne Systemkohärenz: Internationale v. nicht-internationale bewaffnete Konflikte zwischen historischen Unterschieden und zunehmender Konvergenz

(18) Die Anwendungsschwellen für nicht-internationale bewaffnete Konflikte wurden weitgehend abgesenkt. Ferner gelten die auf nicht-internationale bewaffnete Konflikte

anwendbaren Regeln inzwischen auch für Konflikte zwischen verschiedenen nicht-staatlichen Gruppen.

(19) Im Bereich des anwendbaren Rechts ist sowohl die vertragsrechtliche als auch die gewohnheitsrechtliche Entwicklung weitgehend über die Differenzierung zwischen internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikten hinweggegangen. Diese Entwicklung ist zu begrüßen.

II. Externe Systemkohärenz: (Mögliche) Besonderheiten der Völkergewohnheitsrechtsentwicklung im Bereich des humanitären Völkerrechts

(20) Die Fortentwicklung des Gewohnheitsrechts im Bereich des humanitären Völkerrechts weist Besonderheiten auf. Dabei spielt die Rechtsprechung internationaler (Straf-)Gerichte eine wesentliche Rolle.

(21) Staatenpraxis, gerichtliche Spruchpraxis, Praxis der Organe der internationalen Gemeinschaft sowie Kodifikationsverträge verstärken sich im Hinblick auf die Gewohnheitsrechtsbildung wechselseitig.

(22) Die Existenz gewohnheitsrechtlicher Normen des humanitären Völkerrechts wird zunehmend aus allgemeinen Erwägungen abgeleitet.

(23) Die bisherige Rezeption der IKRK-Studie belegt deren Bedeutung für die Bestätigung/ Fortentwicklung gewohnheitsrechtlicher Normen.

D. Schlussbemerkungen

(24) Durch die Weiterentwicklung und die Ausdehnung des Anwendungsbereichs gewohnheitsrechtlicher Regelungen ist der Wirkungsbereich des humanitären Völkerrechts weitgehend den Erfordernissen moderner Konfliktformen angepasst worden.

(25) Auch die Verschränkung mit anderen Teilbereichen des Völkerrechts stärkt dessen Wirksamkeit.

(26) Die Sicherstellungspflicht des gemeinsamen Art. 1 der Genfer Konventionen hegt den Einsatz militärischer Gewalt durch dritte Akteure ein.

Summary

*The effectiveness of regulating military violence
– Selected aspects related to the applicability and coherence of
international humanitarian law –*

by Prof. Dr. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard)

A. Introduction

(1) The effectiveness of regulating military violence by international humanitarian law presupposes both its applicability and its coherence.

B. Applicability of international humanitarian law as a prerequisite for its effectiveness

I. *Applicability* *ratione materiae*

1. ,Vertical‘ Separation: Necessary prerequisites and possible limits of the applicability of international humanitarian law

(2) The threshold clause contained in Art. 1 Add. Prot. II has (partially) been superseded by customary law. Accordingly, customary rules of international humanitarian law, applicable in non-international armed conflicts, are to be applied whenever military violence is used by or against organised armed groups during a protracted period.

(3) ,Transnational‘ armed conflicts involve situations in which a State uses military violence for a protracted period of time on foreign territory, the target of which, however, are armed non-State groups operating therein. The qualification of such conflicts as possessing either an international or a non-international character has however not yet been fully clarified by State practice.

(4) *De lege ferenda*, it is appropriate to lower the threshold for applying those rules of international humanitarian law which are applicable during non-international armed conflicts. Moreover, the challenge is to strive towards a harmonization of rules of international humanitarian law which are applicable to international and non-international armed conflicts.

(5) Setting aside international humanitarian law whenever the very existence of a State is (allegedly) at stake would run counter to the very purpose of international humanitarian law. Moreover, any such thesis would lack a normative underpinning.

2. ,Horizontal‘ Separation: the interrelationship between international humanitarian law and other areas of international law

(6) The fundamental distinction between *jus ad bellum* and *jus in bello* must be retained, given that it is only this way that the effectiveness of international humanitarian law can be safeguarded over time.

(7) The exercise of the right of self-defence cannot justify violations of international humanitarian law.

(8) Even in cases of ,humanitarian interventions‘, identical norms of international humanitarian law do apply.

(9) Definitions contained in arms control treaties may determine the content of obligations arising under international humanitarian law.

(10) Individual war crimes, attributable to a State, trigger the responsibility of the State concerned, even if the perpetrator is not punishable due to a defence arising under international criminal law. Every punishment of individuals, having acted as a State organ, presupposes, however, conversely, that the State concerned has incurred responsibility in accordance with applicable rules of State responsibility.

II. *Applicability* *ratione personae*

1. Rules of Customary Law in international humanitarian law and persistent objection

(11) Those norms of international humanitarian law which are currently affected by persistent objection do not form part of *jus cogens*. Possible international humanitarian law obligations derived from the Martens' Clause are limited to the very core of international humanitarian law. Accordingly, no conflict arises between *jus cogens* and the Martens' Clause on the one hand, and international humanitarian law norms currently affected by persistent objection on the other.

(12) Signatory States to international law treaties cannot act as persistent objectors vis-à-vis customary law norms, the content of which originates from the treaty in question.

(13) The status as a persistent objector is lost, once a State accepts parallel norms of international criminal law.

2. International Humanitarian Law and Multilateral Military Operations

(14) An international organisation is liable for violations of international humanitarian law committed by multilateral troops, if they are being 'effectively controlled' by the organisation. A mere authorization, as well as mere reporting duties, are however not sufficient to provide for the liability of the organization.

(15) International organisations are only bound by those norms of international humanitarian law which form part of customary international law.

(16) Member States of the respective organisation, and especially States contributing troops, have the duty to ensure that the organisation abides by international humanitarian law. Moreover, a participation in multilateral operations may not lead to an impermissible limitation of the applicable standards of international humanitarian law.

3. The effectiveness of international humanitarian law and private military companies

(17) Violations of international humanitarian law, committed by members of private military companies cannot always be attributed to a State. Against this background, the obligation to ensure the respect of international humanitarian law contained in common Art. 1 of the four Geneva Conventions is of particular significance.

C. Intrinsic and external coherence of international humanitarian law as a prerequisite for its effectiveness

I. Intrinsic coherence: International versus non-international armed conflicts between historical differences and increasing convergence

(18) The threshold providing for the application of international humanitarian law in non-international armed conflicts has been significantly lowered. Besides, international humanitarian law norms, applicable to non-international armed conflicts, meanwhile also apply to military conflicts occurring between different non-State groups.

(19) It is to be welcomed that, as of today, applicable rules of both, treaty and customary law, no longer differentiate between international and non-international armed conflicts.

II. External coherence: (Possible) specific characteristics of the development of customary law in the field of international humanitarian law

(20) The further development of customary law in the field of international humanitarian law provides for certain peculiarities. In particular, the jurisprudence of international criminal courts and tribunals plays a decisive role.

(21) State practice, the jurisprudence of courts and tribunals, the practice of organs of the international community, as well as treaties codifying international humanitarian law mutually reinforce themselves with regard to the creation and confirmation of customary law.

(22) The existence of customary law rules of international humanitarian law is increasingly deduced from, and based on, general principles and considerations of international law.

(23) The reception process of the ICRC Study proves its significance for the confirmation respectively the further development of customary law norms.

D. Concluding Remarks

(24) Due to the continuous development and expansion of the field of application of customary law norms, the scope of application of international humanitarian law has largely been adapted to the necessities of modern forms of military conflicts.

(25) The fact that international humanitarian law is increasingly interwoven with other areas of international law further reinforces its effectiveness.

(26) The obligation to ensure respect contained in common Art. 1 of the four Geneva Conventions serves to restrict the use of military violence by third actors.

Das humanitäre Völkerrecht in asymmetrischen Konflikten: Anwendbarkeit, modifizierende Interpretation, Notwendigkeit einer Reform?

Von Prof. Dr. Stephan Hobe, LL.M. (McGill), Köln*

- I. Einleitung: Die Herausforderung
- II. Hauptteil: Asymmetrische Konflikte und humanitäres Völkerrecht
 1. Skizzen asymmetrischer Konflikte
 - a) Tschetschenien
 - b) Sierra Leone
 - c) Al Kaida und der internationale Terrorismus
 - d) Afghanistan
 - e) Irak-Krieg
 - f) Fazit: Charakteristika asymmetrischer Konflikte
 2. Passt das Regelwerk des humanitären Völkerrechts auf diese Konfliktlagen?
 - a) Die historische Herausbildung des humanitären Völkerrechts zur „Hegung“ des zwischenstaatlichen Krieges
 - b) Passen die Kriterien des humanitären Völkerrechts auf den asymmetrischen Konflikt?
 - aa) Was ist im asymmetrischen Konflikt ein bewaffneter Konflikt?
 - bb) Sind asymmetrische Konflikte immer nichtinternationale bewaffnete Konflikte?
 - (a) Der Afghanistan-Krieg ab Oktober 2001
 - (b) Al Harethi
 - (c) Sierra Leone und Tschetschenien
 - (d) Intervention der Sowjetunion in Afghanistan
 - cc) Ist das Prinzip der Unterscheidung effektiv im internationalen bewaffneten Konflikt?
 - (a) Kombattanten / Zivilisten
 - (b) Kämpfer im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt
 - (c) Unlawful combatants
 - (d) Der Kriegsgefangenenstatus im asymmetrischen Konflikt
 - dd) Militärische Ziele: Die Figur des unmittelbar am Konflikt Beteiligten im asymmetrischen Konflikt
 - (a) Bekämpfbarkeit von Kämpfern jeder Art als legitimes Ziel gem. Art. 51 Abs. 3 ZP I und seiner völkergewohnheitsrechtlichen Entsprechung
 - (aa) Feindseligkeiten
 - (bb) Unmittelbare Teilnahme
 - (cc) Sofern und solange
 - (b) Private Militärfirmen
 - (c) Selbstmordattentate und menschliche Schutzschilde
 - (d) Gebäude
 - ee) Welche Mittel und welche Methoden sind im asymmetrischen Konflikt anwendbar?
 - (a) Heimtücke

* Besonderer Dank gilt *Jost Delbrück, Dieter Fleck, Johannes Fuhrmann, Robert Heinsch* und *Irina Kerner* für hilfreiche Kommentierungen meiner Gedanken.

- (b) Was ist im asymmetrischen Konflikt militärisch notwendig?
- (c) Was ist im asymmetrischen Konflikt verhältnismäßig?
- ff) Auf der Suche nach der verlorenen Gegenseitigkeit
- 3. Anwendbarkeit: modifizierende Interpretation, Notwendigkeit einer Reform
 - a) Zusammenfassung der Untersuchung
 - b) Vorzuschlagende Änderungen

III. Perspektiven

Thesen

Summary

I. Einleitung: Die Herausforderung

Im Zeitalter der Globalisierung kehrt, besonders in Gestalt des transnationalen Terrorismus, nichtstaatliche Gewalt in die internationalen Beziehungen zurück. Dies verändert in grundlegender Weise den Charakter grenzüberschreitender bewaffneter Konflikte. Raymond Aron, der bekannte französische Philosoph, hat das Phänomen, das hier behandelt werden soll, auf die prägnante Formel gebracht, dass Partisanen, wenn sie nicht militärisch verlieren, den Krieg politisch gewinnen, während ihre Gegner, wenn sie keinen entscheidenden militärischen Sieg erringen, den Krieg politisch und militärisch verlieren.¹ Konflikte werden also zunehmend nicht mehr unter gleichartigen militärischen Gegnern ausgetragen. Dies ist es, was mit Friedensforschung befasste Zeithistoriker unter den Begriff des „asymmetrischen Konflikts“ fassen.² In jenen Auseinandersetzungen stehen sich ungleiche Parteien bei auseinanderfallenden personellen wie materiellen Kapazitäten gegenüber.³ Zudem wird der asymmetrische Konflikt nicht mehr durch herkömmliche Militärstrategien bestimmt,⁴ sondern zeichnet sich durch neue Methoden der Gewaltausübung aus.⁵ Und das – gerade auch aus rechtlicher Sicht – entscheidendste ist die Tatsache, dass zunehmend Konflikte zwischen Staaten und nichtstaatlichen Gewaltakteuren die klassischen zwischenstaatlichen Konflikte verdrängen; diese Konfliktkonfiguration soll im Nachfolgenden erkenntnisleitend sein.

Zwar ist das Problem nichtstaatlicher Gewaltanwendung nicht erst in unseren Tagen entstanden; vielmehr kann man schon seit dem Widerstand gegen Napoleon in Spanien zu Beginn des 19. Jahrhunderts eine solche Entwicklung beobachten.⁶ Indes hat der Krieg in den letzten Jahrzehnten schrittweise seine Erscheinungsform verändert: Der klassische Staatenkrieg, der auch im Kalten Krieg noch wesentlicher Faktor gewesen ist, wird jedenfalls in seiner Alleinstellung verdrängt. An die Stelle des Staates als faktischen Monopolisten der Kriegführung treten immer häufiger parastaatliche, teilweise

1 R. Aron, Paix et guerre entre les nations, Paris 1962, deutsche Ausgabe: Frieden und Krieg – Eine Theorie der Staatenwelt, Frankfurt a.M. 1963, 48.

2 Siehe dazu etwa H. Münkler, Die neuen Kriege, 2. Auflage, Reinbeck 2005, 11.

3 T. Pfanner, David gegen Goliath oder asymmetrische Kriegsführung, in: HuV-I 18 (2005), 165, 168; Münkler, Fn. 2, 13 ff.

4 Hierzu noch immer unübertroffen Hans Delbrück, Geschichte der Kriegskunst im Rahmen der politischen Geschichte, 1. Auflage 1901, Neudruck, 2 Bände, Berlin 2000.

5 Siehe H. Münkler, Fn. 2, 175 f.; K. Ipsen, Bewaffnete Konflikte und Neutralität, in: ders. (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Auflage, München 2004, 1207 f., Rn. 10.

6 Vgl. J. L. Tone, Napoleon's Uncongenial Sea: Guerrilla Warfare in Navarre during the Peninsular War, 1808–14, European History Quarterly 26 (1996), 355.

sogar private Akteure, lokale Warlords, Guerillagruppen, private Militärfirmen und internationale Terrornetzwerke.⁷ Indes entstand das zur „Hegung“ bewaffneter Konflikte vorgesehene humanitäre Völkerrecht nach seiner Grundlegung im Haager Recht der Jahre 1899 und 1907 mit den hauptsächlich relevanten Genfer Abkommen (GA) und deren Zusatzprotokollen (ZP) der Jahre 1949 und 1977 sowie 2003 in der UN-Ära und basiert damit, wie zu zeigen sein wird, ganz wesentlich, wenngleich nicht ausschließlich, auf der Vorstellung einer Symmetrieerwartung der staatlichen Kriegaakteure. Galt es zunächst als zivilisatorischer Erfolg, dass sich der moderne Territorialstaat zum Monopolisten der Kriegsführung herausbildete, so reflektiert das moderne humanitäre Völkerrecht eben auch diese von einer Gegenseitigkeitserwartung gekennzeichnete Symmetrie zwischenstaatlichen Konfliktaustrags. Die fortschreitende Entwicklung des Gewohnheitsrechts in den letzten Jahrzehnten hat dazu geführt, dass neben dem Gemeinsamen Art. 3 der Genfer Abkommen etliche Regeln⁸ über Mittel und Methoden der Kampfführung in nicht internationalen wie in internationalen bewaffneten Konflikten gleichermaßen gelten, vor allem für den Zivilistenschutz.⁹ Da aber immer noch Unterschiede zwischen regulären Streitkräften und bewaffneten Aufständischen fortbestehen,¹⁰ geht das humanitäre Völkerrecht auch immer noch von einer symmetrischen Grundkonstellation aus. Was aber hat zu gelten, wenn gerade die das humanitäre Völkerrecht kennzeichnende Symmetriebasis in schwerwiegender Weise beeinträchtigt wird? Stehen wir, wie dies formuliert worden ist, am Ende des klassischen Staatenkrieges?¹¹ Und welchen Stellenwert hat dann das humanitäre Völkerrecht noch? Dies sind die zentralen Fragestellungen, denen sich die nachfolgende Untersuchung widmen wird.

Die Untersuchung soll sich dabei zunächst einer Skizzierung bestimmter aktueller asymmetrischer Konflikte zuwenden. Darauf basierend wird es in einem zweiten Überlegungsschritt um die Frage der Anwendbarkeit der Kernprinzipien des humanitären Völkerrechts auf den asymmetrischen Konflikt gehen. Dies soll dergestalt geschehen, dass bestimmte besonders problematische Konfliktbereiche dargestellt werden. Auf dieser Basis wird dann der Frage nachzugehen sein, ob das geltende humanitäre Völkerrecht Lösungsansätze für asymmetrische Konflikte, für die es ja ursprünglich jedenfalls nicht entworfen worden war, etwa auch im Wege modifizierender Interpretation, bereit

7 H. Münkler, Fn. 2, 7 f.

8 Vgl. Zusatzprotokoll vom 8.6.1977 zu den Genfer Abkommen vom 12.8.1949 über Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (ZP II), Protokoll vom 13.10.1995 über blindmachende Laserwaffen (Protokoll IV) sowie das Protokoll über das Verbot oder die Beschränkung des Einsatzes von Minen, Sprengfallen und anderen Vorrichtungen (Protokoll II in der am 3.5.1996 geänderten Fassung) zu dem Übereinkommen vom 10.10.1980 über das Verbot oder die Beschränkung des Einsatzes bestimmter konventioneller Waffen, die übermäßige Leiden verursachen oder unterschiedslos wirken können (VN-Waffenübereinkommen), (Ottawa-)Übereinkommen vom 18.10.1997 über das Verbot des Einsatzes, der Lagerung, der Herstellung und der Weitergabe von Antipersonenminen und über deren Vernichtung, Kulturgutschutzkonvention vom 14.5.1954 gemäß Art. 3 des zweiten Protokolls vom 26.3.1999, VN-Waffenübereinkommen in der geänderten Fassung vom 21.12.2001.

9 Vgl. D. Fleck, 'Chapter 12. The Law of Non-International Armed Conflicts', in: D. Fleck (Hrsg.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford 2008, Rn. 1201-04, 1207-12; J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck (Hrsg.), *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge 2005; vgl. auch J.-M. Henckaerts, 'Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict', *International Review of the Red Cross* 87 No. 857 (March 2005), 175-212.

10 Vgl. D. Fleck, op. cit., Fn. 9, Rn. 1213-15.

11 H. Münkler, Fn. 2, 9.

hält oder aber umfassendere Reformüberlegungen anzustellen sind. Das Ergebnis dieser Betrachtung wird dann den dritten Teil der Ausführungen einnehmen.

II. Hauptteil: Asymmetrische Konflikte und humanitäres Völkerrecht

1. Skizzen asymmetrischer Konflikte

Schon der Versuch der Aufzählung der Charakteristika asymmetrischer Konflikte bereitet nicht geringe Schwierigkeiten. Doch es sind durchaus unterschiedliche Arten bewaffneter Konflikte, die hier in der Perspektive untersucht werden sollen, was an ihnen die asymmetrische Natur ausmacht. Eines ist jedenfalls auffällig: Waren zu Beginn des 20. Jahrhunderts nach einer groben Schätzung etwa 90 % der Getöteten und Verwundeten bewaffneter Konflikte Kombattanten im kriegsvölkerrechtlichen Sinne,¹² so hat sich diese Bilanz zum Ende des 20. Jahrhunderts und zu Beginn des 21. Jahrhunderts geradezu umgekehrt: Nunmehr dürften Schätzungen zu Folge nur noch 10 % Kombattanten im völkerrechtlichen Sinne sein, während 90 % Zivilisten sind.¹³ Anstelle einer kaum darstellbaren Typologie asymmetrischer Konflikte sollen nun nachfolgend unter Inkaufnahme gewisser Generalisierungen einige Konflikte kurz skizziert werden, um daran das Charakteristikum dieser Konflikte besser ermessen zu können.

a) Tschetschenien

Den Beginn der Beschreibung macht der Tschetschenien-Krieg von 1999. Nach mehreren tschetschenischen Übergriffen marschiert am 1. Oktober 1999 die russische Armee in Tschetschenien ein, um die aus der Sicht Russlands kriminelle und die Rebellen unterstützende Regierung von Aslan Alijewitsch Maschadow von der Macht zu entfernen. Schon bald eroberte die Armee den Großteil des tschetschenischen Flachlandes und die Hauptstadt Grosny. Maschadow und die islamischen Gruppierungen tauchten in den Untergrund ab und zogen sich in die schwer zugänglichen südlichen Gebirgsregionen zurück, wo sie vor der russischen Armee sicher waren. Die eigentliche militärische Phase der russischen Invasion endete deshalb bereits im Frühjahr 2000. Die russischen Truppen blieben jedoch vor Ort stationiert, um eine Rückkehr der Rebellen zu verhindern und sie, wenn möglich, gänzlich aus ihren Rückzugsgebieten zu vertreiben. Die verbliebenen tschetschenischen Verbände, unter denen sich auch internationale Jihad-Verbände befanden, gingen in der Folge zu einer Guerillataktik über, indem sie kleine Kampfeinheiten von 10–50 Mann bildeten und auf überfallartige Angriffe und Anschläge gegenüber der russischen Armee setzten, bei denen oft auch tschetschenische Zivilisten starben. Ab dem Jahr 2000 traten auch erstmals weibliche Attentäterinnen, die sog. „schwarzen Witwen“, in Erscheinung. Von Beobachtern werden ausländische Geldgeber als Financiers der Rebellen vermutet, wobei Georgien aufgrund seiner Lage als Operationsbasis gilt.

2001 startete Russland eine breit angelegte sog. Antiterroroperation mit dem Ziel der Zerschlagung des tschetschenischen Widerstandes. In ihrem Verlauf gelang es den Rus-

¹² M. Kaldor, *New and Old Wars. Organized Violence in a Global Era*, 2. Auflage, Frankfurt 2006, 107.

¹³ Siehe wiederum M. Kaldor, Fn. 12, 107.

sen nach und nach, wichtige Führungspersonen des tschetschenischen Widerstandes auszuschalten. Die Geiselnahme im Moskauer Dubrowka-Theater vom 26. Oktober 2002, ein Bombenanschlag auf das tschetschenische Regierungsgebäude in Grosny am 27. Dezember 2002, die Ermordung des gerade gewählten, von den Russen durchgesetzten Kandidaten Kadyrow als Chef der Verwaltungsbehörde bei den tschetschenischen Präsidentenwahlen am 9. Mai 2004 und der im Untergrund operierende Präsident Aslan Maschadow sowie die Blutbäder in Beslan, Ossetien führten bis zum Ergreifen und zur Tötung des Rebellenpräsidenten Maschadow im Jahr 2005 immer wieder zu Unruhen. Nach dem Tod von Maschadow ist es indes weitgehend ruhig geworden.

Hier trat auf tschetschenischer Seite deutlich eine asymmetrische Strategie der Kriegführung hervor – Kampfformen wie Selbstmordanschläge und Guerillakampf, modernste Ausrüstung und militärisches Knowhow zeigen dies. Insgesamt war es kaum jemals möglich, einen präzisen Überblick über die militärische Stärke der tschetschenischen Rebellen zu gewinnen. Eine erhöhte Mobilität der Guerillatruppen, die Unübersichtlichkeit der Zugehörigkeit sog. „Teilzeit-Guerillas“ zu den aktiven illegalen Rebellengruppierungen und eine permanent laufende sog. „personelle Auffüllung“ der Rebellengruppen zeigen entsprechende Tendenzen asymmetrischen Konfliktaustrags.¹⁴

b) *Sierra Leone*

Ein weiteres interessantes Beispiel asymmetrischer Kriegführung ist der Krieg in Sierra Leone, der von 1991 bis 2002 dauerte.¹⁵ Auf der einen Seite kämpfte die Revolutionary United Front, geführt von Foday Sankoh und unterstützt von dem liberianischen Kriegsherrn und späteren Staatspräsidenten Charles Taylor, gegen die wechselnden Regierungen des Landes. Eine wichtige Rolle spielten dabei die erheblichen Diamantenvorkommen des seit 1961 unabhängigen Sierra Leone. Ein wesentliches Motiv für das Eingreifen Taylors auf Seiten der Rebellenorganisation Revolutionary United Front war die Erringung der Kontrolle über die sierra leonischen Diamantenminen, um mit dem Handel von „Blutdiamanten“ seinen eigenen Krieg zu finanzieren. Die Revolutionary United Front wollte die Regierung stürzen, machte aber selbst kaum deutlich, durch welche Regierung sie diese ersetzen wollte.

Auf Seiten der Regierung traten seit 1995 auch die private Sicherheits- und Militärfirma Gurkaha Security Group und später das südafrikanische Unternehmen Executive Outcome gegen die Zusage von Diamantenminenkonzessionen im Konflikt auf. Mit Hilfe von Executive Outcome gelang es der Regierungsarmee, die Revolutionary United Front zurückzuschlagen. Später treten Truppen der westafrikanischen Wirtschaftsgemeinschaft ECOWAS und insbesondere Nigerias in Zusammenarbeit mit der britischen Söldnerorganisation Sandline International in den Konflikt ein. Ihnen gelingt es, die Putschisten aus der Landeshauptstadt Freetown zu vertreiben und die gewählte Regierung gegen die 1997 unter Johnny Paul Koroma putschenden Offiziere des Armed Forces Revolutionary Council wieder in ihr Amt einzusetzen. Mit den ECOWAS-Truppen im Land gelingt es 1999 der Revolutionary United Front und der Regierung in Lomé ein Friedensabkommen zu unterzeichnen. Das offizielle Ende des Bürgerkrieges

¹⁴ Siehe A. Proskurjakov, Tschetschenien: Krieg ohne Ende, Osteuropa 2003, 452.

¹⁵ Siehe B. Akinrinade, International Humanitarian Law and the Conflict in Sierra Leone, Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy 15 (2001), 391.

wird am 18. Januar 2002 verkündet, zwei Tage nachdem die Errichtung eines Sondergerichtshofs für Sierra Leone beschlossen worden war.

Auch hier zeigt sich in wechselnden Konstellationen, etwa dem Eintritt von Söldnern, aber auch durch die involvierten finanziellen Interessen eine deutlich wirtschaftliche Motivation der Kriegführung. In der Literatur ist insofern von der „Privatisierung des Krieges“ die Rede.¹⁶

c) *Al Kaida und der internationale Terrorismus*

Mit den Attentaten vom 11. September 2001 hat der internationale Terrorismus eine neue Dimension erreicht.¹⁷ Die Terrororganisation Al Kaida, weltweit vernetzt und mit erheblichem Geldvermögen, nicht zuletzt des Multimillionärs Osama bin Laden, ausgestattet, hat sich zum Ziel den Befreiungskampf der Muslime gegen die Dominanz „des Westens“ gesetzt. Dabei werden Terrorakte auch gegen Zivilisten, die als Kollaborateure zur Zielscheibe werden oder einfach zufällige Terroropfer sind, mit in Kauf genommen. Die Täter verstehen aber ihre Anschläge als eine Form des Jihad (Heiliger Krieg) und berufen sich dabei auf den Koran, der ihnen befiehlt, all jene zu töten, die sich nicht zum Islam bekehren wollten.¹⁸ Andere islamische Theologen weisen jedoch darauf hin, dass der Koran den Angriffskrieg, das Töten ohne Not, das Töten Unschuldiger und Selbstmordanschläge ausdrücklich verbiete. Sie sehen den islamischen Terrorismus ihrerseits als Abkehr vom wahren Islam und bestreiten, dass Osama bin Laden überhaupt das Recht habe, eine Fatwa auszusprechen.¹⁹

Kaum je wird die Konstellation David gegen Goliath deutlicher als dann, wenn ein relativ kleines Terrornetzwerk es direkt mit dem mächtigsten Staat der Welt, den Vereinigten Staaten von Amerika, aufnimmt und durch die Strategie der Selbstmordanschläge Zivilluftfahrzeuge in die Twin Towers steuert, was über 3000 Menschen das Leben kostete. Eine nichtstaatliche Gruppe, deren Anhänger mehr oder weniger eng in Verbindung stehen und ähnliches Gedankengut teilen, stellte sich starken staatlichen Machtstrukturen entgegen. Die Methoden der Kontrahenten klaffen deutlich auseinander. Es kommt zu keiner offenen bewaffneten Auseinandersetzung, sondern nur zu Schrecken erregenden perfiden Einzelhandlungen und Repressionen. Zudem ist das, was von beiden Seiten, sowohl von Al Kaida als auch von den Vereinigten Staaten als „Kriegszustand“ bezeichnet wurde,²⁰ etwa bezüglich des Kriegsschauplatzes oder der Kriegsmethoden vollständig der Vorstellung eines auf ein Staatsgebiet bezogenen Schauplatzes entrückt. Es soll gerade zum taktischen Vorteil eines Netzwerks gehören, dass es

16 T. Pfanner, Fn. 3, 167.

17 Dazu für alle C. Tomuschat, Der 11. September 2001 und seine Folgen, EuGRZ 2001, 535; sowie J. Delbrück, The Fight Against Global Terrorism: Self-Defense or Collective Security as International Police Action? Some Comments on the International Legal Implications of the ‚War Against Terrorism‘, GYIL 44 (2001), 9.

18 Sure 9,5 „Tötet die Götzendienen, wo immer ihr sie findet, und ergreift sie und belagert sie und lauert ihnen aus jedem Hinterhalt auf.“

19 Zum Aussprechen einer Fatwa (islamisches Rechtsgutachten) fehlte Al Kaida nicht nur die nötige theologische Qualifikation. Der Aufruf stand in den Augen der Gegenmeinung auch im Widerspruch zu den Grundprinzipien des Korans, S. Kailitz, Politischer Extremismus in der Bundesrepublik Deutschland, Wiesbaden 2004, 176.

20 Zur Frage, ob dies Krieg im völkerrechtlichen Sinne bedeutet, zutreffend verneinend D. Thürer, Kriegserische Gewalt und rule of law, in: H.-P. Gasser, Humanitäres Völkerrecht, Zürich 2007, 8.

sein weltweites Netz von Anhängern geheim hält und insofern flexibel im Einsatz ist. Ohne Zweifel stellt damit der internationale Terrorismus in der Ausprägung, wie er ihn seit dem 11. September 2001 erlangt hat, eine besonders radikale Form der Abkehr von dem Grundmuster zwischenstaatlicher symmetrischer bewaffneter Konflikte dar.

d) Afghanistan

Im Gefolge der terroristischen Anschläge vom September 2001 kam es dann auch zu einer transnationalen Verwicklung in Afghanistan.²¹ Die Vereinigten Staaten von Amerika und ihre Verbündeten holten zum Militärschlag gegen den Terrorismus aus und richteten sich dabei auch gegen das seit Mitte der 1990er Jahre in Afghanistan herrschende islamisch-fundamentalistische Taliban-Regime, das der Beherbergung und Unterstützung Osama bin Ladens und anderer hochrangiger Mitglieder von Al Kaida bezichtigt wurde. Die erste militärische Auseinandersetzung endete mit dem Fall der Hauptstadt Kabul und der Provinzhauptstädte Kandahar und Kunduz im November und Dezember 2001. Sie führte zur Einsetzung einer Interimsregierung unter Präsident Hamid Karzai auf der parallel stattfindenden ersten Petersberger Afghanistankonferenz und zur Aufstellung der International Security Assistance Force (ISAF) durch den UN-Sicherheitsrat im Dezember 2001.²² Mittlerweise stellt sich heraus, dass die Sicherheitslage in Afghanistan nach wie vor äußerst prekär und von vielen Anschlägen bzw. Selbstmordattentaten gegen die Besatzungsmächte gekennzeichnet ist.

e) Irak-Krieg

Der jüngste Golfkrieg²³ und die Zeit danach geben zudem Anschauungsmaterial für eine Vermengung von Kriegs- und Gewalttypen. Was zunächst als Invasion in den Irak durch die Streitkräfte der Vereinigten Staaten von Amerika und des Vereinigten Königreichs sowie der sog. „Koalition der Willigen“ im Jahr 2003 als Präventivkrieg angesichts akut erwarteter angeblicher Bedrohung seitens des Irak durch Massenvernichtungswaffen begonnen hatte und nach gut 5 Wochen mit der Einnahme Bagdads und aller anderen Großstädte des Irak beendet worden war, hat sich mittlerweile als höchst fragile Gemengelage erwiesen, die nach dem Ende des zwischenstaatlichen bewaffneten Konfliktes mehr Opfer gefordert hat als vorher. Bis zum erklärten Ende der größeren Kampfhandlungen im Mai 2003 hatten die Alliierten 171 Soldaten und der Irak mindestens 2300 Soldaten verloren. Bis heute sind es nunmehr 4500 Koalitionssoldaten, die meisten davon US-Amerikaner, 8700 irakische Soldaten und Polizeikräfte und 1.000 getötete Angehörige von privaten Sicherheits- und Militärfirmen verschiedener Nationalitäten.²⁴

21 H. Krech, *Der Afghanistan Konflikt (2002–2004)*. Fallstudie eines asymmetrischen Konflikts, Berlin 2004.
22 S/RES/1386 (2001) vom 20.12.2001.

23 Siehe dazu u.a. B. Kilian/C. Tobergte/S. Wunder (Hrsg.), *Nach dem Dritten Golfkrieg, Sicherheitspolitische Analysen zu Verlauf und Folgen des Konflikts*, Berlin 2005.

24 Das U.S. Department of Defense zählt allein 4286 getötete und über 30 000 verwundete U.S. Militär-angehörige, Stand: 5.5.2009, aktuellste Statistik abrufbar unter <http://www.defenselink.mil/news/casualty.pdf> (8.6.2009). Es gibt keine offiziellen statistischen Erhebungen zu den toten und verletzten irakischen Soldaten und Polizeikräften, auf Nachrichten basierende Zählungen zählen 7700 tote irakische Soldaten seit 2005, <http://icasualties.org/Iraq/iraqideaths.aspx> (8.6.2009). Die Agentur Reuters, unter Berufung auf eine Information des U.S. Department of Labour, ging von knapp 1.000 getöteten Auftragnehmern zum 31.3.2007 aus, Artikel vom 3.7.2007, abrufbar unter <http://www.reuters.com/article/politicsNews/idUSN0318650320070703?sp=true> (8.6.2009).

Mittlerweile ist eine neue Regierung im Irak gewählt worden und ist das Besatzungsregime offiziell beendet; indes sehen sich die immer noch im Land befindlichen ausländischen Truppen weiteren Anschlägen ausgesetzt.

Die dringend erforderlichen Aufgaben des Wiederaufbaus, der Gewährleistung von Sicherheit sowie der Wiederherstellung der im Krieg zerstörten Infrastruktur und der Etablierung einer funktionierenden Volkswirtschaft, zudem Maßnahmen zur Verhinderung einer Entfremdung der verschiedenen ethnischen nationalen und religiösen Gruppen und schließlich der schrittweise Aufbau eines neuen demokratischen politischen Systems, wurden durch verschiedene Faktoren erschwert bzw. unmöglich gemacht. Ein beträchtliches Ausmaß an Plünderungen und Gewaltkriminalität folgten auf den Einmarsch der US-Truppen. Reparaturen zur Instandsetzung der Infrastruktur, insbesondere bezüglich der Wasserversorgung und der Telekommunikationssysteme kamen nur sehr schleppend in Gang. Die wachsende Unzufriedenheit und zunehmende Feindseligkeit gegenüber den Vereinigten Staaten von Amerika führten zuletzt zu verschiedensten Formen gewaltsamen Widerstandes,²⁵ u.a. durch häufige Selbstmordattentate.

f) Fazit: Charakteristika asymmetrischer Konflikte

Versucht man nach dieser kurzen Übersicht über moderne, unseren Alltag bestimmende asymmetrische Konfliktformen die Charakteristika asymmetrischer Konflikte zusammenzufassen, so lässt sich Folgendes feststellen:

Asymmetrische Kriegführung ist kein erst in den letzten 20 Jahren aufgetretenes Phänomen. Bewaffneter Widerstand, z.B. in Spanien gegen Napoleon im 19. Jahrhundert²⁶ oder im 2. Weltkrieg gegen Hitler durch die sog. „Résistance“,²⁷ versucht bei gegebener Unterlegenheit, mit den zur Verfügung stehenden Mitteln das Überraschungsmoment operierender Einheiten oder Einzelpersonen, meistens aus dem Hinterhalt agierend, zu nutzen. Der Guerillakrieg ist hierfür als Methode ein gutes Beispiel. Ist ein symmetrischer Krieg die gängige Form der Auseinandersetzung zweier grundsätzlich gleichartiger Parteien – Staaten –, so können sich diese durchaus an Zahlenstärke und Kampfkraft unterscheiden, weil es zentral auf die Rekrutierung und Mobilisierung der Kräfte ankommt. Nicht gleiche Stärke, sondern Gleichartigkeit der Kontrahenten ist also entscheidend für Symmetrie, Ungleichartigkeit folglich für Asymmetrie.²⁸ Diese Asymmetrie wird im Partisanenkrieg auch daran deutlich, dass die Gewalt nicht gegen andere Partisanen, sondern etwa gegen die regulären Streitkräfte eingesetzt wird. Insgesamt zeichnet sich also der asymmetrische Konflikt vor allem durch ungleiche Parteien und in der Regel durch einen nichtstaatlichen Gewaltakteur aus, die unter Auflösung des Prinzips der Waffengleichheit kämpfen. Die unterschiedlichen Kriegsgegner verfolgen alle

25 Zu den Einzelheiten siehe *J. Hippler*, Vom Krieg zum Bürgerkrieg im Irak? Probleme, Lehren und Perspektiven des Wiederaufbaus, in: Streitkräfteamt der Bundeswehr, Reader Sicherheitspolitik, Ergänzungslieferung 04/2005, Nr. III/1 A, 194-200.

26 Vgl. *J.-L. Tone*, Napoleon's Uncongenial Sea: Guerrilla Warfare in Navarre during the Peninsular War, 1808-14, *European History Quarterly* 26 (1996), 355.

27 *J. Deuter*, Die Résistance gegen die deutsche Besatzung als asymmetrische Kriegführung, in: S. Buciak (Hrsg.), *Asymmetrische Konflikte im Spiegel der Zeit*, Berlin 2008, 332, 335.

28 Siehe *M. Schmitt*, *Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law*, in: V. Epping/W. Heintschel v. Heinegg (Hrsg.), *International Humanitarian Law Facing New Challenges*, Heidelberg 2007, 11 ff. für eine Auflistung verschiedener Aspekte asymmetrischer Konflikte.

bei unterschiedlicher Ausrüstung unterschiedliche Kriegsziele und setzen unterschiedliche Mittel und Methoden zur Erreichung ihrer Ziele ein.²⁹

2. Passt das Regelwerk des humanitären Völkerrechts auf diese Konfliktlagen?

Nachdem somit das Themenfeld aktueller asymmetrischer Konflikte vermessen ist, gilt es nunmehr in einem zweiten Schritt sich die Frage vorzulegen, ob und inwieweit das heute geltende humanitäre Völkerrecht diesen neuen Konfliktszenarien der Asymmetrie gewachsen ist. Dies setzt voraus, dass zunächst in einer ersten Überlegung, anknüpfend an das bereits Geschilderte, skizzenartig die Herausbildung des modernen humanitären Völkerrechts zur Hegung des zwischenstaatlichen Krieges geschildert wird.

a) *Die historische Herausbildung des humanitären Völkerrechts zur „Hegung“ des zwischenstaatlichen Krieges*

Das derzeit bestehende humanitäre Völkerrecht ist eng mit der Monopolisierung der Kriegführung durch den modernen souveränen Staat verknüpft. Es ist auf Staaten hin angelegt.

Zeichnete sich das Hohe und späte Mittelalter noch durch ritterliche Kriegführung und Burgen als strategische Befestigungsanlagen aus, in der die Eroberung von Territorien und die Kontrolle von Räumen eine eher nachgeordnete Rolle spielte, ist es dann die moderne Militärtechnologie in Form der Kanone, die auch als Reaktion zur Herstellung von Kriegführungstätigkeit die Kriegführung deutlich verteuerte. In dieser Zeit erweist sich zu Ende des 30jährigen Krieges der entstehende moderne souveräne Staat als derjenige, der mit seiner neu rekrutierten Bürokratie und der Stellung eigener besoldeter Soldaten sich als einziger in der Lage sah, den neuen bürokratischen und finanziellen Herausforderungen gerecht zu werden und unter Beendigung des freien Söldnerwesens zum zentralen Akteur der Konfliktregulierung zu werden. Die Kriegführung zwischen 1648 und 1945 ist wesentlich zwischenstaatliche Kriegführung, wiewohl es auch hier durchaus spezielle Entwicklungen gegeben hat.³⁰ Bei all diesen Entwicklungen verwundert es deshalb nicht, dass die bei den Konferenzen von 1899 und 1907 einsetzende Idee der Entwicklung eines spezifischen Kriegsvölkerrechts stark von der Vorstellung der Symmetrie, genauer des symmetrischen Staatenkrieges, gekennzeichnet ist.³¹ Als eine Maßnahme der Humanisierung der internationalen Beziehungen setzt die Verrechtlichung des Kriegszustandes ein, geleitet von der Idee einer strikten Trennung der Konfliktzugehörigen (Kombattanten) und der Nichtkonfliktzugehörigen, der sog. Zivilisten. Es soll unterschieden werden zwischen Kombattanten und Zivilisten als wesentlicher Grundvoraussetzung von Symmetrie. Insbesondere die in Europa über lange Zeit, na-

29 T. Pfanner, op. cit., Fn. 3, 165; H. Münkler, *Der Wandel des Krieges: Von der Symmetrie zur Asymmetrie*, 2. Auflage, Weilerswist 2006, 65 ff. unterscheidet zudem in Asymmetrie der Stärke, etwa der Vereinigten Staaten von Amerika, und Asymmetrierung aus Schwäche, die etwa im spanischen Partisanenkrieg gegen die napoleonische Besetzung zwischen 1808 und 1813 in der Form des Kleinkrieges (Guerillakrieges) entwickelt wurde, wobei Münkler eine Verbindungslinie zum antikolonialen Befreiungskrieg und der amerikanischen Niederlage im Vietnam-Krieg zieht.

30 Siehe die Beschreibung bei H. Münkler, op. cit., Fn. 29, 52 ff.

31 H. Münkler, op. cit., Fn. 29, 61 bezeichnet die Entwicklung des Kriegsvölkerrechts als die Bereitstellung von Minimalstandards von Symmetrie.

mentlich das 19. Jahrhundert, herrschende Gleichgewichtsvorstellung des Wiener Kongresses hat diese Symmetriekonzeption stark beflügelt.³² Dieses System hat keiner europäischen Macht dauerhaft die Möglichkeit gegeben, waffentechnologische Überlegenheit dergestalt zu erringen, dass die Konkurrenten nicht mehr in der Lage gewesen wären, sie auszugleichen.

Festzuhalten bleibt, dass, genährt von der Erfahrung des 19. Jahrhunderts, wonach die Regelbeachtung des Systems eine gewisse Garantie der staatlichen Existenz bedeutete, die Symmetrievorstellung bei der Formulierung des humanitären Völkerrechts vorherrschend gewesen ist. Dies kommt etwa in der zunächst grundsätzlich möglichen Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts auf den Regelfall des internationalen, also zwischenstaatlichen bewaffneten Konflikts zum Ausdruck, wobei nur im Gemeinsamen Art. 3 der Genfer Abkommen und schließlich im II. Zusatzprotokoll hierzu eher unvollkommene Regeln über den nichtinternationalen bewaffneten Konflikt zu finden sind. Trotz der weitgehenden Durchdringung des nichtinternationalen bewaffneten Konflikts mit Gewohnheitsrecht stimmt es nach wie vor, dass die Regeln für den internationalen bewaffneten Konflikt weit ausführlicher sind. Der – zwischenstaatliche – internationale bewaffnete Konflikt ist also der Regelfall, der nichtinternationale Konflikt die Ausnahme.

Das humanitäre Völkerrecht beruht somit in ganz besonderem Maße auf der Reziprozitätsvorstellung, wobei diese Gegenseitigkeitserwartung grundsätzlich nur im symmetrischen zwischenstaatlichen Konflikt Anwendung finden kann. Zudem ist die für das humanitäre Völkerrecht kennzeichnende Dichotomie in Kombattanten und Zivilisten auch Ausfluss eines symmetrischen Grundansatzes, denn nur der Kombattant ist legitimer Kämpfer. Er ist Angehöriger der Streitkräfte und damit Angehöriger des Staates. Und darauf beruht das für das gesamte humanitäre Völkerrecht zentrale Unterscheidungsprinzip.

Schließlich basieren die die Gewaltanwendung im bewaffneten Konflikt begrenzenden Grundsätze der militärischen Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit wie etwa auch der Katalog verbotener Kriegsmittel zentral auf der Gegenseitigkeitserwartung. Diese Regeln werden von einer Seite vor allem auch deshalb beachtet, weil vom Konfliktgegner die Beachtung der Regeln erwartet wird. Wenn zudem zutreffend die Gegenseitigkeitserwartung als ein das rechtmäßige Verhalten der Konfliktparteien beförderndes Motiv angesehen wird,³³ wird deutlich, dass dann, wenn die Voraussetzungen für das Bestehen der Gegenseitigkeitserwartung nicht vorliegen, dies tendenziell erodierend für die Regeln des bewaffneten Konflikts wirken kann.

Insbesondere auch vor diesem Hintergrund ist nunmehr die Frage zu stellen, ob und inwieweit das humanitäre Völkerrecht auch asymmetrische Konfliktlagen zu bewältigen in der Lage ist, indem seine zentralen Konzepte mit aktuellen asymmetrischen Herausforderungen konfrontiert werden sollen.³⁴

32 D. Freudenberg, *Theorie des Irregulären: Partisanen, Guerillas und Terroristen im modernen Kleinkrieg*, Wiesbaden 2007, 176, 177. Zum Gleichgewichtsprinzip als Grundkonstituante der Völkerrechtsordnung des 19. Jahrhunderts siehe auch S. Hobe, *Einführung in das Völkerrecht*, 9. Auflage, Tübingen und Basel 2008, 42 f. m. w. N.

33 So etwa K. Ipsen, *op. cit.*, Fn. 5, 1261; zum Reziprozitätsprinzip als Grundsatz der Völkerrechtsordnung siehe S. Hobe, *op. cit.*, Fn. 32, 374 f.

34 Zur Hypothese deutlicher Aus- und Rückwirkungen asymmetrischer Kriegführung auf die Grundsätze des humanitären Völkerrechts siehe R. Geiß, *Asymmetric conflict structures*, *International Review of the Red Cross* 2006, 757.

b) *Passen die Kriterien des humanitären Völkerrechts auf den asymmetrischen Konflikt?*

Nachfolgend soll sich die Untersuchung nun also, nachdem gezeigt worden ist, dass das klassische humanitäre Völkerrecht im Wesentlichen von symmetrischen Konfliktstrukturen ausgeht und für diese Lösungsansätze zeigt, der Frage zuwenden, ob und inwieweit insofern eine adäquate Regelung auch für den asymmetrischen bewaffneten Konflikt aufgezeigt werden kann. Fragen der Anwendbarkeit, der Unterteilung in den internationalen und den nichtinternationalen bewaffneten Konflikt sowie der Funktionalität so wesentlicher Prinzipien, wie dem der Unterscheidung, des legitimen Ziels in der Beschränkung der Methoden sowie der militärischen Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit sollen der entsprechende Vergleichsmaßstab sein, der hier Aufschluss darüber geben soll, ob das humanitäre Völkerrecht auf asymmetrische Konflikte passt.

aa) *Was ist im asymmetrischen Konflikt ein bewaffneter Konflikt?*

Der Angriff von Al Kaida auf die Zwillingstürme am 11. September 2001 macht bereits ein Grundanwendbarkeitsproblem des humanitären Völkerrechts in seiner Abgrenzung zum Friedensvölkerrecht deutlich. Es geht um die Frage der Bewertung des Vorliegens eines bewaffneten Konflikts, der regelmäßig über die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts entscheidet. Eine entsprechende Definition wird vom Recht nicht gegeben; zudem haben sich unterschiedliche Kriterien für das Vorliegen des internationalen und des nichtinternationalen bewaffneten Konflikts herausgebildet.

Anerkannt ist, dass im internationalen bewaffneten Konflikt zur Annahme des Gemeinsamen Art. 2 GA I-IV das Vorliegen einer gewissen Intensität der Anwendung von Waffengewalt zwischen zwei Staaten oder ein Fall der Besetzung ausreicht. Eine Minderauffassung nimmt nun in paralleler Anwendung der Zurechnungskriterien zum Friedensvölkerrecht an, dass die Anschläge des 11. September Afghanistan zurechenbar seien und die entsprechenden weiteren Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts vorlägen.³⁵

Die wohl herrschende Auffassung³⁶ ordnet indes den Konflikt eher dem Bereich des nichtinternationalen bewaffneten Konflikts zu, denn bereits die Ausschlussgründe des Art. 1 Abs. 2 ZP II etwa für Fälle vereinzelt auftretender Gewalttaten oder anderer ähnlicher Handlungen (Unruhe und Spannungen, Tumulte) zeigten, dass die Staatengemeinschaft ein quantitativ erhöhtes Maß an Gewaltanwendung im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt für erforderlich halte.³⁷ Mittlerweile vorherrschend scheint insofern die Auffassung des Jugoslawien-Tribunals im Tadić-Fall zu sein, dass nämlich

35 S. Vöneky, *The Fight against Terrorism and the Rules of the Law of Warfare*, in: C. Walter/S. Vöneky (Hrsg.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, Berlin 2004, 942.

36 D. McGoldrick, *From '9/11' to the 'Iraq War 2003': International Law at the Age of Complexity*, Oxford (Oregon) 2004, 32.

37 Früher ging man gemäß Art. 3 GA I-IV von einem weiteren Begriff für den „bewaffneten Konflikt“ aus und wendete den Begriff des ZP II i.S. der lex posteriori Regel nur für die Anwendbarkeitsfrage des ZP II an. Wie aber die Untersuchung des IKRK zum Gewohnheitsrecht zeigte, wenden die Staaten den engen Begriff des ZP II einheitlich auch für den Gemeinsamen Art. 3 GA I-IV an, sodass ein einheitlicher Begriff für den „bewaffneten Konflikt“ nichtinternationaler Art vorherrscht, vgl. J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge 2005, vol. I, xxix.

„An armed conflict exists whether there is a resort to armed force between States or *protracted armed violence* between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State“.³⁸

Gerade die Bewertung der Anschläge des 11. September 2001 bezüglich der die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts eröffnenden Frage der Gewaltanwendung ist bis heute äußerst kontrovers. Zum Teil wird hier das Vorliegen andauernder Gewalt (*protracted armed violence*) in der Literatur angenommen,³⁹ teilweise aber auch negiert.⁴⁰ Die Vereinigten Staaten hatten sich auf den Standpunkt gestellt, wegen der internationalen Ausrichtung von Al Kaida könne kein nichtinternationaler Konflikt vorliegen. Der Konflikt wurde vielmehr als bewaffneter Konflikt *sui generis* eingeordnet, der keinen Regeln des humanitären Völkerrechts unterliege. Entsprechend sah die Bush-Administration der USA die Anschläge des 11. September als „legal black hole“ an.⁴¹ Anders betrachtete das Oberste Gericht der USA im Hamdan-Fall⁴² zumindest den Gemeinsamen Art. 3 GA I-IV als einschlägig.⁴³ Das Gericht führte allerdings nicht aus, ob es einen solchen bewaffneten Fall auch in der Situation des 11. September annehmen würde.⁴⁴ Gerade aber diese vereinzelt Angriffe sind symptomatisch für asymmetrische Konfliktlagen, sodass die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts stets als durchaus problematisch anzusehen ist.

Möglicherweise könnte diese kontroverse Bewertung der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts auf asymmetrische Konflikte und insbesondere auf terroristische

38 International Criminal Tribunal for Yugoslavia (ICTY), Appeals Chamber, Prosecutor v. Dusko Tadić a.k.a. „Dule“ (Tadić), Jurisdiction, vom 2.10.1995, para. 70; ähnlich das International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2.9.1998, para. 620 und 625.

39 L. Condorelli/Y. Naqvi, The War against Terrorism and the Jus in Bello: Are the Geneva Conventions out of Date?, in: A. Bianchi (ed.), Enforcing International Law Norms against Terrorism, Oxford (Oregon) 2004, 25, 31; D. Jinks, The Applicability of the Geneva Conventions to the „Global War on Terrorism“, Virginia Journal of International Law 46 (2005) 165, 187; ders., September, 11 and the Laws of War, Yale Journal of International Law 28 (2003), 1, 33 m. w. N. in Fn. 40.

40 H. Duffy, The „War on Terror“ and the Framework of International Law, Cambridge 2005, 84 f.; M. P. Fischer, Applicability of the Geneva Conventions to „Armed Conflict“ in the War on Terror, Fordham International Law Journal 30 (2007), 509, 516 f.; J. J. Paust, War and Enemy Status after 9/11: Attacks on the Laws of War, Yale Journal of International Law 28 (2003), 325, 327; wohl auch F. Patel King/O. Swaak-Goldman, The Applicability of International Humanitarian Law to the „War against Terrorism“, Hague Yearbook of International Law 2002, 39, 48.

41 Vgl. die Zusammenfassung der diesbezüglichen US-amerikanischen Staatenpraxis in: Decision Not to Regard Persons Detained in Afghanistan as POWs, AJIL 96 (2002), 475 f.

42 Mr. Hamdan wurde 2001 in Afghanistan festgenommen und 2002 nach Guantanamo überstellt. Er bekam am 3.7.2003 eine Militärkommission zur Entscheidung seines Falles und im Dezember einen Rechtsbeistand zugewiesen, der auf ein schnelles Verfahren drängte. Er machte seinen Kriegsgefangenenstatus geltend und dass die Regierung ein kompetentes Gericht benennen möge. Nach dem Gang durch die Instanzen befindet der Supreme Court, dass grds. das GA III und der Gemeinsame Art. 3 der GA I-IV anwendbar seien, weshalb die Militärkommission solange nicht zuständig sei wie nicht ein zuständiges Gericht entschieden habe, ob Hamdan der Kriegsgefangenenstatus zuerkannt werden müsse.

43 Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense et al., US Supreme Court, Nr. 05-184, 29.6.2006, 548 U.S. 557 (2006), 563 und 634.

44 M. P. Fischer, Fn. 40, 514 und N. Quéniwet, Applicability of International Humanitarian Law to Situations of (Counter-)Terrorist Nature, in: R. Arnold/P.-A. Hildbrand (Hrsg.), International Humanitarian Law and the 21st Century, Lausanne 2005, 25, 57 wenden die Tadić-Kriterien an und kommen zum Ergebnis, dass der zielgerichtete vereinzelt Angriff nicht die vom Tadić-Fall geforderte andauernde Gewalt darstellen könne.

Gewaltakte Anlass zu einer Diskussion über die Begriffe der Gewalt im internationalen und nichtinternationalen bewaffneten Konflikte geben. Unzweifelhaft war es ursprünglich das Bemühen der Staaten, etwa im II. Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen, die erforderliche Gewaltschwelle bei Konflikten auf dem eigenen Territorium heraufzusetzen und niedrigschwellige Gewaltanwendung mit Mitteln des innerstaatlichen Strafrechts zu bekämpfen. Erst höherschwellige Gewaltanwendung sollte jeweils Gegenstand humanitärrechtlicher Beurteilung werden. Staaten sind also traditionell zögerlich mit der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts gewesen, die sie erst dann anerkannten, wenn die interne politische Instabilität das Niveau eines bewaffneten Konflikts erreicht hatte und so die Gegner als Partei dieses bewaffneten Konflikts behandelt werden konnten.⁴⁵ Eine eindeutige Staatenpraxis⁴⁶ gibt es freilich zu dieser in der Literatur diskutierten Frage⁴⁷ nicht.

Der vom Jugoslawien-Tribunal postulierte, im 2. Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen angelegte und nunmehr auch in Art. 8 Abs. 2 (e) des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs erwähnte Maßstab der andauernden Gewalt wäre auch auf den Fall der Geiselnahme mehrerer hundert Besucher des Moskauer Bolschoi-Theaters im Oktober/November 2002 durch 50 Tschetschenen anzulegen.⁴⁸ Im gleichen Atemzug könnte auch der oben erwähnte Überfall auf die Schule in Beslan durch tschetschenische Terroristen genannt werden. Hier stellte sich nur die Frage, ob ein nichtinternationaler bewaffneter Konflikt vorlag. Das Kriterium der andauernden Gewaltanwendung im Sinne des Art. 3 kann einerseits darauf abzielen, sporadische Angriffe auszuschließen.⁴⁹ Andere betrachten indes die Intensität der Gewaltanwendung als entscheidend.⁵⁰ In beiden angesprochenen Fällen wird man diese Geiselnahmen indes als singulär und sporadisch anzusehen haben und nicht als die Form andauernder Gewalt, die die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts ermöglichte. Insofern richtete sich die Beurteilung der Situation neben dem Friedensvölkerrecht auch nach nationalem Strafrecht.

Der Gewaltbegriff bei bewaffneten Konflikten ist somit deutlich an der Wahrung staatlicher Souveränität orientiert. Das höhere erforderliche Maß der Gewaltanwendung führt dazu, dass etliche asymmetrische Konflikte, wie etwa der des 11. Septembers 2001 nicht vom Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts erfasst werden.

bb) Sind asymmetrische Konflikte immer nichtinternationale bewaffnete Konflikte?

Wie bereits angedeutet wurde, hat das auf Symmetrie angelegte humanitäre Völkerrecht als Ausnahmefall den nichtinternationalen bewaffneten Konflikt im Gemeinsa-

45 J. Pejić, Status of Armed Conflicts, in: E. Wilmshurst/S. Breau (Hsrg.), Perspectives of the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law, Cambridge 2007, 77, 89.

46 Siehe aber die Rechtsprechung des ICTR, das im Akayesu-Fall sporadische Attacken aus dem Anwendungsbereich des nichtinternationalen bewaffneten Konflikts, gleich für den Gemeinsamen Art. 3 und das ZP II ausschied, Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2.9.1998, para. 620 und 625.

47 Siehe N. Quéniwet, op. cit., Fn. 44, 34 f.

48 Schilderung bei N. Quéniwet, op. cit., Fn. 44, 38 f.

49 Siehe ICTR, The Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2.9.1998, para 601.

50 K. Dörmann, Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, Cambridge 2003, 387.

men Art. 3 und im II. Zusatzprotokoll geregelt, dessen Regelfall der Bürgerkrieg ist. Da in asymmetrischen Konflikten im Wesentlichen nichtstaatliche Gewalt gegen staatliche Akteure zur Anwendung kommt, wäre es also eine nachvollziehbare Grundannahme, dass jeder asymmetrische Konflikt auch ein nichtinternationaler bewaffneter Konflikt ist. Insofern kann aber aufgezeigt werden, dass die heutigen asymmetrischen Konflikte den Bereich des klassischen Bürgerkriegs und so das ursprüngliche Vorstellungsbild des nichtinternationalen bewaffneten Konflikts überwunden haben. Neben dem rein innerstaatlichen Bürgerkrieg werden sogleich verschiedenste Konstellationen der Konfrontation des nichtstaatlichen Akteurs mit dem Staat dargestellt. Diese kann etwa von der staatlichen Bekämpfung des Terrorismus auf fremdem Staatsgebiet über Formen staatlicher Hilfeleistungen im Bürgerkrieg bis hin zum Tätigwerden eines Staates an der Seite eines anderen Staates im Bürgerkrieg gehen.

(a) Der Afghanistan-Krieg ab Oktober 2001

Die Maßnahmen der Alliierten unter Führung der Vereinigten Staaten von Amerika gegen Afghanistan als Reaktion auf die Angriffe von Al Kaida vom 11. September 2001, die ab Oktober 2001 stattfanden, können als das Führen eines internationalen bewaffneten Konflikts gemäß dem Gemeinsamen Art. 2 der GA I-IV gekennzeichnet werden.⁵¹ Es handelt sich hier um einen bewaffneten Konflikt zwischen den Koalitionstruppen auf der einen Seite und den Taliban als nicht anerkanntem de facto-Regime Afghanistans auf der anderen Seite.⁵² Die Taliban repräsentierten als de facto-Regime den Staat von Afghanistan, gegen den der Angriff gerichtet war.⁵³

(b) Al Harethi

Im politischen Zusammenhang vorbeugender Terrorismusabwehr, wie er vornehmlich von den Vereinigten Staaten von Amerika und von Israel gehandhabt wird, steht die Tötung des Al Kaida-Terroristen Al-Harethi auf jemenitischem Staatsgebiet durch eine unbemannte US-Drohne am 3. November 2002. Diese gezielte Tötung (sog. targeted killing) des Terroristen eröffnet mehrere Problemlagen.⁵⁴ Da der Gemeinsame Art. 2 GA I-IV auf die Konfliktparteien und nicht auf den Kriegsschauplatz abstellt, war nämlich fraglich, ob die Handlung der Vereinigten Staaten, die gegen Al-Harethi gerichtet war, damit auch gegen einen Staat gerichtet war. Dies wird man bei den terroristischen Handlungen des Einzelnen nicht ohne weiteres sagen können.⁵⁵ Für das Vorliegen

51 Zur Frage der humanitär-völkerrechtlichen Irrelevanz des sog. „war on terror“ siehe etwa J. Pejić, *Unlawful/ Enemy Combatants“: Interpretations and Consequences*, in: M. Schmitt/ J. Pejić (Hrsg.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden 2007, 335, 344 ff.

52 R. Wolfrum/C. Philipp, *The Status of the Taliban: their Rights and Obligations under International Law*, *Max Planck Yearbook on United Nations* 6 (2002), 559; siehe auch J. Pejić, op. cit., Fn. 45, 85.

53 C. Greenwood, *International Law and the „War Against Terrorism“*, *International Affairs* 78 (2002), 301, 314; C. Tomuschat, op. cit., Fn. 17, 536; J. A. Frowein, *Der Terrorismus als Herausforderung für das Völkerrecht*, *ZaöRV* 2002, 879, 897.

54 Hintergrund bei N. Printer, *The Use of Force Against Non-state Actors under International Law: An Analysis of the U.S. Predator Strike in Yemen*, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 8 (2003), 331, 335.

55 Für das Vorliegen eines internationalen bewaffneten Konflikts – freilich ohne gesonderte Prüfung der Anwendbarkeit – aber N. Printer, op. cit., Fn. 54, 370 f.

eines nichtinternationalen bewaffneten Konflikts ist aber bereits fraglich, ob Art. 3 GA I-IV deshalb möglicherweise nicht anwendbar ist, weil sich dessen Anwendbarkeit auf Konflikte innerhalb des Territoriums eines einzelnen Vertragsstaates beschränkt. Zudem ist wiederum das Vorliegen des Kriteriums andauernder („protracted“) Gewalt zu prüfen. Im Fall der Exekution durch die Drohne wird dies in der Regel zu verneinen sein.⁵⁶ Interessanterweise plädieren einige Autoren trotz der eigentlichen Unanwendbarkeit des Art. 3 GA I-IV wegen dessen Schutzzwecks für seine Anwendung im Wege der modifizierenden Auslegung.⁵⁷ Diese nicht mehr dogmatisch hergeleitete Anwendung stellt eine Ausnahme vom Maßstab der „protracted armed violence“ dar, die freilich nach den ansonsten angewendeten Kriterien schwerlich zu begründen ist. Dies solle, so die Befürworter, vor allem den Zivilistenschutz während der Attacke gewährleisten.⁵⁸ Es wird hervorgehoben, dass Art. 3 GA I-IV einen gemeinsamen Minimumstandard enthalte, weshalb diese Vorschrift stets anwendbar sei.⁵⁹

(c) Sierra Leone und Tschetschenien

Der Konflikt in Tschetschenien⁶⁰ kann als typischer Bürgerkrieg und insofern als nicht-internationaler bewaffneter Konflikt betrachtet werden.

Der kompliziertere Konflikt in Sierra Leone, der bereits oben als Aufständischenkonflikt gegen die Regierung skizziert wurde,⁶¹ war durch eine Beteiligung ausländischer Kräfte wie der westafrikanischen Eingreiftruppe ECOMOG gekennzeichnet.⁶² Auch das zurzeit am Sondergerichtshof für Sierra Leone verhandelte Eingreifen des liberianischen Präsidenten Charles Taylor auf Seiten der Aufständischen spielte eine Rolle. Die Berufungskammer des Sondergerichtshofs ließ die Frage nach der Rechtsnatur des bewaffneten Konflikts in Sierra Leone wegen Unerheblichkeit für die Zuständigkeit des Gerichts offen,⁶³ die Verfahrenskammer II stellte einen nichtinternationalen Konflikt fest.⁶⁴ Es ist offen, wie die Verfahrenskammer im Taylor-Prozess entscheiden wird; eine Berufung auf die erste Entscheidung, d.h. Fehlen der Entscheidungserheblichkeit, ist jedoch wahrscheinlich.⁶⁵

56 So auch *N. Quéniwet*, Fn. 44, 49.

57 Nachweise bei *N. Quéniwet*, op. cit. Fn. 44, in Fn. 78.

58 *A. McDonald*, *Terrorism, Counter-Terrorism and the ius in bello*, San Remo 2002, 61; *D. Jinks*, *The Temporal Scope of Application of International Humanitarian Law in Contemporary Conflicts*, Background Paper prepared for the Informal High-Level Expert Meeting on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law, Cambridge, January 27-29, 2003, abrufbar unter <http://www.ihlresearch.org/ihl/pdfs/Session3.pdf> (8.6.2009), 8.

59 *N. Quéniwet*, op. cit., Fn. 44, 48.

60 Supra a, 1.a); Besprechung bei *D. Zechmeister*, *Die Erosion des humanitären Völkerrechts in den bewaffneten Konflikten der Gegenwart*, Baden – Baden 2007, 198 f., der als einer der wenigen die Einschlägigkeit des Art. 1 Abs. 4 ZP I ausführlich erörtert und ablehnt.

61 Supra a, 1.b); Eine Zusammenfassung der (entschiedenen) Rechtsprobleme zum Krieg in Sierra Leone findet sich bei *S. M. Meisenberg*, *Die Rechtsprechung des Sondergerichtshofs für Sierra Leone und sein Beitrag zum humanitären Völkerrecht*, HuV-I 2008, 143.

62 *S. M. Meisenberg*, op. cit., Fn. 61, 145.

63 Special Court for Sierra Leone (SCSR), *Prosecutor v. Fofana*, SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction – Nature of the Armed Conflict, 25.5.2004, Rn. 19.

64 SCSR, *Prosecutor v. Brima, Kamara, Kanu* („AFRC“), SCSL-2004-16-T, Urteil vom 20.6.2007, Rn. 251.

65 *S. M. Meisenberg*, op. cit., Fn. 61, 146.

(d) Intervention der Sowjetunion in Afghanistan

Die sowjetische Intervention in den afghanischen Bürgerkrieg im Jahre 1979, also der Aufstand gegen die damalige afghanische (Marionetten-)Regierung wird nach wie vor von einem humanitärrechtlichen Ansatz unterschiedlich beurteilt. Es bestehen nicht weniger als drei verschiedene Auffassungen.⁶⁶ Zum einen wird die Meinung vertreten, der Eingriff der Sowjetunion in Afghanistan an der Seite der afghanischen Regierung führe nicht zur Internationalisierung des Konflikts. Die Sowjetunion habe also als Streithelfer der nichtstaatlichen Aufständischenbewegung gegenüber gestanden.⁶⁷ Somit handelte es sich hier um einen nichtinternationalen bewaffneten Konflikt.⁶⁸ Die Gegenauffassung sieht wegen des Eingreifens der Sowjetunion eine Internationalisierung des bis dahin nichtinternationalen bewaffneten Konflikts und hält den Konflikt deshalb für einen internationalen bewaffneten Konflikt.⁶⁹ Und eine vermittelnde Ansicht möchte je nach Konstellation differenzieren und unterschiedlich die Regeln des internationalen und des nichtinternationalen bewaffneten Konflikts Anwendung finden lassen.⁷⁰

Insofern wird man in einer ersten Bewertung festhalten können, dass eine klassische Zuordnung des asymmetrischen Konflikts entweder zur Struktur des nichtinternationalen oder der des internationalen bewaffneten Konflikts nicht möglich ist. Dies hängt vielmehr zentral von den Konfliktbeteiligten ab, wobei allerdings der internationale bewaffnete Konflikt in der Tat eher die Ausnahme denn die Regel ist. Insofern wurde auch festgestellt, dass bei der mehrheitlichen Anwendung des Rechts des nichtinternationalen bewaffneten Konflikts die Hürde der fehlenden andauernden (protracted) Gewaltausübung in einigen Fällen nur durch die modifizierende Anwendung des Gemeinsamen Art. 3 der Genfer Abkommen behoben werden kann.

cc) Ist das Prinzip der Unterscheidung effektiv im internationalen bewaffneten Konflikt?

Das humanitäre Völkerrecht ist ein Recht der Distinktion. Es muss klar sein, wer zu den Kämpfern gehört, damit die Zivilisten geschützt werden können. Deshalb kommt dem Unterscheidungsgrundsatz eine entscheidende Rolle zu. Und genauso zentral ist die Frage, ob im asymmetrischen Konflikt, der sich durch den Einsatz nichtstaatlicher Gewaltakteure auszeichnet, mittels dieses Unterscheidungsgrundsatzes auch die erforderlichen Distinktionen vorgenommen werden können.

(a) Kombattanten/Zivilisten

Problematisch wird das schon bei der Zuordnung der Angehörigen von Al Kaida. Grundsätzlich wird die Frage nach dem Kombattantenstatus im internationalen bewaffneten Konflikt gemäß Art. 4 GA III i. V. mit Art. 43 f. ZP I entschieden. Dabei kennt Art. 4 A GA III zwei Fälle: den der Zugehörigkeit zu den Streitkräften (Nr. 1) und den der Zugehörigkeit zu einer Miliz (Nr. 2). Angehörige der Al Kaida waren indes, anders

66 Siehe die Schilderung des Meinungsspektrums bei *J. Pejić*, op. cit., Fn. 45, 89 f.

67 *J. Pejić*, op. cit., Fn. 45, 92.

68 Ebenso *L. Moir*, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge 2002, 51; *J. Pejić*, op. cit. Fn. 45, 92.

69 *M. W. Reisman /J. Silk*, *Which Law Applies to the Afghan Conflict?*, *AJIL* 82 (1988), 459, 481, die die Einladung der damaligen afghanischen Regierung nicht anerkennen.

70 Dies bezeichnet *J. Pejić*, op. cit. Fn. 45, 91 als die Mehrheitsauffassung.

als die Taliban als de facto-Regierung des Staates Afghanistan⁷¹, kein Teil der Streitkräfte der de facto-Regierung (Art. 4 A Nr. 1 GA III) und stellten daneben auch keine Miliz nach Art. 4 A Nr. 2 GA III dar. Denn dazu hätten sie ein bleibendes und von weitem erkennbares Unterscheidungszeichen führen bzw. bei ihren Kampfhandlungen die Gesetze und Gebräuche des Krieges einhalten müssen. Nach Anwendung des geltenden Rechts genießen deshalb die Angehörigen der Al Kaida keinen Kombattantenstatus, sondern sind Zivilisten.⁷²

Auch die Einordnung der Mitglieder der tschetschenischen Separatisten im Tschetschenien-Konflikt macht Probleme.⁷³ Die Separatisten kämpften gegen die Regierung, indem sie auf die Unabhängigkeit Tschetscheniens im Sinne der Abtrennung der Provinz von Russland drängten. Da diese Separation allerdings bislang nicht gelungen ist, kann auch nicht von einem internationalen bewaffneten Konflikt die Rede sein. Eine Einordnung als Kombattant kommt insofern für die Separatisten nicht in Betracht. Zudem ist die Einschlägigkeit des Art. 1 Ziff. 4 ZP I, der die Anwendbarkeit des ZP I auf bestimmte Fälle der Befreiungskriege ausdehnt, hier zu verneinen. Es bleibt insofern bei der Anwendung des Rechts des nichtinternationalen Konfliktes und besonders des Gemeinsamen Art. 3 GA I-IV und des ZP II. Insofern kann man sich allerdings die Frage stellen, ob die tschetschenischen Separatisten als sog. „Kämpfer“ eingeordnet werden können.

(b) Kämpfer im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt

Im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt kennen weder der Gemeinsame Art. 3 GA I-IV, noch das ZP II den Begriff des Kombattanten. Die Staaten sind nicht bereit, das am Kombattantenstatus hängende Kriegsgefangenen- und Kampfprivileg auch Aufständischen zu gewähren. Die Studie des IKRK zum Gewohnheitsrecht zeigt gleichfalls, dass ein Status des „Kombattanten“ nur im internationalen bewaffneten Konflikt existiert.⁷⁴ Trotzdem gebraucht auch die Studie mangels Alternativen den Kombattantenbegriff, um geschützte Zivilisten abzugrenzen. Andere benutzen den Ausdruck „Kämpfer“ bzw. „fighter“.⁷⁵ Nicht bloß als Abgrenzungsinstrument, sondern bereits als Rechtsbegriff befürwortet schließlich eine Auffassung den Begriff „Kämpfer“ für den nichtinternationalen bewaffneten Konflikt. Diese Auffassung leitet den „Kämpfer“-Status aus der Redaktionsgeschichte des ZP II, der Rechtsprechung und der Gewohnheitsrechtsbildung zum Unterscheidungsprinzip her.⁷⁶ „Kämpfer“ seien solche Personen, die zum administrativen Apparat einer Konfliktpartei gehörten, der die Aufgabe

71 Dazu umfassend R. Wolfrum/C. Philipp, op. cit., Fn. 52, 559.

72 Ein Fall des Art. 44 Abs. 13 ZP I liegt nicht vor.

73 D. Zechmeister, op. cit., Fn. 60, 202.

74 J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, op. cit, Fn. 37, 11. Bothe kritisiert jedoch zutreffend die fehlende Stellungnahme zum Problem, dass das Kombattanten-Privileg im nichtinternationalen Konflikt nicht existiert, M. Bothe, Customary international humanitarian law: Some reflections on the ICRC study, Yearbook of International Humanitarian Law 2005, 143, 175.

75 Im San Remo Manual on the Law of Non-international Armed Conflict, 2006, wird der Ausdruck „fighter“ explizit nur als Sprachbegriff benutzt, wie zu Anfang klargestellt wird, Abschnitt 1.1.2., 4. Gleichfalls J. K. Kleffner, From Belligerents to Fighters and Civilians Directly Participating in Hostilities, Netherlands International Law Review 2007, 315, 330, der sich auf das San Remo Manual bezieht.

76 M. Bothe, Töten und getötet werden – Kombattanten, Kämpfer und Zivilisten im bewaffneten Konflikt, in: FS Delbrück, Berlin 2005, 67, 72 ff.

habe, Kampfhandlungen durchzuführen.⁷⁷ Sie besäßen diesen Status während der gesamten Zugehörigkeit zu dieser Organisation und könnten zum Ziel von Angriffen gemacht werden. Das wäre für den Großteil der oben geschilderten tschetschenischen Separatisten der Fall. Allerdings findet dieser Ansatz zutreffend wenig Zuspruch.⁷⁸ Es handelt sich nämlich um einen ausschließlich negativen Rechtsstatus: Die „Kämpfer“ sind nach der oben zitierten Auffassung legitime Angriffsziele und genießen keinerlei Privilegien. Anders als den ungeschützten Zivilpersonen, die ihren Schutz wiedererlangen, sobald sie aufhören direkt an den Feindseligkeiten teilzunehmen, soll hiernach diese Möglichkeit dem „Kämpfer“ nicht zustehen. Die Staaten werden aber befürchten, dass diesem sprachlich parallelen Begriff zum Kombattanten nicht nur die Wesensmerkmale und Nachteile, sondern auch Privilegien aus dem parallel herangezogenen Recht des internationalen bewaffneten Konflikts anhaften. Schließlich ist festzuhalten, dass die notwendige Staatenpraxis eines solchen Ansatzes nicht vorliegt.⁷⁹ Vielmehr können solche administrativ-organisierten kämpfenden Personen als unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmende Zivilisten eingeordnet werden, so dass die Kategorie des „Kämpfers“ nicht unmittelbar erforderlich erscheint.⁸⁰

(c) Unlawful combatants

Festzuhalten bleibt schließlich, dass die von den USA verwendete Bezeichnung „unlawful enemy combatant“⁸¹ keine neue Kategorie neben Kombattanten und Zivilisten eröffnet.⁸² Die Vereinigten Staaten von Amerika haben so Terroristen als nicht den

⁷⁷ M. Bothe, op. cit., Fn. 76, 79.

⁷⁸ Kritisch C. Schaller, Humanitäres Völkerrecht und nichtstaatliche Gewaltakteure, Neue Regeln für asymmetrische bewaffnete Konflikte?, SWP-Studie 2007/S 34, Dezember 2007, 26. Die Gewohnheitsrechtsstudie des IKRK sieht eine eindeutige Staatenpraxis dahingehend gegeben, dass staatliche Truppen nicht als Zivilisten im nichtinternationalen Konflikt angesehen werden, kann jedoch keine eindeutige Linie finden, ob bewaffnete oppositionelle Truppen grds. Zivilisten sind, die ihren Schutz durch unmittelbare Teilnahme verlieren können, oder als solche legitime Ziele sind, J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, op. cit., Fn. 37, 19. Dieser Gedanke wird beim Mitgliedschaftsansatz aufgegriffen, infra, B.II.2.d.aa (3).

⁷⁹ M. Bothe, op. cit. Fn. 76, 83.

⁸⁰ Die „Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities“ des IKRK vom Mai 2009, deren Veröffentlichung das Ende des 2003 eingeleiteten Klärungsprozesses um die „unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten“ von IKRK und dem T.M.C. Asser Instituut markiert, schließt die Kämpfer-Mitglieder der nichtstaatlichen Konfliktparteien im nichtinternationalen Konflikt tatbestandlich aus dem Kreis der Zivilisten aus, N. Melzer, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, ICRC, Genf Mai 2009, seit Juni 2009 abrufbar unter [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/direct-participation-ihl-article-020609/\\$File/direct-participation-guidance-2009-ICRC.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/direct-participation-ihl-article-020609/$File/direct-participation-guidance-2009-ICRC.pdf) (8.6.2009), Recommendation II, 27 f. Noch anders die Zusammenfassung des Vortrages von N. Melzer, Civil Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, in: G. L. Beruto (Hrsg.), The Conduct of Hostilities, Proceedings of the 30th Round Table of the International Institute of Humanitarian Law, San Remo, 6-8 September 2007, 71. Vgl. auch M. Sassòli, Combatants, in: R. Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2008, online edition, Rn. 37.

⁸¹ Der von den Vereinigten Staaten gebrauchte Terminus „unlawful enemy combatant“ wurde schließlich durch den Begriff „enemy combatant“ ersetzt, unter dem solche Gefangenen geführt wurden, die nicht in den Genfer Abkommen erfasst werden und die unter Vorbehalt militärischer Notwendigkeit menschlich behandelt werden sollen. Ausführliche Diskussion bei J. Pejić, op. cit., Fn. 51, 343.

⁸² Siehe M. Sassòli, The Status of Persons Held in Guantanamo under International Humanitarian Law, Journal of International Criminal Justice 2004, 96 ff.; M. D. Maxwell/S. M. Watts, „Unlawful Enemy Combatant“: Status, Theory of Culpability, or Neither?, Journal of International Criminal Justice 2007, 19 ff.

Streitkräften angehörige Kämpfer, die zu den Waffen gegriffen haben, bezeichnet.⁸³ Im Ergebnis sollten jenen Gruppen die Privilegien des Kombattantenstatus wie auch diejenigen des Zivilistenstatus vorenthalten bleiben.⁸⁴ Das humanitäre Völkerrecht kennt indes nur die beiden Status des Kombattanten und des Zivilisten. Dies geht aus dem geschriebenen Recht hervor und insbesondere auch aus dem III. und IV. Genfer Abkommen,⁸⁵ welche sich als abschließende Regelung aller möglichen Kampfkonstellationen bezeichnen und nur diese beiden Kategorien benennen. Das gilt *mutatis mutandis* auch im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt.

Dass es neben dem Kombattanten- und dem Zivilistenstatus keinen dritten Status im humanitären Völkerrecht gibt, wurde zudem, worauf zutreffend hingewiesen worden ist,⁸⁶ auch vom US Supreme Court bereits in der Sache *Ex parte Quirin* bestätigt.⁸⁷ Der Supreme Court hatte im Jahr 1942 über den Status von Angehörigen der deutschen Streitkräfte, also Kombattanten, die auf dem Gebiet der Vereinigten Staaten Sabotageakte vornehmen sollten und ihrer Unterscheidungspflicht gegenüber Zivilpersonen nicht nachgekommen waren, zu entscheiden. Der Supreme Court erklärte insofern, diese Deutschen hätten das Immunitätsprivileg eines Kombattanten verwirkt. Insofern war der Begriff „unlawful combatant“ für diese Situation zutreffend.⁸⁸ Man wird die Bezeichnung „unlawful combatant“ insofern als eine Einordnung nach US-Recht anzusehen haben.⁸⁹ Letztlich hat die neue amerikanische Administration aus dieser klaren Völkerrechtslage auch die zutreffenden Schlüsse gezogen und jedenfalls die Bezeichnung „unlawful enemy combatant“ nunmehr aufgegeben.⁹⁰

Im Ergebnis erweist sich damit die Unterscheidung Kombattant / Zivilist und damit das Unterscheidungsprinzip auch im asymmetrischen Konflikt im Grundsatz als tragfähig. Es muss freilich in Rechnung gestellt werden, dass durch die Teilnahme des nicht-staatlichen Gewaltakteurs ein größerer Teil der Konflikte nichtinternationaler Natur ist, weshalb sich für diese Konflikte gerade die Distinktion Kombattant und Zivilist nicht ergeben kann.

(d) Der Kriegsgefangenenstatus im asymmetrischen Konflikt

Gerade im asymmetrischen Konflikt, der sich ja häufig durch den Einsatz eines nicht-staatlichen Gewaltakteurs auszeichnet, ist deshalb die Bestimmung des Status des Kom-

83 Vgl. die Zusammenfassung der diesbezüglichen US-amerikanischen Staatenpraxis in: Decision Not to Regard Persons Detained in Afghanistan as POWs, AJIL 96 (2002), 476 f.

84 Vgl die Besprechung der offiziellen Definition der amerikanischen Administration bei *J. Pejić*, op. cit., Fn. 51, 343 f.

85 Art. 4 und 5 GA III, Art. 4 GA IV.

86 *M. Bothe*, op. cit., Fn. 76, 69.

87 317 U.S. 1 (1942).

88 Siehe *J.J. Paust*, War and Enemy Status after 9/11: Attacks on the Law of War, Yale Journal of International Law 2003, 325, 331.

89 *C. Schaller*, op. cit., Fn. 78, 19; siehe auch *J. Wiczorek*, Unrechtmäßige Kombattanten und humanitäres Völkerrecht, Berlin 2005, passim.

90 FAZ vom 14.03.2009; Pressemeldung 09-232 des U.S. Department of Justice vom 13.3.2009, abrufbar unter: <http://www.usdoj.gov/opa/pr/2009/March/09-ag-232.html> (8.6.2009). Das dort zitierte Memorandum in einem anhängigen habeas-Verfahren, das diese Wende zur Berufung auf Völkerrecht statt einer präsidialen Interpretation vollzieht, ist abrufbar unter: <http://www.usdoj.gov/opa/documents/memo-redet-auth.pdf> (8.6.2009).

battanten und des Zivilisten für die Bestimmung legitimer Ziele entscheidend. Er ist dies ganz besonders auf dem Hintergrund des davon abzuleitenden Kriegsgefangenenstatus im Falle der Internierung. So haben etwa die Vereinigten Staaten den in Guantanamo internierten Taliban-Angehörigen den Kriegsgefangenenstatus deshalb verweigert, weil die Taliban nach Art. 4 A Nr. 2 GA III die geforderten Merkmale, insbesondere die Gesetze und Gebräuche des Krieges nach Art. 4 A Nr. 2 lit. d) GA III durch ihr Bündnis mit Al Kaida nicht erfüllt hätten.⁹¹ Indes ist diese Auffassung kritisch aufgenommen worden.⁹² Die Taliban, die als die regulären Streitkräfte Afghanistans zu betrachten waren,⁹³ waren damit jedoch bereits Mitglieder der Streitkräfte im Sinne von Art. 4 A Nr. 1 GA III.⁹⁴ Insofern konnte es für den Streitkräftebegriff nicht auf Uniformen ankommen. Es ist vielmehr auf das Vorhandensein einer militärischen Kommandostruktur abzustellen. Die Taliban waren zwar nicht mit klassischer militärischer Befehlsstruktur organisiert, besaßen indes eine gewisse Armeestruktur. Insofern ist die Auffassung herrschend, Talibankämpfer als Mitglieder regulärer Streitkräfte zu betrachten, für die die widerlegliche und sogleich zu erörternde Vermutung des Art. 5 Abs. 2 GA III streitet.

Umstrittene Statusfragen sind zudem gemäß Art. 5 Abs. 2 GA III durch ein „zuständiges nationales Gericht“ zu klären. Art. 5 Abs. 2 GA III ordnet insofern bis zur Entscheidung einer solchen Statusfrage die Behandlung als Kriegsgefangener an.

Die Errichtung entsprechender Statusgerichte hatte aufgrund der relativen Unbestimmtheit in Art. 5 Abs. 2 GA III, der nur vom zuständigen Gericht (competent tribunal) spricht, den Vereinigten Staaten einige Schwierigkeiten gemacht.⁹⁵ In der Entscheidung *Hamdi v. Rumsfeld* aus dem Jahr 2004⁹⁶ befand der Supreme Court zunächst, dass es einen Anspruch des einzelnen Gefangenen auf gerichtliche Überprüfung des entsprechenden Rechtsstatus gebe. Später hat der Supreme Court dann in der Entscheidung *Hamdan v. Rumsfeld* vom 29.6.2006⁹⁷ ausdrücklich entschieden, dass die von den Vereinigten Staaten eingesetzten Militärkommissionen, die zur Entscheidung dieser Rechtsfragen berufen sein sollten, u.a. kein „ordentlich bestelltes Gericht“ i.S.d. einschlägigen Gemeinsamen Art. 3 GA I-IV seien.⁹⁸ Dabei gründet der Supreme Court

91 Vgl. die Wiedergabe der diesbezüglichen Aussagen der US-amerikanischen Regierung in Decision Not to Regard Persons Detained in Afghanistan as POWs, AJIL 96 (2002), 475, 477 f. Zustimmung *R. Wedgwood*, Al Qaeda, Terrorism, and Military Commissions, AJIL 96 (2002) 328. Zum Status der Taliban, vgl. *D. Zechmeister*, op. cit., FN 60, 167 ff. *R. Wolfrum/C. Philipp*, op. cit., Fn. 52, passim.

92 *Tomuschat* resumiert, dass es darüber außerhalb der USA unter Völkerrechtlern „keinerlei Zweifel“ gibt, DÖV 2006, 363, in Fn. 40, vgl. nur *H.-P. Gasser*, Humanitäres Völkerrecht, 2007, 79; *J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck*, op. cit., Fn. 37, 16 (aber widersprüchlich auf S. 385); *K. Ipsen*, in *D. Fleck* (Hrsg.), op. cit., Fn. 9, Rn. 311; *A. P. V. Rogers*, in: *M. Schmitt/J. Pejčić* (Hrsg.) op. cit., Fn. 51, 114; a.A. aber *Y. Dinstein*, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge 2004, 48, differenzierend *J. Wieszorek*, op. cit., Fn. 89, 246.

93 *J. A. Frowein*, Fn. 53, 879, 894.

94 *D. Zechmeister*, op. cit., Fn. 60, 169.

95 Für das Ausreichen von Militärkommissionen *R. Wedgwood*, Al Qaeda, Terrorism, and Military Commissions, AJIL 2002, 328.

96 542 U.S. 504 (2004).

97 548 U.S. 557 (2006).

98 In einer weiteren Entscheidung, *Boumediene v. Bush* vom 12.6.2008, 550 U. S. 1301 (2007), hat der Supreme Court dann auf der Basis des amerikanischen Rechts die Rechtsposition der Deportierten insofern gestärkt, als er ihre habeas corpus-Rechte als in verfassungswidriger Weise durch die Anti-Terrorismugesetzgebung der Vereinigten Staaten beschränkt und auch die von den Vereinigten Staaten

seine Entscheidung insofern neben dem Uniform Code of Military Justice (UCMJ) auch auf die Genfer Konventionen. Auch die den Gefangenen zustehenden Rechte werden auf Art. 1 UCMJ und auf GA III gestützt.

Die Problematik des Kriegsgefangenenstatus bedarf also der nationalen Umsetzung, wobei die Feststellung des US Supreme Court, auch das Genfer Recht gebe einen Anspruch des Einzelnen auf entsprechende gerichtliche Überprüfung, eine deutliche prozedurale Stärkung der Rechtsposition der Gefangenen darstellt. Die Garantien des Gemeinsamen Art. 3 GA I-IV stellen den Mindeststandard für die gefangenen Kämpfer im asymmetrischen Konflikt dar, so dass die Problematik des asymmetrischen Konflikts hier weniger in einer unklaren Rechtslage als in der schwierigen Rechtsdurchsetzung liegt. Insgesamt deutet sich durch die entsprechende Rechtsprechung der US-amerikanischen Gerichte eine gerichtliche Überprüfung der Statusfestsetzung nach Art. 5 GA III an.⁹⁹

dd) Militärische Ziele: Die Figur des unmittelbar am Konflikt Beteiligten im asymmetrischen Konflikt

Eines der Hauptanliegen des humanitären Völkerrechts ist der Schutz der Zivilisten und der zivil genutzten Gebäude und damit die Beschränkung des Kampfgeschehens sowie die Beschränkung der im bewaffneten Konflikt erlaubten Kriegsmethoden. Insofern stellt sich hier insbesondere die Frage, ob für die Konstellation asymmetrischer Konflikte adäquate Lösungen bereit stehen. Legitime Ziele sind dabei in aller Regel zunächst Kombattanten, während Zivilisten Schutz genießen. Es gibt aber auch den Fall einer unmittelbaren Teilnahme eines Zivilisten an einem bewaffneten Konflikt. Dieser in Art. 51 Abs. 3 ZP I und völkergewohnheitsrechtlich normierte Fall ist für den asymmetrischen Konflikt von hoher Bedeutung.

(a) Bekämpfbarkeit von Kämpfern jeder Art als legitimes Ziel gem.

Art. 51 Abs. 3 ZP I und seiner völkergewohnheitsrechtlichen Entsprechung

Die Problematik der unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten soll anhand der in jüngerer Zeit von US-amerikanischer, aber auch israelischer Seite häufiger verwendeten Methode der zielgerichteten Eliminierung einzelner Personen (sog. targeted killing) zur Bekämpfung des Terrorismus verdeutlicht werden, wozu auch der oben skizzierte Al Harethi-Fall gehört. Wie bereits erörtert, sind Terroristen in der Regel nicht Angehörige der bewaffneten Streitkräfte und insofern keine Kombattanten, sondern haben Zivilistenstatus inne. Zivilisten können allerdings dann, wenn sie direkt an Feindseligkeiten

eingesetzten Combatant Status Review Tribunals als nicht den Anforderungen an einen verfassungsgemäßen Zugang zum Rechtssystem (due process) entsprechend ansah.

99 Allerdings hat auch die neue amerikanische Obama-Administration zu erkennen gegeben, sie halte einen Rechtsanspruch von in Bagram nahe Kabul in einem amerikanischen Internierungslager Gefangenen, die Haftgründe aufgrund von Habeas Corpus zu erfahren, nicht für gegeben, siehe FAZ vom 23.2.2009, 5. Vgl. auch zuletzt die Presseerklärung vom 15.5.2009, „Statement of President Barack Obama on Military Commissions“, The White House, Office of the Press Secretary, abrufbar unter http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Statement-of-President-Barack-Obama-on-Military-Commissions/ (8.6.2009), wonach angehaltene Militärkommissionsverfahren wiederaufgenommen werden sollen, nachdem eine Prozessrechtsreform für die Militärkommission abgeschlossen sein wird, was gewisse Verbesserungen der Prozessrechte der Angeklagten anbelangt.

teilnehmen, selbst legitimes Ziel militärischer Angriffe werden, wie der insofern auch gewohnheitsrechtlich geltende Art. 51 Abs. 3 ZP I deutlich macht. Ein Zivilist, der aktiv an Feindseligkeiten teilnimmt, verliert dadurch zwar seine dem Zivilistenstatus anhaftende „Immunität“ nicht generell, aber jedenfalls für die Zeit dieser entsprechenden Teilnahme an Feindseligkeiten. Es liegt deshalb auf der Hand, dass die möglichst randscharfe Bestimmung dessen, was eine solche direkte Teilnahme an Feindseligkeiten ausmacht, von zentraler Bedeutung ist. Dazu werden in der Literatur eine Reihe von Auffassungen vertreten. Zuletzt hat in jüngerer Zeit das Urteil des israelischen Obersten Gerichts vom 13. Dezember 2006¹⁰⁰ der Vorschrift des Art. 51 Abs. 3 ZP I eine gewisse Akzentuierung verliehen. Die mögliche Erfassung des an Feindseligkeiten teilnehmenden Zivilisten als militärisches Ziel durch den gewohnheitsrechtlich geltenden Art. 51 Abs. 3 ZP I ist wesentliche Facette einer adäquaten Antwort des humanitären Völkerrechts auf die Herausforderung asymmetrischen Konflikte. Entsprechend sind die sich hier stellenden Probleme nachfolgend zu entfalten. Es geht dabei im Kern um die Beantwortung der Frage, wie weit der Kreis der Personen zu ziehen ist, der kraft „Teilnahme an Feindseligkeiten“ trotz ihres Zivilistenstatus als legitimes Ziel angesehen werden kann. Das Internationale Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) hat hierzu gemeinsam mit dem T.M.C. Asser Institut von 2003 bis 2008 fünf Expertenrunden veranstaltet.¹⁰¹ Die kürzlich veröffentlichte „Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law“ des IKRK stellt zehn Empfehlungen (recommendations) auf, die teils sehr detailliert Stellung beziehen,¹⁰² hier wegen des Erscheinungstermins jedoch nicht mehr vollumfänglich berücksichtigt werden können.

Nach Art. 51 Abs. 3 ZP I genießen Zivilisten den durch das Abkommen gewährten Schutz, „sofern und solange sie nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen.“ Entsprechende Regelungen sind in Art. 13 Abs. 3 ZP II und in dem Gemeinsamen Art. 3 Nr. 1 GA I-IV enthalten, ohne dass in allen diesen Vorschriften die Bedeutung dieser Bestimmung legal definiert wäre.

(aa) Feindseligkeiten

Der ansonsten im humanitären Völkerrecht eher fremde, nicht legal definierte Begriff der „Feindseligkeiten“, dessen Grenzüberschreitung den Verlust der Immunität beim Zivilisten hervorruft, wird in der Regel enger verstanden als bloße „bewaffnete Konflikte“, andererseits jedoch weiter als der in ZP I verwendete Begriff des „Angriffs“. Es sollen hierunter Akte der Gewalt verstanden werden, die eine Verbindung mit einem bewaffneten Konflikt haben und deren Ausführende einen Nexus zu den Feindseligkeiten und zum eingetretenen Schaden haben.¹⁰³

100 Entscheidung HCJ 769/02 vom 13.12.2007, Public Committee Against Torture v. Israel, ILM 46 (2007), 375. Der Entscheidungstext ist auf der Seite des Gerichts abrufbar unter: http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/a34/02007690.a34.pdf (8.6.2009).

101 Vgl. Fn. 80 und die Zusammenfassung der vorläufigen Ergebnisse bei *G. L. Beruto*, op. cit. Fn. 80, 71.

102 *N. Melzer*, op. cit., Fn. 80.

103 *N. Melzer*, *Targeted Killing under the International Normative Paradigms of Law Enforcement and Hostilities*, Oxford 2007, 275; *D. von Devivere*, *Unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten*, KJ 2008, 24, 35.

(bb) Unmittelbare Teilnahme

Auch für eine Bestimmung der „unmittelbaren Teilnahme“ fehlt es an einer von der Staatenpraxis akzeptierten gemeinsamen Definition.¹⁰⁴ In der Literatur werden in der Regel hierfür Kriegaakte betont, die als solche Schäden hervorrufen, wobei rein kriegsunterstützende Maßnahmen als den geschützten Zivilistenstatus unterminierend nicht erfasst sein sollten.¹⁰⁵ Zudem ist die möglichst enge Kausalverbindung zwischen Handlung und Schaden als Voraussetzung angesehen worden.¹⁰⁶ Die an Fallgruppen orientierte Interpretation des israelischen Obersten Gerichts sieht auf der einen Seite der Skala relevanter Handlungen die – nichtrelevante – Geheimdiensttätigkeit und auf der anderen Seite den – relevanten – Transport von Kämpfern und Waffen sowie Munition zum Kampfplatz als entsprechende unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten an.¹⁰⁷ Dies deutet auf eine Art funktionellen Ansatz hin. Die Einbeziehung der Zivilisten kommt also nur dann in Betracht, wenn sie die Funktionen von Kombattanten ausfüllen.

(cc) Sofern und solange

Entscheidende Bedeutung kommt schließlich dem begrenzenden zeitlichen Element der möglichen Inanspruchnahme des Zivilisten zu. Er kann nämlich nur „sofern und solange“ er unmittelbar an Feindseligkeiten teilnimmt, seine Immunität verlieren.¹⁰⁸ Mangels Legaldefinition dieses Elements haben sich hierzu drei mögliche Ansätze zur Präzisierung herausgebildet.

Es ist dies zum einen der Einzelaktsansatz (sog. *specific acts approach*), für den der Verlust der Immunität des Zivilisten in dem Moment beginnt, wo sich seine Handlungen im Sinne einer direkten Teilnahme an den Feindseligkeiten konkretisieren.

Nach dem zweiten Ansatz, dem sog. qualifizierten Abstandnehmen (*affirmative disengagement approach*) setzt der Verlust der zivilen Immunität beim ersten Akt ein, der diese direkte Teilnahme an den Feindseligkeiten attestiert und dauert, bis sich der Zivilist in einer objektiv vom Gegner wahrnehmbaren Weise von dem Geschehen gelöst hat.

Beim dritten, dem sog. Mitgliedschaftsansatz (*membership approach*) gilt schließlich, dass ein entsprechender Zivilist für die gesamte Dauer seiner Mitgliedschaft in einer Gruppierung des Schutzes vor direkten Angriffen verlustig geht.¹⁰⁹

Das Urteil des Obersten Gerichtshof Israels favorisiert auch hier angesichts des konstatierten fehlenden Konsenses einen fallbezogenen Ansatz und schwankt zwischen dem qualifizierten Abstandnehmen und dem Mitgliedschaftsansatz.¹¹⁰

104 Siehe *J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck*, op. cit., Fn. 37, 22.

105 *D. von Devivere*, op. cit., Fn. 103, 36; *Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmermann*, Commentary on the Additional Protocols, Genf 1987, Rz. 1944.

106 Siehe *N. Melzer*, op. cit., Fn. 103, 28.

107 HCJ 769/02, op. cit., Fn. 100, Abs. 35.

108 Vgl. Art. 13 Abs. 3 ZP II.

109 Für einen abgeschwächten Mitgliedschaftsansatz („functional membership approach“) *N. Melzer*, op. cit., Fn. 103, 350 f.

110 *H. Keller/M. Forowicz*, A Tightrope Walk between Legality and Legitimacy: An Analysis of the Israeli Supreme Court’s Judgment on Targeted Killing, *Leiden Journal of International Law* 21 (2008), 185, 212, sehen den Obersten Gerichtshof zwischen *specific acts* und qualifiziertem Abstandnehmen. Die entscheidende Passage des Urteils lautet: „a civilian who has joined a terrorist organization which has become his „home“ ... commits a chain of hostilities ... loses its immunity from attack for such time as he is committing the chain of acts. Indeed, regarding such a civilian, the rest between hostilities is

Im Ergebnis scheinen sich bei allen drei Kriterien die Lösungen erst langsam herauszubilden. Der Mitgliedschaftsansatz, der für Mitglieder der Gruppierung den Drehtüreffekt, also die Möglichkeit des schnellen Wechsels vom Kämpfenden zum Zivilisten und umgekehrt,¹¹¹ für die Dauer ihrer Mitgliedschaft in der Gruppierung suspendiert, lehnt sich zu weitgehend an die mögliche Parallele für den Kombattanten an.¹¹² Wenn allein die Mitgliedschaft bereits zu einer Bekämpfung führen sollte, geht dies nämlich sicherlich über die in Art. 51 Abs. 3 ZP I gemeinte unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten hinaus. Im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt entspricht der Mitgliedschaftsansatz der bereits erwähnten Forderung nach dem Rechtsstatus des „Kämpfers“. Erkennt man die Rechtsfigur des „Kämpfers“ als dem Mitglied einer organisierten, befehlsstrukturierten, nichtstaatlichen Kampfpartei an,¹¹³ dann ist die bloße Mitgliedschaft allerdings schon ausreichend. Dies ist dann nur deshalb gerechtfertigt, weil sich der „Kämpfer“ durch seine Mitgliedschaft dem Befehl zum Kämpfen unterworfen hat. Insofern bedingt die Organisationsdisziplin seine immanente Gefährlichkeit.

In einem solchen Fall einer armeeähnlichen Organisation wird auch bereits nach den anderen Ansätzen „unmittelbare Teilnahme“ zu bejahen sein. In den allermeisten Fällen allerdings wird es an einer solchen qualifizierten Organisation fehlen.¹¹⁴ Dort, wo eine Disziplinarstruktur fehlt, ist die Gefahr durch ein Mitglied nicht bereits durch dessen bloße Mitgliedschaft verursacht, es kommt dann auf die spezifischen Gewaltakte an. Ein umfassender Ansatz für das Zeitelement der unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten muss aber alle Fälle umfassen, nicht zuletzt, um die Anwendung im Feldgeschehen zu vereinfachen. Der Mitgliedschaftsansatz wird in der Literatur deshalb zu Recht als zu weitgehend kritisiert.¹¹⁵

nothing other than preparation for the next hostility.” (Urteil, op. cit., Fn. 100, Abs. 39); ebenso den Mitgliedschaftsansatz befürwortend *J. K. Kleffner*, op. cit., Fn. 75, 333. Sehr kritisch zum Urteil des israelischen Obersten Gericht auch im Hinblick auf die Grundsätze der militärischen Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit *K. Eichensehr*, On Target? The Israeli Supreme Court and the Expansion of Targeted Killings, *Yale Law Journal* 2007, 1873 ff.; ähnlich negativ unter Berufung auf fehlende analytische Tiefe des Urteils *H. M.-E. Khen*, Case Note: Can We Now Tell What ‚Direct Participation in Hostilities‘ Is? HCJ 769/02 the Public Committee Against Torture in Israel v. The Government of Israel, *Israel Law Review* 2007, 213; positiv indes *W. J. Fenrick*, The Targeted Killings Judgment and the Scope of Direct Participation in Hostilities, *Journal of International Criminal Justice* 2007, 332.

- 111 Kritisch dazu *M. Schmitt*, „Direct Participation in Hostilities“ and 21st century Armed Conflict, in: *H. Fischer u.a. (Hrsg.)*, FS Dieter Fleck, 2004, 505, 509 f.
- 112 *S. Oeter*, Das militärische Vorgehen gegenüber bewaffneten Widerstandskämpfern in besetzten Gebieten und internen Konflikten – „Direct participation in hostilities“ und der Schutz der Zivilbevölkerung, in: FS Michael Bothe, 2008, 503, 509.
- 113 Für eine Übertragung des Kombattanten-Begriffs in den nichtinternationalen Konflikt wohl *D. Kretzmer*, Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?, *European Journal of International Law* 16 (2005), 197 f., der eine Einschränkung von gezielten Tötungen dadurch erreichen will, dass das Erforderlichkeitsmerkmal aus dem Selbstverteidigungsrecht anzuwenden sei, a.a.O., 203.
- 114 So auch *J. K. Kleffner*, op. cit., Fn. 75, 334.
- 115 *C. Schaller*, op. cit., Fn. 78, 26. *J. K. Kleffner*, op. cit., Fn. 75, 335 befürwortet den Mitgliedschaftsansatz für die „gut“ organisierten nichtstaatlichen Organisationen, lehnt ihn aber für die schlechter organisierten Truppen ab, weil sonst der Zivilistenschutz untergraben werde. *N. Melzer*, op. cit., Fn. 103, benutzt einen (funktionalen) Mitgliedschaftsansatz, um organisierte bewaffnete Gruppenmitglieder von Zivilisten zu unterscheiden, vertritt die Mitgliedschaftstheorie also auf einer anderen Diskussionsebene; zur Anwendung der Schutzverlustregel für Zivilisten durch ihre unmittelbare Teilnahme kommt er hingegen zum gleichen Ergebnis, nämlich der Einzelaktslösung, a.a.O., 353. Dies ist ebenfalls das Ergebnis der Interpretive Guidance, die *Melzer* im Namen des IKRK verfasst hat, op. cit., Fn. 80, Recommendation IV und begleitende Erklärungen auf 43 f.

Der Ansatz des qualifizierten Abstandnehmens hingegen, der auf die Reaktion beim Gegner abstellt,¹¹⁶ erweist sich als in der Praxis schwer handhabbar. Nicht jeder Zivilist mag aus Furcht vor Sanktionen sich öffentlich von seinen Vortaten distanzieren. Diese inhärenten Probleme machen diesen Ansatz insofern weniger tragfähig.

Deshalb scheint der Einzelaktsansatz am ehesten geeignet, die Fälle zu bestimmen, bei denen Zivilisten über Art. 51 Abs. 3 ZP I zum legitimen Ziel werden, also Handlungen i.S. einer direkten Teilnahme, die Schäden an Personen und Ausrüstung der bewaffneten Streitmacht des Gegners hervorrufen. Gegen diesen Ansatz wird man den kritisierten „Drehtüreffekt“ nicht wirklich ins Feld führen können. Zutreffend wird nämlich betont, dass für die akute militärische Bedrohung es einen Unterschied mache, ob jemand aktiv in Kampfhandlungen verwickelt oder aber Zivilist im Schläferstatus sei. Gegen Schläfer müsse nicht mit militärischen Maßnahmen reagiert werden, sondern es reiche die administrative Internierung und Strafverfolgung.¹¹⁷ Eine solcherart eher restriktive Auslegung der unmittelbaren Teilnahme ermöglicht dennoch die Einbeziehung von gegen die gegnerische Seite gerichteten feindseligen Handlungen, wie Töten oder Gefangennahme von gegnerischem Personal, Zerstörung militärischen Materials, Aufklärung im Operationsgebiet sowie Bedienung, Beaufsichtigung und Instandhaltung militärischer Waffensysteme. Zudem wird man in einer Parallelwertung zu Art. 44 Abs. 3 S. 2 lit. b) ZP I jedenfalls die unmittelbar den militärischen Angriff vorbereitenden Vorfeldaktivitäten noch mit zur unmittelbaren Teilnahme an den Feindseligkeiten rechnen müssen.¹¹⁸ Schließlich dient der immer anzusetzende Verhältnismäßigkeitsmaßstab als einschränkendes Korrektiv.

Für die Politik des „targeted killing“¹¹⁹ ist zunächst festzuhalten, dass es sich bei den Terroristen, wie schon mehrfach betont, nicht um Kombattanten handelt, die also legitime Ziele wären. Es kommt insofern darauf an, ob die entsprechenden Opfer unmittelbar an Feindseligkeiten teilgenommen haben. Dies wird für den nichtinternationalen bewaffneten Konflikt zum Teil – sehr weitgehend – für die Person des „Kämpfers“ als dem Mitglied einer organisierten, befehlsstrukturierten, nichtstaatlichen Kampfpartei bejaht.¹²⁰ Zum Teil ist es im internationalen bewaffneten Konflikt unter dem Gesichtspunkt der unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten zu beurteilen. Will man nicht bereits dieses Kriterium als nicht erfüllt ansehen¹²¹ wird man die Rechtmäßigkeit zwar generell für Kombattanten wie auch für die unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmenden Zivilisten bejahen können; endgültig kann ein Urteil über die Rechtmäßigkeit allerdings auch dann erst – situationsabhängig – gefällt werden können, wenn selbst bei Bejahung der unmittelbaren Teilnahme die nach dem Proportionalitätsgrundsatz zu bejahende Frage des „Wie“ auch positiv beantwortet werden kann. Hierzu gilt, dass die

116 Siehe *D. von Devivere*, op. cit., Fn. 103, 40.

117 So zutreffend *Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmermann*, op. cit., Fn. 105, Rz. 1944; wohl auch *S. Oeter*, op. cit. Fn. 112, 509.

118 *S. Oeter*, op. cit., Fn. 112, 507.

119 Hauptverfechter sind die USA und Israel; Israel hatte bis Ende 2005 ca. 300 Mitglieder von Terrororganisationen und 150 Zivilisten auf diese Weise getötet, siehe *K. Eichensehr*, op. cit., Fn. 110, 1873.

120 *J. K. Kleffner*, op. cit., Fn. 75, 335.

121 *A. A. C. Schaller*, op. cit., Fn. 78, 26, der mit einem sehr engen Interpretationsansatz zur unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten die Tötung verdächtiger Terroristen regelmäßig als ausgeschlossen ansieht.

Verhältnismäßigkeit dann nicht gewahrt ist, wenn Kollateralschäden an unschuldigen Zivilisten eingetreten sind und sich als unverhältnismäßig zum militärischen Vorteil erweisen.¹²²

Insgesamt gesehen ist die Bedeutung des unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmenden Zivilisten in bewaffneten Konflikten für die rechtliche Bewältigung asymmetrischer Konflikte nicht zu unterschätzen. In das System des humanitären Völkerrechts eingepasst erlaubt diese Figur bei entsprechend notwendig einengender Auslegung zur Wahrung eines genügenden Bereiches für den Zivilistenstatus die Bekämpfung von aktiv an Kampfhandlungen teilhabenden Zivilisten und trägt damit in bedeutender Weise dazu bei, die gerade bei asymmetrischen Konflikten oft anzutreffende Unsicherheit der Statuszuordnung konkret Fall bezogen an der Kampfkaktivität zu lösen. Allerdings hat die Untersuchung auch gezeigt, dass es noch erhebliche Unsicherheiten bei der Bestimmung der Kriterien der unmittelbaren Teilnahme an den Feindseligkeiten gibt.¹²³

(b) Private Militärfirmen

Typisch für asymmetrische Konflikte ist zudem der zunehmende Einsatz sog. privater Militärfirmen, von denen etwa die Firma Blackwater (jetzt Xe), gegründet und auch heute weitgehend rekrutiert von ehemaligen Soldaten, die bekannteste ist.¹²⁴ Es handelt sich bei dieser tendenziellen „Privatisierung der Kriegsführung“ als Erscheinungsform asymmetrischer Konflikte¹²⁵ um keine vernachlässigenswerte Kategorie. Etwa im letzten Irak-Konflikt sind nach verschiedenen Schätzungen im Jahre 2005 zwischen 6000 und 20 000 ausländische und bis zu 30 000 irakische Angehörige von privaten Militärfirmen aktiv gewesen;¹²⁶ einer anderen Schätzung zufolge belief sich die Zahl Ende September 2007 sogar auf ungefähr 160 000 Angehörige privater Militärfirmen zur Unterstützung von 150 000 US-Soldaten im Irak.¹²⁷ Solche Firmen sind gesellschaftsrechtlich organisierte und eingetragene, am Wirtschaftsverkehr teilnehmende Körperschaften nach nationalem Recht, die sich etwa um Staatsaufträge bewerben und dabei unterschiedliche Funktionen ausführen. Die Aufgaben dieser Firmen sind vielseitig und reichen von Kommunikation, Transport, Instandsetzung, Verpflegung und Unterbringung über Beratung bei Reformen im Sicherheitssektor und bei der Restrukturierung der Streitkräfte, sowie schließlich zum bewaffneten Objekt- und Personenschutz in Konfliktzonen und militärischen Kampfeinsätzen.¹²⁸

122 Oberster Gerichtshof Israel, Urteil HCJ 769/02 vom 11.12.2005, op. cit., Fn. 100, Abs. 46.

123 Auch die Interpretive Guidance des IKRK weist in den Erklärungen zu den Recommendations auf teils erhebliche Meinungsunterschiede hin, op. cit., Fn. 80, 33 f. und 43f., weshalb auch fraglich bleibt, ob die Guidance alleine die gebotene Rechtsklarheit erreichen kann.

124 Beschreibung der modernen privaten Militärfirmen bei E. L. Gaston, Mercenarism 2.0 – The Rise of the Modern Private Security Industry and Its Implications for International Humanitarian Law Enforcement, Harvard International Law Journal 49 (2008), 221, 224.

125 Schilderung bei H. Münkler, op. cit., Fn. 2, 173.

126 G. Kümmel, Die Privatisierung der Sicherheit, Zeitschrift für Internationale Beziehungen 2005, 141, 142.

127 D. P. Ridlon, Contractor or Illegal Combatants? The Status of Armed Contractors in Iraq, Air Force Law Journal, 2008, 199, 202, zitierend J. Michaels, Private Security Contractors' Role Grows in Iraq, USA Today, September 4, 2004, 7.

128 Siehe die Kategorisierung bei G. Kümmel, op. cit., Fn. 126, 146 ff. Eine Typologisierung des privaten Gewaltmarktes versucht M. Döring, Private Militärfirmen der Gegenwart, Hamburg 2008, 62 f.

Weil an solche Privatisierungstendenzen bei der Entstehung des humanitären Völkerrechts nicht gedacht wurde, ist wiederum fraglich, ob und inwieweit private Militärfirmen und ihre Angehörigen in die entsprechenden Kategorien des humanitären Völkerrechts einzuordnen sind. Dabei kann zunächst die Frage gestellt werden, ob sie ggf. als Söldner im Sinne des Art. 47 ZP I anzusehen sind. Bei den eben dargestellten umfangreichen Dienstleistungen käme dies wohl allenfalls für die Fälle vorgesehener direkter Teilnahme an Kampfhandlungen in Betracht. Dies wird in der Literatur teilweise bejaht,¹²⁹ in der Regel aber mit Hinweis auf die sehr restriktive Fassung der sechs kumulativen Tatbestandsmerkmale des Art. 47 ZP I mehrheitlich zutreffend verneint.¹³⁰

In der dann folgenden Prüfung des Kombattantenstatus der Angehörigen privater Militärfirmen im internationalen Konflikt nach Genfer Recht ist zum einen zu konstatieren, dass sie Mitglieder der Streitkräfte im Sinne von Art. 43 Abs. 1 und 2 ZP I i.V. mit Art. 4 A Nr. 1 und Nr. 3 GA III nur dann sein können, wenn sie in die Streitkräfte integriert sind, was schon angesichts des staatlichen Bestrebens, Streitkräfte zu verringern, in der Regel eher selten der Fall sein wird.¹³¹

Zum anderen könnten sie Angehörige der Milizen oder des Freiwilligenkorps gemäß Art. 4 A Nr. 2 GA III i.V. mit Art. 1 Haager Landkriegsordnung (HLKO) sein, wenn sie (kumulativ) unter einem einheitlichen Kommando stehen, mit Unterscheidungszeichen ausgestattet sind, die Waffen offen tragen und sich an die Gesetze und Gebräuche des Krieges halten. Insbesondere das Tragen einer Uniform bzw. das einem verantwortlichen Kommando Unterworfensein wird in der Literatur oft in Zweifel gezogen.¹³² Im Übrigen würde ein Kombattantenstatus für private Militärfirmen nach Art. 4 A Nr. 2 GA III den Zweck dieser Bestimmung wohl kaum treffen, denn es ging hier nicht um den Schutz privater Militärfirmen, sondern es sollte entstandenen Widerstandsbewegungen ein Anreiz zur Beachtung des humanitären Völkerrechts gegeben werden.¹³³

Besteht insofern Einigkeit darüber, dass den Angehörigen privater Militärfirmen grundsätzlich der Status von Zivilisten zukommt,¹³⁴ ist freilich zu erwägen, ob sich ihre rechtliche Stellung nach Art. 4 A Nr. 4 und 5 GA III richten könnte, wonach bestimmte

129 *J. R. Heaton*, *Civilians at War: Reexamining the Status of Civilians Accompanying the Armed Forces*, *Air Force Law Review* 57 (2005), 155, 175, betont den Ausnahmecharakter; ähnlich *H. McCoubrey*, *International Humanitarian Law: Modern Developments in the Limitation of Warfare*, 2. Auflage, Dartmouth 1998, 145-148.

130 *C. Schaller*, *Private Sicherheits- und Militärfirmen in bewaffneten Konflikten*, SWP-Studie 2005/ S 24, September 2005, 9.

131 So auch *M. Döring*, op. cit., Fn. 128, 97, der zutreffend u.a. darauf hinweist, dass auch die dafür notwendige Unterstellung unter die militärische Befehlshierarchie durch eine einfache Vertragsbindung nicht gegeben ist, a.a.O., Fn. 403.

132 Siehe etwa *M. Schmitt*, *War, International Law and Sovereignty*, *Chicago Journal of International Law* 5 (2005), 511, 527 ff.; siehe auch *L. Cameron*, *Private Military Companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation*, *International Review of the Red Cross* 2006, 573, 585, die zutreffend den Zweck der Anheuerung privater Militärfirmen als der Idee des Einsatzes von Milizen entgegen stehend ansieht.

133 So zutreffend *L. Cameron*, op. cit., Fn. 133, 586.

134 Deutlich h. M., siehe *L. Cameron*, op. cit. Fn. 133; *M. Döring*, op. cit., Fn. 133, 100; *E.-C. Gillard*, *Business goes war: private military / security companies and international humanitarian law*, *International Review of the Red Cross* 2006, 525 ff.; *C. Schaller*, op. cit., Fn. 130, 10; *R. Morgan*, *Private military Firms under international law*, *Chicago International Law Review* 2008, 213. A.A. *N. Boldt*, *Outsourcing War – Private Military Companies and International Humanitarian Law*, *GYIL* 47 (2004), 502, 512 f.

Personen, ohne in die Streitkräfte eingegliedert zu sein, zu bestimmten Tätigkeiten für die Streitkräfte ermächtigt sind. Diese sind zwar Zivilisten, können aber kraft der Anordnung des Art. 4 A Nr. 4 GA III Kriegsgefangenenstatus innehaben. Teilweise wird in der Tat in der Literatur angenommen, dass die Angehörigen privater Militärfirmen weitgehend von dieser Vorschrift erfasst seien.¹³⁵ Aber es ist auch zutreffend vor einer extensiven Auslegung dieser eng gefassten Ausnahmekategorie für eine Personengruppe, die wie private Militärfirmen oder sonstige aus dem Armeebereich ausgesonderte Aufgabenerledigungen nicht vom Konfliktvölkerrecht vorgesehen waren, gewarnt worden. Vielmehr müsse eine Verwischung der Grenzen zwischen Angehörigen der Streitkräfte und anderen Personen vermieden werden.¹³⁶ Die genaue Bestimmung der von Art. 4 A Nr. 4 GA III erfassten Personen ist schon angesichts der undeutlichen travaux préparatoires nicht einfach zu ermitteln.¹³⁷ Zutreffend ist aus der Gegenüberstellung zur Regelung des Art. 51 Abs. 3 ZP I gefolgert worden, die in Art. 4 A Nr. 4 GA III angesprochenen Tätigkeiten könnten nur solche unterhalb der Schwelle der unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten sein, deren Überschreiten für den Zivilisten ja regelmäßig gerade nicht den Kriegsgefangenenstatus nach sich zieht.¹³⁸ Im Irak-Krieg war es konkret so, dass ungefähr 6000 Angehörige privater Militärfirmen, die Verträge mit dem Verteidigungsministerium hatten – also eine relativ kleine Gruppe der im Irak Tätigen – damit den Status nach Art. 4 A Nr. 4 GA III innehatten.¹³⁹

Für die weitaus größte Gruppe anderer Angehöriger privater militärischer Firmen dürfte indes der Kriegsgefangenenstatus gemäß Art. 4 A Nr. 4 GA IV in der Regel nicht in Betracht kommen. Sie fallen vielmehr in die Kategorie der geschützten Zivilisten. Damit sind sie im internationalen bewaffneten Konflikt von der 4. Genfer Konvention, dem ZP I und dem Gewohnheitsrecht, im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt vom Gemeinsamen Art. 3 GA I-IV, dem ZP II und dem Gewohnheitsrecht erfasst. Insofern erweist sich wiederum der gewohnheitsrechtlich geltende Art. 51 Abs. 3 ZP I als eine Fundamentalnorm. Entsprechende an Feindseligkeiten teilnehmende Angehörige privater Militärfirmen können unter den soeben aufgeführten Voraussetzungen unter Verlust ihres Schutzstatus als legitime Ziele bekämpft werden. Zudem können sie gefangen genommen und strafrechtlich verfolgt werden. Auch hier stellt sich deshalb die zentrale Frage der Entwicklung von Kriterien für die Annahme einer Teilnahme an Feindseligkeiten. Weder die zu weitgehende Annahme der bloßen Mitgliedschaft noch die bevorzugte Differenzierung nach der Absicht der Teilnahme¹⁴⁰ können überzeugen. Die Frage muss vielmehr situationsbezogen beantwortet werden. So sind etwa rein logistische Tätigkeiten in der Regel zwar nicht als unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten anzusehen.¹⁴¹ Aber auch ein etwa im Logistikbereich tätiger Angehöriger einer privaten Militärfirma kann, wenn in Selbstverteidigung gegen den Konfliktgegner tätig, unmittelbar am Konflikt teilgenommen haben. Dies würde nicht gelten, wenn er sich gegen einen Nichtkonfliktgegner, etwa Angehörige marodierender Banden, zur Wehr gesetzt hätte.

135 T. Hemmingway, *Outsourcing of War: The Role of Contractors on the Battlefield*, HuV-I 2006, 129, 130.

136 H.-P. Gasser, *Outsourcing of War Efforts – einige Fragen aus Sicht des humanitären Völkerrechts*, HuV-I 2006, 132, 134.

137 E.-C. Gillard, op. cit. Fn. 134, 537.

138 So insbesondere E.-C. Gillard, op. cit., Fn. 134, 539.

139 Siehe D. P. Ridlon, op. cit., Fn. 127, 229.

140 So D. P. Ridlon, op. cit., Fn. 127, 234.

141 L. Cameron, op. cit., Fn. 132, 589.

Insofern erscheint auch hier, wie schon bereits zuvor festgestellt, die Orientierung am einzelnen, die Gefahrenschwelle überschreitenden Akt des Angehörigen einer privaten Militärfirma als Abgrenzungskriterium vorzuzugswürdig.¹⁴²

Wegen der allgemein anerkannten wachsenden Bedeutung privater Militärfirmen im bewaffneten Konflikt wurde ein von nunmehr 30 Staaten¹⁴³ akzeptiertes, rechtlich unverbindliches Dokument von Montreux vom 17.9.2008 über „Gute Praktiken von Staaten im Umgang mit privaten Militärfirmen“ verfasst.¹⁴⁴ Der erste Teil des Montreux Dokuments wiederholt geltende völkerrechtliche Verpflichtungen, während die im zweiten Teil aufgelisteten „best practices“ nationale Regelungen empfehlen, u.a. die Notwendigkeit einer Erlaubnispflicht und die Regelung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der entsprechenden Regierungsoffiziellen. Die Frage der Ausgestaltung eines nationalen Gesetzes über private Militärfirmen, worüber bis jetzt nur Südafrika verfügt,¹⁴⁵ hat auch den Deutschen Bundestag erreicht. Eine kürzlich verabschiedete Initiative der Regierungsfractionen im Bundestag erkennt den Handlungs- und Regelungsbedarf.¹⁴⁶

(c) Selbstmordattentate und menschliche Schutzschilde

Selbstmordattentate sind eine im asymmetrischen Konflikt oft eingesetzte Technik der militärisch unterlegenen Seite. Die ansteigenden Zahlen entsprechender Attentate in Afghanistan oder dem Irak sprechen hier eine deutliche Sprache. Werden solche Selbst-

142 Ein wenig anders akzentuiert *J. R. Heaton*, op. cit., Fn. 129, 179, nach der Nähe zum Kampfgeschehen und der Nähe zur Gewaltentfaltung. Zur Frage der Haftung privater Militärfirmen für Völkerrechtsverstöße in den USA nach dem Alien Torts Claim Act und zur Staatenverantwortlichkeit siehe *C. Schaller*, op. cit. Fn. 130, 28 f.

143 Die 17 Verfasserstaaten waren Afghanistan, Angola, Australien, China, Deutschland, Frankreich, Irak, Kanada, Österreich, Polen, Sierra Leone, Schweden, die Schweiz, Südafrika, die Ukraine, das Vereinigte Königreich und die Vereinigten Staaten von Amerika. Seitdem sind folgende Staaten hinzugetreten: Mazedonien (3.2.2009), Ecuador (12.2.2009), Albanien (17.2.2009), die Niederlande (20.2.2009), Bosnien und Herzegowina (9.3.2009), Griechenland (13.03.2009), Portugal (27.03.2009), Chile (06.04.2009), Uruguay (22.04.2009), Liechtenstein (27.04.2009), Katar (30.04.2009) Jordanien (18.05.2009), und Spanien (20.05.2009) Quelle: <http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/topics/intla/humlaw/pse/parsta.html> (8.6.2009).

144 Montreux Document on pertinent international legal obligations and good practices for States related to operations of private military and security companies during armed conflict of 17 September 2008, abgedruckt in UNGA Doc. A/63/467 und UNSC Doc. S/2008/636. Außerdem wurde kürzlich eine Empfehlung der Parlamentarischen Versammlung des Europarates verabschiedet, Recommendation 1858 (2009) vom 29.1.2009.

145 Act on the Prohibition of Mercenary Activities and Regulation of Certain Activities in Country of armed Conflict Act 2006, Government Gazette Nr 509 of 16 November 2007, N° 30477.

146 Antrag vom 12.11.2008, „Nichtstaatliche militärische Sicherheitsunternehmen kontrollieren“, BT-Drs. 16/10846, leicht abgeändert durch Beschlussempfehlung und Bericht des Auswärtigen Ausschusses, BT-Drs. 16/12479 vom 26.03.2009, im Plenum angenommen am 23.04.2009, Protokoll der 217. Sitzung, BT-Drs. 16/217, 23646 (C). Der Beschluss ruft die Bundesregierung dazu auf, auf nationaler Ebene u.a. eine nationale Registrierung und ein Lizenzierungssystem einzuführen, auf eine Selbstregulierung zu dringen und die Haftungsbedingungen im Einsatzgebiet zu prüfen. Bestrebungen auf UN-Ebene sollen durch internationale Registrierungen und die Einführung von Sanktionsmöglichkeiten unterstützt werden. Explizit wird die Ratifizierung der Söldner-Konvention von 1989 verlangt und gleichzeitig deren Reform angeregt, um eine Erfassung von militärischen Sicherheitsunternehmen durch die Normen zu gewährleisten. Nunmehr gestrichen ist die kontrovers diskutierte und missverständliche Forderung nach einem Parlamentsvorbehalt für Auslandseinsätze militärischer Sicherheitsunternehmen, vgl. BT-Drs. 16/12479, 3.

mordattentate von Kombattanten durchgeführt, sind sie per se nicht völkerrechtswidrig.¹⁴⁷ Sie sind aber dann unrechtmäßig, weil heimtückisch, wenn sie von Kombattanten ohne Uniform durchgeführt werden.

Der häufigere Fall ist, dass Zivilisten entsprechende Selbstmordattentate begehen. Sie haben in diesem Falle direkt an den Feindseligkeiten teilgenommen und entsprechend Art. 51 Abs. 3 des 1. Zusatzprotokolls – jedenfalls im Falle des Fehlschlagens des Attentats – ihre zivile Immunität verloren und würden damit auch legales Ziel werden.¹⁴⁸

Zudem kann auch das *Handeln als menschliches Schutzschild* unter dem Aspekt der Teilnahme an Feindseligkeiten betrachtet werden. Teilweise wird die Auffassung vertreten, das freiwillige Agieren als menschliches Schutzschild – nach humanitärem Völkerrecht durch Art. 51 VII, VIII ZP I verbotenes Verhalten –, welches den Gegner von einem Objekt bezogenen Angriff abhalten soll, sei schon deshalb nicht als eine unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten anzusehen, weil diese Handlungen kein direktes Risiko für die gegnerischen Kräfte darstelle.¹⁴⁹ Indes übersieht diese Auffassung, dass mit den menschlichen Schutzschilden versucht wird, das militärische Objekt zu verteidigen. Seitens des Zivilisten kann deshalb kein Zweifel daran bestehen, dass er dieses Verhalten als direkte Teilnahme an Feindseligkeiten begreift.¹⁵⁰ Entsprechende Zivilisten werden damit dann aber auch zum legitimen Ziel, so dass sie sich im konfliktvölkerrechtlichen Sinne kaum noch als Schutzschild eignen.¹⁵¹

Diese verschiedenen Fallgruppen, die Situationen des „targeted killing“, der Behandlung von Angehörigen privater Militärfirmen im bewaffneten Konflikt, der Selbstmordattentate und der menschlichen Schutzschilder zeigen die große Bedeutung des Art. 51 Abs. 3 ZP I und seiner gewohnheitsrechtlichen Entsprechung für den asymmetrischen Konflikt. Umso wichtiger ist die Herausarbeitung randscharfer Kriterien für die Annahme der direkten Teilnahme an Feindseligkeiten. Insofern wird man etwa Vorbereitungs-handlungen immer erst beim Vorliegen einer direkten kausalen Verbindung zur militärischen Bedrohung oder dem Schaden als relevant ansehen können. Zudem kann das Zusammentragen taktischer Informationen oberhalb der Schwelle der bloßen Spionage als eine solche relevante Unterstützungsaktivität betrachtet werden. Insbesondere kann auch bezüglich des zeitlichen Elements des Verlustes des Schutzstatus für Zivilisten zwischen dem Einzelakt, dem qualifizierten Abstandnehmen und dem Mitgliedschafts-ansatz unterschieden werden. Eine Tendenz der Praxis ist hier noch kaum zu erkennen. Insgesamt scheinen dabei die Gründe für die Betrachtung des einzelnen, die Gefahrenschwelle überschreitenden Aktes als Annahme der Begrenzung des zeitlichen Kriteriums zu sprechen. Insbesondere erweist sich jedenfalls Art. 51 Abs. 3 ZP I als ein wichtiger Baustein des humanitären Völkerrechts im asymmetrischen Konflikt.

147 Siehe *M. Schmitt*, op. cit., Fn. 28, 32, mit Verweis auf die japanischen Kamikaze-Flieger.

148 Siehe zum Ganzen, *Y. Dinstein*, Ius in Bello Issues Arising in the Hostilities in Iraq in 2003, Israel Yearbook on Human Rights 2004, 1, 4-5; *M. Schmitt*, op. cit., Fn. 28, 32. Siehe auch *J. Haas*, Voluntary Human Shields: Status and Protection under International Humanitarian Law, in: R. Arnold/P.-A. Hildbrand (Hrsg.), International Humanitarian Law and the 21st Century's Conflicts: Changes and Challenges, Lausanne 2005, 191, 200.

149 Human Rights Watch, Briefing paper, International Humanitarian Law Issues in a Potential War in Iraq, 2003, verfügbar unter <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/Iraq%20IHL%20formatted.pdf> (8.6.2009).

150 Ebenso *M. Schmitt*, op. cit., Fn. 28, 28.

151 So zutreffend *M. Schmitt*, op. cit., Fn. 28, 28.

(d) Gebäude

Der Beschuss des UN-Gebäudes im Gaza-Konflikt am 15. Januar 2009¹⁵² beim israelischen Angriff auf Gaza, welcher Zerstörungen des Hauptquartiers des UN-Flüchtlingshilfswerks für die Palästinenser durch Phosphorbombeneinschlag verursachte, könnte grundsätzlich als Angriff auf ein verbotenes ziviles Objekt nach Art. 52 Abs. 1 des ZP I angesehen werden. Allerdings ist es möglicherweise für die Einordnung der Gebäude relevant, wenn die israelischen Streitkräfte aus dem Haus heraus mit Waffengewalt angegriffen wurden. Dann könnte sich die Situation nämlich möglicherweise so darstellen, dass es sich um die Transformation von einem zivilen zu einem militärischen Objekt gehandelt hätte, welches nach Art. 52 Abs. 2 ZP I legitimes Kampfziel sein kann. Ohne der entsprechenden Aufklärung vorwegzugreifen,¹⁵³ soll dies Szenario für diese Erörterung hier unterstellt werden. Betrachtet man insofern die Legaldefinition des militärischen Ziels, wird man das Haus, weil es seiner konkreten Verwendung nach wirksam zu militärischen Handlungen beigetragen hat, und dessen Neutralisierung deshalb einen eindeutigen militärischen Vorteil darstellt, insofern als militärisches Ziel im Sinne des Art. 52 Abs. 2 ZP I ansehen können. Wegen der Zweifelsvermutung des Abs. 3 des Art. 52 ZP I hat Israel allerdings die konkrete militärische Nutzung des Hauses darzulegen. Insbesondere diese Darlegungspflicht zeigt dabei, dass die konkrete Benutzung gegenüber dem widmungsmäßigen Gebrauch immer noch als Ausnahme angesehen wird. Insofern fällt demjenigen, der im asymmetrischen Konflikt den nicht widmungsmäßigen Gebrauch geltend machen will, die Beweispflicht hierfür zur Last. Wesentlich ist allerdings, dass – im Gegensatz zu dieser Vermutungsregel – in den für asymmetrische Konflikte symptomatischen urbanen Kriegen ganz allgemein die gebrauchsmäßige Zielbestimmung gegenüber dem ursprünglichen Widmungszweck eines Hauses an Bedeutung gewinnt.¹⁵⁴

ee) Welche Mittel und welche Methoden sind im asymmetrischen Konflikt anwendbar?

(a) Heimtücke

Im Kern kann es zum Arsenal des asymmetrisch unterlegenen Gegners gehören, sich verbotener Kampfmethoden wie Selbstmordattentaten mit vorheriger Tarnung und einer entsprechenden menschlichen Schutzschildbildung zu bedienen. Dieses ist bereits bei der Beschreibung entsprechender Selbstmordattentate von nicht uniformierten Kombattanten angeklungen. Ein entsprechender Missbrauch der Gutgläubigkeit zum Einschleichen in das Vertrauen, als welcher Heimtücke gemäß Art. 37 Abs. 1 lit. c) ZP I gilt, um nämlich Angriffe leichter begehen zu können, ist auch völkergewohnheitsrechtlich verankert.¹⁵⁵

Heimtückische Methoden werden in der Regel vom asymmetrisch unterlegenen Gegner angewendet, weil man versucht, aus der Schwäche trotzdem einen Vorteil zu ziehen.

¹⁵² Vgl. FAZ vom 16.01.2009, 1.

¹⁵³ Am 12.2.2009 nahm ein dreiköpfiger Ermittlungsausschuss seine Arbeit auf, der vom General-Sekretär zur Aufklärung der Umstände von Sach- und Personenschaden an UN-Gebäuden und -Personal während des jüngsten Gaza-Konflikts beauftragt wurde, vgl. Pressemitteilung des General-Sekretärs vom 12.02.2009, SG/SM/12099.

¹⁵⁴ Unklar hierzu Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmermann, Fn. 105, Rz. 2022.

¹⁵⁵ Siehe J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, op. cit., Fn. 37, 224.

Fraglich ist nun, ob diese Maßstäbe auch anzulegen sind, wenn die andere, die staatliche Seite sich heimtückischer Methoden bedient. Ein Aufsehen erregendes atypisches Beispiel in jüngerer Zeit war insofern die Befreiung der kolumbianisch-französischen Politikerin Ingrid Betancourt und anderer Gefangener aus 6jähriger Gefangenschaft in den Händen der kolumbianischen Guerillaorganisation FARC im Jahre 2008. Polizisten der Regierung, die die Guerillas schon längere Zeit überwacht hatten, war es gelungen, die an verschiedenen Orten sich aufhaltenden Rebellengruppen durch gefälschte Botschaften und u.a. auch durch die missbräuchliche Verwendung eines Rotkreuzzeichens dazu zu bewegen, die von den drei Gruppen jeweils kontrollierten Gefangenen zusammenzulegen, um sie angeblich dem neuen FARC-Chef vorführen zu wollen. Erst beim Transport im Hubschrauber gaben sich die Regierungstruppen als Drahtzieher dieses Manövers zu erkennen, überwältigten die Geiselnnehmer und flogen mit den Geiseln in die Freiheit.

Während noch fraglich ist, ob es sich bei der Vortäuschung der Gefangenenzusammenführung um verbotene Heimtücke handelte, oder ob dies noch als nicht verbotene Kriegslüge anzusehen ist (vgl. Art. 37 Abs. 1 ZP I), ist die missbräuchliche Verwendung des Rotkreuzzeichens eindeutig als Heimtücke i.S.d. Art. 38 Abs. 1 ZP I anzusehen.¹⁵⁶ Die kolumbianische Regierung hat diesen Verstoß auch eingeräumt und sich für ihr Verhalten entschuldigt. Insgesamt zeigt dieses Verhalten allerdings, dass asymmetrische Konflikte staatliche Konfliktbeteiligte sogar zu Regelverstößen nötigen können, um einem lange anhaltenden Unrechtszustand abzuwehren. Insofern wird von einer nicht-kriminellen Verletzung des humanitären Völkerrechts gesprochen.¹⁵⁷ Wegen der kolumbianischen Entschuldigung kann aber von einer Aufweichung der Durchsetzung des Heimtückeverbots in asymmetrischen Konflikten noch nicht die Rede sein.

(b) Was ist im asymmetrischen Konflikt militärisch notwendig?

Mit den nunmehr darzustellenden Grundsätzen der militärischen Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit kommen die wichtigsten gewaltbegrenzenden Prinzipien in ihrer Bedeutung für das Recht des asymmetrischen Konflikts auf den Prüfstand. Die moderne Interpretation der militärischen Notwendigkeit rührt aus der Definition des Lieber Code¹⁵⁸ von 1863 her. Danach

*military necessity, as understood by modern civilized nations, consists in the necessity of those measures which are indispensable for securing the ends of the war, and which are lawful according to the modern law and usages of war.*¹⁵⁹

Insofern ist die Erlaubtheit der Anwendung von Gewalt an zwei kumulativ vorliegende Voraussetzungen geknüpft, nämlich zum einen die Rechtmäßigkeit anhand des modernen Kriegsrechts und zum anderen die Notwendigkeit der Erreichung der Kriegsziele. Mit anderen Worten verbietet das Prinzip der militärischen Notwendigkeit einem Staat, in einem bewaffneten Konflikt auch gegen an sich rechtmäßige Ziele über das Maß hinaus, das zum Erreichen des Kriegsziels für diesen Staat notwendig ist, Gewalt anzu-

¹⁵⁶ Siehe Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmermann, op. cit., Fn. 105, Rz. 1528 f.

¹⁵⁷ J. C. Dehn, Permissible Perfidy, JICJ 6 (2008), 627, 632 und 653.

¹⁵⁸ Abgedruckt in: D. Schindler/J. Toman, The Laws of Armed Conflicts, Den Haag 1988, 3-23.

¹⁵⁹ Art. 14 Lieber Code.

wenden.¹⁶⁰ Jegliche militärische Handlung muss also auf einen konkreten und legitimen militärischen Vorteil ausgerichtet sein. Zudem darf keine vernünftige Alternative zu den militärischen Handlungen bestehen, die in signifikanter Weise weniger die humanitären und anderen vom humanitären Völkerrecht geschützten Werte beeinträchtigen würde.¹⁶¹

In diesem Zusammenhang stellt sich deshalb die Frage, ob die Zerstörung der Liefertunnel zwischen Gaza und Ägypten im jüngsten Gaza-Konflikt Anfang 2009 als militärisch notwendig bezeichnet werden kann. Die Liefertunnel dienten nämlich angesichts der Blockade des Gaza-Streifens als zivile Nachschubwege für die Bewohner des Gaza-Streifens, allerdings auch – und dies wurde von Israel geltend gemacht – als Nachschubwege für militärisches Material. Die Tunnel können also als duale Ziele bezeichnet werden. Militärisch notwendig bedeutet nach Art. 52 Abs. 2 ZP I einen eindeutigen militärischen Vorteil durch Zerstörung bringend. Dies wäre bei der Zerstörung der Tunnel zu bejahen. Fraglich blieb aber, ob es in der konkreten Situation wie im Gaza Streifen überhaupt andere als duale Ziele gab. Denn es fehlte – wie üblich beim asymmetrisch schwachen Gegner – schlicht an einer parallelen militärischen Infrastruktur, so dass die Nutzung ziviler Objekte zu militärischen Zwecken zur Regel wird. Damit gerät eine Vielfalt ziviler Infrastrukturen als duale Ziele ins Visier. Die zerstörungsbeschränkende Wirkung der militärischen Notwendigkeit kommt im Ergebnis also gar nicht mehr zum Tragen. Entsprechend ist die Bombardierung der Liefertunnel, wiewohl militärisch wohl notwendig, gerade auch am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit rückt damit als Korrelat an die Seite des Grundsatzes der militärischen Notwendigkeit. In Anbetracht der Tatsache, dass die Liefertunnel aufgrund der Absperrung des Gazastreifens die einzige Möglichkeit waren, Waren in den Gazastreifen zu importieren, wird man das Bombardement dieses Nachschubweges deshalb als unverhältnismäßig ansehen können, weil die Unterversorgung der Bevölkerung außer Verhältnis zum militärischen Vorteil der Zerstörung stand. Nur eine gleichzeitige Öffnung von Grenzübergängen hätte diese unverhältnismäßigen Folgen für die Zivilbevölkerung beseitigt. Daran wird aber deutlich, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit das operativ entscheidende Korrektiv für den Grundsatz der militärischen Notwendigkeit darstellt. Insofern ist bereits in Zweifel gezogen worden, ob das Konzept der militärischen Notwendigkeit in asymmetrischen Konflikten noch seine eigenständige Bedeutung wahren kann.¹⁶² Einzig dessen tendenziell gewaltbegrenzende Funktion mag dann ein Festhalten am Grundsatz der militärischen Notwendigkeit noch rechtfertigen.

Ein weiterer Bedeutungsverlust des Grundsatzes der militärischen Notwendigkeit im asymmetrischen Konflikt ist zudem darin zu sehen, dass in der Regel der asymmetrisch unterlegene Gegner gar kein Interesse an der Erringung eines militärischen Vorteils – dem essentiellen Merkmal des Grundsatzes der militärischen Notwendigkeit – hat. Er strebt hingegen in aller Regel einen ideellen Vorteil etwa im Sinne einer Einwirkung auf die Politik der bekämpften Staaten an.

Abschließend ist also festzuhalten, dass es in asymmetrischen Konflikten einen deutlichen Bedeutungsverlust des Grundsatzes der militärischen Notwendigkeit zu verzeich-

160 C. Greenwood, in: D. Fleck (Hrsg.) op. cit., Fn. 9, Rn. 131.

161 Sie etwa N. Melzer, op. cit., Fn. 103, 298.

nen gibt und es hier entscheidend auf den sogleich zu erörternden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ankommt.

(c) Was ist im asymmetrischen Konflikt verhältnismäßig?

Gerade in asymmetrischen Konflikten hat der humanitärrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angesichts der geringen Funktionalität des Grundsatzes der militärischen Notwendigkeit eine besonders bedeutende Funktion, ist dabei aber selbst in seiner Wirkweise unmittelbar angefochten.¹⁶³ Dies soll am Beispiel des Libanon Krieges 2006 erläutert werden.

Hier zerstörte Israel in Siedlungsgebieten untergebrachte Raketenstellungen der Hisbollah im Libanon unter Inkaufnahme ziviler Opfer.¹⁶⁴ Zunächst ist zu beobachten, dass die Rechtsgrundsätze für die Zielauswahl und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in ihrer Wirkweise dadurch behindert wurden, dass zwar entgegen den Verboten gegnerische Anlagen in zivilen Gebäuden untergebracht bzw. Zivilisten auch als Schutzschilder missbraucht wurden. Das humanitäre Völkerrecht unterstellt den Zivilistenschutz jedoch nicht der Reziprozität, so dass der Beschuss also unverhältnismäßig *in Beziehung zum militärischen Vorteil der Zerstörung* war. Damit wurde eine Partei (Israel) zur Anwendung unverhältnismäßiger Methoden unter Inkaufnahme großer ziviler Verluste bei der Bombardierung von Geschützen, die in Wohngebieten stationiert waren, genötigt. Die Erklärung der israelischen Regierung berief sich dabei auf die systematische Verletzung des Unterscheidungsprinzips durch die Hisbollah, was auf israelischer Seite also die Interpretation und Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beeinträchtigt hatte. Insofern wendete Israel den Verhältnismäßigkeitstest zur Inkaufnahme libanesischer Opfer, und zwar *zur Abwendung weiterer Gefahren unterschiedsloser und ausdrücklich gegen Zivilisten geführter Angriffe* durch die Hisbollah, an. Mit anderen Worten, Israel rechtfertigte sein – ggf. allerdings als Selbstverteidigungshandlung rechtfertigbares¹⁶⁵ – unverhältnismäßiges Vorgehen mit dem vorherigen Rechtsverstoß der Hisbollah.

Es wird in diesem Zusammenhang zu Recht betont, dass etwa die systematische Verletzung des Unterscheidungsgrundsatzes durch eine Seite mit hoher Wahrscheinlichkeit die Auslegung und Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch die andere Seite des Konfliktes negativ berührt. Als Beispiel dient etwa die Absenkung der Verhältnismäßigkeitsschwelle bei systematisch vorgenommenem Schutz von strategischen Zielen durch menschliche Schutzschilder.¹⁶⁶

Damit zeigt sich ein für asymmetrische Konflikte wichtiges Ergebnis, sowohl für den Grundsatz der militärischen Notwendigkeit als auch der Verhältnismäßigkeit. Beide

162 So auch R. Geiß, op. cit., Fn. 34, 770.

163 Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht J. Delbrück, Proportionality, in: R. Bernhardt, Encyclopedia of Public International Law, Band 3, 1997, 1140; E. Vranes, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – Herleitungsalternativen, Rechtsstatus und Funktionen, AVR 2009, 1 ff.

164 Schilderung bei R. Geiß, Fn. 34, 766; vgl. auch A. Zimmermann, 'The Second Lebanon War: *Jus ad Bellum*, *Jus in Bello* and the Issue of Proportionality', 11 Max Planck Yearbook of United Nation Law (2007), 99–141.

165 Dazu A. Zimmermann, op. cit., Fn. 164, 104 f.

166 R. Geiß, op. cit., Fn. 34, 766.

führen im asymmetrischen Konflikt nicht zu der ihnen zugewiesenen Begrenzungsfunktion für die Gewalt. Dafür sind vor allem sinkende Reziprozitätserwartungen symptomatisch. Wenn die Konfliktparteien den Eindruck haben, sie würden mit ihrer Beschränkung auf das militärisch Notwendige bzw. Verhältnismäßige nicht ein ebensolches Verhalten auf der anderen Seite hervorrufen, sinkt sofort der eigene Anreiz, dies zu tun. Und darin mag die überdenkenswerte Tendenz liegen, dass nämlich zum einen die deutlich asymmetrischen Konfliktstrukturen einen Grundsatz wie den der militärischen Notwendigkeit, der an das traditionelle Konzept des kriegerischen Sieges geknüpft ist, nicht in sich aufnehmen können. Zum anderen wird auch die Anwendung eines zur Erreichung des Ziels angemessenen Mittels im asymmetrischen Konflikt nur von einer Seite angestrebt, in der Regel von der nichtstaatlichen.

Wie bereits angesprochen, muss sich auch die Politik der gezielten Tötungen, des sog. „targeted killing“, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit messen lassen. Danach sind gezielte Tötungen zwar grundsätzlich nach wohl h.M. dann, wenn sie sich gegen ein legitimes Ziel richten – also Kombattanten oder unmittelbare teilnehmende Zivilisten – möglich. Sie müssen aber ebenso nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angemessen insofern sein, als etwa dann, wenn Kollateralschäden zu besorgen sind, diese nicht außer Verhältnis zum angestrebten Zweck stehen dürfen und jede Tötung gänzlich unbeteiligter Zivilisten ist dem strengen Verhältnismäßigkeitstest präventiver Tötungen als ultima ratio zu unterwerfen.¹⁶⁷

ff) Auf der Suche nach der verlorenen Gegenseitigkeit

Insofern wird deutlich, dass die Gegenseitigkeitserwartung als eines der fundamentalen Begründungsprinzipien und Existenzbedingungen des Systems des humanitären Völkerrechts in deutlicher Erosionsgefahr steht.¹⁶⁸ Jede Gegenseitigkeitserwartung büßt ihre die Rechtsbeachtung sichernde Funktion in dem Maße ein, in dem das eigennützige Interesse der einen Konfliktpartei an einem rechtmäßigen Verhalten des Gegners geringer wird.¹⁶⁹ Es besteht also vielmehr die Vermutung, dass eine Stärkung der Symmetrie auch die Reziprozität des Systems des humanitären Völkerrechts schon deshalb kräftiger ausgeprägt sein lassen würde, weil jeweils die größere Gleichheit der Konfliktparteien das gegenseitige Interesse an einer Einhaltung der Regeln des humanitären Völkerrechts deutlich stärken würde.¹⁷⁰ Nur dann würde die Grundwirkungsbedingung der Reziprozität als Durchsetzungsmechanismus greifen, die ja davon ausgeht, dass eine Partei sich insbesondere deshalb an das Recht hält, weil sie das gleiche von der anderen Partei erwartet.

Die nunmehr anzustellenden Überlegungen, wie den aufgezeigten Defiziten des humanitären Völkerrechts im asymmetrischen Konflikt abzuhelpen ist, werden also als einen der wesentlichen Erwägungsgründe zu bedenken haben, ob es gelingen kann, bessere Bedingungen für die Einhaltung der Reziprozitätserwartung, also letztlich symmetrischere Strukturen herzustellen.

¹⁶⁷ Dazu oben, B.II.2.d.aa.

¹⁶⁸ So auch *D. Zechmeister*, op. cit., Fn. 60, 219 ff.

¹⁶⁹ *K. Ipsen*, op. cit., Fn. 5, 1261.

¹⁷⁰ So ausdrücklich *D. Zechmeister*, op. cit., Fn. 60, 220 ff.

3. Anwendbarkeit: modifizierende Interpretation, Notwendigkeit einer Reform

Die vorstehende Analyse der Adäquanz des humanitären Völkerrechts für die Bewältigung der Problemlagen asymmetrischer Konflikte hat einige Lücken der bestehenden Rechtslage offenbar werden lassen, deren wichtigste das offenkundige jedenfalls teilweise Nichtvorliegen einer Reziprozitätslage zwischen den Konfliktparteien ist. Insofern wird nun abschließend zu fragen sein, was sich als Herangehensweise empfiehlt, um den aufgezeigten Missständen abzuhelpfen.

Dabei sind zunächst die bisherigen Befunde dergestalt zu würdigen, ob die vorzuschlagenden Veränderungen im Bereich einer umfassenden Reform oder eher im Bereich einer durch modifizierende Interpretation zu erreichenden Anpassung zu erreichen sind.

a) Zusammenfassung der Untersuchung

Fasst man zunächst die konstatierten Defizite noch einmal kurz zusammen, so hat der vorstehende Überblick folgende Erkenntnisse erbracht:

- (1) Das humanitäre Völkerrecht ist z.T. unanwendbar auf asymmetrische Konflikte, insbesondere wenn in einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt die erhöhte Gewaltschwelle nicht erreicht wird.
- (2) Der asymmetrische Konflikt zeichnet sich dadurch aus, dass er, je nach der konkreten Konfliktsituation, sowohl als internationaler als auch als nichtinternationaler bewaffneter Konflikt eingestuft werden kann.
- (3) Der Unterscheidungsgrundsatz ist im internationalen bewaffneten Konflikt funktional. Es werden zudem tendenziell parallele Unterscheidungen bezüglich der Konfliktbeteiligten auch im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt diskutiert, ohne bereits als solche etabliert zu sein. Sowohl die Position eines „Kämpfers“ im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt als Status wird gegenwärtig wohl von der Mehrheit der Staatengemeinschaft abgelehnt, als auch die von den USA angewendete Rechtsfigur des „unlawfull combatant“, die keine Entsprechung im geltenden humanitären Völkerrecht findet.
- (4) Das bestehende humanitäre Völkerrecht liefert in Gestalt der unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten (Art. 51 Abs. 3 ZP I und 13 III ZP II) konstruktive Ansätze zur Erfassung der Beteiligungssituationen und Bestimmung der legitimen Ziele im asymmetrischen internationalen bewaffneten Konflikt. Mit dieser Rechtsfigur sind in asymmetrischen Konflikten häufig auftretende Konfliktsituationen wie menschliche Schutzschilde, gezielte Tötungen, das Handeln der meisten Angehörigen privater Militärfirmen und Selbstmordattentate systemadäquat zu erfassen.
- (5) Gravierende Probleme gibt es bei den Gewalt begrenzenden Merkmalen der militärischen Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit; und zwar i.d.R. aufgrund fehlender Gegenseitigkeitserwartung. Dank fehlender Symmetrie laufen beide Prinzipien Gefahr ineffektiv zu sein. Während dabei der Grundsatz militärischer Notwendigkeit wegen stark unterschiedlicher Kriegsziele asymmetrischer Gegner fast vollständig leer zu laufen droht, besteht beim Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Gefahr eines Leerlaufens des gewaltbeschränkenden Potentials dieses Grundsatzes auch durch ein – oft vom asymmetrischen Gegner provoziertes – Anheben der Gewaltschwelle.

b) Vorzuschlagende Änderungen

Insofern ist zunächst zu überlegen, ob es Mechanismen gibt, die geeignet sind, die asymmetrische Situation zu symmetrisieren, also ggf. die Symmetrie wiederherzustellen.

1.1. Als solches sind in der Literatur zwei größere Ansätze zu einer umfassenden Reform gemacht worden, die von einem Vorstoß zur teilweisen Reform ergänzt werden.

- (1) Zum einen wird eine radikale Antwort gegeben, die Auswirkungen im *ius ad bellum* wie im *ius in bello* haben soll. Etwa Terrornetzwerken wird eine partielle Völkerrechtssubjektivität zuerkannt und als Folge für den bewaffneten Konflikt neben dem Kombattantenstatus und dem Zivilistenstatus ein dritter Status des asymmetrischen Kombattanten befürwortet.¹⁷¹
- (2) Andererseits wird versucht, durch die Überwindung der Unterscheidungskriterien des internationalen und des nichtinternationalen bewaffneten Konfliktes eine insgesamt symmetrischere Konfliktsituation mit einheitlichen Rechtsregeln herzustellen.¹⁷²
- (3) Schließlich wird in einem weiteren Vorschlag ein IV. Zusatzprotokoll angeregt, welches vor allem klarstellende Funktion etwa für den transnationalen Konflikt von nichtstaatlichen Akteuren, den Status privater Akteure nach Gefangennahme, den Zeitpunkt für deren Freilassung etc. haben sollte.¹⁷³

Indes stellt sich bei diesen Vorschlägen zuallererst die Frage nach deren möglicher Akzeptanz in der Staatengemeinschaft. Für die Angleichung des internationalen und des nichtinternationalen bewaffneten Konfliktes scheint eine solche Akzeptanz ziemlich deutlich ausschließbar; denn zum einen geschieht die unterschiedliche Behandlung über die verschiedenen Gewaltschwellen gerade auf ausdrücklichen staatlichen Wunsch. Sie ist zuletzt bei der Verabschiedung des Statuts des internationalen Strafgerichtshofs im Jahre 1998 bestätigt worden, auch hatten dies die Rechtsprechung des ICTY und des ICTR wie auch die Staatenpraxis aufgezeigt.

Zudem erscheint es als ziemlich unwahrscheinlich, dass sich Staaten bereit finden könnten, gerade Terrornetzwerken vom Schlage der Al Qaida Völkerrechtssubjektivität zu verleihen, wo sich diese Organisation doch so deutlich für die Bekämpfung all dessen ausspricht, was die Staatengemeinschaft als Grundwerte vereint. Auch die Zustimmung zu einem Protokoll zur Regelung des Status der nichtstaatlichen Akteure über die Regelungen für Zivilisten hinaus ist eher zweifelhaft.¹⁷⁴

171 L. Mammen, *Völkerrechtliche Stellung von internationalen Terrororganisationen*, Baden-Baden 2008, passim.

172 D. Zechmeister, *op. cit.*, Fn. 60, passim.

173 Siehe G. Rose, *Updating international humanitarian law and the laws of armed conflict for the wars of the 21st century*, Defender, Australian Defence Association, Spring 2007, 21.

174 Eine Analyse der Regierung des Depositarstaates Schweiz, die auch ggf. die diplomatische Konferenz zur Änderung bestehender oder zu neuen Zusatzprotokollen einberuft, schätzt die gegenwärtige Lage so ein, dass einerseits die Kontroversen der Konferenz von 1974–1977 in Bezug auf den Kombattantenstatus von Aufständischen noch nicht beseitigt sind und andererseits das Risiko eines Rückschritts in Bezug auf das Schutzniveau besteht, sodass „wenig Wahrscheinlichkeit [besteht], dass zentrale Regeln, wie zum Beispiel die Regeln betreffend militärische Ziele, das Prinzip der Verhältnismässigkeit oder Regeln betreffend die Kampfführung im Sinne einer besseren Einhaltung des humanitären Völkerrechts weiterentwickelt werden können.“, *Aussenpolitischer Bericht 2007 des Schweizerischen Bundesrates vom 15.6.2007, Anhang 3: Asymmetrische Kriegsführung und humanitäres Völkerrecht, Möglichkeiten der Weiterentwicklung*, 55, abrufbar unter http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/doc/publi.Par.0208.File.tmp/asymmetrische%20Kriegsfuehrung_de.pdf (8.6.2009).

1.2. Insofern erscheint aus grundsätzlicher Sicht zweifelhaft, ob überhaupt so etwas wie Symmetrie herstellbar ist zwischen Akteuren, die einerseits als Staaten eine gewisse Verantwortung für das Zusammenleben der internationalen Gemeinschaft im Rahmen der Völkerrechtsordnung übernommen haben und den terroristischen Gruppierungen, denen eine Orientierung an rechtlichen Maßstäben eher gleichgültig ist. Das zeichnet eben den großen neuen Grundkonflikt der heutigen Zeit aus, dass nämlich einer der beiden Akteure gar nicht mehr an der Rechtsbindung interessiert ist und auch nicht danach strebt. Er strebt zudem nicht (etwa für seine Bevölkerung) in einem bewaffneten Konflikt die Erreichung bestimmter Ziele an, sondern ihm geht es, symbolisiert im glorifizierten Märtyrertod, um die Erreichung ganz anderer „ideeller“ Ziele. Insofern ist die Behauptung aufgestellt worden, es sei für die Schutz Zwecke des humanitären Völkerrechts essentiell, dass es sich gerade nicht in dem Umfang wie das jus ad bellum flexibel zeige für allfällige Neuerungen. Dem jus ad bellum gehe es um das Überleben der Staaten, dem jus in bello um den humanitären Schutz des Einzelmenschen im bewaffneten Konflikt. Insofern seien auch Umgehungsstrategien dieses humanitären Rechts etwa durch den asymmetrisch unterlegenen Gegner kein Fundamenteinwand gegen dessen weitere Beständigkeit verglichen mit dem dem schnelleren Wandel unterworfenen jus ad bellum.¹⁷⁵

2. Insofern ist vor zuviel Elan bei den Reformen zu warnen. Bereits die Tatsache, dass etwa beim ZP I und II wichtige Staaten wie etwa die USA nicht zu den Ratifikanten gehören, lässt auch eine pragmatisch-realistische Sicht auf das Reformpotential als notwendig erscheinen. Zudem wird zutreffend davor gewarnt, eine nicht voll akzeptierte Reform könne eher zu Rückschritten gegenüber dem bisherigen rechtlichen Status quo führen.¹⁷⁶

Insbesondere im Vergleich mit dem von deutlichen Rechtsfortentwicklungen gekennzeichneten jus ad bellum wird zudem vor einer Erosion im Bereich des jus in bello durch ein einfaches Kopieren der dort einsetzenden Rechtsentwicklungen gewarnt.¹⁷⁷ Dies alles spricht gegen umwälzende Reformen im Bereich des humanitären Völkerrechts und lässt Entwicklungen eher im Bereich modifizierender Interpretation als sehr viel Erfolg versprechender erscheinen.

3. Eine pragmatische Sicht anstelle umwälzender Reformen, welche etwa auch die Gefahr einer Rechtserosion durch weitestgehende Nichtakzeptanz mit sich brächten, soll insofern auch hier den Weg schrittweiser Anpassungen durch Interpretation des bestehenden Rechts bevorzugen.

(1) Zunächst ist an eine Vereinheitlichung der Anwendungskriterien der als entscheidend heraus gestellten Norm des Art. 51 Abs. 3 ZP I zu denken. Es erscheint von kardinaler Bedeutung, dass die Frage der Anwendbarkeit der Teilnahme an Feindseligkeiten endlich allgemein gleichmäßiger Auslegung unterworfen wird. Sowohl,

175 So ausdrücklich *M. Schmitt*, 21st Century Conflict: Can the Law Survive?, *Melbourne Journal of Intern. Law* 2007, 443, 474; ähnlich *G. Nolte*, Vom Weltfrieden zu menschlichen Sicherheit? Zu Anspruch, Leistung und Zukunft des Völkerrechts, Antrittsvorlesung vom 26.1.2009 im Rahmen der Ringvorlesung „Sicherheit und Risiko“, Humboldt-Universität zu Berlin, noch unveröffentlichtes Manuskript liegt Autor vor.

176 Siehe auch die Stellungnahme der 30. Internationalen Konferenz des Roten Kreuzes vom Oktober 2007, 14, wo der Überzeugung Ausdruck verliehen wird, es gehe weniger um Änderungen der Verträge als um den Willen der Vertragsparteien, die Regeln durchzusetzen.

was die Bezeichnung der Feindseligkeiten betrifft, als auch die unmittelbare Teilnahme an ihnen, sowie schließlich besonders für die Zeitspanne vor und nach einer relevanten Feindseligkeit sollte eine einheitliche Anwendungspraxis vorherrschen. Das ist bislang in nur Grundorientierung liefernden Ansätzen vom Roten Kreuz und dem T.M.C. Asser Instituut versucht worden und am besten über einen Verhaltenskodex, ggf. im Wege einer entsprechenden Resolution der UN-Generalversammlung, zu erreichen. Falls das allerdings nicht erreichbar ist, sollte auf eine wissenschaftliche Aufarbeitung gesetzt werden.

- (2) In diesem Kontext ließe sich zudem an eine Erweiterung der *lex lata* auf private Militärfirmen denken. In enger Anlehnung an die im Dokument von Montreux¹⁷⁸ festgehaltenen Regeln könnte es angesichts der von der Staatengemeinschaft anerkannten wachsenden Bedeutung der privaten Militärfirmen im bewaffneten Konflikt, wenn nicht zur Verabschiedung eines IV. Zusatzprotokolls, so doch jedenfalls zu einem Verhaltenskodex kommen. Als Vorbild entsprechender nationaler Regelungen, die bislang nur Südafrika als Gesetz erlassen hat,¹⁷⁹ sollte als Mindestinhalt dieses Verhaltenskodex eine staatliche Erlaubnispflicht, Grundpflichten nach humanitärem Völkerrecht und die strafrechtliche Verantwortlichkeit umfasst sein. Zudem könnte in enger Anlehnung an die bei Art. 51 Abs. 3 ZP I zu klärenden Probleme auch die legitime Zieleigenschaft der Angehörigen privater Militärfirmen, bzw. die Möglichkeit der Einordnung als Begleitpersonal i.S. des Art. 4 A Nr. 4 GA III zum Inhalt eines solchen Verhaltenskodex gehören.¹⁸⁰
- (3) Zudem bedürfte es gegebenenfalls einer Klarstellung – z.B. ebenfalls in einer Resolution der UN Generalversammlung – zur im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt erforderlichen Gewaltschwelle gerade auch für die Fälle terroristischer Bedrohung.
- (4) Als ein wesentliches Defizit der gegenwärtigen Rechtslage erweist sich zudem die eklatante Schwäche der Rechtsdurchsetzungsmechanismen. Insofern ist deren Stärkung anzustreben. Hier könnte etwa eine alte Institution wieder belebt und gestärkt werden: die internationale Ermittlungskommission.¹⁸¹ Hierbei handelt es sich um eine nach dem Genfer Abkommen und im I. Zusatzprotokoll (Art. 52 GA I, 53 GA II, 132 GA III, 149 GA IV, Art. 90 ZP I) benannte Kommission, die die Einhaltung des Genfer Rechts gewährleisten soll. Im Falle des Art. 90 ZP I kann diese Ermittlungskommission auch ohne Einwilligung der Konfliktparteien tätig werden, wenn beide Konfliktparteien bereits vor dem Konflikt die Zuständigkeit der Kommission anerkannt haben oder ad hoc nach Ausbruch des Konflikts die Kommission

177 Siehe *M. Schmitt*, op. cit., Fn. 175, 474.

178 Siehe supra Fn. 144.

179 Act on the Prohibition of Mercenary Activities and Regulation of Certain Activities in Country of Armed Conflict Act 2006, Government Gazette Nr 509 of 16 November 2007, N° 30477.

180 Für Ansätze der Befassung des Deutschen Bundestages mit diesen Problemen siehe etwa die Antwort der Bundesregierung auf eine Große Anfrage der FDP dazu BT Drucksache 15/5824 vom 24.06.2005, sowie Antrag der Fraktionen der CDU/CSU/SPD vom 12.11.2008, BT Drs. 16/10846, der am 23.04.2009 im Plenum angenommen wurde, supra Fn. 146.

181 Siehe dazu etwa *F. Kalshoven*, The International Humanitarian Fact-Finding Commission: A Sleeping Beauty?, HuV-I 2002, 213; *L. Zegveld*, Comment, HuV-I 2002, 216 ff.; *J. K. Kleffner/L. Zegveld*, Establishing an Individual Complaints Procedure for Violations of International Humanitarian Law, Yearbook of International Humanitarian Law, 3 (2000), 384 ff.

von beiden Konfliktparteien beauftragt wird, tätig zu werden. Etliche Staaten haben die Zuständigkeit der Kommission bereits durch Unterwerfung anerkannt. Sie ist allerdings bislang nicht tätig geworden.

- (5) Zudem ist die internationale Gerichtsbarkeit deutlich zu stärken. Hierbei handelt es sich zunächst einmal um die Möglichkeit, schwere Verletzungen des humanitären Völkerrechts als völkerrechtliches Verbrechen nach Art. 8 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs zur Anklage zu bringen. Denn gerade die symbolische Kraft einer Verurteilung wegen Verletzung des humanitären Völkerrechts durch einen internationalen Spruchkörper ist nicht zu unterschätzen. Zudem besteht die Möglichkeit, dass der Sicherheitsrat der Anklagebehörde entsprechende Fälle überweist. Skeptisch sind allerdings die Realisierungschancen des Vorschlags zu beurteilen, Betroffenen von bewaffneten Konflikten die Möglichkeit zu geben, sich durch Rechtsmittel vor einer ausgebauten internationalen Gerichtsbarkeit bei Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht, etwa im Wege eines Individualbeschwerdeverfahrens, zu wehren.¹⁸²
- (6) Die nationalen Gerichte etwa in Gestalt des US Supreme Court oder des Obersten Gerichts Israels haben bis jetzt schon zur Festigung bestimmter Grundsätze des humanitären Völkerrechts durch ihre Rechtsprechung beigetragen.¹⁸³ Insofern ist die nationale Rechtsprechung nachhaltig zum Tätigwerden in bestimmten humanitär-völkerrechtlichen Fragestellungen zu ermutigen.
- (7) Angesichts der konstatierten Asymmetrie, deren Überwindung sich einige auf die Fahnen geschrieben haben,¹⁸⁴ stellt sich zunehmend die Frage, wie eine Bindung gerade der transnationalen bewaffneten Gruppen an das humanitäre Völkerrecht sicherzustellen ist. Sassòli trägt dazu etwa vor, durch kooperative Ansätze die Bindungskraft des humanitären Völkerrechts gegenüber nichtstaatlichen Gewaltakteuren zu erhöhen.¹⁸⁵ Von der aktiven Einbeziehung bewaffneter Gruppen verspricht man sich deshalb Einiges, weil diese in der Regel keinen Einfluss auf die Ausgestaltung völkerrechtlicher Vertragsregime hatten und sich entsprechend häufig weder rechtlich noch moralisch an die jeweiligen Normen gebunden fühlen. So könnten verschiedene spezielle Verhaltenskodizes mit den entsprechenden bewaffneten Gruppen ausgearbeitet werden, die sich zur Interpretation und Anwendung des humanitären Völkerrechts auf deren speziellen Fall beschäftigten und Vorschriften zur Verteilung für die bewaffneten Gruppen enthielten. Idealerweise würden solche Vorschriften einen externen Mechanismus zum Monitoring erhalten.¹⁸⁶
- (8) Schließlich sind, im Anschluss an Sassòli, auch Amnestien nach nationalem Recht förderungswürdig, um den Respekt für das humanitäre Völkerrecht zu erhöhen.¹⁸⁷ Das II. Zusatzprotokoll stellt bereits jetzt die Forderung auf, am Ende der Feindseligkeiten im breitest möglichen Umfang Amnestien für solche Personen, die an

182 Siehe etwa zu diesem Bereich *J. Wiczorek*, op. cit., Fn. 89, 295; dazu auch *D. Zechmeister*, op. cit., Fn. 60, 225.

183 Ebenfalls positiv *G. Nolte*, op. cit., Fn. 175.

184 Siehe etwa *D. Zechmeister*, op. cit., Fn. 60, 220.

185 *M. Sassòli*, Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law, HPCR Occasional Paper Series, Winter 2006, 28.

186 *M. Sassòli*, op. cit., Fn. 185, 29.

187 *M. Sassòli*, op. cit., Fn. 185, 31.

einem Konflikt teilgenommen, aber keine Kriegsverbrechen begangen haben, auszusprechen. So sieht es ausdrücklich Art. 6 Abs. 5 ZP II vor.

- (9) Schließlich muss das Weltrechtsprinzip in allen nationalen Strafrechten zur internationalen Verfolgbarkeit von schweren Verletzungen des humanitären Völkerrechts führen.

Von all dem sollte man erhoffen, dass der Respekt für die Einhaltung des humanitären Völkerrechts auch innerhalb der Gruppen wächst, die es eigentlich nicht zur Richtschnur ihres Handelns machen.¹⁸⁸

III. Perspektiven

Das humanitäre Völkerrecht macht derzeit eine auch andere Bereiche des Völkerrechts kennzeichnende Entwicklung durch. Für das Zeitalter der Globalisierung typisch gibt es in zunehmendem Maße private Akteure, die im transnationalen Rahmen handelnd die Reichweite nationaler Normordnungen übersteigen.¹⁸⁹ Völkerrechtlich relevant sind nicht mehr nur das Individuum als Völkerrechtssubjekt, sondern auch multinationale Unternehmen und im Ausland Investierende sowie Nichtregierungsorganisationen. Nunmehr wird deutlich, dass auch der bewaffnete Konflikt eine gewisse „Privatisierungstendenz“ insofern durchmacht, als es zunehmend nicht mehr nur ausschließlich zwischenstaatliche Konflikte sind, die das internationale Geschehen bestimmen. Trifft die Prognose zu, dass in konsequenter Fortsetzung einer immer stärkeren Zurückdrängung des rein zwischenstaatlichen Konflikts, u.a. durch das Handeln privater Militärfirmen, die Bedeutung von staatlichen Armeen im Zeitalter der Globalisierung im bewaffneten Konflikt weiter abnehmen wird, dann stellt sich natürlich noch einmal in besonderer Schärfe die Frage nach der Zukunft des bestehenden humanitären Völkerrechts. Für den Augenblick fällt das Resümee dergestalt aus, dass eher einer interpretativen Weiterentwicklung des bestehenden humanitären Völkerrechts gegenüber umfassender Reform der Vorzug gegeben werden sollte. Doch wird dies angesichts der absehbaren Entwicklungstendenzen ausreichen? Oder liegt die Beantwortung dieser Fragen möglicherweise doch in der Zuerkennung von partieller Völkerrechtssubjektivität etwa an Terrornetzwerke?

Antworten auf diese Fragen können hier nur angedeutet werden. Sie haben durchweg zur Kenntnis zu nehmen, dass der „Aufstieg“ einer Wirkungseinheit des internationalen Systems zu einem Völkerrechtssubjekt auch immer zentral mit der „Anerkennung“ seiner Bedeutung für die Staatengemeinschaft zu tun hat. Das ist bei internationalen Regierungsorganisationen, beim Individuum, bei den NGOs und letztlich auch bei den multinationalen Unternehmen der Fall gewesen, und ist vom IGH im Reparations-Fall

188 In der U.S.-Gesetzgebung ist die Zuständigkeit der U.S.-Gerichte auf Angehörige der US-amerikanischen Streitkräfte und Staatsangehörige beschränkt, zu möglichen Defiziten im deutschen Recht vgl. *B. Kuschnik*, ‚Deutscher Sand im völkerstrafrechtlichen Getriebe? – eine Betrachtung des § 153f StPO im Lichte des in § 1 VStGB festgeschriebenen Weltrechtsprinzips‘, 21 *HuV-I* (4/2008), 230-7.

189 Siehe etwa *S. Hobe*, Die Zukunft des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung, *Archiv des Völkerrechts* 37 (1999), 253 ff.; *J. Delbrück*, Structural Changes in the international system and its legal order, *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht* 11 (2001), 1 ff.

trefflich mit den „needs of the international community“ umschrieben worden.¹⁹⁰ Das Beispiel der PLO zeigt dabei, dass eine solche Anerkennung jedenfalls ein Abrücken von der Gewaltanwendung voraussetzt. Und insofern ist ein solches Gemeinschaftsbedürfnis für Terrornetzwerke zu verneinen.

Schließlich ist daran zu erinnern, dass Terrornetzwerke durch ihren perpetuierten Rechtsbruch die Regelungswirkung des humanitären Völkerrechts erheblich stören. Langfristig muss also die Wiederherstellung der Gegenseitigkeit das Ziel sein. Dabei stellt die besondere Schutzstellung des Zivilisten im Genfer Recht und das Repressalienverbot gegen Zivilisten eine graduelle Abkehr vom Grundsatz der Reziprozität dar. Diese Tendenz entspricht der zunehmenden „Verobjektivierung“ des allgemeinen Völkerrechts durch die Anerkennung von Normen des zwingenden Völkerrechts. Deshalb unterliegen die grundlegenden Zivilistenschutzvorschriften nicht der Reziprozität; die Durchsetzung des humanitären Völkerrechts ist vielmehr durch eine (bloße) Erwartung und ein gemeinsames Schutzinteresse der Staaten gewährleistet. Die jetzt außerhalb des Rechts stehende Gegenseitigkeitserwartung des humanitären Völkerrechts wird in der Regel von symmetrischen Gegnern mitgetragen, jedoch von asymmetrischen Gegnern wie Terrornetzwerken grundsätzlich nicht geteilt. Diese Lücke der Durchsetzung, die der Preis für die Verobjektivierung des Rechts ist, kann gegenwärtig nur durch die hier vorgeschlagenen Substitute gefüllt werden.

Auch auf längere Sicht wird das humanitäre Völkerrecht seine bisher bewiesene Funktionalität deshalb im Wege der Anpassung des bestehenden Rechts an die extremen Herausforderungen asymmetrischer Konflikte erweisen müssen, um auch weiter, wie bisher, seine gewaltbegrenzende Funktion im bewaffneten Konflikt wahrzunehmen. Und es kann und sollte seine besondere Anpassungsfähigkeit rasch dadurch beweisen, dass Probleme wie die Teilnahme von Zivilpersonen und das Handeln der privaten Militärfirmen gelöst werden.

190 ICJ Reports 1949, 174, 178.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Stephan Hobe, LL.M. (McGill), Köln

1. Asymmetrische Konflikte, deren rechtlich signifikantestes Merkmal das Handeln eines privaten Gewaltakteurs auf einer Konfliktseite ist, wurden bei Schaffung des modernen humanitären Völkerrechts nur in Ansätzen als regelungsnotwendig angesehen.
2. Neben der klassischen Bürgerkriegssituation und der Situation des Aufstands ist vor allem die Bedrohung durch terroristische Netzwerke ein aktuelles Beispiel asymmetrischer Konflikte.
3. Die unvollständige Erfassung der nichtinternationalen asymmetrischen Konflikte im Gemeinsamen Art. 3 zu den Genfer Abkommen (GA) von 1949 und durch das II. Zusatzprotokoll (ZP) von 1977 wurde durch das Gewohnheitsrecht erweitert. Allerdings war und ist das derzeitige humanitäre Völkerrecht immer noch wesentlich vom zwischenstaatlichen bewaffneten Konflikt (als der Regel) gekennzeichnet.
4. Die Ungleichmäßigkeit der Befassung mit dem asymmetrischen Konflikt zeigt sich an den unterschiedlichen Anwendungsvoraussetzungen. Die höhere Gewaltschwelle bei nichtinternationalen Konflikten führt zur Nichtanwendbarkeit bei extrem asymmetrischen Konstellationen. Vor allem die staatliche Abneigung gegenüber völkerrechtlicher Regelung „innerstaatlicher Angelegenheiten“ setzt eine andauernde bewaffnete Gewaltanwendung (protracted armed violence) voraus.
5. Zeichnete sich der symmetrische Konflikt durch eine relativ unproblematische, anhand von konkreten Fallgruppen durchführbare Unterscheidung zwischen Kombattanten und Zivilisten aus, so fehlen solche Fallgruppen für die kämpfenden und nicht kämpfenden Zivilisten in asymmetrischen Konflikten. Dem im asymmetrischen Konflikt anwendbaren Art. 51 Abs. 3 ZP I und seiner gewohnheitsrechtlichen Entsprechung fehlt es bislang an vergleichbarer Regelungsdichte.
6. Die Kategorisierung des „unlawful enemy combatant“ als Primärstatus neben Zivilisten und Kombattanten ist dem humanitären Völkerrecht unbekannt. Insofern ist das – überfällige – Abrücken der neuen US-amerikanischen Administration von dieser Bezeichnung nur konsequent.
7. Angesichts der nur ansatzweisen Regelung des Rechts des asymmetrischen Konflikts gewinnen solche Normen des bestehenden Rechts zentrale Bedeutung, die wie etwa Art. 51 Abs. 3 ZP I vermittelnd zwischen den im symmetrischen Konflikt einander gegenüberstehenden Personengruppen der Kombattanten und Zivilisten wirken. An Feindseligkeiten unmittelbar teilnehmende Zivilisten wie auch konkret militärisch genutzte Zivilgebäude sind jeweils geeignete militärische Ziele.
8. Die insofern zentrale Bedeutung des Art. 51 Abs. 3 ZP I macht eine Einigung bezüglich der Auslegung der Kriterien einer „unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten“ anstrebenswert. Dabei spricht bezüglich des zeitlichen Bezuges der unmittelbaren Teilnahme vieles für die Berücksichtigung des die Gefahrenschwelle überschreitenden Einzelakts anstatt der – zu weitgehenden – Mitgliedschaft.
9. Die Zweifelsregelung des Art. 52 Abs. 3 ZP I zeigt, dass das humanitäre Völkerrecht nach wie vor den widrigsmäßigen Zweck möglicher Zielobjekte als den Regelfall

betrachtet. Bei in dieser Vorschrift angesprochenen zivilen Objekten, auf die von asymmetrisch Schwachen mangels eigener militärischer Infrastruktur oft zurückgegriffen wird, hat der aufgrund der Widmung bestimmte Zweck gegenüber der aktuellen Benutzung des Objektes deutlich an Bedeutung verloren.

10. Der Grundsatz der militärischen Notwendigkeit ist nicht mehr in der Lage, seine wesentliche gewaltbeschränkende Funktion zu erfüllen. Einerseits streben asymmetrisch schwache Gegner keinen militärischen Vorteil an. Andererseits schaffen die nicht-staatlichen Gegner durch den Rückgriff auf die zivile Infrastruktur duale Ziele, so dass die gewaltbeschränkende Wirkung deutlich eingeschränkt wird.

11. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird durch seine dem Grundsatz der militärischen Notwendigkeit komplementäre Funktion zur wichtigsten gewaltbegrenzenden Regel im asymmetrischen Konflikt. Er sieht sich allerdings selbst den für den asymmetrischen Konflikt typischen Problemen ausgesetzt. Insbesondere der Einsatz unerlaubter Mittel durch den asymmetrisch Unterlegenen kann eine Kriegspartei dazu veranlassen, selbst unverhältnismäßig vorzugehen. Durch diese Gewaltspirale wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip zunehmend dysfunktional.

12. Ursache für die Einschränkung der gewaltbeschränkenden Funktion des Notwendigkeits- und Verhältnismäßigkeitsprinzips ist die nicht mehr gewährleistete Reziprozität im asymmetrischen Konflikt. Nicht die Erwartung der Rechtstreue des Gegners bestimmt das asymmetrische Handeln, sondern es gibt eine solche Erwartung dann überhaupt nicht, wenn eine Partei, wie dies jedenfalls bei terroristischen Anschlägen deutlich wird, sich gar nicht mehr an das Recht binden will. Dies führt tendenziell zur Erosion des Rechts.

13. Eine teilweise oder umfassende Reform des humanitären Völkerrechts, etwa im Wege eines IV. Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen, ist derzeit politisch nicht durchsetzbar und könnte bei erwartbar mangelnder Akzeptanz eher einen Beitrag zur weiteren Erosion des humanitären Völkerrechts leisten.

14. Der Anwendung des bestehenden Rechts im Wege von dessen Modifikation durch Interpretation ist aus rechtspolitischen und praktischen Gründen der Vorzug vor umfassenden oder teilweisen Reformansätzen zu geben. Insofern sollte sich um die möglichst einheitliche Anwendung des asymmetrische Konfliktsituationen erfassenden Art. 51 Abs. 3 ZP I (Art. 13 Abs. 3 ZP II) durch Verabschiedung einer vereinheitlichende Maßstäbe inkorporierenden UNGA Resolution bemüht werden.

15. Zudem sind die Durchsetzungsmechanismen des humanitären Völkerrechts gerade auch in der asymmetrischen Konfliktsituation zu stärken: Dem können die Wiederbelebung der internationalen Ermittlungskommission, aber auch kooperative Ansätze und schließlich die Gewährung von Amnestien im nationalen Recht dienen.

16. Schließlich kann die Möglichkeit der Aburteilung von Kriegsverbrechen nach Art. 8 des Römischen Statuts durch den Internationalen Strafgerichtshof ein wichtiges Mittel zur Erhöhung der Beachtung des humanitären Völkerrechts gerade auch in asymmetrischen Konflikten sein. Insofern sollte vor allem auch der Sicherheitsrat von der ihm nach Art. 13 (b) des IStGH-Statuts gegebenen Möglichkeit der Überweisung bestimmter Situationen an den Ankläger Gebrauch machen.

17. Für das Wirken privater Militärfirmen ist auf der Grundlage des Montreux Dokuments von 2008 ein Verhaltenskodex zu erarbeiten, in dem die Rolle dieser Firmen im

bewaffneten Konflikt (u.a. Erlaubnispflicht, Registrierung, Haftung, strafrechtliche Verantwortlichkeit) und die Rolle der Angehörigen dieser Firmen behandelt werden.

18. Die Rechtsprechung des US Supreme Court und des israelischen Obersten Gerichts zeigt, wie wesentlich die nationale Rechtsprechung für die Umsetzung des humanitären Völkerrechts und eine Rechtsvereinheitlichung sein kann. Staaten sind wegen der besonders signifikanten Durchsetzungsschwäche des humanitären Völkerrechts zur Eröffnung nationaler Rechtswege in humanitär-völkerrechtlichen Fragen zu ermutigen.

19. Die zunehmenden Aktivitäten privater Gewaltakteure wie auch die sich abzeichnende „Privatisierung der Kriegführung“ im Zeitalter der Globalisierung stellen das humanitäre Völkerrecht vor bedeutende Herausforderungen, denen es nur durch stete behutsame Anpassungen an diese neuen Bedrohungslagen gewachsen sein wird.

20. Die besondere Schutzstellung des Zivilisten im Genfer Recht und die graduelle Abkehr vom Grundsatz der Reziprozität ist eine der zunehmenden „Verobjektivierung“ des allgemeinen Völkerrechts durch die Anerkennung von Normen des zwingenden Völkerrechts vergleichbare Entwicklung. Die jetzt außerhalb des Rechts stehende Gegenseitigkeitserwartung des humanitären Völkerrechts wird in der Regel von symmetrischen Gegnern mitgetragen, jedoch von asymmetrischen Gegnern wie Terrornetzwerken grundsätzlich nicht geteilt. Dies führt zu einer Aussetzung der Regelungswirkung. Die vorgeschlagenen Änderungen sollen wesentlich dazu beitragen, jedenfalls Substitute der fehlenden Gegenseitigkeit zu schaffen.

Summary

International humanitarian law in asymmetric conflicts

by Prof. Dr. Stephan Hobe, LL.M. (McGill), Köln

1. In legal terms, asymmetric conflicts are characterized by the participation of a non-state actor fighting a State adversary. At the time of the creation of modern international humanitarian law (IHL), these asymmetric situations have been considered to be in need of rudimentary regulation only.
2. Besides the classic situations of civil war or insurgency, one of today's most pertinent asymmetric conflicts is the threat posed by terrorist networks.
3. Applicable conventional law, i.e. Common Article 3 of the Geneva Conventions (GC) I-IV of 1949 and Additional Protocol (AP) II of 1977, deals only rudimentarily with non-international asymmetric conflicts and has been continuously complemented by customary international law. However, current IHL was and still is primarily concerned with international armed conflicts.
4. This reluctant attitude of IHL towards asymmetric conflict structures is reflected by the different thresholds of applicability. The higher violence threshold required by non-international armed conflicts has the consequence that extremely asymmetric conflict situations cannot be qualified as "armed conflicts". It is the remaining preoccupation of Governments not to subject "internal affairs" to the international law regime, and consequently conflicts have to pass the "protracted armed violence" test.
5. While the symmetric conflict was characterized by a relatively uncomplicated distinction between combatants and civilians via a case-oriented catalogue, such type catalogues are missing for fighting and non-fighting civilians in asymmetric conflicts. Article 51 para. 3 AP I and its customary equivalent which are applicable in asymmetric conflicts are lacking a comparable intensity of regulation so far.
6. The classification of "unlawful enemy combatant" as a primary status next to civilians and combatants is unknown to IHL. In this respect, the – overdue – abandonment of this term by the new U.S.-American administration is perfectly reasonable.
7. Considering the rudimentary regulation of the law of asymmetric conflicts, existing norms of mitigating nature like Article 51 para. 3 AP I fill the gap between the two prevalent complementary status groups, i.e. combatants and civilians in symmetric conflicts. Civilians directly participating in hostilities as well as civilian premises used for military purposes are suitable military targets.
8. In view of the central relevance of Article 51 para. 3 AP I and the various definitions that have developed over the years, there is much need for clarification on the material and temporal scope of "direct participation in hostilities". The specific acts approach seems to construe most accurately the temporal scope of direct participation and to define the critical moment of the loss of protection while the membership approach is too broad.
9. The presumption contained in Article 52 para. 3 AP I clearly shows that IHL still favours a definition of civil objects based on the normal dedication to civilian purposes. But, the asymmetrically weak actors often fall back on the latter because they are short

of military infrastructure. Thus, for the purposes of targeting the dedication has become considerably less important compared to the actual use of objects.

10. The principle of military necessity is not able any more to fulfil its restrictive function essential to IHL. On the one hand, the asymmetrically weak adversary does not seek military advantages. On the other hand, non-state actors create dual-use targets by their recourse to civil infrastructure and exert considerable constraint on the restrictive effect.

11. Due to its complementary function to the principle of military necessity, the proportionality principle functions as the operative legal principle restricting the conduct of hostilities in asymmetric situations. However, this principle is in itself challenged by typical problems of asymmetric conflicts. Most commonly, one weaker party's unlawful conduct of hostilities may bring the adversary to use disproportionate means itself. The principle of proportionality is thus hindered by a vicious circle of violence and becomes increasingly dysfunctional.

12. The reason for the shortcomings of the restrictive function that the principles of military necessity and proportionality usually fulfil is the lacking reciprocity in asymmetric conflicts. Asymmetric actors are not guided by the expectation of the adversary's rule compliance but rather, there is no such expectation if one party manifestly objects to adhere to the law, as is clearly shown by terrorist acts. The current trend is towards an erosion of the law.

13. Any partial or comprehensive reform of IHL, for instance by an Additional Protocol IV to the Geneva Conventions, is politically not feasible at present and would rather contribute to the further erosion of IHL due to an expectable lack of acceptance.

14. For practical as well as law and policy reasons, the application of the existing law by way of a modifying interpretation is to be preferred to any comprehensive or partial reforms. In this respect, one should strive for the adoption of a standard-setting UNGA resolution that would clarify the scope of Article 51 para. 3 AP I (Article 13 para. 3 AP II), a norm highly important to asymmetrical conflicts.

15. Additionally, the enforcement mechanisms of IHL should be strengthened, particularly in asymmetric conflicts. This purpose could be served by the revival of the International Fact-Finding Commission, by a cooperative approach and by the grant of amnesties under national law.

16. Furthermore, the possibility to try war criminals before the International Criminal Court (ICC) in accordance with Article 8 ICC Statute may become a key instrument to encourage compliance with IHL in asymmetric conflicts. In this regard, it is for the Security Council to use its privilege under Article 13 (b) ICC Statute to refer certain situations to the Prosecutor.

17. Considering the rise of private military companies (PMCs), efforts should be made to develop a code of conduct on the basis of the Montreux Document of 2008 which would address the role of PMCs in armed conflicts (inter alia licensing, registration, civil liability, criminal responsibility) and the role of PMC personnel.

18. The jurisprudence of the US Supreme Court and the Israeli Supreme Court show how crucial national jurisdiction can be for the implementation of IHL and legal unification. In view of the substantial ineffectiveness of implementation, States are to be encouraged to provide local remedies for IHL violations.

19. Today, IHL is challenged by the increasing activity of non-state actors and the emerging “privatization of warfare” at large. It may only cope with these activities by cautious adaptation to demanding threats.

20. The special protection of civilians under the Geneva Conventions and the gradual renunciation of the reciprocity principle in IHL are comparable to the development of general public international law towards an objective legal system by the recognition of peremptory norms. Thus, reciprocity in IHL is not a legal principle but rather a driving State motive to abide by the law which normally functions with symmetric opponents but is generally rejected by asymmetric actors, such as terrorist networks. This reciprocity gap suspends the legal effectiveness of IHL. The aforementioned proposals shall serve as key contributions in order to at least substitute the absent reciprocity.

Diskussion

zu den Referaten Zimmermann und Hobe

Richter: Ich habe eine Anmerkung zum Beitrag von Herrn Zimmermann, und zwar zum Existenzrecht der Staaten. Ich habe viel Sympathie für die Wertungen, so wie sie abgegeben wurden. Es stellt sich natürlich die Frage: Ist dieses Ergebnis zum Existenzrecht wirklich nicht normativ begründbar? Das heißt: Ist es nicht eine ganz besondere Verpflichtung, um die es hier geht, nämlich die eigene Existenz aufzugeben? Das beinhaltet ja letztlich auch die Verpflichtung, sich selbst als künftigen Gewährleister fernerer Verpflichtungen aufzugeben. Und Eines ist ganz klar: dass die Kalkulation für Staaten immer so ausgehen wird, dass die Verletzung des humanitären Völkerrechts billiger kommt als die Einhaltung, und zwar in jedem einzelnen Fall. Somit geht es um eine Situation, in der die Wirksamkeit des Völkerrechts, über die hier ja auch geredet werden sollte, gänzlich ausfällt. Also meine Frage: Ist es nicht doch eine ganz besondere Situation, wie sie vergleichbar sonst nur durch bindende Entscheidungen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen entstehen kann? Ist das Existenzrecht der Staaten die Voraussetzung oder „Grundnorm“ für die Beachtung des Völkerrechts durch die Staaten?

Krüger-Sprengel: Ich möchte auf die zunehmende Verfügbarkeit nicht-letaler Waffen gemäß der Definition der *NATO Policy for NLW* von September 1999 hinweisen. Sie hat grundlegende Bedeutung für die Anwendung militärischer Gewalt. Allerdings steht derzeit der Polizeigebrauch der Elektrowaffe Taser vor allem in angelsächsischen Staaten im Vordergrund. Die Verfügbarkeit von NLW verändert den Maßstab der Verhältnismäßigkeit und der militärischen Notwendigkeit des Waffeneinsatzes. Ich hatte Gelegenheit, mit Soldaten zu sprechen, deren Einheit in Afghanistan war. Die Entscheidung schießen oder nicht schießen wird häufig als stärkste Belastung bewertet. Wenn aber mit Hilfe neuer Techniken kumulativ oder alternativ zu den konventionellen Waffen weniger oder nicht dauernd schädliche Einsatzmittel zur Verfügung stehen, dann vermindert dies Kollateralschäden und die Belastung der Soldaten. Ferner entspricht die neue Technik dem Konzept vernetzter militärischer, ziviler und polizeiähnlicher Einsätze. Es handelt sich um eine Einschränkung militärischer Gewalt, die außerdem unbeeinflusst vom Rechtsstatus möglich und mit humanitären Grundsätzen voll vereinbar ist.

Von den amerikanischen Truppen im Irak wird berichtet, dass dort den Kommandeuren ein Paket von NLW zur Einsatzerprobung zur Verfügung stehe. Allerdings wird der fehlende Gebrauch kritisiert. Die neue NLW-Technologie verändert vor allem asymmetrische Einsätze. Zum Stand der Technik wird seit 2001 alle zwei Jahre in internationalen Symposien berichtet, die vom Fraunhofer ICT Pfinztal in Ettlingen veranstaltet werden.

Notte: Ich fand es wichtig und gut, dass Herr Zimmermann den Akzent auf die Fragen der Systemkohärenz gelegt hat. In diesem Zusammenhang habe ich eine Nachfrage zu seiner These 9, „Rüstungskontrollrechtliche Festlegungen können den Inhalt humanitärrechtlicher Verpflichtungen mitprägen“. Auf dieser Abstraktionshöhe ist die These eingängig. Das Beispiel, das Andreas Zimmermann gewählt hat, hat mich allerdings etwas nachdenklich gestimmt: dass nämlich das Ottawa-Abkommen zur Auslegung des Verbots unterschiedslos wirkender Waffen herangezogen werden könnte, und zwar in

einer Weise, dass die gleiche humanitärrechtliche Verpflichtung je nachdem, ob eine Konfliktpartei das Ottawa-Abkommen ratifiziert hat oder nicht, so oder anders auszulegen ist. Wenn das so gemeint sein sollte, hätte ich Bedenken. Denn soweit die humanitärrechtliche Verpflichtung eine vertragliche ist, sollte sie für alle Vertragspartner einheitlich gelten. Auch soweit es sich um eine gewohnheitsrechtliche Verpflichtung handelt, finde ich es gerade in diesem Bereich wichtig, dass man nicht zu leicht von einer Zweiteilung in solche Staaten, die eine neue gewohnheitsrechtliche Norm akzeptiert haben, und den *persistent objectors* ausgeht. Ich glaube, das liegt in der Natur der Materie, denn gerade bei internationalen Konflikten sollten die Regeln der Kampfführung und auch die Sanktionen für Verletzungen der Regeln der Kampfführung einheitlich sein.

Marauhn: Ich habe zwei kurze Fragen. Die erste Frage betrifft die Intensitätsschwelle bei nicht-internationalen Konflikten. Wenn ich These 4 richtig verstehe, kommt darin ein allgemein gehaltenes rechtspolitisches Plädoyer für eine Absenkung der Intensitätsschwelle zum Ausdruck. Ich möchte das mit Blick auf die menschenrechtlichen Standards in Frage stellen, die jedenfalls in Situationen unterhalb eines bewaffneten Konflikts zur Anwendung kommen. Es ist deshalb fraglich, ob eine Absenkung der Intensitätsschwelle zu höheren Schutzstandards führt. Vielleicht ist das in These 4 auch lediglich zu abstrakt formuliert.

Die zweite Frage betrifft die Systemkohärenz bei der Gewohnheitsrechtsbildung. Aus meiner Sicht folgt die Gewohnheitsrechtsbildung im humanitären Völkerrecht sehr spezifischen Prozeduren, um das vorsichtig zu formulieren. Ich wäre sehr zurückhaltend, daraus Rückschlüsse auf die Bildung von Gewohnheitsrecht in anderen Zusammenhängen zu ziehen. Das Umweltvölkerrecht ist vielleicht ein passendes Gegenbeispiel und lässt sich gegen die Ableitung verallgemeinerungsfähiger Aussagen zur Gewohnheitsrechtsbildung aus dem humanitären Völkerrecht ins Feld führen.

Basedow: Die Referenten sollten jetzt erst einmal die ersten vier Diskutanten bescheiden.

Zimmermann: Zunächst zur Frage des Existenzrechts von Staaten und hierzu zunächst eine Parallelüberlegung, die – wie ich glaube – meine These stützt. Es gibt Konstellationen, in denen möglicherweise das externe Selbstbestimmungsrecht auch in der Form bewaffneter Gewalt ausgeübt werden kann. Ferner ist davon auszugehen, dass das Selbstbestimmungsrecht unzweifelhaft *ius-cogens*-Charakter besitzt. Gleichwohl ist es auch klar – jedenfalls im Lichte von Art. 1 Abs. 4 ZP 1 –, dass auch bei der Ausübung des externen Selbstbestimmungsrechts, welches wie erwähnt *ius-cogens*-Charakter besitzt, in der Form bewaffneter Gewalt die Regeln des humanitären Völkerrechts einzuhalten sind. Genauso verhält es sich auch bei der Frage des staatlichen Existenzrechts, selbst wenn wir davon ausgehen sollten, es besitze ebenfalls *ius-cogens*-Charakter.

Zweiter Punkt: Letztlich lässt sich nie objektiv sagen, ob wirklich die Existenz eines Staates zur Debatte steht. Lassen Sie mich ein pointiertes Beispiel geben. War denn während des Zweiten Weltkriegs die Existenz des Deutschen Reiches gefährdet, weil es nicht mehr über genügend Lebensraum im Osten verfügte, so wie die damalige Reichsregierung es behauptete, und musste sich deshalb das Deutsche Reich nicht an die Regeln des humanitären Völkerrechts halten? – Sicher nicht. So aber vielleicht deren These. Deswegen ist das immer eine Frage der Selbsteinschätzung, und darin liegt ja

gerade die Gefahr zu sagen, ein Staat, der vorträgt, seine eigene Existenz sei gefährdet, müsse sich nicht mehr an die Regeln des humanitären Völkerrechts halten. Das stellt gerade, so glaube ich, das wesentliche Problem dar.

Zur Frage der nicht-letalen Waffen will ich gar nicht viel sagen. Wir müssen nur immer bedenken, dass möglicherweise für bestimmte nicht-letale Waffen spezielle Waffenverbote bestehen, etwa für Blendwaffen oder ähnliche Waffensysteme.

Dann zur Frage von Georg Nolte, These 9 betreffend. Zunächst vielleicht nur der Hinweis, dass der Ottawa-Vertrag nur ein Beispiel unter mehreren ist. Wir haben etwa im Rom-Statut eine Öffnungsklausel, wonach weitere Waffensysteme, die unnötige Leiden verursachen, ebenfalls durch eine Vertragsänderung pönalisiert werden können, „wenn sie den Gegenstand eines umfassenden Verbots bilden“. Insoweit ist es unzweifelhaft und unstrittig, dass dazu insbesondere auch rüstungskontrollrechtliche Verbote zählen. Das wäre ein zweites Beispiel, wo Rüstungskontrollrecht Tatbestandsvoraussetzung für eine humanitärvölkerrechtliche Norm ist, konkret hier für Kriegsverbrechenstatbestände.

Zweiter Punkt: Es ist keinesfalls so, dass in einem bewaffneten Konflikt zwingend immer die gleichen Regeln gelten, auch wenn alle Parteien Vertragsparteien desselben völkerrechtlichen Vertrages sind. Dies ergibt sich etwa bei Vorliegen einschlägiger Vorbehalte. So hat etwa das Vereinigte Königreich zum ZP 1 Vorbehalte eingelegt, auch wenn man über deren Zulässigkeit streiten kann. Wenn sie zulässig sind, führt das zu einem unterschiedlichen vertragsrechtlichen Status bei einem Konflikt: Im Verhältnis zwischen Großbritannien *versus* Staat X gilt etwas anderes als in einem Konflikt zwischen Deutschland und Staat X.

Nummehr zur Frage von Thilo Marauhn und meiner These 4: Auf die neue Funktion des humanitären Völkerrechts, dass es jedenfalls im völkerrechtspolitischen Diskurs gerade auch dazu dient, menschenrechtliche Bindung beiseite zu schieben, hatte ich ja hingewiesen. Deswegen ist es natürlich ein zweischneidiges Schwert. Indem wir das humanitäre Völkerrecht anwendbar machen, ziehen wir die Garantien des humanitären Völkerrechts ein, eröffnen aber jedenfalls die Möglichkeit einer *lex-specialis*-Argumentation, wodurch menschenrechtliche Bindungen obsolet werden können. Aber das hatte ich jedenfalls, wohl am Schluss so angedeutet.

Zur Gewohnheitsrechtsfrage soll ich an dieser Stelle ja noch nichts sagen.

Ipsen: Zwei Fragen an Herrn Zimmermann, die erste Frage zu den Thesen 2, 18 und 19 (Absenkung der Anwendungsschwelle für nicht-internationale bewaffnete Konflikte): Bis zu welchem Minimum an objektivem Gegenseitigkeitserfordernis und subjektiver Gegenseitigkeitserwartung kann die Anwendungsschwelle Ihrer Meinung nach abgesenkt werden? Wird es so sein, dass schließlich nur noch die eine Seite normenverpflichtet ist und die andere – die nicht-staatliche Konfliktpartei – nicht mehr? Was muss von beiden Konfliktparteien objektiv verlangt werden? Was müssen sie zumindest subjektiv erwarten können? – In diesem Zusammenhang habe ich eine Äußerung zu dem bisher anerkannten und im ZP II kodifizierten Erfordernis eines Minimums an Gebietskontrolle beider Konfliktparteien, auch der nicht-staatlichen, der „asymmetrischen“ Konfliktpartei, vermisst. Halten Sie in Bezug auf diese die Gebietskontrolle für gänzlich verzichtbar? Ist also beispielsweise Al-Qaida eines Tages ohne Gebietskontrolle Beteiligte eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts?

Meine zweite Frage betrifft die Zurechenbarkeit von Völkerrechtsverletzungen gegenüber Internationalen Organisationen. Sie haben, wenn ich Ihren Vortrag richtig erinnere, von der „operational control“ gesprochen, die, wie in Ihren Thesen ausgeführt, eine effektive Kontrolle darstellen soll. Nun ist die „operational control“ im Sinne der Usancen der UNO wie auch der NATO die geringste Form der Einwirkung auf die eingesetzten Streitkräfte, keineswegs aber eine vollständige Steuerung der Streitkräfte. Würden Sie dies schon als ausreichend für eine Zurechenbarkeit halten, oder erst das „operational command“ oder gar das „full command“?

Tomuschat: Zwei kurze Bemerkungen. Lieber Herr Zimmermann, der Titel Ihres Vortrages war „Die Wirksamkeit rechtlicher Hegung militärischer Gewalt“. Sie haben uns eine rein rechtskonstruktive Analyse vorgesetzt und auf empirische Belege verzichtet. Man hätte das natürlich auch anders interpretieren können: Wirksamkeit als die Frage, welche Effektivität die Normen tatsächlich *on the ground* entwickeln. Ich will das nicht näher kommentieren, aber es ist natürlich eine Wahl, die Sie getroffen haben, und diese Wahl hätte vielleicht erklärt werden müssen.

Mein zweiter Punkt betrifft die Frage der *persistent objection*. Wir können in vielen Lehrbüchern heute noch lesen, dass es diese Figur des *persistent objector* gibt. Ich glaube nicht, dass sie tatsächlich noch existiert. Die Doktrin knüpft an zwei bekannte Urteile des Internationalen Gerichtshofs an: den Asylstreit zwischen Kolumbien und Peru und den norwegisch-britischen Fischereistreit. Die liegen alle in einer grauen Vorzeit; die schon so grau ist, dass man sie eigentlich fast gar nicht mehr erkennt. Und in der Tat ist die Entwicklung meines Erachtens über die Figur hinweg geschritten. Vor allem die Fortbildung des Seerechtes hat gezeigt, dass niemand mit der Behauptung gehört wird, dass er mit der Ausweitung etwa des Küstenmeeres nicht einverstanden sei oder dass er nicht einverstanden sei mit der Ausdehnung der ausschließlichen Wirtschaftszone auf 200 Seemeilen. Die Amerikaner haben eine Zeit lang versucht, das zu ignorieren, und behauptet, für den Thunfischfang gelte die ausschließliche Wirtschaftszone nicht. Schließlich haben sie diese Position aufgeben müssen.

Ich kenne aus der jüngeren Vergangenheit – aber vielleicht liegt das an meiner geringen praktischen Erfahrung – kein einziges Beispiel dafür, dass man mit dem Argument Gehör gefunden hätte, man habe gegen eine einsetzende gewohnheitsrechtliche Entwicklung *persistently* Widerspruch eingelegt. Die Staaten können sich heute damit nicht mehr durchsetzen. Es herrscht heute ein anderes Denken vor, von einem anderen Standpunkt aus, wo stärker die Belange der internationalen Gemeinschaft berücksichtigt werden. Meines Erachtens ist die Entwicklung im Seerecht sehr aussagekräftig. So würde ich denken, dass das, was Sie über den *persistent objector* gesagt haben, eigentlich nicht relevant ist. Ich wüsste auch nicht, wo Ihre Überlegungen eigentlich ansetzen sollten. Sie haben kein konkretes Beispiel genannt. Ein solches Beispiel könnte ja nur aus dem Bereich des Zusatzprotokolls II stammen, jedenfalls eines der beiden Zusatzprotokolle, weil ja die vier Genfer Abkommen von 1949 von allen Staaten ratifiziert worden sind und gleichzeitig eine gewohnheitsrechtliche Grundlage haben. Also, es gibt vielleicht noch gewisse Ecken, wo man die Frage stellen kann, ist das gewohnheitsrechtlich verfestigt? Aber dann ist es nicht eine Frage des *persistent objector*, sondern die Frage: Ja oder nein? Gibt es den gewohnheitsrechtlichen Grundsatz oder nicht?

Biehler: Herr Zimmermann, ich habe eine Bemerkung zu Ihrer Auslegung der Gutachten des Internationalen Gerichtshofs im *Mauer-Fall* und auch im Nuklearwaffen-Fall. Sie sagten, dass das humanitäre Völkerrecht dort unter das staatliche Existenzrecht, in diesem Fall Israels, gestellt wurde. Ich halte diese Interpretation der Urteile natürlich für unerwünscht, um das Mindeste zu sagen, aber auch nicht für ganz zwingend. Es ist meines Erachtens vielmehr so zu sehen, dass der IGH das staatliche Existenzrecht im Rahmen des Kriegszweckes interpretiert hat, und man dieser Interpretation den Vorzug geben sollte. Ich würde deshalb dieser Interpretation nicht folgen wollen, wäre aber dankbar, wenn Sie darauf noch einmal eingehen könnten. Vielen Dank.

Simma: Mein erster Punkt bezieht sich auf die Aussage meines Vorredners, nämlich dass der IGH nicht nur in dem *Nuclear-Weapons-Gutachten*, sondern auch in dem *Mauer-Gutachten* von 2004 Gesichtspunkte des *jus ad bellum* und des *jus in bello* vermischt habe, bzw. konkreter ausgedrückt, in der *Wall Opinion* die Frage geprüft habe, ob Verletzungen des humanitären Völkerrechts durch das Argument der Selbstverteidigung gerechtfertigt werden können. Ich glaube, dass dieser Auffassung ein Missverständnis zugrunde liegt. Herr Zimmermann, wenn Sie den Paragraphen 137 des Gutachtens lesen, dann ist dort eine zusammenfassende Stellungnahme zu den Verletzungen von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht zu finden. Der darauffolgende Paragraph 138 stellt den ersten der beiden Paragraphen dar, in denen der Gerichtshof über das Selbstverteidigungsrecht angesichts der Terrorangriffe auf die israelische Bevölkerung aus den besetzten Gebieten spricht. Der Gerichtshof hat sich über die Art und Weise, wie er die Anwendbarkeit von Art. 51 der VN-Charta auf diese Bedrohung verneint, in den letzten Jahren so viel anhören müssen, dass ich es eigentlich erfrischend fand, dass Sie einen Kritikpunkt formuliert haben, den ich bisher noch nicht gehört hatte. Aber ich finde, dass er nicht zutreffend ist. Paragraph 138 beginnt nämlich wieder mit einer Zusammenfassung, die noch mehr Gesichtspunkte umfasst als der vorangehende Paragraph, nämlich nicht nur die Problematik von IHL und Menschenrechten – in der der Gerichtshof also alle Völkerrechtsverletzungen zusammenfasst, die er im vorangegangenen Teil seines Gutachtens behandelt hat, also auch in Bezug auf das Selbstbestimmungsrecht des palästinensischen Volkes und dessen Gebietsrechte. Und dann sagt er: Israel stellt diesen Rechtsverletzungen die möglichen Rechtfertigungsgründe von Selbstverteidigung und *necessity* entgegen. Darauf folgt die Auseinandersetzung mit der Selbstverteidigung in den erwähnten Paragraphen. Aus diesem Duktus auf eine unzulässige Vermengung von *jus ad bellum* und *jus in bello* zu schließen, ist meines Erachtens unzulässig, jedenfalls entspricht dies nicht der Absicht des Gerichts. Im Gutachten über die *Nuclear Weapons* mag der Gerichtshof Herrn Zimmermanns Kritikpunkt näher gekommen sein; dazu kann ich aber aus eigener Anschauung nichts sagen.

Mein zweiter Punkt bezieht sich auf die Aussage, dass sich im heutigen Völkerrecht eigentlich keine Möglichkeiten einer *persistent objection* mehr ergäben und dass sich Fälle von *persistent objection* in der neueren Staatenpraxis nicht mehr nachweisen ließen. Ich wäre da ebenfalls etwas vorsichtiger. Herr Zimmermann hat zu Recht darauf hingewiesen, dass die Gewohnheitsrechtsbildung eben auf dem Gebiet des humanitären Völkerrechts doch irgendwie anders verläuft als im übrigen allgemeinen Völkerrecht, dass sich dieser Prozess als eine Melange von echter tradierter Staatenpraxis mit Gerichtsentscheidungen und Lehrmeinungen darstellt. Bei dieser Sachlage sollte man dann vielleicht die Suche nach Fällen und Erscheinungsformen von *persistent objection* auch

erweitern und diese nicht nur in der klassischen Staatenpraxis suchen. Und da würde ich zwei Fragen stellen: Könnte man da nicht sagen, dass etwa die Haltung der USA zu der IKRK-Studie zum Völkergewohnheitsrecht so eine Art *persistent objection* im Rahmen von neueren Modellen von Gewohnheitsrechtsbildung darstellt? Oder ob etwa die Haltung der Vereinigten Staaten, Frankreichs und des United Kingdom zum General Comment 24 (52) des Menschenrechtsausschusses aus dem Jahr 1994 über Vorbehalte zu Menschenrechtsverträgen und die Möglichkeiten für einen *treaty body*, dagegen vorzugehen, ob das nicht eben auch einbezogen werden könnte in, sage ich mal, modernere Spielarten von *persistent objection*?

Zimmermann: Zunächst zur Frage von Herrn Kollegen Ipsen. In der Tat würde ich an dem Erfordernis der *protracted armed violence* festhalten wollen, so wie es sich in der Rechtsprechung des ICTY entwickelt hat. Ich hatte zur Gebietskontrolle ausgeführt, dass die Vorverfahrenskammer des IStGH praktisch in das Erfordernis der *protracted armed violence* einen Nukleus von Gebietskontrolle hinein gelesen hat, welches sie sozusagen aus dem ZP II übernommen hat. Wenn man sich aber moderne Konflikte anschaut – etwa Somalia, wo verschiedene Clans gegeneinander kämpfen –, kann man wohl nicht davon ausgehen, dass diese Clans Gebietskontrolle im echten Sinne, insbesondere aber im Sinne des ZP II, ausüben. Trotzdem gehen wir wohl ganz überwiegend davon aus, dass hier die Regeln des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts anwendbar sind.

Dann zur Frage der Zurechnung. Ich bin kein Militär und möchte mich daher auf die Unterscheidung zwischen *full command*, *operational control* und *operational command* nicht näher einlassen. Was ich gesagt hatte ist – so habe ich jedenfalls die International Law Commission und auch die Praxis der Vereinten Nationen, die dem zugrunde liegt verstanden –, dass es darauf ankommt, wer im Einzelfall für konkrete Truppeneinsätze den steuernden Befehl erteilt. Dieser Wirkungseinheit ist dann das fragliche Handeln zuzurechnen, der Organisation oder dem truppenstellenden Staat.

Dann zu den Fragen von Christian Tomuschat und zunächst zu der Frage, ob ich nicht das falsche Referat gehalten habe oder warum ich nichts zur Durchsetzbarkeit gesagt habe. Aus Zeitgründen und angesichts der mir zugewiesenen 40 Minuten ist einfach der entsprechende Gliederungspunkt weggefallen, der sich intensiv mit den neuen Fragen der Durchsetzbarkeit durch Organe der internationalen Gemeinschaft beschäftigt hätte. Insoweit stellen sich viele Fragen. Nicht zuletzt könnte man ohne weiteres jetzt nochmals zehn Minuten über den Human Rights Council referieren, der in ganz großem Umfang inzwischen zumindest am Rande seines Mandats Fragen des humanitären Völkerrechts behandelt, und wo insbesondere die USA nicht nur dementsprechend die materiellen Fragen aufwerfen, sondern auch die Verfahrensfragen problematisieren, ob es überhaupt in die Kompetenz des Human Rights Council fällt, hier die Durchsetzbarkeit des humanitären Völkerrechts zu sichern.

Dann zur Frage der *persistent objection*, und das knüpft dann auch gleich an das an, was Kollege Simma sagte. Ich scheine mich ja offenbar in der Mitte zu bewegen. Entweder es gibt ein ganz weites Verständnis von *persistent objection*, auch indem man einfach etwas sagt, oder es gibt überhaupt keine *persistent objection* mehr. Wenn man sich die IKRK-Studie anschaut, dann geht jedenfalls das IKRK davon aus, dass es so was wie *persistent objection* gerade speziell im Hinblick auf das humanitäre Völkerrecht geben kann. Und

natürlich kann sich das nur auf Regelungen aus dem ZP I und ZP II beziehen, das ist ja evident. Aber zum Beispiel bei der Guerilla-Klausel würde ich doch schon relativ deutlich die Position vertreten, dass Israel hier – anders als die USA, weil Israel anders als die USA nie das ZP I gezeichnet hat – *persistent objector* ist, sofern diese Norm entweder bereits geltendes Völkergewohnheitsrecht darstellt oder sich auf diesem Weg dahin befindet. Aber noch einmal: Die IKRK-Studie geht davon aus, dass es *persistent objection* gibt; insoweit befinde ich mich also in guter Gesellschaft.

Dann zu Herrn Biehler und zu Herrn Simma, ob ich die beiden Gutachten – nicht Urteile! – des IGH falsch gelesen habe. Evidenterweise kann ich natürlich keine authentische Interpretation des Gutachtens leisten, weil ich nicht bei dessen Erarbeitung anwesend war. Aber in § 137 wird generell festgestellt, dass Israel bestimmte Völkerrechtsverletzungen, einschließlich Verletzungen des humanitären Völkerrechts, begangen habe. Und dann wird in § 138 des Gutachtens geprüft, ob in Bezug auf diese soeben festgestellten Verletzungen nicht möglicherweise durch Israel eine Legitimation durch das Selbstverteidigungsrecht in Anspruch genommen werden kann. Wenn der IGH hätte sagen wollen, dass eine Legitimation durch Selbstverteidigung jedenfalls nicht für Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht Platz greifen kann, dann hätte er in § 138 sagen können, es gelte jetzt nunmehr zu prüfen, ob im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht oder ob im Hinblick auf Menschenrechte eine Rechtfertigung durch Art. 51 UN-Charta in Betracht kommt, und hätte von vorne herein das humanitäre Völkerrecht beiseite lassen müssen. Das jedenfalls hat der IGH gerade *nicht* getan und hat damit *e contrario*, jedenfalls für den Leser von außen, den Eindruck erwecken können – *bona fide*, glaube ich –, dass eine solche Möglichkeit jedenfalls nicht *per se* ausgeschlossen werden sollte. Und damit habe ich meines Erachtens auch die Frage von Herrn Biehler beantwortet.

Beim Nuklearwaffen-Fall bin ich ja sozusagen im gleichen Lager wie Herr Kollege Simma; da sind wir uns einig, dass das kritisch ist. Und zum Mauer-Fall habe ich ja gerade eben etwas gesagt.

Thürer: Ich möchte den beiden Referenten ein Kompliment machen: Sie haben ganz ausgezeichnete Vorträge gehalten, wir haben viel dabei gelernt. Ich füge nur eine kleine Bemerkung an – es gäbe natürlich viel mehr zu sagen. Ich hätte, wenn ich das Thema bearbeitet hätte, wohl die Rolle der Zivilgesellschaft stärker betont, also die Rolle der öffentlichen Meinung. Der Appell an die öffentliche Meinung dürfte, als Methode zur Durchsetzung des humanitären Völkerrechts, wichtiger geworden sein als das Reziprozitätsprinzip.

Zu den Quellen: Es hat mich gewundert, dass beide Referenten vom Völkervertrags- und Völkergewohnheitsrecht gesprochen haben, aber die dritte Quelle der Allgemeinen Rechtsprinzipien nicht erwähnt worden ist. Ich glaube, dass in unserer Zeit der Globalisierung die Allgemeinen Rechtsprinzipien eine immer größere Bedeutung erhalten haben. Man hätte an die Passagen aus der Judikatur des Internationalen Gerichtshofes betreffend die *elementary considerations of humanity* im Korfu-Fall und im Nicaragua-Fall anknüpfen können. Es nimmt mich Wunder, was die beiden Referenten hierzu finden.

Die zweite Bemerkung betreffend die Quellen: Ich habe es immer als einen besonderen Beitrag der deutschen Völkerrechtslehre betrachtet, dass dort eine Art Verfassungs-

theorie des Völkerrechts entwickelt wurde. Diese Theorie geht wahrscheinlich letztlich auf Philosophen wie Kant, wie Fichte zurück. Von Verdross und seiner Schule, von der Heidelberger Schule, von der Kieler Schule und von weiteren Kreisen von Völkerrechtlern wurde die Lehre des Konstitutionalismus im Völkerrecht entwickelt. Dieses Konzept ist nicht erwähnt worden. Ich frage mich, ob nicht angesichts des *ius-cogens*- und *erga-omnes*-Charakters von zentralen Normen des humanitären Völkerrechts etwa Artikel 3 der vier Genfer Konventionen als eine Art Verfassungskern der ganzen Völkerrechtsordnung betrachtet werden könnte.

Frowein: Meine Bemerkung kann gleich an Herrn Thürer anschließen. Ich möchte zunächst hervorheben, dass ich beide Referate außerordentlich gelungen fand. Es ist richtig, dass Sie sich nicht mit der empirischen Seite auseinander gesetzt haben, wie denn wirklich diese ja durchaus komplizierte Normenmasse in der Praxis angewendet wird. Aber wir müssen uns klar sein: das ist ein enorm schwieriges Feld und wir brauchten sicher mehr als zwei Tage, um das auszuloten. Als erster Schritt dazu ist, glaube ich, die Klärung dessen, was denn normativ vorhanden ist – und das haben beide Referenten meines Erachtens exzellent gemacht – sehr wichtig. Ich würde gern an Herrn Thürer anschließend das Problem der Rechtsquellen ansprechen und dabei zwei Punkte – einmal die Anwendung menschenrechtlicher Normen und zum anderen die Anwendung von *general principles of law* – ansprechen.

Hinsichtlich der Menschenrechtsstandards hat Herr Zimmermann ja sehr richtig auf die Gefahr hingewiesen, dass durch die Ausarbeitung von Spezialverträgen Menschenrechtsnormen verdrängt werden können. Das ist ein sehr aktueller Bereich, wie viele wissen. Im Übrigen würde ich aber gerne noch einmal auf das Zurechnungsproblem und das allgemeine Anwendungsproblem kommen. Behrami/Saramati halte ich für eine nicht letztlich im Ergebnis, aber in der Begründung außerordentlich misslungene Entscheidung des EGMR. Meines Erachtens ist der Weg, den britische Gerichte bekanntlich gegangen sind – eine Doppelanwendung der Norm und etwa selbstverständlich der Anwendung des Folterverbots der EMRK – in diesem Zusammenhang weit vorzugswürdig und sollte generell anerkannt werden.

Zweite Bemerkung: Wo kommen die Normen her, wenn wir die Staatenpraxis nicht klar haben? Beide Referenten sind auf dieses Problem eingegangen. Herr Thürer hat, glaube ich, nur von den Lehren gesprochen: Die *general principles of law* sind ja nun eine Rechtsquelle, die wir alle anerkennen. Und müssen wir nicht sehen, dass gerade die gemeinsamen Artikel 3 in ihrer Entwicklung, seitdem sie 1949 angenommen worden sind, massiv durch die ganze Menschenrechtsentwicklung beeinflusst worden sind und wir hier wirklich *general principles of law* haben, hinter die niemand mehr ernsthaft zurückgehen kann und gegen die *persistent objectors* selbstverständlich nicht möglich sind?

Klein: Beiden Referaten lag ganz offenbar der Wunsch zugrunde, dass die schwierigen Situationen, mit denen sie sich befassen, möglichst eindeutig normgesteuert sind. Das setzt natürlich voraus, dass wir Normen haben, die akzeptiert sind und deren Bildung auch keinem Wunschdenken unterliegt. In dem Zusammenhang möchte ich auf drei Punkte ganz kurz hinweisen.

Der erste: Einsatz von oder Drohung mit Nuklearwaffen. Das ist schon besprochen worden. Ich meine, man muss sich fragen, ob die Normen, um die es hier geht, und die

den Einsatz und die Drohung begrenzen, wirklich in dieser Weise entstanden sind, wie sie von Herrn Zimmermann vorgestellt worden sind. Ich glaube, man muss hier tatsächlich etwas vorsichtiger sein. Es handelt sich eben möglicherweise um eine Norm, die von Anfang an unter dem Vorbehalt der Verteidigung der Existenz des Staates entstanden ist, was immer das konkret bedeuten mag.

Ein zweiter Punkt ist die These 12 von Herrn Zimmermann. Abgesehen von der prinzipiellen Frage des *persistent objector*, die Herr Tomuschat angesprochen hat: Kann man wirklich sagen, dass Signatarstaaten völkerrechtlicher Verträge jedenfalls sich dann nicht ablehnend gegenüber der Entstehung gewohnheitsrechtlicher Normen verhalten dürfen, wenn deren Inhalt dem fraglichen Vertrag entspricht? Bei allen vertraglichen Normen – oder jedenfalls bei den allermeisten – steht das Kündigungsrecht dahinter. Ich bezweifle, dass man sich über diese Möglichkeit der Kündigung und damit der Beendigung der völkerrechtlichen Verpflichtung einfach hinwegsetzen kann, indem man sagt: Es ist jetzt eben Gewohnheitsrecht da – wenn es Gewohnheitsrecht geworden ist. Aber da ist doch ein großes Fragezeichen zu setzen. Wer sich durch eine vertragliche Norm verpflichtet, muss der Entstehung einer gleichlautenden gewohnheitsrechtlichen Norm keineswegs zustimmen wollen.

Der dritte Punkt ist die These 15, wonach internationale Organisationen nur an gewohnheitsrechtliche Normen des humanitären Völkerrechts gebunden sind. Nun haben Sie diese These durch Ihre These 22 ja etwas relativiert. Aber mir ist das Ergebnis auch gar nicht so unsympathisch. Wenn man diese These auf menschenrechtliche Verträge überträgt, dann bedeutet das, dass internationale Organisationen in jedem Fall nur an menschenrechtliches Gewohnheitsrecht gebunden sind und nicht an die Verträge. Wir wissen ja, dass das verschiedentlich behauptet wird. So sollen die Vereinten Nationen über das Gewohnheitsrecht hinaus an Verträge wie die Menschenrechtspakete gebunden sein, auch wenn sie natürlich nicht Partei dieses Vertrages sein können. Mir scheint jedenfalls, dass Ihre These 15 im Lichte der behaupteten Bindung der Vereinten Nationen an menschenrechtliche Verträge doch noch einmal verifiziert werden müsste. Danke.

Paulus: Danke. Ich wollte auch noch mal zum Völkergewohnheitsrecht Stellung nehmen. Langsam bekomme auch ich so etwas wie Fragmentierungsangst. Die hat mich bisher eigentlich selten befallen. Aber wenn ich jetzt höre, auch von Herrn Richter Simma, dass wir nun auch eigene Prozesse im humanitären Völkerrecht hätten, um Recht zu etablieren, dann, glaube ich, legen wir in der Tat die Axt an an das, was dem Völkerrecht noch gemeinsam ist, nämlich die Rechtsquellenlehre, so umstritten sie in den einzelnen Teilen auch sein mag. Insbesondere scheint mir die Auffassung problematisch zu sein – Herr Zimmermann, Sie haben das so angesprochen, und deswegen möchte ich Sie da noch einmal herausfordern – es zähle die Praxis sowieso eigentlich nicht mehr so ganz; wichtiger als das, was sie tun, sei, was die Staaten sagen. Da haben Sie nun noch einen drauf gelegt und gesagt: Eigentlich sind die Stellungnahmen der nicht in kriegerische oder bewaffnete Auseinandersetzungen verwickelten Staaten wichtiger oder mindestens ebenso wichtig wie diejenigen der Staaten, die wirklich in bewaffnete Auseinandersetzungen verwickelt sind. Ich glaube, ein solches Vorgehen würde das humanitäre Völkerrecht in den Bereich dieses Illusionären führen, weit weg von dem, was praktikabel ist. Es ist ja ein Vorteil des humanitären Völkerrechts – gerade gegenüber den Menschenrechten mit dem sehr schwierigen, im Einsatz kaum anzuwendenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz –, dass es klare Regelungen enthält. Zum Beispiel: Ich muss

die Bevölkerung von Gaza mit Nahrung versorgen oder die Nahrungsversorgung jedenfalls zulassen. Da gibt es keine Alternative und keinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; das muss ich machen, wenn ich Krieg führe. Das ist bei den Menschenrechten anders. Diese Praxisnähe, meine ich, ist unverzichtbar. Wenn man dann zur Lückenfüllung in die Richtung von Martens-Klausel und Gemeinsamen Artikel 3 und *elementary considerations of humanity* geht, sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze, meine ich, die geeignetere Rechtsquelle als das Gewohnheitsrecht.

Zweitens wollte ich eigentlich noch etwas zur unmittelbaren Beteiligung an Kampfhandlungen sagen, aber da sehr viele vom IKRK hier im Raum sind, vertraue ich darauf, dass sie dazu Stellung nehmen werden, was in ihrer Studie stehen wird, wenn sie veröffentlicht wird. Vielen Dank.

Hobe: Zunächst zu den Interventionen von Herrn Thürer und Herrn Frowein bezüglich der Rechtsquellen einige eher allgemeine Anmerkungen. Weil für das Funktionieren des humanitären Völkerrechts ganz wesentliche Staaten sich in entscheidenden Punkten mit vertraglichen Bindungen eher schwer tun, besteht also ein völkervertragsrechtliches Problem, wobei ein gewisser Erosionsprozess des humanitären Völkerrechts zu beobachten ist. Deshalb habe ich für die Problembereiche der Bestimmung der unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten, für das Handeln von privaten Militärfirmen und für die Klärung der Anwendungsschwelle für die Verabschiedung von Resolutionen der UN-Generalversammlung plädiert. Das macht mich selbst nicht besonders glücklich, weil ich darin eine zunehmende Aufweichung des Rechts erblicke, die ich auch mit einer gewissen Skepsis betrachte. Allerdings ist mir zugegebenermaßen dazu letztlich nichts Erfolgversprechenderes eingefallen. In etlichen anderen Bereichen des Völkerrechts können wir ja diese Form der Aufweichung, die Flucht ins eher Unverbindliche, ebenso beobachten, was mir also ein grundsätzliches Problem des Völkerrechts unserer Tage zu sein scheint. Vergessen wir im konkreten Zusammenhang nicht, dass einige wesentliche Staaten das I. Zusatzprotokoll bzw. das II. Zusatzprotokoll bis heute nicht akzeptiert haben.

Darüber hinausgehend ist es sicherlich so, dass, was ich auch angesprochen habe, etwa der Schutz der Zivilpersonen einen Fundamentalsatz des humanitären Völkerrechts ausmacht. Die Akzeptanz dieses Fundamentalsatzes, und das wollte ich in meinem Referat zum Ausdruck bringen, schafft solange kein Reziprozitätsproblem im Sinne der neben dem Recht herlaufenden Reziprozitätserwartung, wie es ein stillschweigendes Verständnis dahingehend gab, dass dieser Fundamentalsatz etwa unter staatlichen Gewaltakteuren allgemein akzeptiert war. Da dies nun nicht mehr der Fall ist, kann diese Rechnung auch nicht mehr aufgehen. Und hier ergeben sich m.E. ganz neue Probleme, über die noch näher nachgedacht werden müsste.

Zimmermann: Chronologisch von hinten zunächst zu der Frage von Herrn Paulus zur Staatenpraxis: Ich habe mir gerade überlegt, wie viele Staaten der Erde seit 1977 *nicht* an bewaffneten Konflikten beteiligt waren. Meine grobe Schätzung wäre vielleicht die Hälfte aller Staaten, also etwa 100 Staaten, die seit 1977 nicht an bewaffneten Konflikten beteiligt waren. Können wir wirklich sagen, diese Staaten haben seit 1977 keine Staatenpraxis im Bereich des humanitären Völkerrechts gesetzt? Heißt das, dass 50 Prozent aller Staaten nicht an der Gewohnheitsrechtsbildung beteiligt sind? Es kann im Lichte des Gewaltverbots des Artikels 2 Abs. 4 und der Verpflichtung zur friedlichen Streit-

beilegung des Artikel 2 Abs. 3 der Charta wohl schlichtweg nicht sein, dass Staaten, welche diese Verpflichtungen einhalten, keine relevante Staatenpraxis setzen können.

Dann die Fragen von Herrn Kollegen Klein. Zunächst zu den Nuklearwaffen. Es geht vorliegend nicht um vertragliche Verpflichtungen aus dem ZP I, sondern es geht um gewohnheitsrechtliche Regelungen. Und jedenfalls die Kernbestimmungen des Gewohnheitsrechts existierten auch schon vor 1945. Und es besteht doch wohl Konsens, dass auch neu entstehende Waffen am Maßstab *ex ante* bestehender Normen des humanitären Völkerrechts zu messen sind und sich entsprechend einbinden lassen müssen. Und insoweit ist es doch wohl unproblematisch, dass die Nuklearwaffen sich jedenfalls an Kernvorgaben des humanitären Völkerrechts, also bis hin zum Schutz neutraler Staaten und Ähnlichem, halten müssen. Zudem hatte ja auch der IGH in seinem Gutachten von 1996 ausdrücklich betont, dass er nicht am Maßstab des ZP I messe.

Dann zur Frage These 12, *persistent objection*, die ja auf ein erhöhtes Interesse stößt. Ich gehe jetzt davon aus, dass es *persistent objection* gibt, sonst macht die These keinen Sinn, das ist ja klar. Folgende Situation: Nehmen wir zunächst einen Vertragsstaat des ZP I. Ist es denn vorstellbar, dass ein Staat Vertragspartei des ZP I wird und gleichzeitig behauptet, er sei *persistent objector* gegenüber einer parallelen gewohnheitsrechtlichen Norm? Das ist schlichtweg widersprüchlich, und jedenfalls über *estoppel* kann man einer solchen Argumentation entgegentreten. Mein Argument wäre noch darüber hinausgehend und betraf einen Staat, der als Signatarstaat nach Artikel 18 a WVK verpflichtet ist, sich Maßnahmen zu erhalten, die *object* und *purposes* des Vertrages zuwiderlaufen. Und wenn dann in der Zeit, in welcher der fragliche Staat Signatarstaat ist – und die USA sind schon sehr lange Signatarstaat, ohne jemals ihre Intention ausgedrückt zu haben, das ZP I nicht mehr ratifizieren zu wollen; anders als beim Rom-Statut –, ob dann ein solcher Staat gleichzeitig *bona fide* argumentieren kann, im Hinblick auf die Parallelnorm aus dem ZP I sei er aber *persistent objector*. Das mag man jedenfalls bezweifeln.

Darüber hinaus hatte ich auf weitere Elemente hingewiesen, die etwa im Beispiel der USA, aber auch für China, gegenüber Normen des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts relevant sind, so etwa deren Rezeption durch die Sicherheitsratsresolution 1593 zu Darfur, wo China wesentliche Teile der Regeln über den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt akzeptiert hat, indem China der Resolution 1593 im Sicherheitsrat nicht die Zustimmung verweigert hat. Dann wird man wohl jedenfalls insoweit sagen können, dass beide Staaten jeweils nicht mehr *persistent objector* sein können.

Dann zur These 15, die Frage der Bindung internationaler Organisationen an vertragliche Normen. Zunächst ist es formal doch so – das ist evident –, dass die Organisationen selbst nicht Vertragspartei *tel quel* etwa der Genfer Konvention werden. Es hatte wohl in den 1960er Jahren einmal Diskussionen zwischen den Vereinten Nationen und dem IKRK gegeben, ob man nicht in Form eines Zusatzprotokolls auch die Bindung der Vereinten Nationen als Vertragspartei ermöglichen soll. Das ist aber dann wieder in der Versenkung verschwunden. Und die Parallelargumentation zu Menschenrechtsschutzverträgen trifft es, glaube ich, nicht ganz. Denn es besteht eine Sondersituation der Verknüpfung der Menschenrechtsschutzverträge, der Pakte jedenfalls, mit dem Gründungsdokument der Vereinten Nationen, also eine besondere Anknüpfung, die wir so etwa im Verhältnis zwischen der NATO und den Genfer Konventionen nicht haben. Das unterscheidet meines Erachtens die beiden Situationen.

Nunmehr zu der Frage von Herrn Frowein, den Komplex Saramati/Behrami betreffend: Wir reden jetzt über die Parallelproblematik für den Bereich des humanitären Völkerrechts. Wenn wir sagen, wir rechnen Verstöße – wie dies der EGMR gemacht hat – der Organisation zu, dann sind wir genau bei der Frage, dass die Organisation, die Vereinten Nationen oder die NATO, nur an gewohnheitsrechtliche Normen gebunden ist. Wenn wir dagegen sagen, das Verhalten sei etwa der Bundesrepublik Deutschland zuzurechnen, sind – wenn überhaupt die Regeln des bewaffneten Konflikts anwendbar sind – die Regeln des ZP I anwendbar – damit hätten wir einen höheren materiellen Schutzstandard, der meines Erachtens zu begrüßen wäre.

Und jetzt abschließend zu der allgemeinen Quellenfrage, allgemeine Regeln, *general principles of law* und Ähnliches: Ich glaube, das ist vor allem relevant bei der Auslegung, wenn man so will, offener Bestimmungen, wie dem gemeinsamen Artikel 3 oder wie etwa Art. 75 ZP I. Dort spielen andere Rechtsmaterien, insbesondere menschenrechtliche Vorgaben, bei der Auslegung dieser Normen eine nicht unerhebliche Rolle. Aber bei spezifischen Regeln, etwa erneut bei der Guerilla-Klausel des ZP I kommt man, so glaube ich, mit so allgemeinen Überlegungen doch vielleicht nicht ganz so weit.

Benedek: Sie haben erwähnt, dass eine Definition des asymmetrischen Konfliktes nicht besteht, und dass es solche immer schon gegeben hat. Mich hat das hier in München an den Tiroler Freiheitskämpfer Andreas Hofer erinnert, der genau vor 200 Jahren gegen die Bayern gekämpft hat. Und da hat sich die Frage für mich gestellt, ob man das auch als einen asymmetrischen Konflikt hätte bezeichnen können.

Nun zur Thematik selbst: Mein Anliegen ist vor allem die Frage des Schutzes der Zivilisten in asymmetrischen Konflikten. Sie haben zu Recht darauf hingewiesen, dass der von den USA inzwischen wieder fallengelassene Begriff *unlawful enemy combatant* im humanitären Völkerrecht nicht vorkommt. Er ist auch inhaltlich falsch. Es gibt aber inzwischen eine Diskussion, von *unprivileged belligerents* zu sprechen und hier doch eine Unterscheidung zu treffen, um sich die Frage zu stellen, ob es nicht doch Möglichkeiten gibt, einen gewissen Schutz auch für solche Personen vorzusehen. Die Menschenrechte stehen ihnen jedenfalls zu. Und mehr noch, wenn es um Zivilisten geht: Da gibt es meines Erachtens doch die Verpflichtung zur Unterscheidung, und die wird, glaube ich, oft vernachlässigt.

Nun, Sie haben von der außerrechtlichen Gegenseitigkeitserwartung gesprochen, die dem humanitären Völkerrecht inhärent sei. Ich halte das für einerseits richtig und andererseits für höchst problematisch. So wie wir bei den Menschenrechten davon ausgehen, dass es eben gerade keine Gegenseitigkeit gibt, sondern dass eine absolute Verpflichtung besteht, diese zu gewährleisten, so denke ich, dass es auch im humanitären Völkerrecht – vor allem immer dann, wenn es um den Schutz von Zivilisten geht, aber auch weit darüber hinaus – den Grundsatz der Nichtreziprozität gibt. Wenn man also jetzt von einer solchen Erwartung spricht, ist natürlich die Gefahr groß, dass damit gerechtfertigt wird, was wir ohnedies beobachten: dass das, wie nach einem *Slippery-Slope*-Argument, bei Maßnahmen gegen solche, die einen asymmetrischen Krieg führen, immer mehr zulässig wird. Das ist eigentlich eine ähnliche Diskussion, wie wir sie beim Kampf gegen den Terrorismus schon gehabt haben. Und so werden immer mehr Kollateralschäden in Kauf genommen, und immer weniger Schutz für Zivilisten ist das Ergebnis. Hier scheint mir der von Ihnen auch angesprochene Grundsatz der Verhältnis-

mäßigkeit in der Gewaltausübung ein ganz zentraler zu sein, um Zivilisten zu schützen. Aber ich glaube auch, dass wir stärker sagen müssen, dass diese Gegenseitigkeitserwartung, wenn man das humanitäre Völkerrecht ernst nimmt, eben nur eine geringe Bedeutung haben kann, weil sonst die Rechtfertigung und die Gewährleistung dieses Rechtsbereichs wirklich Schaden nehmen könnte. Danke.

Heintschel von Heinegg: Herr Vorsitzender! Ich verstehe das, was Sie gesagt haben, als Anregung, zunächst auf Asymmetrie einzugehen, um dann vielleicht auch noch das eine oder andere hinzuzufügen.

Zur Asymmetrie: Herr Hobe hat sich zu Recht auf einen Aspekt der Asymmetrie in heutigen bewaffneten Konflikten konzentriert. Allerdings ist diese Asymmetrie nicht auf die Beteiligung nicht-staatlicher Akteure im bewaffneten Konflikt beschränkt. Sie umfasst beispielsweise auch technologische oder rechtliche Aspekte. Abgesehen davon – und dies gilt für beide Referate – ist jedoch folgendes zu betonen: Gleichviel, ob man vom Wunsch geleitet ist, noch mehr zu regulieren, als bislang reguliert worden ist – die Macht des Regulierens ist, wie wir alle wissen, beschränkt –, kommt es gerade im humanitären Völkerrecht auf Operabilität und Praxisnähe an. Ist dies nicht gewährleistet, so wird dieses Recht nicht mehr funktionieren. Zudem würde eine 150-jährige Errungenschaft – nämlich das moderne humanitäre Völkerrecht – wieder in Frage gestellt werden. Vor diesem Hintergrund müssen wir uns darüber im Klaren sein, dass es einige Prinzipien und Begrifflichkeiten dieses Rechts gibt, die auf einer langen Tradition beruhen.

Ich glaube, Sie, Herr Hobe, haben gesagt, den Begriff des *unlawful combatant* gebe es nicht. Doch, natürlich gibt es ihn! Das ist der Kombattant, d.h. das Mitglied der regulären Streitkräfte, der nicht die Waffen offen trägt, der kein feststehendes Unterscheidungsmerkmal trägt und gleichwohl an den bewaffneten Kampfhandlungen teilnimmt. Es gab zudem immer schon den *franc-tireur*, den Freischärler. All diese Erscheinungsformen sind nichts Neues; darauf haben Sie in Ihren einleitenden Bemerkungen zutreffend hingewiesen. Das humanitäre Völkerrecht ist ja just die Reaktion auf das, was im Zweiten Weltkrieg geschehen ist, nämlich die Beteiligung von Partisanen, von Widerstandsgruppen etc. Darüber hinaus müssen wir akzeptieren, dass nach Maßgabe des 3. Genfer Abkommens einige dieser Gruppen privilegiert sind, weil sie Kombattantenstatus genießen, wenn sie die Voraussetzungen erfüllen, die in Artikel 4 Abs. 2 niedergelegt sind. Erfüllen sie diese Voraussetzungen nicht, sind sie bestenfalls Zivilpersonen, die unmittelbar an den Feindseligkeiten teilnehmen.

Im Zusammenhang mit all diesen Fragen müssen wir zudem bemüht sein, die Waffengleichheit zwischen den Konfliktparteien zu gewährleisten oder herzustellen. Jede Versagung der Waffengleichheit zwischen den Konfliktparteien führt zur Missachtung und letztlich zur Erosion des Rechts.

Zur Verhältnismäßigkeit: Wir müssen uns als deutsche Völkerrechtler davon frei machen, den deutschen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in das Völkerrecht und insbesondere in das humanitäre Völkerrecht übertragen zu wollen. Nach Maßgabe des humanitären Völkerrechts gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gegenüber Zivilpersonen und zivilen Objekten. Diese sind *per se* geschützt. Jeder direkte Angriff gegen zivile Objekte, die Zivilbevölkerung oder Zivilpersonen ist verboten. Auch im Verhältnis zu gegnerischen Kombattanten gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht. Anders ver-

hält es sich hinsichtlich des so genannten Kollateralschadens. Insoweit bestimmt Art. 51 Abs. 5 lit. (b) vergleichsweise klar und deutlich, dass nur derjenige Kollateralschaden an zivilen Objekten und Zivilpersonen verboten ist, der exzessiv ist. Nicht der unverhältnismäßige, sondern allein der exzessive Kollateralschaden ist verboten. Die deutsche Übersetzung des I. Zusatzprotokolls ist insofern schlicht falsch.

Zur unmittelbaren Teilnahme an den Feindseligkeiten: Ich vermute, dass Herr Spoerri dazu noch etwas sagen wird. In der Tat sind die Arbeiten des IKRK kurz vor ihrem Abschluss. Wir müssen uns darüber im Klaren sein, dass an nicht-internationalen, mitunter aber auch an internationalen bewaffneten Konflikten, organisierte bewaffnete Gruppen beteiligt sind. Ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt entsteht gerade erst dadurch, dass zumindest ein nicht-staatlicher Akteur in Form einer organisierten bewaffneten Gruppe an den Feindseligkeiten teilnimmt. Sonst gäbe es ja keinen nicht-internationalen bewaffneten Konflikt! Diese Gruppe und ihre Mitglieder müssen selbstverständlich von Zivilpersonen unterschieden werden. Bei Zivilpersonen wiederum ist zu differenzieren zwischen Zivilpersonen, die nicht an den Feindseligkeiten teilnehmen, und solchen, die unmittelbar an den Feindseligkeiten teilnehmen. Herr Hobe, das ist auch der Hintergrund des so genannten *membership approach*. Vielen Dank.

Rauschnig: Zunächst herzlichen Dank an die Referenten. Zweitens eine kurze Bemerkung zu Herrn Zimmermann und zum *ius cogens*. Ich glaube, Herr Zimmermann, in diesem Zusammenhang brauchen wir diesen Begriff nicht. Es geht doch nicht darum, ob Verträge gegen das Völkergewohnheitsrecht geschlossen werden und dass die eben nicht zwingendem Gewohnheitsrecht widersprechen dürfen. Wenn wir unnötig die Figur des *ius cogens* einführen, dann relativieren wir eigentlich die Wirksamkeit des gewöhnlichen Völkergewohnheitsrechts. Ich darf da nur meine Zurückhaltung zum Ausdruck bringen.

Das zweite Problem, was ich besprechen wollte, ist die Frage der Internierung von Angehörigen der feindlichen Streitmacht. Es ist so gewesen, das ist nirgendwo geregelt, dass *enemy citizens* interniert wurden. Zum Beispiel ist unser Kollege Georg Erler 1939 in Afrika von britischen Streitkräften interniert worden, hat niemals zur deutschen Armee gehört, und ist 1947 aus der Internierung aus Australien zurückgekommen. Angehörige der feindlichen Streitmacht – wenigstens die – werden auch gegenwärtig interniert werden können. Und wenn wir dieses Problem nicht lösen, dass Angehörige der feindlichen Streitmacht in asymmetrischen Konflikten in rechtlich geregelter, gehogter Form interniert werden können, dann wird das außerhalb des Rechts geschehen. Ich glaube, wenn wir uns in diesem Punkt verweigern, leisten wir gerade dem Schutz dieser Personen keinen Dienst.

Zimmermann: Ganz kurz zu *ius cogens*: Ich darf nur noch einmal auf das Nicaragua-Urteil des IGH verweisen, der sich zwar damals, 1984, noch nicht getraut hat, das *ius cogens*-Wort zu benutzen, aber natürlich davon sprach, dass Artikel 3 *basic considerations of humanity* zugrunde liegen, also dass das Konzept von *ius cogens* im humanitären Völkerrecht natürlich bekannt ist.

Hobe: Zunächst kurz zu Wolfgang Benedeks Bemerkungen. Ich meinte klar gemacht zu haben, dass in der Tat die bedingungslose Unterschutzstellung des Zivilisten in der rechtstheoretischen Perspektive einer Art Verobjektivierung des Rechtsschutzes gleich

kommt, die gleichzeitig zur Konsequenz gehabt hat, dass wir nicht mehr von Gegenseitigkeit bezüglich des Schutzes sprechen können, weil er ein absoluter geworden ist. Die außerrechtliche Gegenseitigkeitserwartung ist damit Grundbedingung des Funktionierens dieses Systems, was dann angefochten ist, wenn eine Partei diese Gegenseitigkeit aufkündigt. Ich habe aber dazu noch keine Lösung anzubieten, die Sie mit Recht diesbezüglich anmahnen.

Bezüglich der Bezeichnung *illegal enemy combatant*, die nach Auffassung der Bush-Administration einen rechtlich vollständig eigenen Status darstellen sollte, darf ich ganz kurz auf die Erklärung des Department of Justice der neuen Obama-Administration vom 13. März 2009 verweisen:

„*In a filing today with the federal District Court for the District of Columbia, the Department of Justice submitted a new standard for the government’s authority to hold detainees at the Guantanamo Bay Detention Facility. The definition does not rely on the President’s authority as Commander-in-Chief independent of Congress’s specific authorization. It draws on the international laws of war to inform the statutory authority conferred by Congress. It provides that individuals who supported al Qaeda or the Taliban are detainable only if the support was substantial. And it does not employ the phrase ‘enemy combatant’.*“ (Pressemeldung 09-232 US Department of Justice vom 13.3.2009, abrufbar unter <http://www.usdoj.gov/opa/pr/2009/march/09-ag-232.html>).

Das war der Bezug, der auch dort geltend gemacht worden war. Natürlich ist in anderen Beziehungen schon davon gesprochen worden. Aber der bewusste Entzug aller rechtlichen Schutzstatus ist ja dasjenige gewesen, was das eigentlich Problematische war. Selbstverständlich schützt das humanitäre Völkerrecht auch den „*unlawfully acting combatant*“, aber eben trotz aller Bemühungen nicht den „*illegal enemy combatant*“, denn es gibt eben neben Non-Kombattanten- und Kombattantenstatus keinen dritten Status: *tertium non datur*. Um also nicht missverstanden zu werden: Insofern halte ich die Reaktion der neuen Obama-Administration für absolut konsequent und richtig. Denn es war ein schwer erträglicher bzw. rechtlich nicht gestützter Zustand bis dahin.

Bothe: Ich möchte zunächst beginnen mit einem Dank an Herrn Hobe in meiner Eigenschaft als Vorsitzender der von ihm erwähnten humanitären *Fact-finding Commission*. Vielen Dank, dass Sie uns so lobend erwähnt und auch Initiativen begrüßt haben, die wir ergriffen haben, über den Artikel 90 des I. Zusatzprotokolls hinaus im nicht-internationalen Konflikt und auch auf eigene Initiative Untersuchungen durchzuführen.

Ein paar weitere kurze Bemerkungen. Zunächst zu den Schwellen: Was vielleicht etwas zu kurz gekommen ist, ist, dass wir ganz verschiedene Schwellen zu bedenken haben. Erstens die Schwelle zwischen Nicht-Konflikt und bewaffnetem Konflikt, oder anders gesagt, zwischen einer Situation von Gewaltausübung, die noch nicht-bewaffneter Konflikt ist (*low level violence*) und einem bewaffneten Konflikt. Diese Schwelle ist hinsichtlich des internationalen bewaffneten Konflikts anders zu bestimmen als für den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt.

Dann gibt es die berühmte Schwelle zwischen dem internationalen und dem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt. Es gibt aber noch eine, und das ist die zwischen verschiedenen Typen des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts: Artikel 3 auf der einen Seite, ZP II und entsprechende Regeln des Gewohnheitsrechts auf der anderen Seite. Diese beiden Typen von Konflikten sind in der Struktur ihrer rechtlichen Rege-

lung sehr unterschiedlich, weil nämlich bei ihnen jeweils andere Unterscheidungen wesentlich sind. Die Unterscheidung zwischen Zivilist und Kämpfer gibt es im gemeinsamen Artikel 3 der Genfer Konventionen nicht. Dort ist die Rede von Personen, die nicht aktiv an den Kampfhandlungen teilnehmen, und das schließt die bewaffneten Streitkräfte ein, die *hors de combat* sind. Das ist eine ganz andere Unterscheidung als die grundlegende Unterscheidung zwischen Zivilisten und Kämpfern, Quasi-Kombattanten, oder wie immer man sie nennen will, die für ZP II-Konflikte wesentlich ist.

Das ist auch wesentlich, wenn man über die Frage der Senkung der Schwellen spricht. Was heißt denn das eigentlich? Was sind die praktischen Folgen einer „Senkung“? Zunächst einmal: *It takes two to tango*. Bei einem bewaffneten Konflikt brauchen wir (mindestens) zwei Parteien. Das gerät gelegentlich in Vergessenheit, wenn man vom Kampf gegen den Terror spricht. Ich habe den Terror im Kreise der Völkerrechtssubjekte noch nicht gefunden und hoffe ihn auch niemals dort zu finden. Alles, was Kampf gegen solche Erscheinungen ist, ist Verbrechensbekämpfung – ein Begriff, der hier leider noch nicht gefallen ist, aber hierher gehört. *Law enforcement* ist die Alternative zum bewaffneten Konflikt. Ihre Schranken ergeben sich aus den Menschenrechten. Wo brauchen wir die Bändigung von Gewalt durch humanitäres Völkerrecht? Immer dann, wenn wir Konstellationen haben, die mit den Begrifflichkeiten der Verbrechensbekämpfung nicht richtig erfasst werden können. Dann kommen wir in der Tat zu Statusfragen, etwa: Wer darf kämpfen, wer darf nicht kämpfen? Die Antwort auf diese Frage ist im internationalen und nicht-internationalen Konflikt anders, trotz aller Angleichungstendenzen, die es gibt, vor allen Dingen bei der Frage der Kriegsverbrechen, wie völlig richtig gesagt wurde. Diese Unterscheidung bleibt und wird mit uns bleiben.

Das bringt mich zu meinem vorletzten Punkt: die asymmetrischen Konflikte. Ich frage mich, ob das ein zielführender Begriff ist. Im Grunde hat Herr Hobe nämlich völlig Recht. Er hat zwar in der Überschrift „asymmetrischer Konflikt“ gesagt, aber dann hat er darunter eine ganze Reihe von konkreten Problemen nacheinander behandelt. Über alle die kann man diskutieren. Aber der Begriff des asymmetrischen Konflikts hilft dabei nicht weiter.

Darum ist auch – und das ist jetzt meine letzte Bemerkung, Herr Vorsitzender – der Vorschlag am Schluss völlig richtig, dass wir uns konkret und situationsbezogen um die situationsangemessene Auslegung des bestehenden Rechts bemühen und vielleicht doch davon Abstand nehmen sollten, davon zu träumen, irgendein viertes oder fünftes Zusatzprotokoll zu schaffen. Die Gefahr, dass das eine Verschlimmbesserung wird, ist viel zu groß. Danke sehr!

Hofmann (Frankfurt/Main): Beginnend mit Lob und Dank an beide Referenten für wie erwartet exzellente Vorträge habe ich zwei Fragen an Andreas Zimmermann, dann eine Bemerkung oder Frage an Stephan Hobe. Zur These 14 von Andreas Zimmermann: Das Urteil des EGMR im Fall *Behrami und Saramati* hat uns gezeigt, dass im Grunde die Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung von Verletzungen von Menschenrechten durch internationale Organisationen prozedural gestoppt ist. Wie soll nun die Durchsetzung der Haftung einer internationalen Organisation für Verletzungen des humanitären Völkerrechts prozessual ausgestaltet sein? Muss das durch den Heimatstaat der Verletzten geschehen, oder gibt es Individualansprüche?

Die zweite, im Grunde ähnliche Frage betrifft die Verletzung der „Sicherstellungsverpflichtung“ des gemeinsamen Artikel 1 der Genfer Konventionen, die Du in These 17 genannt hast. Auch hier die Frage: Können solche Verletzungen wieder nur im zwischenstaatlichen Bereich geltend gemacht werden, oder könnten die Opfer von Verletzungen des humanitären Völkerrechts, begangen durch private Militärfirmen (PMCs), unmittelbar gegen den Staat klagen, der es unterlassen hat, Kontrolle auszuüben? Das geht über zu der Information, die Stephan Hobe uns zu dem südafrikanischen Gesetz gegeben hat, von dem ich zwar wusste, dass es existiert, aber von dem ich nicht weiß, ob es Möglichkeiten für die Opfer solcher Verletzungen vorsieht, gegebenenfalls gegen Südafrika wegen Verletzungen dieser Sicherstellungsverpflichtung vorzugehen.

Die letzte Frage an Stephan Hobe. Sie leitet zu einem Punkt über, der wahrscheinlich von den eigentlichen Fachleuten des humanitären Völkerrechts, insbesondere auch den anwesenden Mitgliedern und Mitarbeitern des IKRK, aufgegriffen werden wird, das ist die These 8, also die Frage nach der unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten. Ich zitiere jetzt das sprichwörtliche Beispiel, nämlich die Figur des „farmer by day, fighter by night“: Wie soll das funktionieren? Wenn man sich diese Situation vorstellt, ist dann der Ansatz, den ich aus der These 8 ablese, nämlich eher auf den jeweiligen Einzelakt abzustellen und nicht die *membership theory* heranzuziehen, ist dieser Ansatz – ich bitte um Entschuldigung für den Ausdruck – nicht ein bisschen wirklichkeitsfern? Oder muss man nicht einfach doch sagen, aus Realitätsnähe gibt es gute Gründe, diesen *membership approach* zu nehmen? Vielen Dank.

Trautmansdorff: Auch ich möchte mich dem Lob meiner Vorredner an die beiden Referenten anschließen. Ganz besonders glücklich bin ich allerdings mit einigen Aussagen zum asymmetrischen Konflikt von Herrn Hobe, da es hier sicher ganz besonderen Nachholbedarf aus der Sicht des Praktikers gibt – und ich spreche hier primär als Praktiker. Diese Aussagen sind besonders angesichts der gewissen Frustration willkommen, die uns manchmal bei den blutleeren Diskussionen über die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts beschleicht. Diese Aussagen entsprechen auch der Erkenntnis, dass eben das humanitäre Völkerrecht tatsächlich, insbesondere – und das ist ja mehrmals angesprochen worden – im Lichte der mittlerweile eingetretenen Weiterentwicklungen der Menschenrechte und des internationalen Menschenrechtsschutzes, nur mehr eine begrenzte Steuerungsfunktion hat. Dies wird etwa insbesondere beim *lex specialis*-Problem, das von Herrn Zimmermann angesprochen worden ist, schlagend.

Unser großes Problem ist die Diskrepanz zwischen politischem *lip service* – insbesondere kontinentaleuropäischer Sprecher – das sich an der Idee einer generellen Anwendbarkeit und Lückenlosigkeit des humanitären und menschenrechtlichen Rechtsschutzes orientiert, und den tatsächlichen Lücken im humanitären Recht und an der Schnittstelle zwischen diesem und den Menschenrechten. Und diese Lücken sind, glaube ich, sehr gut von Herrn Hobe angesprochen worden. Allerdings habe ich ein Element im Bezug auf die konkrete Anwendung sehr stark vermisst: die Einzelfallorientiertheit. Ich würde eher denen zuneigen die sagen, die Einzelfallorientiertheit ist nicht realitätsfremd, denn schließlich geht es um die Beurteilung von Einzelfällen und einzelnen Situationen, gerade auch im Problembereich der „direkten Beteiligung“ an Konflikten.

Und das Zweite ist doch, dass wir viel zu wenig Rücksicht nehmen auf die konkrete Umsetzung und die Bewehrung des humanitären Völkerrechts „mit Zähnen“. Und wo

kann das konkret stattfinden? In den *military manuals*, in den militärischen Handbüchern, in den militärstrafrechtlichen Bestimmungen und in den disziplinarischen Bestimmungen gerade auch von Sicherheitskräften, die im Zusammenhang mit Konflikten zum Einsatz kommen. Und diese müssten meiner Meinung nach viel stärker auf die sanktionsbewehrte Einhaltung des humanitären Völkerrechts hin überarbeitet werden. Auch der Austausch der entsprechenden Informationen und *best practices* in diesem Bereich könnte uns zu Einigem, was wir mit theoretischen Diskussionen nicht lösen können – etwa welche Rechtsquellen auf eine konkrete Situation anwendbar sind – doch zu praktischen Lösungen führen. Ich glaube, es wird viel zu wenig getan, um die konkreten Umsetzungsnormen hier einer Prüfung zu unterziehen. Man konzentriert und verlässt sich diesbezüglich viel zu sehr auf die internationale Rechtsprechung. Danke sehr.

Zimmermann: Ganz kurz zunächst zu Herrn Bothe. Wenn Sie mir erlauben, darf ich etwas Wasser in den Wein der *fact-finding commission* nach Artikel 90 ZP I gießen. Wenn wir uns die Praxis der letzten Jahre anschauen, haben wir immer ad hoc *fact finding*, die durch den Human Rights Council eingesetzt worden ist, mit allen Schwierigkeiten, insbesondere mit dem Problem der Einseitigkeit. Wir haben es beim Libanon gehabt, wir haben es jetzt bei Gaza. Offenbar ist es auch nicht gelungen, im Streit zwischen Georgien und Russland *fact finding* auf der Grundlage des ZP I zu machen. Also die Staaten entscheiden sich gegen eine Befassung der *fact-finding commission* des ZP I – *for good or for bad*.

Jetzt ein kurzer Hinweis zur Schwellenklausel: Das ist in der Tat die Crux. Wir haben beim internationalen bewaffneten Konflikt eine ganz niedrige Schwellenklausel. Jeder Einsatz von militärischer Gewalt von Staat A gegen Staat B führt zur Anwendbarkeit der Regeln über den internationalen bewaffneten Konflikt. Und das ist doch das Problem. Wenn wir das, was ich transnationale bewaffnete Konflikte nenne, als internationale bewaffnete Konflikte qualifizieren, sind wir sofort im Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts. Wenn wir sagen, der Einsatz militärischer Gewalt der USA im Jemen gegen die Al-Qaida stellt einen internationalen bewaffneten Konflikt dar, weil der Einsatz militärischer Gewalt auf fremdem Staatsgebiet stattfindet, und wenn wir damit die Regeln des internationalen bewaffneten Konflikts anwenden, besteht die Gefahr, dass damit menschenrechtliche Verbürgungen über *lex specialis*-Überlegungen derogiert werden. Das ist doch das Problem und die Crux. Deshalb wissen wir nicht genau, wie wir das qualifizieren können. Das Problem muss man, glaube ich, erst einmal als Grundproblem erkennen.

Dann zur Frage von Rainer Hofmann. Man muss meines Erachtens zwischen prozessualen und materiellen Fragen differenzieren. Prozessual ist es ja so, dass, wenn eine internationale Organisation materiell wegen der ihr zuzurechnenden Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht haftet, sie in aller Regel Immunität im Forumstaat genießt. Wir haben das mit aller Dramatik im Haag in den Schadensersatzfällen bosnischer Opfer des Völkermords in Srebrenica betreffend gesehen; aber das Problem stellt sich ja strukturell genauso bei Fragen des humanitären Völkerrechts. Die Klagen gegen den niederländischen Staat sind mit der These Saramati abgewiesen worden; gehandelt habe nicht der holländische Staat, sondern die Vereinten Nationen. Und die Klagen gegen die Vereinten Nationen wurden auf der Grundlage von deren Immunität abgewiesen. Das heißt, das läuft bereits prozessual leer.

Materiell war die Frage, ob sich aus einem Verstoß gegen Artikel 1 der vier Genfer Konventionen subjektive Ansprüche des Individuums ergeben. Das stellt natürlich die Grundfrage. Artikel 1 ist eine Pflicht aus den Genfer Konventionen. Artikel 91 ZP I verweist auf die Verpflichtungen aus den Konventionen, und damit stellt sich die Frage, ob sich aus Artikel 91 ZP I ein Individualanspruch ergibt, und damit hat sich ja diese Gesellschaft schon bei einer vergangenen Tagung intensiv befasst – das möchte ich jetzt nicht noch einmal im Einzelnen wiederholen. Vielen Dank.

Hobe: Ich darf auch auf die verschiedenen Wortmeldungen eingehen. Zum einen stimme ich Herrn Bothe natürlich völlig zu: Es ist nicht einfach, über das Themenfeld „asymmetrischer Konflikt“ zu sprechen. Schon der Begriff ist zunächst, wie ich eingangs deutlich zu machen versuchte, in einer nicht genuin juristischen Literatur auszumachen. Und derjenige – Herfried Münkler –, der das in Deutschland sehr propagiert und beschrieben hat, hat sich auch manchmal schwer getan mit der rechtlichen Präzisierung verschiedener Dinge. Das ist es auch. Nun meine ich, methodisch genau den Weg beschritten zu haben, den Sie, lieber Herr Bothe, auch nahelegen. Insofern bin ich für Ihren Zuspruch sehr dankbar.

Dann zu einer kleinen Information für Rainer Hofmann: Es gibt diese Schadenersatzmöglichkeiten im südafrikanischen Recht nicht.

Ob es darüber hinaus – wie in der Frage angedeutet – lebensfern ist, wie von mir vorgeschlagen eine individuellere Zurechnung vorzunehmen, will ich einmal dahinstehen lassen. Schaut man sich etwa das deutsche Strafrecht an, so wird ja auch dort grundsätzlich der Weg der individuellen Zurechnung beschritten. Wenn man allerdings Delikte, wie die Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung sieht, wird daran deutlich, dass man, nur weil man sich nicht mehr anders zu helfen wusste, daran ging, derartig weit gefasste, rechtspolitisch aber nicht vollständig befriedigende Delikte zu schaffen. Ich halte das insofern eher für die *ultima ratio*, wenn in solchen Fällen dann darauf verzichtet wird, zu individueller Zurechnung zu kommen. Es ist dies natürlich auch ein gangbarer Weg, der mir aber nicht unmittelbar präferabel erscheint.

Und ich bin Herrn Trauttmansdorff sehr dankbar für seinen Zuspruch, weil es mir auch und gerade darauf angekommen ist, möglichst praxisrelevante Lösungen vorzuschlagen.

Oeter: Der erste Punkt, den ich machen wollte, ist schon mehrfach angeklungen, insofern werde ich mich kurz fassen. Es geht mir dabei um die Frage der nicht-staatlichen Akteure als militärisches Ziel, also der Konkretisierung des Tatbestands der unmittelbaren Teilnahme an den Kampfhandlungen. Da teile ich die Bedenken, die in dem Referat durchkamen gegenüber einem weit verstandenen Mitgliedschaftsansatz. Wenn man sich etwa die israelische Praxis des *targeted killing* ansieht, die ja letztlich auf mehr oder weniger zuverlässigen (oder unzuverlässigen) Geheimdienstinformationen beruhen muss, die von außen überhaupt nicht nachzuvollziehen sind, dann sieht man, wie ein solcher Ansatz tendenziell zur Erosion des Schutzes der Zivilbevölkerung führt. Ich glaube aber doch, der restriktive Einzelaktsansatz, den ich aus dem Referat als Plädoyer herauszuhören meinte, greift zu kurz. Da haben Wolff Heintschel von Heinegg und Rainer Hofmann schon Einiges dazu gesagt. Ich fürchte, ein derart rigider Ansatz ist den betroffenen Staaten in der Praxis nicht als plausibel und legitim vermittelbar.

Wenn ich nur ein Beispiel dafür geben darf. Ich meine, es hat gute Gründe, dass die türkischen Streitkräfte eben nicht nur davon ausgehen, dass die PKK-Kämpfer, wenn sie einen Polizeistützpunkt oder einen militärischen Konvoi überfallen, direkt im Akt des Überfalls ein militärisches Ziel sind, sondern dass sie, weil sie Mitglieder einer erkennbaren, auch von außen erkennbaren militärisch strukturierten bewaffneten Gewaltorganisation sind, auch dann ein militärisches Ziel darstellen, wenn sie sich in der Ruhephase in ihren Rückzugsbasen im Nordirak befinden. Genau so verfährt im Übrigen die Staatenpraxis durchgängig in allen Staaten, die davon betroffen sind. Ich glaube, es ist insofern auch kein Zufall – dazu wird sich, glaube ich, gleich Herr Spoerri auch noch einmal äußern –, dass sich das IKRK in seinen Bemühungen um Konkretisierung des Tatbestandes letztlich doch gesprächsweise auf eine Art modifizierten *membership approach* einlässt. Daran führt wohl letztlich kein Weg vorbei, wenn man die konkret betroffenen Staaten mitnehmen will.

Das führt dann aber – und das ist mein zweiter Punkt – natürlich zu einem Anreizproblem. Die entsprechende Bemerkung, die im Referat gemacht wurde, teile ich vollkommen: Wir haben einen Prozess, der, ich würde einmal sagen, „Vermenschenrechtlichung“ des humanitären Völkerrechts, mit weitgehender Auflösung klassischer Reziprozitätsstrukturen. Da hatte Wolfgang Benedek mit seinem Einwurf sicherlich auch Recht: Für die staatlichen Akteure gilt keine Bindung an Reziprozität im nicht-internationalen Konflikt. Die sind asymmetrisch gebunden wie bei den Menschenrechten auch. Aber das humanitäre Völkerrecht will ja tendenziell auch die nicht-staatlichen Akteure mit seinem Bindungsanspruch erfassen, und da haben wir evidentermaßen ein Anreizproblem. Gerade der *membership approach* im Blick auf die Frage des militärischen Ziels führt ja zu einem halbierten Status. Das Mitglied der bewaffneten, nicht-staatlichen Gewaltorganisation hat den Preis des Kombattantenstatus zu tragen – er ist legitimes Ziel, aber er hat die Vorteile des Status nicht. Und ich glaube, insofern ist es richtig, darüber nachzudenken: Wie gehen wir mit diesem Anreizproblem um? Wie bekommen wir ein System hin, das auch Befolgungsanreize für nicht-staatliche Akteure setzt? In der Konsequenz wird dies, so glaube ich, mittelfristig dazu führen müssen, dass man doch über so etwas wie einen – und das kam ja im Referat auch durch und da würde ich die Tendenz des Referats unterstützen – Quasi-Kombattanten-Status für diese Gruppe wird nachdenken müssen.

Spoerri: Ich habe gut daran getan, meine Karte als Gastredner auszufüllen, da ich rechtzeitig bemerkt hatte, dass doch eine ganze Reihe von Teilnehmern sich die Frage stellen, wie es mit der Studie des IKRK zur direkten Teilnahme an Feindseligkeiten, (Titel der Studie: *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*) steht. Ich möchte vorab vermerken, dass unter den DGVR-Teilnehmern eine Reihe als Experten an diesem Prozess teilgenommen haben, der fünf Jahre gedauert hat. Die Nachricht, die ich hier übermitteln kann, ist, dass wir jetzt beim IKRK so weit sind: Die Studie hat alle Entscheidungsebenen innerhalb des IKRK durchlaufen: Sie ist also publikationsreif. In den nächsten Wochen – wahrscheinlich schon in den nächsten Tagen – wird ein letzter Textentwurf nochmals den Experten zugeleitet werden. Ende Mai, Anfang Juni soll die Studie dann veröffentlicht werden.

Ich möchte mir noch eine allgemeine Bemerkung zur Studie erlauben: Die DPH-Studie erscheint unter dem Namen des IKRK; sie spiegelt daher ausschließlich die Rechtsauf-

fassung des IKRK wider. Das IKRK wird daher alleine für den Inhalt der Studie einstehen müssen. Mit anderen Worten: Zur Studie in ihrer Gesamtheit konnte unter den Experten kein Konsens hergestellt werden. Zu dieser Klarstellung möchte ich noch hinzufügen – und ich hoffe, es wird mir keiner der anwesenden Experten widersprechen – dass unbenommen dem Dissens zu einzelnen schwierigen Fragen, in weiten Bereichen Konsens gefunden wurde. Ein Beispiel einer Rechtsfrage, die in diesem ungemein spannenden Experten-Prozess umstritten blieb, ist der von uns gewählte sog. „*modified membership approach*“, d.h. unsere Auffassung, dass nur diejenigen Personen dauerhaft ihren Status als Zivilisten verlieren, die eine sog. „*continuous fighting function*“ haben. Ein weiteres Beispiel einer sehr umstrittenen Frage findet sich im Kapitel 9 der Studie. Dort wird das Problem behandelt, ob es zusätzlich zu den im HVR vorgesehenen Schranken hinsichtlich der Methoden und Mittel der Kriegsführung – insbesondere bei der Art und Menge der Gewalteinwendung gegen Personen, die ihren Schutz gegen direkte Attacken verloren haben – nicht ferner geprüft werden muss, ob die gewählte direkte Gewalteinwendung nicht das Maß überschreitet, das tatsächlich notwendig ist, um den legitimen militärischen Zweck unter den gegebenen Umständen zu erzielen. So jedenfalls die Meinung des IKRK in der Studie.

Soweit der kurze Einblick in den Inhalt der Studie. Ich glaube, dass ich hier nicht weiter auf die Studie eingehen kann. Ich kann nur nochmals für diejenigen, die jetzt mit großer Erwartung dieser Studie entgegen sehen, bestätigen, dass sie unmittelbar vor der Veröffentlichung steht.

Es wurden noch zwei weitere Fragen gestellt, die das IKRK betreffen. Die eine betraf den Begriff „transnationale Konflikte“; die andere den Begriff des „*global war on terror*“. Vorab möchte ich darüber informieren, dass das IKRK zu diesen Fragen, insbesondere zur rechtlichen Einordnung des sog. „*global war on terror*“, seine Position in den letzten Jahren bei unzähligen Gelegenheiten kundgetan hat. Als Referenzdokument möchte ich auf das Dokument „International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts“ verweisen, das das IKRK anlässlich der 30. Internationalen Rotkreuz-Konferenz im November 2007 veröffentlicht hat. Gegenwärtig wird der Begriff „*global war on terror*“ nicht mehr gebraucht – neuerdings kursiert der Begriff „*international contingency operations*“. Kurz zusammengefasst lautet die IKRK Position wie folgt: Wo ein Konflikt zu einem zwischenstaatlichen Konflikt wird – wie anfänglich beim Konflikt in Afghanistan (2001–2002) oder im Irak (2003–2004) –: handelt es sich eindeutig um internationale bewaffnete Konflikt. Aber auch in anderen Konstellationen, wo es sich nicht mehr um zwischenstaatliche Konflikte handelt, aber wo die Schwelle erreicht wird, die die Voraussetzungen eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts erfüllen, ist das HVR anwendbar. Beispiele sind der gegenwärtige Konflikt in Afghanistan oder Somalia. Ich sage das deshalb, weil Herr Zimmermann den al-Harithi-Fall (Dronenattacke im Jemen) erwähnt hat. Für uns wäre das ein Fall, der vom humanitären Völkerrecht nicht abgedeckt ist, da er in einem Kontext erfolgte, wo weder ein internationaler noch ein nicht-internationaler Konflikt vorherrschte.

Eine weitere Klarstellung zu einer Feststellung von Herrn Zimmermann zur Qualifikation des Konflikts im Libanon: Sie müssen vorsichtig sein, wenn Sie sagen, dass es die institutionelle Position des IKRK ist, dass man den Konflikt im Libanon doppelt qualifizieren muss (international im Verhältnis Israel und Libanon, nicht international im Verhältnis Israel und Hizbollah). Diese Feststellung ist nicht ganz zutreffend. In unseren

offiziellen Pressemitteilungen zur Zeit des Libanon-Konflikts haben wir uns zu dieser Frage nicht festgelegt. In unseren Mitteilungen hatten wir darauf verwiesen, dass neben den im Falle eines internationalen bewaffneten Konflikts anwendbaren Regeln, das Völkergewohnheitsrecht und der gemeinsame Artikel 3 zu beachten sind. Die Frage, ob man eine Konstellation wie im Libanonkrieg doppelt qualifizieren kann, ist beim IKRK institutionell nicht entschieden. Allerdings scheint das Votum unserer Juristen innerhalb der IKRK Rechtsabteilung mehrheitlich für eine doppelte Qualifikation zu sein – allerdings beschränkt auf grenzüberschreitende Konfliktkonstellationen wie im Libanon.

Das sind meine Bemerkungen. Vielen Dank!

Hobe: Im Sinne eines Schlusswortes will ich die weiteren hier angeführten Gedanken aufnehmen und dabei zunächst auf die Einwürfe von Herrn Spoerri und Herrn Oeter eingehen. Bei Stefan Oeter nehme ich gerne seine Gedanken auf, hatte ihn bisher dann aber wohl fälschlich als Advokaten des *specific acts approach* auf der Rechnung; da mag ich etwas falsch gelesen haben. Richtig scheint mir, dies auch noch einmal in Aufnahme der Gedanken von Rainer Hofmann, dass in den eher seltenen Fällen der systematisch organisierten privaten Gewaltakteure, wie etwa der FARC, man über die Anwendung des *membership approach* nachdenken kann. In der übergroßen Anzahl anderer Fälle wird man die Anwendbarkeit m.E. indes zu verneinen haben.

Zur Frage der Studie des IKRK, die schon jetzt sehnlichst erwartet wird, kann ich nur betonen, dass ich sie selbstverständlich für die Schriftfassung meines Beitrags berücksichtigen werde.

Zudem habe ich den Begriff *transnational conflict* oder transnationaler Konflikt gewisslich nicht benutzt, weil er eher eine dritte Kategorie zwischen internationalem und nicht-internationalem bewaffneten Konflikt suggerieren und damit nach amerikanischer Lesart das „*legal black hole*“ darstellen sollte. Ich halte diese dritte Kategorie freilich für nach geltendem humanitären Völkerrecht nicht gegeben.

Insgesamt kann ich nur sagen, dass ich mich für alle die Anmerkungen, so sie mein Referat betroffen haben, sehr bedanken möchte und betonen will, dass da vieles noch einmal für die endgültige Schriftfassung, die natürlich in der gebotenen Schnelligkeit auch erscheinen soll, bedacht werden wird. Herzlichen Dank an Sie alle.

Zimmermann: Nur noch eine kurze Bemerkung zur Stellungnahme von Herrn Spoerri. Ich wollte nicht das IKRK für eine bestimmte Position ‚verhaften‘, sondern lediglich meine Wahrnehmung kundtun. Ich will nur noch einmal am Beispiel Libanon das Problem verdeutlichen. Wenn wir sagen, es gebe zwei Konflikte innerhalb des einen, führt das zu Folgeproblemen. Nehmen Sie einmal die Warnpflicht aus Art. 57 ZP I als Beispiel. Sie gilt nach meinem Verständnis vermutlich nicht für den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt. Wenn jetzt Ziele der Hisbollah in Beirut mit dem Flugzeug angegriffen werden, besteht keine Warnpflicht, weil das ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt ist. Dann fliegt die israelische Maschine weiter und bekämpft den Flughafen von Beirut. Dafür würde dann eine Warnpflicht bestehen. Dies würde bedeuten, dass hier innerhalb von 30 Sekunden zunächst ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt beim Angriff auf ein Ziel der Hisbollah vorliegt und danach ein internationaler bewaffneter Konflikt, nämlich beim Angriff auf ein Ziel des Staates Libanon. Und das zeigt doch gerade, dass es Probleme mit sich bringt – jedenfalls, wenn man davon ausgeht, es

bestünde praktisch zeitgleich ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt mit Hisbolah und ein internationaler bewaffneter Konflikt zwischen Israel einerseits und dem Libanon andererseits.

Basedow: Ja, vielen Dank an beide Referenten für die Vorträge und für die Diskussion. Vielen Dank auch an Sie für die sehr zahlreichen weiterführenden und gleichwohl disziplinierten Beiträge.

Der Schutz von Kulturgütern bei militärischen Konflikten auch aus privatrechtlicher Sicht*

Von Prof. Dr. Kerstin Odendahl, St. Gallen

- I. Einführender historischer Rückblick
- II. Haager Vertragswerk 1954/1999
 1. Präventionspflichten vor militärischen Konflikten
 - a) Sicherung
 - b) Klassifizierung
 - aa) Allgemeiner Schutz
 - bb) Sonderschutz
 - cc) Verstärkter Schutz
 2. Schutzpflichten während militärischer Konflikte
 - a) Feindseligkeiten
 - aa) Kennzeichnung
 - bb) Respektierung
 - (a) Absolutes Verbot der gezielten sinnlosen Zerstörung
 - (b) Relatives Verbot der gezielten militärischen Zerstörung und Beschädigung
 - (c) Vermeidung von Kollateralschäden
 - (d) Schutz von Kulturguttransporten
 - (e) Absolutes Wegnahmeverbot
 - (f) Absolutes Repressalienverbot
 - b) Besetzung
 - aa) Schutzpflichten des besetzten Staates
 - bb) Schutzpflichten der Besatzungsmacht
 - cc) Schutzpflichten aller Vertragsstaaten
 3. Wiedergutmachungspflichten nach militärischen Konflikten
 - a) Kulturgut als unzulässiges Reparationsobjekt
 - b) Restitution von Kulturgut
- III. Ergänzende völkerrechtliche Normen
 1. Haager Abkommen 1899/1907, Roerich-Pakt 1935 und Washingtoner Vertrag 1935
 2. Erstes Genfer Zusatzprotokoll 1977
 - a) Inhalt
 - b) Verhältnis zur Haager Konvention 1954
 - aa) Geschützte Kulturgüter
 - bb) Schutzintensität
 3. UNESCO-Konvention 1970/UNIDROIT-Übereinkommen 1995
 4. Völkergewohnheitsrecht
 5. Völkerstrafrecht
- IV. Rolle des Privatrechts
 1. Kulturgüter als Gegenstand des Privatrechts
 2. Privatrecht als Hindernis für den völkerrechtlichen Kulturgüterschutz
 3. Privatrecht als Verstärkung des völkerrechtlichen Kulturgüterschutzes
- V. Bewertung des existierenden Schutzsystems

* Leicht erweiterte und sprachlich überarbeitete Fassung des Vortrags am 16. April 2009.

VI. Herausforderungen angesichts der gewandelten Natur militärischer Konflikte

1. Militärische Konflikte nicht-internationalen Charakters
 - a) Haager Vertragswerk 1954/1999
 - b) Weitere völkerrechtliche Normen
2. Einsatz privater Militär- und Sicherheitsunternehmen
 - a) Völkerrechtlicher Status
 - b) Möglichkeiten für eine Bindung an Kulturgüterschutzrecht
 - c) Dokument von Montreux
3. Friedensmissionen internationaler Organisationen
 - a) Feindseligkeiten
 - b) „Besetzung“
4. Bewertung

VII. Fazit

Thesen

Summary

I. Einführender historischer Rückblick

„Manches Herrliche der Welt
ist in Krieg und Streit zerronnen.“¹

Johann Wolfgang von Goethe

Seit jeher ist die Geschichte des Krieges auch eine Geschichte der Zerstörung von Kulturgut gewesen.² Diese Feststellung mag auf den ersten Blick erstaunen, sind doch Kunstwerke und ähnliche Gegenstände aus militärischer Sicht in der Regel ohne jede strategische Bedeutung. Die Gründe für die Gefährdung von Kulturgütern bei bewaffneten Konflikten sind denn auch eher emotionaler als militärischer Natur.

Kulturgüter sind vom Menschen geschaffene oder veränderte, bewegliche oder unbewegliche Gegenstände von historischem, künstlerischem oder sonstigem kulturellen Wert.³ Als unwiederbringliche Zeugnisse der Vergangenheit sind sie für die Identität und das Selbstverständnis eines Volkes wesentlich. Mit der *Zerstörung und Entwendung* seiner Kulturgüter wird der Gegner kulturell-religiös geschlagen und gedemütigt.⁴ Über Jahrtausende gehörte daher die Zerstörung von Kulturgut genauso zur Kriegsführung wie bewegliche Kulturgüter legitime Kriegsbeute waren.⁵

Kulturgüter waren aber immer auch als Kunstwerke geschätzt und als solche Gegenstand von Nationalstolz und Besitzstreben. *Kunstraubzüge*, bei denen die Kulturgüter

1 Zitiert aus: *Karl Eibl*, Johann Wolfgang Goethe, Gedichte 1800–1832, Frankfurt a.M., 1988, S. 691 (Band 2 aus: Hendrik Birus et al. (Hrsg.), Johann Wolfgang Goethe. Sämtliche Werke).

2 So *Liudmila Galenskaya*, International Co-operation in Cultural Affairs, RdC 198 (1986 III), S. 265 (316).

3 Verkürzte Version der ausführlichen Definition bei *Kerstin Odendahl*, Kulturgüterschutz. Entwicklung, Struktur und Dogmatik eines ebenenübergreifenden Normensystems, Tübingen, 2005, S. 387.

4 Vgl. *Christoff Jenschke*, Der völkerrechtliche Rückgabeanspruch auf in Kriegszeiten widerrechtlich verbrachte Kulturgüter, Berlin, 2005, S. 36. Siehe auch die zahlreichen Beispiele bei *Volker Michael Strocka*, Kunstraub in der Antike, in: ders. (Hrsg.), *Kunstraub – ein Siegerrecht?*, Berlin, 1999, S. 9 (10 ff., 24 f.).

5 Ausf. *Susanne Schoen*, Der rechtliche Status von Beutekunst, Berlin, 2004, S. 23 ff.; *Wojciech W. Kowalski*, Restitution of Works of Art Pursuant to Private and Public International Law, RdC 288 (2001), S. 54 ff.; *Strocka* (Fn. 4), S. 9 ff. (mit zahlreichen Beispielen ab dem 19. Jh. v. Chr.); *Wilhelm Treue*, *Kunstraub*, Düsseldorf, 1957, S. 9 ff.

des Gegners nicht zerstört, sondern im Gegenteil systematisch gesucht und abtransportiert wurden, um eigene Nationalsammlungen aufzubauen,⁶ waren die Folge. Die historisch wohl berühmtesten Kunstraubzüge fanden zu römischen⁷ und napoleonischen⁸ Zeiten statt.

Erst 1899/1907 kam es zu den ersten weltweit geltenden vertraglichen Bestimmungen zum Schutz von Kulturgütern im Kriege⁹. Im II.,¹⁰ IV.¹¹ und XI.¹² Haager Abkommen und ihren Landkriegsordnungen¹³ fanden sich einzelne Artikel, die Kulturgüter sowohl in ihrer Substanz als auch in ihrer lokalen Zugehörigkeit schützten. Die unermesslichen Zerstörungen von Kulturgut im Ersten¹⁴ und vor allem im Zweiten Weltkrieg¹⁵ haben sie allerdings nicht verhindern können – genauso wenig wie die alle Dimensionen sprengenden Kunstraubzüge des Dritten Reichs¹⁶ und der Sowjetunion¹⁷ während bzw. nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges.

6 Vgl. *Jenschke* (Fn. 4), S. 36 f.

7 So ausdr. *Ludwig Engstler*, Die territoriale Bindung von Kulturgütern im Rahmen des Völkerrechts, Köln (u.a.), 1964, S. 79 Fn. 153; *Rainer Wahl*, Kunstraub als Ausdruck von Staatsideologie, in: Rainer Frank (Hrsg.), Recht und Kunst. Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstages von Wolfram Müller-Freienfels, Heidelberg, 1996, S. 105 (120). Ähnlich *Strocka* (Fn. 4), S. 9 (24 f.).

8 Näher zu den Beutezügen Napoleons *Paul Wescher*, Kunstraub unter Napoleon, 2. Aufl., Berlin, 1978; *Treue* (Fn. 5), S. 192 ff.; *Stanislaw E. Nahlik*, La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé, RdC 120 (1967 I), S. 65 (78 ff.); *Kifile Jote*, International Legal Protection of Cultural Heritage, Stockholm, 1994, S. 27 f (mit zahlreichen Beispielen).

9 Vgl. den historischen Überblick bei *Odendahl* (Fn. 3), S. 7 ff. Einen kürzeren Abriss bietet u.a. *Tullio Scovazzi*, Bilan de recherches de la langue française du Centre d'étude et de recherche de l'Académie, in: Hague Academy of International Law, Centre for Studies and Research in International Law and International Relations 2005: The Cultural Heritage of Mankind, Den Haag, 2007, S. 19 (32 ff.).

10 Abkommen, betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs (II. Haager Abkommen), v. 29.07.1899 (RGBl. 1901 S. 423).

11 Abkommen, betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs (IV. Haager Abkommen), v. 18.10.1907 (RGBl. 1910 S. 107).

12 Abkommen, betreffend die Beschießung durch Seestreitkräfte in Kriegszeiten (IX. Haager Abkommen), v. 18.10.1907 (RGBl. 1910 S. 256).

13 Bestimmungen, betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs (HLKO von 1899) (RGBl. 1901 S. 436) bzw. Ordnung der Gesetze und Gebräuche des Landkriegs (HLKO von 1907) (RGBl. 1910 S. 132).

14 Vgl. die detaillierte Darstellung bei *Karl-Heinrich Buhse*, Der Schutz von Kulturgut im Krieg, Hamburg, 1959, S. 13 ff. bzw. S. 15 ff.

15 Zu den Zerstörungen von Kulturgut im Zweiten Weltkrieg vgl. *Buhse* (Fn. 14), S. 39 ff.; *Hartwig Beseler/Niels Gutschow* (Hrsg.), Kriegsschicksale deutscher Architektur, 2 Bände, Neumünster, 1988 (für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland) sowie *Götz Eckardt* (Hrsg.), Schicksale deutscher Baudenkmale im zweiten Weltkrieg, 2 Bände, München, 1978 (für das Gebiet der DDR). Siehe auch die Berichte und Verzeichnisse über die Kunstzerstörungen in Deutschland, in: *Die Kunstpflege*, 1948, S. 87 ff.

16 Vgl. *Elizabeth Simpson* (ed.), The Spoils of War. World War II and Its Aftermath, New York, 1997; *Cay Friemuth*, Die geraubte Kunst, Braunschweig, 1989, S. 15 ff.; *Matthias Frehner*, „Das wird toll und immer toller“ – Der größte Kunstraub der Geschichte, in: ders. (Hrsg.), Das Geschäft mit der Raubkunst, Zürich, 1998, S. 79 ff.; *Carl-Heinz Heuer*, Die Kunstraubzüge der Nationalsozialisten und ihre Rückabwicklung, NJW 1999, S. 2558 ff.; *Wilfried Fiedler*, „Kriegsbeute“ im internationalen Recht, in: Volker Michael Strocka (Hrsg.), Kunstraub – ein Siegerrecht?, Berlin, 1999, S. 47 (48 f.). Vgl. auch *Walter I. Farmer*, Die Bewahrer des Erbes, Berlin, 2002 sowie die ausf. Sammlung von Beiträgen zum Thema in der Sondernummer der Zeitschrift „Osteuropa“: Kunst im Konflikt. Kriegsfolgen und Kooperationsfelder in Europa, Heft 1-2/Januar-Februar 2006.

17 Vgl. die ausf. Dokumentensammlung von *Klaus-Dieter Lehmann/Ingo Kolasa* (Hrsg.), Die Trophäenkommissionen der Roten Armee, Frankfurt a.M., 1996 sowie von *Waldemar Ritter*, Kulturerbe als Beute? Die Rückführung kriegsbedingt aus Deutschland verbrachter Kulturgüter, Nürnberg, 1997, S. 15 ff., 31 ff. Detaillierte Beschreibungen des Ablaufs der Wegnahme bietet *Stefan Turner*, Das internationale Kultur-

Es waren diese verheerenden Erfahrungen,¹⁸ die 1954 zur Annahme der *Haager Konvention zum Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten*,¹⁹ dem „Roten Kreuz der Kulturgüter“,²⁰ führten. In den folgenden Jahrzehnten wurde die Konvention um eine Vielzahl weiterer vertraglicher Normen ergänzt. Das zum Teil bereits vor 1954 existierende Völkergewohnheitsrecht spielt weiterhin eine wichtige Rolle und komplettiert das vertragsrechtliche Schutzsystem.

Eine Zeitlang schien es, als sei die Gefährdung von Kulturgütern bei militärischen Konflikten gebannt. Seit einigen Jahren hat sie jedoch eine erschreckende Renaissance erfahren. Zurückzuführen ist die wieder gestiegene Bedrohung von Kulturgütern in erster Linie auf zwei parallele, voneinander völlig unabhängige Entwicklungen: Die modernen *ethnisch-religiösen, internen Konflikte* haben die gezielten Zerstörungen von Kulturgut wiederaufleben lassen.²¹ Die Angriffe auf die Altstadt von Dubrovnik oder die Brücke von Mostar während des Jugoslawienkrieges geben davon Zeugnis. Sie stehen exemplarisch für die emotional gesteuerten, bewussten Zerstörungen kultureller Symbole des Gegners. Daneben hat der Kunstraub eine neue Dimension erhalten. Er gilt heutzutage nicht mehr dem Aufbau von Nationalsammlungen, sondern vor allem der Befriedigung der *Nachfrage aus dem privaten illegalen Kunstmarkt*. Die Plünderung des irakischen Nationalmuseums im Jahre 2003 steht exemplarisch für diese traurige Entwicklung.²² Die meisten der später wieder zurückgebrachten Exponate waren auf dem illegalen Kunstmarkt aufgegriffen worden.²³

güterrecht und die Zerstreuung des deutschen Kulturbesitzes nach dem Zweiten Weltkrieg, in: Wilfried Fiedler (Hrsg.), *Internationaler Kulturgüterschutz und deutsche Frage*, Berlin, 1991, S. 109 (125 ff.). Ausf. zu den bis heute von Russland bestrittenen Restitutionsansprüchen Deutschlands *Schoen* (Fn. 5), S. 35 ff.; *Elena Syssoeva*, *Kunst im Krieg*, Berlin, 2004, S. 33 ff.; *Stefan Baufeld*, *Kulturgutbeschlagnahmen in bewaffneten Konflikten, ihre Rückabwicklung und der deutsch-russische Streit um die so genannte Beutekunst*, Frankfurt a.M. (u.a.), 2005, S. 121 ff.

18 Vgl. statt vieler *Andrea Cuning*, *The Safeguarding of Cultural Property in Times of War & Peace*, *Tulsa Journal of Comparative and International Law* 11 (2003-2004), S. 211 (220).

19 *Haager Konvention zum Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten*, v. 14.05.1954 (BGBl. 1967 II S. 1235).

20 Diese Formulierung geht nicht, wie die Verweise in den meisten Arbeiten suggerieren, auf *René-Jean Wilhelm* zurück (vgl. *ders.*, La „Croix-Rouge des Monuments“, *RICR* octobre 1954, Vol. 36, No. 430, S. 793 ff.), sondern, wie *Wilhelm* selber ausführt, auf den UNESCO-Generaldirektor *Jaime Torres Bodet*, der bei Eröffnung einer Sitzung des Expertenkomitees am 21. Juli 1952 erklärte: „Il s'agit bien, aujourd'hui, Messieurs, de jeter les fondements de ce que je me permettrai d'appeler une Croix-Rouge des biens culturels, c'est-à-dire, d'établir et de faire accepter par tous les États et par l'opinion publique ce principe que les biens de valeur culturelle ont droit au respect que les peuples civilisés reconnaissent aux civils, aux prisonniers de guerre, au personnel sanitaire et aux hôpitaux“, vgl. *Wilhelm*, ebda., S. 796 unter Wiedergabe des Zitates. Dieses findet sich auch abgedr. in: *Actes de la Conférence convoquée par l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture tenue à La Haye du 21 avril au 14 mai 1954, publiés par le gouvernement des Pays-Bas*, La Haye, 1961, S. 100.

21 Vgl. *Hirad Abtahi*, *The Protection of Cultural Property in Times of Armed Conflict*, *Harvard Human Rights Journal* 14 (2001), S. 1 f.; *Colin Kaiser*, *Crimes against Culture*, *The UNESCO Courier*, September 2000, S. 41 f.; *Karl Habsburg-Lothringen*, *The Destruction of Cultural Goods as a Primary Goal During War*, in: Edwin R. Micewski/Gerhard Sladek (eds.), *Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, Wien, 2002, S. 55 ff.; *Teresa Elisabeth Pribil*, *Die Zerstörung von Kulturgut in bewaffneten Konflikten am Beispiel des ehemaligen Jugoslawiens 1991-1996*, Diplomarbeit Eisenstadt 2007. Zum Schmerz, den die Zerstörung eines Kulturguts für die betroffenen Kulturkreise bedeuten kann, vgl. exemplarisch *Slavenka Drakulic*, *Falling Down*, *The New Republic*, 13 December 1993, S. 14 f.

22 Während des zweiten Golfkriegs 1991 wurden etwa 4.000 Gegenstände aus elf Provinzmuseen entwendet. Im dritten Golfkrieg 2003 kam es dann zu noch gravierenderen, teilweise in organisierter Form durchgeführten Plünderungen durch Gelegenheitsdiebe, aber offenbar auch durch professionelle Kunst-

Im Folgenden soll aufgezeigt werden, über welche Kulturgüterschutzmechanismen das Völkerrecht, ergänzt um das Privatrecht, heute verfügt. Daran anschließend wird geprüft, ob und inwieweit die geltenden Normen auch Lösungen für die modernen Konfliktformen bieten.

II. Haager Vertragswerk 1954/1999

Den Kern des Kulturgüterschutzrechts bildet das „Haager Vertragswerk“, bestehend aus der Haager Konvention von 1954²⁴ und ihren beiden Protokollen aus den Jahren 1954²⁵ und 1999.²⁶ 123 Staaten haben die Haager Konvention, 100 deren Erstes Protokoll und 52 deren Zweites Protokoll ratifiziert. An alle drei Verträge haben sich insgesamt 50 Staaten gebunden.²⁷ Das Haager Vertragswerk schafft Pflichten vor, während und nach einer bewaffneten Auseinandersetzung. Da sich die meisten Regeln auf militärische Konflikte internationalen Charakters beziehen, widmen sich die Teile II, III, IV und V der vorliegenden Darstellung ausschließlich dieser „klassischen“ und auch heutzutage noch immer aktuellen²⁸ Konfliktform.

1. Präventionspflichten vor militärischen Konflikten

Bereits zu Friedenszeiten haben die Staaten Präventionsmaßnahmen zu ergreifen, um ihre *eigenen Kulturgüter*²⁹ im Falle eines militärischen Konflikts bestmöglich zu schützen. Es handelt sich um die Sicherung und um die Klassifizierung der zu schützenden Objekte.

räuber, von denen insb. das irakische Nationalmuseum in Bagdad betroffen war. Es wird vermutet, dass dabei etwa 15.000 Kulturgüter gestohlen wurden, die kurz darauf auf dem internationalen Kunstmarkt auftauchten, vgl. *Ira Mazzoni*, Die Leere nach dem Sturm, SZ, v. 14.04.2003, S. 13; *Dieter Bartzko*, Wo sind die Männer aus Amerika?, F.A.Z., v. 14.04.2003, S. 37.

23 Im Februar 2009 wurde das irakische Nationalmuseum wieder eröffnet. Von den rd. 15.000 gestohlenen Objekten konnten jedoch erst etwa 6.000 gefunden und zurückgebracht werden, vgl. *Inga Rogg*, Das irakische Nationalmuseum ist wieder offen, NZZ, v. 24.02.2009, S. 3. Zu den Schwierigkeiten der Rückführung vgl. *Matthew Bogdanos*, Thieves of Bagdad: Combating Global Traffic in Stolen Iraqi Antiquities, *Fordham International Law Journal* 31 (2007-2008), S. 725 ff.

24 Vgl. Fn. 19.

25 Protokoll (zur Konvention zum Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten), v. 14.05.1954 (BGBl. 1967 II S. 1300).

26 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, v. 26.03.1999, 38 I.L.M. 769 (1999).

27 Stand: April 2009.

28 Den jüngsten militärischen Konflikt internationalen Charakters stellt der sog. „Kaukasuskrieg“ zwischen Georgien einerseits und Russland sowie den abtrünnigen georgischen Republiken Südossetien und Abchasien andererseits dar. Den Versuch Georgiens, die Kontrolle über die Region durch eine militärische Offensive wiederzugewinnen, erwiderten russische Truppen durch einen Gegenangriff, mit dem sie bis in georgisches Kernland vordrangen. Am 15./16. August 2008 unterzeichneten Georgien und Russland einen durch die EU vermittelten Friedensplan, mit dem u.a. die Grundlage für den Rückzug der russischen Truppen gelegt wurde. Vgl. überblicksartig *Hans-Henning Schröder* (Hrsg.), Die Kaukasus-Krise, Internationale Perzeptionen und Konsequenzen für deutsche und europäische Politik, SWP-Studie 2008/S 25; *Reinhard Meier*, Keine Sieger nach dem Kaukasus-Krieg, NZZ, v. 27.12.2008, S. 1. Zur damit einhergehenden Rückkehr des „klassischen Krieges“ vgl. *Andreas Herberg-Rothe*, Die Rückkehr der Großmächte, F.A.Z., v. 12.08.2008, S. 46.

29 Vgl. statt vieler *Kevin Chamberlain*, War and Cultural Heritage, Leicester, 2004, S. 33.

a) Sicherung

Die Staaten sollen Verzeichnisse erstellen, Notfallmaßnahmen zum Schutz gegen Feuer oder Gebäudeeinsturz planen, die Verlagerung von beweglichem Kulturgut vorbereiten sowie Zuständigkeiten festlegen.³⁰ Hinzu treten Schulungs- und Organisationsmaßnahmen in Militär und Zivilschutz.³¹

Die meisten entwickelten Vertragsstaaten haben keine Schwierigkeiten, diesen Sicherungspflichten nachzukommen³² – wenn auch die einzelnen Pflichten bislang unterschiedlich stark umgesetzt worden sind. Für Entwicklungsländer hingegen stellt die Realisierung der aufgelisteten Maßnahmen eine große Herausforderung dar. Für diese Fälle ist die Möglichkeit der Unterstützung durch die UNESCO bzw. andere Vertragsstaaten vorgesehen.³³

b) Klassifizierung

Darüber hinaus haben die Staaten ihr Kulturgut zu klassifizieren. Gemäß dem Haager Vertragswerk gibt es nämlich drei verschiedene Schutzkategorien für Kulturgüter.

aa) Allgemeiner Schutz

Die erste Kategorie ist der „Allgemeine Schutz“ der Haager Konvention.³⁴ Er gilt für Kulturgut „von großer Bedeutung“³⁵ für das jeweilige Volk³⁶, d.h. für den einzelnen Staat.³⁷ Zu den von der Haager Konvention erfassten Kulturgütern gehören beispielsweise Bau-, Kunst- oder geschichtliche Denkmäler religiöser oder weltlicher Art, archäologische Stätten, Kunstwerke, Manuskripte oder Bücher.³⁸ Auch Baulichkeiten, die in der Hauptsache bewegliches Kulturgut beherbergen, wie etwa Museen oder Archive,³⁹ sowie die sog. Denkmalsorte, die in beträchtlichem Umfang Kulturgut aufweisen,⁴⁰ können unter den Allgemeinen Schutz fallen. Jeder Staat entscheidet selbst, welche

30 Vgl. Art. 3 Haager Konvention i.V.m. Art. 5 Zweites Haager Protokoll.

31 Vgl. Art. 7 Haager Konvention. Zur Umsetzung in Österreich vgl. *Franz Schuller*, Training and dissemination in the Austrian armed forces, in: Maria Teresa Dutli (ed.), *Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Report on the Meeting of Experts (Geneva, 5/ 6 October 2000)*, Geneva, 2002, S. 107 ff.; zur Umsetzung in Italien vgl. *Leonardo Prizzi*, Training and dissemination activities in the Italian armed forces, ebda., S. 113 ff.

32 Zur Umsetzung in der Schweiz vgl. *Rino Büchel*, Mesures préventives prises en Suisse dans le cadre de la protection des biens culturels, RICR juin 2004, Vol. 86, No. 854, S. 325 ff.

33 Vgl. Art. 23 Haager Konvention und Art. 33 Zweites Haager Protokoll.

34 Vgl. Art. 2 - 7 Haager Konvention.

35 Vgl. Art 1 lit. a Haager Konvention.

36 Vgl. *John Henry Merryman*, Two Ways of Thinking about Cultural Property, *AJIL* 80 (1986), S. 831 (837); *Jiří Toman*, The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Aldershot, 1996, S. 50; *Chamberlain* (Fn. 29), S. 29; *Roger O'Keefe*, The Meaning of „Cultural Property“ under the 1954 Hague Convention, *NILR* 46 (1999), S. 26 (28 ff.); *ders.*, Protection of Cultural Property, in: Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2nd edition, Oxford, 2008, S. 433 (437); *Odendahl* (Fn. 3), S. 377 f.

37 Vgl. *Roger O'Keefe*, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge 2006, S. 210. Zur entspr. Staatenpraxis am Beispiel Österreichs vgl. *Georg Steinmetzer*, Kulturgüterschutz als taktische Aufgabe, *ÖMZ* 2/2000, S. 161.

38 Vgl. Art. 1 lit. a Haager Konvention.

39 Vgl. Art. 1 lit. b Haager Konvention.

40 Vgl. Art. 1 lit. c Haager Konvention

Kulturgüter er als national wertvoll einstuft.⁴¹ Kulturgüter von großer nationaler Bedeutung sind – um Beispiele aus unserem Tagungsort München zu nehmen – Schloss Nymphenburg oder die Residenz.

In der Praxis wird die Bestimmung der eigenen Kulturgüter von großer nationaler Bedeutung von den Staaten recht unterschiedlich gehandhabt. Vorbildlich und in höchstem Maße transparent ist die *Schweiz* vorgegangen. 1988 wurde das „Schweizerische Inventar der Kulturgüter von nationaler und regionaler Bedeutung“ (im Folgenden „KGS-Inventar“) erstellt. Nach kontinuierlicher Überarbeitung und Revision wird es 2010 bereits in 3. Auflage erscheinen.⁴² Um eine einheitliche Bestimmung der Kulturgüter von nationaler Bedeutung durch die Kantone zu ermöglichen und ihre Zahl in einem überschaubaren Rahmen zu halten, gab der Bund den Kantonen Richtgrößen und Auswahlkriterien vor. Das neue KGS-Inventar wird voraussichtlich knapp 3000 Objekte umfassen und in Buchform veröffentlicht werden. Die bei der 1. und 2. Auflage dazu gehörende Karte wird durch eine Darstellung der Kulturgüter auf einem elektronischen, internetbasierten und öffentlich zugänglichen geografischen Informationssystem (dem sog. GIS) ersetzt.⁴³

Österreich und Deutschland sind weniger systematisch vorgegangen. In *Österreich* wurde 1985 eine erste Haager Liste erstellt. Allerdings gab es keine einheitlichen Vorgaben, so dass es unter den neun Bundesländern zu erheblichen Diskrepanzen kam (so benannte Tirol etwa 30 000 Objekte, während für die übrigen acht Bundesländer zusammen nur insgesamt 46 000 Objekte als schutzwürdig im Sinne der Haager Konvention angesehen wurden). Darüber hinaus verfügte nicht jedes Bundesland über eine gedruckte Liste. Österreich strebt die Erstellung einer neuen Liste bis Ende 2009 an. Diese soll dann nach einheitlichen Kriterien aufgebaut sein und voraussichtlich etwa 8000 Einträge umfassen.⁴⁴

In *Deutschland* mangelt es hingegen völlig an einem Verzeichnis. Laut Auskunft des Bundesamtes für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe gibt es nur Aktenordner, die ein größeres Regal füllen und etwa 10 000 verzeichnete Objekte enthalten. Ein Verzeichnis wie in der Schweiz ist für die nächsten Jahre geplant; der Weg dorthin sei aber noch weit.⁴⁵

41 Vgl. aus der Staatenpraxis *Hassan Jouni*, The identification and registration of cultural property in Lebanon, in: Maria Teresa Dutli (ed.), Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Report on the Meeting of Experts (Geneva, 5 - 6 October 2000), Geneva, 2002, S. 85 ff.; *Eduardo Andrade Abularach*, The criteria used to identify and register protected cultural property in Guatemala, ebda., S. 93 ff.

42 Vgl. *Rino Büchel*, KGS-Inventar, 3. Ausgabe, KGS-Forum 13/2008, S. 8 ff.

43 Vgl. *Stephan Zellmeyer*, Das KGS-Inventar als geografisches Informationssystem (GIS), KGS-Forum 13/2008, S. 68 ff. Vgl. dazu auch die entsprechende Internetseite <http://kgs-gis.admin.ch> (zuletzt überprüft am 31.07.2009).

44 Zur Rechtslage in Österreich vgl. *Wolfgang Czerny*, Kulturgüterschutz und Inventarisierung in Österreich, KGS-Forum 6/2005, S. 54 ff.

45 Vgl. auch *Roland Stachowiak*, Schutzmassnahmen für Kulturgut in Deutschland, KGS-Forum 6/2005, S. 63 ff.

bb) Sonderschutz

Die zweite Kategorie ist der „Sonderschutz“ der Haager Konvention.⁴⁶ Er kommt *Bergungsorten für bewegliches Kulturgut sowie unbeweglichen Kulturgütern* „von sehr hoher Bedeutung“⁴⁷ für den jeweiligen Staat zu. Um unter Sonderschutz gestellt werden zu können, müssen sich solche Kulturgüter in ausreichender Entfernung von militärischen Zielen befinden und dürfen auch selbst nicht militärisch genutzt werden.⁴⁸ Der Sonderschutz wird vom UNESCO-Generaldirektor auf Antrag des Belegenheitsstaates verliehen; das Kulturgut wird dann in das „Internationale Register für Kulturgut unter Sonderschutz“ eingetragen.⁴⁹

Bisher wurde von dieser Eintragungsmöglichkeit allerdings so gut wie kein Gebrauch gemacht. Nur vier Staaten (Deutschland, Österreich, die Niederlande und der Heilige Stuhl) haben in den 1960er und 1970er Jahren insgesamt neun Kulturgüter in das Register eintragen lassen. Allerdings haben sie später vier davon wieder streichen lassen, so dass derzeit weltweit nur fünf Bergungsorte bzw. unbewegliche Kulturgüter unter Sonderschutz stehen. Zu diesen zählt der Oberrieder Stollen bei Freiburg im Breisgau als zentraler deutscher Bergungsort für Kulturgüter.

Der Grund für die Zurückhaltung der Staaten, ihr Kulturgut unter Sonderschutz stellen zu lassen, ist das zu hohe Distanzkriterium.⁵⁰ Die Kulturgüter dürfen sich nämlich weder in der Nähe von großen Industriezentren, Flugplätzen, Rundfunksendern, Häfen, Bahnhöfen oder Hauptverkehrswegen befinden (die alle als militärische Ziele gelten)⁵¹. Im dichtbesiedelten Europa stellt dies eine kaum zu erfüllende Voraussetzung dar.

cc) Verstärkter Schutz

Die dritte Schutzkategorie ist der „verstärkte Schutz“ des Zweiten Haager Protokolls.⁵² Er ist für Kulturgüter „von höchster Bedeutung für die Menschheit“ vorgesehen.⁵³ Es geht also nicht um Kulturgüter von nationaler, sondern um solche von weltweiter Bedeutung. Diese weltweite Bedeutung muss aber darüber hinaus noch auf der höchsten Stufe angesiedelt sein. Die Parallele zu den Weltkulturgütern der UNESCO-Welterbekonvention von 1972⁵⁴ ist offensichtlich und gewollt.⁵⁵ Kulturgüter von herausragender

46 Vgl. Art. 8–14 der Haager Konvention. Näher zum Sonderschutz *Burra Srinivas*, *Special and Enhanced Protections of Cultural Property During Armed Conflicts*, *The ISIL Yearbook of International Humanitarian Law and Refugee Law* 5 (2005), S. 249 (251 ff.).

47 Art. 8 Abs. 1 Haager Konvention.

48 Vgl. Art. 8 Abs. 1 Haager Konvention.

49 Vgl. Art. 12 ff. Ausführungsbestimmungen zur Haager Konvention. Das Register ist abgedruckt in: *Kerstin Odendahl* (Hrsg.), *Kulturgüterrecht*, Baden-Baden, 2006, S. 20 f.

50 Vgl. *Frits Kalshoven/Liesbeth Zegveld*, *Constraints on the Waging of War*, 3rd edition, Geneva, 2001, S. 50 f.; *Chamberlain* (Fn. 29), S. 49; *Jean-Marie Henckaerts*, *Respect for Cultural Heritage in armed conflict – An imperative necessity?*, in: Michael Pesendorfer/Hubert Speckner (eds.), *Protection of Cultural Property in Peace Support Operations*, Wien 2006, S. 41 (46) unter Hinweis auf weitere Gründe politischer Natur.

51 Vgl. Art. 8 Abs. 1. lit. a Haager Konvention.

52 Vgl. Art. 10–14 Zweites Haager Protokoll. Näher zum verstärkten Schutz *Srinivas* (Fn. 46), S. 253 ff.

53 Art. 10 lit. a Zweites Haager Protokoll.

54 Übereinkommen zum Schutz des Kultur- und Naturerbes der Welt, v. 23.11.1972 (BGBl. 1977 II S. 215).

55 Vgl. *Jan Hladik*, *The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and the notion of military necessity*, *RICR* septembre 1999, Vol. 81, No. 835, 621 (628).

Weltbedeutung sollen nicht mehr – wie bisher – nur zu Friedens-, sondern auch und gerade zu Kriegszeiten besonders stark geschützt werden.

Damit solches Kulturgut unter verstärkten Schutz fällt, muss es bereits zu Friedenszeiten innerstaatlich auf der höchsten Schutzstufe stehen, und es darf nicht militärisch genutzt werden.⁵⁶ Das für den Sonderschutz verlangte, aber kaum zu erfüllende Distanzkriterium wurde aufgegeben.⁵⁷ Verliehen wird der Schutz auf Antrag des Belegenheitsstaates von einem speziell für die Umsetzung des Zweiten Haager Protokolls geschaffenen UNESCO-Ausschuss.⁵⁸ Sollte es zu der Situation kommen, dass ein Kulturgut sowohl unter Sonderschutz als auch unter verstärktem Schutz steht, so finden nur die Bestimmungen über den verstärkten Schutz Anwendung.⁵⁹

Ein Kulturgut „von höchster Bedeutung für die Menschheit“ aus Deutschland wäre wohl die Wartburg. Sie ist als UNESCO-Weltkulturerbe eingestuft und steht symbolisch für die Reformation, die weit über Deutschland hinaus bis heute Wirkung entfaltet. Bislang steht jedoch weder die Wartburg noch irgendein anderes Kulturgut unter verstärktem Schutz. Das Zweite Haager Protokoll ist erst 2004 in Kraft getreten, und die vom Ausschuss zu erlassenden Durchführungsrichtlinien sind noch in Arbeit, so dass Antragstellungen noch nicht möglich sind. Allerdings entwickelt beispielsweise die Schweiz, die als eines der Ausschussmitglieder auch die Ausarbeitung der Durchführungsrichtlinien maßgeblich vorantreibt,⁶⁰ bereits eine Liste der schweizerischen Kulturgüter von Weltbedeutung, die sie unter verstärkten Schutz stellen lassen möchte, sobald ein Antragsverfahren geschaffen ist.

Von den vorgesehenen drei Schutzkategorien ist also de facto derzeit nur eine wirksam. Es ist die niedrigste, diejenige des „Allgemeinen Schutzes“.

2. Schutzpflichten während militärischer Konflikte

Kommt es zu einem militärischen Konflikt, so entstehen zahlreiche Schutzpflichten, und zwar sowohl gegenüber eigenen Kulturgütern als auch gegenüber denjenigen des Gegners. Zu unterscheiden ist dabei zwischen den Schutzpflichten bei Feindseligkeiten und den Schutzpflichten im Falle einer Besetzung fremden Gebiets.

a) Feindseligkeiten

aa) Kennzeichnung

Bei Ausbruch von Feindseligkeiten kommen die Regelungen zur Kennzeichnung der *eigenen Kulturgüter* zur Anwendung. Das von der Haager Konvention vorgegebene

56 Vgl. Art. 10 lit. b und c Zweites Haager Protokoll. Die Verleihung des Schutzes erfolgt durch Eintragung in die „Liste des Kulturguts unter verstärktem Schutz“.

57 So ausdr. *Henckaerts* (Fn. 50), S. 46.

58 Zum Verfahren siehe Art. 11 und 24 ff. Zweites Haager Protokoll.

59 Vgl. Art. 4 lit. b Zweites Haager Protokoll. In der Praxis wird es daher wohl darauf hinauslaufen, dass der verstärkte Schutz sukzessive den Sonderschutz ersetzt, vgl. *Andrea Gioia*, *The Development of International Law Relating to the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: The Second Protocol to the Hague Convention 1954*, *The Italian Yearbook of International Law* 11 (2001), S. 25 (44).

60 Vgl. *Kerstin Odendahl*, *Der Schutz der wertvollsten Kulturgüter der Menschheit: aktuelle völkerrechtliche Entwicklungen*, in: Nicolai Kemle/Peter Michael Lynen/Matthias Weller (Hrsg.), *Kulturgüterschutz – Kunstrechtsschutz*, Baden-Baden, 2009, S. 23 (41 ff.).

Kennzeichen ist der bekannte ultramarinblau-weiße Schild,⁶¹ weltweit auch als „blue shield“ bezeichnet. Je nach Schutzkategorie variiert die Kennzeichnungspflicht. Kulturgut unter *Allgemeinem Schutz* kann mit dem einfachen Kennzeichen versehen werden.⁶² Kulturgut unter *Sonderschutz* muss mit dem dreifachen Haager Kennzeichen, angeordnet in einem spitz zulaufenden Dreieck, versehen werden.⁶³

Für Kulturgut unter *verstärktem Schutz*, also für Kulturgut von höchster Weltbedeutung, ist erstaunlicherweise keine Kennzeichnung im Zweiten Haager Protokoll vorgesehen. Im oben erwähnten UNESCO-Ausschuss wird zur Zeit heftig diskutiert, ob in den zu schaffenden Durchführungsrichtlinien für das Zweite Haager Protokoll die Möglichkeit einer Kennzeichnung für Kulturgut unter verstärktem Schutz vorgesehen werden soll. Bislang scheiterte die Annahme einer solchen Regelung aber daran, dass sich die Ausschussmitglieder weder hinsichtlich der Kennzeichnungsmöglichkeit noch hinsichtlich des Kennzeichens einigen konnten.⁶⁴ Systemgerecht erscheint die mehrfache Verwendung des Haager Kennzeichens, am sinnvollsten wohl in vierfacher Ausfertigung, angeordnet im Quadrat.⁶⁵

Das Haager Vertragswerk enthält nur Vorgaben für die Kennzeichnung während eines bewaffneten Konflikts.⁶⁶ Soweit ersichtlich, verhalten sich auch die meisten Vertragsstaaten entsprechend, d.h. sie kennzeichnen ihre Kulturgüter zu Friedenszeiten nicht, so etwa die Schweiz.⁶⁷ Andere Staaten jedoch bringen die Kennzeichen bereits zu Friedenszeiten an. Das ist in Österreich⁶⁸ und – je nach Bundesland – zum Teil auch in Deutschland⁶⁹ der Fall.⁷⁰

61 „Das Kennzeichen der Konvention besteht aus einem nach unten hin spitzen Schild in Ultramarinblau und Weiß; (der Schild wird aus einem ultramarinblauen Quadrat, dessen eine Ecke die Spitze des Schildes darstellt, und aus einem oberhalb des Quadrats befindlichen ultramarinblauen Dreieck gebildet, wobei der verbleibende Raum auf beiden Seiten von je einem weißen Dreieck ausgefüllt wird“ (Art. 16 Abs. 1 Haager Konvention). Zur Arbeit der „Blue Shield-Committees“ vgl. *Marie-Thérèse Varlamoff*, *The International Committee of the Blue Shield & the Protection of Cultural Heritage in the Event of Armed Conflict*, *Revue de droit militaire et de droit de la guerre* 43 (2004), S. 175 ff.

62 Vgl. Art. 6 i.V.m. Art. 16 Haager Konvention. Im Jahr 1999 warf Bosnien-Herzegowina die Frage auf, ob nicht auch zerstörte Kulturgüter mit dem Haager Kennzeichen versehen werden können. Diese Initiative verlief dann allerdings im Sande, vgl. *Jan Hladík*, *Marking of cultural property with the distinctive emblem of the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, *RICR juin 2004*, Vol. 86, No. 854, S. 379 ff.

63 Vgl. Art. 10 i.V.m. Art. 16 f. Haager Konvention.

64 Vgl. *Odendahl* (Fn. 60), S. 45.

65 Vgl. *Kerstin Odendahl*, *Zur Kennzeichnung von Kulturgut unter verstärktem Schutz nach dem Zweiten Protokoll (1999) zum Haager Abkommen von 1954*, *KGS-Forum* 11/2007, S. 58 ff.

66 Vgl. Art. 6, 10, 16 f. Haager Konvention.

67 Vgl. Art. 20 Abs. 1 der Verordnung über den Schutz der Kulturgüter bei bewaffneten Konflikten (*Kulturgüterschutzverordnung – KGSV*), *SR* 520.31.

68 Vgl. § 13 Abs. 5 des Bundesgesetzes betreffend den Schutz von Denkmälern wegen ihrer geschichtlichen, künstlerischen oder sonstigen kulturellen Bedeutung (*Denkmalschutzgesetz – DMSG*), *BGBI. I Nr. 170/1999*.

69 Zur völlig uneinheitlichen und unübersichtlichen Lage in Deutschland vgl. *ausf. und m.w.N. Odendahl* (Fn. 3), S. 301 f.

70 Zur Praxis in Slowenien vgl. *Savin Jogan*, *The procedure for marking cultural property in Slovenia*, in: *María Teresa Dutli* (ed.), *Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Report on the Meeting of Experts (Geneva, 5-6 October 2000)*, Geneva, 2002, S. 97 ff.

bb) Respektierung

Hauptpflicht bei bewaffneten Konflikten ist jedoch die sog. „Respektierung“ von Kulturgütern.⁷¹ Sie gilt sowohl gegenüber dem gegnerischen als auch gegenüber dem eigenen Kulturgut.⁷²

(a) Absolutes Verbot der gezielten sinnlosen Zerstörung

Absolut und ausnahmslos verboten ist jede „sinnlose“ Zerstörung von Kulturgut. Die Parteien haben sie zu verbieten, zu verhindern und nötigenfalls zu unterbinden.⁷³

(b) Relatives Verbot der gezielten militärischen Zerstörung und Beschädigung

Die gezielte „militärische“ Zerstörung oder Beschädigung unterliegt hingegen einem nur relativen Verbot. Zwar dürfen Kulturgüter grundsätzlich weder militärisch genutzt noch angegriffen werden.⁷⁴ Je nach Schutzkategorie können diese Verbote aber durchbrochen werden.

Kulturgut unter *Allgemeinem Schutz* – also die Münchner Residenz – verliert seinen Schutz, wenn „die militärische Notwendigkeit“⁷⁵ dies *zwingend* erfordert.⁷⁶ Das Vorliegen einer zwingenden militärischen Notwendigkeit kann dabei nur von mindestens einem Bataillonskommandanten festgestellt werden.⁷⁷ Sie kann für die militärische Verwendung eines Kulturguts nur dann geltend gemacht werden, wenn keine andere praktisch mögliche Methode zur Erlangung eines vergleichbaren militärischen Vorteils besteht.⁷⁸ Für einen Angriff auf ein Kulturgut ist eine Berufung auf die zwingende militärische Notwendigkeit nur zulässig, wenn das Kulturgut durch seine Funktion zu einem militärischen Ziel geworden ist und keine andere Möglichkeit besteht, einen vergleichbaren militärischen Vorteil zu erlangen.⁷⁹ Darüber hinaus ist der Gegner, soweit möglich, vorher wirksam zu warnen.⁸⁰

Kulturgut unter *Sonderschutz* – also der Oberrieder Stollen – darf nur bei *unausweichlicher*⁸¹ militärischer Notwendigkeit angegriffen werden. Ob das der Fall ist, kann nur durch mindestens einen Divisionskommandanten festgestellt werden.⁸² Darüber hinaus ist die eine Partei nicht mehr an die Unverletzlichkeit gebunden, sobald und solange die andere Partei die Unverletzlichkeit verletzt.⁸³

71 Vgl. Art. 2 ff. Haager Konvention.

72 Vgl. statt vieler *Chamberlain* (Fn. 29), S. 36.

73 Vgl. Art. 4 Abs. 3 Satz 1 Haager Konvention.

74 Vgl. Art. 4 Abs. 1 Haager Konvention.

75 Ausf. zur militärischen Notwendigkeit *Craig J.S. Forrest*, *The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property during Armed Conflicts*, *California Western International Law Journal* 37 (2007), S. 177 ff.

76 Vgl. Art. 4 Abs. 2 Haager Konvention.

77 Vgl. Art. 6 lit. c Zweites Haager Protokoll.

78 Vgl. Art. 6 lit. b Zweites Haager Protokoll.

79 Vgl. Art. 6 lit. a Zweites Haager Protokoll.

80 Vgl. Art. 6 lit. d Zweites Haager Protokoll.

81 Vgl. Art. 11 Abs. 2 Satz 1 Haager Konvention.

82 Vgl. Art. 11 Abs. 2 Satz 2 Haager Konvention.

83 Vgl. Art. 11 Abs. 1 Haager Konvention.

Lediglich Kulturgut unter *verstärktem Schutz* – also zukünftig möglicherweise die Wartburg – ist *absolut unverletzlich*. Keine wie auch immer geartete militärische Notwendigkeit rechtfertigt einen Angriff.⁸⁴ Der verstärkte Schutz kann allerdings aufgehoben werden, wenn das Kulturgut die Voraussetzungen für die Gewährung des verstärkten Schutzes nicht mehr erfüllt oder wenn es zur Unterstützung militärischer Handlungen verwendet wird.⁸⁵ Darüber hinaus darf ein solches Kulturgut militärisch angegriffen werden, wenn es aufgrund seiner Verwendung ein militärisches Ziel geworden ist.⁸⁶ Ein solcher Angriff ist jedoch nur unter extrem strengen Voraussetzungen zulässig. So muss er das einzig praktisch mögliche Mittel sein, um die militärische Verwendung zu unterbinden; es müssen alle Maßnahmen getroffen werden, damit seine Beschädigung unterbleibt oder auf ein Mindestmaß beschränkt wird, und der Angriff muss, außer im Falle von Selbstverteidigung, von höchster Ebene angeordnet werden, es muss eine Vorwarnung an die gegnerischen Streitkräfte ergehen, und es muss diesen genug Zeit gegeben werden, die militärische Verwendung des Kulturguts wieder aufzugeben.⁸⁷

Deutlich wird also, dass – abgesehen vom bislang inexistenten Kulturgut unter verstärktem Schutz – das Vorliegen einer militärischen Notwendigkeit zur Aufhebung des Schutzes von Kulturgütern führt. Diese wesentliche Schwachstelle der Haager Konvention wurde dementsprechend auch von Anfang an hart kritisiert.⁸⁸ Das Zweite Haager Protokoll von 1999 hat zwar durch die soeben beschriebenen Begrenzungen der Geltendmachung einer militärischen Notwendigkeit eine Verbesserung des Schutzes herbeigeführt.⁸⁹ Es bleibt allerdings dabei: Eine militärische Notwendigkeit geht dem Schutz von Kulturgütern grundsätzlich vor.

(c) Vermeidung von Kollateralschäden

Vor Kollateralschäden sind Kulturgüter *so weit wie möglich* zu schützen. Der Angreifer hat die Pflicht, alles praktisch Mögliche zu tun, um sicherzugehen, dass er keine Kulturgüter angreift, er muss bei der Wahl der Angriffsmittel und -methoden alle möglichen

84 Vgl. Art. 12 Zweites Haager Protokoll.

85 Vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 14 Zweites Haager Protokoll.

86 Vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. b Zweites Haager Protokoll.

87 Vgl. Art. 13 Abs. 2 Zweites Haager Protokoll sowie die Erläuterungen von *Vittorio Mainetti*, *De nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, RICR juin 2004, Vol. 86, No. 854, S. 337 (353 ff.).

88 Die Bestimmungen zur militärischen Notwendigkeit wurden bereits bei den Vertragsverhandlungen ausgesprochen kontrovers diskutiert, vgl. *Helmut Strebel*, *Die Haager Konvention zum Schutz der Kulturgüter im Falle eines bewaffneten Konfliktes vom 14. Mai 1954*, *ZaöRV* 16 (1955/56), S. 35 (72 ff.). Die Kritik hielt allerdings kontinuierlich an, vgl. *Buhse* (Fn. 14), S. 100; *Nahlik* (Fn. 8), S. 132; *Sabine von Schorlemer*, *Internationaler Kulturgüterschutz*, Berlin, 1992, S. 279 f.; *Hladik* (Fn. 55), S. 621 ff. Differenzierend *Reinhard Mußnug*, *Der kriegsrechtliche Kulturgüterschutz*, in: Helmut Neuhaus (Hrsg.), *Verfassung und Verwaltung*, FS für Kurt G.A. Jeserich zum 90. Geburtstag, Köln (u.a.), 1994, S. 333 (342 f.): Nicht die Möglichkeit, sich auf die zwingende militärische Notwendigkeit zu berufen, sei problematisch, sondern nur die fehlende Definition dieser Klausel. Als „realistische Sichtweise“ stuft *Michael Kilian*, *Kriegsvölkerrecht und Kulturgut*, *NZWehr* 1983, S. 41 (52) die Einfügung dieses Ausnahmetatbestandes ein. Ähnlich *Bernd Hartwig*, *Die Konvention zum Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten*, *NZWehr* 1967, S. 97 (101 f.); *Matthias Herdegen*, *Der Kulturgüterschutz im Kriegsvölkerrecht*, in: Rudolf Dolzer/Erik Jayme/Reinhard Mußnug (Hrsg.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes*, Heidelberg, 1994, S. 161 (170 f.); *Anette Hipp*, *Schutz von Kulturgütern in Deutschland*, Berlin, 2000, S. 129 f.

89 Vgl. zusammenfassend *Mainetti* (Fn. 87), S. 352 f.

Vorsichtsmaßnahmen treffen, um Beschädigungen von Kulturgut zu vermeiden oder auf ein Mindestmaß zu beschränken, und er hat von Angriffen Abstand zu nehmen, die einen Kollateralschaden an Kulturgut anrichten, der außer Verhältnis zum unmittelbaren militärischen Vorteil steht. Stellt sich im Laufe eines Angriffs heraus, dass Kulturgut angegriffen wird bzw. einer unverhältnismäßigen Kollateralbeschädigung ausgesetzt ist, muss der Angriff endgültig oder vorläufig eingestellt werden.⁹⁰

Darüber hinaus hat jede Vertragspartei, soweit dies praktisch irgend möglich ist, bewegliches Kulturgut aus der Umgebung militärischer Ziele zu entfernen oder für deren angemessenen Schutz an Ort und Stelle zu sorgen, sowie es zu vermeiden, militärische Ziele in der Nähe von Kulturgut anzulegen.⁹¹

(d) Schutz von Kulturguttransporten

Eine weitere Respektierungspflicht gilt gegenüber Kulturguttransporten, welche die Objekte aus den Gefahrenzonen bringen. Kulturguttransporte stehen unter *Sonderschutz*⁹² und dürfen nicht angegriffen werden – auch nicht im Falle einer „zwingenden militärischen Notwendigkeit“.⁹³

Gelangt Kulturgut auf diesem Wege ins Ausland, so ist der betreffende Staat Verwahrer des Kulturguts und hat auf dieses dieselbe Sorgfalt zu verwenden wie auf eigenes Kulturgut von vergleichbarer Bedeutung.⁹⁴ Solange sich das Kulturgut im Ausland befindet, ist es beschlagnahmefrei, und weder der Verwahrer noch der Hinterleger können darüber verfügen. Ein Transport in ein drittes Land ist möglich, wenn es die Sicherheit des Kulturguts erfordert und der Hinterleger zustimmt.⁹⁵

(e) Absolutes Wegnahmeverbot

Neben diese Pflichten zum Schutz vor Zerstörung und Beschädigung tritt ein absolutes Wegnahmeverbot. Jede Art von Diebstahl, Plünderung oder andere widerrechtliche Inbesitznahme von Kulturgut ist absolut untersagt. Die Parteien haben sie zu verbieten, zu verhindern und nötigenfalls zu unterbinden.⁹⁶ Auch nehmen sie davon Abstand, bewegliches Kulturgut, das sich auf dem Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei befindet, zu beschlagnahmen.⁹⁷ Das absolute Wegnahme- und Beschlagnahmeverbot gilt auch und gerade für Kulturgüter, die als Bestandteil eines Kulturguttransportes unter Sonderschutz stehen.⁹⁸

90 Vgl. Art. 7 Zweites Haager Protokoll.

91 Vgl. Art. 8 Zweites Haager Protokoll.

92 Vgl. Art. 12 Haager Konvention i.V.m. Art. 17 ff. der Ausführungsbestimmungen zur Haager Konvention. In dringenden Fällen gelten Ausnahmen von der regulären Anmeldung, vgl. Art. 13 Haager Konvention (bei dringenden Verlagerungen durch den Staat) und Art. 19 der Ausführungsbestimmungen zur Haager Konvention (bei dringenden Verlagerungen durch den besetzenden Staat).

93 Vgl. Art. 12 Abs. 3 Haager Konvention; *Chamberlain* (Fn. 29), S. 56.

94 Vgl. Art. 18 lit. a der Ausführungsbestimmungen zur Haager Konvention.

95 Vgl. Art. 18 lit. c der Ausführungsbestimmungen zur Haager Konvention.

96 Vgl. Art. 4 Abs. 3 Satz 1 Haager Konvention. Auf die Absolutheit des Verbots weist auch *Rüdiger Wolfrum*, Protection of Cultural Property in Armed Conflict, *Israel Yearbook on Human Rights* 32 (2002), S. 305 (331) hin.

97 Vgl. Art. 4 Abs. 3 Satz 2 Haager Konvention. Ausf. zum Beschlagnahmeverbot *Baufeld* (Fn. 17), S. 53 ff.

98 Vgl. Art. 14 Haager Konvention.

(f) Absolutes Repressalienverbot

Genauso absolut ist der Schutz vor Repressalien ausgestaltet. Die Vertragsparteien enthalten sich jeder Repressalie gegenüber Kulturgut.⁹⁹ Angesichts der als Repressalien deklarierten umfassenden Zerstörungen und Entwendungen von Kulturgut im Zweiten Weltkrieg kommt diesem absoluten Verbot eine besondere Bedeutung zu.¹⁰⁰

Man mag sich fragen, warum die beiden zuletzt genannten Pflichten, der Schutz vor Wegnahme und vor Repressalien, absolut ausgestaltet sind, während der – weitaus essentiellere – Schutz vor Zerstörung und Beschädigung so zahlreiche Durchbrechungen erfährt. Es gibt dafür vermutlich nur eine Erklärung: Mit der Wegnahme von Kulturgut, mit Repressalien oder mit dem Angriff auf einen Kulturguttransport lässt sich kein militärischer Vorteil erzielen – wohl aber unter Umständen mit der gezielten Zerstörung von Gebäuden.

b) Besetzung

Gemäß Art. 42 der Haager Landkriegsordnung gilt ein Gebiet als besetzt, wenn es sich gegen den Willen des Souveräns tatsächlich in der Gewalt des feindlichen Heeres befindet.¹⁰¹ Dabei ist mittlerweile anerkannt, dass eine Besetzung auch ohne vorherige militärische Auseinandersetzung erfolgen kann.¹⁰² Im Falle einer Besetzung lässt das Haager Vertragswerk ebenfalls eine Reihe von Schutzpflichten, wiederum sowohl gegenüber dem eigenen als auch gegenüber dem fremden Kulturgut entstehen.¹⁰³

aa) Schutzpflichten des besetzten Staates

Den besetzten Staat treffen keine spezifischen Kulturgüterschutzpflichten. Wehrt er sich jedoch mit militärischen Mitteln gegen die Besetzung, so leben die oben erwähnten Respektierungspflichten wieder auf. Dieselbe Pflicht trifft bewaffnete Widerstandsbewegungen. Die Regierung des besetzten Staates hat die Angehörigen von Widerstandsbewegungen, die sie als ihre legitime Regierung ansehen, zumindest auf die Regeln über die Respektierung des eigenen und des gegnerischen Kulturguts hinzuweisen.¹⁰⁴

bb) Schutzpflichten der Besatzungsmacht

Der Besatzungsmacht werden hingegen zahlreiche Pflichten auferlegt. *Hauptpflicht* ist die umfassende Respektierung des Kulturguts des Gegners.¹⁰⁵

99 Vgl. Art. 4 Abs. 4 Haager Konvention.

100 So auch der Hinweis von *von Schorlemer* (Fn. 88), S. 278.

101 Ausf. zum Besetzungsrecht insgesamt *Yoram Dinstein*, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge, 2009; *Eyal Benvenisti*, *The International Law of Occupation*, 2nd edition, Princeton, 2004.

102 Vgl. statt vieler *Michael J. Kelly*, *Non-belligerent occupation*, *Israel Yearbook on Human Rights* 28 (1998), S. 17 ff.

103 Vgl. Art. 4 und 5 Haager Konvention, Art. 13 Abs. 2 und Art. 19 der Ausführungsbestimmungen zur Haager Konvention, Art. I Erstes Haager Protokoll, Art. 9 Zweites Haager Protokoll. Die Besetzungsregeln gelten unabhängig davon, ob die Besetzung auf militärischen Widerstand stößt oder nicht, vgl. Art. 18 Abs. 2 Haager Konvention.

104 Vgl. Art. 5 Abs. 3 Haager Konvention.

105 Vgl. *O'Keefe* (Fn. 37), S. 135 Fn. 179.

Hinzu treten Pflichten, die sich aus der *tatsächlichen Kontrolle des Gebiets* durch die Besatzungsmacht ergeben. So hat sie jede unerlaubte Ausfuhr oder sonstige Entfernung von Kulturgut oder die unerlaubte Übertragung des Eigentums an diesem Kulturgut zu verbieten und zu verhindern.¹⁰⁶ Verboten und verhindern muss sie auch jede archäologische Ausgrabung, außer wenn sie für die Sicherung, Erfassung und Erhaltung von Kulturgut unumgänglich ist,¹⁰⁷ sowie jede Veränderung von Kulturgut oder die Änderung seiner Verwendung mit dem Ziel, kulturelle, historische oder wissenschaftliche Belege zu verbergen oder zu zerstören.¹⁰⁸ Anträge beim UNESCO-Generaldirektor auf Verleihung des Sonderschutzes für Bergungsorte oder für unbewegliche Kulturgüter von sehr hoher Bedeutung für den besetzten Staat hat ebenfalls die Besatzungsmacht zu stellen.¹⁰⁹

Schließlich treffen die Besatzungsmacht *Beistandspflichten*. Sie hat die nationalen Behörden des besetzten Staates bei der Sicherung und Erhaltung seines Kulturguts zu unterstützen.¹¹⁰ Sind die nationalen Behörden nicht in der Lage, erforderliche Erhaltungsmaßnahmen an beschädigtem Kulturgut durchzuführen, so hat sie, soweit möglich, diese Erhaltungsmaßnahmen in enger Zusammenarbeit mit diesen Behörden selbst durchzuführen.¹¹¹ Eine weitere enge Zusammenarbeit wird verlangt, wenn – entgegen dem grundsätzlichen Verbot – archäologische Ausgrabungen, Veränderungen von Kulturgut oder Änderungen seiner Verwendung auf dem besetzten Gebiet vorgenommen werden.¹¹²

cc) Schutzpflichten aller Vertragsstaaten

Schließlich entstehen im Falle einer Besetzung Pflichten für alle Vertragsstaaten. Wird Kulturgut mittelbar oder unmittelbar aus einem besetzten Gebiet in einen Vertragsstaat verbracht, so ist es in Gewahrsam zu nehmen. Dies hat entweder von Amts wegen bei der Einfuhr des Kulturguts zu erfolgen oder, falls dies nicht geschehen ist, auf Verlangen der nationalen Behörden des besetzten Staates.¹¹³

3. Wiedergutmachungspflichten nach militärischen Konflikten

Für die Zeit nach Beendigung eines militärischen Konflikts enthält das Haager Vertragswerk nur noch wenige Regeln.

a) Kulturgut als unzulässiges Reparationsobjekt

Ausdrücklich untersagt ist die Verwendung von Kulturgut zu Reparationszwecken.¹¹⁴ Beschränkt ist dieses Verbot allerdings auf Kulturgut, das widerrechtlich aus besetztem Gebiet ausgeführt worden ist.

106 Vgl. Art. I Ziffer 1 Erstes Haager Protokoll (nur bzgl. Ausfuhr); Art. 9 Abs. 1 lit. a Zweites Haager Protokoll.

107 Vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. b Zweites Haager Protokoll.

108 Vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. c Zweites Haager Protokoll. Zu den Erhaltungspflichten der Besatzungsmacht für archäologisches Kulturgut vgl. das Urteil des israelischen Verfassungsgerichts H.C. 10356/02, *Hess et al. v. IDF Commander in the West Bank*, Israel Yearbook on Human Rights 36 (2006), S. 308 ff., Rn. 20.

109 Vgl. Art. 13 Abs. 2 der Ausführungsbestimmungen zur Haager Konvention.

110 Vgl. Art. 5 Abs. 1 Haager Konvention.

111 Vgl. Art. 5 Abs. 2 Haager Konvention.

112 Vgl. Art. 9 Abs. 2 Zweites Haager Protokoll.

113 Vgl. Art. I Ziffer 2 Erstes Haager Protokoll.

114 Vgl. Art. I Ziffer 3 Satz 2 Erstes Haager Protokoll.

b) Restitution von Kulturgut

Darüber hinaus entstehen Pflichten zur Restitution von Kulturgut. Sie sind allerdings ausgesprochen begrenzt. Nur Kulturgut, das im Wege eines *Kulturguttransports* ins Ausland gelangt ist¹¹⁵ oder aus *ehemals besetztem Gebiet* stammt,¹¹⁶ ist vom Verwahrerstaat bzw. allen Vertragsparteien zurückzugeben. Weitere Restitutionspflichten, insbesondere solche für Kulturgut, das während Feindseligkeiten ausgeführt wurde, sind nicht verankert.

Der Überblick verdeutlicht, dass das Haager Vertragswerk zwar einen weitreichenden, nicht aber einen lückenlosen Schutz bietet. Das gilt insbesondere für die Phase nach der Beendigung eines militärischen Konflikts. Weiteres Völkerrecht ist daher heranzuziehen, um den Schutz von Kulturgütern im Falle eines internationalen bewaffneten Konflikts vollständig beurteilen zu können.

III. Ergänzende völkerrechtliche Normen

Zum Haager Vertragswerk treten zahlreiche Normen hinzu, die ebenfalls Regeln zum Schutz von Kulturgütern bei bewaffneten Konflikten enthalten. Zu berücksichtigen sind dabei zum einen alle *vor 1954 geschlossenen Verträge*. Diese werden nämlich durch die Haager Konvention nicht ersetzt, sondern nur ergänzt.¹¹⁷ Es sind dies die Haager Abkommen von 1899 bzw. 1907 mitsamt ihren Landkriegsordnungen sowie zwei 1935 zwischen den Staaten der Panamerikanischen Union abgeschlossene Verträge, der Roerich-Pakt und der Washingtoner Vertrag.

Zum anderen sind es *später abgeschlossene Verträge*, die einzelne einschlägige Vorschriften enthalten. Es sind dies die UNESCO-Konvention von 1970, das Erste Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen von 1977, das UNIDROIT-Übereinkommen von 1995 sowie die Statute des Jugoslawien-Tribunals und des Internationalen Strafgerichtshofs. Zu berücksichtigen ist schließlich *Völkergewohnheitsrecht*.

Im Folgenden soll nur dargestellt werden, inwiefern die genannten Normen die Regeln des Haager Vertragswerks ergänzen oder von ihnen abweichen. Inhaltliche Übereinstimmungen werden nicht gesondert erwähnt.

1. Haager Abkommen 1899/1907, Roerich-Pakt 1935 und Washingtoner Vertrag 1935

Die Haager Abkommen von 1899 bzw. 1907 mitsamt ihren Landkriegsordnungen,¹¹⁸ der Roerich-Pakt von 1935¹¹⁹ und der Washingtoner Vertrag¹²⁰ ergänzen das Haager Ver-

115 Vgl. Art. 18 lit. b der Ausführungsbestimmungen zur Haager Konvention.

116 Die Restitutionspflicht gilt sowohl für Kulturgut, das illegal ausgeführt worden ist (Art. I Ziffer 3 Satz 1 Erstes Haager Protokoll), als auch für Kulturgut, das bei einem anderen Staat deponiert wurde, um es gegen die Gefahren eines bewaffneten Konflikts zu schützen (Art. II Ziffer 5 Erstes Haager Protokoll). Näher zu diesen beiden Ansprüchen *Jenschke* (Fn. 4), S. 63 ff.

117 Vgl. Art. 36 Abs. 1 Haager Konvention.

118 Vgl. Fn. 10, 11, 12 und 13.

119 Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments, v. 15.04.1935, ZaöRV 16 (1955/56), S. 78 f. Der Name „Roerich-Pakt“ ist auf das amerikanische Roerich-Museum zurückzuführen, auf dessen Initiative die Ausarbeitung der Konvention zurückging.

tragswerk in Bezug auf die Schutzpflichten während eines bewaffneten Konflikts. Das gilt zum einen für den *Schutz vor Beschädigung und Zerstörung*. Art. 27 der Haager Landkriegsordnung von 1907 schützt alle dem Gottesdienst, der Kunst, der Wissenschaft und der Wohltätigkeit gewidmeten Gebäude sowie geschichtliche Denkmäler. Art. 1 des Roerich-Paktes erklärt historische Monumente, Museen sowie wissenschaftliche, künstlerische, erzieherische und kulturelle Einrichtungen für neutral.¹²¹ Das Haager Vertragswerk hingegen erfasst Gebäude nur dann, wenn sie von künstlerischem oder historischem Interesse sind.¹²² Eine „normale“ Kirche oder ein kunsthistorisch wertloses Theatergebäude etwa werden vom Haager Vertragswerk nicht erfasst.¹²³ Allerdings ist der von der Haager Landkriegsordnung und dem Roerich-Pakt verliehene Schutz von seiner Intensität her deutlich geringer bzw. unpräziser.¹²⁴

Für die Dauer der *Besetzung* eines anderen Staates bietet wiederum die Haager Landkriegsordnung Erweiterungen: Gemäß Art. 56 Abs. 2 ist jede absichtliche Zerstörung oder Beschädigung von Gebäuden im Eigentum der Gemeinden und der dem Gottesdienst, der Wohltätigkeit, dem Unterricht, der Kunst und der Wissenschaft gewidmeten Anstalten sowie von geschichtlichen Denkmälern oder von Werken der Kunst und Wissenschaft untersagt.

Der Washingtoner Vertrag hingegen führt zu keinen inhaltlichen Ergänzungen zum Haager Vertragswerk. Er enthält jedoch eine der Kernbestimmungen zum *Schutz vor Wegnahme*, indem er in seinem Art. 8 bestimmt, dass bewegliche Kulturgüter keine Kriegsbeute darstellen.

Insbesondere für diejenigen Staaten, die sich nicht dem Haager Vertragswerk, wohl aber den davor geschlossenen Verträgen unterworfen haben,¹²⁵ stellen die erwähnten Regeln die wesentliche völkerrechtliche Bindung an den Kulturgüterschutz bei militärischen Konflikten dar. Für alle anderen Staaten führen diese Vertragswerke zu den erwähnten Erweiterungen der Schutzpflichten.

2. Erstes Genfer Zusatzprotokoll 1977

Die bedeutendste Ergänzung des Haager Vertragswerks stellt allerdings das Erste Genfer Zusatzprotokoll von 1977¹²⁶ dar.

120 Treaty on the Protection of Movable Property of Historic Value, v. 15.04.1935, abgedr. in: *Manley O. Hudson* (ed.), *International Legislation*, Washington, 1972, Vol. VII, No. 409, S. 59 ff.

121 Auch *Rüdiger Wolfrum*, *Reflections on the Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, in: Heinz-Peter Mansel/Thomas Pfeiffer/Christian Kohler/Herbert Kronke/Rainer Hausmann (Hrsg.), *Festschrift für Erik Jayme*, München, 2004, Band 2, S. 1789 (1792) weist auf diese Regelungen und die Tatsache hin, dass sie das Haager Vertragswerk ergänzen.

122 Vgl. Art. 1 lit. a Haager Konvention.

123 So auch der Hinweis von *Wolfrum* (Fn. 96), S. 315 in Bezug auf den Schutz von Gotteshäusern.

124 Zu den Einzelheiten vgl. *Odendahl* (Fn. 3), S. 115 f.; 120 f.

125 Zu ihnen gehören insb. die USA. Sie haben die beiden Haager Abkommen von 1899 und 1907 sowie den Roerich-Pakt von 1935 unterzeichnet und ratifiziert. Vom Haager Vertragswerk haben sie hingegen nur die Haager Konvention unterzeichnet, ohne sie allerdings zu ratifizieren. Zu den Gründen vgl. *Chip Colwell-Chanthaphonh/John Piper*, *War and Cultural Property: The 1954 Hague Convention and the Status of U.S. Ratification*, *International Journal of Cultural Property*, 10 (2001), S. 217 (234 ff.).

126 Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12.08.1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte, v. 08.06.1977 (BGBl. 1990 II S. 1551).

a) Inhalt

In seinem Artikel 53 schützt das Erste Genfer Zusatzprotokoll Kulturgüter als eine Untergruppe der zivilen Objekte.¹²⁷ Bei Feindseligkeiten und Besetzungen¹²⁸ ist es verboten, geschichtliche Denkmäler, Kunstwerke oder Kultstätten, die zum kulturellen oder geistigen Erbe der Völker gehören, anzugreifen, sie zur Unterstützung des militärischen Einsatzes zu verwenden und sie zum Gegenstand von Repressalien zu machen.

Das Protokoll errichtet damit ein zweites, vom Haager Vertragswerk *unabhängiges Schutzregime*.¹²⁹ Dieses differenziert allerdings nicht – wie das Haager Vertragswerk – zwischen verschiedenen Schutzkategorien, sondern schafft mit seinem Art. 53 einen einheitlichen Schutz für alle Kulturgüter, „die zum kulturellen oder geistigen Erbe der Völker gehören“. Die Formulierung ähnelt stark Art. 1 lit. a) der Haager Konvention von 1954, die Kulturgut, das „für das kulturelle Erbe aller Völker von großer Bedeutung ist“ unter Allgemeinen Schutz stellt.

b) Verhältnis zur Haager Konvention 1954

Die Existenz von zwei sich auf den ersten Blick stark ähnelnden, parallelen Schutzsystemen (Allgemeiner Schutz nach der Haager Konvention von 1954 und Schutz nach dem Ersten Genfer Zusatzprotokoll) lässt die Frage des Verhältnisses zwischen den beiden entstehen. Zwei Fragen sind zu klären. Erstens: Schützen das Erste Genfer Zusatzprotokoll und die Haager Konvention denselben Kreis oder unterschiedliche Kreise von Kulturgütern? Zweitens: Ist der vom Ersten Genfer Zusatzprotokoll gewährte Schutz enger oder weiter als derjenige der Haager Konvention?

aa) Geschützte Kulturgüter

Die Haager Konvention definiert in ihrem Artikel 1 lit. a) den Begriff Kulturgut als „bewegliches oder unbewegliches Gut, das für das kulturelle Erbe aller Völker von großer Bedeutung ist.“ Es muss von künstlerischem, historischem, archäologischem oder wissenschaftlichem Interesse sein. Das Erste Genfer Zusatzprotokoll schützt „geschichtliche Denkmäler, Kunstwerke oder Kultstätten, die zum kulturellen oder geistigen Erbe der Völker gehören“. Vom *Objektypus* her sind ist das Erste Genfer Zusatzprotokoll weiter gefasst. Es schützt insb. auch reine Kultstätten, da es neben dem kulturellen auch das geistige Erbe umfasst.¹³⁰

Kernfrage ist jedoch, ob der *geographische Objektwert* ein anderer ist. Sind Kulturgüter, die für das „Erbe aller Völker“ (Haager Konvention) von Bedeutung sind, dieselben wie diejenigen Kulturgüter, die zum „Erbe der Völker“ (Erstes Genfer Zusatzprotokoll)

127 Vgl. die Überschrift des Kapitels III von Teil IV des Ersten Genfer Zusatzprotokolls. Deutlich auch die Hinweise von *Wolfrum* (Fn. 121), S. 1792; *François Bugnion*, La genèse de la protection juridique des biens culturels en cas de conflit armé, RICR juin 2004, Vol. 86, No. 854, S. 313 (318). Näher zu den während der Verhandlungen geführten Diskussionen zu Art. 53 des Zusatzprotokolls von *Schorlemer* (Fn. 88), S. 286 ff.

128 Vgl. Art. 1 Abs. 3 Erstes Genfer Zusatzprotokoll i.V.m. Gemeinsamer Art. 2 Abs. 1 und 2 der vier Genfer Konventionen von 1949 (BGBl. 1954 II S. 783, 813, 838, 917).

129 Vgl. *Bugnion* (Fn. 127), S. 321.

130 Vgl. *O'Keefe* (Fn. 37), S. 213 m.w.N. aus den Entstehungsdokumenten der beiden Genfer Zusatzprotokolle.

gehören? Da der deutsche Wortlaut nicht authentisch ist, muss gemäß Art. 33 Abs. 1 WVK ein Blick auf die englische, französische, spanische und russische Fassung geworfen werden. Beide Verträge sind in diesen vier Sprachen authentisch.¹³¹

Bei der *Haager Konvention* kommt es zu sprachlichen Abweichungen. Der englische („heritage of every people“) und der russische Wortlaut („для культурного наследия каждого народа / dlia kulturnogo nasledia kazhdogo naroda“)¹³² umschreiben eine Bedeutung für das einzelne Volk. Die französische („patrimoine des peuples“) und spanische Fassung („patrimonio de los pueblos“) sind hingegen nicht ganz eindeutig. Mit einer solchen Formulierung kann sowohl eine Bedeutung für das einzelne Volk als auch für die Gesamtheit der Völker gemeint sein.¹³³ Allerdings herrscht Einigkeit darin, dass der Allgemeine Schutz der Haager Konvention für Kulturgüter von nationaler Bedeutung gilt, also für solche, die für das jeweilige Volk bedeutsam sind.¹³⁴ Dieses Ergebnis folgt zum einen aus dem zweiten Erwägungsgrund der Präambel („in der Überzeugung, dass jede Schädigung von Kulturgut, gleichgültig welchem Volke es gehört, eine Schädigung des kulturellen Erbes der ganzen Menschheit bedeutet, weil jedes Volk seinen Beitrag zur Kultur der Welt leistet“), zum anderen aus der praktischen Handhabung der Konvention durch die Vertragsstaaten. Diese haben in einer mittlerweile über 50-jährigen Praxis stets Kulturgüter von nationaler Bedeutung, und nicht ausschließlich solche von Bedeutung für die Gesamtheit der Völker, unter Allgemeinen Schutz gestellt.¹³⁵

Beim *Ersten Genfer Zusatzprotokoll* sind alle Wortlautfassungen identisch („heritage of peoples; patrimoine des peuples; patrimonio de los pueblos; культурное или духовное наследие народов, kulturnoe ili dukhovnoe nasledie narodov“). Sie entsprechen der französischen und der spanischen Fassung der Haager Konvention und können daher sowohl in Ausrichtung auf das einzelne Volk als auch in Ausrichtung auf die Gesamtheit der Völker interpretiert werden. Diese unterschiedlichen Interpretationsmöglichkeiten spiegeln sich auch in der Literatur wieder. Unter Hinweis auf die sprachlichen Unterschiede zur Haager Konvention im Englischen und Russischen vertreten einige Autoren die Ansicht, dass das Erste Genfer Zusatzprotokoll Kulturgut erfasse, das für die Gesamtheit der Völker bedeutsam ist, während sich die Haager Konvention auf Kulturgüter von Bedeutung für das einzelne Volk beschränke.¹³⁶ Durch das Erste Genfer Zusatzprotokoll sei eine neue Kategorie von Kulturgütern, nämlich solche von universellem

131 Die Haager Konvention hat vier authentische Fassungen (Englisch, Französisch, Spanisch und Russisch, vgl. Art. 29 Abs. 1); das Erste Genfer Zusatzprotokoll hat zwei zusätzliche authentische Fassungen (zu Englisch, Französisch, Spanisch und Russisch kommen noch Arabisch und Chinesisch dazu, vgl. Art. 102).

132 Erste Fassung: kyrillisch / zweite Fassung: Library of Congress Transliteration. Ich danke meinem Kollegen *Ulrich Schmid* für die freundliche Hilfe bei der russischen Übersetzung.

133 Eindeutig wären die Formulierungen „patrimoine de chaque peuple/patrimonio de cada pueblo“ für eine Bedeutung für das einzelne Volk und „patrimoine de tous les peuples/patrimonio de todos los pueblos“ für eine Bedeutung für die Gesamtheit der Völker.

134 Vgl. die Nachweise in Fn. 36 und 37.

135 Vgl. exemplarisch die Umsetzung der Haager Konvention durch die Schweiz, Österreich und Deutschland unter Punkt II. 1. b) aa).

136 Vgl. *Wolfrum* (Fn. 121), S. 1793; *ders.* (Fn. 96), S. 316 f.; *Jean-Marie Henckaerts/Louise Doswald-Beck*, Customary International Humanitarian Law, Cambridge, 2005, Vol. I, S. 130, 132; *Tobias H. Irmischer*, Kulturgüterschutz im humanitären Völkerrecht, in: Gilbert H. Gornig/Hans-Detlef Horn/Dietrich Murswiek (Hrsg.), Kulturgüterschutz – internationale und nationale Aspekte, Berlin, 2007, S. 65 (66).

Wert, geschaffen worden. Andere Autoren gehen hingegen davon aus, dass das Erste Genfer Zusatzprotokoll – genauso wie die Haager Konvention – Kulturgüter von nationaler Bedeutung schütze.¹³⁷

Letzterer Ansicht ist zuzustimmen. Sowohl die Haager Konvention als auch das Erste Genfer Zusatzprotokoll schützen *Kulturgüter von Bedeutung für das einzelne Volk*. Die Entstehungsgeschichte der Genfer Zusatzprotokolle ist in dieser Hinsicht eindeutig. Der Grund, warum kulturgüterschützende Bestimmungen in das Erste Genfer Zusatzprotokoll aufgenommen wurden, war das zu dem Zeitpunkt niedrige Ratifikationsniveau der Haager Konvention.¹³⁸ Über eine Aufnahme kulturgüterschützender Bestimmungen in das Erste Genfer Zusatzprotokoll war die Verpflichtung einer höheren Zahl von Staaten zum Schutz von Kulturgütern möglich. Ein Blick in die Entstehungsdokumente verdeutlicht, dass die Genfer Zusatzprotokolle nur die wesentlichen Grundzüge des durch die Haager Konvention verliehenen Schutzes bestätigen und eine verkürzte Definition im Sinne der Kulturgüter der Haager Konvention verwenden wollten – eine neue Kategorie von Kulturgütern sollte gerade nicht geschaffen werden.¹³⁹ Das Jugoslawien-Tribunal, das sich als erstes internationales Gericht mit dem Verhältnis der beiden Verträge zueinander beschäftigt hat, bestätigt offenbar diese Ansicht in einem Urteil aus dem Jahre 2004.¹⁴⁰

Ein wichtiger Unterschied aber bleibt: Die Haager Konvention erfasst nur Kulturgüter von „großer“ Bedeutung für das jeweilige Volk, während das Erste Genfer Zusatzprotokoll keine solche zusätzliche Eingrenzung vornimmt. Vom *qualitativen Objektwert* her ist daher das Erste Genfer Zusatzprotokoll weniger streng.

Das Erste Genfer Zusatzprotokoll schützt demnach eine größere Gruppe von Kulturgütern – aufgrund des weiteren Objekttypus (auch reine Kultstätten) und aufgrund des niedrigeren qualitativen Objektwerts (das Kulturgut muss nicht von „großer“ Bedeutung für das jeweilige Volk sein).

bb) Schutzintensität

Das eigentlich Bemerkenswerte am Ersten Genfer Zusatzprotokoll ist, dass es – anders als die Haager Konvention – keinen Rechtfertigungsgrund für eine militärische Zerstörung von Kulturgut vorsieht.¹⁴¹ Es stellt sich daher die Frage, ob der vom Ersten Genfer Zusatzprotokoll gewährte Schutz absolut und damit höher ist als derjenige der Haager Konvention. Die Antwort lässt sich nur durch eine genaue Analyse des Ersten Genfer Zusatzprotokolls finden.

137 Vgl. *Claude F. Wenger*, in: Yves Sandoz/Christophe Swinarski/Bruno Zimmermann (eds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, 1986, Protocole I – Article 53, Rn. 2063 ff.; *Jiří Toman*, *La protection des biens culturels en cas de conflit armé non international*, in: Walter Haller/Alfred Kölz/Georg Müller/Daniel Thürer (Hrsg.), *FS für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag*, Basel/Frankfurt a.M., 1989, S. 311 (333 f.); *O’Keefe* (Fn. 37), S. 208 ff.

138 Vgl. *Wenger* (Fn. 137), Rn. 2040; *Michael Bothe/Knut Ipsen/Karl Josef Partsch*, *Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht*, *ZaöRV* 38 (1978), S. 1 (44 f.); *Karl Josef Partsch*, *Schutz von Kulturgut*, in: Dieter Fleck (Hrsg.) *Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, München, 1994, S. 306 (307); *Herdegen* (Fn. 88), S. 167.

139 Vgl. *Wenger* (Fn. 137), Rn. 2046 f.; *O’Keefe* (Fn. 37), S. 207 ff. m.w.N. aus den Entstehungsdokumenten.

140 Vgl. ICTY, *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-A, Appeals Chamber Judgement of 17 December 2004, Rn. 91.

141 So auch der ausdr. Hinweis von *Wenger* (Fn. 137), Rn. 2072.

Gemäß Art. 53 b) des Ersten Genfer Zusatzprotokolls ist es verboten, Kulturgut zur Unterstützung eines militärischen Einsatzes zu verwenden. Geschieht dies dennoch, so kann es zum *militärischen Ziel* werden und seinen Schutz verlieren.¹⁴² Die Definition des Begriffs „militärisches Ziel“ in Art. 52 Abs. 2 des Ersten Genfer Zusatzprotokolls nennt zwei Voraussetzungen: Erstens muss das entsprechende Objekt auf Grund seiner Beschaffenheit, seines Standorts, seiner Zweckbestimmung oder seiner Verwendung wirksam zu militärischen Handlungen beitragen. Zweitens muss seine gänzliche oder teilweise Zerstörung, seine Inbesitznahme oder Neutralisierung unter den in dem betreffenden Zeitpunkt gegebenen Umständen einen eindeutigen militärischen Vorteil darstellen. Art. 53 b) schränkt die erste Bedingung insofern ein, als nur die Art der Verwendung – nicht aber die Beschaffenheit, der Standort oder die Zweckbestimmung – als wirksamer Beitrag zu einer militärischen Handlung angesehen werden kann. Sind beide Voraussetzungen erfüllt, darf das Kulturgut jedoch als militärisches Ziel sehr wohl angegriffen werden.¹⁴³ Ein absoluter Schutz ist also nicht gegeben.

Des Weiteren gilt das Erste Genfer Zusatzprotokoll gemäß Art. 53 nur „unbeschadet“ der Bestimmungen der Haager Konvention und anderer einschlägiger Abkommen. Mit dieser Formulierung bestimmt das Erste Genfer Zusatzprotokoll, entsprechend Art. 30 Abs. 2 WVK,¹⁴⁴ dass es *der Haager Konvention untergeordnet* ist. Demzufolge gilt für Staaten, die sowohl das Erste Genfer Zusatzprotokoll als auch die Haager Konvention ratifiziert haben, nur die letztere.¹⁴⁵ Für Kulturgüter, die unter den Allgemeinen Schutz nach der Haager Konvention fallen, ist daher die Geltendmachung einer zwingenden militärischen Notwendigkeit möglich.¹⁴⁶ So wie der Rechtsbegriff der zwingenden militärischen Notwendigkeit allerdings mittlerweile durch das Zusammenspiel von Haager Konvention und Zweitem Haager Protokoll ausgestaltet ist, sind Kulturgüter durch die Haager Konvention sogar stärker geschützt als durch das Erste Genfer Zusatzprotokoll. Die zwingende militärische Notwendigkeit kann nämlich – wie soeben dargelegt – nur geltend gemacht werden, wenn das Kulturgut durch seine Funktion zu einem militärischen Ziel geworden ist und keine andere Möglichkeit besteht, einen vergleichbaren militärischen Vorteil zu erlangen.¹⁴⁷ Beim Ersten Genfer Zusatzprotokoll genügt hingegen schon die bloße Erlangung eines eindeutigen militärischen Vorteils. Hinzu kommen bei der Haager Konvention weitere Voraussetzungen wie etwa diejenige, dass die Entscheidung mindestens von einem Bataillonskommandeur zu fällen ist und eine Vorwarnung erfolgen muss.¹⁴⁸

142 Vgl. *Henckaerts/Doswald-Beck* (Fn. 136), S. 130 m.w.N. aus den Entstehungsdokumenten des Ersten Genfer Zusatzprotokolls.

143 Vgl. *Wolfrum* (Fn. 96), S. 328; *O’Keefe* (Fn. 37), S. 216 f.; indirekt auch *Wenger* (Fn. 137), Rn. 2072.

144 Vgl. *Kerstin Odendahl*, Art. 30: Application of successive treaties relating to the same subject-matter, in: Oliver Dörr/Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2010, Rn. 16 ff. (i.E.).

145 Vgl. *Wenger* (Fn. 137), Rn. 2046.

146 Vgl. *von Schorlemer* (Fn. 88), S. 284 f.; *Mußnug* (Fn. 88), S. 333 (342 Fn. 24); *Herdegen* (Fn. 88), S. 171; *Barbara Genius-Devime*, *Bedeutung und Grenzen des Erbes der Menschheit im völkerrechtlichen Kulturgüterschutz*, Baden-Baden, 1996, S. 119; *Toman* (Fn. 137), S. 334 f.; *Peter Hostettler*, *Konsequenzen des Zweiten Protokolls aus militärischer Sicht*, KGS-Forum 2/2002, S. 42 (43); *O’Keefe* (Fn. 37), S. 217.

147 Vgl. Art. 6 lit. a *Zweites Haager Protokoll*.

148 Auf die Verschärfung der Kriterien für das Vorliegen einer zwingenden militärischen Notwendigkeit weist auch *Henckaerts* (Fn. 50), S. 45 hin.

Vereinzelte Autoren stufen das Verhältnis zwischen der Haager Konvention und dem Ersten Genfer Zusatzprotokoll genau umgekehrt ein: Die Regeln des Ersten Genfer Zusatzprotokolls seien *lex specialis* zur Haager Konvention und gingen dieser vor.¹⁴⁹ Eine solche Annahme lässt sich allerdings nur dann begründen, wenn man sowohl den Wortlaut („unbeschadet“) als auch die Entstehungsgeschichte des Ersten Genfer Zusatzprotokolls außer Acht lässt und – anders als soeben geschehen – davon ausgeht, dass das Erste Genfer Zusatzprotokoll eine besondere, kleinere Gruppe und nicht umgekehrt einen größeren Kreis von Kulturgütern schützt als die Haager Konvention. Hingewiesen werden muss aber auch auf den Umstand, dass diese Literaturstimmen zumeist aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Zweiten Haager Protokolls stammen, als noch nicht eindeutig geklärt war, wie die von der Haager Konvention vorgesehene Ausnahme der militärischen Notwendigkeit im Einzelnen zu verstehen ist.¹⁵⁰ Heute steht fest, dass sie strengere Voraussetzungen aufstellt als Art. 53 b) i.V.m. Art. 52 Abs. 2 des Ersten Genfer Zusatzprotokolls.

Angesichts dieses Ergebnisses stellt sich die Frage, ob das Erste Genfer Zusatzprotokoll dann überhaupt noch eine *Bedeutung* hat. Die Frage ist eindeutig zu bejahen. Es haben mehr Staaten das Erste Genfer Zusatzprotokoll ratifiziert als die Haager Konvention (nämlich 168 im Vergleich zu 123).¹⁵¹ Damit schließt das Erste Genfer Zusatzprotokoll die Lücken, die sich aus der unzureichenden bzw. lückenhaften Ratifizierung der Haager Konvention ergeben. Die Grundpflichten der Haager Konvention gelten dank ihrer zusätzlichen Verankerung im Ersten Genfer Zusatzprotokoll im Prinzip weltweit. Selbst für Staaten, die beide Verträge ratifiziert haben, ergänzt das Erste Genfer Zusatzprotokoll die Haager Konvention, und zwar dadurch, dass es eine größere Gruppe von Kulturgütern erfasst (insb. alle Kultstätten sowie auch Kulturgüter von bloß „normaler“ und nicht nur „großer“ nationaler Bedeutung). Schließlich wird der Kulturgüterschutz durch seine Verankerung im Ersten Genfer Zusatzprotokoll Teil des humanitären Völkerrechts, das auch und gerade unter die Obhut des IKRK fällt.¹⁵² Dabei wird deutlich, dass Kulturgüter zivile Objekte sind, jedoch einem höheren Schutz unterstehen als andere Kategorien ziviler Objekte. Hinzuweisen ist abschließend darauf, dass die genannten Pflichten sowohl für die unmittelbaren Kampfhandlungen als auch für die Zeit der Besetzung gelten.¹⁵³

3. UNESCO-Konvention 1970/UNIDROIT-Übereinkommen 1995

Eine dritte Ergänzung stellt die UNESCO-Konvention von 1970,¹⁵⁴ das „Übereinkommen über Maßnahmen zum Verbot und zur Verhütung der unzulässigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut“ in Verbindung mit dem UNIDROIT-Über-

149 So insb. *Wolftrum* (Fn. 121), S. 1794; *ders.* (Fn. 96), S. 316 ff.; *Hostettler* (Fn. 146) S. 43.

150 Zur Klarstellung durch das Zweite Haager Protokoll vgl. *Mainetti* (Fn. 87), S. 352 f.

151 Stand: April 2009.

152 Vgl. *Bugnion* (Fn. 127), S. 322.

153 Vgl. Art. 1 Abs. 3 Erstes Genfer Zusatzprotokoll i.V.m. Gemeinsamer Art. 2 Abs. 1 und 2 der vier Genfer Konventionen von 1949.

154 Übereinkommen über Maßnahmen zum Verbot und zur Verhütung der unzulässigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut (UNESCO-Konvention), v. 14.11.1970 (BGBl. 2007 II S. 626).

einkommen über gestohlene oder rechtswidrig ausgeführte Kulturgüter von 1995¹⁵⁵ dar.

Die UNESCO-Konvention von 1970 schafft eine *Rückgabepflicht* für alle Kulturgüter, die unmittelbar oder mittelbar aus einem besetzten Gebiet stammen¹⁵⁶ oder die unter Verstoß gegen nationale Ausfuhrverbote ins Ausland gelangt sind.¹⁵⁷ Allerdings hat die UNESCO-Konvention nicht den erhofften Erfolg gehabt. Zwar hat sie 116 Vertragsstaaten,¹⁵⁸ unter ihnen fehlen jedoch die meisten großen Kunstimportstaaten. Zurückzuführen ist dies insb. auf die Schwierigkeiten, die Rückgabe- und Entschädigungspflichten mit den Privatrechtsordnungen in Einklang zu bringen.

Dieses Problem sollte mit dem UNIDROIT-Übereinkommen über gestohlene oder rechtswidrig ausgeführte Kulturgüter von 1995 behoben werden, das in diesem Punkt die *Privatrechtsordnungen vereinheitlicht*. Die Rückgabepflichten für gestohlene¹⁵⁹ sowie für illegal ausgeführte Kulturgüter¹⁶⁰ sind allerdings mit recht komplizierten Verfahrens- und Entschädigungsregeln gekoppelt, so dass bislang nur 29 Staaten¹⁶¹ das Übereinkommen ratifiziert haben.

Da der „Raub“ eines Kulturguts während eines militärischen Konflikts auch einen Verstoß gegen nationale Ausfuhrverbote darstellen kann, ergänzen diese „friedensrechtlichen“ Konventionen das „kriegsrechtliche“ Haager Vertragswerk.¹⁶²

4. Völkergewohnheitsrecht

Eine noch bedeutendere Rolle in Restitutionsfragen kommt allerdings dem Völkergewohnheitsrecht zu. Es beinhaltet nämlich die – in den genannten multilateralen Abkommen bislang fehlende – *Pflicht, Kulturgut, das während eines militärischen Konflikts außer Landes gebracht wurde, zurückzugeben*.¹⁶³ Nach ersten Ansätzen im Dreißigjähri-

155 UNIDROIT-Übereinkommen über gestohlene oder rechtswidrig ausgeführte Kulturgüter, v. 24.06.1995, ZVglRWiss 95 (1996), S. 214 ff. Amtlicher englischer Text in: 34 I.L.M. 1330 (1995). Näher zur Entstehungsgeschichte sowie zum Inhalt der Konvention *Gertrude Reichelt*, Die UNIDROIT-Konvention 1995 über gestohlene oder unerlaubt ausgeführte Kulturgüter, in: dies. (Hrsg.), Neues Recht zum Schutz von Kulturgut, Wien, 1997, S. 55 ff.

156 Vgl. Art. 3, 11 UNESCO-Konvention.

157 Vgl. Art. 3, 5, 6 UNESCO-Konvention. Zu dem nach einer illegalen Ausfuhr entstehenden dinglichen Rückführungsanspruch des Staates vgl. *Stefan Turner*, Das Restitutionsrecht des Staates nach illegaler Ausfuhr von Kulturgütern, Berlin/New York, 2002.

158 Stand: April 2009.

159 Vgl. Art. 3 und 4 UNIDROIT-Übereinkommen.

160 Vgl. Art. 5 - 7 UNIDROIT-Übereinkommen.

161 Stand: April 2009.

162 Die UNESCO-Konvention von 1970 ist also ein Vertrag, der in erster Linie die Ausfuhr von Kulturgut zu Friedenszeiten erfasst, aber auch – je nach Fallkonstellation – auf Kulturgutverluste während eines Krieges oder der Besetzung eines Territoriums Anwendung finden kann, vgl. *Etienne Clément*, UNESCO: Some Specific Cases of Recovery of Cultural Property after an Armed Conflict, in: Martine Briat/Judith A. Freedberg (eds.), Legal Aspects of International Trade in Art Law, The Hague (u.a.), 1996, S. 157 ff. mit zahlreichen Beispielfällen. Einige Autoren stellen die Restitution illegal ausgeführter Kulturgüter allerdings ausschließlich als friedensrechtliche Problematik dar, vgl. etwa *Jote* (Fn. 8), S. 275 ff. Zur ergänzenden Wirkung der beiden Konventionen vgl. ausf. *Chamberlain* (Fn. 29), S. 151 ff.

163 Vgl. *Bernhard Walter*, Rückführung von Kulturgut im internationalen Recht, Bremen, 1988, S. 80 ff.; *Hans Georg Raber*, Das kulturelle Erbe der Menschheit, Köln, 1994, S. 12; *Hartmut Körbs*, Der internationale Schutz von Kulturgütern, HuV-I 9 (1996), S. 138 (146); *Guido Carducci*, L'obligation de restitution des biens culturels et des objets d'art en cas de conflit armé: droit coutumier et droit conven-

gen Krieg enthielten alle Friedensverträge seit dem Wiener Kongress 1815 die Pflicht – zumindest des unterlegenen Staates – dem Gegner sein Kulturgut zurückzugeben.¹⁶⁴ Nach 1945 haben neben Deutschland auch die Siegermächte, mit Ausnahme der Sowjetunion bzw. Russlands,¹⁶⁵ sämtliches aus Deutschland ausgeführtes Kulturgut zurückgegeben. Eine solche völkergewohnheitsrechtliche Restitutionspflicht stellt das Korrelat zum absoluten Wegnahmeverbot und dem völkergewohnheitsrechtlichen Kriegsbeuteverbot¹⁶⁶ dar und lässt sich nicht zuletzt mit der Staatenverantwortlichkeit begründen.¹⁶⁷

Allerdings bindet die völkergewohnheitsrechtliche Restitutionspflicht *nur die Konfliktparteien*.¹⁶⁸ Dasselbe gilt für Restitutionspflichten bei illegaler Ausfuhr aus einem besetzten Staat.¹⁶⁹ Dritte Staaten unterliegen völkergewohnheitsrechtlich keiner Restitutionspflicht,¹⁷⁰ da sie auch nicht gegen das Kriegsbeuteverbot bzw. gegen ihre Pflichten als Besatzungsmacht verstoßen haben können. Die Praxis bestätigt diese Einschätzung. Nach dem Zweiten Weltkrieg gab es, soweit ersichtlich, nur zwei Fälle von Kulturgüterrückgaben durch dritte, unbeteiligte Staaten.¹⁷¹ Taucht also beispielsweise heute in Deutschland ein Kulturgut aus Südossetien¹⁷² auf, das von russischen Soldaten oder aber simplen Dieben entwendet wurde, so ist Deutschland völkergewohnheitsrechtlich nicht verpflichtet, dieses Kulturgut an Georgien zurückzugeben.

Geschlossen werden kann diese Regelungslücke nur durch *Einzelfallregelungen*, etwa in Form von bilateralen Verträgen oder aber insb. in Form von verbindlichen Anordnungen des UN-Sicherheitsrates. Zu einer solchen ist es bislang allerdings nur einmal gekommen: Nach den massiven Kulturgutplünderungen im Irak-Krieg 2003 verpflichtete der UN-Sicherheitsrat alle Mitglieder der UN, das illegal ausgeführte irakische Kulturgut zurückzugeben und den Handel mit ihnen zu verbieten.¹⁷³

tionnel avant et après la Convention de la Haye de 1954, R.G.D.I.P. 104 (2002), S. 289 ff.; *Rainer J. Schweizer/Kay Hailbronner/Karl Heinz Burmeister*, Der Anspruch von St. Gallen auf Rückerstattung seiner Kulturgüter aus Zürich, Zürich (u.a.), 2002, S. 164; *Herdegen* (Fn. 88), S. 167; *Schoen* (Fn. 5), S. 43 ff.; *Jenschke* (Fn. 4), S. 192; *Odendahl* (Fn. 3), S. 169 ff.

164 Eine ausf. historische Analyse bietet *Jenschke* (Fn. 4), S. 113 ff.

165 Zu diesem bis heute ungelösten Konflikt vgl. statt vieler *Margaret M. Mastroberardino*, The last Prisoners of World War II, *Pace International Law Review* 9 (1997), S. 315 ff.

166 Zum völkergewohnheitsrechtlich verankerten Kriegsbeuteverbot vgl. mit ausf. Nachweisen *Odendahl* (Fn. 3), S. 124 ff.

167 So auch *Wolfrum* (Fn. 96), S. 309.

168 So *Walter* (Fn. 163), S. 84; *Christiane Freytag*, „Cultural Heritage“: Rückgabeansprüche von Ursprungsländern auf „ihr“ Kulturgut?, in: Frank Fechner/Thomas Oppermann/Lyndel V. Prött (Hrsg.), *Prinzipien des Kulturgüterschutzes*, Berlin, 1996, S. 175 (183). Wohl auch *Engstler* (Fn. 7), S. 187 ff., 224, indem er feststellt, dass Restitution die Rückgängigmachung der völkerrechtswidrig erfolgten Wegnahme von Kulturgut darstellt. Ähnlich *Raber* (Fn. 163), S. 12; *Walter Rudolf*, Über den internationalen Schutz von Kulturgütern, in: Kay Hailbronner/Georg Röss/Torsten Stein (Hrsg.), *FS für Karl Doehring*, Berlin (u.a.), 1989, S. 853 (860), *Christine Höhn*, Die Verlagerung deutscher Kulturgüter nach dem Zweiten Weltkrieg aus völkerrechtlicher Sicht, *HuV-I* 8 (1995), S. 26 (28).

169 Vgl. *Henckaerts/Doswald-Beck* (Fn. 136), S. 136 f.

170 So *Ridha Fraoua*, Le trafic illicite des biens culturels et leur restitution, *Fribourg*, 1985, S. 134; *Karl Becher*, On the Obligation of Subjects of International Law to Return Cultural Property to its Permanent Place, *Annuaire de l'Association des Auditeurs et des Anciens Auditeurs de l'Académie de Droit International de la Haye* 44 (1974), S. 96 (99).

171 Vgl. *Walter* (Fn. 163), S. 83 ff. m.w.N.

172 Zum Südossetienkonflikt vgl. oben Fn. 28.

173 Vgl. UN-Sicherheitsratsresolution S/RES/1483 (2003), v. 22.05.2003, Ziffer 7.

5. Völkerstrafrecht

Eine letzte Ergänzung bietet das Völkerstrafrecht. Die Statute des Jugoslawien-Tribunals¹⁷⁴ und des Internationalen Strafgerichtshofs¹⁷⁵ stellen die schwersten Verstöße gegen den Schutz von Kulturgütern bei bewaffneten Konflikten als Kriegsverbrechen unter Strafe. Zerstörungen und Entwendungen von Kulturgütern stellen dementsprechend seit den 1990er Jahren nicht mehr nur innerstaatliche,¹⁷⁶ sondern *völkerrechtliche Verbrechen* dar.¹⁷⁷ Die ersten Verurteilungen betrafen die Zerstörung der Altstadt von Dubrovnik.¹⁷⁸

IV. Rolle des Privatrechts

1. Kulturgüter als Gegenstand des Privatrechts

Kulturgüter sind körperliche Gegenstände. Als solche sind sie grundsätzlich der Privatrechtsordnung unterworfen. Mit Ausnahme der sog. „res extra commercium“¹⁷⁹ können an ihnen Eigentum, Besitz und andere privatrechtliche Rechte erworben werden.¹⁸⁰

Privatrecht dient nicht dem Kulturgüterschutz – erst recht nicht dem Kulturgüterschutz bei militärischen Konflikten. Trotzdem stehen privatrechtliche Ansprüche und völkerrechtlicher Schutz nicht zusammenhanglos nebeneinander.

2. Privatrecht als Hindernis für den völkerrechtlichen Kulturgüterschutz

Auf den ersten Blick scheinen privatrechtliche Ansprüche einem effektiven Kulturgüterschutz im Wege zu stehen. So war es, wie eingangs dargestellt, die illegale Nachfrage aus dem privaten Kunstmarkt, die im Kriege eine neue Bedrohung für Kulturgüter hat entstehen lassen. Auch stellen die Eigentums- und Entschädigungsregeln des Privat-

174 Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, U.N. Doc. S/25704 at 36, annex (1993) and S/25704/Add.1 (1993), U.N. Doc. S/RES/827 (1993), v. 25.05.1993. Zur Praxis des Jugoslawien-Tribunals vgl. *Abtahi* (Fn. 21).

175 Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, v. 17.07.1998 (BGBl. 2000 II S. 1394).

176 Die Pflicht zur Schaffung einer innerstaatlichen Strafbarkeit ist vor allem durch das Zweite Haager Protokoll erheblich erweitert worden, vgl. Art. 15 - 21.

177 Ausf. zum Völkerstrafrecht *Kai Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl., München, 2008. Vorschläge zur Reform des Völkerstrafrechts speziell im Hinblick auf Zerstörungen von Kulturgut finden sich bei *Yaron Gottlieb*, Criminalizing Destruction of Cultural Property: A Proposal for Defining New Crimes under the Rome Statute of the ICC, Penn State International Law Review 23 (2004-2005), S. 857 (880) ff.

178 Vgl. ICTY, *Prosecutor v. Miodrag Jokić*, Case No. IT-01-42/1, Trial Chamber Judgement of 18 March 2004, Appeals Chamber Judgement of 30 August 2005; *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Case No. IT-01-42-A, Trial Chamber Judgement of 31 January 2005; Appeals Chamber Judgement of 17 July 2008. Die Anklagen gegen die beiden weiteren Beschuldigten *Milan Zec* und *Vladimir Kovačević* wurden fallen gelassen (*Prosecutor v. Milan Zec*, Case No. IT-01-42-I, Order Authorising the Withdrawal of the Charges against Milan Zec without Prejudice, 26 July 2002) bzw. vorläufig ausgesetzt (*Prosecutor v. Vladimir Kovačević*, Case No. IT-01-42/2, Provisional release of 2 June 2004).

179 Ausf. zu den „res extra commercium“ *Marc Weber*, Unveräußerliches Kulturgut im nationalen und internationalen Rechtsverkehr, Berlin/New York, 2002.

180 Zu den Besonderheiten vgl. *Markus Müller-Chen*, Die Crux mit dem Eigentum an Kunst, AJP 11/2003, S. 1267 ff.

rechts das Haupthindernis für die Bereitschaft der Staaten dar, sich völkerrechtlichen Restitutionspflichten zu unterwerfen. Der niedrige Ratifikationsstand der UNESCO-Konvention von 1970 und des UNIDROIT-Abkommens von 1995 sind im Wesentlichen auf diesen Umstand zurückzuführen.¹⁸¹

Die Einschätzung, dass Privatrecht dem Kulturgüterschutz hinderlich sein kann, ist also nicht ganz falsch. Es lässt sich aber auch das Gegenteil beobachten: eine vom Privatrecht ausgehende Verstärkung des völkerrechtlichen Kulturgüterschutzes.

3. Privatrecht als Verstärkung des völkerrechtlichen Kulturgüterschutzes

Die Verstärkungswirkung zeigt sich nach Beendigung eines militärischen Konflikts, wenn es um die Restitution illegal ausgeführten Kulturguts geht.¹⁸² Zu den völkerrechtlichen Restitutionsansprüchen der Staaten treten nämlich – parallel und unabhängig von ihnen¹⁸³ – privatrechtliche Herausgabeansprüche der Eigentümer bzw. Besitzer des Kulturguts.¹⁸⁴ Die Wegnahme von Kulturgütern bei militärischen Konflikten stellt eine *Eigentums- bzw. Besitzstörung* dar; die Sache kommt abhanden. Gegen den neuen Besitzer kann auf Herausgabe geklagt werden.¹⁸⁵

Der Herausgabeanspruch gegen eine *Privatperson* im Ausland unterfällt dem IPR.¹⁸⁶ Gemäß der *lex rei sitae*¹⁸⁷ beurteilen sich dingliche Rechte an einer Sache nach dem Recht des Staates, in dem der Erwerbsvorgang stattgefunden hat. Dieser Grundsatz führt allerdings zu Durchsetzungsschwierigkeiten. Auf der „Zirkulation durch die (Unter-)Welten“¹⁸⁸ kann das Eigentum an Kulturgütern verloren gehen oder nicht mehr

181 Vgl. *Martin Philipp Wyss*, Der völkerrechtliche Schutz von Kulturgütern – Neue Impulse innerhalb der UNESCO, HuV-I 7 (1994), S. 12 (17 ff.); *Pierre Lalive*, Une convention internationale qui dérange: la Convention Unidroit sur les biens culturels, in: René-Jean Dupuy (ed.), *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris 1999, S. 177 ff.; *Heinrich Schweizer*, Die Position der Bundesrepublik Deutschland während der diplomatischen Konferenz zur Annahme des Entwurfs der Unidroit-Konvention über die internationale Rückgabe gestohlener oder illegal ausgeführter Kulturgüter von 1995 unter besonderer Berücksichtigung deutschen Verfassungsrechts, KUR 2003, S. 25 (28 ff.).

182 Ähnlich *Schoen* (Fn. 5), S. 216.

183 So auch ausdr. *Heinz-Peter Mansel*, Die Bedeutung des internationalen Privatrechts in Bezug auf das Herausgabeverlangen des Eigentümers bei abhanden gekommenen Kulturgütern, in: Koordinierungsstelle für Kulturgutverluste Magdeburg/Beauftragter der Bundesregierung für Kultur und Medien (Hrsg.), *Im Labyrinth des Rechts? Wege zum Kulturgüterschutz*, Magdeburg, 2007, S. 129 (130).

184 Ausf. zu diesen privatrechtlichen Rückgabeansprüchen bei Kulturgutentwendungen im Kriege *Kowalski* (Fn. 5), S. 212 ff.; *Mastroberardino* (Fn. 165), S. 337 ff.

185 Vgl. exemplarisch *Dirk Looschelders*, Der zivilrechtliche Herausgabeanspruch des Eigentümers auf Rückgabe von abhanden gekommenen Kulturgütern nach deutschem Recht, in: Koordinierungsstelle für Kulturgutverluste Magdeburg/Beauftragter der Bundesregierung für Kultur und Medien (Hrsg.), *Im Labyrinth des Rechts? Wege zum Kulturgüterschutz*, Magdeburg, 2007, S. 103 ff.

186 Vgl. ausf. *Mansel* (Fn. 183), S. 129 ff.

187 Vgl. *Astrid Müller-Katzenburg*, Besitz- und Eigentumssituation bei gestohlenen und sonst abhanden gekommenen Kunstwerken, NJW 1999, S. 2551 (2554); *Susanne Spaun*, Der Herausgabeanspruch bei Diebstahl oder illegalem Export von Kulturgütern, Frankfurt a.M. (u.a.), 2003, S. 131 ff.; *Kowalski* (Fn. 5), S. 218 ff.

188 *Florian Kienle/Marc-Philippe Weller*, Die Vindikation gestohlener Kulturgüter im IPR, IPRax 2004, S. 290.

nachweisbar sein.¹⁸⁹ Entsprechend wird vielfach die Schaffung eines Sonderkollisionsrechts für entwendete Kulturgüter vorgeschlagen¹⁹⁰ – etwa die Anwendung der *lex furti* (Recht des Diebstahlsortes)¹⁹¹ oder der *lex originis* (Recht des Herkunftsstaates).¹⁹² Zum Teil finden sich auch Vorschläge, die für Ansprüche auf Herausgabe von Kulturgütern nicht eine bestimmte Regel, sondern ein System zur Wahl der am besten geeigneten Rechtsordnung entwickeln.¹⁹³

Die privatrechtlichen Herausgabeansprüche können auch gegen *Staaten* gerichtet sein – etwa dann, wenn das Kulturgut verstaatlicht worden ist. In einem solchen Fall stößt die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs allerdings ebenfalls auf Hindernisse. Militärische Aktionen und Besatzungsmaßnahmen sind genauso wie Verstaatlichungen *acta iure imperii*, die der staatlichen Immunität unterfallen,¹⁹⁴ so dass die Anrufung ausländischer Zivilgerichte ausgeschlossen ist. Die Anrufung der Gerichte des betreffenden Staates bleibt zwar rechtlich möglich, ist aber wenig erfolgversprechend.

Die Durchsetzung der privatrechtlichen Herausgabeansprüche ist also schwierig. Im Falle eines Erfolgs verstärken sie jedoch den Kulturgüterschutz. Insbesondere dann, wenn völkerrechtliche Restitutionsansprüche der Staaten nicht existieren oder nicht durchsetzbar sind, können die privatrechtlichen Herausgabeansprüche die einzig existierenden Rückforderungsrechte sein. Eines der Ziele des Kulturgüterschutzes, die Rückführung entwendeter Objekte in das Ursprungsland, kann dann trotzdem erreicht werden – nur eben auf anderem, auf privatrechtlichem Wege.

V. Bewertung des existierenden Schutzsystems

Die Bewertung des existierenden Schutzsystems fällt im Wesentlichen positiv aus. Der Schutz von Kulturgut vor *Wegnahme und Plünderung sowie vor Repressalien und der Verwendung zu Reparationszwecken* ist am weitesten entwickelt. Er gilt absolut und für jedes Kulturgut.

Der *Schutz vor Zerstörung und Beschädigung* ist grundsätzlich umfassend. Nur wenige Punkte können kritisiert – oder aber als pragmatischer, realistischer Ansatz angesehen

189 Vgl. *Chamberlain* (Fn. 29), S. 159 ff. Zu den praktischen Durchsetzungsschwierigkeiten vgl. exemplarisch *Kurt Siehr*, Geraubtes Kulturgut vor nationalen Gerichten, in: Alexander Trunk/Rolf Knieper/Andrej G. Svetlanov (Hrsg.), *Russland im Kontext der internationalen Entwicklung*, Berlin, 2004, S. 499 ff.

190 Entsprechende Überblicke finden sich etwa bei *Christian Armbrüster*, Privatrechtliche Ansprüche auf Rückführung von Kulturgütern ins Ausland, *NJW* 2001, S. 3581 (3582 f.); *Spaun* (Fn. 187), S. 153 ff.

191 Vgl. *Heinz-Peter Mansel*, *De Weerth v. Baldinger – Kollisionsrechtliches zum Erwerb gestohlener Kunstwerke*, *IPRax* 1988, 268 (271).

192 Vgl. *Erik Jayme*, *Nationales Kunstwerk und Internationales Privatrecht*, Heidelberg, 1999, S. 95 ff.

193 Vgl. *Symeon C. Symeonides*, A Choice-of-Law Rule for Conflicts Involving Stolen Cultural Property, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 38 (2005), S. 1177 (1182 ff.).

194 Vgl. *Reinhold Geimer*, *Los Desastres de la Guerra und das Brüssel I-System*, *IPRax* 2008, S. 225 (226); *Oliver Dörr*, Staatliche Immunität auf dem Rückzug?, *AVR* 41 (2003), S. 201 (208 ff.). Allerdings scheinen hinsichtlich der Immunität für Kriegshandlungen erste Durchbrechungen erkennbar zu werden. So erhob Deutschland am 23. Dezember 2008 Klage gegen Italien vor dem IGH, weil italienische Gerichte mehrfach Klagen von Privatpersonen gegen Deutschland wegen Verbrechen während des Zweiten Weltkrieges stattgegeben und damit die staatliche Immunität Deutschlands nicht beachtet hatten, vgl. ICJ, Press Release No. 2008/44.

werden: Geschützt sind nicht alle Kulturgüter, sondern nur solche, die einen bestimmten kulturellen Wert haben.¹⁹⁵ Absolut geschützt sind nur Kulturgüter von höchster Weltbedeutung. Bei allen anderen gehen militärische Erfordernisse vor.

Deutliche Schwachstelle im geltenden Schutzsystem ist hingegen die nur rudimentär ausgebildete *Pflicht zur Restitution von Kulturgut*. Besonders die nur für Konfliktparteien geltende Pflicht zur Restitution von Kulturgut, das bei militärischen Konflikten außer Landes gelangte, wiegt schwer. Umso bedeutender ist in diesem Fall die Rolle des Privatrechts.

VI. Herausforderungen angesichts der gewandelten Natur militärischer Konflikte

Drei neue Entwicklungen stellen das existierende Rechtssystem zum Schutz von Kulturgütern bei militärischen Konflikten vor besondere Herausforderungen: die innerstaatlichen bewaffneten Konflikte, der Einsatz von privaten Militär- und Sicherheitsunternehmen sowie die Friedensmissionen internationaler Organisationen.¹⁹⁶

1. Militärische Konflikte nicht-internationalen Charakters

Die bewaffneten Konflikte nicht-internationalen Charakters¹⁹⁷ stellen die geringste Herausforderung dar. Sie werden vom geltenden Schutzsystem bereits weitestgehend erfasst.

a) Haager Vertragswerk 1954/1999

Gemäß Art. 19 Abs. 1 der Haager Konvention gelten bei innerstaatlichen Auseinandersetzungen zumindest die Respektierungspflichten. Das Zweite Haager Protokoll kommt gemäß seinem Art. 22 Abs. 1 sogar vollständig zur Anwendung.¹⁹⁸

Konkret bedeutet diese Regelung, dass Kulturgut vor Wegnahme und Repressalien absolut geschützt ist, Kollateralschäden so weit wie möglich zu vermeiden sind, jede „sinnlose“ Zerstörung von Kulturgut einem absoluten Verbot unterfällt, eine gezielte „militärische“ Zerstörung oder Nutzung hingegen bei „zwingender“ militärischer Not-

195 So auch der ausdr. Hinweis von *Wolfrum* (Fn. 96), S. 317. Nach seiner Ansicht ist dies insb. deshalb problematisch, weil Kulturgüter, die nur von regionaler Bedeutung oder nur für eine bestimmte Bevölkerungsgruppe bedeutsam sind, nicht geschützt sind, vgl. ebda. S. 337. Dem kann in dieser Ausschließlichkeit allerdings nicht gefolgt werden. Da jeder Staat selbst bestimmen kann, was für ihn von nationaler Bedeutung ist, kann er sehr wohl auch solche Kulturgüter unter Schutz stellen.

196 Ähnlich zu den Herausforderungen an das humanitäre Völkerrecht insgesamt ICRC, 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, Switzerland, 26 - 30 November 2007: International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts, 2007, 30IC/07/8.4.

197 Vgl. ausf. *Friederike Pabst*, Kulturgüterschutz in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten, Berlin, 2008, S. 154 ff.

198 Näher dazu *Charles-Edouard Held*, L'application aux conflits non internationaux du deuxième protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, in: Marcelo G. Kohen (ed.), *Liber amicorum Lucius Cafilisch*, Leiden, 2007, S. 255 f.

wendigkeit erlaubt ist und Kulturgut „von höchster Bedeutung für die Menschheit“ unter verstärktem Schutz fällt, so dass es eine absolute Unverletzlichkeit genießt.

b) *Weitere völkerrechtliche Normen*

Auch die meisten außerhalb des Haager Vertragswerks verankerten Schutzpflichten sind auf innerstaatliche bewaffnete Auseinandersetzungen anwendbar.

Die bedeutendste Rolle kommt dabei dem für nicht-internationale bewaffnete Konflikte geltenden *Zweite Genfer Zusatzprotokoll von 1977*¹⁹⁹ zu. Dieses enthält in Art. 16 eine fast identische Bestimmung wie Art. 53 des Ersten Genfer Zusatzprotokolls.²⁰⁰ Es gilt daher das oben Ausgeführte: Die Regeln des Haager Vertragswerks werden leicht erweitert, da das Genfer Zusatzprotokoll einen weiteren Kreis von Kulturgütern erfasst. Kommen beide Verträge gleichzeitig zur Anwendung, so geht die Haager Konvention vor.²⁰¹ Allerdings ist der Anwendungsbereich des Zweiten Genfer Zusatzprotokolls enger als derjenige des Haager Vertragswerks.²⁰² Während Letzteres für alle innerstaatlichen bewaffneten Auseinandersetzungen gilt,²⁰³ findet das Zweite Genfer Zusatzprotokoll gemäß seinem Art. 1 Abs. 1 nur auf solche bewaffneten Konflikte Anwendung, welche im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei zwischen deren Streitkräften und abtrünnigen Streitkräften oder anderen organisierten bewaffneten Gruppen stattfinden, die eine solche Führungsstruktur und Kontrolle über einen Teil des Territoriums haben, dass sie in der Lage sind, das Protokoll anzuwenden. Militärische Konflikte, an denen keine staatlichen Streitkräfte beteiligt sind, oder aber Auseinandersetzungen mit nicht-hierarchisch organisierten oder zersplitterten bewaffneten Gruppen fallen demnach nicht unter das Zweite Genfer Zusatzprotokoll.

Zum Zweiten Genfer Zusatzprotokoll treten die dargestellten *völkergewohnheitsrechtlichen* Grundregeln hinzu. Ihre Geltung auch für Konflikte nicht-internationalen Charakters ist anerkannt.²⁰⁴ Mit Hilfe des Völkergewohnheitsrechts können insb. die „Lücken“ des Zweiten Genfer Zusatzprotokolls, das nicht für alle internen bewaffneten Auseinandersetzungen gilt und auch nicht das Verbot von Repressalien ausdrücklich erwähnt, geschlossen werden. Zu erwähnen ist schließlich das *Völkerstrafrecht*. Auch dieses gilt für Konflikte nicht-internationalen Charakters.²⁰⁵

199 Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12.08.1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte, v. 08.06.1977 (BGBl. 1990 II S. 1637).

200 Für eine Kommentierung von Art. 16 des Zweiten Genfer Zusatzprotokolls vgl. *Sylvie-Stoyanka Junod*, in: Yves Sandoz/Christophe Swinarski/Bruno Zimmermann (eds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, 1986, Protocole II – Article 16.

201 Vgl. statt vieler *Pabst* (Fn. 197), S. 209 f. Art. 16 des Zweiten Genfer Zusatzprotokolls verweist nicht (wie das Erste Genfer Zusatzprotokoll in seinem Art. 53) neben der Haager Konvention noch auf weitere einschlägige Übereinkommen, die dem Protokoll vorgehen. Das ist damit zu erklären, dass andere, ältere Konventionen mit kulturgüterschützenden Bestimmungen ohnehin nicht auf militärische Konflikte innerstaatlichen Charakters Anwendung finden, so dass ein Verweis keinen Sinn ergäbe, vgl. *O'Keefe* (Fn. 37), S. 232.

202 Vgl. *Toman* (Fn. 137), S. 332; *O'Keefe* (Fn. 37), S. 230; *Wolfrum* (Fn. 96), S. 312; *Pabst* (Fn. 197), S. 209 f.

203 Art. 19 Abs. 1 Haager Konvention.

204 Vgl. im einzelnen *O'Keefe* (Fn. 37), S. 324 ff.; 328 ff.; 330 f.; 333 f.; 335; 338 f.

205 Die Geltung des Völkerstrafrechts auch für Kulturgutschädigungen bei innerstaatlichen Konflikten folgt aus Art. 8 Abs. 2 lit. e iv) und v) IStGH-Statut.

Der *Normbestand* für den Schutz von Kulturgütern bei innerstaatlichen bewaffneten Auseinandersetzungen ist also ausreichend.²⁰⁶ Bemängelt werden könnte höchstens, dass es für militärische Konflikte nicht-internationalen Charakters derzeit nur Regeln für die bewaffnete Auseinandersetzung selbst gibt, nicht aber Regeln für die Zeit davor und danach. Dieses scheinbare Regelungsdefizit ist jedoch keines. Präventionsmaßnahmen zu Friedenszeiten, wie die Durchführung von Inventarisierungen oder die Erstellung von Notfallplänen, schützt Kulturgüter bei jedem späteren militärischen Konflikt – sei er nun internationaler oder nationaler Natur. Und die Pflichten nach Beendigung eines militärischen Konflikts sind im Falle einer innerstaatlichen Auseinandersetzung Sache des nationalen Rechts, und zwar insb. des Privatrechts, so dass keine Regelungslücke entsteht. Hauptgrund für die materiell insgesamt recht befriedigende Rechtslage ist, dass das Zweite Haager Protokoll und das Völkerstrafrecht auch eine Reaktion auf den Jugoslawienkonflikt darstellen.²⁰⁷ Sie sind auf innerstaatliche Konflikte also zugeschnitten.

Sorgen bereitet jedoch die *Implementierung und Durchsetzung* des geltenden Rechts.²⁰⁸ Das betrifft zum einen die Vertragsparteien des Zweiten Haager Protokolls. Unter ihnen fehlen die meisten derzeit von Bürgerkriegen heimgesuchten oder bedrohten Staaten, wie der Libanon, Thailand und fast alle Länder Afrikas. Zum anderen betrifft es die praktische Umsetzung. Die völkerrechtlichen Regeln müssen zu einem großen Teil innerstaatlich um- und durchgesetzt werden. Daran mangelt es jedoch in der Regel.²⁰⁹

Hinzuweisen ist abschließend auf die *Gefahr des Missbrauchs* kulturgüterschützender Regeln. Man könnte argumentieren, dass bestimmte Pflichten, insb. die Kennzeichnungspflichten, bei internen, ethnisch-religiös bedingten Konflikten, genau das Gegenteil dessen bewirken, was sie bezwecken. Wenn die eine Partei aufgrund des angebrachten Kennzeichens erkennt, dass ein bestimmtes Kulturgut für die andere Partei besonders bedeutsam ist, macht es dieses vielleicht gerade bewusst zum Ziel eines Angriffs. Eine solche Gefahr besteht in der Tat. Insofern ist es sogar vorteilhaft, dass die Kennzeichnung, zumindest beim Allgemeinen Schutz, eine bloße Möglichkeit darstellt, die von der Haager Konvention auch erst nach Ausbruch der Feindseligkeiten vorgesehen ist. Insofern bleibt es dem jeweiligen Staat überlassen, seine Kulturgüter, falls diese bei einem ethnisch-religiös bedingten internen Konflikt besonders bedroht sind, nicht zu kennzeichnen.

206 So auch im Ergebnis *Pabst* (Fn. 197), S. 293 f. Nach Ansicht von *Irmscher* (Fn. 136), S. 68 entsprechen die Regeln zum Schutz von Kulturgütern bei nicht-internationalen Konflikten sogar vollständig denjenigen bei internationalen Konflikten.

207 Vgl. *Jean-Marie Henckaerts*, *New Rules for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, RICR septembre 1999, Vol. 81, No. 835, S. 593 (594); *Mainetti* (Fn. 87), S. 340 ff.; *Wolftrum* (Fn. 121), S. 1791; *Steinmetzer* (Fn. 37), S. 162 f.

208 Vgl. *Pabst* (Fn. 197), S. 272 ff., 293 f.

209 Vgl. *Wolftrum* (Fn. 96), S. 337; *Pabst* (Fn. 197), S. 272 ff. Zum Teil versucht die UNESCO, durch eigene Initiativen den Kulturgüterschutz bei innerstaatlichen Konflikten zu fördern. Vgl. dazu etwa das von der UNESCO im Kosovo-Konflikt unter der Bevölkerung verteilte Flugblatt mit den sieben wichtigsten Regeln: *Protection of cultural property in armed conflict. A collection of Basic Rules disseminated during the Kosovo conflict*, RICR septembre 2001, Vol. 83, No. 843, S. 862 f. Einen weiteren Entwurf für ein Informationsblatt bietet *Pabst* (Fn. 197), S. 385.

2. Einsatz privater Militär- und Sicherheitsunternehmen

Die zweite große Herausforderung stellt der Einsatz privater Militär- und Sicherheitsunternehmen (PMSU) dar.²¹⁰ Seit den 1990er Jahren haben sie einen rasanten Aufstieg erlebt.²¹¹ Auf der Basis privatrechtlicher Verträge²¹² bieten sie insb. nationalen Regierungen und internationalen Organisationen²¹³ Sicherheits- und Militärleistungen in Krisengebieten an. Zunehmend werden sie auch zur Unterstützung und Durchführung bewaffneter militärischer Operationen eingesetzt.

Vier Kategorien von PMSU haben sich dabei herausgebildet:²¹⁴ Die „Security and military consultant firms“ bieten Beratungsleistungen an. Die „Security and military support firms“ arbeiten in erster Linie im Bereich der logistischen Unterstützung. Bewaffneter Objekt- und Personenschutz wird von den „Security provider firms“ angeboten. Die aus völkerrechtlicher Sicht problematischsten Dienstleistungen bieten die „Military provider firms“ an. Ihr Arbeitsgebiet ist die Begleitung oder Durchführung militärischer Kampfeinsätze.

Unternehmen der beiden letzten Kategorien nehmen unmittelbar am Kampfgeschehen teil und wenden dabei zum Teil auch militärische Gewalt an. Im Irak-Krieg 2003, dem „ersten privatisierten Krieg“²¹⁵, haben die USA etwa 60 solcher Unternehmen mit einer Personalstärke von 15-20 000 Mitarbeitern beschäftigt.²¹⁶ Untersuchungen haben ergeben, dass PMSU dabei häufiger gegen humanitäres Völkerrecht verstoßen als reguläre Armeen.²¹⁷

a) Völkerrechtlicher Status

Die Diskussion um den völkerrechtlichen Status der PMSU wird seit Jahren geführt. Im Vordergrund steht dabei jedoch die Frage nach dem Status der *Mitarbeiter* im humanitä-

210 Es existiert überhaupt keine spezifische Regelung für PMSU, vgl. Bericht des Bundesrates zu den privaten Militär- und Sicherheitsfirmen, v. 02.12.2005 (BBl 2006, S. 623 (665)).

211 Als Initiator gilt der ehemalige britische Offizier *Tim Spicer*, der eine der ersten gewerbsmäßig organisierten privaten Militärunternehmen gründete und die Bezeichnung „Private Military Company“ erfand, vgl. *Michael Pesendorfer*, Die Wiederkehr der Söldner (II), Private Militär- und Sicherheitsfirmen und gültiges Recht, Truppendienst 6/2006 (<http://www.bmlv.gv.at/truppendienst/ausgaben/artikel.php?id=523> – zuletzt überprüft am 31.07.2009). Zu den Gründen für den rasanten Aufstieg der Unternehmen vgl. *Gerhard Kümmel*, Die Privatisierung der Sicherheit, ZIB 1/2005, S. 141 (153 ff.); *Heike Krieger*, Der privatisierte Krieg, AVR 44 (2006), S. 159 (162 ff.). Einen aktuellen Bericht über die Tätigkeit von PMSU bieten *J.J. Messner/Ylana Gracielli*, State of the Peace and Stability Operations Industry Survey 2007, Peace Operations Institute, Washington, D.C.

212 Zum „Labyrinth“ der Verträge, das dadurch entsteht, dass PMSU in der Regel mit zahlreichen Subunternehmen und Geschäftspartnern arbeiten, vgl. Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination, U.N. Doc. A/HRC/7/7, v. 09.01.2008, Rn. 51.

213 Dabei werden PMSU sogar im Rahmen von UN-Friedensmissionen tätig, vgl. *Chia Lehnardt*, Privatisierter Frieden?, VN 2/2008, S. 60 ff. Zu den rechtlichen Fragen für den Fall, dass auch die EU eines Tages PMSU im Rahmen von Friedensoperationen einsetzen sollte, vgl. *Nigel D. White/Sorcha MacLeod*, EU Operations and Private Military Contractors, EJIL 19 (2008), S. 965 ff.

214 Vgl. *Kümmel* (Fn. 211), S. 146 ff.; *Christian Schaller*, Operieren private Sicherheits- und Militärfirmen in einer humanitär-völkerrechtlichen Grauzone?, HuV-I 1 (2006), S. 51 (55 ff.)

215 Vgl. Defence contractors, Military-industrial complexities, The Economist, 29 March 2003, S. 55 (56): “first privatised war”. Übernommen wurde dieser Begriff u.a. von *Krieger* (Fn. 211), S. 159 ff.

216 Vgl. Bericht des Bundesrates (Fn. 210), S. 640.

217 Vgl. Bericht des Bundesrates (Fn. 210), S. 635 f.

ren Völkerrecht.²¹⁸ Es ist umstritten, ob sie als Kombattanten, Nichtkombattanten, Söldner, Freischärler, ziviles Gefolge der Streitkräfte oder aber Zivilisten einzustufen sind. Der Status der Mitarbeiter nach humanitärem Völkerrecht ist allerdings nur für deren Schutz relevant, etwa für die Frage, ob Mitarbeiter privater Unternehmen das Ziel eines Angriffs sein dürfen oder als Kriegsgefangene gelten.²¹⁹ Für die Frage, ob sie Kulturgüter zerstören dürfen bzw. schützen müssen, spielt ihr Status hingegen keine Rolle. Jeder Teilnehmer eines bewaffneten Konflikts ist an die Grundregeln des Kulturgüterschutzes gebunden.²²⁰ Entsprechend trifft sie nach Völkerstrafrecht auch eine Verantwortlichkeit.²²¹

Der völkerrechtliche Status der *PMSU selbst* ist hingegen eindeutig. Private Unternehmen sind keine Völkerrechtssubjekte. Sie sind nicht an das humanitäre Völkerrecht²²² und damit auch nicht an das Recht zum Schutz von Kulturgütern gebunden. Die einzig denkbare Ausnahme läge vor, wenn die PMSU als nicht-staatliche Konfliktpartei einer innerstaatlichen militärischen Auseinandersetzung angesehen würden. Eine solche Konstellation ist aber so gut wie ausgeschlossen, handeln doch die PMSU nie selbständig, sondern immer nur im Auftrag einer der Konfliktparteien.

b) Möglichkeiten für eine Bindung an Kulturgüterschutzrecht

Es stellt sich daher die Frage, wie die PMSU zum Kulturgüterschutz verpflichtet werden können.

Einige PMSU bzw. PMSU-Verbände haben *eigene Verhaltenskodizes* geschaffen, in denen sie sich u.a. zur Wahrung des humanitären Völkerrechts verpflichten.²²³ Diese Selbstbindungen sind jedoch weder rechtsverbindlich noch durchsetzbar.

Eine rechtliche Bindung an völkerrechtliche Vorgaben lässt sich nur *über die Völkerrechtssubjekte* herstellen. Staaten oder internationale Organisationen, die PMSU beauftragen, können sich dem humanitären Völkerrecht nicht dadurch entziehen, dass sie Aufgaben an Unternehmen übertragen.²²⁴ Deren Verhalten lässt sich nämlich in der

218 Vgl. etwa *Nicki Boldt*, Outsourcing War – Private Military Companies and International Humanitarian Law, GYIL 47 (2004), S. 502 (512 ff.); *Schaller* (Fn. 214), S. 52 ff.; *Clive Walker/Dave White*, Contracting out War?: Private Military Companies, Law and Regulation in the United Kingdom, ICLQ 54 (2005), S. 651 (674 ff.); *Lindsey Cameron*, Private military companies, RICR septembre 2006, Vol. 88, No. 863, S. 573 ff.

219 Vgl. *Georg Weingartner*, Krieg als Geschäftszweig, ÖMZ 2/2004, S. 149 (151 ff.); *Walker/White* (Fn. 218), S. 674 ff.

220 Vgl. *Emanuela-Chiara Gillard*, Private military/security companies, in: Andrew Alexandra/Deane-Peter Baker/Marina Caparini (eds.), Private Military and Security Companies, London/New York, 2008, S. 159 (165); *Weingartner* (Fn. 219), S. 151; Bericht des Bundesrates (Fn. 210), S. 670.

221 Näher dazu *Chia Lehnardt*, Individual Liability of Private Military Personnel under International Criminal Law, EJIL 16 (2005), S. 1015 ff.

222 Vgl. *Gillard* (Fn. 220), S. 168; *Weingartner* (Fn. 219), S. 151, 155.

223 Vgl. die Überblicke bei *Charles Deutscher*, Privatizing Peacekeeping, ANU College of Law Research Paper No. 08-28 (erhältlich über SSRN), S. 1 (34 ff.); *J.J. Messner/Ylana Gracielli* (Fn. 211), S. 48 ff. sowie exemplarisch The British Association of Private Security Companies Charter (2006), 3. Absatz (http://www.bapsc.org.uk/key_documents-charter.asp - zuletzt überprüft am 28.07.2009).

224 Vgl. *Gillard* (Fn. 220), S. 166.

Regel über das Recht der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit dem Staat²²⁵ bzw. der internationalen Organisation²²⁶ zurechnen. Ähnliches gilt für die Sitz- bzw. Tätigkeitsstaaten der PMSU.²²⁷ Art. 1 der vier Genfer Konventionen, der auch für die beiden Genfer Zusatzprotokolle gilt, verpflichtet alle Staaten, für die Einhaltung des humanitären Völkerrechts zu sorgen. Auf demselben Grundgedanken baut das Haager Vertragswerk auf, das jedem Staat, der Hoheitsgewalt über Kulturgüter ausübt, Schutzpflichten auferlegt. Alle Staaten, die in der Lage sind, Kontrolle über PMSU auszuüben, sind daher verpflichtet, für die Einhaltung des humanitären Völkerrechts durch die Unternehmen zu sorgen.²²⁸

Auf welchem Wege der Staat bzw. die internationale Organisation die Einhaltung des humanitären Völkerrechts durch die Unternehmen sicherstellt, bleibt ihm bzw. ihr überlassen. Unterschiedliche Wege sind eingeschlagen worden.²²⁹ So haben beispielsweise die USA in ihren Richtlinien zum Umgang mit PMSU im Irak die Bestimmung verankert, dass jene bei der Unterstützung militärischer Handlungen US-amerikanisches und Völkerrecht zu beachten haben.²³⁰ Großbritannien hat in einem Green Paper aus dem Jahre 2002 vorgeschlagen, dass die britische Regierung nur solche privaten PMSU beauftragen darf, die sich einem Verhaltenskodex unterworfen haben, der auch eine Selbstbindung an humanitäres Völkerrecht beinhaltet.²³¹ Die Richtlinien der EU zur Förderung der Einhaltung des humanitären Völkerrechts richten sich u.a. auch an nicht-staatliche Akteure, die im Rahmen von EU-Missionen im Ausland tätig sind.²³²

- 225 Näher dazu *Astrid Epiney/Andrea Egbuna-Joss*, Zur völkerrechtlichen Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit dem Verhalten privater Sicherheitsfirmen, SZIER 2/2007, S. 215 ff.; *Carsten Hoppe*, Passing the Buck: Responsibility for Private Military Companies, EJIL 16 (2005), S. 989 ff.; *Krieger* (Fn. 211), S. 159 (172 ff., 177 ff.); *Boldt* (Fn. 218), S. 538 ff. Speziell zum Fall von PMSU, die von den USA im Irak eingesetzt wurden *Rüdiger Wolfrum*, State Responsibility for Private Actors: An Old Problem of Renewed Relevance, in: Maurizio Ragazzi (ed.), International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter, Leiden/Boston, 2005, S. 423 ff.
- 226 Vgl. *Lehnardt* (Fn. 213), S. 64 f. Generell zur Verantwortlichkeit internationaler Organisationen *Kirsten Schmalenbach*, Die Haftung Internationaler Organisationen, 2004, S. 99 ff.
- 227 Vgl. *Gillard* (Fn. 220), S. 168 f.; *Boldt* (Fn. 218), S. 540 ff.
- 228 Vgl. Bericht des Bundesrates (Fn. 210), S. 670 f.; *Boldt* (Fn. 218), S. 536 f., allerdings beschränkt auf die Frage der strafrechtlichen Verfolgung.
- 229 Überblicke finden sich u.a. bei *Deutscher* (Fn. 223), S. 25 ff.; *Kümmel* (Fn. 211), S. 163. Zur Praxis Südafrikas vgl. *Walker/White* (Fn. 218), S. 666 f.; *Weingartner* (Fn. 219), S. 155; zur Rechtslage in der Schweiz vgl. Bericht des Bundesrates (Fn. 210), S. 677 ff.
- 230 Vgl. Headquarters Department of the Army, Contractors on the Battlefield, January 2003, FM 3-100.21 (100-21), Rn. 1-39. Zum US-amerikanischen Recht, das auf PMSU Anwendung findet, vgl. *Marina Caparini*, Regulating private military and security companies. The US approach, in: Andrew Alexandra/Deane-Peter Baker/Marina Caparini (eds.), Private Military and Security Companies, London/New York, 2008, S. 171 (175 ff.); *Walker/White* (Fn. 218), 667 ff.
- 231 Vgl. Private Military Companies: Options for Regulation, ordered by the House of Commons to be printed 12th February 2002, HC 577, Rn. 76. Ausf. zur Rechtspraxis Großbritanniens vgl. *Walker/White* (Fn. 218), S. 654 ff.
- 232 Die Mitgliedstaaten seien ohnehin an die Genfer Konventionen und die Genfer Zusatzprotokolle gebunden, so dass sich die Richtlinien nur an dritte Staaten und an nicht-staatliche Akteure richteten, vgl. Leitlinien der Europäischen Union zur Förderung der Einhaltung der Normen des humanitären Völkerrechts, AbtEU Nr. C 327/4, v. 23.12.2005, Rn. 2.

c) *Dokument von Montreux*

Angesichts der existierenden, aber völlig unterschiedlich umgesetzten Pflicht der Staaten und internationalen Organisationen, für die Einhaltung des humanitären Völkerrechts durch die PMSU zu sorgen, drängt es sich auf, nach entsprechenden *einheitlichen Vorgaben* zu fragen. Zahlreiche Vorstöße aus Praxis²³³ und Literatur²³⁴ haben sich dieses Ansinnens angenommen. Besonderer Erwähnung bedarf der jüngste Vorstoß aus dem Jahr 2008.

Auf Initiative der Schweiz und des IKRK haben 17 Staaten, unter ihnen die USA, Kanada, Großbritannien, Deutschland, Frankreich und China, das „Dokument von Montreux“ ausgearbeitet und am 17. September 2008 unterzeichnet.²³⁵ Am 2. Oktober 2008 übersandte es die Schweiz dem UN-Generalsekretär mit der Bitte, es als Dokument der Generalversammlung und des Sicherheitsrates zirkulieren zu lassen. Alle Staaten wurden eingeladen, sich dem Dokument anzuschließen.²³⁶ Bislang haben dies weitere fünf Staaten getan.²³⁷

In seinem ersten Teil listet das Dokument die bestehenden Pflichten beim Einsatz von PMSU auf. In seinem zweiten Teil nennt es „Good Practices“, die den Auftrags-, Sitz- und Tätigkeitsstaaten als Richtlinie für die Umsetzung ihrer jeweiligen Pflichten dienen sollen. Zu den „Good Practices“ gehören Zulassungs-, Vergabe- und Überwachungskriterien sowie Strafverfolgungspflichten.

Das Dokument von Montreux stellt den *systematisch richtigen Ansatz* dar. Es knüpft an die Staaten als völkerrechtlich Verpflichtete an und trägt der privatrechtlichen Natur der Unternehmen Rechnung. Hinzu kommt, dass diejenigen Staaten, die am stärksten PMSU einsetzen bzw. in denen die meisten Unternehmen ihren Sitz haben, zu den 17 Unterzeichnerstaaten gehören,²³⁸ so dass der Wert des Dokuments von nicht zu un-

233 Vgl. Draft Convention on Private Military and Security Companies, elaborated by the experts for Regional Consultation for Eastern European Group and Central Asian Region in Moscow, held 16-18 October 2008). Die Gruppe ist Teil der 2005 vom UN-Menschenrechtsrat gebildeten „UN Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination“, deren Mandat bis 2011 läuft, vgl. U.N. Doc. A/HRC/7/L.7, v. 19.03.2008. Die UN Working Group befasst sich jedoch nicht spezifisch mit dem humanitären Völkerrecht, sondern insb. mit Menschenrechts- und Selbstbestimmungsfragen.

234 Vgl. *Michael Scheimer*, Separating Private Military Companies From Illegal Mercenaries in International Law, *American University Law Review* 24 (2009), S. 609 (640 ff.: Vorschlag eines neuen Vertrages); *Daniel Thürer/Malcolm MacLaren*, Military Outsourcing as a Case Study in the Accountability and Responsibility of Power, in: August Reinisch/Ursula Kriebaum (eds.), *The Law of International Relations*, Leiden, 2007, S. 391 (404 ff.: Vorschlag eines neuen Verantwortlichkeitsregimes). Eine Analyse verschiedener Möglichkeiten, PMSU an völkerrechtliche Vorgaben zu binden, bietet *Christian Schaller*, Private Sicherheits- und Militärfirmen in bewaffneten Konflikten, SWP-Studie, September 2005, S. 1 (19 ff.).

235 Montreux Document on pertinent international legal obligations and good practices for States related to operations of private military and security companies during armed conflict, 17 September 2008, Annex to the letter dated 2 October 2008 from the Permanent Representative of Switzerland to the United Nations addressed to the Secretary-General, U.N. Doc. A/63/467-S/2008/636, v. 06.10.2008.

236 Vgl. Letter dated 2 October 2008 from the Permanent Representative of Switzerland to the United Nations addressed to the Secretary-General, U.N. Doc. A/63/467-S/2008/636, v. 06.10.2008.

237 Stand: April 2009.

238 Vgl. Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination, U.N. Doc. A/HRC/7/7, v. 09.01.2008, Rn. 30, 35.

terschätzender Bedeutung ist. *Bedauerlich* aus kulturgutschützender Sicht²³⁹ ist jedoch, dass der Bestand des einzuhaltenden humanitären Völkerrechts im Dokument bislang nicht näher spezifiziert wird. Eine ausdrückliche Erwähnung des Haager Vertragswerks oder der beiden Genfer Zusatzprotokolle findet sich nicht. Auch gilt das Dokument von Montreux nur für Staaten, nicht für internationale Organisationen. Zu bemängeln wäre schließlich, dass es sich beim Dokument von Montreux nicht um einen verbindlichen Vertrag, sondern nur um eine unverbindliche Erklärung handelt. Möglicherweise stellt das Dokument von Montreux aber auch nur den ersten Schritt hin zu einem völkerrechtlichen Vertrag dar.

3. Friedensmissionen internationaler Organisationen

Die dritte und schwierigste Herausforderung stellen die Friedensmissionen internationaler Organisationen dar. Seit Beginn der 1990er Jahre sind sie mit der Anwendung militärischer Gewalt gekoppelt.²⁴⁰ Die bei Friedensmissionen übliche Unterscheidung zwischen *peace-keeping*, *peace-making*, *peace-building*, *peace-enforcement* und anderen Missionen ist im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung. Die Anwendung des humanitären Völkerrechts, und damit auch des Rechts zum Schutz von Kulturgütern, hängt allein davon ab, ob eine bewaffnete Auseinandersetzung und/oder eine Besetzung vorliegen. Das kann grundsätzlich bei allen Missionen der Fall sein.

a) Feindseligkeiten

Die Rechtslage im Falle bewaffneter Auseinandersetzungen ist mittlerweile geklärt: Kommt es im Rahmen einer Friedensmission zu Feindseligkeiten, die von ihrer Intensität her die Schwelle zum bewaffneten militärischen Konflikt überschreiten,²⁴¹ so ist humanitäres Völkerrecht zu beachten.²⁴²

Begründen lässt sich dies mit der völkergewohnheitsrechtlichen Bindung der Organisation²⁴³ oder der vertraglichen und völkergewohnheitsrechtlichen Bindung der ermäch-

239 Zu weiteren Kritikpunkten aus nicht spezifisch kulturgüterschützender Sicht vgl. Human Rights Council, U.N. Doc. A/HRC/10/14, v. 21.01.2009, Rn. 43 ff.

240 Zur historischen Entwicklung vgl. *Corinna Kuhl*, The evolution of peace operations, from interposition to integrated missions, in: Gian Luca Beruto (ed.), *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*, Sanremo, 4 - 6 September 2008, S. 70 ff.; *Marten Zwanenburg*, *Accountability of Peace Support Operations*, Leiden/Boston, 2005, S. 12 ff. Zur zunehmenden Zahl „robuster“ Friedensmissionen vgl. *Felix Schwendemann*, *Rechtsfragen des humanitären Völkerrechts bei Friedensmissionen der Vereinten Nationen*. Zürich (u.a.), 2007, S. 1 ff.; *Robert Kolb*, *Ius contra bellum*, 2ème édition, Bâle/Bruxelles, 2009, S. 218 ff.

241 Vgl. *Marco Sassòli*, *International humanitarian law and peace operations, scope of application ratione materiae*, in: Gian Luca Beruto (ed.), *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*, Sanremo, 4 - 6 September 2008, S. 100 (103).

242 Vgl. *Ben F. Klappe*, *International Peace Operations*, in: Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2nd edition, Oxford, 2008, S. 635 (647); *Daphna Shraga*, *The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law*, *International Peacekeeping* 5 (1998), S. 64 ff.; *Ray Murphy*, *UN Peacekeeping in Lebanon, Somalia and Kosovo*, Cambridge, 2007, S. 225, 242 f.

243 Eine solche Bindung wird insb. für die UN angenommen, wenn sie eigene Missionen schafft. Diese haben dann nämlich rechtlich den Status eines Nebenorgans des Sicherheitsrates und sind damit Bestandteil der UNO, vgl. *Zwanenburg* (Fn. 240), S. 151 ff.; 161 ff.; *Murphy* (Fn. 242), S. 220.

tigten bzw. Personal entsendenden Staaten.²⁴⁴ Darüber hinaus fand auf maßgebliche und hartnäckige Initiative des IKRK²⁴⁵ der Verweis auf das humanitäre Völkerrecht sukzessive Eingang in die Personal- und Statusverträge der Missionen.²⁴⁶ Den Schlusspunkt setzten die Organisationen selbst. Die UNO erließ 1999²⁴⁷, die NATO 2003²⁴⁸ und die EU 2005²⁴⁹ Leitlinien zur Respektierung des humanitären Völkerrechts.²⁵⁰ In allen genannten Dokumenten wird auch auf die Einhaltung der beiden Genfer Zusatzprotokolle und der Haager Konvention sowie zum Teil auch von deren beiden Protokollen verwiesen.²⁵¹ Kommt es im Rahmen von Friedensmissionen also zu einem bewaffneten Konflikt, so sind die Parteien – wie bei jedem anderen militärischen Konflikt – an die oben dargestellten Regeln zum Schutz von Kulturgütern gebunden.

Bemerkenswert ist, dass bei Friedensmissionen die Unterscheidung zwischen internationalen und nicht-internationalen Konflikten offenbar fallen gelassen wurde. Vieles spricht dafür, von einem internationalen Konflikt auszugehen, findet doch die Gewalt regelmäßig zwischen Angehörigen des Entsendestaates und Angehörigen des Gaststaates auf dessen Territorium statt.²⁵² In den meisten zugrundeliegenden Dokumenten wird aber grundsätzlich immer nur der Terminus des „bewaffneten Konflikts“ verwendet.

244 Eine Bindung der Entsendestaaten, und nicht der Organisation, wird zumeist bei der NATO angenommen, da in diesem Fall die einzelnen Staaten nur unter der Führung der NATO operieren, aber keine eigene NATO-Mission vorliegt, vgl. *Zwanenburg* (Fn. 240), S. 179 ff.

245 Vgl. *Daphna Shraga*, The applicability of international humanitarian law to peace operations, from rejection to acceptance, in: Gian Luca Beruto (ed.), *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*, Sanremo, 4 - 6 September 2008, S. 90 ff.; *Zwanenburg* (Fn. 240), S. 161 ff. m.w.N.

246 Das erste Mal geschah dies 1993, vgl. Agreement on the Status of the United Nations Assistance Mission for Rwanda (UNAMIR), v. 05.11.1993 (Nr. 7 a), 1748 UNTS 1993, Nr. I-30482. Zu den verschiedenen Verträgen und Rechtsgrundlagen bei UN-Friedensmissionen vgl. *Murphy* (Fn. 242), S. 220 f.

247 U.N. Secretary-General's Bulletin on the Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law (August 6, 1999, entered into force August 12, 1999), 38 I.L.M. 1656 (1999). Ausf. zu den Richtlinien *Schwendimann* (Fn. 240), S. 43 ff. Die Richtlinien stoßen aber zum Teil auf Kritik. Sie seien weder vom Umfang noch von ihrer Präzision her ausreichend, vgl. *Sassòli* (Fn. 241), S. 102.

248 STANAG 2449 LO-Training in the Law of Armed Conflict 2003 (NSA(ARMY)0143-LO/2449, v. 14.02.2003). Zur praktischen Handhabung vgl. *Baldwin de Vidts*, The NATO perspective, in: Gian Luca Beruto (ed.), *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*, Sanremo, 4-6 September 2008, S. 343 ff. Siehe auch Resolution adopted by the NATO Parliamentary Assembly on 15 November 1999 concerning the Armed Intervention in Kosovo: Respecting and Ensuring Respect for International Humanitarian Law, RICR mars 2000, Vol. 82, No. 837, S. 263 f.

249 Leitlinien der Europäischen Union zur Förderung der Einhaltung der Normen des humanitären Völkerrechts, ABlEU Nr. C 327/4, v. 23.12.2005. Näher zur Bindung der EU an das humanitäre Völkerrecht *Gert-Jan van Hegelsom*, *International humanitarian law and operations conducted by the European Union*, in: Gian Luca Beruto (ed.), *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*, Sanremo, 4 - 6 September 2008, S. 107 ff.

250 Kritisch zu den Leitlinien internationaler Organisationen, die zu allgemein seien, um die einheitliche Handhabung kulturgüterschützender Regeln durch multinationale Truppen zu regeln, *Steinmetzer* (Fn. 37), S. 163.

251 Vgl. Nr. 6.6. der UN-Richtlinien; Anhang zu den EU-Leitlinien; Model agreement between the United Nations and Member States contributing personnel and equipment to United Nations peace-keeping operations (Nr. 28), U.N. Doc. A/46/185, v. 23.05.1991. Das Modellübereinkommen für die Gaststaatenverträge von 1990 enthält eine solche Klausel nicht. Wohl aber wurde sie ab 1993 regelmäßig in die Gaststaatenverträge aufgenommen, vgl. etwa Agreement on the Status of the United Nations Assistance Mission for Rwanda (UNAMIR), v. 05.11.1993 (Nr. 7 a), 1748 UNTS 1993, Nr. I-30482; Agreement between the United Nations and the Government of the Republic of Croatia, v. 15.05.1995 (Nr. 7 a), 1864 UNTS Nr. I-31771.

252 Zum gleichen Ergebnis, wenn auch mit einer anderen Argumentation, gelangt *Sassòli* (Fn. 241), S. 104.

b) „Besetzung“

Weitaus schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob bei Friedensmission auch Besetzungsrecht zur Anwendung gelangt.²⁵³ Bei militärischen Friedensmissionen kann es nämlich auch zur Kontrolle über fremdes Gebiet kommen.²⁵⁴ Darüber hinaus hat sich eine neue Form von UN-Friedensmissionen entwickelt, bei denen die UN bzw. von ihr ermächtigte Staaten die Territorialverwaltung eines Gebietes übernehmen. Als Beispiele seien die langjährigen UN-Territorialverwaltungen in Bosnien-Herzegowina und Kosovo genannt.²⁵⁵

Dem Schutz von Kulturgütern kommt bei solchen Friedensmissionen eine *essentielle Bedeutung* zu. In der Regel dienen die Missionen der Beendigung von ethnisch-religiösen Konflikten. Gelingt es ihnen nicht, Kulturgüter zu schützen und den gegenseitigen kulturellen Respekt wieder aufleben zu lassen, so ist das Ziel der Missionen – die Wiederherstellung stabiler gesellschaftlicher Strukturen als Voraussetzung für einen dauerhaften Frieden – nicht erreichbar.²⁵⁶

Die *herrschende Meinung*²⁵⁷ lehnt die Anwendung von Besetzungsrecht allerdings ab. Personal von UN-Friedensmissionen lasse sich nicht mit einer „feindlichen Armee“ gleichsetzen. Eine internationale Organisation habe darüber hinaus nicht die umfassenden Hoheitsbefugnisse eines Staates, so dass sie auch nicht die dem Staat bei einer Besetzung zukommenden Funktionen ausüben könne.²⁵⁸ Schließlich setze eine Besetzung den entgegenstehenden Willen des betroffenen Staates voraus. Die Friedensmissionen beruhten jedoch regelmäßig auf einem Vertrag oder auf einem Ersuchen des entsprechenden Staates.²⁵⁹

253 *Sassòli* (Fn. 241), S. 106 bezeichnet diese Frage als die schwierigste im Zusammenhang mit der Anwendung des humanitären Völkerrechts auf Friedensmissionen.

254 Das ist der Fall, an den zumeist in diesem Zusammenhang gedacht wird, vgl. *Tristan Ferraro*, The applicability of the law of occupation to peace forces, in: Gian Luca Beruto (ed.), *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*, Sanremo, 4 - 6 September 2008, S. 133 (135).

255 Vgl. die ausf. Analyse der verschiedenen UN-Missionen bei *Gregory H. Fox*, *Humanitarian Occupation*, Cambridge, 2008, S. 72 ff. Einen guten Überblick bietet ebenfalls *Michael J. Kelly*, *Restoring and Maintaining Order in Complex Peace Operations*, The Hague (u.a.), 1999, S. 3 ff.; 220 ff. Umfassend *Hans Fabian Kiderlen*, *Von Triest nach Osttimor*, Berlin (u.a.), 2008 sowie *Grant T. Harris*, *The Era of Multilateral Occupation*, *Berkeley Journal of International Law* 24 (2006), S. 1 ff.

256 Vgl. *Wolfgang Peischel*, *Protection of Cultural Property within the Framework of Civil Military Cooperation*, in: Michael Pesendorfer/Hubert Speckner (eds.), *Protection of Cultural Property in Peace Support Operations*, Wien 2006, S. 61 ff.; *Hubert Speckner*, *Results of the 2001 Seminar "Protection of Cultural Property"* in Bregenz, ebda., S. 75 (79). Vgl. auch *Kerstin Odendahl/Mayte Peters*, *The Significance of Cultural Heritage for State Stability and its Protection by Public International Law*, in: Julia Raue/Patrick Sutter (eds.), *Facets and Practices of State-Building*, Leiden/Boston, 2009, S. 263 ff.

257 Vgl. *Zwanenburg* (Fn. 240), S. 208; *Shraga* (Fn. 245), S. 98; *Bruce M. Oswald*, *The law of occupation and its applicability during UN, NATO or EU-led crisis Management (Peace Support) Operations*, in: Michael Pesendorfer/Hubert Speckner (eds.), *Protection of Cultural Property in Peace Support Operations*, Wien 2006, S. 54 (55); *Jaume Saura*, *Lawful Peacekeeping: Applicability of International Humanitarian Law to United Nations Peacekeeping Operations*, *Hastings Law Journal* 58 (2007), S. 478 (505 ff.); *Ferraro* (Fn. 254), S. 143 ff. m.w.N.

258 Vgl. *Fox* (Fn. 255), S. 303.

259 Vgl. *Ferraro* (Fn. 254), S. 136.

Auch die *Praxis* zeigt, dass Besetzungsrecht bislang bei keiner dieser neuartigen UN-Friedensmissionen zur Anwendung gelangte, weder direkt noch analog.²⁶⁰ So erwähnen auch beispielsweise die Leitlinien der UNO zur Respektierung des humanitären Völkerrechts bei Friedensmissionen das Besetzungsrecht nicht. Dasselbe gilt für die UN-Sicherheitsratsresolutionen, die den Friedensmissionen zugrunde liegen.²⁶¹ Lediglich in zwei Fällen, bei denen es sich allerdings um UN-mandatierte „klassische“ Militärmis- sionen handelte, erklärten sich die australischen Kontingente an das Besetzungsrecht gebunden, nachdem es nach einer militärischen Auseinandersetzung zu einer Lage ge- kommen war, die Art. 42 der Haager Landkriegsordnung entsprach.²⁶²

Es ist daher zu *differenzieren*.²⁶³ Kommt es bei militärischen Missionen zu einer vorüber- gehenden Kontrolle fremden Gebietes durch Armeeeinheiten, so gilt Besetzungsrecht²⁶⁴ – bei den neuartigen, mit einer Territorialverwaltung einhergehenden UN-Friedens- missionen hingegen nicht. Anwendbar sind im letzteren Fall allein die diversen Status- und Personalverträge sowie, vor allem, die den Missionen zugrunde liegenden UN- Sicherheitsratsresolutionen nach Kapitel VII.²⁶⁵ Diese Dokumente stellen jedoch nicht umfassende Regelungswerke dar. Darüber hinaus sind UN-Sicherheitsratsresolutionen nach Kapitel VII nicht an anderes Völkerrecht, also auch nicht an Kulturgüterrecht, gebunden.²⁶⁶

260 Vgl. *Michael H. Hoffmann*, Peace-enforcement actions and humanitarian law: Emerging rules for „interventional armed conflict“, *RICR* mars 2000, Vol. 82, No. 837, S. 193 (195); *Sylvain Vité*, L'appli- cation du droit international de l'occupation militaire aux activités des organisations internationales, *RICR* mars 2004, Vol. 86, No. 853, S. 9 (21 f.); *Shraga* (Fn. 245), S. 98. Für eine analoge Anwendung jedoch *Yoram Dinstein*, Legislation Under Article 43 of the Hague Regulations: Belligerent Occupation and Peacebuilding, *HRCR Occasional Paper Series*, Fall 2004; *Hostettler* (Fn. 146) S. 45 f.

261 Als ein Beispiel unter vielen seien die UN-Sicherheitsratsresolutionen zur Friedenstruppe im Irak genannt, die zwar alle generell die Verpflichtung zur Einhaltung des humanitären Völkerrechts wieder- holen, dabei allerdings nicht von Besetzung sprechen, vgl. UN-Sicherheitsratsresolutionen S/RES/1511 (2003), v. 16.10.2003; S/RES/1637 (2005), v. 08.11.2005; S/RES/1723 (2006), v. 28.11.2006; S/RES/1770 (2007), v. 10.08.2007; S/RES/1790 (2007), v. 18.12.2007.

262 Es handelte sich dabei um die UNITAF- und die INTERFET-Missionen, vgl. *Shraga* (Fn. 245), S. 98 f. Ausf. zur INTERFET-Mission *Michael J. Kelly/Timothy L.H. McCormack/Paul Muggleton/Bruce M. Oswald*, Legal aspects of Australia's involvement in the International Force for East Timor, *RICR*, mars 2001, Vol. 83, No. 841, S. 101 ff.

263 Ähnlich *Fox* (Fn. 255), S. 270 ff.; *Ferraro* (Fn. 254), S. 155; *Schwendimann* (Fn. 240), S. 141 ff.

264 So auch *Marco Sassòli*, Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers, *EJIL* 16 (2005), S. 661 (688 ff.); *Adam Roberts*, What is Military Occupation?, *BYIL* 55 (1984), S. 249 (289); *Vité* (Fn. 260), S. 20.

265 So auch *Vité* (Fn. 260), S. 28.

266 Der Sicherheitsrat ist nach h.M. bei der Durchführung von Maßnahmen nach Kapitel VII nicht an das außerhalb der UN-Charta verankerte Völkerrecht gebunden. Begründet wird dies mit Art. 1 Nr. 1 der UN-Charta (vgl. *Rüdiger Wolfrum*, Article I, in: Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations*, Oxford, 1995, Rn. 18 f.; *Mohammed Bedjaoui*, Article I, in: Jean-Pierre Cot/Alain Pellet (eds.), *La Charte des Nations Unies*, Paris, 1985, S. 23 (25)), der eine völkerrechtliche Bindung nur bei der friedlichen Lösung internationaler Streitigkeiten vorsieht, sowie mit der bindenden Wirkung der Si- cherheitsratsbeschlüsse nach Art. 25 i.V.m. dem allgemeinen Vorrang der Charta nach Art. 103 (vgl. *ICJ, Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libya v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, *ICJ Reports* 1992, Declaration of Acting President Oda (Pkt. I.), S. 114 (129); *W. Michael Reisman*, *The Constitutional Crisis in the United Nations*, *AJIL* 87 (1993), S. 83 (88, 93).) Die Praxis zeigt, dass sich der UN-Sicherheitsrat in der Tat auch bereits einmal – nach der Invasion des Irak im Jahre 2003 – über das humanitäre Völkerrecht hinwegsetzte, indem er die USA und Großbritannien als Besatzungsmächte anerkannte, ihnen dann aber weit über dem Besetzungsrecht stehende Befugnisse zur Änderung des

Es liegt demnach eine *eklatante Regelungslücke* vor: Kann UNMIK im von ihr verwalteten Kosovo Moscheen in die Luft sprengen, um Verkehrswege zu bauen? Hat sie die illegale Ausfuhr von Kulturgut zu verhindern? Muss Deutschland Kulturgut, das aus dem Kosovo ausgeführt wird, zurückgeben? Wenn ja, an wen?

Es wäre an der Zeit, die Regelungslücke zu schließen und ein „*völkerrechtliches Polizei- und Ordnungsrecht*“ für die modernen Friedensmissionen zu schaffen.²⁶⁷ Das IKRK hat 2007 ein Kodifizierungsprojekt lanciert.²⁶⁸ Auch seitens der Literatur²⁶⁹ und der militärischen Praxis²⁷⁰ ist es bereits zu vereinzelt entsprechenden Vorstößen gekommen. Damit das neu zu schaffende völkerrechtliche Polizei- und Ordnungsrecht dem Kulturgüterschutz angemessen Rechnung trägt, müsste es allerdings drei Grundgedanken berücksichtigen: 1) Das Besetzungsrecht ist mit seinen Schutz-, Kontroll-, Unterstützungs-, Verwahrungs- und Restitutionspflichten ein Vorbild.²⁷¹ 2) Anders als im Besetzungsrecht müssen jedoch Kooperation und sukzessive Aufgabenübertragung im Vordergrund stehen. 3) Militärische Prinzipien sind durch „polizei- und ordnungsrechtliche“ zu ersetzen: So hat etwa die militärische Notwendigkeit dem öffentlichen Interesse zu weichen.

politischen Systems des Irak übertrug, vgl. UN-Sicherheitsratsresolution S/RES/1483 (2003), v. 22.05. 2003, Präambel und Ziffer 4. Näher zur Resolution und ihren Folgen *Rüdiger Wolfrum*, *The Adequacy of International Humanitarian Law Rules on Belligerent Occupation: To What Extent May Security Council Resolution 1483 be Considered a Model for Adjustment?*, in: Michael N. Schmitt/Jelena Pejic (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, Leiden, 2007, S. 497 ff.; *Kritisch Robert Kolb*, *Occupation in Iraq since 2003 and the powers of the UN Security Council*, *RICR mars* 2008, Vol. 90, No. 869, S. 29 (49 f.).

267 Ähnlich *Zwanenburg* (Fn. 240), S. 208; *Oswald* (Fn. 257), S. 58 f.; *Fox* (Fn. 255), S. 272. *Vorsichtiger Kelly* (Fn. 255), S. 228; *Harris* (Fn. 255), S. 78. Für die Schaffung einer neuen Form von „Treuhanderschaft“ *Christina Rueger*, *The Law of Military Occupation*, *Revue de droit militaire et de droit de la guerre* 45 (2006), S. 215 (226 ff.). Ähnlich *Siobhán Wills*, *Occupation Law and Multi-national Operations: Problems and Perspectives*, *BYIL* 77 (2006), S. 256 (329).

268 Vgl. ICRC, Report submitted to the 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 26-30 November 2007, 30IC/07/8.4, S. 30 sowie ICRC, *Annual Report 2007*, Geneva, S. 46.

269 Seitens der Literatur wurden Vorschläge zur Kodifizierung des humanitären Völkerrechts für Friedensmissionen internationaler Organisationen schon vor mehreren Jahren entwickelt, vgl. etwa *Walter Gary Sharp, Sr.*, *Protecting the Avatars of International Peace and Security*, *Duke Journal of Comparative & International Law* 7 (1996-1997), S. 93 (157 ff.), der ein entsprechendes Drittes Genfer Zusatzprotokoll vorschlägt. Gegen die Erarbeitung spezieller Regeln aber offenbar *Steven Ratner*, *Administration of territories by the United Nations: is there room for international humanitarian law?*, in: Gian Luca Beruto (ed.), *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*, Sanremo, 4-6 September 2008, S. 169 (174): Solche Regeln wären ohnehin sofort wieder veraltet.

270 Vgl. *Michael Pesendorfer/Hubert Speckner* (Hrsg.), *Protection of Cultural Property in Peace Support Operations*, Wien 2006, S. 88 ff.: Das österreichische Bundesheer hat im Jahr 2006 eine Friedensmission simuliert und dabei den Schutz des Kulturguts in den Vordergrund der Überlegungen gestellt. Die Ergebnisse und Lösungsansätze aus militärischer Sicht sind dort detailliert wiedergegeben.

271 Für Analysen, welche Normen des Besetzungsrechts auf Territorialverwaltungen durch Friedensmissionen angewendet werden können, vgl. *Marten Zwanenburg*, *Substantial relevance of the law of occupation for peace operations*, in: Gian Luca Beruto (ed.), *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*, Sanremo, 4-6 September 2008, S. 157 ff.; *Vité* (Fn. 260), S. 31 ff.; *Oswald* (Fn. 257), S. 54 ff.; *Kelly* (Fn. 255), S. 183 ff.

4. Bewertung

Die Untersuchung hat gezeigt, dass das Kulturgüterschutzrecht den neuen Konfliktformen durchaus gewachsen ist und flexibel auf Herausforderungen reagiert. Bei innerstaatlichen bewaffneten Konflikten gibt es kein Rechts-, sondern ein Umsetzungs- und Durchsetzungsproblem. Für PMSU wurde mit dem Dokument von Montreux, das die Staaten in die Pflicht nimmt, um die Unternehmen an das humanitäre Völkerrecht zu binden, der richtige Ansatz gefunden. Lediglich bei den modernen, mit einer Territorialverwaltung einhergehenden Friedensmissionen besteht bislang eine Regelungslücke.

VII. Fazit

Zerstörungen und Entwendungen von Kulturgut schlagen als „kulturelle Amputation“ unheilbare Wunden in das kollektive Gedächtnis.²⁷² Kränkungen über Kulturgutverluste leben so lange wie die betroffene Nation.²⁷³ Der Schutz von Kulturgut bei militärischen Konflikten ist daher kein „Luxus“. Sein Ziel ist die Erhaltung der Zeugnisse unserer Zivilisation sowie die Wahrung der Kultur, der Identität und der Würde des Gegners. Er dient damit unmittelbar der Verhinderung neuer gewalttätiger Konflikte.

272 So die Äußerung der Kunsthistorikerin *Bénédicte Savoy* auf einer deutsch-russischen Beutekunsttagung im März 2009, zitiert nach *Kerstin Holm*, Liebesgruß aus Moskau, F.A.Z., v. 13.03.2009, S. 33.

273 So *Karl Heinrich Heydenreich*, zitiert nach *Kerstin Holm*, Liebesgruß aus Moskau, F.A.Z., v. 13.03.2009, S. 33.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Kerstin Odendahl, St. Gallen

1. Kulturgüter sind vom Menschen geschaffene oder veränderte, bewegliche oder unbewegliche körperliche Gegenstände von historischem, künstlerischem oder sonstigem kulturellen Wert. Als unwiederbringliche Zeugnisse der Vergangenheit sind sie essentiell für das Selbstverständnis und die Identität einer Gesellschaft.
2. Kulturgüter werden vorwiegend aus kulturellen, ethnischen oder religiösen Gründen zum Ziel militärischer Angriffe. Hinzu tritt ihre künstlerische Wertschätzung, die sie zum Gegenstand von staatlich organisierten Kunstraubzügen oder Diebstählen macht.
3. Den Kern des humanitären Völkerrechts zum Schutz von Kulturgütern bildet das „Haager Vertragswerk“. Es besteht aus der Haager Konvention zum Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten von 1954 und ihren zwei Protokollen aus den Jahren 1954 und 1999.
4. Das Haager Vertragswerk verpflichtet die Staaten bereits zu Friedenszeiten zur „Sicherung“ ihres eigenen Kulturguts, um es im Falle eines militärischen Konflikts bestmöglich zu schützen. Neben allgemeinen Maßnahmen, wie Inventarisierungen und die Erstellung von Notfallplänen, gehören insbesondere die Zuweisung von Schutzkategorien und die spätere Kennzeichnung des Kulturguts dazu.
5. Während eines militärischen Konflikts legt das Haager Vertragswerk den Staaten die Pflicht zur „Respektierung“ sowohl des eigenen als auch des gegnerischen Kulturguts auf. Absolut verboten sind „sinnlose“ Zerstörungen von Kulturgut sowie die Wegnahme und die Verwendung von Kulturgut zu Repressalienzwecken. „Militärische“ Zerstörungen und Beschädigungen unterliegen hingegen einem nur relativen Verbot, das je nach Schutzkategorie (Allgemeiner, Sonder- oder verstärkter Schutz) unterschiedlich weite Durchbrechungen erlaubt. Kollateralzerstörungen und -beschädigungen sind so weit wie möglich zu vermeiden. Im Falle einer Besetzung treffen Besatzungsmächte und dritte Staaten zahlreiche kulturgüterschützende Aufbewahrungs-, Schutz- und Unterstützungspflichten.
6. Für die Phase nach der Beendigung eines militärischen Konflikts sieht das Haager Vertragswerk lediglich ein absolutes Verbot der Verwendung von Kulturgut zu Reparationszwecken sowie eine begrenzte Anzahl von Restitutionspflichten für illegal ausgeführtes Kulturgut vor.
7. Das Haager Vertragswerk wird ergänzt durch zahlreiche Einzelnormen. Am bedeutsamsten sind die Erweiterung des Schutzes vor Zerstörung und Beschädigung durch das Erste Genfer Zusatzprotokoll sowie die zusätzlichen völkergewohnheitsrechtlichen Restitutionspflichten. Das Völkerstrafrecht sanktioniert schwere Verstöße des Einzelnen gegen kulturgüterschützende Regeln und schafft eine Verantwortlichkeit gegenüber der internationalen Gemeinschaft.
8. Kulturgüter unterstehen als körperliche Gegenstände grundsätzlich auch dem Privatrecht. Privatrechtliche Rechtspositionen können ein Hindernis für den völkerrechtlichen Kulturgüterschutz darstellen. Umgekehrt können sie ihn aber auch verstärken. Herausgabeansprüche der einzelnen Person treten parallel und unabhängig neben die

völkerrechtlichen Restitutionsansprüche des Staates und können so dazu beitragen, ein zentrales Ziel des Kulturgüterschutzes, die Rückführung entwendeten Kulturguts, de facto zu erreichen.

9. Die gewandelte Natur militärischer Konflikte hat drei Konstellationen entstehen lassen, die den Kulturgüterschutz vor besondere Herausforderungen stellen. Die dabei auftretenden Schwierigkeiten divergieren erheblich und verlangen nach unterschiedlichen Lösungsansätzen.

9.1. Bewaffnete Konflikte nicht-internationalen Charakters sind mittlerweile umfassend geregelt. Die erheblichen noch bestehenden Defizite im Kulturgüterschutz stellen kein Rechts-, sondern ein Umsetzungs- und Durchsetzungsproblem dar.

9.2. Für den Einsatz privater Militär- und Sicherheitsfirmen wurde mit dem unverbindlichen Dokument von Montreux aus dem Jahre 2008, das die Staaten in die Verantwortung nimmt, der grundsätzlich richtige Lösungsansatz gefunden. Das Dokument müsste den Kulturgüterschutz nur noch deutlicher einbeziehen und sich auch auf internationale Organisationen beziehen.

9.3. Friedensmissionen internationaler Organisationen hingegen stellen die größte Herausforderung dar. Während die Bindung der Missionen an humanitäres Völkerrecht für die Dauer eines militärischen Konflikts mittlerweile anerkannt ist, mangelt es an Regeln für die neuartigen Friedensmissionen, die mit einer umfassenden Territorialverwaltung einhergehen. Es ist an der Zeit, diese Regelungslücke zu schließen.

10. Zerstörungen und Entwendungen von Kulturgut schlagen als „kulturelle Amputation“ unheilbare Wunden in das kollektive Gedächtnis einer Gesellschaft. Kränkungen über Kulturgutverluste leben so lange wie die betroffene Nation. Der Schutz von Kulturgut bei militärischen Konflikten ist daher kein „Luxus“. Sein Ziel ist die Erhaltung der Zeugnisse unserer Zivilisation sowie die Wahrung der Kultur, der Identität und der Würde des Gegners. Er dient damit auch der Verhinderung neuer, mit Waffengewalt ausgetragener Konflikte.

Summary

*The protection of cultural property in the event of armed conflict
also from a civil law perspective*

by Prof. Dr. Kerstin Odendahl, St. Gallen

1. Cultural property consists of movable and immovable tangible objects of historical, artistic or other cultural value created or modified by man. As an irretrievable testimony of the past they are of vital importance to the identity and the self-understanding of a society.
2. Cultural property becomes the target of military attacks mainly for cultural, ethnic or religious reasons. In addition, its artistic value makes it the object of state-organized pillage or of theft.
3. The core of international humanitarian law on the protection of cultural property is the “Hague Convention System”. It consists of the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict of 1954 and its two Protocols of 1954 and 1999.
4. The Hague Convention System obliges States to “safeguard” cultural property situated within their own territory in times of peace in order to guarantee its best possible protection during armed conflicts. Besides general measures like the preparation of inventories and the planning of emergency measures the Hague Convention System also provides for the assignment of cultural property to different categories of protection, and the distinctive marking of cultural property.
5. During an armed conflict the Hague Convention System obliges States to “respect” cultural property situated within their own territory as well as within the territory of other States. Any kind of “useless” destruction or damage of cultural property as well as any removal of and any reprisal against cultural property are absolutely prohibited. A “military” destruction or damage of cultural property, however, is subject to an only relative prohibition, depending on the category of protection (general, special or enhanced protection). Collateral destruction and damage shall be avoided as far as possible. In case of occupation the occupying power and third States have to fulfil a variety of obligations with regard to the protection of cultural property, such as custody, protection and support.
6. For the time after the hostilities the Hague Convention System only establishes the absolute prohibition to retain cultural property as war reparations as well as a limited number of obligations concerning the restitution of cultural property that has been illicitly removed.
7. The Hague Convention System is completed by many other particular provisions. Of utmost importance is the enhancement of the protection against destruction and damage enshrined in the First Protocol Additional to the Geneva Conventions as well as the additional restitution obligations established by customary international law. International criminal law imposes sanctions on individuals for the contravention of provisions on the protection of cultural property and establishes a responsibility towards the international community.

8. Since cultural property consists of tangible objects it is, in principle, also subject to civil law. Real rights under civil law may be a legal impediment to international cultural protection. On the other hand they also may strengthen it. Individual claims for restitution arise besides and independently from States' claims for restitution under public international law and may, therefore, contribute to attain one central aim of the protection of cultural property, namely the restitution of illicitly removed cultural property.

9. Due to the changing nature of armed conflicts three different constellations have emerged, which constitute an enormous challenge to the protection of cultural property. The difficulties encountered differ significantly and call for different solutions.

9.1. Armed conflicts of a non-international character are meanwhile extensively regulated. The remaining gaps in the protection of cultural property are to be considered rather as a problem of application and implementation than of legal regulation.

9.2. The employment of private military and security companies is now regulated by the non-binding Montreux Document of 2008, which provides for the responsibility of States. Even though the document is based on the right approach its effect would improve if it considered more extensively issues relating to the protection of cultural property and if it also referred to international organizations.

9.3. Peace-keeping missions of international organizations, however, pose the most challenging problem. Whereas the commitment to international humanitarian law is acknowledged during an armed conflict, there is a lack of provisions regulating the new types of missions which are entrusted with comprehensive territorial administration. It is high time to establish such a regulation.

10. Destruction and illicit removal of cultural property are "cultural amputations" that cause irretrievable harm to the collective memory of a society. Insults due to the loss of cultural property live as long as the nation concerned. Therefore, the protection of cultural property in the event of armed conflict is by no means a "luxury". Its aim is the preservation of the testimony of our civilisation as well as the safeguarding of the culture, identity and dignity of the enemy. To this end, it also serves the prevention of new armed conflicts.

Beschlagnahme durch Besatzungsmächte und internationales Sachenrecht

Von Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger, Würzburg

- I. Einführung
- II. Die Grundsätze des „Internationalen Enteignungsrechts“
 - 1. Begriff des „Internationalen Enteignungsrechts“
 - 2. Territorialitätsgrundsatz
 - a) Negativ: Begrenzung der Macht des enteignenden Staates
 - b) Positiv: Anerkennung bei Einhaltung des Territorialitätsgrundsatzes
 - 3. Ordre public/public policy als Grenze
 - a) Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundsätzen des Rechts des Anerkennungsstaates
 - b) Inlandsbezug
 - 4. Unterscheidung zwischen aktiver Durchsetzung von ausländischen Enteignungen und bloßer Hinnahme als Tatsache
 - 5. Zwischenergebnis
- III. Anwendung der Grundsätze auf Beschlagnahmen durch Besatzungsmächte
 - 1. Die Regelungen des humanitären Völkerrechts zur Beschlagnahme durch Besatzungsmächte
 - 2. Beschlagnahme durch Besatzungsmächte als Anwendungsfall des internationalen Enteignungsrechts
 - 3. Nichtigkeit als Sanktion des Völkerrechtsverstoßes?
 - 4. Anerkennung trotz Nichtigkeit aufgrund Völkerrechtsverstoßes?
 - 5. Überprüfung am Maßstab des Territorialitätsgrundsatzes
 - 6. Ordre-public-Vorbehalt
- IV. Probleme der praktischen Durchsetzung
 - 1. Eingriffe in bewegliche Sachen
 - a) Enteigneter im Besitz der Sache
 - b) Dritter im Besitz der Sache
 - 2. Früchte und Erzeugnisse
 - 3. Eingriffe in unbewegliche Sachen

Thesen

Summary

I. Einführung

Im Jahr 2002 hatte das House of Lords folgenden Fall zu entscheiden, der den Schnittbereich von humanitärem Völkerrecht und internationalem Sachenrecht schlaglichtartig beleuchtet:¹ Im Sommer 1990 begann der 2. Golfkrieg mit der Besetzung des Emirats Kuwait durch irakische Truppen. Die Iraqi Airways Company (IAC), eine staatlich kontrollierte aber juristisch unabhängige Handelsgesellschaft des Irak erhielt

¹ *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co. (Nos. 4 and 5)* [2002] 2 A.C. 883 = [2002] 2 W.L.R. 1353 = [2002] 3 All E.R. 209. Dazu *Anatol Dutta*, Public Policy und die Wirkungen des Völkerrechts im englischen Internationalen Privatrecht, *RabelsZ* 69 (2005) 100.

von der irakischen Regierung den Befehl, nach der Besetzung des kuwaitischen Flughafens 10 Flugzeuge der Fluggesellschaft Kuwait Airways Corporation (KAC) in den Irak zu fliegen. Durch eine Resolution der irakischen Regierung wurde die Kuwaitische Fluggesellschaft aufgelöst und ihr Eigentum, darunter die Flugzeuge, auf die irakische Fluggesellschaft (IAC) übertragen. Schon zu Beginn des Jahres 1991 reichte die enteignete kuwaitische Fluggesellschaft beim High Court in London Klage auf Herausgabe der Flugzeuge, gegebenenfalls Wertersatz sowie Schadensersatz ein. In dem Verfahren, das zwei Mal das House of Lords erreichte, ging es neben Problemen im Zusammenhang mit der Immunität und der Internationalen Zuständigkeit vor allem um die Frage, ob das englische Recht die irakische Enteignung als Akt eines souveränen Staates, als ausländischen Hoheitsakt hinnehmen sollte, und welche Rolle dabei der Verstoß gegen das Völkerrecht, besonders die UN-Resolutionen, nach denen kein Staat die Annexion Kuwaits in irgendeiner Weise anerkennen oder unterstützen sollte, spielte. Erörtert wurde schließlich auch, ob der public policy Einwand gegen die Anerkennung der ausländischen Enteignung durch die englischen Gerichte sprach.

Spontan ist man geneigt zu sagen, dass ein Zivilgericht, namentlich in einem Staat wie Deutschland, in dem die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts nach Art. 25 GG in die eigene Rechtsordnung aufgenommen worden sind, einer Beschlagnahme oder Enteignung die Anerkennung verweigern muss, wenn sie gegen Völkerrecht verstößt. Andererseits ist jedoch zu beachten, dass das Völkerrecht primär nur Staaten bindet und nicht ohne Weiteres auch auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse wirkt. Möglicherweise zieht daher nicht jeder Verstoß gegen das Völkerrecht sogleich die Sanktion der Nichtanerkennung oder gar Nichtigkeit des ausländischen Hoheitsaktes nach sich, sondern nur Schadensersatzansprüche gegen den handelnden Staat,² die aber vor anderen Gerichten als dem des handelnden Staates aus Gründen der Immunität nicht geltend gemacht werden können. Schließlich mögen auch andere Interessen als die des Enteigneten zu beachten sein.³ Beispielsweise kann eine andere Privatperson inzwischen Eigentum an der Sache erlangt haben, so dass eine Verurteilung zur Herausgabe die Rechte des Neueigentümers verletzen könnte, sofern ihm die völkerrechtswidrige Enteignung nicht zuzurechnen ist. Auch die Interessen des internationalen Rechts- und Wirtschaftsverkehrs sind in den Blick zu nehmen: Ein Grundsatz, nach dem jeder völkerrechtswidrigen Enteignung die Anerkennung zu versagen ist, ist möglicherweise geeignet, den internationalen Handel zum Erliegen bringen, insbesondere mit Staaten, die in der Vergangenheit ganze Industriezweige verstaatlicht haben, ohne die Eigentümer (ausreichend) zu entschädigen. Daher zieht die Völkerrechtswidrigkeit möglicherweise allein eine Schadensersatzpflicht des enteignenden Staates bzw. der beschlagnahmenden Besatzungsmacht nach sich.

Die folgenden Ausführungen zu den international-sachenrechtlichen Folgen von Beschlagnahmen entgegen dem humanitären Völkerrecht gliedern sich in drei Teile: Zunächst sollen knapp die Grundsätze des internationalen Enteignungsrechts rekapituliert werden (II.), um in einem zweiten Schritt (III.) den Sonderfall der Beschlagnahme

2 So in Bezug auf Verstöße gegen die Haager Landkriegsordnung (HLKO) BVerfG 26.10.2004, BVerfGE 112, 1 (32 f.).

3 Vgl. von Bar/Mankowski, IPR Band I, Allgemeinen Lehren (2. Aufl. 2003) § 4 Rdnr. 147.

durch Besatzungsmächte zu analysieren. Ein dritter Abschnitt (IV.) wird auf einige der Schwierigkeiten bei der praktischen Durchsetzung von Herausgabe- und Schadensersatzklagen eingehen.

II. Die Grundsätze des „Internationalen Enteignungsrechts“

1. Begriff des „Internationalen Enteignungsrechts“

Der Begriff des „Internationalen Enteignungsrechts“ hat sich eingebürgert⁴, obwohl er irreführend ist.⁵ Wenn man im Internationalen Privatrecht von Internationalem Vertrags-, Gesellschafts- oder Sachenrecht spricht, so ist damit die Frage gemeint, welches (staatliche) Recht auf einen vertrags-, gesellschafts- oder sachenrechtlichen Sachverhalt mit Auslandsbezug anzuwenden ist. Im Internationalen Enteignungsrecht müsste es demnach um die Frage gehen, welches von verschiedenen möglichen Enteignungsrechten auf einen Sachverhalt mit grenzüberschreitendem Bezug Anwendung finden soll. Das ist aber gerade nicht der Gegenstand. Da Enteignungen per definitionem hoheitlicher Natur sind (nicht von einer Staatsgewalt autorisierte Raubzüge und Plünderungen sind nicht anerkennungsfähig)⁶ steht von vornherein fest, dass das Recht des Staates anzuwenden ist, auf dessen Territorium die Enteignung stattgefunden hat. Gegenstand des internationalen Enteignungsrechts ist daher vielmehr die Frage, unter welchen Bedingungen eine im Ausland angeordnete und durchgeführte Enteignung im Inland anzuerkennen ist. Die Frage taucht typischerweise dann auf, wenn die enteignete Sache selbst oder ihre Erzeugnisse in das Inland gelangen und dort gegen den jetzigen Besitzer eine Herausgabe- oder Schadensersatzklage anhängig gemacht wird. Eine andere Konstellation, die insbesondere den Bodenreform-Urteilen⁷ zugrunde lag, ist der Wechsel des Souveräns. Grundstücke können naturgemäß nicht ins Ausland gelangen, doch kann der Inhaber staatlicher Macht wechseln. In den Besatzungsfällen ist das regelmäßig dann der Fall, wenn die Besatzer das Land verlassen und der frühere Souverän zurückkehrt.

Staatsvertragliche Regelungen gibt es zwar in Form von (zumeist bilateralen) Investitionsschutzverträgen sowie Handels-, Schifffahrts- und Freundschaftsverträgen.⁸ Sie spielen allerdings für das Thema der Beschlagnahme durch Besatzungsmächte keine Rolle. Welcher theoretische Ansatz bei der Ermittlung der Anerkennungsvoraussetzungen herangezogen werden soll, ist in Abwesenheit staatsvertraglicher oder gesetzlicher

4 Abweichend zum Beispiel von *Bar/Mankowski*, IPR Band I, Allgemeinen Lehren (2. Aufl. 2003) § 4 RdNr. 130 und *MünchKommBGB-Wendehorst* (4. Aufl. 2006), Art. 46 EGBGB Anh., die den Begriff „Enteignungsrecht im IPR“ verwenden.

5 Vgl. von *Bar/Mankowski*, IPR Allgemeine Lehren (2. Aufl. 2003) § 4 RdNr. 130.

6 Vgl. *Korte*, Die Anerkennung einer ausländischen Enteignung (1992) S. 7 m.w.N.; *Bogdan*, Expropriation in Private International Law (1975) S. 83.

7 BVerfG 23.4.1991, BVerfGE 84, 90; BVerfG 18.4.1996, BVerfGE 94, 12; BVerfG 26.10.2004, BVerfGE 112, 1.

8 Nachweise bei *MünchKommBGB-Kreuzer* (3. Aufl. 1998) Nach Art. 38 EGBGB, Anh. III RdNr. 4 und 6; siehe auch *Böckstiegel*, Enteignungs- oder Nationalisierungsmaßnahmen gegen ausländische Kapitalgesellschaften. Völkerrechtliche Aspekte, *BerGesVR* 13 (1974) 7 (17 ff.).

Grundlagen naturgemäß umstritten.⁹ Die h.M. und vor allem die internationale Gerichtspraxis geht jedoch seit Jahrzehnten vom Territorialitätsgrundsatz, ergänzt durch den ordre-public-Vorbehalt aus.¹⁰ Dem liegen auch die folgenden Ausführungen zugrunde.

2. Territorialitätsgrundsatz

a) *Negativ: Begrenzung der Macht des enteignenden Staates*

Der Territorialitätsgrundsatz wirkt zum einen negativ und begrenzt damit die Macht des enteignenden Staates. Enteignungen von Vermögensgegenständen, die sich außerhalb des Territoriums des enteignenden Staates befinden, werden nicht anerkannt.¹¹ Sofern bewegliche oder unbewegliche Sachen, also körperliche Gegenstände (mit Ausnahme von Transportmitteln, insbesondere Schiffen und Flugzeugen) betroffen sind, ist die Feststellung, ob der Territorialitätsgrundsatz beachtet wurde, zumeist unproblematisch. Schwieriger ist die Verortung unkörperlicher Vermögensgegenstände,¹² beispielsweise von Forderungen, bei denen umstritten ist, ob sie am Wohnsitz des Schuldners oder am Lageort des Schuldnervermögens belegen sind.¹³ Gesellschaftsanteile sind ein weiterer Problemfall. Nach der ganz überwiegenden Praxis der deutschen Gerichte kommt es nicht auf den Gesellschaftssitz im Enteignungsstaat, sondern auf die Belegenheit des Gesellschaftsvermögens an.¹⁴ Wenn eine enteignete Gesellschaft Vermögenswerte innerhalb und außerhalb des enteignenden Staates besitzt, führt die Anknüpfung an den Lageort des Vermögens zur Annahme einer Spaltgesellschaft.¹⁵ Die alte Gesellschaft existiert mit ihren Mitgliedern, Vorständen etc. insofern weiter, als ihr Vermögen außerhalb des enteignenden Staates belegen ist.¹⁶ Mit diesen und weiteren Einzelheiten der Anwendung des Territorialitätsprinzips haben sich Rechtsprechung und Lehre zum internationalen Enteignungsrecht intensiv beschäftigt;¹⁷ sie sind aber im Rahmen dieses Referats nicht weiter zu vertiefen. Wichtig ist weiter die Frage des Zeitpunkts: Die Sache

-
- 9 Kreuzer beispielsweise schlägt eine Analogie zur Urteilsanerkennung (§ 328 ZPO) vor, vgl. MünchKommBGB-Kreuzer (3. Aufl. 1998) Art. 38 EGBGB Anh. III RdNr. 16 ff.; Ambrosch-Keppeler, Die Anerkennung fremdstaatlicher Enteignungen (Diss. Konstanz 1991), S. 225 ff. zieht Parallelen zu den Investitionsschutzverträgen. Vgl. zum Ganzen auch die Übersicht bei MünchKommBGB-Wendehorst (4. Aufl. 2006) Art. 46 EGBGB Anh. RdNr. 16 ff.
- 10 Siehe insbesondere Kegel/Seidl-Hohenveldern, Zum Territorialitätsprinzip im internationalen öffentlichen Recht, FS Ferid (1978) S. 233, mit ausführlicher Darstellung der deutschen und ausländischen Rechtsprechung (aaO, S. 246-275). Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung vom Territorialitätsprinzip aus, vgl. BGH 4.6.2002, IPRax 2003, 447 (Besprechungsaufsatz Stoll) m.w.N.
- 11 BGH (Fn. 10); BGHZ 39, 220 = NJW 1963, 1541, 1542 mwN aus der Rechtsprechung verschiedener europäischer Staaten. MünchKommBGB-Kreuzer (3. Aufl. 1998) Nach Art. 38 EGBGB, Anh. III RdNr. 29; von Bar/Mankowski, IPR Allgemeine Lehren (2. Aufl. 2003) § 4 RdNr. 135; Soergel-von Hoffmann (12. Aufl. 1996), Art. 38 EGBGB Anh III RdNr. 1.
- 12 Ausführlich Seidl-Hohenveldern, Internationales Konfiskations- und Enteignungsrecht (1952), S. 83 ff.
- 13 Für Wohnsitz BGH 28.1.1965, JR 1965, 258 (259); BGH 4.6.2002, IPRax 2003, 447 (Besprechungsaufsatz Stoll); für Lageort des Schuldnervermögens Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht (9. Aufl. 2004) S. 1104 f.; Soergel-von Hoffmann (12. Aufl. 1996), Art. 38 EGBGB Anh III RdNr. 40 ff.
- 14 Vgl. Soergel-von Hoffmann (12. Aufl. 1996), Art. 38 EGBGB Anh III RdNr. 56 m.w.N. Siehe zu dieser umstr. Frage auch Böckstiegel, BerGesVR 13 (1074) 7 (35 ff.).
- 15 Vgl. Kegel/Schurig, S. 1106; Soergel-von Hoffmann (12. Aufl. 1996), Art. 38 EGBGB Anh III RdNr. 57 ff., jeweils mit umfangreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung.
- 16 Soergel-von Hoffmann (12. Aufl. 1996), Art. 38 EGBGB Anh III RdNr. 57.
- 17 Vgl. statt aller MünchKommBGB-Kreuzer (3. Aufl. 1998) Nach Art. 38 EGBGB, Anh. III RdNr. 46 ff.; Soergel-von Hoffmann (12. Aufl. 1996), Art. 38 EGBGB Anh III RdNr. 37 ff.

muss sich zum Zeitpunkt der Enteignung im Territorium des enteignenden Staates befunden haben und dort vom enteignenden Staat in Besitz genommen worden sein. Die Enteignung muss also tatsächlich durchgeführt worden sein. Gelingt es dagegen dem Eigentümer, die Sache ins Ausland zu schaffen, bevor sie vom enteignenden Staat in Besitz genommen werden konnte, so wird ein ausländisches Gericht dem Staat keinen Herausgabeanspruch zusprechen, die Enteignung also nicht durchsetzen. Ein späterer Besitzverlust schadet dagegen nicht.¹⁸

b) Positiv: Anerkennung bei Einhaltung des Territorialitätsgrundsatzes

Das Territorialitätsprinzip hat des Weiteren eine positive Seite: Enteignungsmaßnahmen, die sich auf Vermögenswerte beschränken, die innerhalb des Gebietes des enteignenden Staates belegen sind, werden grundsätzlich ohne weitere Voraussetzungen anerkannt.¹⁹ Begründet wird dies traditionell mit den eigenen politischen und wirtschaftlichen Interessen des Anerkennungsstaates, denn anderenfalls drohe die Unterbrechung des Außenhandels mit dem Enteignungsstaat²⁰ und eine Gefährdung der internationalen Ordnung.²¹ Griffig formuliert *Kegel*: „Es ist richtig, Rechtsänderungen, die der fremde Staat innerhalb seiner Grenzen durchgeführt hat, auch im Ausland gelten zu lassen, wenn man politischen und wirtschaftlichen Streit vermeiden will.“ – „Macht wird von uns in Recht verwandelt“²². Ins Feld geführt wird außerdem, dass auch der Enteignungsbegünstigte, der ja nicht notwendigerweise mit dem enteignenden Staat identisch sein muss, schützenswerte Interessen haben kann.²³ Sicher wird der Neueigentümer eines Bergwerks,²⁴ einer Plantage²⁵ oder eines Industrieunternehmens eigene Mittel einsetzen müssen, um den Betrieb in Gang zu halten. Daher erscheint es möglicherweise interessengerecht, den neuen Eigentümer nicht auf Dauer Herausgabeansprüchen auszusetzen, wenn er die Erzeugnisse ins Ausland exportiert.

3. Ordre public/public policy als Grenze

Wie jede Anwendung ausländischen Rechts und jede Anerkennung eines ausländischen Hoheitsakts durch inländische Gerichte steht auch die Anerkennung ausländischer Enteignungen unter dem Vorbehalt des *ordre public*. Die völkerrechtliche Literatur bevorzugt den englischen Begriff der *public policy*,²⁶ was aber in der Sache keinen Unterschied macht.

18 Vgl. *Seidl-Hohenveldern* (Fn. 12) S. 38 ff.

19 BVerfG 23.4.1991, BVerfGE 84, 90 (123 f.); BGH 11.7.1957 BGHZ 25, 134 (143); BGH 4.6.2002, IPRax 2003, 447 (Besprechungsaufsatz *Stoll*); vgl. *von Bar/Mankowski*, IPR Allgemeine Lehren (2. Aufl. 2003) § 4 RdNr. 135; *Soergel-von Hoffmann* (12. Aufl. 1996), Art. 38 EGBGB Anh III RdNr. 1; *MünchKommBGB-Kreuzer* (3. Aufl. 1998) Nach Art. 38 EGBGB, Anh. III RdNr. 29, jeweils m.w.N.

20 *Seidl-Hohenveldern* (Fn. 12) S. 12.

21 LG Hamburg 22.1.1973, IPRspr. 1973, Nr. 112b, S. 302 (309); *Kegel/Seidl-Hohenveldern* (Fn. 10) S. 242; *Soergel-von Hoffmann* (12. Aufl. 1996), Art. 38 EGBGB Anh III RdNr. 1; *Staudinger-Stoll*, EGBGB/IPR Internationales Sachenrecht (13. Bearb. 1996) RdNr. 210.

22 *Kegel/Schurig*, IPR (9. Aufl. 2004) S. 1099.

23 *von Bar/Mankowski*, IPR Allgemeine Lehren (2. Aufl. 2003) § 4 RdNr. 146; *Staudinger-Stoll*, EGBGB/IPR Internationales Sachenrecht (13. Bearb. 1996) RdNr. 210.

24 Vgl. den Chile-Kupfer-Fall des LG Hamburg (Fn. 21); dazu *Meessen*, Die Verstaatlichung des Kupferbergbaus in Chile vor deutschen Gerichten, AWD 1973, 177; *Seidl-Hohenveldern*, Die Verstaatlichung von Kupferbergbaubetrieben in Chile, AWD 1074, 421.

25 Vgl. den indonesischen Tabak-Fall des OLG Bremen 21.8.1959, IPRechtspr. 1958/59 Nr. 7 A (S. 746).

26 Vgl. *Seidl-Hohenveldern* (Fn. 12) S. 15 ff., 47 ff.

a) *Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundsätzen des Rechts des Anerkennungsstaates*

Die erste Voraussetzung für einen *ordre-public*-Verstoß ist nach dem Wortlaut des Art. 6 EGBGB, dass das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. An sich müsste man annehmen, dass angesichts des hohen Rangs, den der Eigentumsschutz im Grundgesetz genießt, und der expliziten Bezugnahme auf die Grundrechte in Art. 6 EGBGB ausländische Enteignungen, die entweder entschädigungslos blieben, oder sich in diskriminierender Weise gegen bestimmte Staatsangehörige richteten, oder bei denen den Enteigneten kein rechtliches Gehör gewährt wurde, vor deutschen Gerichten keine Chance auf Anerkennung hätten. Das ist aber – überraschenderweise – nicht der Fall.²⁷ Deutsche Gerichte haben bislang vom *ordre-public*-Vorbehalt in Bezug auf ausländische Enteignungen nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht.²⁸ Ein *ordre-public*-Verstoß wurde bejaht bei Enteignungen von Sachen des persönlichen Gebrauchs, die deutschen Vertriebenen in Polen und der ehemaligen Tschechoslowakei weggenommen worden waren,²⁹ und bei Enteignungen von DDR-Flüchtlingen, deren Vermögen wegen Republikflucht konfisziert wurde.³⁰ Dagegen stellen die bloße Entschädigungslosigkeit der Enteignung³¹ oder die Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit³² nach der Rechtsprechung für sich genommen³³ noch keinen *ordre-public*-Verstoß dar. Im Fall der entschädigungslosen Enteignung niederländischer Tabakplantagenbesitzer in Indonesien, die sich klar gegen die früheren Kolonialherren richtete, sah das OLG Bremen beispielsweise keinen *ordre-public*-Verstoß, sondern äußerte im Gegenteil eine gewisse Sympathie für die Diskriminierung.³⁴ Auch das BVerfG hat zur Verfassungsbeschwerde gegen die Nichtrückgabe des von 1945 bis 1949 enteigneten Grundbesitzes in der Ex-DDR ausgeführt, es sei „von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, dass nach deutschem internationalem Enteignungsrecht die Enteignungsmaßnahmen eines anderen Staates einschließlich entschädigungsloser Konfiskationen, auch wenn diese mit der eigenen Verfassungsordnung unvereinbar sind, grundsätzlich als wirksam angesehen werden, soweit sie Vermögen im Gebiet des fremden Staates betreffen“.³⁵ Hier klingt eine mögliche Erklärung für die zurückhaltende Anwendung des *ordre-public*-Vorbehalts an: Das Territorialitätsprinzip selbst wird gegen die Anwendung des *ordre public* in die Waagschale geworfen, ein Gedanke, den *Seidl-Hohenveldern* in seiner einflussreichen Monographie von 1952 entwickelt hat: Solange der Staat nur Vermögenswerte im Inland ergreift, haben sich ausländische Gerichte im Interesse der internationalen Ordnung und des Welthandels mit der Anwendung ihres *ordre public* zurückzuhalten, auch

27 Zu zwei scheinbar anders lautenden BGH-Entscheidungen siehe unten, Fn. 44.

28 Kritisch *Dahm*, Zum Problem der Anerkennung im Inland durchgeführter völkerrechtswidriger Enteignungen im Ausland, in: FS Herbert Kraus – Recht im Dienste der Menschenwürde (1964) S. 67 (73 f.).

29 Vgl. die Nachweise aus der instanzgerichtlichen Rechtsprechung in *Soergel-von Hoffmann* (12. Aufl. 1996), Art. 38 EGBGB Anh III RdNr. 24, Fn. 60.

30 BGH 28.1.1965, JR 1965, 258 (260).

31 Vgl. BVerfG 23.4.1991, BVerfGE 84, 90 (123 f.); BGH 21.5.1974, BGHZ 62, 340 (343).

32 LG Bremen AWD 1959, 105 (Anm. *Seidl-Hohenveldern*); OLG Bremen (Fn. 25).

33 Im Chile-Kupfer-Fall sah das LG Hamburg (Fn. 21) allerdings in der Kombination aus Diskriminierung, mangelnder Entschädigung und Versagung rechtlichen Gehörs im Enteignungsverfahren ausreichenden Anlass, den *ordre-public*-Vorbehalt zur Anwendung zu bringen. Allerdings scheiterte der *ordre-public*-Einwand im Ergebnis an der fehlenden Inlandsbeziehung.

34 OLG Bremen 21.8.1959, IPRechtspr. 1958/59 Nr. 7 A, S. 746 (763).

35 BVerfG v. 23. April 1991, BVerfGE 84, 90, LS 3.

weil dies oft „verletzend“ wirke.³⁶ Erwägungen der public policy träten „hinter der Wucht der vereint für die Anerkennung wirkenden Argumente des Territorialitätsprinzips und des Prinzips der Respektierung des fremden Hoheitsakts zurück“.³⁷

Freilich sind die Gerichte nicht in allen Staaten derart vorsichtig. In Frankreich beispielsweise blieb diskriminierenden oder entschädigungslosen Enteignungen die Anerkennung unter Berufung auf den *ordre public* und die Eigentumsgarantie als einen der grundlegenden Werte der französischen Rechtsordnung ganz überwiegend versagt.³⁸ Auch das House of Lords in dem eingangs geschilderten Fall der Wegnahme kuwaitischer Flugzeuge³⁹ nahm einen Verstoß gegen die public policy an. Amerikanische Gerichte dagegen taten sich, ausgehend von einer allzu absolut gesetzten *Act of State Doctrine*, lange Zeit schwer, einen public policy Verstoß mit der Sanktion der Nichtanerkennung ausländischer Enteignungen zu ahnden.⁴⁰

b) Inlandsbezug

Voraussetzung für die Anwendung des *ordre-public*-Vorbehalts ist weiter ein hinreichender Bezug des Sachverhalts zum Inland. Er ist unzweifelhaft vorhanden, wenn Angehörige des Anerkennungsstaates von der Enteignung betroffen sind.⁴¹ Fraglich ist dagegen, ob die Belegenheit der enteigneten Sache, ihrer Früchte oder Erzeugnisse im Anerkennungsstaat genügen. Das OLG Bremen und das LG Hamburg haben dies im indonesischen Tabakfall bzw. im Chile-Kupfer-Streit verneint. Im eingangs erwähnten Fall des House of Lords dagegen hätte noch nicht einmal die Belegenheit der Sache einen Bezug zum Gerichtsstaat herstellen können, denn die ursprünglich kuwaitischen Flugzeuge befanden sich zum Zeitpunkt der Erhebung der Herausgabe- bzw. Schadensersatzklage im Irak. Offenbar genügte dem House of Lords schon die Tatsache, dass englische Gerichte den Fall zu entscheiden hatten, um den public policy Einwand zur Geltung zu bringen, und dies obwohl sich die internationale Zuständigkeit nur auf die Zustellung der Klage im Inland, also auf einen exorbitanten Gerichtsstand stützen konnte. Auch in diesem Punkt gibt es also international keine einheitliche Linie.

4. Unterscheidung zwischen aktiver Durchsetzung von ausländischen Enteignungen und bloßer Hinnahme als Tatsache

Schließlich spielt bei der Beurteilung ausländischer Enteignungen noch eine weitere Differenzierung eine Rolle. *Bogdan* schlägt vor, zwischen der aktiven Durchsetzung einer ausländischen Enteignung durch die Gerichte des Anerkennungsstaates und der bloßen Hinnahme als Tatsache zu unterscheiden.⁴² Aktive Durchsetzung hieße etwa,

³⁶ *Seidl-Hohenveldern* (Fn. 12) S. 11 ff.

³⁷ *Seidl-Hohenveldern* (Fn. 12) S. 47.

³⁸ Siehe die umfangreichen Nachweise bei *Sarrante/Tager*, Hier et aujourd'hui. Les effets en France des nationalisations étrangères, *Clunet* 79 (1952) 496 (508 ff.) und *Boulanger*, Les nationalisations en droit international privé comparé (1975) S. 118 ff.; vgl. auch *Dahm*, (Fn. 28) 70 f.; *Bogdan* (Fn. 6) S. 87 f.

³⁹ Fn. 1.

⁴⁰ Vgl. *Dahm* (Fn. 28) S. 70 ff.; *Bogdan* (Fn. 6) S. 86 f.

⁴¹ *Seidl-Hohenveldern* (Fn. 12) S. 35 ff.

⁴² Vgl. *Michael Bogdan*, Expropriation in Private International Law (1975), S. 39: „It is submitted that more importance should be attached to another distinction: the distinction between enforcement of a foreign expropriation and the recognition of the expropriator's title to property already seized. Enforcement

dass das Gericht des Anerkennungsstaates einer Herausgabeklage des enteignenden Staates stattgibt, wenn die Sache in den Gerichtsstaat gelangt ist und sich gegenwärtig im Besitz des Alteigentümers befindet. Das sollten die Gerichte nach *Bogdan* ablehnen. Passive Hinnahme hieße dagegen, einer Herausgabe- oder Schadensersatzklage des Alteigentümers gegen den enteignenden Staat nicht stattzugeben, die durch die Enteignung geschaffenen neuen Verhältnisse also zu akzeptieren. Auch die sogenannte *revenue rule* des englischen Rechts geht in diese Richtung. Das fremde Enteignungsdekret wird von englischen Gerichten nicht aktiv umgesetzt, aber doch als nicht nachprüfbarer *Act of State* hingenommen.⁴³ Auch in der BGH-Rechtsprechung lassen sich Anhaltspunkte für eine derartige Differenzierung finden; allerdings stützt sich die deutsche Judikatur in der Begründung auf das Territorialitätsprinzip: Wenn deutsche Gerichte Klagen des Enteignungsstaates oder seiner Rechtsnachfolger auf (mittelbare) Durchsetzung der Enteignung stattgeben würden, so liefe das auf die Herbeiführung einer extraterritorialen Wirkung hinaus.⁴⁴

5. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis für die weitere Erörterung lässt sich festhalten, dass das Territorialitätsprinzip als Maßstab für die Beurteilung ausländischer Enteignungen international weitestgehend anerkannt ist. Auch die prinzipielle Möglichkeit, die Anerkennung gestützt auf den *ordre public* zu verweigern, dürfte allgemein akzeptiert sein. Von dem hierdurch eingeräumten Ermessen machen die Gerichte freilich sehr unterschiedlichen Gebrauch. Eine gewisse Rolle spielt die Unterscheidung zwischen aktiver Durchsetzung und passiver Hinnahme einer ausländischen Enteignung.

III. Anwendung der Grundsätze auf Beschlagnahmen durch Besatzungsmächte

Vor diesem Hintergrund sind nun die Folgen eines möglichen Verstoßes gegen das humanitäre Völkerrecht durch Besatzungsmächte bei der Beurteilung der Anerkennung von Beschlagnahmen durch Gerichte außerhalb des besetzten Gebiets zu untersuchen. Die Frage wird vor allem dann relevant werden, wenn die beschlagnahmte Sache ins Ausland gelangt ist.

*implies active support of the foreign expropriator. This the court will not do. There are, on the other hand, usually no reasons why the forum should actively oppose the foreign measure by restituting the property to its original owner. The forum adopts the position of passive neutrality.*⁴⁴

43 Vgl. *Dutta*, *RabelsZ* 69 (2005) 100, 106 ff.

44 Vgl. BGH, 8.3.1963, *NJW* 1963, 1541, 1542 (*Waldes-Koh-i-noor*); BGH 28.4.1988, *BGHZ* 104, 240. Daher sind die Entscheidungen m.E. trotz ihres insoweit apodiktischen Wortlauts nicht als Plädoyer für eine pauschale Ablehnung der Anerkennung von ausländischen Enteignungen wegen Verstoßes gegen Art. 14 GG zu verstehen; so aber *Staudinger-Stoll*, *EGBGB/IPR Internationales Sachenrecht* (13. Bearb. 1996) RdNr. 210.

1. Die Regelungen des humanitären Völkerrechts zur Beschlagnahme durch Besatzungsmächte

Welche Rechte und Befugnisse eine Besatzungsmacht auf besetztem Gebiet hat, ist im III. Abschnitt der Haager Landkriegsordnung 1907 geregelt. Von entscheidender Bedeutung für die Beschlagnahme von Privateigentum ist Art. 46 Abs. 2 HLKO. In der nicht authentischen deutschen Übersetzung lautet die Bestimmung: „Das Privateigentum darf nicht eingezogen werden“. Eine Ausnahme enthält Art. 53 Abs. 2 für Transportmittel, Waffenniederlagen und Kriegsvorräte.⁴⁵ Sie dürfen zwar beschlagnahmt werden, müssen aber am Ende der Besatzungszeit zurückgegeben werden; die Entschädigungen sind bei Friedensschluss zu regeln. Aus der Rückgabepflicht folgern Gerichte, dass die Besatzungsmacht die betreffenden Gegenstände, also insbesondere Transportmittel, nur vorübergehend requirieren kann, aber kein Eigentum daran erwirbt.⁴⁶ Auch Art. 63 des IV. Genfer Abkommens 1949 über die Befugnisse einer Besatzungsmacht enthält Vorschriften zum Eigentumsschutz: Danach ist es einer Besatzungsmacht verboten, bewegliche oder unbewegliche Güter, die im persönlichen oder gemeinschaftlichen Eigentum von Privatpersonen stehen, zu zerstören, außer in dem Fall, dass die Zerstörung wegen militärischer Operationen unerlässlich ist. Nach Art. 55 ist die Requirierung von Lebensmitteln, Waren und medizinischen Ausrüstungen (mit gewissen Einschränkungen) ebenfalls verboten.

Die Folgen eines Verstoßes gegen diese Vorschriften sind in der HLKO nicht näher bestimmt. Unter den wenigen internationalprivatrechtlichen Stellungnahmen zur Frage der Anerkennungsfähigkeit von Enteignungen unter Missachtung der HLKO ragt die apodiktische Äußerung von *von Hoffmann* heraus: „Enteignungen durch Besatzungsmächte, die durch Besatzungsrecht gedeckt sind (mögen sie auch dem Völkerrecht, insbesondere Art. 46 HLKO widersprechen), sind anzuerkennen.“⁴⁷ Diese These soll anhand der zuvor skizzierten Grundsätze des internationalen Enteignungsrechts überprüft werden.

2. Beschlagnahme durch Besatzungsmächte als Anwendungsfall des internationalen Enteignungsrechts

Das Thema ist die Beschlagnahme durch Besatzungsmächte, nicht die Enteignung durch Staaten. Allerdings verwendet das internationale Enteignungsrecht einen weiten Begriff der Enteignung: Darunter fällt jede „aus wirtschafts- oder allgemeinpolitischen Gründen erfolgende, gänzliche oder teilweise (finale) Entziehung oder wirkungsgleiche Beschränkung jeglichen Vermögenswerts oder Vermögensrechts durch einen ausländischen Staat“, mit anderen Worten, jeder hoheitliche Eingriff in die privatrechtliche Rechtszuständigkeit.⁴⁸ Darunter ist auch die Beschlagnahme, also die Entziehung der

45 Vgl. näher *Schweisfurth*, SZB-Konfiskationen privaten Eigentums 1945 bis 1949 (2000) S. 24 ff. m.w.N.

46 OHG 18.4.1951, 18 International Law Reports 694; OGH 20.6.1951, 18 International Law Reports 696.

47 Vgl. insbesondere *Soergel-von Hoffmann* (12. Aufl. 1996), Art. 38 EGBGB Anh III RdNr. 18 und 22, der dies zwar nur im Zusammenhang mit der Frage der Nichtigkeit wegen Völkerrechtswidrigkeit (RdNr. 22) und den Anforderungen an die enteignende Hoheitsmacht (RdNr. 18) ausspricht, aber den Verstoß gegen Art. 46 HLKO im Abschnitt über den *ordre public* nicht wieder aufgreift.

48 Vgl. *MünchKommBGB-Kreuzer* (3. Aufl. 1998) Nach Art. 38 EGBGB, Anh. III RdNr. 20; *MünchKommBGB-Wendehorst* (4. Aufl. 2006), Art. 46 EGBGB Anh. RdNr. 33 unter Hinweis auf *Kreuzer aaO*; *von Bar/Mankowski*, IPR Allgemeine Lehren (2. Aufl. 2003) § 4 RdNr. 132.

Verfügungsbefugnis, zu subsumieren,⁴⁹ jedenfalls, wenn sie nicht nur vorläufig geschieht, sondern, wie im Fall des House of Lords⁵⁰, wirtschaftlich auf eine endgültige Entziehung des Eigentums hinausläuft.⁵¹

Eine Enteignung muss weiterhin, um nach den Grundsätzen des internationalen Enteignungsrechts beurteilt zu werden, nicht notwendigerweise von einem Staat mit völkerrechtlicher Anerkennung ausgehen.⁵² Die Regeln des internationalen Enteignungsrechts finden bereits dann Anwendung, wenn die enteignende Stelle zum Zeitpunkt der Maßnahme Staatsgewalt beansprucht und tatsächlich ausgeübt hat. Für ein besetztes Land kann damit die Besatzungsmacht als Inhaber der tatsächlichen Gewalt handeln.⁵³ Plünderungen und Raubzüge durch Rebellen, die keine dem staatlichen Gewaltmonopol vergleichbare, verfestigte Macht über ein bestimmtes Gebiet ausüben, sind dagegen nicht nach internationalem Enteignungsrecht zu behandeln und kommen für eine Anerkennung von vornherein nicht in Frage.⁵⁴

3. Nichtigkeit als Sanktion des Völkerrechtsverstoßes?

Die stärkste Sanktion der Völkerrechtswidrigkeit wäre die Nichtigkeit. Ist die Enteignung nichtig, so ist das Eigentum von vornherein nie auf den enteignenden Staat übergegangen. Eine nichtige Beschlagnahme könnte keinerlei sachenrechtliche Wirkungen zeitigen. Allerdings sind schon vorab zwei Fragen zu trennen, die oft nicht klar genug unterschieden werden:⁵⁵ Die erste Frage geht dahin, ob der Völkerrechtsverstoß die Nichtigkeit der Enteignung oder Beschlagnahme nach sich zieht. Auf einer zweiten Ebene ist sodann zu fragen, ob die Gerichte dritter Staaten,⁵⁶ in die eine Sache beispielsweise später gelangt ist, verpflichtet sind, auf der Grundlage des Völkerrechts oder ihres eigenen nationalen Rechts, einer völkerrechtswidrigen und deshalb nichtigen Enteignung die Anerkennung zu versagen (dazu unter 4.).

Nach herrschender Auffassung in Deutschland folgt aus der Völkerrechtswidrigkeit im Allgemeinen nicht die Unwirksamkeit der Enteignung.⁵⁷ Das gilt etwa für den Fall der entschädigungslosen oder diskriminierenden Enteignung. Zu dieser allgemeinen Frage

49 Soergel-von Hoffmann (12. Aufl. 1996), Art. 38 EGBGB Anh III RdNr. 7 m.w.N.; ebenso schon Beitzke, Probleme der Enteignung im Internationalprivatrecht, in: FS Raape (1948) 93 (94).

50 Fn. 1.

51 Vgl. BGH 21.10.1971, AG 1972, 350 (353); MünchKommBGB-Kreuzer (3. Aufl. 1998) Nach Art. 38 EGBGB, Anh. III RdNr. 21.

52 Beitzke, Probleme der Enteignung im Internationalprivatrecht, in: FS Raape (1948) 93 (95).

53 Vgl. BGH 11.7.1957, BGHZ 25, 134, 140; Soergel-von Hoffmann (12. Aufl. 1996), Art. 38 EGBGB Anh III RdNr. 118; Ebenroth/Karuth, DB 1003, 1657, 1659.

54 Vgl. im Einzelnen Bogdan (Fn. 6) S. 83.

55 Vgl. beispielsweise Staudinger-Stoll, EGBGB/IPR Internationales Sachenrecht (13. Bearb. 1996) RdNr. 208 „Es gibt keine allgemeine Regel des internationalen Privatrechts, wonach völkerrechtswidrige ausländische Enteignungen als nichtig zu behandeln sind“. Die Frage der Nichtigkeit und die der Behandlung einer Enteignung als nichtig durch dritte Staaten werden nicht getrennt.

56 Damit sind Staaten gemeint, die weder mit dem enteignenden noch mit dem Staat identisch sind, in dem die Enteignung stattgefunden hat.

57 Seidl-Hohenveldern (Fn. 12) S. 42 ff.; Soergel-von Hoffmann, Anh. III Art. 38 EGBGB, RdNr. 21; MünchKommBGB-Wendehorst (4. Aufl. 2006) Art. 46 EGBGB Anh. RdNr. 10; Kegel/Schurig, IPR (9. Aufl. 2004) S. 1101; Staudinger-Stoll, EGBGB/IPR Internationales Sachenrecht (13. Bearb. 1996) RdNr. 208; a.A. insbesondere Mann, FS Duden (1977) 287 (300).

soll hier nicht Stellung bezogen werden. Es geht im Folgenden allein um den besonderen Fall des Verstoßes gegen humanitäres Völkerrecht.⁵⁸ *Schmidt-Jortzig*⁵⁹ führt im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Entschädigungen für die Bodenreform 1945–49 in der sowjetisch besetzten Zone aus: Zwar sei die Sowjetunion als Nachfolgerin des Zarenreiches an Art. 46 HLKO (der im übrigen auch Völkergewohnheitsrecht darstelle⁶⁰) gebunden gewesen,⁶¹ aber ein Verstoß hätte nur zu Schadensersatzansprüchen, nicht zur Nichtigkeit des regelwidrigen Aktes geführt.⁶² Auch das BVerfG äußert sich in der zentralen Entscheidung zur Bodenreform 1945–49 obiter sehr zurückhaltend.⁶³ Es sei schon zweifelhaft, ob und gegebenenfalls in welchem rechtlichen Gewand – unmittelbar kraft vertraglicher Verpflichtung oder im Wege völkergewohnheitsrechtlicher Inpflichtnahme – Art. 46 II HLKO von 1945–49 für die Sowjetunion Bindungswirkung erzeugt habe. Zweifelhaft sei ebenso, ob ein Verstoß gegen die Haager LKO zur Nichtigkeit der fraglichen Maßnahmen geführt hätte. Im Ergebnis kam es für das BVerfG auf die Beantwortung dieser Fragen freilich nicht an, weil der Bundesgesetzgeber nach Ansicht des Verfassungsgerichts in grundgesetzkonformer Weise auf etwaige Herausgabe- oder Schadensersatzansprüche verzichten konnte, um die Einheit Deutschlands herzustellen.

Die völkerrechtliche Literatur und die internationale zivilgerichtliche Praxis in der Zeit nach Beendigung des zweiten Weltkriegs nehmen allerdings – und das verschweigt das Verfassungsgericht, das sich ausschließlich auf *Schmidt-Jortzig* stützt – einen gegenteiligen Standpunkt ein.^{63a} Danach zieht der Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht durchaus die Nichtigkeit der Enteignung nach sich. Teilweise wird dies mit dem authentischen französischen Wortlaut des Art. 46 Abs. 2 HLKO begründet, wo es statt „Privateigentum darf nicht eingezogen werden“ heißt: „La propriété privé ne peut pas être confisquée“ – kann nicht eingezogen werden.⁶⁴ Die Formulierung „darf nicht“ lässt die Sanktion für einen Verstoß offen. Wenn aber etwas nicht geschehen kann, so folgt daraus die Nichtigkeit als einzig mögliche Sanktion, die dem Nichtkönnen Wirkung verleiht. In einem Aufsatz aus dem Jahr 1964, der sich nicht auf die SBZ-Konfiskationen bezieht, bezeichnet *Dahm*⁶⁵ es als „gesicherte Völkerrechtsregel“, dass nur rechtmäßige Enteignungsmaßnahmen der Besatzungsmacht das Eigentum übertragen, dass aber völkerrechtswidrige Konfiskationen und Requisitionen – z.B. solche, die nicht zu militärischen

58 Eine nachträgliche Legalisierung von Enteignungen kann durch Friedensverträge geschehen, vgl. *Beitzke*, FS Raape (1948) 93 (97); Böckstiegel, BerGesVR 13 (1974) 7 (11 ff.); solche Regelungen sind auch vom Privatrecht zu achten und hier nicht weiter interessant.

59 *Edzard Schmidt-Jortzig*, Rechtsstaatlich angemessener Ausgleich für die sog. „Alt-Eigentümer 1945/49“, in: Ipsen (Hrsg.), Verfassungsrecht im Wandel (1995), S. 207 (211).

60 *Schmid-Jortzig* (Fn. 59), S. 211 Fn. 17.

61 Vgl. *Schweissfurth*, (Fn. 45) S. 19 ff.

62 Ähnlich bereits *Beitzke*, FS Raape (1948), 93 (99 f.): Auch eine nach der HLKO fehlerhafte Enteignung sei nicht „einfach nichtig, sondern als fehlerhafter Verwaltungsakt zunächst nur anfechtbar oder rücknehmbar.“ *Beitzke* nimmt nur die Fälle eines „unter keinen Umständen zu rechtfertigenden Akts der Willkür“, „Tätigkeit eines für Requisition und Enteignung gar nicht zuständigen Organs“ und des einfachen Raubs und der Plünderung aus. Dann sei die Enteignung „schlechthin unwirksam“.

63 BVerfG v. 18.4.1995, BVerfGE 94, 12 (46 f.) = NJW 1996, 1666.

63a Kritisch auch *Schmahl*, Europäischer und internationaler Menschenrechtsschutz, in: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung, Tübingen (Hg.), Jahrbuch des Föderalismus 2005, S. 290 (299 f.).

64 Vgl. *Schweissfurth* (Fn. 45) S. 29.

65 *Dahm* (Fn. 28) 82.

Zwecken erfolgen – das rechtswidrig entzogene Eigentum unberührt lassen und weder dem Konfiskator noch seinem Rechtsnachfolger einen Eigentumstitel vermitteln.⁶⁶ Das ist auch die herrschende Sicht in England. *Lauterpacht* schreibt 1953 im *British Yearbook of International Law*: „Undoubtedly, [...] whether the war be lawful or not, the belligerent occupant does not acquire title in respect of acts which are contrary to the law of war“⁶⁷ und *Morgenstern* führt aus: „If any general principle emerges from the practice of municipal courts of many countries, it is that acts of the occupant which are unlawful by international law are considered to have been executed by an incompetent organ and to lack legal force.“⁶⁸ Die Autoren können sich dafür auf eine umfangreiche zivilgerichtliche Praxis stützen. So entschied der österreichische OGH im Jahr 1951,⁶⁹ dass ein Kraftfahrzeug, das von der britischen Besatzungsmacht fälschlich für Eigentum der deutschen Wehrmacht gehalten worden war, in Wahrheit aber einer Privatperson gehörte, aufgrund der Regeln der HLKO nicht rechtmäßig beschlagnahmt worden war. Daher konnte die britische Besatzungsmacht hieran kein Eigentum erwerben. Als Folge davon hatten weder die österreichischen Behörden, an die die britische Besatzungsmacht das KfZ herausgegeben hatte, noch ein weiterer privater Erwerber Eigentum an dem KfZ erlangt. Der OGH betrachtete die Beschlagnahme durch die Besatzungsmacht wegen des Verstoßes gegen Art. 53 HKLO als nichtig; das Eigentum war daher beim ursprünglichen Eigentümer verblieben. Nicht nur betrachtet der Gerichtshof es als selbstverständlich, dass Privateigentum nicht wirksam entgegen den Regeln der HLKO entzogen werden kann. Die Nichtigkeit des Eigentumserwerbs setzt sich vielmehr auch gegenüber dem Rechtsnachfolger durch, selbst wenn es sich um eine gutgläubige Privatperson handelt.⁷⁰ Ähnliche Fälle sind vom italienischen Kassationshof⁷¹, der französischen Cour de Cassation⁷² und der Cour d’Appel de Liège⁷³ im gleichen Sinn entschieden worden. Die These, völkerrechtswidrige Enteignungen seien nicht nichtig, sondern zögen allenfalls Entschädigungsansprüche gegen den enteignenden Staat nach sich⁷⁴ widerspricht also in Bezug auf Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht, soweit ersichtlich, der internationalen Praxis der Gerichte.

66 Ebenso *Schütz*, *Der internationale ordre public* (1984) S. 18 f. und S. 120 f.; *Schweisfurth* (Fn. 45) S. 28 ff. *Dahm* (vorige Note) dehnt die Regel auch auf Enteignungen aus, die aus anderen Gründen völkerrechtswidrig sind, also z.B. entschädigungslose oder diskriminierende Enteignungen.

67 Vgl. *Lauterpacht*, *The Limits of the Operation of the Law of War*, *British Yearbook of International Law* 1953, 206 (225) mit Hinweisen auf weitere, über die in den folgenden Fußnoten nachgewiesene Rechtsprechung hinausgehende Gerichtspraxis.

68 *Morgenstern*, *Validity of the Acts of the Belligerent Occupant*, *British Yearbook of International Law* 1951, 291 (305).

69 OGH 20.6.1951, 18 *International Law Reports* 696. Im gleichen Jahr entschied der OGH einen ähnlich gelagerten Fall, der ein Motorrad betraf, vgl. OGH 18.4.1951, 18 *International Law Reports* 694.

70 Dies ist allerdings eine Frage, die das nationale Privatrecht zu entscheiden hat, vgl. *Morgenstern* (Fn. 68) 309; dazu auch unten, IV. 1. b).

71 Corte di Cassazione, 15.6.1951, 18 *International Law Reports* 690.

72 Cour de Cassation, 15.2.1951, 18 *International Law Reports* 678, und 7.12.1955, 22 *International Law Reports* 1007. Im ersten Fall entschied der Kassationshof allerdings auf der Basis des nationalen französischen Rechts, weil er die Haager Landkriegsordnung für nicht anwendbar hielt.

73 Cour d’Appel de Liège, 17.5.1951, 18 *International Law Reports* 683.

74 Vgl. *Soergel-von Hoffmann*, Anh. III Art. 38 EGBGB, RdNr. 21; *MünchKommBGB-Wendehorst* (4. Aufl. 2006) Art. 46 EGBGB Anh. RdNr. 10; *Kegel/Schurig*, IPR (9. Aufl. 2004) S. 1101; *Staudinger-Stoll*, EGBGB/IPR Internationales Sachenrecht (13. Bearb. 1996) RdNr. 208; *Stoll* löst den Verstoß gegen Art. 46 HKLO allerdings anhand des Territorialitätsprinzips (aaO, RdNr. 209), dazu unten III. 5.

4. Anerkennung trotz Nichtigkeit aufgrund Völkerrechtsverstoßes?

Die gerade geschilderten Fälle aus der Nachkriegszeit betrafen sachenrechtliche Vorgänge, die sich auf dem Territorium des Gerichtsstaates selbst abspielten. Wie steht es aber um die Anerkennung nichtiger, da unter Verstoß gegen die HLKO geschehener Enteignungen in dritten Staaten? Das ist die Frage, die sich für das internationale Sachenrecht stellt, vor allem dann, wenn die Sache trotz der Beschlagnahme in das Territorium des dritten Staates gelangt ist. Sind die Gerichte dritter Staaten verpflichtet, einer völkerrechtswidrigen und damit nichtigen Eigentumsentziehung die Anerkennung zu versagen oder können sie, etwa im Interesse des internationalen Handels auch eine nichtige Enteignung anerkennen?

Zu dieser Frage gibt es im Wesentlichen zwei Auffassungen. Nach der in Deutschland wohl herrschenden⁷⁵ und von den Gerichten im Chile-Kupfer-Streit⁷⁶ und im indonesischen Tabak-Fall⁷⁷ vertretenen Ansicht folgt aus der Völkerrechtswidrigkeit kein Anerkennungsverbot.⁷⁸ Die Anerkennung wird vielmehr als eine souveräne Entscheidung des Anerkennungsstaates betrachtet, in die eigene Belange einfließen können, beispielsweise das Interesse, deutsche Häfen zum ungehinderten Umschlagplatz von Erzeugnissen enteigneter Betriebe zu machen, oder allgemeiner, das Interesse an der Aufrechterhaltung von Wirtschaftsbeziehungen mit Staaten, in denen ganze Industrien enteignet worden sind.⁷⁹ Dem ist zu Recht entgegengehalten worden, dass Art. 25 GG den allgemeinen Regeln des Völkerrechts als Bestandteil des Bundesrechts Vorrang vor dem einfachen Gesetz einräumt. Damit ist eine Relativierung der aus dem Völkerrecht folgenden Nichtigkeitssanktion wegen anderer politischer oder wirtschaftlicher Ziele, wie dies nach Art. 6 EGBGB eventuell möglich wäre,⁸⁰ ausgeschlossen.⁸¹ Im übrigen müsste man wohl selbst auf der Basis der herrschenden Auffassung, wonach nur die Möglichkeit, nicht aber eine Verpflichtung zur Nichtanerkennung besteht, für den Sonderfall der gegen die HLKO verstößenden Enteignung eine Ermessensreduktion auf Null annehmen. Es kann kein überwiegendes Interesse Deutschlands an der Aufrechterhaltung gepflegter Wirtschaftsbeziehungen mit Staaten geben, die gegen humanitäres Völkerrecht verstoßen. Für die Zeit nach dem Ende des 2. Weltkriegs hat *Morgenstern* in einer umfangreichen Auswertung des Fallmaterials nachgewiesen, dass dies auch die

75 Vgl. Staudinger-Blumenwitz (Neubearbeitung 2003) Art. 6 EGBGB RdNr. 65 m.w.N.

76 LG Hamburg (Fn. 21) S. 312.

77 OLG Bremen (Fn. 25) S. 758.

78 Vgl. auch BVerfG 26.10.2004, BVerfGE 112, 1 (33). Der Fall der Enteignungen 1945 bis 1949 in der SBZ liegt allerdings insofern anders, als sich dort die Frage stellte, ob die Bundesrepublik nach 1990 als *zurückkehrender Souverän* völkerrechtlich verpflichtet war, die Enteignungen als nichtig zu behandeln. Das BVerfG hat dies verneint.

79 *Kegel/Seidl-Hohenveldern* (Fn. 10) S. 242; *von Bar/Mankowski*, IPR Band I (2. Aufl. 2003) § 4 RdNr. 133: weder völkerrechtliches Anerkennungsgebot noch -verbot; auch nicht aufgrund von Art. 25 GG; andererseits aber differenzieren *v.Bar/Mankowski*, aaO, RdNr. 146 Fn. 777 zwischen „einfacher Völkerrechtswidrigkeit“, die eine Anerkennung im Inland nicht hindert, und einem Verstoß gegen „allgemeine Grundsätze des Völkerrechts“, der wegen Art. 25 GG ein Verstoß gegen das Grundgesetz wäre, „dem Behörden und Gerichte in Deutschland keine Unterstützung leihen dürfen.“

80 Dazu näher unten, III. 6.

81 *Mann*, Völkerrechtswidrige Enteignungen vor nationalen Gerichten, NJW 1961, 705 (709); *ders.*, Nochmals zu völkerrechtswidrigen Enteignungen vor deutschen Gerichten, FS Duden (1977) 287 (301 f.); *Dahm* (Fn. 28) 88; *Dahm* betrachtet die Nichtanerkennung weitergehend sogar als völkerrechtlich geboten (aaO, S. 83).

internationale Praxis der Gerichte war. Beschlagnahmen unter Verstoß gegen Art. 46 HLKO wurde die Anerkennung seitens dritter Staaten durchweg versagt.⁸²

5. Überprüfung am Maßstab des Territorialitätsgrundsatzes

Selbst wenn man sich jedoch auf den Standpunkt der in Deutschland herrschenden Meinung stellen, und eine Pflicht zur Nichtanerkennung völkerrechtswidriger Enteignungen verneinen würde,⁸³ so wäre doch die Anerkennungsfähigkeit ausländischer Enteignungen, die gegen die HLKO verstoßen, noch aus einem weiteren Grund zu verneinen: Eine Besatzungsmacht handelt stets auf fremdem, nämlich auf dem besetzten Gebiet. Nach dem Territorialitätsgrundsatz sind aber nur Enteignungen, die ein Staat innerhalb seines Gebiets vornimmt, anzuerkennen. Das Besatzungsrecht dehnt quasi die Gebietshoheit auf das besetzte Land aus,⁸⁴ allerdings nicht schlechthin, sondern nur, soweit die Befugnisse, die der Besatzungsmacht rechtlich zuerkannt werden, reichen. Überschreitet die Besatzungsmacht diese Befugnisse, handelt sie extraterritorial. Auch auf dem Boden eines so verstandenen Territorialitätsprinzips kommt man also, ganz unabhängig von der grundsätzlichen Frage, wie sich die Völkerrechtswidrigkeit einer Enteignung auf ihre Anerkennungsfähigkeit im Ausland auswirkt, zur Nichtanerkennung von Enteignungen, die gegen Art. 46 HLKO verstoßen. Diese Auffassung vertritt namentlich *Seidl-Hohenveldern*;⁸⁵ sie wird auch in der kollisionsrechtlichen Literatur überwiegend geteilt.⁸⁶ Nicht zu folgen ist dagegen der in Bezug auf die Bodenreform in der Ex-DDR vertretenen These, internationales Enteignungsrecht und damit auch das Territorialitätsprinzip seien nicht anwendbar, wenn, wie im Fall der Enteignungen in der sowjetisch besetzten Zone, ein Staat (die Sowjetunion) auf fremdem Territorium handle.⁸⁷ Mit diesem Ausgangspunkt beraubt man sich gerade eines der zentralen Prüfungskriterien, um die Rechtmäßigkeit des Eingriffs in das Eigentum zu beurteilen.

6. Ordre-public-Vorbehalt

Insgesamt scheidet damit m.E. die Anerkennung einer dem humanitären Völkerrecht widersprechenden Enteignung schon an der völkerrechtlich gebotenen Nichtigkeit und am Territorialitätsprinzip. Da es aber hierzu auch gegenläufige Ansichten gibt, ist schließlich noch die Frage des ordre-public-Verstoßes zu erörtern.

82 *Morgenstern* (Fn. 68) 315 ff. Siehe auch *Mann*, International Delinquencies before Municipal Courts, The Law Quarterly Review 70 (1954) 181 (187 f.).

83 Vgl. *Staudinger-Blumenwitz* (Neubearbeitung 2003) Art. 6 EGBGB RdNr. 65 m.w.N.

84 Vgl. oben, Fn. 53; die Besatzungsmacht übt auf dem besetzten Gebiet Staatsgewalt aus.

85 *Seidl-Hohenveldern* (Fn. 12) S. 31 ff.

86 *Beitzke*, FS Raape (1948) S. 93 (100); *Bogdan* (Fn. 6), S. 90; *Staudinger-Stoll*, EGBGB/IPR Internationales Sachenrecht (13. Bearb. 1996) RdNr. 209: „Die Staatsgewalt des besetzten Staates wird durch die Besetzung nur insoweit verdrängt und überlagert, als sich die Besatzungsmacht auf einen völkerrechtlichen Rechtstitel berufen kann. Deshalb sind nur völkerrechtskonforme, der Haager LKO (Art. 46-55) entsprechende Hoheitsakte der Besatzungsmacht durch das Territorialitätsprinzip gedeckt. Enteignungen hingegen, die eine Besatzungsmacht unter Überschreitung ihrer völkerrechtlichen Befugnisse auf besetztem Gebiet vornimmt, stehen extraterritoriale Enteignungen gleich, weshalb die Besatzungsmacht mit der Hinnahme solcher Enteignungen in Drittstaaten nicht rechnen kann“. A.A. *Soergel-von Hoffmann*, Anh III Art. 38 EGBGB, RdNr. 18.

87 *Schweisfurth* (Fn. 45) S. 16 f.

Zunächst einmal stellt sich die Frage, aus welchen Quellen sich der *ordre public* speist. Sind es nur die Grundsätze der eigenen nationalen Rechtsordnung oder sind auch die Grundsätze des Völkerrechts, insbesondere der internationale Menschenrechtsschutz, Bestandteil des nach Art. 6 EGBGB zu beachtenden *ordre public*?⁸⁸ Letztlich kann die Frage, die beispielsweise von Frau *Kokott* vor dieser Gesellschaft bereits ausführlich erörtert worden ist,⁸⁹ für unseren Gegenstand dahinstehen, denn eine Enteignung entgegen dem humanitären Völkerrecht wird stets auch dem internen *ordre public*, dessen Maßstab ja insbesondere die Grundrechte, darunter Art. 14 GG, sind, widersprechen.⁹⁰ Die eigentliche Krux des Art. 6 EGBGB liegt auf anderem Gebiet: Es ist der notwendige Inlandsbezug, an den die deutschen Gerichte in der Vergangenheit sehr hohe Anforderungen gestellt haben. Nur wenn die Enteigneten deutsche Staatsangehörige waren, wurde ein ausreichender Inlandsbezug angenommen, nicht aber, wenn sich lediglich der enteignete Gegenstand oder seine Erzeugnisse oder Früchte zum Zeitpunkt der Herausgabe klage auf deutschem Boden befanden.⁹¹

Im Internationalen Privatrecht ist indes der Grundsatz anerkannt, dass der Inlandsbezug umso schwächer sein darf, je gravierender der Widerspruch zur eigenen öffentlichen Ordnung ist. Man spricht insoweit von der Relativität des *ordre public*.⁹² Daraus ist m.E. zu folgern, dass im Falle eines Verstoßes gegen humanitäres Völkerrecht ein so starker Bezug, wie ihn die deutsche Staatsangehörigkeit des Enteigneten herstellt, nicht zu fordern ist. Es muss vielmehr genügen, dass sich die enteignete Sache, deren Herausgabe der frühere Eigentümer begehrt, in Deutschland befindet.⁹³ Das House of Lords im eingangs erwähnte Kuwait-Fall hat den *public policy* Einwand sogar dort zur Anwendung gebracht, wo außer der internationalen Zuständigkeit der englischen Gerichte, die sich ihrerseits nur auf einen exorbitanten Gerichtsstand stützen konnte, keine Inlandsberührung existierte. Es spricht in der Tat einiges dafür, in der Abweisung einer Eigentumsklage nicht nur eine Folgerung aus einem nach ausländischem Recht zu beurteilenden Rechtsverhältnis zu sehen; vielmehr setzt ein deutsches Gericht, das die Herausgabe- oder Schadensersatzklage des Alteigentümers abweist, damit letztlich die im Ausland durchgeführte Enteignung im Inland in die Tat um.⁹⁴ Der *ordre-public*-Vorbehalt dient aber gerade dazu, zu verhindern, dass deutsche Behörden und Gerichte eine ausländische Rechtsnorm anwenden, wenn dies zu einem Ergebnis führen würde, das wesentlichen Grundsätzen unserer Rechtsordnung widerspricht. Daher ist mit

88 Vgl. dazu allgemein Staudinger-Blumenwitz (Neubearbeitung 2003) RdNr. 65 ff.; *Kokott*, Grund- und Menschenrechte als Inhalt eines internationalen *ordre public*, BerDGVR 38 [1998] 71; *Schütz*, Der internationale *ordre public* (1984) *passim*; *Voltz*, Menschenrechte und *ordre public* im Internationalen Privatrecht (2002) *passim*. Für eine Beschränkung des Art. 6 EGBGB auf den internen *ordre public* MünchKommBGB-Sonnenberger (4. Aufl. 2006) Art. 6 EGBGB RdNr. 19. In Bezug auf völkerrechtswidrige Enteignungen *Dahm* (Fn. 28) 88 f.; *Doehring*, IPRax 1998, 465 (467); *Schütz*, aaO, S. 120 ff.

89 Vgl. vorige Fußnote.

90 Zur Bedeutung des Art. 14 GG als Maßstab für die Anerkennung ausländischer Enteignungen im Rahmen des *ordre-public*-Vorbehalts *Schütz*, Der internationale *ordre public* (1984) S. 132.

91 LG Hamburg (Fn. 21) S. 311; vgl. auch MünchKommBGB-Wendehorst (4. Aufl. 2006) Art. 46 EGBGB Anh. RdNr. 63 mit umfangreichen Nachweisen.

92 Vgl. nur von *Hoffmann/Thorn*, IPR (9. Aufl. 2007) § 6 RdNr. 152.

93 Staudinger-Stoll, EGBGB/IPR Internationales Sachenrecht (13. Bearb. 1996) RdNr. 211 m.w.N.

94 Daher ist hier die Lehre vom abgeschwächten *ordre public* (*ordre public atténué de la reconnaissance*) im Anerkennungsverfahren (dazu MünchKommBGB-Sonnenberger (4. Aufl. 2006) Art. 6 EGBGB RdNr. 22) nicht anzuwenden.

Dahm davon auszugehen, dass schon die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte einen ausreichenden Inlandsbezug herstellen kann.⁹⁵

IV. Probleme der praktischen Durchsetzung

Die praktische Durchsetzung von Herausgabe- und Schadensersatzansprüchen desjenigen, der von einer gegen humanitäres Völkerrecht verstoßenden Enteignung betroffen ist, kann trotz Nichtanerkennung der Enteignung an anderen Hürden scheitern, insbesondere an der Staatenimmunität, der internationalen Zuständigkeit, den Rechten Dritter und an der Vollstreckbarkeit. Darauf ist zum Schluss, getrennt nach beweglichen und unbeweglichen Sachen, noch kurz einzugehen. Unkörperliche Vermögensgegenstände wie Forderungen, Immaterialgüterrechte und Gesellschaftsanteile bleiben aus Zeitgründen ausgespart.

1. Eingriffe in bewegliche Sachen

Solange sich die Sache noch in dem Hoheitsgebiet des enteignenden Staates oder in dem besetzten Gebiet befindet und die Besatzung andauert, ist eine effektive Durchsetzung von Herausgabe- oder Schadensersatzklagen gegen den enteignenden Staat in der Regel ausgeschlossen, da eine unabhängige, den Völkerrechtsverstoß sanktionierende Gerichtsbarkeit weder im besetzten Gebiet noch im Enteignungsstaat existieren wird. Erst mit dem Ende der Besatzung oder mit der Verbringung der Sache ins Ausland steigen die Chancen für die Rechtsverwirklichung.

Am Ende einer Besatzung sind durch Friedensvertrag Rückgewähr- und Schadensersatzansprüche zu regeln, vgl. auch Art. 53 HLKO. Inwieweit der zurückkehrende Souverän auf Entschädigung verzichten kann und in welcher Höhe er dann selbst den Enteigneten Entschädigung gewähren muss, ist keine Frage des internationalen Sachenrechts und soll hier nicht weiter erörtert werden.

Das IPR ist aber gefordert, wenn die enteignete Sache ins Ausland verbracht wird. In einem solchen Fall hat der enteignete Staat selbst keinen, jedenfalls keinen unmittelbaren Besitz mehr an der Sache. Praktisch kommt daher entweder eine Herausgabeklage des enteignenden Staates gegen den Besitzer in Betracht oder eine Herausgabeklage des Alteiligentümers gegen einen dritten Besitzer, zum Beispiel einen Erwerber.

a) Enteigneter im Besitz der Sache

Klagt der Staat gegen den Enteigneten auf Herausgabe, so steht dem die Immunität nicht im Wege (Art. 1 Abs. 1 EuStImmÜ).⁹⁶ Auch für konnexe Widerklagen, zum Bei-

⁹⁵ Dahm (Fn. 28) S. 91; in dieselbe Richtung *Ambrosch-Keppeler* (Fn. 9) S. 246, die in dem Fall, dass dem Enteigneten die Grundlagen eines menschenwürdigen Lebens entzogen werden, auf den Inlandsbezug ganz verzichten will.

⁹⁶ Baseler Europäisches Übereinkommen über Staatenimmunität v. 16.5.1972, BGBl. 1990 II, 35. Deutschland ist seit 16.8.1990 Vertragsstaat. Gegenüber Nichtvertragsstaaten wird das EuStImmÜ als Quelle allgemeiner Regeln des Völkerrechts herangezogen, vgl. *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (3. Aufl. 2002) RdNr. 147.

spiel auf Schadensersatz, kann der Staat keine Immunität beanspruchen (Art. 1 Abs. 2 und 3 EuStImmÜ). Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ist z.B. gegeben, wenn der Enteignete nunmehr seinen Wohnsitz in Deutschland hat (Art. 2 Abs. 1 EuGVO, §§ 12, 13 ZPO); die Zuständigkeit erstreckt sich auch auf Widerklagen (Art. 6 Nr. 3 EuGVO, § 33 Abs. 1 ZPO). Anzuwenden ist auf den Herausgabeanspruch die aktuelle *lex rei sitae*, eine Prägung der sachenrechtlichen Verhältnisse durch die vorausgegangene Enteignung scheidet, wie festgestellt, an der Nichtigkeit oder jedenfalls Nichtanerkennung der Enteignung. Eine Herausgabeklage ist damit abzuweisen. Schadensersatzansprüche sind nach den Regeln des internationalen Deliktsrechts anzuknüpfen. Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 Rom II-Verordnung werden regelmäßig zum Recht des Enteignungsstaates führen, das aber ohne die völkerrechtswidrige Enteignungsgesetzgebung anzuwenden ist. Isoliert, also nicht in der Form der Widerklage erhobenen Schadensersatzklagen gegen den enteignenden Staat wird allerdings die Immunität entgegenstehen.

b) Dritter im Besitz der Sache

Die Immunität stellt dagegen kein Problem dar, wenn eine Privatperson oder eine Handelsgesellschaft in den Besitz der Sache gelangt ist, mag die Gesellschaft auch im Staatseigentum stehen oder staatlich kontrolliert sein.⁹⁷ Hier stellt sich aber bei der Begründetheit die Frage nach den Rechten des Besitzers. Hat er Eigentum erworben? Für die Beurteilung kommt es auf die *lex rei sitae* im Zeitpunkt des Erwerbs an, bei Transportmitteln kann auch an den Ort der Registrierung anzuknüpfen sein (vgl. Art. 45 EGBGB). Da die ursprüngliche Enteignung nichtig ist, kommt es auf die anwendbaren Regeln über den Erwerb vom Nichtberechtigten an. Der Eigentumserwerb des Dritten kann danach zunächst am mangelnden Verkehrsgeschäft scheitern. Das ist etwa der Fall, wenn der Staat ein ihm gehörendes Unternehmen in den Besitz einweist, wie dies im Fall der kuwaitischen Flugzeuge geschehen ist. Nach deutschem Recht hindert außerdem Abhandenkommen, also der unfreiwillige Verlust des unmittelbaren Besitzes, den gutgläubigen Erwerb. In Fällen nichtiger Enteignungen ist Abhandenkommen anzunehmen.⁹⁸ Schließlich kann der Eigentumserwerb auch an der Gutgläubigkeit scheitern, wenn der Dritte hätte wissen müssen, dass die Enteignung gegen das Völkerrecht verstieß oder extraterritorial geschah. Zusätzlich zu den Regeln über den Erwerb vom Nichtberechtigten sind auch die Vorschriften über die Ersitzung heranzuziehen. Auch sie können im Einzelfall dem Dritten einen nicht mehr angreifbaren Eigentumstitel verschaffen.

Falls die Sache nicht mehr herausverlangt werden kann, etwa weil sie weiterveräußert oder zerstört worden ist, kommen auch Schadens- oder Wertersatzansprüche in Betracht. Nach deutschem IPR ist trotz der funktionellen Nähe zum Deliktsrecht die *lex rei sitae* und nicht etwa das Deliktsstatut anzuwenden, soweit es um Ansprüche aus Eigentümer-Besitzer-Verhältnis geht.⁹⁹ In anderen Rechtsordnungen, die eine spezielle Ausformung dieses Verhältnisses nicht kennen, wird möglicherweise deliktisch qualifiziert werden. Abgesehen von der Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Auf-

⁹⁷ Vgl. *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (3. Aufl. 2002) RdNr. 153.

⁹⁸ *Mann*, NJW 1961, 705 (709).

⁹⁹ Vgl. BGHZ 108, 353, 355; MünchKommBGB-Wendehorst (4. Aufl. 2006) Art. 43 EGBGB RdNr. 100.

enthalt von Schädiger und Geschädigtem (Art. 4 Abs. 2 Rom II- Verordnung)¹⁰⁰ dürfte das Ergebnis jedoch in den meisten Fällen gleich sein, denn der Lageort der Sache wird regelmäßig mit dem Erfolgsort übereinstimmen. Führt dies zur Anwendbarkeit der Rechtsordnung des Staates, der die Enteignung vorgenommen und möglicherweise Schadensersatzansprüche durch das Enteignungsgesetz ausgeschlossen hat, so würde in der Anwendung dieses Ausschlusses selbst wieder eine völkerrechtswidrige Enteignung liegen. Daher ist das ausländische Recht ohne die Enteignungsgesetze anzuwenden.

2. Früchte und Erzeugnisse

Die Frage, ob ein Alteigentümer auch die Früchte der Sache oder die Produkte, die unter Nutzung des enteigneten Gutes hergestellt wurden, herausverlangen kann, wenn ein Dritter in ihrem Besitz ist, gehört in der Regel nicht in die Rubrik Enteignung von Sachen (körperlichen Gegenständen), denn solchen Fällen liegt zumeist eine Enteignung des Unternehmens, also der Gesellschaftsanteile zugrunde. Der Fall soll aber dennoch kurz erörtert werden, weil er, wie der indonesische Tabakfall¹⁰¹ zeigt, praktisch relevant ist. Setzt sich die Nichtigkeit der Enteignung einer Plantage oder eines Unternehmens an den Früchten und Produkten fort? Hier gilt wieder die *lex rei sitae*, also das Recht des Staates, in dem die Produkte hergestellt, die Früchte gezogen worden sind.¹⁰² Ordnet es die Früchte dem Eigentümer zu, weil er Eigentümer der Hauptsache ist, so etwa § 99 Abs. 1 BGB, so setzt sich die Nichtigkeit der Enteignung der Hauptsache auch an den Früchten fort.¹⁰³ Muss der Erwerb dagegen als originärer verstanden werden, etwa weil der jetzige Inhaber des Unternehmens selbst Arbeit und Material eingesetzt hat (nach deutschem Recht § 950 BGB), so stehen die Produkte dem Hersteller zu. An dieser Stelle zeigt sich, dass der Ausgleich zwischen den Interessen des Enteigneten und dritter Personen, die in den Besitz der Sache gelangt sind und damit wirtschaften, auf der Ebene der anwendbaren *lex rei sitae* bewerkstelligt werden kann. Es ist nicht notwendig, auch die völkerrechtswidrige Enteignung als wirksam zu betrachten, nur um privaten Dritten, die in den Besitz der enteigneten Sache gelangt sind und mit eigenen Ressourcen Neues schaffen, das Eigentum hieran zuzusprechen.

3. Eingriffe in unbewegliche Sachen

Beispiele für Eingriffe in unbewegliche Sachen sind die Beschlagnahme oder Zerstörung von Grundstücken, Häusern und Wohnungen, etwa durch den Bau von eigenen Siedlungen durch die Besatzungsmacht auf besetztem Gebiet. Hier ist, solange die Besatzung andauert, ein Herausgabeanspruch in aller Regel nicht durchsetzbar.¹⁰⁴ Wenn die Besatzungsmacht selbst verklagt werden soll, steht die Immunität entgegen, aber

100 VO (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), v. 11.7.2007, in Kraft seit 11.1.2009.

101 OLG Bremen (Fn. 25).

102 OLG Bremen (Fn. 25).

103 Im Ergebnis ebenso *Mann*, NJW 1961, 705 (709).

104 Vgl. den Fall der israelischen Besatzung des Gaza-Streifens und den Bau von israelischen Siedlungen auf Privatgrundstücken in den besetzten Gebieten. Dazu US State Department, zitiert nach *Schweisfurth* (Fn. 45) S. 32: „*The establishment of the civilian settlements in those territories is inconsistent with international law. The occupant's acts will not have legal effect, although they may in act be unchallengeable until the territory is liberated.*“

selbst wenn das Eigentum auf eine Privatperson oder Gesellschaft übergegangen sein sollte, dürfte in den meisten Fällen keine internationale Zuständigkeit außerhalb des besetzten Landes bestehen, denn nach vielen Rechtsordnungen sind für dingliche Klagen, die Grundstücke betreffen, die Gerichte im Land der Belegenheit ausschließlich zuständig (vgl. z.B. § 24 Abs. 1 ZPO, Art. 22 Nr. 1 EuGVO).

Da ausschließliche Zuständigkeiten aber eng ausgelegt werden, erfasst der Gerichtsstand der Belegenheit nicht mögliche Schadensersatzansprüche wegen der Eigentumsverletzung. Sofern nicht die Besatzungsmacht selbst, sondern eine privatwirtschaftlich handelnde private oder juristische Person, beispielsweise eine Siedlungsgenossenschaft in den Besitz der Immobilie gelangt ist, steht auch die Immunität nicht im Wege. Dann kommt es darauf an, ob nach dem Recht am Erfolgsort, der mit der *lex rei sitae* identisch sein wird, der jetzigen Besitzer selbst durch die Inbesitznahme eine zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung vorgenommen hat, oder ob ihm, zum Beispiel wegen Zusammenwirkens mit dem enteignenden Staat, dessen Handlungen zugerechnet werden können. Stets sind die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften der *lex rei sitae* ohne die völkerrechtswidrigen Enteignungsgesetze anzuwenden.

Ein letztes Wort zur Vollstreckung: Sie wird im besetzten Land oder im Enteignungsstaat meist schwierig bis unmöglich sein. Chancen hat der Kläger nur, wenn es entweder um eine bewegliche Sache geht, die sich derzeit im Ausland befindet, oder wenn Schadensersatzansprüche zugesprochen werden, und der Beklagte, wie das bei Unternehmen nicht selten der Fall ist, Vermögen im Ausland hat.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Eva Maria Kieninger, Würzburg

1. Die Prüfung ausländischer Enteignungen geschieht grundsätzlich anhand des Territorialitätsprinzips. Soweit die Enteignung nur Gegenstände erfasst, die innerhalb des Territoriums des Enteignungsstaates belegen sind, kann sie, vorbehaltlich des *ordre public*, im Ausland anerkannt werden.
2. Der *ordre-public*-Vorbehalt wird von den Gerichten (mit Ausnahme der französischen) gegen ausländische Enteignungen nur zurückhaltend eingesetzt. Einen ausreichenden Inlandsbezug nehmen deutsche Gerichte in der Regel nur dann an, wenn eigene Staatsangehörige von der Enteignung betroffen sind.
3. Unter den Begriff der „Enteignung“ im Sinne des internationalen Enteignungsrechts fällt auch die Beschlagnahme.
4. Die Fragen der Nichtigkeit einer völkerrechtswidrigen Enteignung und die nach der Nichtanerkennung durch die Gerichte dritter Staaten sind zu trennen.
5. Der Verstoß gegen Art. 46 Abs. 2 Haager LKO zieht die Nichtigkeit der Enteignung nach sich.
6. Der Verstoß gegen humanitäres Völkerrecht ist von dritten Staaten mit Nichtanerkennung zu ahnden. Eigene politische oder wirtschaftliche Interessen, etwa das Interesse an der Aufrechterhaltung der Handelsbeziehungen mit dem Enteignungsstaat, können nicht mit dem Verstoß gegen humanitäres Völkerrecht abgewogen werden.
7. Eine Enteignung, mit der die Besatzungsmacht die ihr durch das humanitäre Völkerrecht eingeräumten Befugnisse überschreitet, verstößt außerdem gegen das Territorialitätsprinzip.
8. Eine Enteignung unter Verletzung des humanitären Völkerrechts wird stets auch dem internen *ordre public* (Art. 6 EGBGB) widersprechen. Wegen des Gewichts des *ordre-public*-Verstoßes genügt bereits die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte, um einen Inlandsbezug herzustellen.
9. Zur Beurteilung sachenrechtlicher Ansprüche, einschließlich solcher aus Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ist die jeweils aktuelle *lex rei sitae* mit Ausnahme der gegen das humanitäre Völkerrecht verstößenden Enteignungsgesetzgebung heranzuziehen.
10. Konflikte zwischen Alt- und Neueigentümern lassen sich auf der Basis der nach den Regeln des IPR anwendbaren privatrechtlichen Vorschriften lösen. Eine darüber hinausgehende Berücksichtigung der Interessen von potentiellen Erwerbern bei der Anerkennungsentscheidung ist nicht erforderlich.

Summary

Confiscation by occupants and private international law

by Prof. Eva Maria Kieninger, Würzburg

1. Generally speaking, foreign confiscations and expropriations are governed, from a private international law point of view, by the principle of territoriality. In so far as the expropriation is limited to property situated within the territory of the expropriating state, the act will be recognised by foreign courts, provided it does not violate the public policy (*ordre public*) of the forum state.
2. As a general rule, public policy is rarely invoked against foreign expropriations by municipal courts (with the exception of French courts). German courts have found the necessary link with domestic interests only to be present when foreign confiscations affected German citizens.
3. The term „expropriation“ is used in this paper so as to include confiscations by occupants.
4. It is important to separate the question of nullity of an expropriation which violates principles of public international law, and the question of non-recognition by courts in third states.
5. A violation of humanitarian law, especially of Art. 46 section 2 of the Hague Convention concerning the Laws and Customs of War on Land renders the expropriation null and void.
6. For courts in third states, non-recognition of the expropriation is the proper sanction for a violation of humanitarian law. The third state's own political or economic interests, for example the interest to maintain good economic relationships with the expropriating state, cannot be weighed against a violation of humanitarian law.
7. In addition, an expropriation which extends beyond the competences of an occupying state conferred to the latter by the Hague Convention concerning the Laws and Customs of War on Land, also violates the principle of territoriality.
8. Moreover, an expropriation violating humanitarian law will always be contrary to the internal public policy (for German private international law see Art. 6 *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*). Because of the relative weight of such a violation, the international jurisdiction of the domestic courts should be held to provide a sufficiently close link with domestic interests.
9. The law applicable to rights and interests in the area of property law, including claims of an owner against the present possessor, is determined by the present *lex rei sitae* (the law at the place where the property is presently situated); however, expropriating legislation in violation of humanitarian law remains to be non-applicable.
10. Conflicts between an old and a new holder of a proprietary right are to be resolved on the basis of the private law rules applicable under the choice of law rules of the forum.

It is not necessary to take the interests of acquirers of confiscated property separately and additionally into account when deciding upon the (non-)recognition of foreign expropriations.

Diskussion

zu den Referaten Odendahl und Kieninger

Oppermann: Zunächst herzlichen Dank beiden Referentinnen! Es war ein Vergnügen zuzuhören – besonders Ihnen, Frau Odendahl, weil Sie Ihr Referat mit so schönen, emotional gesteuerten Handbewegungen unterstrichen haben. Deswegen richte ich meine Frage an Sie. Es geht um ein aktuelles Problem, Stichwort „Kunstraub“. Das Thema ist im Moment sehr im Schwange. In den Museen hat sich dazu bereits ein neuer Forschungszweig gebildet, die sogenannte „Provenienzforschung“. Man ist manchmal erstaunt, wie schnell sich neue Forschungszweige etablieren.

Was mich bewegt: Ihre Rechtsauffassung in diesem Zusammenhang kennen zu lernen, Frau Odendahl. Es ist unbestritten, dass in der NS-Zeit schlimmstes Unrecht mit Kunstraub geschehen ist. Aber wo stehen wir heute, über 60 Jahre nach 1945? Da kommt einem der eine oder andere Gedanke. Bei dem privatrechtlichen Restitutionsanspruch stehen auf der einen Seite die Erben, manchmal auch schon die Erben der Erben. Auf der anderen Seite steht meist nicht mehr der böse nationalsozialistische Staat oder irgend eine böse Privatperson, sondern Museen, zu denen die Kunstwerke auf mancherlei nicht notwendig krummen Wegen gelangten. Die Werke sind öfters durch drei oder vier Hände gegangen. Wie steht es mit einem Restitutionsanspruch in solchen Fällen? Wie weit spielen hier Gesichtspunkte des gutgläubigen Erwerbs, der Verjährung oder Ersitzung eine Rolle? Es wird in vielen Fällen zurückgegeben. Liegt solcher Restitution ein juristischer Anspruch zugrunde oder handelt es sich um eine moralische Rückgabe?

Hailbronner: Ja, Herr Oppermann hat mir die Frage schon ein bisschen vorweggenommen. Meine Frage geht dahin, Frau Odendahl: Die Diskussion geht ja häufig darum, inwieweit die von Ihnen erarbeiteten Grundsätze auf frühere Sachverhalte anwendbar sind. Wie lange zurück ist heutiges Gewohnheitsrecht auf Situationen, die lange vor der UNESCO-Konvention und dem humanitären Kriegsrecht entstanden sind, anwendbar? Ich muss es mir versagen, auf den sogenannten alten Villmergerkrieg von 1712 zwischen dem Abt von St. Gallen und Zürich und Bern näher einzugehen. Zusammen mit den Kollegen Schweizer und Burmeister habe ich mich damals zur Frage eines Anspruchs von St. Gallen auf Rückerstattung der geraubten Kulturgüter geäußert. Im Anschluss an eine einigermaßen intensive juristische Auseinandersetzung zwischen den beiden Kantonen hat man sich schließlich friedlich über eine gemeinsame Nutzung der im sogenannten Villmergerkrieg geraubten Kulturgüter mit teilweiser Rückgabe von Handschriften geeinigt.

Frau Odendahl, noch eine kleine Bemerkung darf ich vielleicht anschließen. Was ich mir bei Ihren Ausführungen überlegt habe: Wie weit sind eigentlich die von Ihnen so einleuchtend erarbeiteten Regeln auf Konflikte im Zusammenhang mit den Kolonialmächten anwendbar? Die koloniale Besetzung ist ja bekanntlich später zum internationalen bewaffneten Konflikt geworden. Bedeutet das jetzt, dass die Prinzipien, die Sie uns erläutert haben, anwendbar sind auf das, was während der kolonialen Zeit an Kulturgütern in die Kolonialstaaten verbracht worden ist, so dass das „Kulturgut“ eigentlich zurückzugeben ist? Sicherlich würden Sie sich damit bei einigen ehemaligen Kolonialstaaten für eine leitende Funktion qualifizieren.

Und noch weiter – wenn ich das anfügen darf: Die Ausweitung des Begriffs des nicht internationalen bewaffneten Konflikts – bedeutet das eigentlich auch, dass die Regeln in vollem Umfang auf solche „zweigesichtigen“ Konflikte anwendbar sind? Wenn wir eine Konfliktpartei haben, die in einem derartigen Konflikt als solche als Partei anerkannt ist, die also rechtlich gebunden ist, besteht wohl kein Problem. Aber wie ist das bei den schillernden Konflikten, in denen die Frage der Akteure und der Natur des Konflikts unklar ist und gegebenenfalls auch während des Konflikts ständig wechseln kann. Wie kann man eine Bindung auch dieser nicht eigentlich in das Schema passenden Konfliktbeteiligten erreichen? Würden Sie all das, was für die Ausweitung des humanitären Kriegsrechts gesagt worden ist, auch auf die Anwendung der Regeln über den Schutz von Kulturgütern erstrecken?

Eine ganz kurze Bemerkung noch zu den Punkten 6 und 8 von Frau Kieninger:

Ganz überzeugend fand ich Ihre These, dass die völkerrechtswidrige Konfiskation nichtig ist. Nur sehe ich hier einen gewissen Widerspruch zu den Prinzipien über die Anwendbarkeit des *ordre public*. Ich bin kein IPRler, aber insoweit scheinen mir Ihre Thesen nicht ganz vereinbar miteinander. Denn wenn ich die Ziffer 6 akzeptiere und sage: Nichtigkeit der Enteignung – dann ist doch eigentlich gar kein Anwendungsbereich mehr für den *ordre public*, dann brauche ich doch den Inlandsbezug nicht mehr zu prüfen, dann ist doch die Sache geregelt. Also ist das nicht doch ein bisschen ein Widerspruch mit den Thesen 6 und 8?

Aber die These selbst scheint mir eigentlich ganz gut begründet zu sein. Aber dennoch die Frage: Wenn man den *ordre public* anwendet, müsste man dann nicht doch sagen – was Sie ja eigentlich ablehnen – dass solche Gesichtspunkte wie z.B.: sind deutsche Interessen betroffen? - in Betracht gezogen werden müssen? Nehmen Sie beispielsweise eine völkerrechtswidrige Enteignung von Öl. Ein deutscher Konzern hat gerade einen Öltanker gekauft und normal bezahlt. Es besteht keine Chance, das Geld jemals wieder zurückzubekommen. Sind dann nicht solche Interessen wie das deutsche Interesse an einer Ölversorgung auch bei der Frage der Wirksamkeit der Enteignung zu beachten?

Frowein: Vielen Dank, Herr Vorsitzender! Ich habe eine Frage an Frau Odendahl und darf dann vielleicht auch noch eine an Frau Kieninger anschließen.

Die Frage an Frau Odendahl bezieht sich auf die These 8, Herausgabeanspruch, und auf die These, dass das privatrechtlich ja parallel zu völkerrechtlichen Herausgabeansprüchen laufen könne, was mir sehr einleuchtet. Ihnen ist sicherlich die englische Entscheidung bekannt, in der der Richter des High Court – ich habe seinen Namen nicht in Erinnerung – in der Gotha-Bilder-Geschichte erklärt hat: Wenn die deutsche Rechtsordnung so sei, wie ihm vorgetragen worden sei, nämlich dass der 985er-Anspruch verjähren könne, dann sei das im Zweifel ein Verstoß gegen die britische *public policy*. Ich würde gern Ihre Stellungnahme dazu hören, denn ich habe das Gefühl, dass da wirklich unsere Rechtsordnung ein Problem schafft, das andere Rechtsordnungen so nicht kennen.

Zu Frau Kieninger würde ich gern fragen, ob nicht der Artikel 46 Abs. 2 doch überinterpretiert wird. Sie sagen hier, der Verstoß zieht die Nichtigkeit nach sich, und Sie haben das stark auf den französischen Text gestützt. Aber dazu müssen Sie meines Erachtens noch ein bisschen mehr nachweisen, nämlich dass in dieser völkerrechtlichen Norm die Anordnung liegt, dass das innerstaatlich als nichtig zu behandeln ist. Das sehe

ich nicht. Und ich sehe auch keine Staatenpraxis in dieser Richtung und wäre sehr dankbar, wenn ich da belehrt werden könnte.

Odendahl: Herr Oppermann, Ihre Frage gipfelte in der Formulierung: Gibt es so etwas wie Verjährung, Ersitzung, Verwirkung oder ähnliches? Und: Ist die Rückgabe eine rechtliche oder moralische Pflicht, mittlerweile, nachdem so viel Zeit vergangen ist? Ich würde hier bei der Antwort trennen mögen. Die völkerrechtlichen Rückgabeansprüche – genauer muss man sagen: Restitutionsansprüche – sind rechtlich nicht verjährbar. Die völkerrechtlichen Restitutionsansprüche gehen nicht unter, sondern bleiben bestehen. Anders ist es bei den parallel dazu bestehenden privatrechtlichen Ansprüchen. Und hier gibt es sehr wohl Verjährungsfristen und sonstige andere Hindernisse, die den Anspruch eventuell untergehen lassen. Deshalb gibt es ja auch manchmal Fälle, in denen das Privatrecht das Völkerrecht überholt und die Rückgabe herstellen kann, aber andere Fälle, in denen das Völkerrecht eher wirkt und das Privatrecht leider nicht weiterkommt. Wie ist es nun mit den moralischen Rückgabeansprüchen, die man sehr schön bei den Provenienzforschungen, die Sie angesprochen haben, sieht? Sie gehen größtenteils zurück auf die Washingtoner Erklärung von 1998. Diese bezieht sich allerdings nicht auf die Kunstraubzüge zwischen Staaten – also zwischen Deutschland und der Sowjetunion zum Beispiel –, sondern auf die internen Entwendungen von Kulturgut der Nationalsozialisten gegenüber den eigenen jüdischen Mitbürgern. In diesem Fall wurden damals im Überleitungsvertrag zunächst die Ansprüche der jüdischen Eigentümer gegenüber der Bundesrepublik festgelegt. Als dort dann die Fristen ausliefen und man feststellte, dass man das Problem eigentlich nicht gelöst hatte, kam es zu der Washingtoner Erklärung, unter anderem, um die Rückgabeansprüche auch auf die gesamte Staatengemeinschaft auszuweiten, weil sich herausgestellt hatte, dass die Kulturgüter mittlerweile überall in der Welt verstreut waren und auch die Erben überall in der Welt verstreut waren. Diese Rückgaben laufen dann eher über die moralische Schiene und nicht mehr so sehr über die rechtliche. Also, ich würde zwischen dem Völkerrechtlichen und dem Privatrechtlichen differenzieren wollen - wobei, wie man bei der Washingtoner Erklärung sieht, auch hier wieder Privatrecht und Völkerrecht ineinander greifen und sich gegenseitig verstärken oder ergänzen können.

Herr Hailbronner, danke, dass Sie St. Gallen angesprochen haben. Das ist natürlich etwas, das jemanden wie mich, der mittlerweile seit vier Jahren dort lebt, beschäftigt. Natürlich habe ich den Streit mitbekommen und natürlich betrifft er mich auch ein bisschen. Nur zum Hintergrund: Es gab, wie Herr Hailbronner sagte, diesen Krieg zwischen den beiden Kantonen; also es war eher eine innerstaatliche Angelegenheit. Und da haben eben die Zürcher – Daniel Thürer, nichts gegen Zürcher, überhaupt nicht – den St. Gallern Einiges an Kulturgut aus der St. Galler Bibliothek geraubt.

(Zwischenruf: Appenzell!)

Richtig, er kommt ja eigentlich aus Appenzell, ja. Auf jeden Fall: Wenn man sieht, wie sehr die St. Galler immer noch heute davon betroffen sind, spürt man das, was ich mit kultureller Amputation meinte. Eine kleine Anekdote: Es war so, dass die Zürcher damals unter anderem einen großen Globus geraubt hatten, der in der St. Galler Stiftsbibliothek stand. In den Verhandlungen, die dann schließlich auf eine gütliche Einigung hinausliefen, wurde dann unter anderem vereinbart, dass der Globus nicht nach St. Gallen zurückkehrt, weil er in das Eigentum Zürichs übergegangen sei. Die St. Galler

sollten aber eine Kopie bekommen. Das war schon einmal ein Problem. Darüber hinaus durften die St. Galler drei Monate lang das Original bei sich in der Stiftsbibliothek haben. Und dann war es wirklich so, wenn man sich die Leserbriefe in den Zeitungen durchlas, da kamen dann Aufrufe wie „Lasst uns die Tür zumauern, damit der Globus nicht wieder raus kann!“, „Lasst uns einen Protestzug machen!“, „Lasst uns vor die Lokomotive uns stellen, damit dieser Globus nicht wieder nach Zürich zurückkehrt!“ – Das nur so als kleine Geschichte, weil Sie St. Gallen und Zürich angesprochen haben.

Seit wann gelten die Restitutionsansprüche? Gewohnheitsrechtlich muss man sagen, dass das der erste Zweig ist, in dem sich völkergewohnheitsrechtliches Kulturgüterschutzrecht entwickelt hat. Es betrifft gerade die Rückgabe von Kulturgut, das während Feindseligkeiten abhanden kam. Also eine ganz interessante Entwicklung, dass dieser Anspruch eine primär gewohnheitsrechtliche Verankerung hat und nicht so sehr eine vertragliche. Es gibt jetzt Streit, seit wann es diese Ansprüche gibt: Seit der Niederlage Napoleons, weil er alle Gegenstände zurückgeben musste, die er bei den großen Kunstraubzügen geraubt hatte, oder erst später? Da herrscht Streit in der Literatur. Aber dass der Anspruch relativ weit zurückgeht und ab dem Zeitpunkt irgendwann gegeben ist, darüber herrscht Einigkeit.

Ganz kurz zu den Kolonialmächten: Die Kolonialmächte sind ein Sonderfall. Wenn Sie in die Resolution der UN-Generalversammlung hineinschauen, merkt man, dass es zwei verschiedene Kategorien von Rückgaben gibt. Da wird einmal der Begriff *restitution* verwendet und einmal der Begriff *return*. *Restitution* impliziert eine illegale Ausfuhr und wird deshalb mittlerweile nur noch für illegal ausgeführtes Kulturgut während Kriegzeiten verwendet, während *return* bedeutet, dass es nicht ganz klar ist, ob die Ausfuhr legal oder illegal war, zu dem damaligen Zeitpunkt zumindest. Insofern wird dann der Begriff *return* verwendet. Das ist eine andere Art von Rückgabe, die auf einer anderen rechtlichen Schiene fährt.

Was ist mit diesen schillernden Konfliktparteien, wie Sie sie angesprochen haben? Wenn man in das II. Genfer Zusatzprotokoll schaut, fallen sie nicht darunter, weil das II. Genfer Zusatzprotokoll ausdrücklich darauf abstellt, dass es Streitkräfte auf der einen und groß organisierte militärische Gruppen, die die Kontrolle über ein gewisses Gebiet haben, auf der anderen Seite gibt. Dann fallen sie nicht darunter. Aber die Haager Konvention tut dies interessanterweise nicht. Sie sagt einfach nur: bewaffnete Konflikte innerhalb des Territoriums eines Staates. Das ist die Theorie. Ob das in der Praxis durchsetzbar ist, das ist dann die andere Frage.

Herr Frowein, ich stimme Ihnen zu. Das sehe ich genauso. Es ist in diesem Falle so, dass unser Privatrecht mit diesen Bestimmungen und auch anderen tatsächlich ein Problem bei den internationalen Restitutionsansprüchen schafft. Und das ist das, was ich vorhin zu Beginn kurz meinte: Manchmal verstärkt das Privatrecht das Völkerrecht. Es kann aber dann auch umgekehrt sein: Wenn Privatrecht nicht greift, kann eben vielleicht das Völkerrecht zu Hilfe eilen.

Kieninger: Ich möchte kurz etwas zur Verjährungsproblematik sagen. Herr Frowein hat ja die englische Entscheidung angesprochen. Vor der Schuldrechtsmodernisierung vom 1.1.2002 war die Frage, ob die Vindikation in der regelmäßigen Frist von 30 Jahren verjährt oder nicht, gesetzlich nicht geregelt. Die herrschende Meinung stand auf dem Standpunkt, dass die Vindikation verjähre. Diese herrschende Meinung ist dem engli-

schen Gericht vorgetragen worden, und der deutsche Regierungsvertreter, der das Bild herausverlangen wollte, sah sich interessanterweise gezwungen, vor dem englischen Gericht auszuführen, dass das deutsche Recht gegen den englischen *ordre public* verstöße. Das hat aber leider der Gesetzgeber der Schuldrechtsmodernisierung, vermutlich weil er unter so großem Zeitdruck gearbeitet hat, nicht zum Anlass genommen, im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die Frage in einer mit dem internationalen *ordre public* konformen Weise zu regeln, sondern er hat sie im gegenteiligen Sinn entschieden: Jetzt sagt das BGB explizit, dass Herausgabeansprüche nach 30 Jahren verjähren. Wir haben also einen Rechtszustand, der, jedenfalls nach Auffassung der englischen Gerichte, gegen den *ordre public* verstößt.

Zweiter Punkt. Herr Hailbronner, Sie sahen einen Widerspruch zwischen meinen Thesen 6 und 8. Da bin ich vielleicht im Vortrag oder vielleicht auch in der Formulierung der Thesen nicht präzise genug gewesen. Ich meine das als eine Hilfsargumentation. Meine erste Linie ist die, dass eine Enteignung unter Verstoß gegen Artikel 46 Abs. 2 nichtig ist. Aber es gibt – wie auch die Diskussion jetzt zeigt – gewichtige Stimmen, die das nicht so ohne Weiteres akzeptieren können, sondern die eine Enteignung auch unter Verstoß gegen die HLKO für wirksam halten. Meine zweite Argumentationslinie ist daher der Territorialitätsgrundsatz und in dritter Linie der *ordre public*. Meiner Meinung nach scheitert die Anerkennung einer gegen Artikel 46 Abs. 2 verstoßenden Enteignung an allen drei Punkten. Wer beim ersten Punkt nicht mitmachen mag, der folgt vielleicht bei Punkt zwei oder drei. Die Thesen 6 und 8 schließen sich also meiner Meinung nach nicht gegenseitig aus, aber das könnte man vielleicht in der Formulierung noch etwas stärker hervorbringen.

Die Frage, die Sie dann beim *ordre public* angesprochen haben, ob nicht doch eine Abwägung gegen innerstaatliche Interessen – zum Beispiel das Interesse an der Aufrechterhaltung von Wirtschaftsbeziehungen – Sie haben Öl als Beispiel genommen – angenommen werden kann: Ich würde sagen, im Allgemeinen ja. Wenn man über völkerrechtswidrige Enteignungen im Allgemeinen spricht – also zum Beispiel entschädigungslose oder diskriminierende Enteignungen –, da könnte man eine solche Abwägung wohl vornehmen. Zu diesem Punkt möchte ich mich nicht festlegen. Für mein Thema „Beschlagnahme durch Besatzungsmächte“, würde ich aber sagen: Wenn sich die Besatzungsmacht nicht innerhalb der Grenzen des humanitären Völkerrechts gehalten hat, dann halte ich eine Abwägung mit wirtschaftlichen Interessen für nicht mehr statthaft, weil der Verstoß zu gravierend ist.

Herr Frowein, Sie haben angezweifelt, dass aus einem Verstoß gegen Artikel 46 Abs. 2 HLKO die Nichtigkeit folgen würde, und nach der Staatenpraxis gefragt. Letzteres musste ich im Vortrag sehr stark abkürzen. Es gibt durchaus Staatenpraxis. Ich habe die englische Literatur, die ja auf der Basis einer sehr umfangreichen Auswertung des Fallmaterials Stellung nimmt, zitiert. Es gibt außer der von mir im Vortrag genannten OGH-Entscheidung weitere Entscheidungen unterschiedlicher europäischer Gerichte, die den Verstoß gegen Artikel 46 Abs. 2 mit der Sanktion der Nichtigkeit der Enteignung belegen. Die deutsche Rechtsprechung ist hier meines Erachtens auf einem Sonderweg.

Wolftrum: Vielen Dank. Wenn Sie erlauben, würde ich gern eine Frage an Frau Odendahl richten. Sie haben das Verhältnis zwischen Artikel 53 I. Zusatzprotokoll und

dem Haager Kulturgüterschutzrecht geschildert. Ich nehme an, diese Ausführungen bezogen sich auf die Konvention von 1954 und das I. Zusatzprotokoll ebenfalls von 1954. Es gibt aber nun auch das II. Zusatzprotokoll von 1999 zum Haager Kulturgüterschutz, und hier finden sich weitergehende Vorschriften. Ich will das etwas konkreter fassen.

Wie sieht die Situation aus, wenn – um bei Ihrem Beispiel zu bleiben – die Wartburg zu einer Raketenabschussrampe umfunktioniert wird, was ein Verstoß gegen Artikel 53 b) des I. Zusatzprotokolls wäre? Was könnte die gegnerische Seite dann tun? Nach meinem Dafürhalten könnte diese Stellung ohne Weiteres angegriffen werden, denn damit wird die Wartburg, auch wenn sie ein wichtiges Kulturerbe ist, zu einem militärischen Objekt. Wenn Sie hingegen das II. Zusatzprotokoll von 1999 anwenden, dann kommt eine Abwägung ins Spiel. Die Frage ist nun: Können wir – zumindest zwischen den Vertragsparteien des II. Zusatzprotokolls und dem Zusatzprotokoll zum Genfer Abkommen – argumentieren, dass es sich bei dem 1999er Zusatzprotokoll um nachfolgende Staatspraxis handelt.

Die zweite Frage: Frau Odendahl, das ist nun keine Frage, die Ihr Referat oder Ihr Thema direkt berührt, die dennoch von Interesse ist. Wir wissen, dass die Taliban die Buddha-Statuen in Afghanistan vernichtet haben. Dies geschah nun nicht während eines Konfliktes. Kann man aber wirklich auf der Basis dessen, was Sie vorgetragen haben sagen: Jeder Staat entscheidet selbstständig über den Fortbestand seines eigenen Kulturgutes? Also könnte beispielsweise Ägypten argumentieren: Uns interessieren die Pyramiden nicht und wir planieren sie?

Eine dritte Frage: Herr Hailbronner hat bereits die kolonialen Fragen angesprochen. Aber ausgehend von Ihrer These, dass der Schutz oder die Kulturgüter Teil auch der Identität eines Volkes sind: Gelten Sonderregelungen für Kulturgüter von indigenen Völkern? Sie haben es vorher für Kolonialvölker beantwortet, aber indigene Völker haben Sie nicht erwähnt.

Frau Kieninger, bei Ihnen spreche ich These 6 an, und hier sagen Sie, dass bei einem Eigentumsentzug in Verstoß gegen humanitäres Völkerrecht diese Enteignung nichtig ist. Meine erste Frage ist: Was ist überhaupt eine Enteignung? Und vor allem müssen Sie vielleicht auch mit berücksichtigen, unter welchen Umständen der betreffende Eigentümer Eigentum erworben hat. Ich denke jetzt bei Ihnen wieder an die koloniale Vergangenheit. Wie sieht es aus, wenn ein Farmer – sagen wir in Namibia, die Farm erworben hat im Rahmen der Vertreibung der Herero, wobei wir davon auszugehen haben, dass zumindest nach heutigen Vorstellungen die Niederschlagung des Aufstandes und die Vernichtung der Herero humanitäres Völkerrecht verletzt hat. Wie ist dann die Enteignung dieser Farm auf der Basis eines Rechtsstreits in Deutschland zu beurteilen? – Vielen Dank.

Basedow: Vielen Dank, Herr Wolfrum. Vielleicht darf ich direkt daran die Frage nach dem angemessenen begrifflichen Rahmen anknüpfen: Sie haben immer das Wort von der Anerkennung einer Enteignung verwendet. Inwieweit ist das adäquat? Geht es nicht eigentlich um eine Eigentumsprüfung nach dem dafür kraft IPR maßgeblichen Recht? Also je nachdem ist ja auch vielleicht der Inhalt des *ordre public* anders zu beurteilen. Aber das war nur eine kurze Zwischenbemerkung, auf die Sie vielleicht auch mit eingehen können.

Poretschkin: Zunächst möchte ich mich für die Einladung und die gute Tagung bedanken. Wie es auf dem grünen Zettel steht – Diskussionsbeitrag: Ich habe keine Frage, sondern eine kurze Anmerkung. Beide Themen klingen zunächst danach, als ob der praktische Bezug in der Aufarbeitung der Geschichte vor 1945 besteht, und ansonsten glücklicherweise Theorie sei. Ein kleiner Teil, nämlich die Soldaten in den Auslandseinsätzen, muss das jedoch auch heute praktisch umsetzen. Einige kurze Erfahrungen aus dem Kosovo dazu: Kulturgut muss geschützt werden, rund um die Uhr. Wenn die Soldaten eine Fünf-Tage-Woche machen würden, dann könnten sie am nächsten Montag nach Hause fahren, weil die entsprechende Kirche, z.B. der Bischofssitz der Serben im albanischen Prizren, abgepackelt wäre. Das Kloster in der Nähe von Prizren wäre auch nicht da, wenn es auch nur einen Tag unbewacht wäre. Für die Empfindung dort vor Ort, wie man mit Kulturgut umgeht, wenn es der anderen Seite zuzurechnen ist: In Prizren gibt es ein kleines Häuschen – ja, fast „Hexenhäuschen“, es würde bei Hänsel und Gretel passen, wenn Kuchen angeklebt würde; also ein Mini-Häuschen, das nach nichts Besonderem aussieht. Es heißt „Liga von Prizren“, weil dort die Liga von Prizren gegründet wurde. Das war die große Zeit, als sich die verschiedenen Clan-Chefs in diesem zerklüfteten Land der Skipetaren einmal zusammengefunden haben. Und nachdem sie sich einig waren, war das in ihrer Erinnerung die große Zeit. Die Serben haben dieses Häuschen komplett platt gemacht, das Fundament entfernt, Erde aufgebracht und Blumen und Rasen gesät. Nachdem die Serben von der NATO vertrieben waren, war das Erste, was die Albaner aufgebaut haben, nicht ihre zerstörten Häuser, um darin zu wohnen und den Kindern ein trockenes Dach über dem Kopf zu geben; das Erste, was sie aufgebaut haben, war vielmehr dieses kleine Hexenhäuschen, die „Liga von Prizren“, weil sie so stolz waren, das wiederzuhaben. Auch wenn die Nachbildung wahrscheinlich nicht Kulturgut im Sinne der Übereinkommen ist, aber auch das muss im Grunde genommen dort geschützt werden.

Zur Frage Enteignung, Beschlagnahme: Nehmen Sie nur Jagdwaffen. Die werden einfach aufgrund von „Besatzungsrecht“ beschlagnahmt. Dazu dann wird eine Sammelaktion gemacht. Die Dinger werden entweder vernichtet, teilweise werden sie sogar als Jagdwaffen selber benutzt. So etwas lässt sich völkerrechtlich rechtfertigen mit dem Wunderwort SASE – *safe and secure environment*. Das ist ein sehr robustes Mandat, das man im Kosovo hat, ebenso wie in Bosnien – Robustheit, die dort sicherlich gerechtfertigt ist. Aber für die Leute ist es das Wegnehmen von Eigentum, und da muss man sich eben auch juristische Gedanken machen: Darf ich das? Darf ich das nicht? – Da denkt keiner daran, so etwas hinterher wieder zurückzugeben. Wenn es da Probleme im Zusammenhang mit so einer Aktion gibt, dann z.B. bei der Frage: Was mache ich mit einer Amnestie? Am Anfang im Kosovo hat KFOR gesagt: „Amnestie, wer zurückgibt, wird nicht bestraft“. Also wer bis zum Soundsovielten zurückgibt, wird nicht bestraft, ab dann ist es strafbar. Und dann hat man anschließend weitere Sammelaktionen gemacht und wieder gesagt: Jetzt gibt es Amnestie dafür. – Und dann wurde irgendwann UNMIK aufgebaut. Dann hat UNMIK internationale Richter und internationale Staatsanwälte in den Kosovo gebracht, und plötzlich tauchte die Frage auf: Wer kann jetzt die Amnestie überhaupt durchsetzen? Was ist, wenn KFOR die Amnestie verspricht und anschließend UNMIK hingehht und sich nicht danach richtet? Also muss man es abstimmen. Und bei der Abstimmung dann die Frage: Wer ist eigentlich der Verhandlungspartner? Und dann landet man dort bei ursprünglich ganz einfach aussehenden Dingen im Chaos. Danke.

Wolf (Hannover): Frau Odendahl, in Ihren Thesen 8 und 9.2 sprechen Sie das Verhältnis von Privatrecht und Völkerrecht an. Ich habe mit beiden Thesen allerdings jeweils mit unterschiedlichem Vorzeichen meine Probleme. In These 8 sagen Sie, dass die privatrechtlichen Herausgabeansprüche des Einzelnen parallel und unabhängig neben den völkerrechtlichen Restitutionsanspruch des Staates treten. In der Regel werden bei kriegerischen Auseinandersetzungen die Kulturgüter nicht nur von einer Seite illegal der anderen Seite entzogen, sondern wechselseitig. Nach Beendigung der kriegerischen Auseinandersetzung wird im Rahmen von völkerrechtlichen Reparations- bzw. Restitutionsverhandlungen nicht nur die Rückführung der geraubten Kulturgüter vereinbart, sondern eben zum Teil auch der Verzicht auf eine derartige Rückführung erklärt. Meine Frage geht dahin, wie sich der völkerrechtlich vereinbarte, staatliche Verzicht auf Restitution zum zivilrechtlichen Herausgabeanspruch verhält? Das Verhältnis von völkerrechtlichem Reparationsregime und privatrechtlichem Haftungsregime war Gegenstand der Frankfurter Tagung der Gesellschaft. Unter dem Eindruck der Zwangsarbeiterklagen in den U.S.A. wurde damals das Verhältnis von zivilrechtlicher Haftung und den völkerrechtlichen Entschädigungsregeln diskutiert. Ich würde es zwar sehr begrüßen, wenn der zivilrechtliche Herausgabeanspruch unabhängig vom völkerrechtlichen Restitutionsanspruch bestünde, wie Sie in These 8 formulieren. Soweit ich die Literatur überblicke, wird wohl nach wie vor überwiegend in einer Art Umkehrung des ursprünglich intendierten Zwecks des Diplomatischen Schutzes vertreten, dass die zivilrechtlichen Ansprüche des Einzelnen durch die Reparations- bzw. Restitutionsverhandlungen des Staats mit den völkerrechtlichen Ansprüchen des Staates gemergert werden. Hierfür werden die unterschiedlichsten Begriffe wie Absorption, Merger Espouse verwandt. Das Ergebnis ist immer dasselbe: Die privatrechtliche Ansprüche sollen nicht mehr durchsetzbar sein.

Wurde aus meiner Sicht die Rolle des Völkerrechts in These 8 zu wenig ausgeleuchtet, scheint mir in These 9.2 die mögliche Rolle des Zivilrechts zu wenig beleuchtet zu sein. Beim Einsatz privater Militär- und Sicherheitsfirmen, wie Blackwater, wollen Sie in Anlehnung an das Dokument von Montreux den Staat zur Einhaltung des Kulturgüterschutzes in die Verantwortung nehmen. Nun setzen aber kriegerische Auseinandersetzungen nicht per se die Zivilrechtsordnung außer Kraft. Raubt oder zerstört eine Privatperson – und um nichts anderes handelt es sich bei den privaten Militär- und Sicherheitsfirmen wie Blackwater – ein Kulturgut, handelt es sich zunächst einmal – die Anwendung deutschen Rechts unterstellt – um eine Eigentumsverletzung im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Dritte könnten wegen § 935 BGB kein Eigentum an den Kulturgütern erwerben, weil diese abhanden gekommen wären. M.a.W. gegen die privaten Militär- und Sicherheitsdienste steht zunächst einmal die ganze Palette des zivilrechtlichen Rechtsgüterschutzes zur Verfügung. Etwas anderes würde nur gelten, wenn sich ein Rechtfertigungsgrund finden ließe. Hier müssten Sie das Völkerrecht zunächst einmal als Rechtfertigungstatbestand erst einführen können. Ob sich im Völkerrecht ein Rechtfertigungsgrund finden lässt, scheint mir doch sehr fraglich. Gegenüber den privaten Militär- und Sicherheitsdiensten sehe ich also einen deutlich breiten Anwendungsbereich für das Zivilrecht. Vielen Dank.

Steiger: Vielen Dank. Zunächst darf ich noch einige weitere völkerrechtsgeschichtliche bzw. geschichtliche Bemerkungen anfügen.

Erstens. Kultarchitektur – Kirchen, Klöster standen schon im Mittelalter unter Schutz. Das galt auch in den frühneuzeitlichen Religionskriegen. Das steht nicht nur in der Literatur, sondern das steht auch im Kaiserlichen Reuter-Reglement von, glaube ich, 1572, war also positives Reichsrecht. Was auf der dritten Ebene des Völkerrechts, der konkreten kriegerischen Praxis geschah, ist eine andere Frage. Es war aber immerhin auch in den Religionskriegen eigentlich üblich, die Kirchen und Klöster nicht zu zerstören. Wenn es dann doch vorkam, wie etwa in Magdeburg nach der Eroberung durch Tilly, wurde das doch allgemein als ein Negativum angesehen.

Zweite historische Bemerkung, anschließend an zwei Ereignisse. Wir hatten die Bibliotheca Palatina hier in Heidelberg ja zur Ausstellung. Wenn ich recht weiß – aber das werden die Herren vom Max-Planck-Institut vielleicht noch besser wissen –, waren damals eingehende Verhandlungen vorausgegangen, dass nicht Ansprüche geltend gemacht werden könnten, um die Bücher in Deutschland zu behalten. Bei unserer Vorbereitung der Ausstellung von 1998 zum Westfälischen Frieden in Münster und Osnabrück haben wir uns bemüht, einige Stücke aus der Sammlung von Rudolf II. aus Stockholm zu bekommen, die Anfang 1648 in Prag durch die Schweden erobert worden waren. Es bestanden dort wohl ähnliche Ängste – wir haben sie nicht bekommen. Das heißt also, das geht durchaus in die Gegenwart, nicht nur zwischen St. Gallen und Zürich.

Dritte Bemerkung. Es wurden dazu in den Friedensverträgen Regelungen über die Rückgabe getroffen, die allerdings meist nicht Kunstwerke, sondern die Archive betreffen. Auch im Westfälischen Frieden gibt es solche.

Eine vierte Bemerkung: Napoleon hat viele seiner Bilder nicht etwa einfach geraubt, sondern er hat sie sich durch die Friedensverträge, u.a. mit Venedig, aber auch mit Wien und mit dem Papst, zusichern lassen. Sie sind zum großen Teil in Frankreich geblieben, Sie können sie noch in verschiedenen Provinzmuseen mit dem Vermerk „don de l'état“ finden.

Jetzt zwei Fragen. Die erste Frage betrifft die Frage Repressalie, Reparation. Wie ist es mit Kompensation für Kunstvernichtung, die ja gerade im deutsch-russischen Verhältnis eine erhebliche Rolle spielt. Und die zweite Frage bezieht sich auf Ihre These 9/3: Warum sollen eigentlich diese Friedensmissionen, die ja doch an die Stelle staatlicher Gewalt treten, nicht auch diese Pflichten und Aufgaben des Schutzes haben? Es ist doch merkwürdig, dass kriegerische Besatzung mehr Pflichten haben soll als diese Friedensmissionen. Nun können Sie natürlich einwenden, die Staaten machen ja auch mit ihren Kulturgütern, was sie wollen, es sei denn, sie stehen unter internationalem Weltkulturerbeschutz, und selbst darum kümmern sie sich unter Umständen nicht. Aber ich denke, dass die Friedensmissionen eine Art Trust, eine Treuhand, innehaben, deren Pflichten wesentlich weitergehen, als sie vielleicht die eigene Staatsgewalt hätte. Danke schön.

Odendahl: Ganz herzlichen Dank. Herr Wolfrum, danke für diese Fragen. Sehr gute Frage, was das Verhältnis zwischen dem Genfer und dem Haager Recht betrifft. Ihr Hinweis ist richtig. Ich bin nur auf das Verhältnis zwischen dem II. Genfer Zusatzprotokoll und der Haager Konvention von 1954 und nicht auf das II. Haager Protokoll von 1999 eingegangen. Es ist umstritten, ob mit dem Passus im Artikel 53 des II. Genfer Zusatzprotokolls, in dem drin steht, diese Regeln gelten unbeschadet der Haager Konvention von 1954, ob damit auch mittlerweile das Zusatzprotokoll von 1999 erfasst wird.

Manche sagen: Natürlich, das Protokoll ist ja ein Teil der Konvention. Andere sagen: Nein, nein, da steht ausdrücklich „diese Konvention“ und nichts anderes. Da sind die Meinungen geteilt. Wenn man jetzt annimmt, mit der Unterstellung unter die Haager Konvention unterstellt man sich auch dem II. Haager Protokoll von 1999, dann wäre es in der Tat so, dass die Wartburg nach dem Genfer Zusatzprotokoll als militärisches Ziel automatisch und sofort ihren Schutz verlieren würde. Beim II. Haager Zusatzprotokoll gibt es hingegen zwei Möglichkeiten, den Schutz zu verlieren: zum einen dann, wenn – darauf bin ich im Detail nicht eingegangen – der UNESCO-Ausschuss, der den Schutz vergibt, ihn wieder aufhebt. Das kann er machen in bestimmten Situationen, und dann würde die Wartburg in diesem Falle auch zum uneingeschränkten militärischen Ziel werden. Zum anderen verliert ein Objekt seinen Schutz, wenn es aufgrund seiner Verwendung zu einem militärischen Ziel geworden ist – was ja hier der Fall wäre. Allerdings darf ein Angriff dann nur unter ganz eingeschränkten Bedingungen erfolgen, die als solche nicht im II. Genfer Zusatzprotokoll vorgesehen sind. Das II. Haager Protokoll ist daher in jeder Hinsicht strenger.

Es ist völlig richtig: Ich tue mich mit der Frage, ob mit der Unterstellung unter die Haager Konvention auch automatisch die Unterstellung unter das II. Haager Protokoll gemeint ist, etwas schwer. Denn wenn man einfach sagt: Wir legen 1977 fest, dass wir uns allem, was noch an Protokollen irgendwann zu der Haager Konvention dazu kommt, auch unterstellen – das ist vielleicht doch ein bisschen sehr weitgehend im Sinne einer wohlmeinenden Interpretation.

Taliban. Es war umstritten, ob das, was die Taliban mit den Buddha-Statuen gemacht haben, unter den bewaffneten Konflikt fällt oder ob das sozusagen während einer „normalen“ Situation innerhalb des Staates passiert ist. Wenn wir es als bewaffneten Konflikt einstufen, stellt sich die Frage: Kann wirklich jeder Staat selber entscheiden, ob er seine Kulturgüter im Kriege zerstört – ja oder nein? Die Aussage, die ich gemacht habe: Jeder Staat ist selber frei zu bestimmen, welche Kulturgüter er im Falle eines bewaffneten Konflikts schützt – sie bezog sich nur auf den allgemeinen Schutz, also die einfachste Schutzkategorie nach der Haager Konvention. Aber wir haben ja nach dem II. Haager Protokoll auch noch die Kategorie des verstärkten Schutzes mit der Weltbedeutung, und sobald die gegeben ist, ist eben nicht mehr der Staat selber frei, darüber zu entscheiden, und dann auch nicht mehr frei, darüber zu entscheiden, wie er damit umgeht. Wir haben aber – und das zeigt die Sache mit den Buddha-Statuen sehr deutlich – auch Fälle, in denen die Zuordnung zum Friedens- und zum Kriebsrecht nicht ganz eindeutig ist. Wenn wir das, was dort passiert ist, nicht als bewaffneten Konflikt einstufen, sondern als Handlung zu Friedenszeiten, haben wir in der Tat das Problem, dass der Kulturgüterschutz zu Friedenszeiten wesentlich schwächer ausgestaltet ist als der zu Kriebszeiten. Zwar haben die Staaten, die auf ihrem Territorium belegenen Weltkulturgüter zu schützen und zu erhalten. Diese Pflicht ist aber schon vom Wortlaut her nicht so absolut formuliert wie die Unverletzlichkeit nach dem II. Haager Protokoll. Hinzu kommt, dass die Kontroll- und Sanktionsmechanismen schwach sind. Man verliert dann eventuell den Status des Weltkulturerbes, aber das war es auch schon. Und wir sehen es ja: Wir haben das mit Köln gesehen, wir sehen das jetzt mit Dresden, eventuell ist Deutschland im Juli der erste Staat, der den Titel des Weltkulturerbes wieder verliert, nicht, weil wir Dresden kaputt machen würden, sondern weil wir eine Brücke bauen. Aber da sieht man, eine so absolut formulierte Pflicht wie zu Kriebszeiten gibt es zu Friedenszeiten nicht. Wir haben hier eine Diskrepanz zwischen der Friedenszeit und der Kriebszeit.

Sonderregeln für Kulturgut indigener Völker – wunderbar. Es war eine Zeit lang umstritten, ob diese Güter indigener Völker überhaupt als Kulturgut zu klassifizieren sind. Denn was ist ein Kulturgut? Was fällt darunter? Vom Menschen geschaffen, vom Menschen verändert? Was machen Sie, wenn Sie jetzt so einen Schädel haben oder irgend so ein Knöchelchen? Ist das ein Kulturgut? Kann das sein? Mittlerweile wird aber der Kulturgutbegriff – meiner Ansicht nach zu Recht – weiter verstanden in dem Sinne, dass man Objekte darunter fasst, die einfach auch die menschliche Entwicklung und menschliche Kultur und Religion widerspiegeln. Sie müssen nicht selber geschaffen sein vom Menschen, sondern können zur Not auch ein Teil des Menschen selber sein. Und wenn wir das dann unter den normalen Kulturgutbegriff fassen können, dann sind wir in der üblichen Kategorisierung drin: unter Kolonialmächten *return*, oder eben Kriegs- oder Friedensvölkerrecht.

Ganz herzlichen Dank, Herr Poretschkin, für die Erläuterungen zum Kosovo. Denn die Frage, wie man tatsächlich dann vor Ort mit diesen Schutzpflichten umgeht und wie man es überhaupt hinbekommt, mit begrenzten Kontingenten eine Kirche zu schützen, sowie die Frage, ob nicht auch andere Dinge im Vordergrund stehen – das alles ist in der Tat in der Praxis manchmal nur schwer umzusetzen. Ganz herzlichen Dank für diese anschaulichen Zusatzbemerkungen.

Herr Wolf. Sie sprachen die Unabhängigkeit von Privatrecht und Völkerrecht sowie die Frage an, ob sich nicht staatliche Verzichtregelungen auf völkerrechtlicher Ebene auf die privatrechtliche Ebene auswirken: Natürlich! Vielleicht habe ich mich da zu verkürzt ausgedrückt. Mit diesem „unabhängig und parallel“ meinte ich insbesondere den Entstehungsgrund. Es sind vom Grundsatz her erst mal zwei getrennte Ansprüche. Aber dass sich diese Ansprüche später miteinander verquicken können und dann auch völkerrechtliche Verträge dazu führen können, dass der Staat innerstaatlich verpflichtet ist, diese Eigentumsansprüche auf irgendeine Art und Weise rückgängig zu machen, zu kompensieren oder sonst wie – das ist völlig richtig. Ich bezog mich auf die Rechtsnatur und den Entstehungsgrund sowie das grundsätzliche Verhältnis zwischen diesen beiden Ansprüchen.

Und die These 9/2 mit der Aussage, dass die Staaten in die Pflicht zu nehmen sind: Damit meinte ich alleine – so wie das im Dokument von Montreux auch niedergeschrieben ist –, dass man die Frage klärt: Wer ist dafür verantwortlich, Regeln zu schaffen, um die privaten Militär- und Sicherheitsfirmen an das humanitäre Völkerrecht zu binden? Es gibt nämlich Stimmen, die sagen: Wir sollten so eine Art partielle Völkerrechtssubjektivität der privaten Militärunternehmen annehmen, oder aber man sollte eine Eigenbindung der Unternehmen schaffen oder sonst wie. Da gab es verschiedene Wege, die vorgeschlagen wurden. Ich halte diesen Ansatz hier, dass man fragt: Wer ist dafür verantwortlich? Wer hat dafür zu sorgen? für den richtigen. Es sind die Staaten, weil die Staaten entweder die Firmen beauftragen, ihnen Sitz gewähren, oder die Unternehmen auf ihrem Territorium tätig werden. Und alle diese drei Typen von Staaten werden in die Pflicht genommen. Damit meine ich nur: Sie sind diejenigen, die die Regeln erlassen, um die entsprechenden Firmen dann an das humanitäre Völkerrecht zu binden.

Herr Steiger, ganz herzlichen Dank für diese ergänzenden geschichtlichen Bemerkungen. Sie haben völlig Recht mit Ihren Ausführungen, auch insbesondere zum Schutz von Kirchen, auch schon zu Zeiten der Religionskriege. Ich musste mich bei den geschichtlichen Ausführungen etwas beschränken, weil ich gebeten wurde, mich insbesondere auf

die modernen Konfliktformen zu konzentrieren. Aber ich danke sehr für diese ergänzenden Hinweise. Ich danke auch sehr für die Frage nach der Kompensation. Das ist ja die Haltung der UdSSR bzw. heute Russlands zur Rechtfertigung, dass sie die Kulturgüter, die sie damals wirklich waggonweise aus Deutschland abtransportiert haben, nicht zurückgeben. Sie sagen ja nicht: Das haben wir einfach so getan. Sie sprechen stattdessen von der „kompensatorischen Restitution.“ Nach dem Motto: Ihr habt uns unsere Kulturgüter nicht nur weggenommen und nicht zurückgegeben, sondern ihr habt sie auch zerstört. Und dafür, dass ihr diese gewissen Gemälde zerstört habt, nehmen wir euch eure Gemälde weg – vereinfacht gesagt. Das führt zu dem immer noch nicht geklärten Streit: Gibt es so etwas wie eine kompensatorische Restitution im Völkerrecht und kann man dafür Kulturgüter verwenden? Die russische Argumentation beruft sich zum Teil auf ein, zwei Friedensverträge, in denen das einmal tatsächlich auch niedergelegt wurde. Aber das sind wohl Einzelfälle. Man kann nicht von einer tatsächlich existierenden Pflicht oder Möglichkeit, Kulturgüter zur kompensatorischen Restitution zu verwenden, ausgehen. Das gibt es nicht. Entweder man gibt die Dinge zurück, wenn man sie noch hat, oder man zahlt eine Entschädigung. Aber dass man sagt: Ich klaue mir einfach deine, wenn du meine kaputt gemacht hast – so einfach ist das nicht. Da würde ich ganz entschieden sagen: Das geht rechtlich nicht.

Ja, und mit den Friedensmissionen: Wirklich keinerlei Schutzpflichten? Ist es nicht doch so eine Art Treuhand und daher eigentlich noch weitergehender? Müsste man nicht analog etwas heranziehen? – Sagen wir mal so: Ich würde es gerne so sehen, weil ich vom Ergebnis her und von der Logik her nicht zu einem anderen Ergebnis kommen kann. Ich habe mir nur einfach mal alle Sicherheitsratsresolutionen sowie die Statusverträge und Personalverträge der UN-Missionen der letzten Jahre angeschaut. Und wenn man sieht, dass dort größtenteils überhaupt nicht darauf eingegangen wird, dass man Kulturgüter zu schützen hat, ist man ziemlich ernüchtert. Es wird in späteren Dokumenten irgendwann vage erwähnt, man müsse eigentlich humanitäres Völkerrecht beachten; aber das ist weder spezifiziert noch wirklich als Auftrag gegeben. Es gibt nicht so etwas wie eine Verantwortung, die da auch nur irgendwie erwähnt wäre. Und das hat mich dann einfach ein bisschen erschrocken, muss ich sagen. Ich bin gespannt, was das IKRK demnächst ausarbeitet. Es wird wohl so eine Mischung aus Besetzung und Treuhand sein, mit entsprechenden Pflichten, die den Staaten oder der UN-Mission dann auferlegt sind. Kann man das nicht schon jetzt machen? Ich hatte mit dieser Haltung angefangen, beim Verfassen des Vortrags versucht, eine solche These herzuleiten und rechtlich auf festen Füßen zu begründen, und bin dann aber irgendwann gestolpert. Deshalb glaube ich – nachdem ich zuerst in Ihre Richtung gegangen bin –, dass wir es tatsächlich mit einer Regelungslücke zu tun haben.

Kieninger: Ich möchte in erster Linie auf die Bemerkung von Herrn Wolfrum eingehen: Kann man wirklich pauschal sagen, der Verstoß gegen Völkerrecht ziehe die Nichtigkeit der Enteignung nach sich? – Ich würde es so pauschal nicht sagen wollen und habe in den Thesen auch nur zum Verstoß gegen humanitäres Völkerrecht, insbesondere Artikel 46 Abs. 2 HLKO Stellung genommen. Wenn ich Ihr Namibia-Beispiel kurz aufgreifen darf – oder allgemeiner die koloniale Vergangenheit: Es handelt sich hier, wie in dem Tabak-Fall, meistens um Enteignungen, die sich spezifisch gegen die früheren Kolonialherren richten. Diskriminierende Enteignungen sind ebenfalls völkerrechtswidrig. Aber allein darin würde ich tatsächlich noch keinen Grund sehen, die Nichtigkeit anzuneh-

men, sondern würde auch auf der Ebene des *ordre public* eine Abwägung vornehmen, die dann etwas offener ausgestaltet sein kann und die dann auch solche Vorkommnisse, die noch weiter in der Vergangenheit zurück liegen – wie beispielsweise der Herero-Aufstand – mit in Betracht ziehen kann. Ich meine, wenn die Niederschlagung selbst wieder völkerrechtswidrig war oder gegen unsere heutigen Begriffe von humanitärem Völkerrecht verstoßen hat, dann wäre die Enteignung sozusagen nur eine Restitution. Dann müsste das Eigentum aber auch an die Hereros zurückgegeben werden. Ich weiß nicht, ob das in Namibia wirklich geschehen ist.

Reichelt: Ich beschränke mich auf das erste Thema. Ich möchte eine Lanze für das Sonderkollisionsrecht brechen. Frau Odendahl, Sie haben einen faszinierenden Überblick gegeben, glasklar, über den Status quo des Kulturgüterschutzes, mit dem Ziel, eine Symbiose von Privatrecht und Völkerrecht zu erreichen, und haben da eher *en passant* das Sonderkollisionsrecht genannt und gleichzeitig aber auch die Grenzen des völkerrechtlichen Regelmaterials aufgezeigt. Deswegen komme ich jetzt auf dieses Sonderkollisionsrecht zurück. Die ganz kurze Frage, ob Sie da im Zusammenhang mit Statutenwechsel, *lex rei sitae* und *lex originis* schon Ansätze entwickelt haben. Das wäre *pro futuro* vielleicht ein Ausweg aus dem versteinerten völkerrechtlichen Regelwerk. Danke.

Talmon: Vielen Dank für Ihren Vortrag, Frau Odendahl. Ich hätte eine Frage zu Ihrem Gliederungspunkt III – Wichtige ergänzende völkerrechtliche Normen: Welche Rolle spielen für Sie die Resolutionen des UN-Sicherheitsrats für den Kulturgüterschutz? Im Zusammenhang mit dem Irak-Krieg hat der Sicherheitsrat zum Beispiel im Mai 2003 die Resolution 1483 (2003) verabschiedet. Wenn man diese Resolution zusammen mit dem irakischen Antiquitätengesetz von 1936 liest, dann stellt man fest, dass der Sicherheitsrat hier Bestimmungen des I. Protokolls zur Haager Konvention zum Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten von 1954 und des UNESCO-Übereinkommens über die Maßnahmen zum Verbot und zur Verhütung der unzulässigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut von 1970 für den Fall des Irak-Konflikts auch für Nicht-Vertragsstaaten anwendbar gemacht hat.

Zu Ihrem Gliederungspunkt IV.2 und der Frage, inwieweit das Privatrecht ein Hindernis für den völkerrechtlichen Kulturgüterschutz darstellen kann, möchte ich eine kleine Anekdote beitragen, die sich hier in München zugetragen hat: Im Oktober 1997 hat die Münchner Polizei den türkischen Kunsthändler Aydin Dikmen wegen des Verdachts der Hehlerei byzantinischer Kunstwerke verhaftet und in seiner Wohnung Kisten und Koffer mit mehr als 400 Kunstgegenständen sichergestellt. Die Gegenstände stammen mehrheitlich aus griechisch-orthodoxen Kirchen im von der Türkei besetzten Nordzypern. Im April 2009, elfeinhalb Jahre später, befinden sich diese Kunstschatze noch immer in München. Warum wurde dieses Kulturgut bis heute nicht zurückgegeben? – Der Rückgabe stehen zum einen ungeklärte Eigentumsverhältnisse und zum anderen potenzielle Schadensersatzansprüche gutgläubiger Eigentümer sowohl gegen den Freistaat Bayern als auch gegen die Bundesrepublik Deutschland entgegen. Das Privatrecht stellt hier ein großes Hindernis für die Rückführung des geraubten Kulturguts dar. Es sei hier auch noch angemerkt, dass man bei Prüfung des Rückgabeverlangens der griechisch-orthodoxen Kirche Zyperns festgestellt hat, dass 1967 zwar ein Zustimmungsgesetz zur Haager Kulturgüterschutzkonvention und dessen erstem Zusatzprotokoll ergangen war, dass diese Verträge aber innerstaatlich nicht vollständig umgesetzt worden waren.

Frau Kieninger, vielen Dank für Ihren hervorragenden Vortrag. Als jemand, der in England unterrichtet, hat mich natürlich insbesondere Ihre Erwähnung des *Kuwait Airways*-Falles aufhorchen lassen. Hier habe ich einige Fragen zu Ihren Thesen 6 bis 8, und insbesondere zur Pflicht der Gerichte dritter Staaten zur Nichtanerkennung von Enteignungen, die gegen das humanitäre Völkerrecht verstoßen. Es ist seit dem Fall *Luther v. Sagor* im Jahr 1921 ständige englische Rechtsprechung, dass selbst völkerrechtswidrige Enteignungen in England nicht infrage gestellt werden, wenn diese durch eine anerkannte ausländische Regierung vorgenommen wurden. Meine Frage ist nun: Was unterscheidet die Enteignung, die gegen das humanitäre Völkerrecht verstößt, von der Enteignung, die gegen allgemeines Völkerrecht verstößt?

Meine nächste Frage betrifft Ihr *ordre public*-Argument in These 8: Haben Sie im *Kuwait Airways*-Fall nicht vielleicht die Bedeutung der Sicherheitsratsresolution 662 (1999) etwas unterschätzt, in der der Sicherheitsrat die Annexion Kuwaits durch Irak für null und nichtig erklärt und alle Staaten ausdrücklich aufgefordert hat, die Annexion nicht anzuerkennen sowie jede Maßnahme zu unterlassen, die als indirekte Anerkennung ausgelegt werden könnte? Das House of Lords hat bei der Nichtanerkennung des irakischen Enteignungsdekrets auf der Grundlage der *public policy*-Ausnahme maßgeblich auf diese Sicherheitsratsresolution abgestellt.

Ein anderer Aspekt der Entscheidung im *Kuwait Airways*-Fall betrifft die *act of state doctrine* und spricht meiner Meinung nach vor allem gegen Ihre These 7, wonach gegen humanitäres Völkerrecht verstoßende Enteignungen der Besatzungsmacht aufgrund eines Verstoßes gegen das Territorialitätsprinzip nicht anzuerkennen sind. Die *act of state doctrine* knüpft jedoch nicht an das Territorialitätsprinzip an, sondern an einen *sovereign act*. Dieser kann auch im besetzten Gebiet vorgenommen werden. Ich denke deshalb, dass hier Ihre Argumentation vielleicht etwas zu kurz greift. Vielen Dank.

Siehr: Zunächst schönen Dank für diese guten Vorträge. Nun drei kurze Bemerkungen. Zunächst eine Ergänzung zu Frau Odendahl. Sie haben gut ausgeführt, welchen Schutz der Lagestaat schon vor einem bewaffneten Konflikt treffen kann. Was in der Haager Konvention fehlt, ist ein Schutz durch die Besatzungsmacht, die kriegführende Macht, vor Beginn der kriegführenden Handlung. Ich meine Folgendes: Im Irak-Krieg hat sich gezeigt, dass, obwohl das Nationalmuseum in Bagdad in Gefahr war, man trotzdem nichts für deren Schätze getan hat. Das heißt also, es fehlt ein Schutz vor den Kriegshandlungen derart, dass *cultural property officers* schon vorher bereit gestellt werden, um Kulturgüter vor den inländischen und ausländischen Kombattanten zu bewahren.

Zweite Bemerkung zu Frau Kieninger: Sie haben den „Bremer Tabakstreit“ und auch den „Chile-Kupfer-Fall“ erwähnt, und haben dort gesagt: Dort ist nichts für nichtig erklärt worden, sondern man hat schlicht den *ordre public* geprüft. Mit der Heranziehung dieser Entscheidungen würde ich vorsichtig sein. Dahinter stehen – so im Bremer Tabakstreit – Fragen der Dekolonialisierung und beim Chile-Kupfer-Fall eine neue Orientierung der Wirtschaftsmacht in Chile unter Allende. Das ist vielleicht anders bei der Enteignung von Kunstschatzen in Russland nach 1917. Deutsche, englische, französische und amerikanische Entscheidungen haben Klagen ehemaliger Eigentümer auf Rückgabe oder Entschädigung abgewiesen. Das waren zwar auch Enteignungen, aber sie hatten keine Außenwirkung. Ausländer waren nicht betroffen und Inländer nur mit inländischem Vermögen.

Meine dritte Bemerkung ist eine Frage an Frau Kieninger: Wir haben heute beim Kulturgüterschutz eine Rückgabegarantie – in England wird sie *immunity from seizure* genannt –, die abgegeben wird, wenn man aus einem fremden Staat Kunstwerke entleihen will. Dazu gibt es eine deutsche Praxis, die ich nicht weiter ausführen will. Aber es gibt bei diesen *immunity from seizure* Fällen schwierige Fragen. Eine davon betrifft die Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht und dem Europäischen Recht. Dort fragt sich, ob man dem Leihgeber die Rückgabe eines Kulturgutes garantieren kann, das man auf Grund anderer Vorschriften des Völkervertragsrechts oder des Europäischen Rechts einem anderen Staat herausgeben muss. Wie würden Sie diesen Konflikt beurteilen?

Sassòli: Vielen Dank für Ihre beiden Vorträge. Ich habe eine kurze Frage an Frau Odendahl und zwei etwas längere an Frau Kieninger. An Frau Odendahl bezüglich immaterieller Kulturgüter: Es gibt ja jetzt eine Konvention, die diese schützt. Würden Sie meinen, dass diese Konvention auch in Kriegszeiten eine Bedeutung hat, und wie kann sie sich auswirken?

Zu Frau Kieninger: Als Anhänger des humanitären Völkerrechts bin ich sehr dafür zu sagen, das humanitäre Völkerrecht sei ein Sonderfall. Ich frage mich, wie Sie begründen können, dass Artikel 46 Abs. 2 der Haager Landkriegsordnung von höherem Rang ist, als übrige Regeln zum Schutze des Eigentums. An sich gilt ja das Recht auf Eigentum nicht als *ius cogens*. Und ich glaube, man kann auch nicht sagen, dass es einfach in Kriegszeiten dann *ius cogens* wird, sondern es ist das geschützte Rechtsgut, beispielsweise das Leben oder die körperliche Integrität, die eine Regel zu *ius cogens* macht.

Meine zweite Frage war zum Begriff der Sache und des Eigentums. Wie Sie alle wissen, ist die Unterscheidung zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten ja eine sehr zivil-römisch-rechtliche, die es beispielsweise im *common law* so nicht gibt. Dies hat ja dann beispielsweise im Zusammenhang mit Öl aus dem besetzten Irak zu allerhand Schwierigkeiten geführt. Die Amerikaner hatten Angst, dass Gläubiger obligatorischer Ansprüche auf Öllieferungen vor drittstaatlichen Gerichten – beispielsweise in der Schweiz – Lieferungen solchen Öls oder die entsprechenden Zahlungen beschlagnahmen könnten, unter Berufung darauf, dass das Besatzungsrecht eine solche „Beschlagnahme“ der Ansprüche verbietet. Historisch habe ich den Eindruck, 1899 und 1907 war die Haager Landkriegsordnung doch von einer sehr zivilistischen Auffassung von Eigentum geprägt. Das sieht man auch am Begriff der Nutznießung, die es ja im *common law* auch nicht gibt. Der Begriff kommt vor, und der Begriff Eigentum ist vielleicht doch in einem strengen sachenrechtlichen Sinn gemeint. Oder würden Sie den Begriff des Eigentums eher ausweiten und ihn, entsprechend der Ausweitung des Schutzes des Rechts auf Eigentum, beispielsweise nach dem I. Protokoll zu der Europäischen Menschenrechtskonvention, auch auf Vermögensrechte anwenden? – Danke schön.

Odendahl: Frau Reichelt, ganz herzlichen Dank für die Frage nach dem Sonderkollisionsrecht. Ich bin da etwas zurückhaltend, weil ich nicht groß in die IPR-Tiefen hineintauchen möchte. Auch hat Herr Jayme unter anderem auch Vorschläge dazu vorgelegt, so dass ich mich da eventuell auf vermintem Terrain befinde. Ich möchte daher nur ausführen, wie man aus der völkerrechtlichen Sicht wohl am besten argumentieren würde. Und wenn man völkerrechtlich sagt: Völkerrechtswidrig ist die Entwendung, die Wegnahme des Kulturgutes an dem Ort, an dem es sich befindet – dann müsste man das

Recht des Diebstahlsortes anwenden, oder wo es eben herkommt. Das wäre in diesem Falle die *lex furti*, da, wo der Diebstahl stattgefunden hat. Dann hätte man meiner Ansicht nach eine Kongruenz zwischen dem völkerrechtlichen Restitutionsanspruch und dem privatrechtlichen Herausgabeanspruch.

Herr Talmon, ganz herzlichen Dank für den Hinweis auf die Resolution des Sicherheitsrates 1483 zum Irak. Völlig richtig: Hier hat man gesehen, dass der UN-Sicherheitsrat es tatsächlich über eine Resolution, die ja bindend für alle Staaten ist, herstellen kann, dass selbst diejenigen, die nicht an die Haager Konvention oder die Genfer Zusatzprotokolle oder an sonst etwas gebunden sind, zur Rückgabe, zur Restitution von Kulturgut verpflichtet sind – egal, wo es auftaucht auf dieser Welt, nicht nur die Konfliktparteien, sondern auch unbeteiligte Dritte. Und das hat dann ja auch zu einer entsprechenden EG-Verordnung geführt etc. Hier sieht man, der Sicherheitsrat kann Sicherheitsratsresolutionen auch ganz gezielt, lückenfüllend und hervorragend einsetzen.

Die Nicht-Umsetzung des I. Haager Zusatzprotokolls, die Sie im Münchner Fall ansprechen – völlig richtig. Es war fast schon eine etwas peinliche Geschichte für die Bundesrepublik, die das I. Haager Protokoll von 1954 mit den Restitutionspflichten ratifiziert hatte, dass man irgendwann feststellte, dass das Protokoll gar nicht innerstaatlich umgesetzt worden war! Die innerstaatliche Umsetzung erfolgte dann erst 2007 im Ratifikationsgesetz zur UNESCO-Konvention von 1970. Und da ist der Titel – ich weiß ihn jetzt nicht wörtlich – des Gesetzes eben „Gesetz zur Umsetzung der UNESCO-Konvention 1970“, und dann irgendwie Artikel 4 „Umsetzung des I. Haager Zusatzprotokolls“. Das war keine Glanzleistung, aber wir haben irgendwann noch die Kurve gekriegt.

Herr Siehr, mit den Präventionsmaßnahmen – völlig richtig. Es gehört zu den Präventionsmaßnahmen zum einen dazu, dass man das eigene Kulturgut klassifiziert und kennzeichnet etc. Zum anderen aber muss man sich auch darauf vorbereiten, dass man im Falle eines Konfliktes die Kulturgüter des Gegners schützt. Und das kann man nur, wenn man sich selber vorbereitet und sagt: Welches sind die Kulturgüter? Welche Maßnahmen müsste ich ergreifen? – Das sind die Vorbereitungen zum Schutz des gegnerischen Kulturgutes. Das ist im Irak nicht geschehen. Hier kommt aber noch hinzu, dass man auch als der betroffene Staat selbst vielleicht auch mehr hätte tun müssen. Hier sind viele Staaten nicht ganz *up to date*. Aber Sie haben völlig Recht: Das ist im Irak-Fall nicht geschehen.

Immaterielle Kulturgüter, Herr Sassöli – eine wunderbare Frage! Formell ist die UNESCO-Konvention zum Schutz des immateriellen Erbes nicht anwendbar, weil sie sich nur auf Friedenszeiten beschränkt. Auch beinhaltet sie nur Pflichten des Staates selbst, der sein eigenes immaterielles Kulturerbe fördern muss, aber nicht unbedingt Schutzpflichten in Bezug auf das Kulturerbe anderer Staaten. Auf der anderen Seite könnte man aber, wenn man etwas mutig ist, sagen: Wenn man annimmt, dass die Besatzungsmacht Teilaufgaben des Staates übernimmt und der Staat sein immaterielles Erbe zu schützen hat, dann binden die Pflichten der neuen Konvention auch die Besatzungsmacht. Die Pflichten gehen also auf die Besatzungsmacht über in dem Sinne, dass man immaterielles Kulturerbe – also Sprachen, Folkloretänze, sonstige Arten von Verhaltensweisen – des besetzten Staates eben nicht unterbindet, sondern die kulturelle Vielfalt im Lande fördert und bestehen lässt. Man könnte sozusagen über die hintere Ecke herum dann doch zu einer Anwendung gelangen; aber das wäre eher eine indirekte Bindung.

Kieninger: Zunächst einmal schulde ich noch eine Antwort auf die Frage von Herrn Basedow, ob man bei meinem Thema richtigerweise von der Anerkennung ausländischer Enteignungen sprechen sollte oder nicht vielmehr von der Anwendung der ausländischen *lex rei sitae* zum Enteignungszeitpunkt. Ich denke, das hängt davon ab, in welcher Form die Enteignung geschieht, ob durch Gesetz, das dann *self-executive* ist, oder ob durch behördliche oder gerichtliche Entscheidung. In der Sache würde ich Ihnen allerdings zustimmen: Die Bewertung sollte nicht unterschiedlich sein. Man sollte nicht deshalb, weil man einem Hoheitsakt eine größere Dignität zuweist, mit der Anerkennung großzügiger sein oder den *ordre public* zurückhaltender anwenden. Ich sehe eigentlich in dieser Sprechweise keinen Unterschied in der Sache.

Dann möchte ich auf die Bemerkung von Herrn Kollegen Siehr eingehen, ich hätte den politischen Hintergrund der Entscheidungen des Oberlandesgerichts Bremen und des Landgerichts Hamburg nicht genügend in Betracht gezogen. Vielleicht liegt hier ein Missverständnis vor: Ich habe die beiden Entscheidungen nicht deshalb kritisiert, weil sie nicht die Nichtigkeit der ausländischen Enteignung ausgesprochen haben, denn damals ging es ja wieder um das Phänomen der entschädigungslosen und möglicherweise auch diskriminierenden Enteignung. Ich finde die Entscheidungen deshalb kritikwürdig, weil sie so hohe Anforderungen an den Inlandsbezug stellen und es nicht haben ausreichen lassen, dass sich die Sachen, um deren Herausgabe es ging, zum Zeitpunkt der Anhängigkeit der Klage im Inland befanden. Ich denke, dass das doch für Art. 6 EGBGB ausreichen müsste.

Zu den Bemerkungen von Herrn Talmon und Herrn Kollegen Sassöli, die, glaube ich, in dieselbe Richtung gehen: Warum mache ich einen Unterschied zwischen der Völkerrechtswidrigkeit von Enteignungen im Allgemeinen – etwa entschädigungslose Konfiskationen oder diskriminierende Enteignungen – und dem Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht? Vielleicht vorweg noch zu der Entscheidung des House of Lords: Ich habe die Begründung des Urteils nicht unterschlagen. Es ging allerdings möglicherweise etwas unter, dass sich das House of Lords bei der *public policy* besonders auf die Beteiligung Großbritanniens an der Befreiung Kuwaits stützte und annahm, dass die englischen Gerichte nicht eine Handlung der irakischen Besatzungsmacht für wirksam erklären und Schadensersatzansprüche ablehnen könnten, denn sonst würde der englische Staat sozusagen mit zwei verschiedenen Zungen sprechen. Das House of Lords hat sich in der Tat ganz maßgeblich auf die UN-Resolution gestützt, die alle Staaten auffordert, die Annexion Kuwaits in keiner Weise anzuerkennen oder zu unterstützen. Das war das zentrale Argument. Man kann sich natürlich die Frage stellen: Wie hätte das House of Lords entschieden, wenn es eine solche eindeutige Resolution nicht gegeben hätte? Hätten die Lordrichter dann gesagt: *act of state* eines souveränen Staates, da können wir nichts machen? – Das ist Kaffeesatzleserei. Aber man muss sagen, dass die strikte Anwendung der *Act of State Doctrine*, die keinerlei Abwägung mit den innerstaatlichen Rechtsvorstellungen – also der *public policy* – zulässt, auf dem Rückzug begriffen ist. Von daher denke ich, ist die Frage tatsächlich offen.

Aber jetzt möchte ich auf die Kernfrage, die ja schon verschiedentlich angesprochen worden ist, eingehen: Warum die Sonderbehandlung der Enteignungen, die gegen humanitäres Völkerrecht verstoßen? Die h.M., dass völkerrechtswidrige Enteignungen nicht nichtig seien, und dass dies ein allgemein anerkannter Grundsatz sei, hat mir zunächst einmal eingeleuchtet. Aber dann stieß ich bei den näheren Nachforschungen

doch auf eine erhebliche Praxis der Zivilgerichte und der Staaten im und nach dem Zweiten Weltkrieg. Die Alliierten haben schon im Vorfeld ganz klar gesagt: Die Enteignungen, die durch Besatzungsmächte im Zweiten Weltkrieg unter Verstoß gegen die Haager Landkriegsordnung vorgenommen worden sind, werden als nichtig behandelt. Die Behandlung des Verstoßes gegen humanitäres Völkerrecht als Sonderfall bei der Frage der Nichtigkeit hat mich schließlich überzeugt. Denn im Gegensatz zu den üblichen Enteignungen, wie sie nun einmal durch Staaten vorgenommen werden – aus wirtschaftspolitischen Gründen, aus gesellschaftspolitischen Gründen, um früheres Unrecht wieder gut zu machen und so weiter –, stellt die Situation eines besetzten Landes doch eine Sondersituation dar. Privatpersonen – es geht ja um Privateigentum –, die von einer Besatzungsmacht enteignet werden, befinden sich in einer besonders schützenswerten Lage. Sie haben die Besetzung nicht herbeigeführt, sondern sind einfach nur Opfer der Auseinandersetzung. Und wegen dieses besonders gravierenden Verstoßes gegen Grundvorstellungen von Mitmenschlichkeit, die auch in Kriegszuständen noch herrschen soll, denke ich doch, dass diese Vorschriften – ohne dass sie die Schwelle des *ius cogens* erreichen müssen – ein besonderes Gewicht haben und der Verstoß deshalb die Nichtigkeit nach sich ziehen muss.

Eine Bemerkung noch zu dem Begriff des Eigentums in der Haager Landkriegsordnung. Ich habe ihn nicht so verstanden, dass ein sachenrechtlicher Begriff des dinglichen Rechts zugrunde gelegt wird. Es geht vielmehr allgemein um den Schutz des Vermögens.

von Hoffmann: Mir erscheint die originelle Differenzierung von Frau Kieninger zwischen der völkerrechtswidrigen entschädigungslosen Enteignung im Allgemeinen und der Enteignung durch eine Besatzungsmacht sympathisch, aber doch nicht wertungsmäßig geboten. Ich vermag keinen großen Unterschied zu sehen zwischen dem rechtswidrigen Verhalten der Besatzungsmacht und dem rechtswidrigen Verhalten eines in sonstiger Weise an die Macht gekommenen inländischen Regimes. Ich denke, beide dürften gleich zu bewerten sein.

Herr Frowein hat Zweifel gegenüber der Annahme der Nichtigkeit und deren völkerrechtlicher Begründung geäußert. Es bedarf aber gar nicht der Konstruktion der Nichtigkeit des Enteignungsaktes, um der Enteignung Wirksamkeit im Ausland zu versagen. Man kann der entschädigungslosen ausländischen Enteignung, auch wenn man sie nicht für nichtig hält, die Anerkennung wegen Verstoßes gegen den *ordre public* verweigern. Vom *ordre public* erfasst werden grundlegende Gerechtigkeitsvorstellungen des Staates, der die ausländische Enteignung anzuerkennen hat. Das Verbot entschädigungsloser Enteignung ist sicherlich Bestandteil des deutschen *ordre public*, sei es innerstaatlich wegen Artikel 14 Grundgesetz, sei es als Rezeption des entsprechenden Völkerrechtssatzes – gleichwohl haben die deutschen Gerichte bisher entschädigungslose Auslandsenteignungen anerkannt. Die Begründung dafür war, dass der Enteignung im Ausland der erforderliche Inlandsbezug fehlt, der zur Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts erforderlich ist. Ein solcher Inlandsbezug wäre etwa dann gegeben, wenn inländische Staatsangehörige von der Auslandsenteignung betroffen wären. Es fragt sich aber, ob es gerechtfertigt ist, nur Inländern den Schutz vor entschädigungsloser Auslandsenteignung zu gewähren. Wenn wir einen völkerrechtlichen Anspruch Privater gegen ausländische Staaten auf Enteignungsschutz anerkennen, dann sollten wir den Rechtsschutz vor inländischen Gerichten nicht auf eigene Staatsangehörige beschränken. Dies steht im Einklang mit dem vordringenden Weltrechtsprinzip, wonach ein einzelstaatliches Ge-

richt berufen sein kann, schwere Menschenrechtsverletzungen ausländischer Staaten mit Sanktionen zu versehen.

Basedow: Vielen Dank, Herr von Hoffmann. Ich frage mich, ob es eigentlich so einen großen Unterschied macht, den *ordre public* gegenüber einer ausländischen Enteignung geltend zu machen, oder ihn gegenüber einem ausländischen Gerichtsurteil geltend zu machen. Es geht in beiden Fällen um Anerkennungsvorgänge, um die Wirkungserstreckung. Ich glaube, wir würden einem Zivilurteil aus einem anderen Staat, das wir nach allgemeinen Regeln an sich anerkennen, doch ohne Weiteres die Anerkennung wegen Verstoßes gegen den *ordre public* versagen, wenn zum Beispiel nachgewiesen wird, dass der Richter in dem fremden Staat parteilich war. Das widerspräche grundsätzlichen Vorstellungen einer neutralen Gerichtsbarkeit, wie sie etwa in Artikel 6 der Menschenrechtskonvention zum Ausdruck kommen. Wir wären also im Bereich der Urteilsanerkennung ohne Weiteres bereit, völkerrechtliche Standards über den eigenen *ordre public*, auch gegenüber fremden Hoheitsakten zum Tragen zu bringen. Ich meine, das sollte man eigentlich auch im Bereich der Enteignungen machen. Ich sehe doch erhebliche Veränderungen seit dem Jahr 1972 oder 1973, als der Chile-Kupfer-Fall entschieden wurde. Die Menschenrechtsstandards haben sich so stark zu einem Bestandteil einer wachsenden europäischen Rechtsordnung entwickelt, dass man sie über den *ordre public* absichern muss. Dann käme man aber – und da stimme ich Ihnen vollauf zu – im Ergebnis auch zu einer Gleichbehandlung aller völkerrechtswidrigen Enteignungen im Anerkennungsstadium, und nicht zu einer Sonderstellung für diejenigen, die gegen die Landkriegsordnung verstoßen.

Anerkennung ist Wirkungserstreckung. In Chile kann die Enteignung wirksam bleiben, wir würden ihr lediglich die Erstreckung ihrer Wirkungen auf den inländischen Rechtsraum verweigern. Das tun wir zum Beispiel auch, wenn der ausländische Richter dem Beklagten kein rechtliches Gehör gewährt hat und wir dessen Urteil deshalb nicht anerkennen, wie es § 328 Absatz 1 Nr. 2 ZPO vorsieht; die Anwendung dieser Vorschrift stellt die Immunität des ausländischen Urteilsstaats nicht infrage. Der Nächste auf meiner Liste ist Herr Folz.

Folz (Augsburg): Danke sehr. Ich kann an den Beitrag von Herrn Wolf anschließen. Frau Kieninger, ich würde Ihnen Recht geben, dass es keine kohärente kriegsvölkerrechtliche Regelung der Folgen einer völkerrechtswidrigen Enteignung gibt. Aber es gibt natürlich jede Menge von Sonderregelungen in den jeweiligen friedensvertraglichen Regelungen, und diese sind typischerweise als umfassender Verzicht auf alle Forderungen gegen die ehemaligen Besatzungsmächte ausgestaltet. Und diese Forderungsverzichte oder der Ausschluss des Rechtswegs sind so umfassend ausgestaltet, dass sie auch sämtliche Eigentumsfragen – ob jetzt Konfiskation, Enteignung oder schlicht faktischer Eingriff ins Eigentum – umfassen. Insofern fand ich Ihr Urteil des OGH aus dem Jahr 1951 sehr interessant. Nur, das war vor Inkrafttreten des österreichischen Staatsvertrages. Es gibt ein Urteil des OGH vom Ende der 1990er-Jahre, wo der OGH eine Herausgabeklage abgewiesen hat. Da ging es um ein mittelalterliches Manuskript, das von jugoslawischen Partisanen schlicht und einfach gestohlen worden war. Und hier hat der OGH gesagt: Das ist von unserem Forderungsverzicht gegenüber den Alliierten und ihren assoziierten Mächten umfasst, weil solche Diskussionen um Eigentumsfragen vermieden werden sollen. – In der Bundesrepublik haben wir die Regelungen des Über-

leitungsvertrages, wir haben den Ausschluss des deutschen Rechtsweges für alle Fragen, die mit Enteignungen durch Besatzungsmächte oder assoziierte Mächte zusammenhängen. Und da erinnere ich nur an den Fall des Fürsten von Liechtenstein, dessen Vorfahren durch die Beneš-Dekrete enteignet worden waren. Ein Bild aus der Sammlung seiner Familie war nach Köln in eine Ausstellung geraten. Er machte seinen Herausgabeanspruch gestützt auf § 985 BGB geltend. Dabei ist er in allen deutschen Instanzen sowie schließlich in Strassburg und Den Haag gescheitert. Vielen Dank.

Biehler: Ich schließe an die These 6 von Frau Kieninger an. Ich würde Ihnen konstruktiv durchaus Recht geben und auch mit Herrn von Hoffmann sagen: Das ist sicher, zumindest *de lege ferenda*, sehr, sehr wünschenswert. Auf der anderen Seite ist die Rechtspraxis, die Sie sehr häufig anführen, die internationale *opinio iuris*, meines Erachtens überhaupt nicht zu sehen. Der von Ihnen genannte Kuwait-Airways-und-Iraqi-Airways-Fall ist bewusst nicht auf allgemeines Völkerrecht gestützt worden und kann deswegen meiner Meinung nach auch dafür nicht angeführt werden. Auch die deutsche Rechtsprechung ist, glaube ich, da in keiner Weise anzuführen. In diesem Bereich ist die nationale Rechtsprechung in der Tat als Rechtspraxis im Sinne des Artikels 38 (1 b) des IGH-Statuts anzusehen, nicht nur im Sinne von (d). Und ich glaube, deswegen müssen wir die These doch in der Tendenz eher als *de lege ferenda* ansehen. Zu der Frage, die von Herrn Sassöli kurz aufgeworfen wurde – muss der Standard das *ius cogens* sein? –, würde ich sagen: Nein, eindeutig nicht. Die Tatsache, dass eine Besatzungsmacht gegen Artikel 46 Abs. 2 der Haager Landkriegsordnung verstößt, ist für sich schon genug, ohne dass noch ein *ius-cogens*-Charakter daraufgesetzt werden müsste. Vielen Dank.

Heintschel von Heinegg: Die Rechtsnatur der Besatzungsgewalt gleichzusetzen mit dem Inhalt des Territorialitätsprinzips, halte ich für unvertretbar. Unabhängig davon, Frau Kieninger, ist hinsichtlich der Rechtmäßigkeit einer Wegnahme nach Besatzungsrecht folgendes zu betonen: Sie haben ja Artikel 46 HLKO mehr oder weniger allein in den Vordergrund gestellt, Sie sind aber nicht auf die Ausnahmen des Besatzungsrechts eingegangen. Die lassen sich kurz wie folgt zusammenfassen: Eine Besatzungsmacht ist gebunden an die Vorgaben der HLKO und auch des 4. Genfer Abkommens, wenn und soweit nicht folgende Ausnahmen vorliegen. 1. Sicherstellung von Sicherheit und Ordnung im besetzten Gebiet. 2. Sicherheit der Besatzungsmacht. 3. Alles, was notwendig ist, um die Verpflichtungen aus dem Besatzungsrecht zu erfüllen. Hinzu kommt – und das ist sozusagen die vierte Ausnahme –, dass natürlich auch weiterhin das humanitäre Völkerrecht mit all seinen Regelungen und Definitionen, etwa auch des militärischen Ziels, gilt. Mit anderen Worten: Wenn ein Objekt aufgrund Beschaffenheit, Örtlichkeit, Zweckbestimmung oder Verwendung wirksam zu militärischen Handlungen des Gegners beiträgt, dann darf es nicht nur zerstört werden, sondern es darf auch weggenommen werden. Alles, was nach Maßgabe dieser Rechtsgrundlage weggenommen werden darf, ist folglich Kriegsbeute und unterliegt nicht den Beschränkungen, die Sie jetzt mehr oder weniger allgemein unterstellt haben. Auch Privateigentum, auch nicht-staatliches Eigentum kann als zulässiges militärisches Ziel somit unter den Begriff der Kriegsbeute fallen, wenn und soweit die Voraussetzungen der Definition des militärischen Ziels erfüllt sind. Und nur eine kurze Anmerkung: Wenn die Wartburg eine Raketenstellung beherbergt, dann müssen wir nicht auf die UNESCO warten, bis sie das zu einem zulässigen militärischen Ziel macht. Vielen Dank.

Nolte: Ich möchte an Ihre zentralen These anknüpfen, Frau Kieninger, und in Frage stellen, ob es wirklich wünschenswert ist, dass Enteignungen in einer Besetzungssituation als nichtig zu behandeln sind. Ich glaube, Sie gehen da von Fällen aus oder berufen sich auf eine Praxis, in denen diejenigen enteignet haben, die wir für evident „böse“ halten, nämlich etwa während des Zweiten Weltkriegs. Die Fälle, die uns heute interessieren, sind aber solche der sog. *transformative occupation*. Es geht dann auch um Fälle wie diejenigen der Besetzung des Irak durch die USA, in denen die Besatzungsmacht aus guten Gründen auch systemverändernd tätig geworden ist, etwa wenn Eigentum von Mitgliedern der Baath-Partei an den Staat (zurück-)übertragen worden ist, oder um den Fall, dass Israel in den besetzten Gebieten Straßen baut. Solche Fälle lassen sich nicht mit einer einfachen empathischen Grundhaltung einer Sympathie mit den Opfern einer Aggression lösen. Vielmehr gibt es graue Fälle, in denen man unterschiedlicher Meinung sein kann, ob jetzt ein bestimmter Fall von Enteignung berechtigt oder unberechtigt ist. Und wenn solche Fälle nicht so eindeutig sind, wenn also die Nichtigkeit nicht aus einer offensichtlichen gravierenden Rechtsverletzung folgt, dann ist es vielleicht auch sinnvoll zu sagen, dass dritte Staaten die Möglichkeit haben müssen, darauf so oder so zu reagieren – so wie weiland im Bremer Tabak-Fall, oder im chilenischen Kupfer-Fall.

Kieninger: Ich habe jetzt schon mehrfach zur Verteidigung meiner These von der Nichtigkeit der gegen humanitäres Völkerrecht verstoßenden Enteignung angesetzt und will meine Argumente nicht ständig repetieren.

Zu dem Beitrag von Herrn von Hoffmann. Ich habe meine Argumentation in drei Stufen aufgebaut. Die Anerkennung scheidet nicht nur an der Nichtigkeit der Enteignung, sondern auch an der Verletzung des Territorialitätsgrundsatzes und in dritter Linie am *ordre-public*-Verstoß. Ich vermisse eine Stellungnahme zu diesen beiden letzten Punkten, insbesondere zum Verstoß gegen den Territorialitätsgrundsatz. Eine Besatzungsmacht handelt ja nicht auf dem eigenen Territorium, wenn sie in dem besetzten Land enteignet. In diesem Fall kann sie sich meiner Meinung nach nicht auf das Territorialitätsprinzip berufen, wenn sie die Befugnisse, die ihr das Besatzungsrecht einräumt und aufgrund derer sie ja erst auf dem besetzten Gebiet in rechtskonformer Weise handeln kann, überschreitet.

Wenn wir darüber hinaus auf die Ebene des *ordre public* gehen, sind wir mit der Frage befasst, die ich jetzt nicht *in extenso* diskutiert habe, ob jeder Staat, jedes Gericht völlig frei ist, seine eigenen Wertungen einzubringen, oder ob es nicht das Völkerrecht ist, das als Maßstab dienen sollte. Ich glaube, in diese Richtung ging auch Ihr Vorschlag, die einzelstaatlichen Zivilgerichte als Vollzieher des Völkerrechts mit heranzuziehen. Wenn man die Enteignungsentscheidungen aus einer international-privatrechtlichen Warte betrachtet, dann fällt allerdings schon auf, dass es eine sehr große Diskrepanz zwischen der Anwendung des *ordre-public*-Vorbehalts bei den Enteignungsentscheidungen und der Anwendung des *ordre-public*-Vorbehalts im IPR im Allgemeinen gibt.

Ich will ein Beispiel für die Anwendung des *ordre-public*-Vorbehalts schildern, um Ihnen die Diskrepanz vor Augen zu führen. Vor wenigen Jahren hat das Oberlandesgericht Stuttgart darüber zu entscheiden gehabt, ob ein Deutscher, der in Serbien ein bewusst wahrheitswidriges Vaterschaftsanerkennnis abgegeben hat, um die Frau, die er dort kennen gelernt hatte, mitsamt ihrer Tochter, die ganz klar nicht von diesem Mann

abstammte, denn sie war schon 14 Jahre alt, als die Mutter den Mann kennen lernte, mit nach Deutschland zu nehmen. Nach serbischem Recht ist ein solches bewusst wahrheitswidrig abgegebenes Anerkenntnis nicht mehr anfechtbar. Nach deutschem Recht dagegen kann es zwei Jahre lang angefochten werden. Die Partner kamen nach Deutschland, die Beziehung ging auseinander, und innerhalb der zwei Jahre wollte der Mann von der Tochter nichts mehr wissen. Anwendbar war serbisches Recht, aber das Oberlandesgericht Stuttgart hat einen *ordre-public*-Verstoß angenommen. Es verstoße gegen die Grundfesten der deutschen Rechtsordnung, wenn der Mann nicht noch zwei Jahre Überlegungsfrist habe. – Solche Fälle stehen auf der einen Seite.

Und auf der anderen Seite stehen Fälle, in denen in diskriminierender, völkerrechtswidriger Weise Werte entzogen werden. Hier wird kein *ordre-public*-Verstoß angenommen. – Da finde ich, ist die Einheit der Rechtsordnung in Gefahr, und würde, wenn man auch der These von der Nichtigkeit nicht folgen will – in diesem Auditorium regt sich ja sehr viel Widerstand dagegen –, doch auf der Ebene des *ordre public* erstens, den Inlandsbezug herunterschrauben, aber auch zweitens, die Bindung der deutschen Gerichte an das Völkerrecht und die Grundrechte etwas ernster nehmen.

Ob schließlich die Nichtanerkennung völkerrechtswidriger Enteignungen unsere internationale Ordnung zerstört, oder, wie Kegel einmal gesagt hat, möglicherweise zum Krieg führen könnte – das möchte ich doch sehr bezweifeln.

Herr Folz, vielen Dank für Ihre Ausführungen zu den friedensvertraglichen Regelungen. Sie sind bei mir nicht vorgekommen, weil sich mit einer friedensvertraglichen Regelung mein Thema erledigt. Zivilgerichte brauchen sich keine Gedanken mehr darüber zu machen, ob es Herausgabe- oder Schadensersatzansprüche gibt, wenn sie durch friedensvertragliche Regelungen sowieso ausgeschlossen werden. Dass solche völkerrechtlichen Regelungen vorgehen, ist klar. Daraus resultiert allerdings auch ein praktisches Problem bei der Feststellung der Staatenpraxis, die jetzt auch in der Diskussion mehrfach angemahnt worden ist. Es gibt gar nicht sehr viel Gerichtspraxis zu diesen Vorgängen.

Herr Biehler, Sie haben gesagt, die These von der Nichtigkeit sei ja wünschenswert und die völkerrechtliche Regel, gegen die verstoßen wird, müsste nicht unbedingt *ius cogens* sein. Aber auch Sie haben noch einmal die Untersuchung der Rechtspraxis angemahnt. Da würde ich Sie gerne auf die schriftliche Ausarbeitung verweisen, in der außer dem OGH noch weitere Entscheidungen zitiert werden. Aber eines ist schon richtig: Es gibt keine einheitliche Staatenpraxis. Die Rechtsprechung ist in den einzelnen Staaten durchaus unterschiedlich. Aber ich meine festgestellt zu haben, dass es doch eine überwiegende oder stark überwiegende Staatenpraxis für diesen speziellen Fall des Verstoßes gegen die Haager Landkriegsordnung gibt, und dass diese besagt, dass solche Enteignungen als nichtig behandelt werden.

Vielen Dank, Herr Heintschel von Heinegg, dass Sie ergänzend auf die Grenzen der Befugnisse der Besatzungsmächte eingegangen sind, die ich im mündlichen Referat nicht im Einzelnen ausführen konnte. Man darf den Satz von der Nicht-Einziehbarkeit des Privateigentums (Art. 46 Abs. 2 HLKO) natürlich nicht absolut setzen, sondern es spielen auch die Sicherheit der Besatzungsmacht und militärische Ziele eine Rolle. Das habe ich aus Zeitgründen nicht im Detail ausgeführt.

Herr Nolte, Sie haben zum Schluss gesagt, es sei gar nicht wünschenswert, dass Enteignungen unter Verstoß gegen humanitäres Völkerrecht als nichtig beurteilt werden, son-

dern man müsse jeden Einzelfall prüfen, denn es gäbe auch systemverändernde Enteignungen, die – wenn ich Ihre Äußerung richtig interpretiere – positiv zu bewerten seien. Sie haben dabei auf aktuelle Beispiele des Verhaltens von Besatzungsmächten hingewiesen. Ich bezweifle das. Man kann Enteignungen nicht nur deshalb, weil sie systemverändernd sind, schon positiver bewerten als andere Handlungen unter Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht. Ich denke zum Beispiel an den Siedlungsbau im Gaza-Streifen. Ich sehe nicht, dass die heute vorkommenden Enteignungen unbedingt positiver zu bewerten sind als diejenigen, die im Zweiten Weltkrieg oder unmittelbar danach geschehen sind. Vielen Dank.

Odendahl: Vielleicht ein Schlusswort, eine systematische Einordnung, ein kurzer Blick über den rein kriegsrechtlichen Kulturgüterschutz hinaus. Zunächst einmal denke ich, dass der Schutz von Kulturgütern bei bewaffneten Konflikten den Bereich des humanitären Völkerrechts darstellt, der am weitesten entwickelt ist. Nicht, weil er besonders wichtig wäre oder so, sondern schlicht und ergreifend, weil die Regeln, die wir dort haben, einfach diejenigen jüngsten Datums sind und gerade das Völkerstrafrecht sowie das II. Haager Protokoll ja gerade eine Reaktion auf junge Entwicklungen sind. Aber auch wenn wir den Kulturgüterschutz zu Zeiten bewaffneter Konflikte mit dem Kulturgüterschutz zu Friedenszeiten vergleichen, stellen wir fest, dass dort die Regeln weitaus strenger und weiter entwickelter sind als zu Friedenszeiten. Was die Staaten zu Kriegszeiten mit ihren eigenen Kulturgütern nicht machen dürfen, dürfen sie zu Friedenszeiten zum Teil schon. Also insofern haben wir eine Disparität beim Schutzniveau in dem, was die Staaten mit ihrem eigenen Kulturgut machen können, je nachdem, ob es Krieg oder Frieden ist. Nichtsdestotrotz findet eine Angleichung des Kriegsrechtlichen an das Friedensrechtliche in dem Sinne statt, dass die früher bestehende Auffassung, dass Kulturgüter vor allem eine Angelegenheit von rein nationaler Bedeutung sind – und was auch immer noch heutzutage größtenteils überwiegt – allmählich nachlässt. Auch im Recht des bewaffneten Konfliktes gibt es nun die Kategorie des Kulturguts von Weltbedeutung. Das hat im friedensrechtlichen Bereich mit der UNESCO-Welterbekonvention von 1972 angefangen. Dadurch entstand die ganz seltsame Situation, dass man Weltkulturgüter zu Friedenszeiten schonen, aufbauen, erhalten musste, dass diese Kulturgüter dann aber zu Kriegszeiten nicht einem höheren Schutz unterstanden als die normalen Kulturgüter. Diese Lücke wurde dann insbesondere mit dem II. Haager Protokoll und der dortigen Kategorie des verstärkten Schutzes geschlossen, so dass wir eine Angleichung des Kriegsrechtlichen an das Friedensrechtliche feststellen, zumindest in der Beziehung, dass es auch Kulturgüter von Weltbedeutung gibt, die einen höheren Schutz genießen.

Ansonsten möchte ich einfach nur mit der Präambel der Haager Konvention schließen, dem zweite Spiegelstrich: „... in der Überzeugung, dass jede Schädigung von Kulturgut, gleichgültig welchem Volke es gehört, eine Schädigung des kulturellen Erbes der ganzen Menschheit bedeutet, weil jedes Volk seinen Beitrag zur Kultur der Welt leistet.“ Danke sehr!

Basedow: Ich danke den beiden Referentinnen, und ich danke Ihnen allen für die Teilnahme an der Diskussion.

Ich habe festgestellt, dass die spezifisch wirtschaftsrechtliche Perspektive hier keine Rolle gespielt hat. Schon im GATT ist der Handel mit Kulturgütern ausgenommen; für

ihn gilt der Grundsatz des Freihandels nicht. Dabei ist der prospektive Handel mit den gestohlenen und geraubten Objekten doch der eigentliche Motor für Raub und Diebstahl. Es wundert mich daher, dass die spezifisch wirtschaftsrechtlichen Aspekte des Themas, die die Organisation der Kunstmärkte betreffen, in der Diskussion nicht mit aufgenommen worden sind. Stattdessen haben wir über eine Vervollkommnung des Schutzes gesprochen. Da gibt es Lücken, so haben wir gehört, und bald wird auch Kulturgüterschutz für *intangible cultural property* gewährt. Das fragliche Übereinkommen ist noch nicht ratifiziert, wird aber sicherlich eines Tages gebilligt werden. Dies sind, ordnungspolitisch betrachtet, Entwicklungen, die sich deutlich von dem entfernen, was wir in Deutschland und Europa als Grundlage des Wirtschaftssystems akzeptiert haben. Ich sage nicht, dass jene Einschränkungen deswegen nicht gerechtfertigt seien. Aber es ist doch hervorzuheben, dass der Gegensatz zwischen einer freihandelsorientierten Ordnung, in der wir im Übrigen leben, und einer eher auf Statik, auf Exportverbote und dergleichen ausgerichteten Politik im Bereich des Kulturgüterschutzes hier nicht weiter thematisiert und fraglos hingenommen worden ist. Natürlich gebe ich zu, dass Zerstörungen und Beschädigungen mit der Ordnung der Märkte gar nichts zu tun haben; das ist gewissermaßen ein anderer Schauplatz, der auf jeden Fall seine Berechtigung hat. Aber die Motivation, die hinter den Raubzügen steht, liegt ja häufig nicht in dem Wunsch nach Zerstörungen, sondern ist die Vermarktung. Und deswegen hätte die ökonomische und wirtschaftsrechtliche Dimension des Themas vielleicht doch mit zu seiner Erörterung gehört. Entschuldigen Sie, dass ich meine Position für diesen eigenen Diskussionsbeitrag missbraucht habe.

Der Einsatz von Seestreitkräften zur Verhinderung von Terrorismus und Verbreitung von Massenvernichtungswaffen sowie zur Bekämpfung der Piraterie: Mandat und Eingriffsmöglichkeiten

Von Prof. Dr. Doris König, M.C.L. (Miami), Hamburg*

- I. Einsatz der Seestreitkräfte mit drei unterschiedlichen Zielsetzungen
 - II. Internationaler Terrorismus und Verbreitung von Massenvernichtungswaffen
 1. Bekämpfung des internationalen Terrorismus auf und über See
 - a) Das Recht auf individuelle und kollektive Selbstverteidigung
 - (1) Das *ius ad bellum*
 - (2) Das *ius in bello*
 - b) Die Sicherheitsratsresolutionen 1368 (2001) und 1373 (2001)
 2. Verhinderung der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen über See
 - a) Die „Proliferation Security Initiative“
 - b) Die Sicherheitsratsresolution 1540 (2004)
 3. Der unilaterale Ansatz: Rechtfertigung von Interdiktionsmaßnahmen ohne Einverständnis des Flaggenstaats als Gegenmaßnahmen
 4. Der multilaterale Ansatz: Das SUA-Protokoll von 2005
 5. Zwischenergebnis
 - III. Piraterie
 1. Völkerrechtliche Rahmenbedingungen
 2. Die Operation Atalanta der Europäischen Union
 - a) Auftrag und Einsatzbedingungen
 - b) Die Kompetenz der EU im Rahmen von GASP und ESVP
 - c) Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für den Einsatz
 - d) Rechtsprobleme bei der Ingewahrsamnahme verdächtiger Personen
 - (1) Ausübung deutscher Staatsgewalt oder Begründung völkerrechtlichen Gewahrsams?
 - (2) Der Vorbehalt des Gesetzes
 - (3) Umfang der Grundrechtsbindung
 - e) Strafverfolgung in Deutschland oder Übergabe an einen Drittstaat?
 - (1) Strafverfolgung in Deutschland
 - (2) Bedingungen für die Übergabe an einen Drittstaat
 - IV. Schlussbemerkung und Ausblick
- Thesen zum Referat
Summary

* Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg. Ich danke den Kollegen *Rüdiger Wolfrum* und *Alexander Proelß* für wertvolle Anregungen, Herrn Kapitän zur See a.D. *Heinz-Dieter Jopp* für Einblicke in die Praxis der Einsätze der deutschen Marine und meinen Mitarbeitern *Thilo Neumann*, *Andreas Kolb* und *Theresa Ilgner* für ihre große Unterstützung bei der technischen Fertigstellung des Manuskripts.

I. Einsatz der Seestreitkräfte mit drei unterschiedlichen Zielsetzungen

Vor 35 Jahren hat die Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht eine Arbeitstagung über aktuelle Fragen der Schifffahrtsfreiheit und über die Gefährdungen dieser Freiheit veranstaltet.¹ Die Dritte UN-Seerechtskonferenz hatte ihre ersten Sitzungen beendet, und es zeichnete sich ab, dass die Freiheiten der Hohen See stark unter Druck geraten würden. Die zu erwartenden Einschränkungen waren vor allem auf Forderungen der Küstenstaaten zurückzuführen, ihre Hoheitsgewalt auf die ihren Küsten vorgelagerten Gewässer auszudehnen oder zumindest souveräne Rechte zur exklusiven Nutzung der Ressourcen in einer Meereszone von 200 Seemeilen Breite zu erhalten. Bekanntlich konnten die Nutzungsinteressen der Küstenstaaten mit dem Interesse der traditionellen Seefahrernationen an der Bewahrung der Schifffahrtsfreiheit in einem Kompromiss – der Einrichtung einer Ausschließlichen Wirtschaftszone – zu einem Ausgleich gebracht werden. Heute droht der Schifffahrtsfreiheit aus einer ganz anderen Richtung wiederum Gefahr, und zwar von Staaten, die auf der Dritten UN-Seerechtskonferenz das Banner der Freiheiten der Hohen See bis zuletzt hochgehalten hatten. In der aktuellen politischen und juristischen Diskussion geht es um die Frage, ob den Seestreitkräften derjenigen Staaten, die über entsprechende Flotten verfügen, neue Interdiktionsrechte auf Hoher See eingeräumt werden sollen. Diese sollen es ihnen ermöglichen, Handelsschiffe unter fremder Flagge auch ohne Einverständnis des Flaggenstaats im Kampf gegen den internationalen Terrorismus und die Verbreitung von Massenvernichtungswaffen anzuhalten und zu kontrollieren. Auch die deutsche Marine ist seit Ende 2001 an solchen Einsätzen beteiligt. Hinzu kommt seit Dezember 2008 der Einsatz im Kampf gegen die Piraterie vor der Küste Somalias.

Für die Deutschen ist der Einsatz der Seestreitkräfte außerhalb des NATO-Gebiets ein relativ neues Phänomen, das dennoch in der Öffentlichkeit zunächst wenig Aufmerksamkeit erweckte. Dies änderte sich mit der Beteiligung der deutschen Marine an der Operation Atalanta der Europäischen Union am Horn von Afrika. Schiffe im Besitz deutscher Reeder wurden entführt, die Mannschaften als Geiseln genommen und erst gegen Zahlung eines stattlichen Lösegeldes wieder freigelassen. Auch wenn die Piraterie vor der Küste Somalias in den letzten Monaten in das Zentrum des öffentlichen Interesses gerückt ist, sind die Seestreitkräfte mehrerer Nationen bereits seit den terroristischen Angriffen von New York und Washington am 11. September 2001 im Einsatz, um den Transport über See zu kontrollieren und künftige Angriffe zu verhindern. In diesem Referat wird – wie bereits aus dem Titel ersichtlich – zwischen drei Arten von Sicherheitsbedrohungen unterschieden, zu deren Abwehr Seestreitkräfte eingesetzt werden: Der erste Teil beschäftigt sich mit dem internationalen Terrorismus auf und über See und nimmt hierbei insbesondere das Mandat der Operation „Enduring Freedom“ (im Folgenden: OEF) in den Blick. Der zweite Teil befasst sich mit der Verhinderung der Proliferation von Massenvernichtungswaffen und der von der *Bush*-Administration ins Leben gerufenen „Proliferation Security Initiative“ (im Folgenden: PSI). Diese dient zwar ebenfalls der Bekämpfung des Terrorismus, zielt aber darüber hinaus auf jene Staaten ab, die sich in den Besitz solcher Waffen und ihrer Komponenten

¹ Rudolf Bernhardt/Walter Rudolf (Hrsg.), Die Schifffahrtsfreiheit im gegenwärtigen Völkerrecht, Berichte der DGVR, Heft 15, Karlsruhe 1975.

bringen wollen. Im dritten Teil wird schließlich der Einsatz der Seestreitkräfte zur Bekämpfung der Piraterie vor der Küste Somalias beleuchtet.

Diese Einsätze werfen – schon jeder für sich genommen – zahlreiche völker-, europa- und verfassungsrechtliche Fragen auf, die in diesem Referat nicht erschöpfend behandelt werden können. Daher beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen zum einen auf Interdiktionsmaßnahmen auf Hoher See (einschließlich der Ausschließlichen Wirtschaftszone). Solche Maßnahmen umfassen das Anhalten verdächtiger Handelsschiffe und das Anbordgehen, die Überprüfung der Dokumente und der an Bord befindlichen Personen, die Durchsuchung auf See oder die Umleitung des betreffenden Schiffs in einen nahe gelegenen Hafen sowie gegebenenfalls die Ingewahrsamnahme verdächtiger Personen und die Beschlagnahme verdächtiger Ladung. Zum anderen konzentrieren sie sich auf Problemfelder, die sich in einer rechtlichen Grauzone bewegen und klare Aussagen zu den Rechtsgrundlagen sowie zu Umfang und Zeitdauer der Einsätze erschweren. Dies mag daran liegen, dass das Völkerrecht gerade in den hier interessierenden Bereichen in Bewegung geraten ist, wobei die Richtung, die es nehmen wird, noch nicht klar erkennbar ist. Vor diesem Hintergrund geht das Referat der Frage nach, ob sich mit Blick auf die Staatenpraxis im Zuge dieser Einsätze ein neues Recht für die Seestreitkräfte aller Staaten herausbildet oder bereits herausgebildet hat, zum Zwecke der Bekämpfung des internationalen Terrorismus und der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen Schiffe unter fremder Flagge auch ohne Einverständnis des Flaggenstaats oder gar gegen dessen Willen zu kontrollieren (so genannte „forcible interdictions“). Ließe sich die Herausbildung eines solchen Rechts plausibel darlegen, so hätte sich der Katalog der Ausnahmen von dem Grundsatz der ausschließlichen Flaggenstaatsjurisdiktion auf Hoher See, der in Art. 110 des UN-Seerechtsübereinkommens vom 10. Dezember 1982² (im Folgenden: UNCLOS) aufgeführt ist, durch neu entstandenes Völkergewohnheitsrecht erweitert. In diesem Fall käme es zu einer gewissen Angleichung der Rechtsgrundlagen für die Bekämpfung der drei genannten Sicherheitsbedrohungen. Zugleich wäre eine weitere Einschränkung des traditionellen Prinzips der Freiheit der Hohen See zu verzeichnen. Ob sich eine solche Fortentwicklung des Seevölkerrechts feststellen lässt, soll im folgenden Teil des Referats untersucht werden.

II. Internationaler Terrorismus und Verbreitung von Massenvernichtungswaffen

Obwohl die Bekämpfung des internationalen Terrorismus und die Verhinderung der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen in ihrer Zielsetzung eng miteinander verbunden sind, stützen sie sich doch auf unterschiedliche Rechtsgrundlagen. Deshalb werden sie im Folgenden zunächst getrennt voneinander betrachtet. Dabei wird das Hauptaugenmerk auf die Tragfähigkeit der von den agierenden Staaten herangezogenen Rechtsgrundlagen für Interdiktionen auf Hoher See gelegt.

2 BGBl. 1994 II, S. 1799.

1. Bekämpfung des internationalen Terrorismus auf und über See

Einheiten der deutschen Marine sind mit fortlaufender Zustimmung des Bundestages zurzeit – in enger Kooperation mit den NATO-Partnern und anderen Staaten – im Rahmen von zwei Operationen zur Verhinderung des internationalen Terrorismus eingesetzt: Im Rahmen der OEF beteiligt sie sich am Horn von Afrika einschließlich angrenzender Seegebiete (die vom Roten Meer bis zum Indischen Ozean reichen) an der Überwachung des Seeverkehrs. Vergleichbare Aufgaben nimmt sie im Rahmen der Operation „Active Endeavour“ (im Folgenden: OAE) im Verbund mit NATO-Verbänden im Mittelmeer wahr. Ziel beider Operationen ist es, Führungs- und Ausbildungseinrichtungen von Terroristen auszuschalten, Terroristen zu bekämpfen, gefangen zu nehmen und vor Gericht zu stellen sowie Dritte dauerhaft von der Unterstützung terroristischer Aktivitäten abzuhalten. Dabei werden auch, wenn bestimmte Verdachtsmomente vorliegen, Handelsschiffe unter fremder Flagge auf Hoher See – und hier sind Anschluss- und Ausschließliche Wirtschaftszonen mit einbezogen³ – angehalten und kontrolliert. Solche Maßnahmen werden mit dem Begriff „Maritime Interception/Interdiction Operations“ (kurz: MIOs) bezeichnet. Auf welcher Rechtsgrundlage erfolgen solche MIOs?

a) Das Recht auf individuelle und kollektive Selbstverteidigung

(1) Das *ius ad bellum*

Die Beteiligung deutscher Streitkräfte an den genannten Operationen stützt sich ausweislich der entsprechenden Beschlüsse des Bundestages⁴ auf das Selbstverteidigungsrecht in Art. 51 UNCh⁵, auf Art. 5 NATO-Vertrag⁶ und auf die Sicherheitsratsresolutionen 1368 und 1373 aus dem Jahr 2001. Diese Aussage bezieht sich zunächst einmal auf das *ius ad bellum*. Die Berufung auf das individuelle und kollektive Selbstverteidigungsrecht setzt voraus, dass es sich bei den Vorkommnissen vom 11. September 2001 um einen „bewaffneten Angriff“ im Sinne von Art. 51 UNCh gehandelt hat. Inwiefern terroristische Gewaltakte einer nichtstaatlichen Organisation wie der al-Qaida Selbst-

3 Dies folgt zum einen aus der Auflistung begrenzter Befugnisse in Art. 33 und zum anderen explizit aus Art. 58 Abs. 2 UNCLOS.

4 Antrag der Bundesregierung vom 7. November 2001, BT-Drs. 14/7296; Protokollerklärung des Bundesministers des Auswärtigen vom 14. November 2001, BT-Drs. 14/7447, S. 4; Beschluss des Bundestages vom 16. November 2001, BT-Plenarprotokoll 14/202, S. 19895B; Antrag der Bundesregierung vom 6. November 2002, BT-Drs. 15/37; Beschluss des Bundestages vom 15. November 2002, BT-Plenarprotokoll 15/11, S. 667D; Antrag der Bundesregierung vom 5. November 2003, BT-Drs. 15/1880; Protokollerklärung des Bundesministers des Auswärtigen vom 12. November 2003, BT-Drs. 15/2004, S. 4; Beschluss des Bundestages vom 14. November 2003, BT-Plenarprotokoll 15/76, S. 6577C; Antrag der Bundesregierung vom 27. Oktober 2004, BT-Drs. 15/4032; Beschluss des Bundestages vom 12. November 2004, BT-Plenarprotokoll 15/139, S. 12798D; Antrag der Bundesregierung vom 3. November 2005, BT-Drs. 16/26; Beschluss des Bundestages vom 8. November 2005, BT-Plenarprotokoll 16/2, S. 57C; Antrag der Bundesregierung vom 25. Oktober 2006, BT-Drs. 16/3150; Beschluss des Bundestages vom 10. November 2006, BT-Plenarprotokoll 16/64, S. 6331D; Antrag der Bundesregierung vom 7. November 2007, BT-Drs. 16/6939; Beschluss des Bundestages vom 15. November 2007, BT-Plenarprotokoll 16/126, S. 13111C; Antrag der Bundesregierung vom 29. Oktober 2008, BT-Drs. 16/10720; Beschluss des Bundestages vom 13. November 2008, BT-Plenarprotokoll 16/187, S. 20044A; Antrag der Bundesregierung vom 18. November 2009, BT-Drs. 17/38; Beschluss des Bundestages vom 3. Dezember 2009, BT-Plenarprotokoll 17/9 S. 710D.

5 Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945, BGBl. 1973 II, S. 431.

6 Nordatlantikvertrag vom 4. April 1949, BGBl. 1955 II, S. 289.

verteidigungsmaßnahmen des betroffenen Staates rechtfertigen können, ist in den letzten Jahren umfassend und durchaus kontrovers diskutiert worden.⁷ Es scheint sich nunmehr eine von vielen Völkerrechtlern geteilte Auffassung herausgebildet zu haben, der zufolge sich die restriktive Auslegung des Art. 51 UNCh, die traditionell auf einen Angriff durch einen anderen Staat abstellte, unter dem Eindruck der Ereignisse um 9/11, der nachfolgenden Sicherheitsratsresolutionen und der Staatenpraxis gewandelt hat.⁸ Zur Bestätigung einer solchen gewandelten, extensiveren Auslegung des Angriffsbegriffs lassen sich die Sicherheitsratsresolutionen 1368 und 1373 vom September 2001, die das individuelle und kollektive Selbstverteidigungsrecht der Staaten bekräftigten, heranziehen.⁹ Die beiden Resolutionen lassen den Schluss darauf zu, dass eine entsprechend intensive Gewaltanwendung durch Private, die in ihren Auswirkungen einem bewaffneten Angriff durch einen Staat ähnelt, ebenfalls das Selbstverteidigungsrecht gemäß Art. 51 UNCh auszulösen vermag. Nachdem sich der IGH im so genannten „Mauergutachten“ von 2004 gegenüber dieser gewandelten Auslegung zunächst ablehnend gezeigt hatte,¹⁰ hat er die Frage im Kongo-Urteil aus dem Jahr 2005 zumindest offen gelassen und damit signalisiert, dass er sich einer zukünftigen Anpassung des Selbstverteidigungsrechts an die veränderten Verhältnisse nicht völlig verschließen wer-

7 Vgl. dazu *Jost Delbrück*, *The Fight Against Global Terrorism: Self-Defense or Collective Security as International Police Action? Some Comments on the International Legal Implications of the „War Against Terrorism“*, GYIL 44 (2001), S. 9-24 (S. 15 ff.); *Thomas M. Franck*, *Terrorism and the Right of Self-Defense*, AJIL 95 (2001), S. 839-843 (S. 840); *Joachim Wolf*, *Terrorismusbekämpfung unter Beweisnot – Völkerrechtliche Informationsanforderungen im bewaffneten Konflikt*, HUV 2001, S. 204-215 (S. 211 ff.); *Albrecht Randelzhofer*, in: Bruno Simma (Hrsg.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Bd. I, 2. Aufl., München 2002, Art. 51 Rdnr. 34; *Pierre Michel Eisemann*, *Attaques du 11 septembre et exercice d'un droit naturel de légitime défense*, in: Karine Bannelier u.a. (Hrsg.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris 2002; S. 239-248 (S. 241 ff.); *Stefan Talmon*, *Grenzen der „Grenzenlosen Gerechtigkeit“*. Die völkerrechtlichen Grenzen der Bekämpfung des internationalen Terrorismus nach dem 11. September 2001, in: Wolfgang März (Hrsg.), *An den Grenzen des Rechts*, Berlin 2003, S. 101-183 (S. 142 ff., 151 ff.); *Carsten Stahn*, *„Nicaragua is dead, long live Nicaragua“ – the Right to Self-Defence Under Art. 51 UN-Charter and International Terrorism*, in: Christian Walter u.a. (Hrsg.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, Berlin 2004, S. 827-877 (S. 835, 848 ff.); *Yoram Dinstein*, *War, Aggression and Self-Defence*, 4. Aufl., Cambridge 2005, S. 204 ff.; *Thomas Bruha/Christian J. Tams*, *Self-Defence Against Terrorist Attacks. Considerations in the Light of the ICJ's „Israeli Wall“ Opinion*, in: Klaus Dicke u.a. (Hrsg.), *Weltinnenrecht – Festschrift für Jost Delbrück*, Berlin 2005, S. 85-100 (S. 92 ff.); *Christiane Wandscher*, *Internationaler Terrorismus und Selbstverteidigungsrecht*, Berlin 2006, S. 232 ff.; *Michael Bothe*, in: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 4. Aufl., Berlin 2007, 8. Abschnitt Rdnr. 19; *Gregor Wettberg*, *The International Legality of Self-Defense Against Non-State Actors*, Frankfurt a.M. 2007, S. 211 ff.; *Andreas Zimmermann*, *The Second Lebanon War: Jus ad bellum, jus in bello and the Issue of Proportionality*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 11 (2007), S. 99-141 (S. 115 ff.); *Christian J. Tams*, *The Use of Force against Terrorists*, EJIL 20 (2009), S. 359-397 (S. 378 ff.); jeweils m.w.N.

8 Zahlreiche Nachweise zur traditionellen und zur neueren Auslegung des Art. 51 UNCh bei *Tams* (Fn. 7), S. 362 ff.; *Wandscher* (Fn. 7), S. 138 f., 222 ff.

9 S/RES/1368 (2001) vom 12. September 2001, in deren Präambel es heißt: „Recognizing the inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter, [...]“, und S/RES/1373 (2001) vom 28. September 2001, in deren Präambel diese Anerkennung des Selbstverteidigungsrechts noch einmal bestätigt wird.

10 So heißt es in dem Gutachten zu den „Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory“ vom 9. Juli 2004 in § 139: „Article 51 of the Charter [...] recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of armed attack by one State against another State. However, Israel does not claim that the attacks against it are imputable to a foreign State.“, ICJ Rep. 2004, 136 (194).

de.¹¹ Diese gewandelte Auslegung führt allerdings zu einer ganzen Reihe von rechtlichen Folgeproblemen. Zu klären bleibt nämlich, gegen wen sich die Selbstverteidigungshandlungen richten dürfen – z.B. nur gegen al-Qaida, die Taliban und ihre Unterstützer oder auch gegen andere islamistische Organisationen, die ähnliche Ziele verfolgen –, inwieweit Staaten, denen terroristische Handlungen nicht selbst zugerechnet werden können, dennoch Selbstverteidigungsmaßnahmen anderer Staaten gegen Terroristen auf ihrem Staatsgebiet dulden müssen, und schließlich, wie lange die Berufung auf das Selbstverteidigungsrecht andauern kann.¹²

Ist die Berufung auf das Selbstverteidigungsrecht gut siebeneinhalb Jahre nach den Anschlägen in New York und Washington noch zulässig? Die OEF-Teilnehmerstaaten – und damit auch Deutschland – gehen unter Verweis auf weitere Anschläge in den Folgejahren davon aus, dass die von al-Qaida, den Taliban und ihren Unterstützern ausgehende Gefahr noch andauert und daher die Voraussetzungen des Selbstverteidigungsrechts weiterhin erfüllt sind.¹³ Die Annahme einer andauernden Gefahr findet eine Bestätigung in einer Resolution des Sicherheitsrates vom Juni 2008, in der von „the ongoing and direct threat posed by Al-Qaida, Usama bin Laden and the Taliban“ die Rede ist.¹⁴ Reicht aber die andauernde Gefahr künftiger Anschläge bzw. Angriffe für die Berufung auf das Selbstverteidigungsrecht aus?

Ohne auf die streitigen Diskussionen zu Beginn und Ende des Selbstverteidigungsrechts näher eingehen zu können, soll eine Tendenz aufgezeigt werden, die sich der Staatenpraxis entnehmen lässt. Es scheint inzwischen weitgehend Einigkeit darüber zu bestehen, dass das Selbstverteidigungsrecht gegen einen zukünftigen Angriff nur in Anspruch genommen werden kann, wenn dieser nach der *Webster-* bzw. *Caroline-*Formel von 1842 unmittelbar bevorsteht und dem betroffenen Staat keine andere Wahl mehr lässt, als ihm seinerseits durch den Einsatz militärischer Gewalt zuvorzukommen.¹⁵ Ein solches

11 In dem Urteil zu den „Armed Activities on the Territory of Congo (Dem. Rep. Congo v. Uganda)“ vom 19. Dezember 2005 heißt es dazu in § 147: „For all these reasons, the Court finds that the legal and factual circumstances for the exercise of a right of self-defence by Uganda against the DRC were not present. Accordingly, the Court has no need to respond to the contentions of the Parties as to whether and under what conditions contemporary international law provides for a right of self-defence against large-scale attacks by irregular forces.“, abrufbar unter: <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf> (Stand: 11. August 2009).

12 Dazu *Wolff Heintschel von Heinegg/Tobias Gries*, Der Einsatz der Deutschen Marine im Rahmen der Operation „Enduring Freedom“, AVR 40 (2002), S. 145-182 (S. 157 ff.); *Thomas Bruha*, Gewaltverbot und humanitäres Völkerrecht nach dem 11. September 2001, AVR 40 (2002), S. 383-421 (S. 393 ff.); *ders./Matthias Bortfeld*, Terrorismus und Selbstverteidigung, Vereinte Nationen 49 (2001), S. 161-167 (S. 165 f.); *Rüdiger Wolfrum*, Fighting Terrorism at Sea: Options and Limitations under International Law, in: Jochen Abr. Frowein u.a. (Hrsg.), Verhandeln für den Frieden – Liber Amicorum Tono Eitel, Berlin 2003, S. 649-668 (S. 664 f.).

13 Dazu heißt es in der Begründung des Antrags der Bundesregierung zur Fortsetzung des OEF-Einsatzes im Oktober 2008: „Der Angriff im Sinne des Artikels 51 der Charta der Vereinten Nationen war nicht mit den Anschlägen des 11. September 2001 abgeschlossen, sondern wurde fortgesetzt, hat auch in weiteren Anschlägen (z.B. in London und Madrid) seinen Ausdruck gefunden und dauert bis heute an.“, BT-DrS. 16/10720 vom 29. Oktober 2008, S. 4.

14 S/RES/1822 (2008) vom 30. Juni 2008.

15 Diese Formel geht auf einen Vorfall aus dem Jahr 1837 zurück, bei dem britische Streitkräfte auf US-Territorium vordrangen und ein Schiff namens „Caroline“ zerstörten, weil sie es verdächtigten, kanadischen Rebellen im Aufstand gegen britische Truppen in Kanada Waffen zu liefern. In der nachfolgenden Auseinandersetzung zwischen den USA und Großbritannien hielt der amerikanische Außenminister *Webster* in einem Brief an *Lord Ashburton* vom 8. August 1842 fest, dass Maßnahmen auf Grund

antizipatorisches Selbstverteidigungsrecht (anticipatory self-defence) wird weitgehend anerkannt. Ein weitergehendes präemptives Selbstverteidigungsrecht (pre-emptive self-defence), das auch Maßnahmen zur Abwehr zeitlich unbestimmter, latenter Gefahren erlaubt,¹⁶ wird bisher zu Recht ganz überwiegend abgelehnt.¹⁷ Die Abwehr der letztgenannten Gefahren gehört nach dem in der UN-Charta angelegten Friedenssicherungssystem nicht zuletzt in den Aufgabenbereich des Sicherheitsrates.¹⁸

Wird schon die Frage nach dem zulässigen Beginn der Selbstverteidigungsmaßnahmen uneinheitlich beantwortet, so herrscht in Bezug auf die Frage nach dem Ende solcher Maßnahmen noch weniger Klarheit. Man könnte argumentieren, dass die Ausweitung des „bewaffneten Angriffs“ auf Maßnahmen internationaler Terroristen *per se* auch eine gewandelte extensive Auslegung hinsichtlich der zeitlichen Dauer von Selbstverteidigungsmaßnahmen nach sich ziehen müsste. Das hieße, dass Selbstverteidigungsmaßnahmen so lange gerechtfertigt wären, bis das gesamte Terroristennetzwerk unschädlich gemacht worden wäre und keine hinreichende Gefahr zukünftiger Anschläge mehr bestünde. Eine so weitreichende Auslegung steht aber weder mit dem Wortlaut des Art. 51 UNCh noch mit dem Sinn und Zweck des Selbstverteidigungsrechts im Einklang. Das Selbstverteidigungsrecht dient dazu, dem angegriffenen Staat die Abwehr bzw. das Zurückschlagen eines bewaffneten Angriffs und die Wiederherstellung seiner Sicherheit zu ermöglichen. Dabei ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.¹⁹ D.h., die Abwehrmaßnahmen dürfen nicht über das hinausgehen, was in der konkreten Situation zur Abwehr des Angriffs erforderlich ist. Damit ist dem Selbstverteidigungsrecht der Zweck der Verteidigung gegen einen konkreten Angriff inhärent. Vergeltungsmaßnahmen oder auch die Abwehr zukünftiger unbestimmter Gefahren sind von diesem Zweck nicht gedeckt. Insofern ist an der traditionellen restriktiven Auslegung festzuhalten.²⁰

Außerdem steht das Selbstverteidigungsrecht dem angegriffenen Staat und seinen Verbündeten nur so lange zu, „bis der Sicherheitsrat die zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit erforderlichen Maßnahmen getroffen hat“. Diese Befristung und die Notifizierungspflicht machen deutlich, dass Art. 51 UNCh das Ziel verfolgt, den Einsatz unilateraler militärischer Gewalt ohne Autorisierung des Sicherheitsrates so weit wie möglich zu begrenzen.²¹ Wendet man diese Kriterien auf den Einsatz der Seestreitkräfte im Rahmen der Operation „Enduring Freedom“ an, so lässt sich

präventiver Selbstverteidigung nur zulässig seien, wenn „the necessity of that self-defence is instant, overwhelming, and leaving no choice of means, and no moment for deliberation.“, abgedruckt in: *John B. Moore, A Digest of International Law*, Bd. 2, Washington, D.C. 1906, S. 412.

16 White House, *The National Security Strategy of the United States of America*, Washington, D.C., September 2002, abrufbar unter: <http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf> (Stand: 11. August 2009).

17 Zu diesem Ergebnis kommt auch *Tams* (Fn. 7), S. 389 f., m.w.N.

18 Auch der IGH macht im Kongo-Urteil von 2005 (Fn. 11), § 148, deutlich: „Article 51 of the Charter may justify a use of force in self-defence only within the strict confines there laid down. It does not allow the use of force by a State to protect perceived security interests beyond these parameters. Other means are available to a concerned State, including, in particular, recourse to the Security Council.“

19 Dazu ausführlich *Zimmermann* (Fn. 7), S. 122 ff.; *Wettberg* (Fn. 7), S. 215 ff.

20 Dazu näher *Tams* (Fn. 7), S. 367 ff., m.w.N.

21 *Zimmermann* (Fn. 7), S. 125; *Wettberg* (Fn. 7), S. 213 f.; *Horst Fischer*, in: Knut Ipsen (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Aufl., München 2004, § 59 III., S. 1086 ff. (S. 1094 f.); *Randelzhofer* (Fn. 7), Art. 51 Rdnr. 41; *Wandscher* (Fn. 7), S. 177.

Folgendes feststellen: Großräumige, über Jahre andauernde routinemäßige Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen auf See gegenüber einer Vielzahl von Handelsschiffen überschreiten das Maß des Erforderlichen und sind daher unverhältnismäßig.²² Sie sind zudem nicht mehr von dem Verteidigungszweck erfasst, sondern dienen vielmehr der Abwehr latenter zukünftiger Gefahren durch den internationalen Terrorismus. Hinzu kommt, dass der Sicherheitsrat inzwischen zahlreiche Maßnahmen zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus angeordnet hat, wenn er auch die Staaten bisher nicht ausdrücklich zur Anwendung militärischer Gewalt gegenüber internationalen Terroristen ermächtigt hat.²³ Dabei hat er die wichtige Führungsrolle betont, die die Vereinten Nationen bei diesen Anstrengungen spielen.²⁴ Aus diesen Gründen ist die fortdauernde Berufung auf das Selbstverteidigungsrecht zur Rechtfertigung routinemäßiger Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen auf See zunehmend zweifelhaft und daher abzulehnen. Selbst wenn die Maßnahmen anfangs vom Selbstverteidigungsrecht in seiner gewandelten Auslegung gedeckt waren, so gehen sie inzwischen über die zeitliche Begrenzung dieses Rechts hinaus.²⁵ Wollte man der Argumentation der OEF-Teilnehmerstaaten folgen, so würde das gemäß Art. 51 UNCh begrenzte Selbstverteidigungsrecht zu einem zeitlich unbegrenzten Recht zur Vornahme allgemeiner Gefahrenabwehrmaßnahmen unter Einsatz militärischer Gewalt mutieren. Dies würde dem Sinn und Zweck des Art. 51 UNCh, den Einsatz unilateraler Gewalt zu begrenzen und einzuhengen, entgegenstehen. Um Missverständnissen vorzubeugen: Eine Berufung auf das Selbstverteidigungsrecht ist nach der *Webster*-Formel selbstverständlich dann zulässig, wenn hinreichende Erkenntnisse dafür vorliegen, dass ein bestimmtes Schiff – wie die Flugzeuge am 11. September 2001 – als Waffe gegen Einrichtungen an Land oder gegen andere Schiffe bzw. Anlagen auf See eingesetzt werden soll oder dass von einem Schiff aus Waffen gegen solche Einrichtungen abgefeuert werden sollen, vorausgesetzt, der Angriff steht unmittelbar bevor und ist in seinem Ausmaß hinreichend intensiv.

22 So auch *Wolff Heintschel von Heinegg*, *The United Nations Convention on the Law of the Sea and Maritime Security Operations*, GYIL 48 (2005), S. 151-185 (S. 170). Nach Aussage der kanadischen Streitkräfte sind im Rahmen von OEF allein von Oktober 2001 bis Oktober 2003 mehr als 1 100 Handelsschiffe angehalten und überprüft worden; zehntausende von Handelsschiffen sind über Funk befragt worden. Vgl. dazu *Patricia Jimenez Kwast*, *Maritime Interdiction of Weapons of Mass Destruction in an International Legal Perspective*, NYIL 38 (2007), S. 163-241 (S. 235, Fn. 416). Insgesamt ist es schwierig, verlässliche Informationen über den Umfang der Interdiktionsmaßnahmen im Rahmen von OEF zu erhalten. Bis Dezember 2008 sind nach Informationen der NATO im Rahmen von OAE 148 Schiffe von Bordkommandos überprüft und mehr als 100 000 Schiffe per Funk befragt worden, vgl. NATO Allied Maritime Component Command Naples, *Operation Active Endeavour*, 11. Dezember 2008, http://www.jfcnaples.nato.int/JFCN_Operations/ActiveEndeavour/Endeavour.htm (Stand: 11. August 2009). Allerdings werden die letztgenannten Überprüfungen an Bord nur mit Zustimmung des Kapitäns und des Flaggenstaats vorgenommen; dazu *Kwast*, ebenda, S. 233 f.

23 Die wichtigsten diesbezüglichen Sicherheitsratsresolutionen sind aufgelistet unter www.un.org/terrorism/sc-res.shtml (Stand: 11. August 2009). Dazu auch *Tams* (Fn. 7), S. 375 f.

24 Dazu heißt es in der Präambel der Sicherheitsratsresolution 1822 (2008): „Reaffirming the need to combat by all means [...] threats to the international peace and security caused by terrorist acts, *stressing in this regard the important role the United Nations plays in leading and coordinating this effort*“ (Hervorhebung durch die Verf.).

25 So auch *Tams* (Fn. 7), S. 390 f., der zu Recht darauf hinweist, dass eine so weitreichende Auslegung des Selbstverteidigungsrechts quasi durch die Hintertür die nach heutigem Völkerrecht unzulässigen Gegenmaßnahmen unter Einsatz militärischer Gewalt wieder einführen würde. A.A. wohl *Wettberg* (Fn. 7), S. 218 ff., 229.

(2) *Das ius in bello*

Von den Voraussetzungen des soeben betrachteten *ius ad bellum* ist die Anwendbarkeit des *ius in bello* zu unterscheiden, also die Frage, welche Art von Maßnahmen in Ausübung des Selbstverteidigungsrechts ergriffen werden dürfen. Dabei ist zu prüfen, ob es in der besonderen Situation einer bewaffneten Auseinandersetzung zwischen einer Gruppe von Staaten und einem Terrornetzwerk Rechtsregeln gibt, die das Anhalten und Durchsuchen von Schiffen unter fremder Flagge auf Hoher See ohne Einverständnis des Flaggenstaats erlauben. In Friedenszeiten gelten die Bestimmungen des UN-Seerechtsübereinkommens von 1982 und das entsprechende Völkergewohnheitsrecht. Danach übt allein der Flaggenstaat auf Hoher See – und in dem hier interessierenden Zusammenhang gilt dies auch für die Ausschließliche Wirtschaftszone – Hoheitsgewalt über die Schiffe unter seiner Flagge aus (Art. 92 UNCLOS). Abgesehen von besonderen vertraglichen Vereinbarungen, haben Kriegsschiffe anderer Staaten nur in eng begrenzten Ausnahmefällen, die u.a. Piraterie, Sklavenhandel und Schiffe ohne Flagge umfassen, das Recht, ein Schiff anzuhalten und zu überprüfen (Art. 110 UNCLOS).²⁶ Die Suche nach Terroristen und für sie vorgesehenen Waffen und Nachschub fällt nicht unter diese Ausnahmenvorschrift. In allen anderen Fällen bedarf es der Zustimmung des Flaggenstaats.

Man könnte allerdings daran denken, im so genannten „Krieg gegen den Terror“ die Regeln des Seekriegsrechts und der maritimen Neutralität heranzuziehen. Diese erlauben es den Seestreitkräften eines kriegführenden Staates, ein Handelsschiff unter der Flagge eines neutralen Staates anzuhalten, zu durchsuchen und gegebenenfalls zu beschlagnahmen, wenn hinreichende Gründe für den Verdacht bestehen, dass das neutrale Schiff Ladung führt, die für die Anstrengungen des Kriegsgegners förderlich ist (Konterbande).²⁷ Voraussetzung hierfür ist jedoch nach bisheriger Auffassung das Vorliegen eines internationalen bewaffneten Konflikts, also eines Konflikts zwischen Staaten.²⁸ Ein solcher ist – jedenfalls nach der Etablierung der Regierung *Karzai* – nicht mehr gegeben. Damit sind – so wohl auch die herrschende Auffassung unter den europäischen OEF-Teilnehmerstaaten – die Regelungen des Seekriegsrechts und der maritimen Neu-

26 Für eine weitgehende Gleichbehandlung von Piraten und Terroristen vgl. *Douglas R. Burgess*, *Hostis Humani Generi: Piracy, Terrorism and a New International Law*, *University of Miami International and Comparative Law Review* 13 (2005-2006), S. 93-341.

27 Dazu ausführlich *Wolff Heintschel von Heinegg*, *Seekriegsrecht und Neutralität im Seekrieg*, Berlin 1995, S. 566 ff.; *ders./Gries* (Fn. 12), S. 177 ff.; *ders.*, *Current Legal Issues in Maritime Operations: Maritime Interception Operations in the Global War on Terrorism, Exclusion Zones, Hospital Ships and Maritime Neutrality*, *Israel Yearbook on Human Rights* 34 (2004), S. 151-178 (S. 162 ff.); *ders.*, *UNCLOS and Maritime Security Operations* (Fn. 22), S. 154 ff. Die heute allgemein anerkannten Regelungen des Seekriegsrechts und der maritimen Neutralität sind zusammengestellt vom International Institute on Humanitarian Law, in: *Louise Doswald-Beck* (Hrsg.), *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, Cambridge 1995 (die Regelungen zu Überprüfung und Aufbringen von Handelsschiffen und zivilen Luftfahrzeugen sind in Teil V, §§ 112-158, dargestellt und kommentiert) und von der International Law Association in den *Helsinki Principles on the Law of Maritime Neutrality*, *Final Report of the Committee on Maritime Neutrality*, Report of the 68th Conference, Taipei 1998, S. 496-521 (S. 497 ff.).

28 Vgl. statt aller *Wolff Heintschel von Heinegg*, *The Legality of Maritime Interception/Interdiction Operations within the Framework of Operation Enduring Freedom*, *International Law Studies* 79 (2003), S. 255-273 (S. 259), m.w.N.

tralität nicht (mehr) unmittelbar anwendbar.²⁹ Allerdings wird diese Auffassung nicht von allen OEF-Teilnehmerstaaten geteilt.³⁰ Auch hier könnte man die Ansicht vertreten, dass sich das diesbezügliche Völkergewohnheitsrecht in einem Wandel befinde und folglich nicht-einverständliche Interdiktionen fremder Handelsschiffe unter Rückgriff auf die Rechtsinstitute des traditionellen Seekriegsrechts erlaubt seien. Gegen eine gewandelte Rechtsauffassung spricht allerdings die Praxis der meisten OEF-Teilnehmerstaaten (soweit dazu öffentliche Informationen zu erhalten sind), der zufolge vor dem Anbordgehen das Einverständnis des Flaggenstaats oder zumindest des Kapitäns herbeigeführt wird.³¹ Ob Letzteres – ein Einverständnis des Kapitäns – ausreicht, ist allerdings umstritten. Daher ist in Bezug auf die Handlungen, die an Bord vorgenommen werden dürfen, zu differenzieren. Da der Kapitän für das Schiff, die Mannschaft und die Aufrechterhaltung der Ordnung an Bord zuständig ist, dürfte sein Einverständnis ausreichen, soweit lediglich eine Überprüfung der Dokumente und ein Erkundungsgang über das Schiff durchgeführt werden. Der kontrollierende Staat dürfte in diesem Fall die Schifffahrtsfreiheit des Flaggenstaats noch nicht beeinträchtigen. Durchsetzungsmaßnahmen wie Durchsuchungen und Beschlagnahmen erfordern dagegen immer das Einverständnis des Flaggenstaats, weil damit in dessen Jurisdiktionsrechte eingegriffen wird.³² Selbst wenn man das Einverständnis des Kapitäns nicht genügen lassen wollte,³³ erlaubt die Tatsache, dass für eine Interdiktion jedenfalls irgendeine Form der Zustimmung gesucht wird, den Schluss, dass die betreffenden Staaten nicht von einer analogen Anwendbarkeit der Regeln des Seekriegs- und des maritimen Neutralitätsrechts ausgehen, sondern prinzipiell die Regelungen des UN-Seerechtsübereinkommens und des allgemeinen Völkerrechts zugrunde legen.

b) Die Sicherheitsratsresolutionen 1368 (2001) und 1373 (2001)

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die bereits erwähnten Sicherheitsratsresolutionen 1368 und insbesondere 1373 eine eigenständige Ermächtigung zur Vornahme solcher Maßnahmen enthalten. In der Präambel der Resolution 1373 erkennt der Sicherheitsrat die Notwendigkeit an, Bedrohungen des internationalen Friedens und der Sicherheit durch Terrorakte „mit allen Mitteln (by all means)“ zu bekämpfen. Im operativen Teil, der auf Kapitel VII beruht und gemäß Art. 25 UNCh rechtsverbindlich ist, werden alle

29 Vgl. *Wolff Heintschel von Heinegg*, Security at Sea: Legal Restraints or Lack of Political Will? Comments on Keynote Address by Admiral Hoch, in: Myron H. Nordquist u.a. (Hrsg.), *Legal Challenges in Maritime Security*, Leiden/Boston 2008, S. 133-148 (S. 143 f.). Dazu auch *Kwast* (Fn. 22), S. 236 f., die einen hohen britischen Offizier dahingehend zitiert, dass „although maritime units may use force such as is necessary and proportional, they may be required to do so within the peacetime rules and conventions which apply at sea [and hence requires a] fairly conservative view of the doctrine of flag state consent.“, m.w.N.

30 Dazu *Jon M. Van Dyke*, The disappearing right to navigational freedom in the exclusive economic zone, *Marine Policy* 29 (2005), S. 107-121 (S. 118 f.), der amerikanische Quellen, insb. das US Defense Institute of International Legal Studies, zitiert, denen zufolge MIOs auch ohne Zustimmung des Flaggenstaats und, wenn nötig, unter Anwendung von Gewalt durchgeführt werden können.

31 *Kwast* (Fn. 22), S. 237 f.; vgl. zur deutschen Praxis *Georg Witschel*, *Mare liberum* and Maritime Security: Contradiction or Complement?, Keynote Address, in: Nordquist u.a. (Fn. 29), S. 101-116 (S. 116), und während der anschließenden Diskussion, S. 124 und 129.

32 So auch *J. Ashley Roach*, in: Nordquist u.a. (Fn. 29), S. 125 f.; *Craig H. Allen*, *Maritime Counterproliferation Operations and the Rule of Law*, Westport, Connecticut/London 2007, S. 129.

33 So *Kwast* (Fn. 22), S. 175 f.

UN-Mitgliedstaaten u.a. dazu verpflichtet, Terroristen weder aktiv noch passiv zu unterstützen und dabei auch deren Belieferung mit Waffen auszuschließen. Zudem trifft sie die Pflicht, alle notwendigen Schritte zu unternehmen, um die Begehung terroristischer Akte zu verhindern.³⁴ Weder in dieser noch in späteren Resolutionen werden die UN-Mitgliedstaaten aber ausdrücklich dazu ermächtigt, Schiffe unter fremder Flagge anzuhalten und zu durchsuchen sowie verdächtige Personen festzunehmen oder verdächtige Ladung zu beschlagnahmen. Kann man diese Resolutionen dennoch in einer Weise auslegen, die auch solche Maßnahmen auf Hoher See erlaubt?

Hierzu ist folgende Auffassung vertreten worden: Aufgrund der in Resolution 1373 aufgeführten Pflichten seien alle Staaten – folglich auch alle Flaggenstaaten – verpflichtet, Waffenlieferungen an Terroristen oder andere Unterstützungshandlungen zu verhindern. Daraus folge die Verpflichtung eines Flaggenstaats, gegen solche Handlungen auf Schiffen unter seiner Flagge einzuschreiten. Sei er dazu nicht in der Lage, so dürfe er jedenfalls einer Überprüfung des Schiffes durch ein fremdes Kriegsschiff nicht widersprechen, solange ein hinreichender Verdacht bestehe und die Maßnahme das Verhältnismäßigkeitsprinzip wahre. In diesem Fall erfülle der Staat, dessen Seestreitkräfte tätig würden, eigentlich eine Verpflichtung des Flaggenstaats. Dessen ausdrückliches Einverständnis sei nicht erforderlich, weil eine Verweigerung desselben einen Verstoß gegen die Pflichten aus Resolution 1368 und 1373 darstelle.³⁵ Kann man aber aus der Verpflichtung des Flaggenstaats, seine eigenen Schiffe zu kontrollieren, ohne Weiteres darauf schließen, dass andere Staaten diese Pflicht ohne sein Einverständnis oder gar gegen seinen Willen für ihn wahrnehmen können? Vermag eine so weitreichende Auslegung der beiden Sicherheitsratsresolutionen zu überzeugen?

Dafür spricht, dass der Wortlaut der Resolutionen eine implizite Ermächtigung derjenigen Staaten, die sich auf das Selbstverteidigungsrecht berufen können, nicht ausschließt, sondern sogar nahelegt. Zudem fördert sie das Ziel der Resolutionen, den internationalen Terrorismus, der vom Sicherheitsrat wiederholt als eine Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit bezeichnet wurde, effektiv zu bekämpfen. Gegen eine extensive Auslegung spricht allerdings Folgendes: Sicherheitsratsresolutionen, die auf der Grundlage von Kapitel VII ergehen und rechtsverbindliche Pflichten für die Mitgliedstaaten festlegen, sollten restriktiv ausgelegt werden. Denn hier greift der Sicherheitsrat beträchtlich in die souveränen Rechte der Mitgliedstaaten ein. Wenn er die Staaten entgegen den anerkannten Regelungen des Seevölkerrechts zu nicht-einver-

34 Dazu heißt es in Resolution 1373 :
„Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations,
[...]

2. *Decides also* that all States shall:

(a) Refrain from providing any form of support, active or passive, to entities or persons involved in terrorist acts, including by suppressing recruitment of members of terrorist groups and eliminating the supply of weapons to terrorists;

(b) Take the necessary steps to prevent the commission of terrorist acts, including by provision of early warning to other States by exchange of information;

(c) [...]“.

35 So *Wolfrum*, in: FS Tono Eitel (Fn. 12), S. 666 f.; eine aktualisierte und erweiterte Fassung ist abgedruckt in: Nordquist u.a. (Fn. 29), S. 3-40 (S. 37); *Heintschel von Heinegg*, Operation Enduring Freedom (Fn. 28), S. 261 f.; *ders.*, Legality of Maritime Interception Operations within the Framework of Operation Enduring Freedom, in: Michael Bothe/Mary Ellen O’Connell/Natalino Ronzitti (Hrsg.), Redefining Sovereignty: The Use of Force After the Cold War, Ardsley, N.Y. 2005, S. 365-385 (S. 376 f.).

ständlichen Interdiktionsmaßnahmen gegenüber Handelsschiffen unter fremder Flagge hätte ermächtigen wollen, so hätte er dies im operativen Teil klar zum Ausdruck bringen können. Dies hat er in früheren Resolutionen, z.B. 1990 zum Irak und 1993 zu Haiti, auch getan.³⁶ Für eine restriktive Auslegung lässt sich zudem anführen, dass es sich bei dem Grundsatz der ausschließlichen Flaggenstaatsjurisdiktion und der damit zugleich geschützten Freiheit der Seeschifffahrt auf Hoher See um zwei fundamentale Grundsätze des Internationalen Seerechts handelt, die nur auf gesicherter Rechtsgrundlage wie z.B. durch einen völkerrechtlichen Vertrag eingeschränkt werden sollten. Aus diesen Gründen vermag die vorgeschlagene extensive Auslegung der Sicherheitsratsresolutionen nicht zu überzeugen.³⁷ Dass auch manche OEF-Teilnehmerstaaten Zweifel an der Tragfähigkeit einer solchen extensiven Auslegung hegen, lässt sich wiederum daraus ableiten, dass in der Praxis regelmäßig um das Einverständnis des Flaggenstaats oder zumindest des Kapitäns nachgesucht wird.

Da sich die Frage, ob sich nicht-einverständliche Interdiktionen als Gegenmaßnahmen rechtfertigen lassen, auch im Hinblick auf die Verhinderung der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen stellt, sollen zuvor die diesbezüglichen Aktivitäten kurz beleuchtet werden.

2. Verhinderung der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen über See

Grundlage der Interdiktionsmaßnahmen auf Hoher See zur Verhinderung der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen sind bisher Vereinbarungen im Rahmen der „Proliferation Security Initiative (PSI)“ und die Sicherheitsratsresolution 1540 aus dem Jahr 2004.

a) Die „Proliferation Security Initiative“

Bekanntlich hat der vormalige US-Präsident *George W. Bush* im Mai 2003 in Krakau den Anstoß für eine gemeinsame Initiative möglichst vieler Staaten gegeben, um den Transport von Massenvernichtungswaffen – kurz: WMD – und ihrer Komponenten insbesondere über See zu verhindern. Diese sollen weder in den Besitz bestimmter Staaten wie Nordkorea, Iran, Libyen oder Syrien noch in die Hände verdächtiger nicht-staatlicher Akteure gelangen. Problematisch ist allerdings, dass unter die Gegenstände, deren Transport überwacht werden soll, auch zahlreiche so genannte „Dual-Use-Güter“

36 S/RES/668 (1990) vom 29. November 1990 (Irak) und S/RES/875 (1993) vom 16. Oktober 1993 (Haiti); dazu näher *Sandra L. Hodgkinson u.a.*, Challenges to Maritime Interception Operations in the War on Terror: Bridging the Gap, *American University International Law Review* 22 (2006/07), S. 583-671 (S. 614 ff. und 618 f.). Vgl. zuletzt S/RES/1874 (2009) vom 12. Juni 2009 (Nordkorea), in der die Mitgliedstaaten ausdrücklich aufgefordert werden, Schiffe unter fremder Flagge auf Hoher See zu überprüfen, allerdings nur mit Zustimmung des Flaggenstaats (Ziff. 12). Sollte der Flaggenstaat nicht zustimmen, so wird er durch die Resolution verpflichtet, das Schiff in einen ihm genehmen Hafen zu beordern, damit die dortigen Behörden eine Inspektion vornehmen können (Ziff. 13).

37 So im Ergebnis auch *Thomas Giegerich*, Sicherheit auf See: Maßnahmen gegen die Verschiffung von Massenvernichtungswaffen an internationale Terroristen nach Völkerrecht und nach deutschem Recht, in: *Andreas Zimmermann/Christian J. Tams* (Hrsg.), Seesicherheit vor neuen Herausforderungen, Kiel 2008, S. 5-33 (S. 9 f.); *Rainer Lagoni*, Kommentar: Schifffahrtsfreiheit und Transport von Massenvernichtungswaffen für Terroristen, ebenda, S. 35-41 (S. 39); *Alexander Proelß*, Kommentar: Maritime Sicherheit im Blickfeld von Völker- und Verfassungsrecht, ebenda, S. 69-78 (S. 73).

fallen, die sowohl militärisch als auch zivil genutzt werden können. Es bedarf daher in der Regel Geheimdienstinformationen, um den Verdacht einer illegalen Nutzung zu untermauern und entsprechende Kontrollen zu veranlassen.

Hinter dieser Initiative stand unter anderem die Hoffnung der USA, den Boden für die Akzeptanz eines neuen Interdiktionsrechts auf Hoher See im Kampf gegen den internationalen Terrorismus und gegen so genannte „Schurkenstaaten“ bereiten zu können. Bei der PSI handelt es sich um eine Form der politischen Zusammenarbeit von inzwischen über 90 Staaten³⁸ mit dem Ziel, ihre nationalen Maßnahmen effektiver auszugestalten und auf internationaler Ebene besser zu koordinieren. Wie viele Interdiktionsmaßnahmen im Rahmen der PSI tatsächlich durchgeführt worden sind, ist nicht bekannt, weil die entsprechenden Informationen aus Geheimhaltungsgründen weitgehend nicht veröffentlicht werden.³⁹ Im September 2003 sind die rechtlich nicht verbindlichen Interdiktionsgrundsätze („Interdiction Principles“)⁴⁰ verabschiedet worden, die u.a. Maßnahmen zum Anhalten, Durchsuchen und zur Beschlagnahme von verdächtiger Ladung an Bord von Schiffen in den einzelnen Meereszonen vorsehen. Die Teilnehmerstaaten sollen diese Maßnahmen im Einklang mit ihrem nationalen Recht und ihren internationalen Verpflichtungen ergreifen.⁴¹ Sie werden insbesondere dazu aufgefordert, gegen Schiffe unter eigener Flagge vorzugehen und die Erteilung ihrer Zustimmung zu entsprechenden Maßnahmen anderer PSI-Teilnehmer an Bord ihrer Schiffe „ernsthaft zu erwägen“.⁴² Über die Vereinbarkeit der im Rahmen der PSI vorgesehenen Interdik-

38 Ursprünglich waren neben den USA 10 weitere enge Verbündete beteiligt: Australien, Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Italien, Japan, die Niederlande, Polen, Portugal und Spanien. Inzwischen gibt es 20 „Kernstaaten“, die großenteils der NATO angehören und in der „Operational Experts Group“ zusammenarbeiten. Insgesamt sind 95 Staaten an der PSI beteiligt, die in unterschiedlicher Intensität zusammenarbeiten (Stand: 27. Mai 2009); abrufbar unter: <http://www.state.gov/t/isn/c27732.htm> (Stand: 11. August 2009). Damit sind ca. 75% der Welthandelsschiffsflotte erfasst. Die EU und die NATO haben die PSI in entsprechenden Erklärungen ausdrücklich unterstützt. Gegner der PSI sind insbesondere Nordkorea, China, Indien, Kuba und Russland, das sich allerdings 2004 der PSI angeschlossen hat. Vgl. dazu *Kwast* (Fn. 22), S. 209, m.w.N.; *Yann-Huei Song*, *The U.S.-Led Proliferation Security Initiative and UNCLOS: Legality, Implementation, and an Assessment*, *Ocean Development and International Law* 38 (2007), S. 101-145 (S. 104 ff.).

39 Vgl. dazu *Song* (Fn. 38), S. 132 ff., der auf der Grundlage von Regierungsinformationen der USA für den Zeitraum von September 2004 bis Mai 2005 lediglich neun Interdiktionen auflisten konnte. Für zwei weitere Interdiktionen waren nähere Informationen nicht erhältlich. Keine dieser Interdiktionen fand auf Hoher See statt.

40 Proliferation Security Initiative: Statement of Interdiction Principles, abgedruckt in: Fact Sheet, The White House, Office of the Press Secretary, Washington, D.C., vom 4. September 2003.

41 Hierzu heißt es im Eingangssatz zu Ziffer 4: „Take specific actions in support of interdiction efforts regarding cargoes of WMD, their delivery systems, or related materials, to the extent their national legal authorities permit and consistent with their obligations under international law and frameworks, [...]“ (Hervorhebung durch die Verf.).

42 In Ziff. 4 lit. b und c heißt es:

„b. At their own initiative, or at the request and good cause shown by another state, to take action to board and search any vessel flying their flag in their internal waters or territorial seas, or areas beyond the territorial seas of any other state, that is reasonably suspected of transporting such cargoes to or from states or non-state actors of proliferation concern, and to seize such cargoes that are identified;
c. To seriously consider providing consent under the appropriate circumstances to the boarding and searching of its own flag vessels by other states, and to the seizure of such WMD-related cargoes in such vessels that may be identified by such states; [...]“.

tionsmaßnahmen mit dem Völkerrecht ist inzwischen viel geschrieben worden.⁴³ Besonders umstritten ist die Zulässigkeit der genannten Maßnahmen im Küstenmeer und in der Anschlusszone, weil hier das Recht auf friedliche Durchfahrt bzw. die Schifffahrtsfreiheit beachtet werden müssen.⁴⁴ Da sich diese Abhandlung, wie eingangs erwähnt, auf Interdiktionen auf der Hohen See und in der Ausschließlichen Wirtschaftszone beschränkt, sei hier nur Folgendes festgehalten: Die „Interdiction Principles“ sehen – entgegen der ursprünglichen Intention der USA – keine Interdiktionsmaßnahmen ohne Einverständnis des Flaggenstaats vor, sondern fordern die Teilnehmerstaaten im Gegenteil dazu auf, ihre Zustimmung gegenüber den übrigen Beteiligten zu erteilen. In der Folgezeit haben die USA neun weitgehend gleichlautende bilaterale „Boarding Agreements“, insbesondere mit so genannten „Billigflaggen-Ländern“, abgeschlossen, die sich an den bereits bestehenden „Boarding Agreements“ im Rahmen des Drogen- und des Menschenmuggels über See orientieren.⁴⁵ In diesen „Boarding Agreements“ ist insbesondere das Verfahren geregelt, nach dem die Zustimmung des Flaggenstaats eingeholt und erteilt werden soll.⁴⁶ Hat der Flaggenstaat innerhalb von zwei oder vier

43 Vgl. z.B. *Michael Byers*, Policing the High Seas: The Proliferation Security Initiative, *AJIL* 98 (2004), S. 526-545; *Christer Ahlström*, The Proliferation Security Initiative: international law aspects of the Statement of Interdiction Principles, *SIPRI Yearbook* 2005, S. 741-767; *Michael A. Becker*, The Shifting Public Order of the Oceans: Freedom of Navigation and the Interdiction of Ships at Sea, *Harvard International Law Journal* 46 (2005), S. 131-230; *Daniel H. Joyner*, The Proliferation Security Initiative: Nonproliferation, Counterproliferation, and International Law, *Yale Journal of International Law* 30 (2005), S. 507-548; *Stuart Kaye*, The Proliferation Initiative in the Maritime Domain, *Israel Yearbook on Human Rights* 35 (2005), S. 205-229; *Samuel E. Logan*, The Proliferation Security Initiative: Navigating the Legal Challenges, *Journal of Transnational Law & Policy* 14 (2005), S. 253-274; *Timothy C. Perry*, Blurring the Ocean Zones: The Effect of the Proliferation Security Initiative on the Customary International Law of the Sea, *Ocean Development and International Law* 37 (2006), S. 33-53; *Douglas Guilfoyle*, Maritime Interdictions of Weapons of Mass Destruction, *Journal of Conflict & Security Law* 12 (2007), S. 1-36; *Allen* (Fn. 32), S. 79 ff.; *Song* (Fn. 38), S. 103 ff.; jeweils m.w.N.

44 In Ziff. 4 lit. d heißt es:

„To take appropriate actions to (1) stop and/or search in their internal waters, territorial seas, and contiguous zones (when declared) vessels that are reasonably suspected of carrying such cargoes to or from states or non-state actors of proliferation concern and to seize such cargoes that are identified; and (2) to enforce conditions on vessels entering or leaving their ports, internal waters or territorial seas that are reasonably suspected of carrying such cargoes, such as requiring that such vessels be subjected to boarding, search, and seizure of such cargoes prior to entry.“

Vgl. zu den unterschiedlichen Auffassungen zur Rechtmäßigkeit dieser Maßnahmen einerseits *Logan* (Fn. 43), S. 256 ff., *Jack I. Garvey*, The International Institutional Imperative for Countering the Spread of Weapons of Mass Destruction: Assessing the Proliferation Security Initiative, *Journal of Conflict & Security Law* 10 (2005), S. 125-147 (S. 130 ff.), *Stuart Kaye*, Freedom of Navigation in a Post 9/11 World: Security and Creeping Jurisdiction, in: David Freestone/Richard Barnes/David M. Ong (Hrsg.), *The Law of the Sea, Progress and Prospects*, Oxford 2006, S. 347-364 (S. 356 ff.) und *Perry* (Fn. 43), S. 45 ff., die v.a. die Interdiktionsbefugnisse im Küstenmeer und in der Anschlusszone für nicht mit dem Seerechtsübereinkommen vereinbar halten, sowie andererseits *Kwast* (Fn. 22), S. 213 ff., *Song* (Fn. 38), S. 116 ff. und *Allen* (Fn. 32), S. 162 ff.

45 Vgl. zu den genannten „Boarding Agreements“ im Rahmen der Bekämpfung des Drogenschmuggels und des Menschenhandels *Allen* (Fn. 32), S. 125 ff.; *Byers* (Fn. 43), S. 538 ff.; *Becker* (Fn. 43), S. 179 ff.; *Hodgkinson* u.a. (Fn. 36), S. 648 ff.; ausführlich zu Interdiktionen im Bereich des Drogenhandels *Pieter J.J. van der Kruit*, *Maritime Drug Interdiction in International Law*, Diss. Utrecht 2007, insb. S. 171 ff.

46 „Boarding Agreements“ sind abgeschlossen worden zwischen den USA und Liberia (11. Februar 2004), Panama (12. Mai 2004), den Marshallinseln (13. August 2004), Kroatien (1. Juni 2005), Zypern (25. Juli 2005), Belize (4. August 2005), Malta (15. März 2007), der Mongolei (23. Oktober 2007) und den Bahamas (11. August 2008, noch nicht in Kraft); damit sind rund 50% der Welthandelsschifffahrt erfasst. Vgl. zu den Einzelheiten *Kwast* (Fn. 22), S. 215 ff.; *J. Ashley Roach*, *Proliferation Security Initiative (PSI)*:

Stunden nach Bestätigung des Erhalts der entsprechenden Anfrage nicht geantwortet, so gilt sein Einverständnis als erteilt.⁴⁷ Damit basieren diese Übereinkommen – zumindest formal⁴⁸ – auf dem Grundsatz der ausschließlichen Flaggenstaatsjurisdiktion und wahren mithin das Prinzip der Schifffahrtsweltfreiheit. Dieses Festhalten an den traditionellen Prinzipien des internationalen Seerechts ist zuweilen kritisiert worden.⁴⁹ Dabei wird allerdings nicht berücksichtigt, dass sich diese Prinzipien über Jahrhunderte herausgebildet haben und dazu dienen, den störungsfreien internationalen Handel über See zu garantieren sowie Konflikte zwischen den beteiligten Staaten zu vermeiden.⁵⁰

b) Die Sicherheitsratsresolution 1540 (2004)

Die USA hatten ein großes Interesse daran, die PSI rechtlich abzusichern und der an ihr geäußerten Kritik den Boden zu entziehen.⁵¹ Im April 2004 verabschiedete der Sicherheitsrat auf der Grundlage von Kapitel VII Resolution 1540, in der die Mitgliedstaaten vor allem zur Ergreifung wirksamer nationaler Rechtssetzungs- und Kontrollmaßnahmen verpflichtet werden, um die Verbreitung von WMD zu verhindern.⁵² Diese Resolution bezieht sich interessanterweise – anders als die PSI – nur auf die Weitergabe von Massenvernichtungswaffen und ihrer Komponenten an nichtstaatliche Akteure. Die Weitergabe an Staaten ist ausgeklammert. In Bezug auf die Bekämpfung des illegalen Handels mit WMD werden die Staaten allerdings lediglich aufgefordert, im Einklang mit ihrem nationalen und dem Völkerrecht gemeinsame Maßnahmen zu ergreifen.⁵³ In dem ursprünglich von den USA vorgelegten Entwurf war eine Ermächtigung zur Vornahme von Interdiktionsmaßnahmen vorgesehen, die allerdings auf Drängen Chinas nicht in den endgültigen Text übernommen wurde.⁵⁴ Daher verbietet es sich, die Resolution 1540 dahingehend auszulegen, dass sie zumindest eine stillschweigende Ermächtigung zur Vornahme nicht-einverständlicher Anhalte- und Durchsuchungsmaßnahmen auf Hoher See enthalte. Mithin kann diese Resolution nicht dazu herangezogen werden,

Countering Proliferation by Sea, in: Myron H. Nordquist/John Norton Moore/Kuen-chen Fu (Hrsg.), *Recent Developments in the Law of the Sea and China*, Leiden/Boston 2006, S. 351-359, und Appendix I, S. 360-416, der eine Kommentierung der Bestimmungen der „Boarding Agreements“ enthält; *Guilfoyle*, *Maritime Interdictions* (Fn. 43), S. 21 ff.

47 Ein solches fiktives Einverständnis nach Zeitablauf ist allerdings in den Übereinkommen mit Kroatien, Malta, Zypern und den Bahamas nicht vereinbart worden.

48 Kritisch zu den bilateralen Abkommen *Garvey*, (Fn. 44), S. 133; *Becker* (Fn. 43), S. 183 ff.

49 So z.B. *Thomas D. Lehman*, *Rethinking Interdiction: The Future of the Proliferation Security Initiative*, *Nonproliferation Review* 11 (2004), Heft 2, S. 1-45 (S. 1), wo es heißt: „[...] international maritime law and its traditional interpretations have failed to provide a clear justification for interdicting foreign flag ships reasonably suspected of transporting WMD on the high seas. Traditional legal principles such as freedom of the seas and the right of innocent passage have created an environment in which rogue states and non-state actors face relatively few obstacles to the transport of WMD-related technology“.

50 So auch *Ahlström* (Fn. 43), S. 764.

51 Vgl. zur anfänglichen Kritik durch Russland, Kuba und vor allem China *Becker* (Fn. 43), S. 165 ff.; *Kwast* (Fn. 22), S. 210 f., m.w.N.

52 S/RES/1540 (2004) vom 28. April 2004.

53 Dazu heißt es in Ziff. 10: „Further to counter that threat [posed by proliferation of nuclear, chemical or biological weapons], calls upon all States, in accordance with their national legal authorities and legislation and consistent with international Law, to take cooperative action to prevent illicit trafficking in nuclear, chemical or biological weapons, their means of delivery, and related materials; [...]“.

54 UNSC Verbatim Record, S/PV.4950 vom 22. April 2004, Äußerung des chinesischen Ratsmitglieds *Wang Guangya* während der Beratungen zu Resolution 1540. Näher dazu *Kwast* (Fn. 22), S. 169 und Fn. 38 f.

nicht-einverständliche Interdiktionsmaßnahmen auf Hoher See im Rahmen der PSI zu rechtfertigen.⁵⁵ Dass auch die USA diese Rechtsauffassung teilen, wird daran deutlich, dass sie ab 2004 begannen, die bereits erwähnten „Boarding Agreements“ mit bestimmten Flaggenstaaten abzuschließen, um deren Einverständnis sicherzustellen.

3. Der unilaterale Ansatz: Rechtfertigung von Interdiktionsmaßnahmen ohne Einverständnis des Flaggenstaats als Gegenmaßnahmen

Auf die extensive Auslegung der Sicherheitsratsresolutionen 1373 und 1540 käme es allerdings gar nicht an, wenn nicht-einverständliche Interdiktionsmaßnahmen als Gegenmaßnahmen gerechtfertigt wären. Flaggenstaaten, die ihren Verhinderungs- und Kontrollpflichten aus den genannten Sicherheitsratsresolutionen nicht nachkommen, begehen einen Völkerrechtsbruch. Dieser berechtigt nach Völkergewohnheitsrecht, wie es auch in dem ILC-Entwurf zum Recht der Staatenverantwortlichkeit von 2001 (im Folgenden: ILC-Entwurf) seinen Niederschlag gefunden hat, den oder die „verletzten“ Staaten zu Gegenmaßnahmen. „Verletzt“ ist ein Staat, wenn die nicht eingehaltene Rechtspflicht gerade diesem Staat gegenüber bestand.⁵⁶ Besteht eine Rechtspflicht gegenüber einer Gruppe von Staaten oder der internationalen Gemeinschaft insgesamt, so kann nur ein solcher Staat als „verletzt“ angesehen werden, der durch den Rechtsbruch besonders betroffen ist. Dies ist der Fall, wenn der Staat in einer Weise betroffen ist, die ihn von allen übrigen Staaten der Gruppe bzw. der internationalen Gemeinschaft unterscheidet.⁵⁷ Die Kategorie des „verletzten“ Staates ist begrifflich klar zu trennen von der Kategorie der „anderen“ Staaten, die nur in begrenztem Maße die Staatenverantwortlichkeit gegenüber dem Verletzterstaat geltend machen können, wenn die Rechtspflicht gegenüber einer Gruppe von Staaten oder der internationalen Gemeinschaft insgesamt bestand und dem Schutz eines Gemeinschaftsinteresses diene.⁵⁸

Die in den genannten Resolutionen aufgeführten Rechtspflichten des Flaggenstaats bestehen gegenüber allen anderen UN-Mitgliedstaaten und damit faktisch gegenüber der internationalen Gemeinschaft insgesamt. Sie gelten damit *erga omnes*. Folglich stellt sich die Frage, ob bestimmte Staaten durch den Völkerrechtsbruch des Flaggenstaats besonders betroffen und damit „verletzt“ sind. Hierzu gibt es unterschiedliche Auffassungen: Zum einen werden alle Staaten, die potentielle Opfer eines internationalen terroristischen Anschlags werden könnten, als „verletzt“ angesehen.⁵⁹ Im Hinblick auf die Verhinderung der Verbreitung von WMD wird sogar vorgeschlagen, die Kategorie des „verletzten“ Staates nicht auf potentielle Zielstaaten zu beschränken. Begründet wird dies damit, dass der Einsatz von WMD durch nichtstaatliche Akteure eine Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit darstelle und alle Staaten

55 So im Ergebnis auch *Allen* (Fn. 32), S. 144 ff.; *Becker* (Fn. 43), S. 166 f., 218.

56 Art. 42 lit. a ILC-Entwurf; vgl. dazu die Kommentierung der ILC, abgedruckt in: *James Crawford* (Hrsg.), *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge 2002, § 6, S. 257.

57 Art. 42 lit. b (i) ILC-Entwurf, vgl. dazu die Kommentierung bei *Crawford* (Fn. 56), § 12, S. 259; die weitere, in Art. 42 lit. b (ii) genannte Möglichkeit ist hier nicht einschlägig.

58 Art. 48 Abs. 1 lit. a und b ILC-Entwurf; vgl. dazu die Kommentierung bei *Crawford* (Fn. 56), §§ 6-10, S. 277 f.

59 *Heintschel von Heinegg*, *Current Legal Issues* (Fn. 27), S. 159; *ders.*, *UNCLOS and Maritime Security Operations* (Fn. 22), S. 172 f., 184 f.

gefährde.⁶⁰ Zum anderen wird derjenige Staat, dessen Kriegsschiff zur Durchsuchung bereitsteht, als durch die Verweigerung des Einverständnisses besonders betroffen angesehen.⁶¹ Diesen Auffassungen ist Folgendes entgegenzuhalten: Sie lassen außer Betracht, dass es sich bei dem zentralen Begriff des „verletzten“ Staates bewusst um einen relativ eng definierten Begriff handelt, weil nach der Auffassung der ILC die Unterscheidung zwischen der Rechtsverletzung gegenüber einem individuell betroffenen Staat oder einer kleinen Gruppe besonders betroffener Staaten einerseits und der großen Gruppe der in einem gemeinsamen Interesse betroffenen Staaten andererseits grundlegend für die Geltendmachung der Staatenverantwortlichkeit ist.⁶² Diese grundlegende Unterscheidung wird zulasten begrifflicher Klarheit verwischt, wenn man den Begriff des „verletzten“ Staates ausdehnt auf alle Staaten, weil sie alle durch den internationalen Terrorismus und die Verbreitung von WMD potentiell gefährdet sind. Damit wird das Erfordernis der besonderen Betroffenheit faktisch aufgegeben. Somit bleibt festzuhalten, dass weder alle Staaten noch diejenigen Staaten, deren Seestreitkräfte nicht-einverständliche Interdiktionsmaßnahmen vornehmen wollen, als „verletzte“ Staaten angesehen werden können. Sie fallen vielmehr in die Kategorie der „anderen“ Staaten.

Im Hinblick auf diese Kategorie ist es äußerst umstritten, ob sie überhaupt Gegenmaßnahmen zur Durchsetzung von Gemeinschaftsinteressen ergreifen dürfen. Die ILC ist nach kontroverser Diskussion zu dem Ergebnis gekommen, dass der derzeitige Stand des Völkerrechts in Bezug auf diese Frage ungewiss sei und es keine klar anerkannte Berechtigung zur Ergreifung von Gegenmaßnahmen durch nicht verletzte Staaten gebe.⁶³ Selbst wenn man sich unter Verweis auf die begrenzte Staatenpraxis über diesen Einwand hinwegsetzen wollte, spricht gegen eine Rechtfertigung als Gegenmaßnahme Folgendes: Gegenmaßnahmen haben das Ziel, den Verletzerstaat dazu zu bewegen, sein völkerrechtswidriges Verhalten zu beenden und Wiedergutmachung zu leisten. Sie sind daher vorläufiger Natur und sollen es dem Verletzerstaat so weit wie möglich erlauben, die fragliche Rechtspflicht doch noch zu erfüllen.⁶⁴ Bei den Interdiktionsmaßnahmen auf Hoher See geht es aber gar nicht darum, den Verletzerstaat zu einer Rückkehr zu rechtmäßigem Verhalten zu bestimmen, sondern darum, an seiner Stelle die erforderliche Handlung vorzunehmen. Dies entspricht eher dem Rechtsgedanken einer Geschäftsführung ohne Auftrag, die auch gegen den Willen des betroffenen Staates zulässig ist, wenn dieser auf eine Völkerrechtsverletzung gerichtet ist.⁶⁵ Eine solche Zielrichtung

60 *Wolff Heintschel von Heinegg*, *The Proliferation Security Initiative – Security vs. Freedom of Navigation?*, *Israel Yearbook on Human Rights* 35 (2005), S. 181-203 (S. 200 f.).

61 So *Giegerich* (Fn. 37), S. 24 f., der es allerdings darüber hinaus für möglich hält, unter Verweis auf den Ausnahmefall des Art. 42 lit. b (ii) ILC-Entwurf allen Staaten ein Recht zur Ergreifung von Gegenmaßnahmen zuzugestehen, weil die Verweigerung des Einverständnisses „eine große Gefahr für die gesamte Menschheit begründet“.

62 Vgl. dazu die Kommentierung bei *Crawford* (Fn. 56) zu Art. 42, §§ 1, 3, S. 255 f.

63 Dazu die Kommentierung bei *Crawford* (Fn. 56) zu Art. 54, § 6, S. 305; die ILC hat daher Art. 54 in einer Weise („lawful measures“) formuliert, die diese Frage offen lässt und ihre Beantwortung der weiteren Entwicklung des Völkerrechts anheimstellt.

64 Art. 49 ILC-Entwurf; dazu die Kommentierung bei *Crawford* (Fn. 56), § 9, S. 286 f.

65 Vgl. *Matthias Herdegen*, *Zur Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio) im Völkerrecht*, in: *Kay Hailbronner u.a. (Hrsg.), Staat und Völkerrechtsordnung – Festschrift für Karl Doehring*, Berlin 1989, S. 303-321 (S. 319).

ist vom Sinn und Zweck der Gegenmaßnahme nicht mehr gedeckt. Zudem trifft die Rechtfertigung nicht-einverständlicher Interdiktionsmaßnahmen, bei denen u.U. Widerstand von Seiten der Mannschaft überwunden werden muss, auf eine weitere Schwierigkeit, die hier nur kurz angerissen werden kann. Nach inzwischen nahezu einhelliger Auffassung sind Gegenmaßnahmen, die gegen das Gewaltverbot verstoßen, nicht zulässig (Art. 50 Abs. 1 lit. a ILC-Entwurf). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob Durchsetzungsmaßnahmen, bei denen ein gewisses Maß an Gewalt eingesetzt wird, überhaupt von dem Gewaltverbot gemäß Art. 2 Ziff. 4 UNCh erfasst werden, umstritten ist. Folgte man der Auffassung, der zufolge auch Polizeimaßnahmen unter Einsatz von Waffengewalt auf See grundsätzlich gegen das Gewaltverbot verstoßen, wenn sie nicht aufgrund des Völkervertrags- oder des Völkergewohnheitsrechts ausnahmsweise als zulässig erachtet werden, so spräche auch dieses Argument gegen die Rechtfertigung entsprechender Interdiktionen als Gegenmaßnahme.⁶⁶ Hinzu kommt schließlich, dass die Sicherheitsratsresolution 1540, wie bereits erwähnt, ganz bewusst keine Ermächtigung zu Interdiktionsmaßnahmen enthält. Diese Entscheidung darf nicht durch Rückgriff auf eine extensive Auslegung des Rechts zur Ergreifung von Gegenmaßnahmen umgangen werden. Daher ist eine Rechtfertigung nicht-einverständlicher Interdiktionen gegenüber Handelsschiffen unter fremder Flagge auf Hoher See als Gegenmaßnahme abzulehnen.⁶⁷

4. Der multilaterale Ansatz: Das SUA-Protokoll von 2005

Der weiteren rechtlichen Absicherung von Interdiktionsmaßnahmen auf Hoher See dient zudem das im Oktober 2005 im Rahmen der IMO verabschiedete Protokoll zu dem in Rom geschlossenen Übereinkommen zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Seeschifffahrt von 1988⁶⁸ (im Folgenden: SUA-Protokoll von 2005)⁶⁹. Dieses Protokoll erweitert die im Römischen Übereinkommen von 1988 aufgeführten Straftaten beträchtlich und bezieht nunmehr insbesondere den Einsatz und Transport von Massenvernichtungswaffen auf einem Handelsschiff sowie den Einsatz eines Schiffs als Waffe ein, sofern dies in terroristischer Absicht geschieht.⁷⁰

66 So insbesondere *Douglas Guilfoyle*, *Interdicting Vessels to Enforce the Common Interest: Maritime Countermeasures and the Use of Force*, ICLQ 56 (2007), S. 69-82 (S. 78 ff.), m.w.N.; *Oliver Scholz*, *Die Durchsetzung von Zwangsmaßnahmen nach Art. 41 der Satzung der Vereinten Nationen, insbesondere mit militärischen Mitteln*, Frankfurt a.M. 1998, S. 131 ff.; a.A. *Kaye*, *Proliferation Initiative* (Fn. 43), S. 218 f.; *Heintschel von Heinegg*, *Proliferation Security Initiative* (Fn. 60), S. 198 ff.

67 So im Ergebnis auch *Wolftrum* in: Nordquist u.a. (Fn. 35), S. 29 f.; *Allen* (Fn. 32), S. 169 f.; *Guilfoyle*, *Maritime Countermeasures* (Fn. 66), S. 76 f.; *Kwast* (Fn. 22), S. 194 ff., 199.

68 BGBl. 1990 II, S. 494, 496; in Kraft getreten am 1. März 1992. Gleichzeitig mit der SUA-Konvention ist das Protokoll vom 10. März 1988 zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit fester Plattformen, die sich auf dem Festlandssockel befinden, verabschiedet worden; BGBl. 1990 II, S. 508.

69 Protocol of 2005 to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation, IMO Doc. LEG/CONF.15/21 vom 1. November 2005. Zugleich ist ein entsprechendes Protokoll zu dem Protokoll zur SUA-Konvention von 1988 (Fn. 68) verabschiedet worden. Beide Protokolle sind noch nicht in Kraft getreten (Stand: 31. Juli 2009). Vgl. zur Entstehungsgeschichte des neuen Protokolls *Helmut Tuerk*, *Combating Terrorism at Sea: The Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation*, in: Nordquist u.a. (Fn. 29), S. 41-78 (S. 60 ff.).

70 Art. 3bis Abs. 1 lit. a SUA-Protokoll (2005). Die terroristische Absicht wird – in Übereinstimmung mit der Definition in Art. 2 Abs. 1 lit. b der „Convention on the Suppression of the Financing of Terrorism“ – wie folgt umschrieben:

Darüber hinaus werden – unabhängig vom Terrorismus – der Transport radioaktiven Materials, das für eine nukleare Explosion eingesetzt werden soll, der Transport biologischer, chemischer und nuklearer Waffen sowie der Transport von „Dual-Use-Gütern“ erfasst, die zur Konstruktion, zur Herstellung und zum Einsatz von WMD beitragen können.⁷¹ Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, für diese Handlungen in ihrem nationalen Recht entsprechende Straftatbestände vorzusehen, sich gegenseitig Rechtshilfe zu leisten und die Täter nach dem Prinzip „*aut dedere aut iudicare*“ entweder selbst strafrechtlich zu verfolgen oder an einen anderen Vertragsstaat auszuliefern.⁷² Besonders umstritten war während der Verhandlungen die von den USA geforderte Möglichkeit, zum Zwecke einer effektiven Kontrolle Interdiktionen auf Hoher See vorzunehmen.⁷³ In einem Kompromiss verständigte man sich darauf, Kontrollen verdächtiger Schiffe auf See nur mit dem Einverständnis des Flaggenstaats zuzulassen. Dieser ist allerdings verpflichtet, auf die entsprechende Anfrage eines anderen Vertragsstaats so schnell wie möglich zu antworten.⁷⁴ Werden im Zuge einer Durchsuchung Beweise für den illegalen Transport von WMD oder andere nach dem SUA-Protokoll unter Strafe gestellte Handlungen gefunden, so kann der Flaggenstaat den ersuchenden Staat ermächtigen, das Schiff, die Ladung und die Personen an Bord festzuhalten, bis er über das weitere Vorgehen entschieden hat. Es bleibt somit vorrangig Aufgabe des Flaggenstaats, seine Hoheitsgewalt gegenüber dem betroffenen Schiff auszuüben und die Tat strafrechtlich zu verfolgen. Dieser kann allerdings denjenigen Staat, dessen Seestreitkräfte das Schiff aufgebracht haben, zur Strafverfolgung ermächtigen. Zudem ist ausdrücklich geregelt worden, dass bei der Durchführung einer Interdiktion der Einsatz von Gewalt zulässig ist, aber so weit wie möglich vermieden werden soll und, wenn er notwendig ist, auf das erforderliche und angemessene Maß beschränkt sein muss.⁷⁵ Solche Maßnahmen gehen normalerweise von der Androhung von Gewalt über Warnschüsse vor den Bug bis hin

„Any person commits an offence within the meaning of this Convention if that person unlawfully and intentionally:

(a) when the purpose of the act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or abstain from doing any act [...]“

71 Art. 3*bis* Abs. 1 lit. b SUA-Protokoll (2005).

72 Vgl. zum Inhalt des SUA-Protokolls von 2005 ausführlich *Thomas A. Mensah*, *Suppression of Terrorism at Sea: Developments in the Wake of the Events of September 11, 2001*, in: FS Tono Eitel (Fn. 12), S. 627-647 (S. 640 ff.); *Wolfrum* in: Nordquist u.a. (Fn. 35), S. 14 ff.; *Maximilian Marlich/Florian Prill*, *The Proliferation Security Initiative and the 2005 Protocol to the SUA Convention*, ZaöRV 67 (2007), S. 229-240 (S. 236 ff.).

73 Vgl. zur Entstehungsgeschichte des SUA-Protokolls von 2005 *Carlos Tiribelli*, *Time to Update the 1988 Rome Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation*, *Oregon Review of International Law* 8 (2006), S. 133-155 (S. 146 ff.).

74 Art. 8*bis* Abs. 1, 5 lit. a-c SUA-Protokoll (2005); Vorbild für diese Bestimmung ist Art. 17 des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen vom 20. Dezember 1988, BGBl. 1993 II, S. 1136.

75 Dazu heißt es in Art. 8*bis* Abs. 9:

„When carrying out the authorized actions under this article, the use of force shall be avoided except when necessary to ensure the safety of its officials and persons on board, or where the officials are obstructed in the execution of the authorized actions. Any use of force pursuant to this article shall not exceed the minimum degree of force which is necessary and reasonable in the circumstances.“

Eine ähnliche Formulierung findet sich bereits in Art. 22 Abs. 1 lit. f des Übereinkommens zur Durchführung der Bestimmungen des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1982 über die Erhaltung und Bewirtschaftung von gebietsübergreifenden Fischbeständen und Beständen weit wandernder Fische vom 4. August 1995 (in Kraft getreten am 11. Dezember 2001), BGBl. 2000 II, S. 1023.

zum Einsatz von Waffengewalt, um das Schiff zum Anhalten zu zwingen, wobei Menschenleben so weit wie irgend möglich zu schonen sind.⁷⁶ Schließlich sind, um die Vornahme von Interdiktionen zu begrenzen, zahlreiche Sicherungsmaßnahmen (Safe-guards) vereinbart worden.⁷⁷ Außerdem ist jeder Vertragsstaat, der eine Interdiktion durchführt, zum Ersatz jedes daraus entstehenden Verlusts oder Schadens verpflichtet, wenn sich der Verdacht später als unbegründet erweist und das angehaltene Schiff keine den Verdacht rechtfertigende Handlung begangen hat oder wenn die Maßnahmen unrechtmäßig oder unverhältnismäßig waren.⁷⁸ Jeder Vertragsstaat hat aber die Möglichkeit, bei der Ratifikation des Protokolls zu erklären, dass die Erlaubnis zum Anhalten und Durchsuchen eines Schiffes unter seiner Flagge als erteilt gilt, wenn er auf eine entsprechende Anfrage nicht innerhalb von vier Stunden nach Bestätigung ihres Eingangs geantwortet hat. Nahezu gleichlautende Bestimmungen finden sich in den bereits erwähnten „Boarding Agreements“, die die USA im Rahmen der PSI mit mehreren Flaggenstaaten abgeschlossen haben. Alternativ kann jeder Vertragsstaat im Vorhinein generell sein Einverständnis gegenüber bestimmten oder allen anderen Vertragsstaaten geben, verdächtige Schiffe unter seiner Flagge einer Kontrolle auf See zu unterziehen.⁷⁹ Damit wird auch im SUA-Protokoll von 2005 ausdrücklich am Grundsatz der ausschließlichen Flaggenstaatsjurisdiktion auf Hoher See festgehalten.⁸⁰ Allerdings kann das Einverständnis des Flaggenstaats entweder im Wege einer stillschweigenden Zustimmung nach Fristablauf oder im Rahmen einer vorab abgegebenen Generalmächtigung erteilt werden. Da das Protokoll bisher noch nicht in Kraft getreten ist, bleibt abzuwarten, wie viele Flaggenstaaten eine der beiden Optionen nutzen werden, um das Procedere für die Erteilung ihres Einverständnisses zu beschleunigen.

5. Zwischenergebnis

Bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus und der Verhinderung der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen ist immer wieder die Forderung erhoben worden, gegen verdächtige Handelsschiffe unter fremder Flagge auf Hoher See Interdiktionsmaßnahmen vornehmen zu können, ohne zuvor den Flaggenstaat informieren und sein Einverständnis einholen zu müssen. Ob dies im Rahmen der Operation „Enduring

76 Vgl. *Alfred H. A. Soons*, Enforcing the Economic Embargo at Sea, in: Vera Gowlland-Debbas (Hrsg.), *United Nations Sanctions and International Law*, Den Haag 2001, S. 307-324 (S. 320 f.); ITLOS, *The M/V „Saiga“ (No. 2) Case*, Urteil vom 1. Juli 1999, § 156, abrufbar unter: <http://www.itlos.org> (Stand: 11. August 2009).

77 Art. 8*bis* Abs. 10 lit. a und c-e SUA-Protokoll (2005). So müssen die Vertragsparteien z.B. der Notwendigkeit Rechnung tragen, den Schutz des menschlichen Lebens auf See sowie die Sicherheit des Schiffes und der Ladung nicht zu gefährden und die wirtschaftlichen und rechtlichen Interessen des Flaggenstaats nicht zu beeinträchtigen. Die Personen an Bord müssen im Einklang mit dem international vereinbarten Menschenrechtsschutz behandelt werden; der Kapitän des Schiffes muss von der Absicht, an Bord zu gehen, vorab unterrichtet und es muss ihm Gelegenheit gegeben werden, den Schiffseigner und den Flaggenstaat zu kontaktieren. Zudem müssen angemessene Vorkehrungen getroffen werden, um das Schiff nicht unnötig fest- bzw. aufzuhalten.

78 Art. 8*bis* Abs. 10 lit. b SUA-Protokoll (2005); die Vertragsstaaten sind verpflichtet, die effektive Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs zu ermöglichen.

79 Art. 8*bis* Abs. 1, 5 lit. d und e SUA-Protokoll (2005).

80 Dies wird in Art. 8*bis* Abs. 5 lit. c a.E. ausdrücklich hervorgehoben, wo es heißt:

„The requesting Party shall not board the ship or take measures set out in subparagraph (b) *without the express authorization of the flag State.*“ (Hervorhebung durch die Verf.).

Freedom“ zulässig ist, erscheint höchst zweifelhaft. Begründen ließe sich ein solches Interdiktionsrecht nur damit, dass das Recht auf individuelle und kollektive Selbstverteidigung gegenüber al-Qaida und den Taliban nach wie vor besteht und – im Zusammenspiel mit den Sicherheitsratsresolutionen 1368 und 1373 – die Überprüfung verdächtiger Schiffe im Einsatzgebiet abdeckt. Es ließe sich – im Einklang mit der Position der *Bush*-Administration – argumentieren, dass sich die OEF-Teilnehmerstaaten in einem neuartigen bewaffneten Konflikt mit den genannten terroristischen Gruppen befänden und deshalb unter Rückgriff auf die Grundsätze des Seekriegsrechts und der maritimen Neutralität berechtigt seien, Handelsschiffe von nicht an dem Konflikt beteiligten Staaten zu kontrollieren, um die Mobilität der Terroristen und ihrer Unterstützer zu erschweren und ihren Nachschub, insbesondere an Waffen, zu unterbrechen.⁸¹ Diese Argumentation könnte allerdings nur dann überzeugen, wenn sich anhand der Staatenpraxis nachweisen ließe, dass sich die Rechtsauffassung der Staaten in Bezug auf die Reichweite des Selbstverteidigungsrechts und die Anwendbarkeit des Seekriegsrechts entsprechend gewandelt hätte. Dieser Nachweis lässt sich bisher nicht führen. Zwar geht die Staatengemeinschaft heute überwiegend von einem gewandelten Verständnis des Begriffs des „bewaffneten Angriffs“ in Art. 51 UNCh aus, so dass das Selbstverteidigungsrecht auch durch einen entsprechend intensiven terroristischen Anschlag von Seiten Privater ausgelöst werden kann. Das bedeutet aber nicht, dass im Rahmen der Ausübung des Selbstverteidigungsrechts in Bezug auf die Gefahr zukünftiger Anschläge die *Webster*- bzw. *Caroline*-Kriterien ohne Weiteres außer Acht gelassen werden dürften. Hinzu kommt, dass die Staatenpraxis der meisten OEF-Teilnehmerstaaten eher gegen die Annahme spricht, dass sich diese Staaten in einem bewaffneten Konflikt befänden und das Seekriegsrecht zumindest analog für anwendbar hielten. Daher muss man davon ausgehen, dass auch im Rahmen von OEF und OAE das Friedensvölkerrecht zur Anwendung kommt und folglich Interdiktionsmaßnahmen auf Hoher See ohne Einverständnis des Flaggenstaats nicht zulässig sind.

Gleiches gilt für die Verhinderung der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen. Die Sicherheitsratsresolution 1540 enthält – ebenso wie die Resolutionen 1368 und 1373 – keine Ermächtigung zur Vornahme nicht-einverständlicher Interdiktionsmaßnahmen. Diese lassen sich auch nicht als Gegenmaßnahmen rechtfertigen. Deshalb sind die USA im Rahmen der PSI dazu übergegangen, bilaterale „Boarding Agreements“ abzuschließen, in denen das *Procedere* für eine vereinfachte und beschleunigte Erteilung des Einverständnisses durch den Flaggenstaat geregelt ist. Auf multilateraler Ebene fordert das SUA-Protokoll von 2005 für Interdiktionsmaßnahmen auf Hoher See ebenfalls das ausdrückliche Einverständnis des Flaggenstaats, sieht allerdings als Option Erleichterungen in Bezug auf dessen Erteilung vor. Angesichts dieser Entwicklung lässt sich festhalten, dass sich die Forderungen nach einem neuen Interdiktionsrecht ohne Einverständnis des Flaggenstaats nicht haben durchsetzen lassen. Vielmehr ist der Versuch unternommen worden, dieses Einverständnis auf der Grundlage bi- und multilateraler

81 So *Heintschel von Heinegg*, *Operation Enduring Freedom* (Fn. 28), S. 266 ff.; *ders.*, in: *Bothe u.a.* (Fn. 35), S. 377 f., der die nach dem maritimen Neutralitätsrecht bestehende Pflicht dritter Staaten, in einem internationalen bewaffneten Konflikt Interdiktionsmaßnahmen der Konfliktparteien gegenüber ihren Handelsschiffen zu dulden, erst recht für gegeben hält, wenn der Sicherheitsrat das Selbstverteidigungsrecht bestätigt hat, obwohl der von Terroristen begangene Angriff keinem Staat zugerechnet werden kann.

Verträge unter erleichterten Bedingungen zu erlangen. Auch wenn man gegen den Weg der bilateralen Verträge wegen der ungleichen Verhandlungspositionen der beteiligten Staaten politische Einwände erheben mag, ist der Rückgriff auf das Instrument des völkerrechtlichen Vertrags insgesamt zu begrüßen. Er erteilt der Einschränkung der traditionellen seerechtlichen Grundsätze der ausschließlichen Flaggenstaatsjurisdiktion und der Schifffahrtswegfreiheit auf Hoher See durch unilaterales Handeln eine Absage und ermöglicht einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Bedürfnis nach Sicherheit und Kontrolle verdächtiger Schiffe einerseits und dem ungehinderten Verkehr der Handelsschifffahrt auf den Weltmeeren andererseits.

III. Piraterie

Ganz andere Probleme wirft die Bekämpfung der Piraterie auf. Dieses Referat wird sich aus gegebenem Anlass auf den Einsatz der Seestreitkräfte vor der Küste Somalias beschränken.⁸² Zudem können die verfassungsrechtlichen Streitfragen, die sich im Vorfeld des EU-Beschlusses zur Operation Atalanta gestellt haben, nur angerissen werden. Vielmehr werden sich die nachfolgenden Ausführungen aus Gründen der Aktualität auf diejenigen Rechtsfragen konzentrieren, die sich stellen, wenn mutmaßliche Piraten von einem deutschen Kriegsschiff aufgegriffen werden.

1. Völkerrechtliche Rahmenbedingungen

Vorab kurz Folgendes zu den völkerrechtlichen Rahmenbedingungen: Die Bekämpfung der Piraterie findet ihre Rechtsgrundlage im Völkergewohnheitsrecht, das in Art. 100 bis 107 und Art. 110 UNCLOS kodifiziert worden ist. Gemäß Art. 101 lit. a) UNCLOS wird die Piraterie definiert als

„jede rechtswidrige Gewalttat oder Freiheitsberaubung oder jede Plünderung, welche die Besatzung oder die Fahrgäste eines privaten Schiffes oder Luftfahrzeugs zu privaten Zwecken begehen und die gerichtet ist

- i) auf Hoher See gegen ein anderes Schiff oder Luftfahrzeug oder Personen oder Vermögenswerte an Bord dieses Schiffes oder Luftfahrzeugs;
- ii) an einem Ort, der keiner staatlichen Hoheitsgewalt untersteht, gegen ein Schiff, ein Luftfahrzeug, Personen oder Vermögenswerte; [...]"

82 Vgl. zur Piraterie und der Gewalt auf See allgemein z.B. *Michael Stehr*, Piraterie und Terror auf See, Nicht-Staatliche Gewalt auf den Weltmeeren 1990 bis 2004, Ein Handbuch, Berlin 2004; *Peter Lehr* (Hrsg.), *Violence at Sea, Piracy in the Age of Global Terrorism*, New York/London 2007. Vgl. zum politischen Hintergrund der Piraterie vor der Küste Somalias und den Möglichkeiten ihrer Bekämpfung u.a. *Peter Lehr/Hendrick Lehmann*, Somalia – Pirates' New Paradise, ebenda, S. 1-22; *Ken Menkhaus*, Zum Verständnis des Staatsversagens in Somalia: interne und externe Dimensionen, in: *Heinrich-Böll-Stiftung* (Hrsg.), *Somalia – Alte Konflikte und neue Chancen zur Staatsbildung*, Berlin 2008, S. 32-55; *Volker Matthies*, Das Horn von Afrika: Gewaltkonflikte, Anti-Terror-Krieg und Friedensperspektiven in einer chronischen Krisenregion, in: *Österreichisches Studienzentrum für Frieden und Konfliktlösung* (Hrsg.), *Globale Armutsbekämpfung – ein Trojanisches Pferd?*, Wien/Berlin 2009, S. 255-268; *James Kraska/Brian Wilson*, Piracy Repression, Partnering and the Law, *Journal of Maritime Law & Commerce* 40 (2009), S. 43-58; jeweils m.w.N. Anfangs haben die somalischen Piraten für sich in Anspruch genommen, im Wege der Selbsthilfe gegen ausländische Raubfischer sowie diejenigen vorzugehen, die in Ausnutzung mangelnder Eingriffsmöglichkeiten somalischer Behörden giftige Abfälle vor der Küste Somalias verklappt haben.

Nach dieser Definition zeichnet sich die Seeräuberei im Wesentlichen durch drei Merkmale aus: Erstens ist sie auf den räumlichen Bereich der Hohen See einschließlich der Ausschließlichen Wirtschaftszone beschränkt.⁸³ Zweitens müssen sich die von dem Seeräuberschiff durch Private ausgehenden Gewalttaten gegen ein anderes Schiff richten.⁸⁴ Und drittens müssen diese Gewalttaten „zu privaten Zwecken“, also mit der Absicht, sich persönlich zu bereichern, begangen werden.⁸⁵ Durch diese Voraussetzungen ist der völkerrechtliche Begriff der Piraterie sehr eingeschränkt, was in der Literatur häufig kritisiert wird.⁸⁶ Bei den bewaffneten Überfällen und Schiffsentführungen vor der Küste Somalias sind sie nach bisherigem Kenntnisstand allerdings in der Regel erfüllt. Dies könnte sich jedoch in Zukunft ändern, falls Überfälle etwa durch Anhänger islamistischer Milizen vorrangig zu politischen Zwecken begangen werden sollten.

Besteht ein begründeter Anlass für den Verdacht der Piraterie, so darf das Kriegsschiff eines fremden Staates gemäß Art. 110 Abs. 1 lit. a) UNCLOS das betreffende Schiff auf Hoher See anhalten und eine Überprüfung durchführen. Bestätigt sich der Verdacht oder liegen die Tatsachen klar zu Tage, so ist jeder Staat gemäß Art. 105 UNCLOS berechtigt, ein Seeräuberschiff oder ein durch Seeräuberei erbeutetes Schiff aufzubringen, die mutmaßlichen Piraten festzunehmen und die an Bord befindlichen Vermögenswerte zu beschlagnahmen. Zur Durchführung der in Art. 110 und 105 UNCLOS aufgeführten Maßnahmen darf in dem Fall, in welchem die Angehörigen der Seestreitkräfte an deren Vornahme gehindert werden, auch Gewalt angewendet werden, soweit das Verhältnismäßigkeitsprinzip gewahrt wird und insbesondere Menschenleben so weit

83 Art. 101 lit. a UNCLOS nennt nur die Hohe See bzw. einen Ort, der keiner staatlichen Hoheitsgewalt untersteht. Aus Art. 58 Abs. 2 UNCLOS folgt jedoch, dass die Vorschriften über die Piraterie auch in der Ausschließlichen Wirtschaftszone anwendbar sind.

84 Gemäß Art. 102 UNCLOS werden seeräuberische Handlungen, die von einem Kriegs- oder Staatsschiff ausgehen, dessen Besatzung gemeutert und das Schiff in ihre Gewalt gebracht hat, den von einem privaten Schiff begangenen Handlungen gleichgestellt.

Gewalttaten, die an Bord nur eines Schiffs gegen dort befindliche Personen oder Sachen begangen werden, sind von dem Begriff der „Piraterie“ nicht erfasst. Um auch solche Handlungen völkerrechtlich zu regeln und damit diese Lücke zu schließen, ist nach dem Vorfall auf der „Achille Lauro“ in Rom das Internationale Übereinkommen vom 10. März 1988 zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Seeschifffahrt (Fn. 68) abgeschlossen worden.

85 Auf der Dritten UN-Seerechtskonferenz konnte sich ein Vorschlag, die Worte „for private ends“ wegzulassen, um auch zu politischen Zwecken begangene Handlungen in die Definition einzuschließen, nicht durchsetzen, vgl. Satya N. Nandan/Shabtai Rosenne/Neal R. Grandy (Hrsg.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary*, Bd. III, Den Haag 1995/2002, S. 198 f. Terroristisch motivierte Gewalttaten auf See fallen daher nicht unter den völkerrechtlichen Begriff der „Piraterie“. Sie werden aber durch das SUA-Übereinkommen von 1988 (Fn. 68) und das SUA-Protokoll von 2005 (Fn. 69) erfasst.

86 Vgl. z.B. *José Luis Jesus*, *Protection of Foreign Ships against Piracy and Terrorism at Sea: Legal Aspects*, *International Journal of Marine and Coastal Law* 18 (2003), S. 363-400 (S. 380 f.); *Zou Keyuan*, *Seeking Effectiveness for the Crackdown of Piracy at Sea*, *Journal of International Affairs* 59 (2005), S. 117-134 (S. 118 ff., 131); *Martin Murphy*, *Piracy and UNCLOS: Does International Law Help Regional States Combat Piracy?*, in: *Lehr* (Fn. 82), S. 155-182 (S. 165 f.); *Douglas Guilfoyle*, *Piracy off Somalia: UN Security Council Resolution 1816 and IMO Regional Counter-Piracy Efforts*, *ICLQ* 57 (2008), S. 690-699 (S. 694); *Rosemary Collins/Daud Hassan*, *Applications and Shortcomings of the Law of the Sea in Combating Piracy: A South East Asian Perspective*, *Journal of Maritime Law & Commerce* 40 (2009), S. 89-113 (S. 95 ff.); a.A. *Michael Bahar*, *Attaining Optimal Deterrence at Sea: A Legal and Strategic Theory for Naval Anti-Piracy Operations*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 40 (2007), S. 1-85 (S. 40).

wie möglich geschont werden.⁸⁷ Dies hat der Internationale Seegerichtshof unter Rückgriff auf das allgemeine Völkerrecht und die Staatenpraxis in seinem Urteil im Fall „M/V Saiga No. 2“ bestätigt.⁸⁸ Nach dem Universalitätsprinzip besitzen die Gerichte des Staates, der das Schiff aufgebracht hat, die Jurisdiktion, den Akt der Piraterie strafrechtlich zu verfolgen und nach den Vorschriften des nationalen Straf- und Strafprozessrechts über die weiteren Maßnahmen bezüglich des Schiffes und der Vermögenswerte zu entscheiden.⁸⁹ Zum Aufbringen berechtigt sind nur Kriegsschiffe⁹⁰ oder andere im Staatsdienst stehende Schiffe, wenn letztere deutlich als solche gekennzeichnet und erkennbar sowie zum Aufbringen befugt sind (Art. 107 UNCLOS).⁹¹

Gemäß Art. 100 UNCLOS sind alle Staaten verpflichtet, „in größtmöglichem Maße“ zusammenzuarbeiten, um die Seeräuberei auf Hoher See zu bekämpfen. Der genaue Inhalt dieser Kooperationspflicht ist allerdings offen und bedarf der Konkretisierung.⁹² Unzweifelhaft ist, dass weder die betroffenen Küstenstaaten noch andere Staaten, die Marineeinheiten in einem von Piraten heimgesuchten Seegebiet stationiert haben, untätig bleiben dürfen. Das bedeutet, dass insbesondere die Küstenstaaten – in Zusammenarbeit mit ihren Nachbarstaaten – gegen Piraten sowohl im Küstenmeer und in den inneren Gewässern als auch an Land vorgehen und insbesondere die dort befindlichen Unterstützungsstrukturen bekämpfen müssen. Ferner besteht für alle Schiffe, also auch für die Kriegsschiffe anderer Staaten, die völkergewohnheitsrechtliche Pflicht, die in Art. 98 UNCLOS ihren Niederschlag gefunden hat, einem Schiff, das gerade von Piraten angegriffen wird, Nothilfe zu leisten.⁹³ Man wird allerdings angesichts der allgemein gehaltenen Formulierung in Art. 100 UNCLOS und der „Kann“-Bestimmung in Art. 105 UNCLOS nicht davon ausgehen können, dass diejenigen Staaten, die mutmaß-

87 Vgl. zur Zulässigkeit der Anwendung von Gewalt im Kampf gegen die Piraterie *Tullio Treves*, Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia, EJIL 20 (2009), S. 399-414 (S. 412 ff.).

88 ITLOS, The M/V „Saiga“ (No. 2) Case, Urteil vom 1. Juli 1999, §§ 155 f., abrufbar unter: <http://www.itlos.org> (Stand: 11. August 2009).

89 Vgl. zum Universalitätsprinzip in Bezug auf die Piraterie *Joshua M. Goodwin*, Universal Jurisdiction and the Pirate: Time for an Old Couple to Part, Vanderbilt Journal of Transnational Law 39 (2006), S. 973-1011 (S. 984 ff.); *Jesus*, (Fn. 86), S. 384 f.; *Helmut Tuerk*, The Resurgence of Piracy – A Phenomenon of Modern Times, S. 14 f. (erscheint demnächst; das Manuskript liegt der Verf. vor); *Ivan Shearer*, Piracy, Rdnr. 18, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press 2009, online edition, http://www.mpepil.com/subscriber_article?script=yes&id=/epil/entries/law-9780199231690-e1206 (Stand: 11. August 2009).

90 Der Begriff „Kriegsschiff“ wird in Art. 29 UNCLOS definiert.

91 Vgl. zu den Einzelheiten der Piraterievorschriften *Rainer Lagoni*, Piraterie und widerrechtliche Handlungen gegen die Sicherheit der Seeschifffahrt, in: Jörn Ipsen/Edzard Schmidt-Jortzig (Hrsg.), Recht – Staat – Gemeinwohl – Festschrift für Dietrich Rauschnig, Köln 2001, S. 501-534 (S. 511 ff.); *Jesus*, (Fn. 86), S. 373 ff.; *Tuerk*, Resurgence of Piracy (Fn. 89), S. 7 ff.

92 Dazu *Wolfrum*, in: Nordquist u.a. (Fn. 35), S. 9 f.; *Lagoni*, Piraterie und widerrechtliche Handlungen (Fn. 91), S. 522.

93 Auch wenn Art. 98 UNCLOS in erster Linie Fälle von Seenot und Schiffskollisionen betrifft, ist er vor dem Hintergrund der allgemeinen Verpflichtung, Leben auf See zu retten, auch auf Fälle eines gewaltsamen Angriffs durch Piraten anwendbar, vgl. *Wolfrum*, in: Nordquist u.a. (Fn. 35), S. 10.; *Lagoni*, Piraterie und widerrechtliche Handlungen (Fn. 91), S. 533. Ob Kriegsschiffe darüber hinaus verpflichtet sind, Piratenschiffe aufzubringen, wird positiv beantwortet von *Rüdiger Wolfrum*, Terrorismusbekämpfung auf See, HANSA 140 (2003), S. 12-16 (S. 13); so wohl auch *Michael H. Passman*, Protections Afforded to Captured Pirates Under the Law of War and International Law, Tulane Maritime Law Journal 33 (2008), S. 1-40 (S. 13).

liche Piraten ergriffen haben, diese vor Gericht stellen und bestrafen müssen.⁹⁴ Festzuhalten bleibt, dass die völkerrechtliche Regelung der Piraterie lückenhaft ist. Die Staaten haben lediglich das Recht, nicht aber – von den besonderen Umständen der Nothilfe abgesehen – die Pflicht, gegen der Piraterie verdächtige Schiffe auf Hoher See vorzugehen und diese Straftaten zu verfolgen. Sie sind nicht verpflichtet, entsprechende Straftatbestände in ihr nationales Recht aufzunehmen und die Täter entweder selbst zu bestrafen oder auszuliefern. Etwas anderes gilt allerdings für die Vertragsstaaten der SUA-Konvention von 1988, die auch Akte der Piraterie umfasst.⁹⁵ Insbesondere besteht das Recht, der Piraterie verdächtige Schiffe zu verfolgen und aufzubringen, nicht in den Küstengewässern und den inneren Gewässern eines anderen Staates.⁹⁶

Um vor allem die letztgenannte Lücke zu schließen, verabschiedete der Sicherheitsrat auf Drängen der International Maritime Organization (IMO) und mit dem Einverständnis der somalischen Übergangsregierung⁹⁷ im Juni 2008 auf der Grundlage von Kapitel VII die Resolution 1816.⁹⁸ Um den Voraussetzungen des Art. 39 UNCh zu genügen, verwies der Sicherheitsrat darauf, dass die Akte der Piraterie bzw. die bewaffneten Raubüberfälle auf See vor der Küste Somalias die Situation *in* Somalia verschärften, welche ihrerseits nach wie vor eine Gefahr für den internationalen Frieden und die Sicherheit in der Region darstelle. Interessant ist die Verknüpfung der zunehmenden kriminellen Akte der Piraterie auf See mit der ohnehin instabilen Situation in Somalia.⁹⁹ Die Friedensbedrohung liegt, für sich genommen, nicht in dem wachsenden Phänomen der Piraterie, sondern gerade darin, dass sich die Instabilität, die von Somalia als „failed state“ für die gesamte Region ausgeht, noch verstärkt. Damit wird, wie die Resolution auch an anderer Stelle betont¹⁰⁰, auf die besondere Situation in und um Somalia abgestellt. Ein Präzedenzfall soll dadurch nicht geschaffen, eine Änderung des Völkergewohnheitsrechts nicht herbeigeführt werden. Die Resolution 1816 fordert die Staaten dazu auf, ihre Anstrengungen zur Bekämpfung der Piraterie vor der Küste Somalias zu

94 So im Ergebnis auch *Lagoni*, Piraterie und widerrechtliche Handlungen (Fn. 91), S. 521 f.; *Treves* (Fn. 87), S. 402; *Tuerk*, Resurgence of Piracy (Fn. 89), S. 14.

95 Für Vertragsparteien der SUA-Konvention von 1988 (Fn. 68) besteht gemäß Art. 10 Abs. 1 die Pflicht, entweder selbst ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren einzuleiten oder den mutmaßlichen Täter an einen darum ersuchenden Staat auszuliefern.

96 Eine detaillierte Analyse findet sich bei *Jesus* (Fn. 86), S. 376 ff.

97 Transitional Federal Government (im Folgenden: TFG). Vgl. zu den Gründen, warum das Einverständnis der TFG ausdrücklich verlangt wird, obwohl es bei einer auf Kapitel VII UNCh gestützten Ermächtigung aus rechtlicher Sicht nicht erforderlich gewesen wäre, *Treves* (Fn. 87), S. 406 ff. U.a. weist *Treves* darauf hin, dass Somalia 1972 ein Küstenmeer von 200 Seemeilen Breite deklariert und diesen Rechtsakt auch nach der Ratifikation des UN-Seerechtsübereinkommens nicht aufgehoben hatte. Das Erfordernis des Einverständnisses machte eine Beschäftigung mit dieser strittigen Rechtsfrage von vornherein unnötig.

98 S/RES/1816 (2008) vom 2. Juni 2008; in Resolution 1838, S/RES/1838 (2008) vom 7. Oktober 2008, werden nochmals alle Staaten aufgefordert, sich durch die Entsendung von Kriegsschiffen und Flugzeugen aktiv an der Bekämpfung der Piraterie auf Hoher See vor der Küste Somalias zu beteiligen und hierbei alle erforderlichen Maßnahmen, die mit dem Völkerrecht in Einklang stehen, zu ergreifen. In Resolution 1846, S/RES/1846 (2008) vom 2. Dezember 2008, werden die in Resolution 1816 erlaubten Maßnahmen um 12 Monate verlängert. Zudem werden die Staaten ausdrücklich aufgefordert, ihren Verpflichtungen aus der SUA-Konvention nachzukommen und die ergriffenen Piraten strafrechtlich zu verfolgen (Ziff. 15).

99 Darauf weisen auch *Guilfoyle*, Piracy off Somalia (Fn. 86), S. 697, und *Treves* (Fn. 87), S. 401, hin.

100 S/RES/1816 (2008), Ziff. 9.

verstärken und besser zu koordinieren sowie angegriffenen Schiffen Hilfe zu leisten.¹⁰¹ Diejenigen Staaten, die mit der TFG zusammenarbeiten, werden ermächtigt, auch in den Küstengewässern Somalias alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um Akte der Piraterie bzw. bewaffnete Raubüberfälle auf See zu bekämpfen. Die Resolution enthält allerdings eine Reihe von Sicherungen bzw. Einschränkungen, die gewährleisten sollen, dass die Rechte dritter Staaten, insbesondere das Recht auf friedliche Durchfahrt durch das Küstenmeer, nicht übermäßig beeinträchtigt werden. Außerdem dürfen die auf der Grundlage der Resolution vorgenommenen Maßnahmen nicht über diejenigen hinausgehen, die nach der UN-Seerechtskonvention und dem Völkergewohnheitsrecht zur Bekämpfung der Piraterie auf Hoher See erlaubt sind.¹⁰² Gut sechs Monate später erweiterte der Sicherheitsrat diese Ermächtigung auf das Territorium von Somalia, um eine Verfolgung und Bekämpfung der Piraten an Land und – dies geht allerdings aus der Formulierung nicht eindeutig hervor – aus der Luft zu ermöglichen.¹⁰³ Bisher hat aber noch kein Staat von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht.¹⁰⁴

101 Bereits in der Resolution 1814, S/RES/1814 (2008) vom 15. Mai 2008, waren die Mitgliedstaaten und Regionalorganisationen aufgefordert worden, in enger Abstimmung miteinander und auf Anfrage der TFG Maßnahmen zum Schutz des Schiffsverkehrs im Zusammenhang mit der Beförderung und Lieferung humanitärer Hilfsgüter nach Somalia zu ergreifen (Ziff. 11). Mit Deklaration vom 10. September 2009 begrüßte das Institut de droit international ausdrücklich die Resolution 1816 (2008) und forderte die Staaten auf, die Vorgaben des Sicherheitsrats umzusetzen. Naples Declaration on Piracy vom 10. September 2009, abrufbar unter: http://www.idi-iil.org/idiE/declarationE/2009_Naples_EN.pdf (Stand: 11. Januar 2010).

102 Dazu heißt es in Ziff. 7 der Sicherheitsratsresolution 1816:

„Decides that for a period of six months from the date of this resolution, States cooperating with the TFG in the fight against piracy and armed robbery at sea off the coast of Somalia, for which advance notification has been provided by the TFG to the Secretary-General, may:

(a) Enter the territorial waters of Somalia for the purpose of repressing acts of piracy and armed robbery at sea, in a manner consistent with such action permitted on the high seas with respect to piracy under relevant international law; and

(b) Use, within the territorial waters of Somalia, in a manner consistent with action permitted on the high seas with respect to piracy under relevant international law, all necessary means to repress acts of piracy and armed robbery“.

103 S/RES/1851 (2008) vom 16. Dezember 2008. Dazu heißt es in Ziff. 6:

„In response to the letter from the TFG of 9 December 2008, encourages Member States to continue to cooperate with the TFG in the fight against piracy and armed robbery at sea, notes the primary role of the TFG in rooting out piracy and armed robbery at sea, and decides that for a period of twelve months from the date of adoption of resolution 1846, States and regional organizations cooperating in the fight against piracy and armed robbery at sea off the coast of Somalia for which advance notification has been provided by the TFG to the Secretary-General may undertake all necessary measures that are appropriate in Somalia, for the purpose of suppressing acts of piracy and armed robbery at sea, pursuant to the request of the TFG, provided, that any measures undertaken pursuant to the authority of this paragraph shall be undertaken consistent with applicable international humanitarian and human rights law“.

Zudem werden die mit Seestreitkräften operierenden Staaten u.a. eingeladen, sog. „Shiprider Agreements“ mit Staaten aus der Region abzuschließen, auf deren Grundlage Beamte der Strafverfolgungsbehörden aus dem jeweiligen Land an Bord eines Kriegsschiffs mitfahren und gegen die ergriffenen Personen sofort ein Ermittlungsverfahren einleiten (Ziff. 3). Solche „Shiprider Agreements“ haben bisher v.a. die USA im Kampf gegen den Drogenhandel über See mit Staaten aus der Karibik abgeschlossen. Vgl. dazu die Literaturangaben in Fn. 45.

104 Die Resolution 1851 geht auf einen Vorschlag Frankreichs zurück. Französische Soldaten hatten nach der Freigabe des Segelkreuzfahrtschiffs „Le Ponant“ am 11. April 2008 die Piraten auf das somalische Festland verfolgt, einen Teil des Lösegelds sichergestellt und sechs von ihnen gefangen genommen, um sie in Frankreich vor Gericht zu stellen. Die TFG soll hierzu vorab ihr Einverständnis erklärt haben. Vgl. Michael Stehr, Le Ponant – Folgen und Folgerungen, Marine-Forum 83 (2008), S. 4-7; weitere Nachweise bei Treves (Fn. 87), S. 404, Fn. 11.

2. Die Operation Atalanta der Europäischen Union

a) Auftrag und Einsatzbedingungen

Die erste gemeinsame Marineoperation der EU im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) bzw. der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik (ESVP) beruht auf zwei Beschlüssen des Rates. Mit einer für die Mitgliedstaaten verbindlichen Gemeinsamen Aktion, die auf die Art. 14, 25 Abs. 3 und 28 Abs. 3 EU gestützt wird, wurden der Auftrag der Operation sowie ihre operativen und rechtlichen Rahmenbedingungen festgeschrieben.¹⁰⁵ Mit dem nachfolgenden Beschluss des Rates vom 8. Dezember 2008, der auf Art. 17 Abs. 2 EU basiert, wurden der Operationsplan und die Einsatzregeln für die Militäroperation („Rules of Engagement“) gebilligt und die zunächst auf 12 Monate befristete Operation eingeleitet.¹⁰⁶ Sie dient der Umsetzung der genannten Sicherheitsratsresolutionen und soll im Wesentlichen drei nach Priorität gestaffelte Aufgaben erfüllen: Vorrang kommt dem Schutz der vom Welternährungsprogramm gecharterten Schiffe zu, wobei neben der Begleitung von Konvois auch die Präsenz von bewaffneten Teams an Bord dieser Schiffe vorgesehen ist. Daneben kann im Einzelfall bei Bedarf der Schutz von anderen Handelsschiffen gewährleistet werden. Schließlich haben die Seestreitkräfte den Auftrag, Akte der Piraterie und bewaffnete Raubüberfälle auf See zu verhindern und gegebenenfalls zu beenden sowie verdächtige Schiffe aufzubringen, die mutmaßlichen Täter festzusetzen und an die Strafverfolgungsbehörden zu überstellen.¹⁰⁷ Die Schutz- und Präventivmaßnahmen stehen damit im Vordergrund der Operation.¹⁰⁸ Die „Rules of Engagement“, die auf der europäischen Ebene vereinbart worden sind und auf die im Einsatzbeschluss des Bundestages Bezug genommen wird, sind sehr weitreichend. Sie decken im Wesentlichen folgende Maßnahmen ab: die Abgabe von Warnschüssen, die Umleitung sowie das Anhalten von der Piraterie verdächtigen Schiffen durch den Einsatz militärischer Gewalt („[non-] disabling fire“), das Anbordgehen (wobei das nicht-einverständliche Boarding nur mit gesonderter Zustimmung des jeweiligen Mitgliedstaats zulässig ist), die Beschlagnahme der von den Piraten benutzten Fahrzeuge, Waffen und Güter, ersatzweise auch deren Unbrauchbarmachung, sowie die Ingewahrsamnahme von der Piraterie verdächtigen Personen. In den nationalen Erläuterungen zu den „Rules of Engagement“ ist vom

105 Gemeinsame Aktion 2008/851/GASP des Rates vom 10. November 2008, in: ABl. L 301 vom 12. November 2008, S. 33.

106 Beschluss 2008/918/GASP des Rates vom 8. Dezember 2008, in: ABl. L 330 vom 9. Dezember 2008, S. 19; inzwischen ist das Einsatzgebiet durch Ratsbeschluss vom 19. Mai 2009 erweitert und das Mandat durch Ratsbeschluss vom 15. Juni 2009 um ein Jahr verlängert worden. Das zweistufige Verfahren – Gemeinsame Aktion und Durchführungsbeschluss – entspricht der bisherigen Praxis des Rates bei militärischen Einsätzen im Rahmen der ESVP. Zu Beschluss und Durchführung EU-geführter Operationen vgl. auch *Kathrin Blanck*, Die europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik im Rahmen der europäischen Sicherheitsarchitektur, Wien 2005, S. 221 ff.; zu den bisherigen Einsätzen ausführlich *Sibylle Lang*, Bestimmungsfaktoren und Handlungsfähigkeit der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik, Frankfurt a.M. 2007, S. 189 ff.

107 Art. 2 lit. a, b, d und e der Gemeinsamen Aktion 2008/851/GASP; hinzu kommen die Überwachung der Seegebiete vor der Küste Somalias einschließlich der somalischen Hoheitsgewässer und des Schiffsverkehrs (lit. c) sowie die Koordination der Aktivitäten mit anderen in der Region tätigen Einheiten, insbesondere der im Rahmen von OEF eingesetzten Combined Task Force 150 (lit. f).

108 So auch die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Nachtwei u.a. und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 16/11382 vom 17. Dezember 2008, zu Ziff. 44, S. 18.

Bundesverteidigungsministerium klargestellt worden, dass der Einsatz militärischer Gewalt auch „deadly force“ beinhalten könne, d.h. dass eine Verletzung oder Tötung der verdächtigen Personen bzw. die Zerstörung des eingesetzten Fahrzeugs als letztes Mittel zumindest billigend in Kauf genommen werden dürfe.¹⁰⁹ Dabei ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit strikt zu beachten.

b) *Die Kompetenz der EU im Rahmen von GASP und ESVP*

Die Kompetenz der EU, im Rahmen der GASP/ESVP eine solche militärische Operation zu beschließen, ist gegeben. Die GASP erstreckt sich gemäß Art. 11 Abs. 1 EU auf alle Bereiche der Außen- und Sicherheitspolitik und schließt daher auch Maßnahmen zur internationalen Verbrechensbekämpfung ein, sofern damit die in dieser Vorschrift aufgeführten Ziele verfolgt werden.¹¹⁰ Voraussetzung für eine Gemeinsame Aktion gemäß Art. 14 EU ist lediglich das Vorliegen einer spezifischen Situation, in der eine operative Aktion der Union für notwendig erachtet wird. Militärische Einsätze finden ihre Grundlage in Art. 17 EU; sie müssen verteidigungspolitischen Zielen dienen. Art. 17 EU liegt ein weiter Verteidigungsbegriff zugrunde, der über die Territorialverteidigung der EU-Mitgliedstaaten gegen einen bewaffneten Angriff von außen hinausgeht und gemäß Art. 17 Abs. 2 EU auch die sog. Petersberg-Aufgaben zur Krisenbewältigung umfasst.¹¹¹ Da die dort genannten Bereiche – humanitäre Aufgaben und Rettungseinsätze, friedenserhaltende Aufgaben sowie Kampfeinsätze bei der Krisenbewältigung einschließlich friedensschaffender Maßnahmen – nicht abschließend sind, erstreckt sich der Anwendungsbereich der gemeinsamen Verteidigungspolitik auf die Verfolgung aller für die EU sicherheitsrelevanten Aufgaben und Ziele der GASP mit militärischen Mitteln.¹¹² Zwar weist die Bekämpfung der Piraterie im Allgemeinen keine unmittelbaren verteidigungspolitischen Bezüge auf. Im konkreten Fall dienen die Einsätze aber auf der Grundlage der genannten Sicherheitsratsresolutionen der Abwehr einer Bedrohung des Friedens und der internationalen Sicherheit und sichern

109 Weder die „Rules of Engagement“ noch die nationalen Erläuterungen sind öffentlich zugänglich. Die o.a. Informationen sind zu finden bei *Hans Kuhfahl/Uwe Althaus*, Operation Atalanta – Eine neue operativ-rechtliche Herausforderung für die deutsche Marine, *Marine-Forum* 84 (2009), S. 16-23 (S. 19, 21).

110 Im Rahmen der GASP sind bereits Maßnahmen zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus beschlossen worden, vgl. z.B. die Ratsbeschlüsse 2001/154/GASP (Listen von Terrorverdächtigen) und 2002/402/GASP (Einfrieren von Konten, Reisebeschränkungen).

111 Vgl. zu Entstehungsgeschichte und Bedeutung der ESVP *Corinna Gramsch*, Europa auf dem Weg zu einer gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik: eine juristische Analyse der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik (ESVP) im Lichte der Beschlüsse von Köln bis Laeken, Diss. Bonn 2003; *Ulrich Schür*, Der Aufbau einer europäischen Sicherheits- und Verteidigungsidentität im Beziehungsgeflecht von EU, WEU, OSZE und NATO, Frankfurt a.M. 2003; *Sascha Dietrich*, Die rechtlichen Grundlagen der Verteidigungspolitik der Europäischen Union, *ZaöRV* 66 (2006), S. 663-697; kritisch gegenüber dieser Entwicklung *Tobias Pflüger*, Empire Europa: Das militärische Fundament der Wirtschaftsmacht EU, *Kritische Justiz* 41 (2008), S. 317-323.

112 *Sebastian Graf Kielmansegg*, Die Verteidigungspolitik der Europäischen Union, Stuttgart 2005, S. 125; *ders.*, Die verteidigungspolitischen Kompetenzen der Europäischen Union, *EuR* 2006, S. 182-200 (S. 189); wohl auch *Günter Burghardt/Gerd Tebbe/Stephan Marquardt*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. I, 6. Aufl., Baden-Baden 2003, Art. 17 EUV Rdnr. 1; *Werner Kaufmann-Bühler*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Bd. I, Losebl. (Stand: Juni 2006), Art. 17 EUV Rdnr. 6.

vorrangig humanitäre Hilfsleistungen ab. Damit sind die Voraussetzungen von Art. 14 und 17 EU erfüllt.

c) *Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für den Einsatz*

In Deutschland hat der Bundestag dem Einsatz der Seestreitkräfte im Rahmen der Operation Atalanta am 19. Dezember 2008 zugestimmt.¹¹³ Ohne auf die altbekannten verfassungsrechtlichen Streitfragen näher eingehen zu können, sei zur verfassungsrechtlichen Grundlage des Einsatzes nur soviel gesagt: Vor dem Hintergrund des AWACS-Urteils des Bundesverfassungsgerichts zu Auslandseinsätzen der Bundeswehr von 1994¹¹⁴ ist der Einsatz deutscher Marineeinheiten auf der Grundlage des Art. 24 Abs. 2 GG zulässig, wenn es sich um einen Einsatz im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit handelt. Die Beteiligung an der Operation Atalanta erfolgt, wie bereits erwähnt, auf der Grundlage von Sicherheitsratsresolutionen im Rahmen der intergouvernementalen verteidigungspolitischen Zusammenarbeit der EU. Da es sich nicht um einen Friedenssicherungseinsatz unter der Führung der Vereinten Nationen handelt, die unzweifelhaft unter diesen Begriff fallen, stellt sich die Frage, ob auch die EU als System gegenseitiger kollektiver Sicherheit i.S.v. Art. 24 Abs. 2 GG anzusehen ist. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Begriff teleologisch dahingehend ausgelegt, dass ein solches System „durch ein friedenssicherndes Regelwerk und den Aufbau einer eigenen Organisation für jedes Mitglied einen Status völkerrechtlicher Gebundenheit [begründet], der wechselseitig zur Wahrung des Friedens verpflichtet und Sicherheit gewährt“.¹¹⁵ Für eine Charakterisierung der EU als System gegenseitiger kollektiver Sicherheit spricht, dass die ESVP auf einem friedenssichernden Regelwerk beruht und inzwischen einen Grad institutioneller Verfestigung erreicht hat, die dem Aufbau einer eigenen Organisation mit wechselseitigen Pflichten zur Wahrung des Friedens und Gewährung von Sicherheit schon sehr nahe kommt. Die Erlangung eigener Rechtspersönlichkeit und der Ausbau der ESVP sind zudem im Lissabonner Vertrag bereits vorgesehen.¹¹⁶ Hielte man Art. 24 Abs. 2 GG nicht für anwendbar, so könnte sich Deutschland aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht an militärischen Missionen im Rahmen der ESVP beteiligen. Ein solches Ergebnis widerspräche der in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG enthaltenen Staatszielbestimmung, an der Entwicklung der Europäischen

113 Vgl. Antrag der Bundesregierung, BT-Drs. 16/11337 vom 10. Dezember 2008, Beschlussempfehlung und Bericht des Auswärtigen Ausschusses, BT-Drs. 16/11416 vom 17. Dezember 2008, und den Beschluss des Bundestages, BT-Plenarprotokoll vom 19. Dezember 2008, S. 21357. Der Beschluss wurde mit 491 Ja-Stimmen gegen 55 Nein-Stimmen bei 12 Enthaltungen angenommen.

114 Urteil des BVerfG vom 12. Juli 1994 zu dem NATO/WEU-Einsatz von Seestreitkräften in der Adria zur Überwachung eines von der UNO verhängten Waffen- und Handelsembargos gegen die Föderative Republik Jugoslawien, dem AWACS-Einsatz zur Durchsetzung des von der UNO verhängten Flugverbots im Luftraum über Bosnien-Herzegowina und zur Beteiligung deutscher Soldaten an UNOSOM II in Somalia, BVerfGE 90, 286. Vgl. dazu *Doris König*, Putting an End to an Endless Constitutional Debate? The Decision of the Federal Constitutional Court on the ‘Out of Area’ Deployment of German Armed Forces, GYIL 38 (1995), S. 103-128, m.w.N.; *Marcus Schultz*, Die Auslandsentsendung von Bundeswehr und Bundesgrenzschutz zum Zwecke der Friedenswahrung und Verteidigung, Frankfurt a.M. 1998, S. 292 ff.

115 BVerfGE 90, 286 (349).

116 Art. 42 bis 46 EU n.F.

Union mitzuwirken. Daher ist auch die EU als System gegenseitiger kollektiver Sicherheit i.S.v. Art. 24 Abs. 2 GG anzusehen.¹¹⁷

d) Rechtsprobleme bei der Ingewahrsamnahme verdächtiger Personen

Schwierige Rechtsprobleme werfen die Festsetzung der Piraterie verdächtiger Personen und deren weiterer Verbleib auf. Hier geht es um den Schutz der Menschenrechte der Betroffenen und die Sicherstellung eines rechtsstaatlichen Verfahrens. Zu klären ist, auf welcher rechtlichen Grundlage die Ingewahrsamnahme erfolgt und welches Recht anwendbar ist. Die Bundesregierung vertritt die Auffassung, die Ingewahrsamnahme durch die Marine erfolge nicht auf der Grundlage der deutschen Strafprozessordnung, sondern auf völkerrechtlicher Grundlage. Hierbei bezieht sie sich neben dem Seerechtsübereinkommen und den Sicherheitsratsresolutionen insbesondere auf Art. 2 lit. e und Art. 12 der Gemeinsamen Aktion 2008/851/GASP, denen zufolge der Piraterie verdächtige Personen aufgegriffen und festgehalten werden dürfen, bis sie an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden des aufgreifenden oder eines anderen Mitgliedstaats oder eines Drittstaates übergeben werden. Die Übergabe oder – sollte kein Staat zur Strafverfolgung bereit sein – die Freilassung haben zum frühestmöglichen Zeitpunkt zu erfolgen. Erst von dem Zeitpunkt an, an dem die Verdächtigen in einem Hafen an die Bundespolizei übergeben worden seien, richte sich die Festnahme nach deutschem Recht.¹¹⁸ Erst dann beginnt die Frist des Art. 104 Abs. 3 GG zu laufen, nach der ein Verdächtiger maximal 48 Stunden nach der Festnahme einem Richter vorgeführt werden muss. Vermag diese Rechtsauffassung zu überzeugen?

(1) Ausübung deutscher Staatsgewalt oder Begründung völkerrechtlichen Gewahrsams?

Zunächst ist zu klären, ob bei der Ingewahrsamnahme mutmaßlicher Piraten durch Marinesoldaten deutsche Staatsgewalt ausgeübt wird. Entgegen der Auffassung der Bundesregierung, die von der Begründung eines völkerrechtlichen Gewahrsams aus-

¹¹⁷ So im Erg. auch *Daniel Thym*, Die Begründung einer europäischen Verteidigungspolitik: Anforderungen des europäischen und des deutschen Verfassungsrechts, DVBl 2000, S. 676-682 (S. 681); *Volker Röben*, Der Einsatz der Streitkräfte nach dem Grundgesetz, ZaöRV 63 (2003), S. 585-603 (S. 590 und Fn. 17); *ders.*, Außenverfassungsrecht – Eine Untersuchung zur auswärtigen Gewalt des offenen Staates, Tübingen 2007, S. 250 f.; *Dieter Wiefelspütz*, Der Auslandseinsatz der Bundeswehr gegen den grenzüberschreitenden internationalen Terrorismus, ZaöRV 65 (2005), S. 819-835 (S. 832); *ders.*, Das Parlamentsheer, Berlin 2005, S. 149; *Andreas Gilch*, Das Parlamentsbeteiligungsgesetz – Die Auslandsentsendung der Bundeswehr und deren verfahrensrechtliche Ausgestaltung, Diss. Würzburg 2005, S. 69; *Dieter Weingärtner*, Auslandseinsätze als Rechtsmaterie, in: *ders.* (Hrsg.), Einsatz der Bundeswehr im Ausland, Baden-Baden 2007, S. 7-15 (S. 11); *Sylvia Charlotte Spies*, Parlamentsvorbehalt und Parlamentsbeteiligung bei Einsätzen der Bundeswehr im Ausland – Ein Beitrag zur Diskussion um ein Parlamentsbeteiligungsgesetz, in: Horst Fischer u.a. (Hrsg.), Krisensicherung und Humanitärer Schutz – Festschrift für Dieter Fleck, Berlin 2004, S. 531-557 (S. 538); *Thomas Heinicke*, Piratenjagd vor der Küste Somalias. Überlegungen zu den rechtlichen Rahmenbedingungen der EU NAVFOR Somalia/ATALANTA-Operation, Kritische Justiz 42 (2009), S. 178-195 (S. 187 f.); a.A. *Daniel Sigloch*, Auslandseinsätze der deutschen Bundeswehr, Hamburg 2006, S. 220 f.; *Manfred Baldus*, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. III, 5. Aufl., München 2005, Art. 87a Rdnr. 56; *Werner Heun*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. III, 2. Aufl., Tübingen 2008, Art. 87a Rdnr. 18.

¹¹⁸ Antwort der Bundesregierung auf die schriftliche Frage 3/84 der FDP-Abgeordneten Homburger vom 6. März 2009 (noch nicht veröffentlicht); vgl. auch *Kuhfahl/Althaus* (Fn. 109), S. 18; *Andreas Uhl*, Hilfe für Somalia – Die Operation Atalanta, ebenda, S. 11-15 (S. 13).

geht, sprechen dafür folgende Überlegungen: Die Operation Atalanta beruht lediglich auf einer Ermächtigung des Sicherheitsrates, ist aber keine UN-Mission. Die deutschen Seestreitkräfte sind auf der Grundlage des Art. 24 Abs. 2 GG an dieser Operation beteiligt, der die Bundesrepublik Deutschland lediglich zu einer Beschränkung, nicht auch zu einer Übertragung von Hoheitsrechten ermächtigt.¹¹⁹ Dies lässt den Schluss zu, dass die Einordnung in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit die Ausübung deutscher Hoheitsgewalt zwar beschränkt, dass die Verantwortung für die Handlungen der deutschen Streitkräfte letztlich aber bei der Bundesrepublik Deutschland verbleibt.¹²⁰ Im Rahmen der Operation Atalanta untersteht die Marine zwar der Führung des Operativen Kommandeurs EUFOR Atalanta und vor Ort des „Force Commanders“; diese üben aber nur die operative Kontrolle („operational control“) aus, während die Befehlsgewalt gegenüber den einzelnen Soldaten und die Disziplinargewalt in nationaler Verantwortung wahrgenommen werden.¹²¹ Die Entscheidung, verdächtige Personen in Gewahrsam zu nehmen, trifft letztlich der Kommandant des deutschen Kriegsschiffs, wenn auch in enger Abstimmung mit den EU-Stellen und dem Einsatzführungskommando in Potsdam. Die tatsächlichen Umstände, unter denen die betreffenden Personen an Bord festgehalten werden, sowie ihre Behandlung unterliegen allein dem Einfluss des Gewahrsamsstaates.¹²² Unterstützend lässt sich die Überlegung heranziehen, dass es sich bei der EU nach bisher überwiegender Auffassung noch immer nicht um ein Völkerrechtssubjekt mit eigener Rechtspersönlichkeit handelt.¹²³ Daher

119 In seinem Urteil zum Lissabonner Vertrag vom 30. Juni 2009, Rdnrn. 254 f., hat das BVerfG ausdrücklich klargestellt, dass Einsätze der Bundeswehr auch im Rahmen der EU auf der Grundlage von Art. 24 Abs. 2 GG erfolgen, der insoweit Art. 23 Abs. 1 GG vorgeht.

120 Die vom EGMR, *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*, Nrn. 78166/01 und 71412/01, herangezogenen Erwägungen, die sich vorrangig auf die Sicherheitsratsresolution 1244 stützen, sind hier nicht einschlägig.

121 Dieser aus dem NATO-Sprachgebrauch stammende Begriff wird in der Zentralen Dienstvorschrift der Bundeswehr 1/50 wie folgt definiert:

„Operational control ist die einem Befehlshaber/Kommandeur übertragene Befugnis, assignierte Kräfte so zu führen, dass er bestimmte Aufgaben oder Aufträge durchführen kann, die im allgemeinen nach Art, Zeit und Raum begrenzt sind; ferner die betreffenden Truppenteile dislozieren und die Tactical Control über diese Truppenteile selbst auszuüben oder zu übertragen. Der Begriff umfasst weder die Befugnis, den gesonderten Einsatz von Teilen dieser Truppenteile anzuordnen, noch sind im allgemeinen truppendienstliche oder logistische Führungsaufgaben mit eingeschlossen.“

Für eine Ausübung deutscher Staatsgewalt im Falle der „operational control“ *Heike Krieger*, Die Verantwortlichkeit Deutschlands nach der EMRK für seine Streitkräfte im Auslandseinsatz, ZaöRV 62 (2002), S. 669-702 (S. 680 ff.); *Christophe Eick*, Die Anwendbarkeit des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr, in: Pierre-Marie Dupuy u.a. (Hrsg.), Völkerrecht als Wertordnung – Festschrift für Christian Tomuschat, Kehl 2006, S. 115-131 (S. 129 f.); *Sascha Rolf Lüder*, Völkerrechtliche Verantwortlichkeit bei Teilnahme an „Peace-keeping“-Missionen der Vereinten Nationen, Berlin 2004, S. 113 f.

122 Die Frage der Unterbringung und Behandlung festgenommener Personen im Rahmen deutscher Auslandseinsätze regelt der Befehl vom 26. April 2007, dessen wesentliche Bestimmungen wiedergegeben sind in der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Nachtwei u.a. und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 16/6282 vom 29. August 2007, zu Ziff. 1, S. 5 ff.

123 *Juliane Kokott*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, München 2003, Art. 281 Rdnrn. 2, 4; *Meinhard Hilf*, in: Grabitz/ders. (Fn. 112), Losebl. (Stand: April 2007), Art. 1 EUV Rdnrn. 9, 32 ff.; *Rudolf Streinz*, Europarecht, 8. Aufl., Heidelberg 2008, Rdnr. 134; *Hans-Joachim Cremer*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, 3. Aufl., München 2007, Art. 11 EUV Rdnr. 1; jeweils m.w.N.; a.A. inzwischen mit beachtlichen Argumenten *Johannes Christian Wichard*, ebenda, Art. 5 EUV Rdnr. 9, Art. 1 EGV Rdnrn. 5 ff.; *Martin Nettesheim*, in: Thomas Oppermann/Claus Dieter Classen/ders., Europarecht, 4. Aufl., München 2009, § 38 Rdnr. 8; jeweils m.w.N.

ließen sich ihr Menschen- bzw. Grundrechtsverletzungen – anders als der NATO oder den Vereinten Nationen – nicht ohne Weiteres zurechnen. Außerdem hat der EuGH im Rahmen der GASP bisher keine Zuständigkeit,¹²⁴ so dass es im Falle der Zurechnung zu einer erheblichen Verkürzung des Menschenrechtsschutzes käme. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass die Ingewahrsamnahme mutmaßlicher Piraten bzw. die Beschlagnahme der Tatwerkzeuge in Ausübung deutscher Hoheitsgewalt erfolgt. Dementsprechend sind gemäß Art. 1 Abs. 3 GG die deutschen Grundrechte auf diese Sachverhalte grundsätzlich anwendbar.¹²⁵

(2) Der Vorbehalt des Gesetzes

Eingriffe in Grundrechte unterliegen dem Vorbehalt des Gesetzes. Im Falle der Piraterie sind in den Art. 105, 107 und 110 UNCLOS die Befugnisse, die mit dem Betreten und Aufbringen eines Piratenschiffs auf Hoher See verbunden sind, detailliert geregelt. Durch das Zustimmungsgesetz zum UN-Seerechtsübereinkommen gemäß Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG gelten diese Vorschriften im Rang eines Bundesgesetzes. Da diese Regelungen – insbesondere im Hinblick auf die weniger strikten Bestimmtheitsanforderungen an Vorschriften in völkerrechtlichen Verträgen¹²⁶ – hinreichend bestimmt sein dürften, bedarf es keiner weiteren Ausführungsgesetze zur Wahrnehmung dieser Befugnisse durch die Besatzung deutscher Kriegsschiffe. Zudem kodifiziert das Seerechtsübereinkommen im Falle der Piraterie allgemeines Völkergewohnheitsrecht. Dieses findet auch über Art. 25 GG Eingang in die deutsche Rechtsordnung und gilt hier nach h.M. mit übergesetzlichem Rang.¹²⁷ In diesem Fall ist damit dem Vorbehalt des Gesetzes Genüge getan.¹²⁸ Dies gilt allerdings nur für Einsätze gegen mutmaßliche Piratenschiffe auf Hoher See. Für entsprechende Operationen in den Küstengewässern Somalias, die

124 Art. 46 EU. Im Lissabonner Vertrag ist demgegenüber in Art. 275 Abs. 2 AEU eine begrenzte Zuständigkeit des EuGH in den Fällen vorgesehen, in denen im Rahmen der GASP restriktive Maßnahmen gegenüber natürlichen oder juristischen Personen erlassen worden sind.

125 Vgl. für eine Anwendbarkeit deutscher Grundrechte bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr *Angela Werner*, Die Grundrechtsbindung bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr, Frankfurt a.M. 2006, S. 168 ff., 223 f.; *Michael Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl., München 2009, vor Art. 1 Rdnr. 19; *Wolfram Höfling*; ebenda, Art. 1 Rdnr. 86; *Manfred Baldus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 117), Art. 87a Rdnr. 68; *Matthias Herdegen*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, Losebl. (Stand: März 2006), München, Art. 1 Abs. 3, Rdnr. 71; *Dieter Wiefelspütz*, Auslandseinsatz der Streitkräfte und Grundrechte, NZWehrR 2008, S. 89-102 (S. 98 ff.); *Andreas Fischer-Lescano/Lena Kreck*, Piraterie und Menschenrechte – Rechtsfragen der Bekämpfung der Piraterie im Rahmen der europäischen Operation Atalanta, ZERP-Diskussionspapier 3/2009, S. 4 f. A.A. wohl *Josef Isensee*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 2. Aufl., Heidelberg 2000, § 115 Rdnr. 90; wohl auch *Markus Heintzen*, Ausländer als Grundrechtsträger, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, Heidelberg 2006, § 50 Rdnr. 31.

126 BVerfGE 77, 170 (231 f.); 89, 155 (191 ff.).

127 BVerfGE 6, 309 (363); 111, 307 (318); *Matthias Herdegen*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. III, Losebl. (Stand: Februar 2003), Art. 25 Rdnr. 42; *Rudolf Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht mit Europarecht, 4. Aufl., München 2009, S. 152 f.; für Verfassungsranrang *Christian Koenig*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 117), Bd. II, Art. 25 Rdnrn. 49 ff.; *Rudolf Streinz*, in: Sachs (Fn. 125), Art. 25 Rdnrn. 85 ff.; sogar für Überverfassungsrang der zwingenden Regeln des allgemeinen Völkerrechts *Ingolf Pernice*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 2006, Art. 25 Rdnr. 23 ff.

128 A.A. *Fischer-Lescano/Kreck* (Fn. 125), S. 24 ff.; *Heinicke* (Fn. 117), S. 189 f.

sich allein auf die oben genannten Sicherheitsratsresolutionen stützen können, gibt es dagegen keine hinreichende gesetzliche Grundlage im deutschen Recht. Daher wäre es notwendig – und in Bezug auf die Einsätze auf Hoher See aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit zumindest wünschenswert –, eine gesetzliche Grundlage für solche Einsätze der Seestreitkräfte zur Bekämpfung der Piraterie zu schaffen.¹²⁹

Die umstrittene Frage, ob – wie mehrfach behauptet wird – gegen das Trennungsverbot verstoßen wird, weil nicht die Marine, sondern die Bundespolizei für die Bekämpfung der Piraterie auf See zuständig sei,¹³⁰ soll hier mit Blick auf den Beitrag von *Thilo Marauhn* nicht näher erörtert werden. Erfolgt der Einsatz der Marine im Rahmen eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit gemäß Art. 24 Abs. 2 GG, dem der Bundestag zugestimmt hat, so dürfen (und müssen) die deutschen Seestreitkräfte das Mandat erfüllen und die dazu erforderlichen Handlungen vornehmen. Solche Mandate unterscheiden nicht trennscharf zwischen polizeilichen und militärischen Aufgaben und Befugnissen.¹³¹ Vielmehr kommt es zu Überschneidungen, wobei es bei der Ausgestaltung des Mandats auch eine Rolle spielt, wer über die adäquaten Mittel verfügt, um die Aufgabe wirksam zu erfüllen. Die Beharrung auf einer strikten Anwendung des Trennungsgebots würde die deutsche Teilnahme an solchen Einsätzen, die nach dem Völker- und Europarecht zulässig sind, grundsätzlich in Frage stellen und damit dem Sinn und Zweck des Art. 24 Abs. 2 GG zuwiderlaufen.

(3) *Umfang der Grundrechtsbindung*

Die nächste Frage, die sich stellt, ist diejenige nach dem Umfang der Grundrechtsbindung bei Auslandssachverhalten. Das Bundesverfassungsgericht hat in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung¹³² im G 10-Urteil aus dem Jahr 1999 hierzu Folgendes ausgeführt: Bei der Festlegung der Reichweite grundrechtlicher Bindungen müsse zum einen der Umfang der Verantwortlichkeit und Verantwortung deutscher Staatsorgane berücksichtigt, zum anderen das Verfassungsrecht mit dem Völkerrecht abgestimmt werden. Die Reichweite sei unter Berücksichtigung von Art. 25 GG aus dem Grundgesetz selbst zu ermitteln, wobei „je nach den einschlägigen Verfassungsnormen Modifikationen und Differenzierungen zulässig oder geboten sein“ könnten.¹³³ Bei der Inge-wahrsamnahme mutmaßlicher Piraten ging es in der bisherigen Debatte insbesondere um die Reichweite des Art. 104 Abs. 3 GG, dem zufolge jeder wegen des Verdachts einer

129 So auch der Entschließungsantrag einzelner Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zur Beratung des Antrags der Bundesregierung, der Erweiterung des Einsatzgebiets der Operation Atalanta zuzustimmen, BT-Drs. 16/13474 vom 17. Juni 2009, S. 2 und 4.

130 So insbesondere *Fischer-Lescano/Kreck* (Fn. 125), S. 33 f.; *Heinicke* (Fn. 117), S. 192 f.; a.A. grundsätzlich *Wiefelspütz*, *Parlamentsheer* (Fn. 117), S. 249 f.; *Torsten Stein*, *Völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Fragen des Schutzes der deutschen Handelsflotte durch die Bundesmarine*, in: FS Rauschning (Fn. 91), S. 487-500 (S. 496).

131 Vgl. allgemein zu einer zunehmenden Verwischung von Grenzen zwischen Polizei und Militär *Udo Di Fabio*, *Sicherheit in Freiheit*, NJW 2008, S. 421-425 (S. 423).

132 BVerfGE 31, 58 (72 ff.); 92, 26, (41 f.); vgl. dazu im Einzelnen *Rainer Hofmann*, *Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte*, Berlin 1994, S. 31 ff.; vgl. für eine eingeschränkte Grundrechtsbindung der Bundeswehr im Auslandseinsatz *Werner* (Fn. 125), S. 231 ff., 242 f.; a.A. in Bezug auf die Grundrechtsbindung bei transnationalen Sachverhalten *Manfred Baldus*, *Transnationales Polizeirecht*, Baden-Baden 2001, S. 147 ff.

133 BVerfGE 100, 313 (362 f.).

Straftat vorläufig Festgenommene spätestens nach 48 Stunden einem Richter vorzuführen ist. Dieses justizielle Grundrecht setzt implizit voraus, dass sich der Betreffende auf deutschem Staatsgebiet oder jedenfalls in einer Entfernung davon befindet, die eine Vorführung innerhalb von 48 Stunden im Normalfall ermöglicht. Erfolgt die Ingewahrsamnahme allerdings weit entfernt vom deutschen Staatsgebiet auf Hoher See, so ist die Einhaltung der Frist schon aus faktischen Gründen nicht möglich. Hier bedarf es einer Modifizierung der Vorführklausel unter Berücksichtigung des gemäß Art. 25 GG zu beachtenden völkerrechtlichen Mindeststandards zum Schutz der Rechte einer Straftat verdächtiger Personen.

Dabei sollten die entsprechenden Bestimmungen der EMRK¹³⁴ und des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR)¹³⁵ zu deren Bestimmung herangezogen werden.¹³⁶ Sowohl gemäß Art. 5 Abs. 3 EMRK als auch gemäß Art. 9 Abs. 3 IPbPR muss die festgenommene Person „unverzüglich“ einem Richter vorgeführt werden und hat Anspruch auf ein Gerichtsverfahren innerhalb einer angemessenen Frist oder auf Entlassung aus der Haft. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hatte sich in zwei Fällen, in denen des Drogenschmuggels verdächtige Personen von Zollbeamten auf Hoher See festgenommen worden waren, mit der Auslegung und Anwendung des Begriffs „unverzüglich“ zu befassen. Er hielt daran fest, dass der Beschuldigte grundsätzlich sofort („brought promptly“) – im Deutschen würde man sagen „ohne schuldhaftes Zögern“ – dem Richter vorgeführt werden müsse. Allerdings müsse jeder Fall im Lichte seiner konkreten besonderen Umstände beurteilt werden; außergewöhnliche Umstände könnten einen längeren Zeitraum bis zur Vorführung rechtfertigen. Da sich in beiden Fällen die Staatsschiffe zum Zeitpunkt der Festnahme weit entfernt vom nächsten Hafen des Mutterlandes befanden, diesen aber so schnell wie möglich ansteuerten und die Festgenommenen sofort den zuständigen Ermittlungsbehörden übergaben, sah der Gerichtshof einen Zeitraum von 16 bzw. 13 Tagen auf See als gerechtfertigt an.¹³⁷ Vor diesem Hintergrund erscheint es vertretbar, die Reichweite des Art. 104 Abs. 3 GG dahingehend zu modifizieren, dass die mutmaßlichen Piraten so schnell wie unter den gegebenen Umständen möglich den für die Strafverfolgung zuständigen Behörden übergeben werden müssen, wobei aber der Zeitraum von 48 Stunden überschritten werden darf.¹³⁸ Für eine solche Modifizierung der Vorführklausel

134 Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4. November 1950, BGBl. 2002 II, S. 1054.

135 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966, BGBl. 1973 II, S. 1553.

136 Vgl. dazu *Hofmann* (Fn. 132), S. 70 f.

137 EGMR, *Rigopoulos v. Spain*, Nr. 37388/97, Entscheidung vom 12. Januar 1999; EGMR, *Medvedyev et autres c. France*, Nr. 3394/03, Urteil vom 10. Juli 2008.

138 Eine Überschreitung der Frist ist in einem vergleichbaren Ausnahmefall in § 21 Abs. 4 der Wehrdisziplinarordnung vorgesehen. Dort heißt es:

„Der Festgenommene ist auf freien Fuß zu setzen, sobald die Aufrechterhaltung der Disziplin die Festhaltung nicht mehr erforderlich macht, spätestens jedoch am Ende des Tages nach der vorläufigen Festnahme, wenn nicht zuvor wegen Verdachts einer Straftat ein Haftbefehl des Richters ergeht. An Bord von Schiffen außerhalb der Hoheitsgewässer der Bundesrepublik Deutschland darf der Festgenommene nach seiner Anhörung durch den Kommandanten und auf dessen Anordnung auch ohne richterlichen Haftbefehl über die in Satz 1 bezeichnete Frist hinaus festgehalten werden, wenn und solange er eine unmittelbare Gefahr für Menschen oder Schiff darstellt, die auf andere Weise nicht abgewendet werden kann. [...]“ (Hervorhebung durch die Verf.).

spricht neben der Notwendigkeit, die tatsächlichen Umstände der Festnahme und die Sachzwänge auf See zu berücksichtigen, auch folgende Überlegung: Hielte man strikt an dem Wortlaut des Art. 104 Abs. 3 GG fest, so könnten die deutschen Seestreitkräfte von Verfassungen wegen ihren im Einsatzbeschluss des Bundestages enthaltenen Auftrag, im Rahmen der Operation Atalanta der Piraterie verdächtige Personen festzuhalten und zwecks Übergabe an die zuständigen Strafverfolgungsorgane zu transportieren, nicht erfüllen. Dies würde ihnen eine wirksame Teilnahme an einem gemäß Art. 24 Abs. 2 GG zulässigen und vom Bundestag demokratisch verantworteten Einsatz unmöglich machen. Sobald die Verdächtigen der Bundespolizei übergeben worden sind, ist die Frist von maximal 48 Stunden – wenn nicht außergewöhnliche, von den deutschen Behörden nicht zu vertretende Umstände eine Verbringung nach Deutschland verzögern – einzuhalten.¹³⁹ Wird dieser Maßstab zu Grunde gelegt, so ist auch den Erfordernissen der EMRK und des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte Genüge getan. Beide Übereinkommen sind anwendbar, da die in Gewahrsam genommenen mutmaßlichen Piraten bis zu einer Übergabe an einen anderen Staat der Herrschaftsgewalt der Bundesrepublik Deutschland unterstehen.¹⁴⁰

e) Strafverfolgung in Deutschland oder Übergabe an einen Drittstaat?

Werden mutmaßliche Piraten von der deutschen Marine in Gewahrsam genommen, so gibt es drei Handlungsoptionen: erstens die Strafverfolgung in Deutschland, zweitens die Übergabe an die Strafverfolgungsbehörden eines anderen EU-Mitgliedstaats oder eines zur Strafverfolgung bereiten Drittstaats gemäß Art. 12 Abs. 1 der Gemeinsamen Aktion, oder drittens, sollte kein Staat die Strafverfolgung übernehmen wollen, die Freilassung an einem Ort, an dem den Verdächtigen keine konkrete Gefahr für Leib oder Leben droht.¹⁴¹

(1) Strafverfolgung in Deutschland

Von besonderer Bedeutung ist der Straftatbestand des Angriffs auf den Luft- und Seeverkehr gemäß § 316c StGB, der die Straftatbestände der SUA-Konvention von 1988 in deutsches Recht umsetzt.¹⁴² Für die Fälle der Piraterie ist vor allem § 316c Abs. 1 Nr. 1 StGB von Belang, dem zufolge mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft wird, wer Gewalt anwendet oder die Entschlussfreiheit einer Person angreift oder sonstige Machenschaften vornimmt, um dadurch die Herrschaft über ein im zivilen Seeverkehr

139 A.A. *Fischer-Lescano/Kreck* (Fn. 125), S. 16 ff., 20; *Heinicke* (Fn. 117), S. 192.

140 Dies folgt für die EMRK aus Art. 1 der Konvention; vgl. hierzu *Krieger* (Fn. 121), S. 674 ff., m.w.N. Für den IPbPR folgt die Anwendbarkeit aus Art. 2 Abs. 1, dessen Auslegung allerdings umstritten ist. Der Ausschuss für Menschenrechte hat in seinem General Comment Nr. 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 vom 26. Mai 2004, die Auffassung vertreten, dass die Verpflichtungen aus dem Pakt auch gegenüber solchen Personen bestehen, die der Herrschaftsgewalt eines Vertragsstaats unterstehen, ohne sich auf dessen Territorium zu befinden. Dieses gelte auch für Auslandseinsätze der Streitkräfte der Vertragsstaaten im Rahmen von UN-Friedensmissionen (§ 10). Dazu *Eick* (Fn. 121), S. 117 ff., 123.

141 Vgl. dazu die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Nachtwei u.a., BT-Drs. 16/11382 (Fn. 108), zu Ziff. 34, S. 15.

142 Der bereits in § 316c StGB geregelte Angriff auf den Luftverkehr wurde 1990 im Zuge der Umsetzung der SUA-Konvention um den Angriff auf den Seeverkehr ergänzt. Vgl. dazu *Lagoni*, Piraterie und widerrechtliche Handlungen (Fn. 91), S. 531.

eingesetztes Schiff zu erlangen oder auf dessen Führung einzuwirken.¹⁴³ Daneben kommen andere Straftatbestände wie z.B. schwere räuberische Erpressung, Körperverletzung, Totschlag etc. in Betracht. Für Angriffe auf den Luft- und Seeverkehr ist das deutsche Strafrecht gemäß § 6 Nr. 3 StGB nach dem Universalitäts- bzw. Weltrechtsprinzip anwendbar. D.h., solche Taten können, auch wenn sie von Ausländern auf Hoher See oder in der Ausschließlichen Wirtschaftszone dritter Staaten begangen werden, nach deutschem Strafrecht geahndet werden, und zwar unabhängig davon, ob deutsche Rechtsgüter oder Interessen betroffen sind.¹⁴⁴ Diese weitreichende Ermächtigung zur Anwendung des nationalen Strafrechts auf Akte der Piraterie folgt aus Art. 105 UNCLOS und ist gewohnheitsrechtlich anerkannt. Dennoch hat sich die Bundesregierung darauf verständigt, dass über die Strafverfolgung in Deutschland oder die Übergabe der Verdächtigen an einen Drittstaat ein Gremium entscheidet, dem hochrangige Vertreter des Auswärtigen Amtes, des Bundesministeriums der Verteidigung, des Bundesjustizministeriums und des Bundesinnenministeriums angehören. Eine Strafverfolgung in Deutschland soll regelmäßig nur dann in Betracht kommen, wenn gewichtige Rechtsgüter mit hinreichendem deutschen Bezug geschädigt worden sind.¹⁴⁵ Eine solche Beschränkung deutscher Strafgewalt ist weder nach dem Völkerrecht noch nach dem nationalen Strafrecht erforderlich.

Zuständig für die Strafverfolgung sind entweder gemäß § 10 StPO die Staatsanwaltschaft und Gerichte des Heimathafens, wenn das angegriffene Schiff unter deutscher Flagge fährt, oder gemäß § 10a StPO die Strafverfolgungsbehörden in Hamburg. Die Staatsanwaltschaft ist nach dem Legalitätsprinzip (§ 152 Abs. 2 StPO) bei hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkten zur Aufnahme von Ermittlungen verpflichtet. Sie kann aber gemäß § 153c Abs. 1 Nr. 1 StPO bei Auslandstaten von der Strafverfolgung absehen. Diese Vorschrift ermöglicht eine prozessuale Korrektur des weiten Anwendungsbereichs deutscher Strafgewalt nach dem Universalitätsprinzip. Da sie keine weiteren Voraussetzungen enthält, liegt die Einstellungsentscheidung im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Staatsanwaltschaft. Bei dieser Entscheidung kann insbesondere eine Rolle spielen, ob aus der Sicht des deutschen Strafrechts ein öffentliches Interesse an der Verfolgung der konkreten Auslandstat besteht, ob bei der Strafverfolgung mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu rechnen ist oder ob zu erwarten ist, dass die Tat von einem Drittstaat effektiv verfolgt wird.¹⁴⁶ Da es sich um eine vorläufige Einstellung

143 Vgl. zu den Einzelheiten *Gereon Wolters/Eckhard Horn*, in: Hans-Joachim Rudolphi u.a., Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Losebl. (Stand: März 2007), München, § 316c Rdnrn. 6 ff.; *Wieck-Noodt*, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. IV, München 2006, § 316c Rdnrn. 17 ff.

144 *Albin Eser*, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., München 2006, vor §§ 3-7 Rdnr. 8, § 6 Rdnr. 1; *Andreas Hoyer*, in: Hans-Joachim Rudolphi u.a., Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Losebl. (Stand: November 2007), München, § 6 Rdnrn. 1 f.; *Dietrich Oehler*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl., Köln 1983, Kap. 14.

145 Vgl. dazu die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Nachtwei u.a., BT-Drs. 16/11382 (Fn. 108), zu Ziff. 34, S. 15; diese Voraussetzung wird insbesondere dann als erfüllt angesehen, wenn Deutsche getötet oder verletzt oder unter deutscher Flagge fahrende Schiffe angegriffen worden sind.

146 *Werner Beulke*, in: Ewald Löwe/Werner Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. V, 26. Aufl., Berlin 2008, § 153c StPO Rdnrn. 2, 8; vgl. auch *Armin Schoreit*, in: Rolf Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl., München 2008, § 153c StPO Rdnr. 8, der aus kompetenzrechtlichen Gründen kritisiert, dass nach Nr. 94 Abs. 3

handelt, kann das Ermittlungsverfahren allerdings jederzeit wieder aufgenommen werden. Angesichts dieser Gesetzeslage ist die Vorgehensweise der Bundesregierung, auf politischer Ebene eine für die zuständige Staatsanwaltschaft zwar nicht verbindliche, aber mit politischen Vorwirkungen verbundene Entscheidung über eine Strafverfolgung in Deutschland zu treffen, aus Gründen der Gewaltenteilung zumindest bedenklich.

(2) Bedingungen für die Übergabe an einen Drittstaat

Die Verdächtigen können, wie bereits erwähnt, gemäß Art. 12 Abs. 1 der Gemeinsamen Aktion an jeden Drittstaat übergeben werden, der seine gerichtliche Zuständigkeit wahrnehmen möchte. Einer solchen Übergabe steht Art. 105 UNCLOS nicht entgegen. Die Begründung der Zuständigkeit des ergreifenden Staates nach dem Universalitätsprinzip steht der parallelen Zuständigkeit anderer betroffener Staaten, etwa des Flaggenstaats des angegriffenen Schiffs oder des Staates, dessen Staatsbürger zu Schaden gekommen sind, nicht entgegen.¹⁴⁷ Gemäß Art. 12 Abs. 2 dürfen die betreffenden Personen allerdings nur dann übergeben werden, wenn mit dem Drittstaat die Bedingungen für die Übergabe im Einklang mit dem Völkerrecht, insbesondere den internationalen Menschenrechtsnormen, festgelegt worden sind. Vor allem muss sichergestellt werden, dass für niemanden das Risiko der Todesstrafe, Folter oder jeglicher grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe besteht. Um diese Voraussetzungen zu erfüllen, hat der Rat am 6. März 2009 in der Form eines Briefwechsels eine Übergabvereinbarung mit Kenia getroffen.¹⁴⁸ Auf deren Grundlage sind wenige Tage später neun von einer deutschen Fregatte in Gewahrsam genommene Verdächtige an die kenianischen Strafverfolgungsbehörden überstellt worden.

Diese Vereinbarung ist auf der Grundlage von Art. 24 EU abgeschlossen worden, dem zufolge der Rat völkerrechtliche Übereinkünfte mit Drittstaaten schließen kann, die zur Durchführung der GASP/ESVP erforderlich sind. Dass die Übergabvereinbarung zur Durchführung der Operation Atalanta erforderlich ist, folgt bereits aus Art. 12 Abs. 2 der Gemeinsamen Aktion. Da es sich um eine Übereinkunft im Rahmen der intergouvernementalen Zusammenarbeit handelt, sind – jedenfalls nach noch herrschender Auffassung – die Mitgliedstaaten Vertragsparteien.¹⁴⁹ Im Einklang mit Art. 25 Abs. 1 lit. a WVK¹⁵⁰ ist in der Vereinbarung selbst die vorläufige Anwendbarkeit ab dem Zeitpunkt ihrer Unterzeichnung vorgesehen.

In der Übereinkunft sichern die Vertragsparteien den übergebenen Personen zu, sie stets human und im Einklang mit internationalen Menschenrechtsverpflichtungen sowie unter Wahrung des Rechts auf ein faires Verfahren zu behandeln. Dazu gehört eine

RiStBV bei Verfahren gegen Ausländer unverzüglich die Entscheidung des Generalstaatsanwalts einzuholen ist.

147 So zutreffend *Treves* (Fn. 87), S. 402; a.A. *Fischer-Lescano/Kreck* (Fn. 125), S. 36 f.

148 ABl. L 79 vom 25 März 2009, S. 49. Eine entsprechende Vereinbarung wurde im Herbst 2009 mit der Regierung der Seychellen getroffen. ABl. L 315 vom 2. Dezember 2009, S. 37.

149 *Jörg P. Terhechte*, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Art. 24 EUV Rdnr. 3; *Hans-Joachim Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 123), Art. 24 EUV Rdnr. 11; *Werner Kaufmann-Bühler*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 112), Losebl. (Stand: Juni 2006), Art. 24 EUV Rdnrn. 19, 21; a.A. unter Verweis auf die Praxis der Vertragsabschlüsse *Daniel Thym*, Die völkerrechtlichen Verträge der Europäischen Union, ZaöRV 66 (2006), S. 863-925 (S. 874 f.), m.w.N.

150 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, BGBl. 1985 II, S. 927.

angemessene Unterbringung und Verpflegung, der Zugang zu medizinischer Versorgung und Gelegenheit zu religiöser Betätigung. Die Übereinkunft sichert ihnen im Ermittlungs- und Strafverfahren alle Rechte zu, die in der EMRK und im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte gewährleistet sind. Die Todesstrafe darf nicht vollstreckt, jedes Todesurteil muss in eine Haftstrafe umgewandelt werden. Um die Einhaltung dieser Verpflichtungen sicherzustellen, müssen bei der Übergabe sowohl von Seiten der EU als auch Kenias umfangreiche Protokolle erstellt werden. Vertreter der EU erhalten Zugang zu den übergebenen Personen, solange sie inhaftiert sind, und können diese befragen. Zudem haben Vertreter nationaler und internationaler humanitärer Organisationen ein Besuchsrecht.

Trotz dieser umfangreichen Regelungen zur Sicherung der Menschenrechte der übergebenen Personen bleiben angesichts der von Menschenrechtsorganisationen und mehreren UN-Vertragsausschüssen geäußerten Kritik an der Unabhängigkeit der kenianischen Justiz und den Zuständen in den Haftanstalten¹⁵¹ Zweifel, ob die Mitgliedstaaten damit ihren aus der EMRK und dem Zivilpakt fließenden Schutzpflichten hinreichend nachgekommen sind. In diesem Zusammenhang könnte eine Bestimmung in der Übereinkunft große Bedeutung erlangen, der zufolge auf Antrag Kenias die Bereitstellung von technischer Unterstützung, Fachwissen, Aus- und Fortbildung sowie sonstiger – insbesondere finanzieller – Hilfe vereinbart werden kann, um die mit ihr verfolgten Ziele zu erreichen.¹⁵² Es ist allerdings noch zu früh, um eine endgültige Bewertung der Übereinkunft und ihrer Umsetzung in der Praxis abgeben zu können.¹⁵³

IV. Schlussbemerkung und Ausblick

Da die Bekämpfung des internationalen Terrorismus, der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen und der Piraterie durch Seestreitkräfte unterschiedlichen rechtlichen Voraussetzungen unterliegt, lässt sich eine einheitliche abschließende Bewertung kaum treffen. Mit Blick auf das Oberthema der diesjährigen Tagung ist allerdings festzustellen, dass das humanitäre Völkerrecht in allen drei Konstellationen keine Anwendung findet.

Der Einsatz der Seestreitkräfte im Rahmen der OEF/OAE basiert zwar nach wie vor auf dem Selbstverteidigungsrecht, dessen Heranziehung als Grundlage für nicht-einver-

151 Vgl. Amnesty International, Amnesty Report 2008, Kenia, abrufbar unter: <http://www.amnesty.de/jahresbericht/2008/kenia?destination=jahresbericht%2F2008> (Stand: 11. August 2009); Human Rights Watch, World Report 2009, Kenya, abrufbar unter: http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/Kenya.pdf (Stand: 11. August 2009); Achter Bericht der Bundesregierung über ihre Menschenrechtspolitik in den auswärtigen Beziehungen und in anderen Politikbereichen (Berichtszeitraum: 1. März 2005 – 29. Februar 2008), S. 335, wo es heißt: „[...] Bei der Untersuchungshaft werden rechtsstaatliche Prinzipien häufig nicht beachtet, überfüllte Gefängnisse führen zu unmenschlichen Haftbedingungen. Die Todesstrafe ist für bestimmte schwere Delikte gesetzlich zwingend vorgesehen und wird nach wie vor verhängt, jedoch seit 1987 nicht mehr vollstreckt.“ Weitere Nachweise bei *Fischer-Lescano/Kreck* (Fn. 125), S. 37 f.

152 Ziff. 9 lit. b Nr. 6 der Übereinkunft.

153 *Fischer-Lescano/Kreck* (Fn. 125), S. 40 f., sind demgegenüber der Auffassung, dass die Anhaltspunkte für die Nichtbeachtung haft- und verfahrensbezogener Mindestgarantien dergestalt sind, dass eine Überstellung mutmaßlicher Piraten an Kenia durch deutsche Behörden nicht erfolgen darf.

ständige Interdiktionsmaßnahmen auf See mit zunehmendem Zeitablauf immer weniger zu überzeugen vermag. Selbst wenn man aber von einem neuartigen bewaffneten Konflikt zwischen Staaten und internationalen Terrornetzwerken ausginge, wären das Seekriegsrecht und das Recht der maritimen Neutralität nicht anwendbar, weil sie nach bisherigem Rechtsverständnis einen internationalen bewaffneten Konflikt voraussetzen. Ein Rückgriff auf die Grundgedanken dieser Rechtsmaterie, die nicht-einverständliche Interdiktionen gegenüber Schiffen von nicht an dem Konflikt beteiligten, neutralen Flaggenstaaten erlaubt, ist zwar theoretisch möglich, wird aber durch die Staatenpraxis und eine dadurch zum Ausdruck kommende gewandelte Rechtsüberzeugung bisher nicht gestützt. Sie ist auch rechtspolitisch nicht wünschenswert, da mit diesen unilateralen Maßnahmen ein erheblicher Einbruch in die Souveränitätsrechte der neutralen Flaggenstaaten und eine einseitige erhebliche Beschränkung der Schifffahrtswahl verbunden ist.

Die Staatenpraxis in Bezug auf die Verhinderung der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen bestätigt die Einschätzung, dass sich trotz neuartiger Konflikte und Gefährdungspotentiale bisher keine neuen völkergewohnheitsrechtlichen Interdiktionsbefugnisse auf Hoher See herausgebildet haben, die auch nicht-einverständliche Interdiktionen erlauben würden. Um Interdiktionsmaßnahmen völkerrechtlich abzusichern, schließen die USA daher bilaterale „Boarding Agreements“ mit den großen Flaggenstaaten ab, die ein vereinfachtes und beschleunigtes Zustimmungsverfahren vorsehen. In die gleiche Richtung weist das SUA-Protokoll von 2005, das ebenfalls die Zustimmung des Flaggenstaats voraussetzt und Optionen für deren erleichterte Erteilung bereithält. Der Abschluss bi- und multilateraler Verträge zur Erlangung des Einverständnisses des Flaggenstaats ist zu begrüßen, da ein einverständliches Vorgehen eine Abwägung zwischen dem Sicherheitsinteresse einerseits und dem Interesse an der ungehinderten Bewegungsfreiheit der Handelsschifffahrt andererseits erlaubt.

Demgegenüber können sich die Seestreitkräfte bei der Bekämpfung der Piraterie auf ein gewohnheitsrechtlich anerkanntes und in dem UN-Seerechtsübereinkommen kodifiziertes Interdiktionsrecht stützen. Es erlaubt nicht nur die nicht-einverständliche Überprüfung eines der Piraterie verdächtigen Schiffs, sondern auch die Durchführung von Strafverfolgungsmaßnahmen. Hier setzen die Rechtsprobleme mit der Ingewahrsamnahme mutmaßlicher Piraten ein. Dabei geht es insbesondere um die Gewährleistung der den betreffenden Personen zukommenden Menschenrechte. Die damit zusammenhängenden Rechtsfragen sind, wie gezeigt, noch nicht abschließend geklärt. Soll die Strafverfolgung nicht in demjenigen Staat erfolgen, dessen Kriegsschiff die Personen aufgegriffen hat, so muss dafür Sorge getragen werden, dass der Drittstaat, dem sie übergeben werden, die menschenrechtlichen Mindestgarantien für ihre ordnungsgemäße Behandlung und ein rechtsstaatliches Strafverfahren einhält. Das Übergabeabkommen zwischen den EU-Mitgliedstaaten und Kenia ist zwar durch den erkennbaren Willen der Beteiligten getragen, ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen. Ob aber das Monitoring und die Maßnahmen zum Kapazitätsaufbau in Kenia ausreichen werden, um ein rechtsstaatliches Verfahren und akzeptable Haftbedingungen zu gewährleisten, muss die Zukunft zeigen. Die Zweifel an den Verhältnissen in Kenia machen jedenfalls deutlich, dass es sich bei der Übergabe mutmaßlicher Piraten an dieses Nachbarland Somalias lediglich um eine Übergangslösung handeln kann. Die an der Bekämpfung der Piraterie am Horn von Afrika beteiligten Staaten werden sich

früher oder später entscheiden müssen, ob sie die von ihnen ergriffenen mutmaßlichen Täter verstärkt vor ihre heimischen Strafgerichte bringen oder auf die Errichtung eines internationalen Gerichts zur Aburteilung der Piraterie hinwirken wollen. Zudem ist es unerlässlich, im Rahmen der internationalen Gemeinschaft und unter Einbeziehung der Nachbarstaaten Somalias den Wiederaufbau staatlicher Strukturen in diesem „failed state“ zu betreiben, um an die Wurzel des Übels der Piraterie zu gelangen und den Menschen dort eine lebenswerte Zukunftsperspektive zu eröffnen.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Doris König, M.C.L. (Miami), Hamburg

I. Einleitung

1. Die Zulässigkeit von Interdiktionsmaßnahmen (Anhalten von Schiffen; Überprüfung von Schiff und Ladung; Festnahme verdächtiger Personen und Beschlagnahme verdächtiger Ladung) der Seestreitkräfte auf Hoher See bestimmt sich je nachdem, ob sie sich gegen den internationalen Terrorismus, die Verbreitung von Massenvernichtungswaffen (WMD) oder Akte der Piraterie richten, nach unterschiedlichen Rechtsgrundlagen.

II. Internationaler Terrorismus und Verbreitung von Massenvernichtungswaffen

Zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus:

2. Die Rechtmäßigkeit der Beteiligung deutscher Seestreitkräfte an der Operation „Enduring Freedom“ (OEF) auf der Grundlage des Art. 51 UNCh und des Art. 5 NATO-Vertrag sowie der Sicherheitsratsresolutionen 1368 (2001) und 1373 (2001) ist nach 7 ½ Jahren Dauer zunehmend zweifelhaft.

3. Die Verhinderung zukünftiger terroristischer Anschläge ist durch das Selbstverteidigungsrecht nur dann gerechtfertigt, wenn ein Anschlag von der Intensität eines bewaffneten Angriffs unmittelbar bevorsteht und dem betroffenen Staat keine andere Wahl mehr bleibt, als ihm seinerseits durch den Einsatz militärischer Gewalt zuvor zu kommen (*Webster-* bzw. *Caroline-*Formel).

4. Das Seekriegs- und das maritime Neutralitätsrecht, das eine nicht-einverständliche Überprüfung von Handelsschiffen unter neutraler Flagge erlaubt, sind nicht anwendbar, da kein internationaler bewaffneter Konflikt vorliegt.

5. Gegen eine im Wandel begriffene Rechtsauffassung, die die Regeln des Seekriegs- und des maritimen Neutralitätsrechts gegenüber Handelsschiffen nicht beteiligter Staaten auf den „Krieg gegen den Terror“ ausdehnt, spricht die Praxis der meisten OEF-Teilnehmerstaaten. Diese führen vor dem Anbordgehen das Einverständnis des Flaggenstaates oder zumindest des Kapitäns herbei.

6. Die Sicherheitsratsresolutionen 1368 und 1373 sind restriktiv auszulegen. Sie enthalten weder ausdrücklich noch implizit eine Ermächtigung zur Vornahme nicht-einverständlicher Interdiktionsmaßnahmen.

Zur Verhinderung der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen:

7. Weder die Interdiktionsprinzipien, die 2003 im Rahmen der von den USA initiierten „Proliferation Security Initiative“ (PSI) beschlossen worden sind, noch die Sicherheitsratsresolution 1540 (2004) ermächtigen die Seestreitkräfte interessierter Staaten dazu, Handelsschiffe unter fremder Flagge ohne Einverständnis des Flaggenstaats zu überprüfen.

Unilaterale und multilaterale Lösungsansätze in Bezug auf Interdiktionsmaßnahmen:

8. Die unilaterale Interdiktion ohne Wissen und Einverständnis des Flaggenstaats ist nicht als Gegenmaßnahme i.S.d. Art. 49 ff. des ILC-Entwurfs zur Staatenverantwortlichkeit zu rechtfertigen.

9. Das 2005 verabschiedete Protokoll zum Übereinkommen zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Seeschifffahrt von 1988 (SUA-Protokoll 2005) bestätigt den Grundsatz, dass Handelsschiffe unter fremder Flagge auf Hoher See nur mit dem Einverständnis des Flaggenstaats angehalten und durchsucht werden dürfen.

III. Piraterie

10. Gemäß Art. 105, 107 des UN-Seerechtsübereinkommens von 1982 (SRÜ) sind Kriegsschiffe aller Staaten ermächtigt, der Piraterie verdächtige Schiffe auf Hoher See aufzubringen, verdächtige Personen an Bord festzunehmen und Vermögenswerte zu beschlagnahmen. Eine entsprechende Handlungspflicht besteht allerdings nicht. Gleiches gilt für die Sicherheitsratsresolutionen 1816 (2008) und 1851 (2008), die die Bekämpfung der Piraterie auch in den somalischen Hoheitsgewässern und an Land erlauben.

11. Die Operation Atalanta, die einen Beitrag zur Umsetzung der Sicherheitsratsresolution 1816 leistet, ist auf der Grundlage der Art. 11, 14 und 17 EU zulässig. Die EU-Kommandeure üben die operative Kontrolle über den Einsatzkräfte aus.

12. Die Beteiligung deutscher Seestreitkräfte an der EU-Mission ist gemäß Art. 24 Abs. 2 GG verfassungsgemäß. Die EU ist, soweit sie im Rahmen der GASP/ESVP handelt, ein System kollektiver Sicherheit im Sinne dieser Vorschrift.

13. Bei der Ingewahrsamnahme mutmaßlicher Piraten durch die Besatzung deutscher Kriegsschiffe wird deutsche Hoheitsgewalt ausgeübt. Damit sind sowohl die deutschen Grundrechte als auch die einschlägigen Bestimmungen der EMRK und des Internationalen Paktes für bürgerliche und politische Rechte anwendbar.

14. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann die Reichweite der Grundrechte mit Blick auf die Besonderheiten von Auslandssachverhalten modifiziert werden. Wegen der besonderen Umstände einer Ingewahrsamnahme auf Hoher See muss die in Art. 104 Abs. 3 GG vorgesehene Frist (max. 48 Stunden) – im Einklang mit Art. 5 Abs. 3 EMRK und Art. 9 Abs. 3 IPbpR – im Sinne von „so schnell wie unter den gegebenen Umständen möglich“ ausgelegt werden.

15. Die Strafverfolgung in Deutschland erfolgt insbesondere auf der Grundlage des § 316c StGB (Angriffe auf den Luft- und Seeverkehr). In Bezug auf dieses Delikt ist gemäß § 6 Nr. 3 StGB nach dem Weltrechtsprinzip das deutsche Strafrecht anwendbar, und zwar unabhängig davon, ob deutsche Staatsangehörige oder deutsche Rechtsgüter betroffen sind.

16. Die zuständige Staatsanwaltschaft ist nach dem Legalitätsprinzip zur Aufnahme von Ermittlungen verpflichtet, kann aber gemäß § 153c Abs. 1 Nr. 1 StPO bei Auslandstaten nach pflichtgemäßem Ermessen von der Verfolgung absehen. Die Vorgehensweise der Bundesregierung, in einer Arbeitsgruppe aus Vertretern des AA, des BMVg, des BMI und des BMJ eine Entscheidung über die Strafverfolgung in Deutschland herbeizuführen, ist aus Gründen der Gewaltenteilung zumindest bedenklich.

17. Die Übereinkommenvereinbarung zwischen der EU und Kenia vom 6. März 2009 ist geeignet, die menschenrechtlichen Mindestgarantien für die Behandlung der mutmaßlichen Piraten sicherzustellen.

V. Schlussbemerkung

18. Humanitäres Völkerrecht ist auf den Einsatz der Seestreitkräfte weder im Rahmen von OEF noch bei der Verhinderung der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen und der Bekämpfung der Piraterie anwendbar.

19. Neue unilaterale Interdiktionsrechte ohne Einverständnis des Flaggenstaats haben sich trotz neuartiger Gefahrenlagen bisher nicht herausgebildet. Sie sind rechtspolitisch auch nicht wünschenswert, da sie – anders als völkerrechtliche Verträge – keine Abwägung zwischen den Sicherheitsinteressen einerseits und dem Interesse an einer ungehinderten Handelsschiffahrt andererseits erlauben.

20. Werden verdächtige Personen auf Hoher See in Gewahrsam genommen, so muss im Fall der Übergabe an Drittstaaten durch eine effektive Überwachung vor Ort sichergestellt werden, dass die grundlegenden Menschenrechte der Betroffenen gewahrt werden.

Summary

The employment of naval forces to prevent terrorism and the proliferation of weapons of mass destruction and to fight against piracy: mandate and operational means

by Prof. Dr. Doris König, M.C.L. (Miami), Hamburg

I. Introduction

1. The legitimacy of maritime interdiction measures (stopping, boarding and controlling a foreign flag vessel, crew and cargo; arrest of suspicious persons on board that ship and seizure of suspicious cargo) has to be evaluated on the basis of different international law provisions, depending on whether they are aimed at international terrorism, the proliferation of weapons of mass destruction (WMD) or acts of piracy.

II. International Terrorism and the Proliferation of Weapons of Mass Destruction

The Fight Against International Terrorism

2. The legality of the participation of German Naval Forces in the Operation “Enduring Freedom” (OEF), based on Art. 51 of the UN-Charter, Art. 5 of the NATO Treaty as well as Security Council Resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001) has become increasingly doubtful after the elapse of more than 7 ½ years.

3. The prevention of future terrorist acts can only be justified by the right to self-defence when the commission of such an act of equal intensity (an “armed attack”) is instant, overwhelming, and leaves no choice of means and no time for deliberation (*Webster viz. Caroline* formula).

4. The law of naval warfare and maritime neutrality permitting the non-consensual interdiction of merchant vessels flying a neutral flag is not applicable, because an international armed conflict does not exist.

5. The state practice of most OEF participants asking for flag state or at least the master’s consent before boarding does not support an alleged change of *opinio iuris* according to which the law of naval warfare and maritime neutrality would also be applicable to the “war on terror”.

6. The Security Council Resolutions 1368 and 1373 have to be interpreted in a restrictive manner. Neither expressly nor implicitly do they contain an authorisation for non-consensual interdiction measures.

The Prevention of the Proliferation of Weapons of Mass Destruction

7. Neither the „Interdiction Principles“ adopted within the framework of the U.S. led “Proliferation Security Initiative” (PSI) in 2003 nor Security Council Resolution 1540 (2004) authorise naval forces of willing states to interdict merchant vessels flying a foreign flag without flag state consent.

Unilateral and Multilateral Approaches Concerning Maritime Interdiction Measures

8. Unilateral interdiction measures without flag state consent cannot be justified as counter-measures within the meaning of Articles 49 *et seq.* of the ILC Draft Articles on State Responsibility.

9. The 2005 Protocol to the 1988 Rome Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation confirms the traditional law of the sea principle permitting the visit and search of foreign flag merchant vessels on the high seas only with flag state consent.

III. Piracy

10. Pursuant to Articles 105, 107 of the 1982 UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), warships of all states may seize pirate ships on the high seas, and arrest the persons and seize the property on board. An obligation to act accordingly does, however, not exist. Equally, such an obligation cannot be derived from Security Council Resolutions 1816 (2008) and 1851 (2008) extending the right to combat piracy in the territorial waters and the land territory of Somalia.

11. Operation Atalanta conducted in support of Security Council Resolution 1816 is in conformity with Articles 11, 14 and 17 TEU. The EU commanders exercise operational control over the participating naval forces.

12. The participation of German naval forces is in conformity with Art. 24 of the German Basic Law (GG). The EU acting within the framework of CFSP/ESDP can be characterised as a “system of mutual collective security” within the meaning of this regulation.

13. By arresting alleged pirates, German naval soldiers act under German jurisdiction and control. Therefore, German basic rights as well as fundamental rights guaranteed in the ECHR and the International Covenant on Civil and Political Rights are applicable.

14. According to the German Federal Constitutional Court, the applicability of the German basic rights provisions can be modified with regard to situations of a transboundary nature. In view of the special circumstances related to a detention of alleged pirates on the high seas, the time limit envisaged in Art. 104 para. 3 GG (48 hours) should be interpreted – in conformity with Art. 5 para. 3 ECHR and Art. 9 para. 3 CCPR – in the sense of “as expeditiously as possible under the given circumstances”.

15. Criminal proceedings in Germany would be based on § 316c (attack on air and sea traffic) of the Penal Code (StGB). Pursuant to § 6 (iii) StGB, German criminal law is applicable to such offences under the universality principle, no matter whether German nationals or interests are involved.

16. According to German procedural law, the competent prosecution agency is obliged to institute criminal proceeding, but may suspend these proceedings pursuant to § 153 para. 1 (i) of the German Code on Criminal Proceedings (StPO). Therefore, the *modus operandi* chosen by the Federal Government according to which a working group of representatives of the Foreign Office, the Ministry of the Interior, the Ministry of Justice, and the Ministry of Defence shall decide on the institution of criminal proceedings in Germany is open to question under the separation of powers doctrine.

17. The Agreement on the transfer of persons detained by EU naval forces to Kenya, adopted on March 6, 2009, has the potential to guarantee the implementation of international human rights standards with regard to alleged pirates.

IV. Conclusion

18. International humanitarian law is neither applicable to the deployment of naval forces within the framework of OEF and PSI nor to operations with regard to combating piracy.

19. New unilateral interdiction rights without flag state consent have so far not been accepted. From a political perspective, they are not desirable, because – other than international treaties – they do not provide for a balance of interests involved, namely security interests on the one hand and the interest in unimpeded international commercial transport at sea on the other.

20. If alleged pirates are detained on the high seas and transferred to a third state for prosecution, it must be guaranteed by effective monitoring procedures that their fundamental human rights are protected.

Streitkräfte zur Friedenssicherung im Ausland: Zwischen militärischem und polizeilichem Einsatz

Von Prof. Dr. Thilo Marauhn, M.Phil. (Wales), Gießen

- I. Friedenssicherung im Wandel
 1. „Klassisches“ peacekeeping als militärische Friedenssicherung
 2. Die Integration ziviler Experten: Herausforderung, Überforderung und Krise
 3. Ermittlungs- und Zwangsbefugnisse in Friedensoperationen
- II. Praktische Probleme des polizeilichen Auslandseinsatzes von Streitkräften
- III. Normative Anhaltspunkte für eine völkerrechtliche Differenzierung zwischen militärischem und polizeilichem Handeln
 1. Differenzierungsmöglichkeiten auf der Grundlage des humanitären Völkerrechts
 2. Differenzierungsansätze des Friedenssicherungsrechts
- IV. Das auf den polizeilichen Einsatz anwendbare Recht
 1. Keine Anwendung des humanitären Völkerrechts auf polizeiliche Einsätze
 2. Menschenrechtsbindung im polizeilichen Einsatz
 3. Völkerrechtliche und innerstaatliche Ermächtigungsgrundlage für den polizeilichen Einsatz?
- V. Perspektiven

Die Unterscheidung von militärischem und polizeilichem Handeln ist zurzeit Gegenstand einer politisch akzentuierten verfassungsrechtlichen Debatte in Deutschland. Dabei geht es einerseits um die innenpolitische Frage, ob die Bundeswehr neben den primär zuständigen Organen der Länder und des Bundes besonders definierte polizeiliche (und andere) Aufgaben auf dem Gebiet der Bundesrepublik wahrnehmen darf und soll¹; andererseits geht es um den Einsatz der deutschen Streitkräfte zur Friedenssicherung im Ausland, beispielsweise vor dem Horn von Afrika oder in Afghanistan². Nicht immer werden diese zwei Konstellationen mit der erforderlichen Sorgfalt voneinander unterschieden, und die verfassungsrechtliche Debatte überlagert die Auseinandersetzung mit neueren völkerrechtlichen Herausforderungen des friedenssichernden Einsatzes von Streitkräften im Ausland.

1 Vgl. dazu etwa *J. Martínez Soria*, Polizeiliche Verwendungen der Streitkräfte. Möglichkeiten und Grenzen eines Einsatzes der Bundeswehr im Inneren, DVBl. 119 (2004), 597 ff.; *M.G. Fischer*, Terrorismusbekämpfung durch die Bundeswehr im Inneren Deutschlands?, JZ 59 (2004), 376 ff.; *P. Dreist*, Terroristenbekämpfung als Streitkräfteauftrag. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen polizeilichen Handelns der Bundeswehr im Innern, NZWehrR 46 (2004), 89 ff.; *K. Steinig*, Darf die Bundeswehr im Katastrophenfall Aufgaben der Polizei der Länder wahrnehmen?, NZWehrR 51 (2009), 13 ff.

2 Statt aller *V. Epping*, Die Evakuierung deutscher Staatsbürger im Ausland als neues Kapitel der Bundeswehrgeschichte ohne rechtliche Grundlage?, AöR 124 (1999), 423 ff.; *A. Fischer-Lescano*, Verfassungsrechtliche Fragen der Auslandsentsendung des BGS, AöR 128 (2003), 52 ff.; *D. Wiefelspütz*, Der Auslandseinsatz der Bundeswehr gegen den grenzüberschreitenden internationalen Terrorismus, ZaöRV 65 (2005), 819 ff.; *M. Rau*, Auslandseinsatz der Bundeswehr. Was bringt das Parlamentsbeteiligungsgesetz?, AVR 44 (2006), 93 ff.; *D. Wiefelspütz*, Der konstitutive wehrverfassungsrechtliche Parlamentsbeschluss, Zeitschrift für Parlamentsfragen 38 (2007), 3 ff.; *A. Fischer-Lescano*, Bundeswehr als globaler Sicherheitsdienstleister? Grenzen der Zustimmungsfähigkeit von bewaffneten Streitkräfteinsätzen, in: ders. et al (Hrsg.), Frieden in Freiheit. FS für Michael Bothe (2008), 81 ff.

Der vorliegende Beitrag rückt die völkerrechtliche Fragestellung in das Zentrum der Erörterung. Dies setzt zunächst eine Präzisierung der Fragestellung voraus, denn das mir anvertraute Thema weist auf eine vermutete Grauzone „zwischen militärischem und polizeilichem Einsatz“ hin. Im Gegensatz zu fast allen anderen Vortragsthemen dieser zwei Tage enthält das Thema weder in einfacher noch in zusammengesetzter Form den (Teil-) Begriff „Recht“. Auch ein Blick auf das Gesamtthema der Tagung „Moderne Konfliktformen: Humanitäres Völkerrecht und privatrechtliche Folgen“ präzisiert die zu behandelnde Thematik nicht in einer Weise, die es erlauben würde, eine uns vertraute Welt völkerrechtlicher Dogmatik lediglich um die eine oder andere Facette zu bereichern. Stattdessen führt das Thema auf unsicheres Terrain, das allenfalls dadurch etwas besser erschlossen werden kann, dass einige Eckpunkte identifiziert und einige Sicherungen für die weitere rechtsdogmatische und rechtspraktische Bearbeitung gleichsam „eingebaut“ werden.

Soll die Grauzone „zwischen militärischem und polizeilichem Einsatz“ reduziert werden, so ist zunächst danach zu fragen, ob und inwieweit auf völkerrechtlicher Ebene zwischen Militär und Polizei unterschieden wird. Da es keine internationale Polizei im formellen Sinn gibt, muss sich diese Differenzierung vorrangig auf die Tätigkeit beziehen, also einen materiellen Polizeibegriff in das Zentrum stellen.³ Hieran anknüpfend ist nach der Zulässigkeit und den rechtlichen Grenzen solchen Handelns zu fragen, letztlich danach, ob und gegebenenfalls wie (auch) Streitkräfte zur Friedenssicherung mit polizeilichen Mitteln im Ausland tätig werden können und dürfen. Ob die damit aufgegriffene Differenzierung letztlich überzeugt, wird schließlich noch anhand der Frage nach einheitlichen Regeln für den Einsatz von Gewalt (einer sogenannten „unified use of force rule“⁴) zu prüfen sein. Zuvor ist aber der Frage nachzugehen, aus welchen Entwicklungen die hier gestellte Frage resultiert. Dies lenkt den Blick auf die in den letzten Jahrzehnten starken Veränderungen unterworfenen und immer wieder neu akzentuierte Friedenssicherung.

I. Friedenssicherung im Wandel

Das Recht der Friedenssicherung steht häufig im Zentrum einer rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit den Vereinten Nationen.

In der Tat nimmt die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit einen herausragenden Platz in der Charta der Vereinten Nationen ein. Nach Art. 1 Nr. 1 der VN-Charta verfolgen die Vereinten Nationen das Ziel, „den Weltfrieden und die internationale Sicherheit zu wahren und zu diesem Zweck wirksame Kollektivmaßnahmen zu treffen, um Bedrohungen des Friedens zu verhüten und zu beseitigen, Angriffshandlungen und andere Friedensbrüche zu unterdrücken und internationale Streitigkei-

³ Zu „echten“ Polizeieinheiten vgl. *H.H. Perritt*, Policing International Peace and Security: International Police Forces, *Wisconsin International Law Journal* 17 (1999), 281 ff. und *T. Stodiek*, International Police Forces in Peace Operations, *International Peacekeeping* 9 (2005), 93 ff.

⁴ S. etwa einerseits *F.F. Martin*, Using International Human Rights Law for Establishing a Unified Use of Force Rule in the Law of Armed Conflict, *Saskatchewan Law Review* 64 (2001), 347 ff. und andererseits *L.C. Green*, The „Unified Use of Force Rule“ and the Law of Armed Conflict. A Reply to Professor Martin, *Saskatchewan Law Review* 65 (2002), 427 ff.

ten oder Situationen, die zu einem Friedensbruch führen könnten, durch friedliche Mittel nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit und des Völkerrechts zu bereinigen oder beizulegen“. Die „Hauptverantwortung für die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit“ übertragen die Mitglieder nach Art. 24 Abs. 1 der Charta dem Sicherheitsrat der Vereinten Nationen. Zur Erreichung des gesetzten Ziels stellt die Charta einerseits Mittel zur friedlichen Beilegung von Streitigkeiten nach ihrem Kapitel VI und andererseits Maßnahmen bei Bedrohung oder Bruch des Friedens und bei Angriffshandlungen nach ihrem Kapitel VII zur Verfügung.

Seit 1989/1990 haben sich Völkerrechtswissenschaft und -praxis vor allem mit Kapitel VII der Charta auseinandergesetzt. Die Möglichkeit des Sicherheitsrats, für alle Mitglieder der Vereinten Nationen kraft Art. 25 der Charta verbindliche Beschlüsse darüber zu fassen, „welche Maßnahmen auf Grund der Artikel 41 und 42 zu treffen sind, um den Weltfrieden und die internationale Sicherheit zu wahren oder wiederherzustellen“ (Art. 39 der VN-Charta), stellte mit dem Ende des Kalten Krieges im Hinblick auf ihre Praxisrelevanz ein relatives Novum dar, das zahlreiche völkerrechtliche Fragen aufwarf und deshalb zu Recht eingehend diskutiert wurde.⁵ Demgegenüber schien das von den Vereinten Nationen während des Kalten Krieges im Grenzbereich zwischen den Kapiteln VI und VII der Charta⁶ zunächst in Ermangelung besserer Alternativen entwickelte System von friedenserhaltenden Operationen („peacekeeping operations“) in der Völkerrechtswissenschaft (weniger in der Völkerrechtspraxis) in den Hintergrund zu treten, im Gegensatz zur politikwissenschaftlichen Literatur, die sich intensiv mit den Veränderungen im „peacekeeping“ auseinandersetzte.

Lassen Sie mich zunächst aufzeigen, wie sich nach 1989/1990 die Friedenssicherung gewandelt hat. Ausgangspunkt ist dabei das klassische *peacekeeping*; Zielpunkt ist es, die Bedeutung polizeilicher Maßnahmen im Rahmen moderner Friedenssicherung aufzuzeigen.

1. „Klassisches“ *peacekeeping* als militärische Friedenssicherung

Das traditionelle oder „klassische“ *peacekeeping* war in erster Linie für zwischenstaatliche Konflikte entwickelt worden,⁷ fand aber auch dann Anwendung, wenn eine der Konfliktparteien zwar kein Staat war, jedoch über einen vergleichbaren Organisationsgrad verfügte.⁸

In der Regel ging es bei Friedenseinsätzen der ersten Generation⁹ um die Beobachtung zweier Konfliktparteien, um die Überwachung einer Grenze oder einer Demarkations-

5 Einen Überblick geben J.A. Frowein/N. Krisch, Introduction to Chapter VII, in: B. Simma (Hrsg.), The Charter of the United Nations. A Commentary (2002), 701 ff., Rn. 7 ff.

6 Hierzu M. Bothe, Peace-Keeping, in: Simma, *ibid.*, 684 ff., Rn. 83 ff.

7 Dies gilt jedenfalls für die überwiegende Mehrzahl der Operationen, vgl. dazu die Übersicht bei Bothe, *ibid.*, Rn. 14 ff.

8 Als Beispiel lässt sich hier der die West-Sahara betreffende Konflikt zwischen Marokko und der Frente Polisario nennen; die United Nations Mission for the Referendum in Western Sahara (MINURSO) wurde auf der Grundlage der Resolution des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen 690 (1991) eingerichtet und besteht noch heute.

9 Zu den unterschiedlichen „Generationen“ von Friedenssicherungsoperationen vgl. S.B. Gareis, Der Wandel der Friedenssicherung durch die Vereinten Nationen, *Aus Politik und Zeitgeschichte* (B 27-28/2002), 19 ff.

linie, um das Auseinanderhalten („interpositioning“) von Konfliktparteien oder um die Überwachung eines Waffenstillstands.¹⁰ Als Beispiele lassen sich die Einsätze im Sinai,¹¹ in Zypern¹² und auf den Golanhöhen¹³ nennen. „Klassisches“ oder traditionelles *peace-keeping* ist eine militärische Aufgabe. So ist es nicht erstaunlich, dass das Personal der ersten Generation von Friedenseinsätzen fast ausschließlich aus militärischem Personal bestand.¹⁴ Charakteristika dieser ersten Generation des Einsatzes von Streitkräften zur Friedenssicherung im Rahmen der Vereinten Nationen waren die Zustimmung der betroffenen Konfliktparteien, die Unparteilichkeit des eingesetzten Personals und die Anwendung von Gewalt ausschließlich zum Zweck der Selbstverteidigung.¹⁵

Festzuhalten ist, dass sich diese „eindimensionale“ Form der Friedenssicherung im Wesentlichen auf die Zeit des Kalten Krieges beschränkte. Mit dem Ende des ideologisch ausgerichteten Ost-West-Konflikts und der Relativierung seiner geopolitischen Implikationen entwickelte sich Ende der 1980er Jahre eine neue Generation von Friedenseinsätzen.¹⁶

2. Die Integration ziviler Experten: Herausforderung, Überforderung und Krise

Diese zweite Generation von Friedenseinsätzen war insbesondere durch eine Mehrdimensionalität der Aufgabenfelder gekennzeichnet, die in ihrer Vielfalt und Komplexität durchaus beeindruckend ist.¹⁷ Ziel der jeweils ergriffenen Maßnahmen war nicht mehr nur die Abwesenheit militärischer Gewalt (und die Orientierung an einem engen, manchmal auch „negativ“ genannten Friedensbegriff). Vielmehr trat eine anspruchsvolle strategische Aufgabe hinzu, nämlich die Beendigung der Konflikte durch politische, soziale und ökonomische Maßnahmen.¹⁸ Damit gewinnt nicht nur der so genannte „positive“ Friedensbegriff an Bedeutung;¹⁹ vielmehr wecken die hohen Ansprüche, die die Mitglieder der Vereinten Nationen damit an die Organisation und an diejenigen Mitgliedstaaten stellen, welche die Maßnahmen tragen, zahlreiche Erwartungen. Es ist dies nicht der Ort, um eine umfassende Bewertung von Friedensoperationen der zweiten Generation vorzunehmen; jedoch ist es bemerkenswert, dass zahlreiche Einsätze der ersten Generation bis heute fort dauern, während eine ganze Reihe von Einsätzen der zweiten Generation zumindest abgeschlossen werden konnte – ob erfolgreich oder nicht, das ist hier nicht zu vertiefen.

10 Bothe (Fn. 6), Rn. 75.

11 Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen 1001 (ES-I) (1956).

12 Resolution des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen 186 (1964).

13 Resolution des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen 350 (1974).

14 W. Kühne, Die Friedenseinsätze der VN, Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ 22/2005), 25 (27); Bothe (Fn. 6), Rn. 96 ff.

15 Bothe (Fn. 6), Rn. 76.

16 Gareis (Fn. 9), 21.

17 Zur Komplexität vgl. J. Mackinlay/J. Chopra, Second Generation Multinational Operations, in: P.F. Diehl (Hrsg.), *The Politics of Global Governance* (1997), 175 ff.; einen Überblick gibt F.E. Hufnagel, UN-Friedensoperationen der zweiten Generation. Vom Puffer zur Neuen Treuhand (1996), 41 ff.

18 Kühne (Fn. 14), 27.

19 Der positive Friedensbegriff geht auf Johan Galtung zurück, der darunter nicht nur die Abwesenheit von Gewalt (Ausübung) versteht, sondern auch die Abwesenheit struktureller Gewalt; vgl. dazu M.A. Ferdowsi, Der positive Frieden. Johan Galtungs Ansätze und Theorien des Friedens (1981), 54 ff. und 82 ff.

Für die hier zu erörternde Fragestellung ist von Bedeutung, dass eine Erweiterung des Aufgabenspektrums um zivile und polizeiliche Aufgaben stattfindet, dass also materiell polizeiliche Aufgaben wahrgenommen werden. Dementsprechend ändert sich die personelle Zusammensetzung der Operationen. Neben militärisches Personal tritt ziviles und polizeiliches Personal, ohne dass damit allerdings die Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben auf polizeiliches Personal beschränkt wäre; vielmehr nimmt auch militärisches Personal polizeiliche Aufgaben wahr. Eine eindeutige Umschreibung, geschweige denn eine definitorische Spezifizierung der jeweiligen Aufgabe(n) als zivil, polizeilich oder militärisch, findet nicht statt. Da auch die zweite Generation von Friedenssicherungsmaßnahmen regelmäßig auf der Zustimmung der betroffenen Konfliktparteien beruhte,²⁰ erübrigte sich eine entsprechende Differenzierung im Hinblick auf das „Ob“ (also die völkerrechtliche Zulässigkeit der jeweiligen Maßnahmen) und weitgehend auch im Hinblick auf das „Wie“ (also die rechtliche Ausgestaltung der Maßnahmen), letzteres auch hinsichtlich der Grundrechtspositionen der betroffenen Individuen, ließ sich doch eine darauf bezogene Verantwortlichkeit des zustimmenden Territorialstaates zumindest konstruieren.²¹

Die unzureichende Differenzierung der Aufgaben und die daraus resultierende unzureichende Abstimmung der Akteure auf- und untereinander wurden zunächst nicht als Problem wahrgenommen. Insoweit ist es nicht erstaunlich, dass weder die *Agenda for Peace*²² noch der *Brahimi Report*²³ oder der Bericht des *High-level Panel on Threats, Challenges and Change*²⁴, die im Übrigen allesamt konzeptionell durchaus anspruchsvoll sind, einen ernsthaften Beitrag zur Entflechtung der Vielzahl von Akteuren mit einem insgesamt breiten Aufgabenspektrum leisten. Zunehmend stellt sich diese Gemengelage allerdings als problematisch dar, vor allem im Hinblick auf die Organisation und das Management von Friedenssicherungsmaßnahmen der zweiten Generation. Es ist daher zutreffend, wenn ein bekannter Beobachter von Friedenssicherungsmaßnahmen der Vereinten Nationen formuliert: „Die Koordination der Vielzahl von Akteuren ist ein bis heute nicht gelöstes Problem“²⁵.

In Bezug auf die zu behandelnde Fragestellung ist hervorzuheben, dass die Entwicklung der zweiten Generation von Friedenseinsätzen nicht allein aus den sich mit dem Ende des Kalten Krieges bietenden Chancen resultierte, sondern auch mit den sich seit 1989/1990 verändernden typischen Konflikttypen²⁶ zusammenhängt. Häufig sind die sich mit dem Ende des Ost-West-Konflikts abzeichnenden sicherheitspolitischen Herausforderungen als Wandel von einer bipolaren zu einer multipolaren Weltordnung beschrieben²⁷

20 Kühne (Fn. 14), 27.

21 Differenzierend S.R. Lüder, Völkerrechtliche Verantwortlichkeit bei Teilnahme an „Peace-keeping“-Missionen der Vereinten Nationen (2004); ders., Responsibility of States and International Organisations in Respect to United Nations Peace-Keeping Missions, *International Peacekeeping* 12 (2008), 83 ff.

22 UN Doc. A/47/277 (= UN Doc. S/24111).

23 UN Doc. A/55/305 (= UN Doc. S/2000/809).

24 UN Doc. A/59/565.

25 Kühne (Fn. 14), 27.

26 Kühne (Fn. 14), 27 spricht von der „bitteren Einsicht“ in die „Realität des gewaltsamen Staatsversagens oder Staatszerfalls“. Den Blick auf die zahlreichen nicht-staatlichen Akteure, die heute an bewaffneten Auseinandersetzungen beteiligt sind, lenkt H. Münkler, *Die neuen Kriege* (2002).

27 Vgl. K.N. Waltz, *The Emerging Structure of International Politics*, *International Security* 18 (1993), 44 (46 ff.).

und insoweit zur Begründung grundlegender Politikwechsel einzelner Staaten, aber auch internationaler Organisationen herangezogen worden. Dies ist besonders intensiv in Bezug auf das seither zweimal überarbeitete strategische Konzept der NATO²⁸ diskutiert worden, lässt sich aber bis hin zur nationalen Sicherheitsstrategie der Vereinigten Staaten²⁹ und der EU-Strategie³⁰ nachvollziehen, auch wenn die beiden letztgenannten darüber hinaus wesentlich von den Ereignissen des 11. September 2001 beeinflusst wurden. Bei den so genannten „neuen“ Konflikttypen, die eigentlich so neu gar nicht waren, handelt es sich um innerstaatliche, ethnische, religiöse und andere Arten von Konflikten, die lediglich vom Ost-West-Konflikt überlagert und damit vom Mantel der Bipolarität zugedeckt worden waren;³¹ als solche sind sie allerdings ein gewichtiger Faktor, der zur Entwicklung der zweiten Generation von Friedenseinsätzen beigetragen hat.³²

Das Engagement der internationalen Gemeinschaft in den ersten Jahren nach 1989/1990 lässt sich darüber hinaus auch mit einem gewissen Optimismus erklären, dass man mit einem entsprechend breit gefächerten und dynamischen Instrumentarium zur Konfliktlösung werde effektiv beitragen können. Dabei wurden ziviles Personal und Polizeikräfte als uneingeschränkt positiv besetzte „neue“ Akteure gegenüber der auf das Militär beschränkten ersten Generation von Friedensoperationen wahrgenommen.

Sehr bald zeigte sich allerdings, dass die Vereinten Nationen und mit ihnen die internationale Gemeinschaft, häufig aber auch Regionalorganisationen, mit der Vielzahl von Konflikten, deren Ursachen zudem häufig lokale oder regionale Ursachen hatten, mit denen die jeweilige Organisation nur eingeschränkt vertraut sein konnte, überfordert waren. Insoweit war das breit angelegte Konzept sicherlich unzulänglich und verkörperte insbesondere auf der Ebene der Vereinten Nationen einen der neuen Multipolarität nicht mehr angemessenen Zentralismus. Auch wurden die mit dem Ende der Bipolarität hervortretenden Dynamiken unterschätzt, und die gewaltgeprägte Realität der Folgen von Staatsversagen und Staatszerfall erzeugte politischen Handlungsdruck. In zahlreichen Fällen konnten noch nicht einmal Minimalergebnisse erzielt werden, wenn man bedenkt, dass in Somalia, im früheren Jugoslawien und in Liberia die Unterzeichnung von Friedens- oder Waffenstillstandsvereinbarungen noch nicht einmal zu einem unmittelbaren Ende der Gewalt führten.³³ Vielerorts verhindern regionale und lokale bewaffnete Gruppen, die häufig noch nicht einmal genuin politische Ziele verfolgen, sondern von der unübersichtlichen Situation profitieren, eine Lage, die nicht mit auf die Selbstverteidigung beschränkten Blauhelmen zu bewältigen ist.

28 Das strategische Konzept der NATO wurde 1991 und 1999 überarbeitet. S. dazu *E. Klein/S. Schmahl*, Die neue NATO-Strategie und ihre völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Implikationen, *Recht und Politik* 35 (1999), 198 ff.

29 Lesenswert hierzu *I. Østerdahl*, ... But some are more equal than others – On Weak and Rogue States in the National Security Strategy of the United States, *Nordic Journal of International Law* 73 (2004), 247 ff.

30 Vgl. statt aller *M. Schröder*, Aktuelle Gefahren der internationalen Gemeinschaft im Spiegel der US-amerikanischen und europäischen Sicherheitsstrategie, in: *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte*. FS Georg Ress (2005), 285 ff.

31 Dazu nur *J. Goodhand/D. Hulme*, From Wars to Complex Political Emergencies: Understanding Conflict and Peace-Building in the New World Disorder, *Third World Quarterly* 20 (1999), 13 ff.

32 *Kühne* (Fn. 14), 27.

33 Darauf weist *W. Kühne*, UN-Friedenseinsätze in einer Welt regionaler und globaler Sicherheitsrisiken. Entwicklung, Probleme und Perspektiven, *ZIF Analyse* 06/2005, 6 hin.

Im Rahmen der Vereinten Nationen bildete sich in Reaktion hierauf das so genannte robuste *peacekeeping* heraus,³⁴ erstmals in Somalia und dort nicht unbedingt erfolgreich,³⁵ ohne allerdings explizit als solches bezeichnet zu werden. Diese dritte Generation des *peacekeeping* muss in Anbetracht des erweiterten Mandats auf die in Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen angelegten Befugnisse zurückgreifen. Jedenfalls nach überkommener Lesart lässt sich nur so die begrenzte Anwendung von Gewalt rechtfertigen.³⁶ Auch wenn dies insgesamt keine Rückkehr zur ersten Generation von Friedensoperationen bedeutet, ist doch auffällig, dass das Militär wieder an Bedeutung gewinnt. Zumindest waren die Staaten der Auffassung, dass militärisches Personal für bestimmte Aufgaben innerhalb dieser Missionen besser geeignet ist als Polizeikräfte und ziviles Personal. Allerdings stellt sich die Frage, ob und inwieweit zwischen Militär und Polizei auch materiell differenziert wird. Jedenfalls zum Teil lässt sich eine zeitliche Vorschaltung militärischer Aufgaben in dem Sinne ausmachen, dass damit „für die nichtmilitärischen Akteure und ihre zivile Wiederaufbauarbeit ein sicheres Umfeld“³⁷ geschaffen werden sollte. Dies folgt der Vorstellung, dass Konflikte in der Regel zwar nicht mit militärischen Mitteln gelöst, die nicht-militärischen Mittel aber ohne ein sicheres Umfeld nicht wirksam werden können. Schon aus praktischen Gründen liegt demnach in der Unterscheidung und in der Balance zwischen militärischen und nicht-militärischen Mitteln ein Schlüsselproblem.

Die Palette der Friedensoperationen ist in den letzten Jahren um einen weiteren Typus erweitert worden. Die vorübergehende Übernahme der Regierungsgewalt im Rahmen einer Friedensoperation³⁸ geht über das Spektrum bisheriger Maßnahmen hinaus und ist durch zahlreiche Elemente gekennzeichnet, die sich weder allein den Maßnahmen der zweiten noch denen der dritten Generation zuordnen lassen. Letztlich geht es dabei um eine Treuhandverwaltung modernen Zuschnitts,³⁹ die einige Kommentatoren veran-

34 Die Umschreibung als „robust peacekeeping“ findet sich u.a. in einem Positionspapier des US Department of State aus dem Jahre 1994. Dort heißt es: „Peace operations have changed since the end of the Cold War. They are no longer limited to the interposition of small numbers of passive, unarmed observers. Today, they also include more complex and sometimes more robust uses of military resources to achieve a range of political and humanitarian objectives“. US Department of State, Administration Policy on Reforming Multilateral Peace Operations (April 1994), abgedruckt in ILM 33 (1994), 705 (809 f.).

35 Vgl. hierzu K. Klingenburg, Stolperstein statt Meilenstein – das Scheitern der „robusten“ Peacekeeping-operation der Vereinten Nationen in Somalia, in: H.-G. Ehrhart/K. Klingenburg (Hrsg.), UN-Friedenssicherung 1985-1995 (1996), 91 ff. Skeptisch zum Einsatz von Gewalt in Friedensoperationen äußert sich auch J.P. Sloan, The Use of Offensive Force in U.N. Peacekeeping. A Cycle of Boom and Bust?, Hastings International and Comparative Law Review 30 (2007), 385 (450 f.); R. Murphy, United States Peacekeeping in Lebanon and Somalia, and the Use of Force, JCSL 8 (2003), 71 (97) rügt vor allem das Fehlen einer konzeptionellen Grundlage für den Gewalteininsatz: „The need for the formulation of a doctrinal basis for robust peacekeeping operations is more imperative than ever if the UN is to implement the recommendations of the Brahimi Report, and still have a future in the terrain between traditional peacekeeping and war fighting“.

36 Unter Hinweis auf die einschlägige Praxis des Sicherheitsrats vgl. Sloan, *ibid.*, 388.

37 Kühne (Fn. 14), 27.

38 Einführend M. Ruffert, The Administration of Kosovo and East-Timor by the International Community, ICLQ 50 (2001), 613 ff.

39 So M. Bothe/T. Marauhn, The United Nations in Kosovo and East Timor. Problems of a Trusteeship Administration, International Peacekeeping 6 (2000), 152 ff.; *dies.*, UN Administration of Kosovo and East Timor: Concept, Legality and Limitations of Security Council-Mandated Trusteeship Administration, in: C. Tomuschat (Hrsg.), Kosovo and the International Community. A Legal Assessment (2002), 217 ff. Vgl. Auch R. Caplan, A New Trusteeship? The International Administration of War-torn Territories (2002).

lasst hat, insoweit von einer vierten Generation des *peacekeeping* zu sprechen.⁴⁰ Zumeist sind diese Einsätze sowohl mehrdimensional als auch robust, wobei die Ermächtigung zu einer derartigen Operation sich sowohl aus der Zustimmung der betroffenen Konfliktparteien als auch aus einer Autorisierung nach Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen ergeben kann, manchmal auch aus beiden. Dies ist vor allem im Hinblick darauf von Bedeutung, dass diese Operationen in einem mehr oder weniger umfassenden Sinn die Regierungsgewalt als Element der Staatlichkeit ersetzen. Beispiele hierfür sind insbesondere die Maßnahmen in Osttimor⁴¹ und in Kosovo.⁴² Die Einordnung als Friedensoperationen der vierten Generation kann für unsere Zwecke dahinstehen, denn die Unterscheidung polizeilicher und militärischer Maßnahmen hängt damit nicht unmittelbar zusammen. Jedenfalls aber spielen beide Komponenten in diesen Operationen eine wichtige Rolle, so dass sich die Abgrenzungsfrage mindestens für das *peacekeeping* der dritten und das der vierten Generation stellt.

Eine Einordnung und Abgrenzung lässt sich dann leichter vornehmen, wenn man sich zunächst die Rückkehr des Militärs in das Zentrum friedenserhaltender Operationen verdeutlicht.

3. Ermittlungs- und Zwangsbefugnisse in Friedensoperationen

Winrich Kühne schreibt im Frühjahr 2005: „Insgesamt lassen sich die robusten Friedenseinsätze, seien sie exekutiver oder nicht exekutiver Art als eine Art militarisierte, den Gewaltbedingungen in zerfallenden Staaten gerecht werdende internationale Polizeieinsätze charakterisieren. Diese Charakterisierung steht im Einklang mit der Erkenntnis, dass im Zentrum der Problematik von zerfallenden oder fehlgeschlagenen Staaten ein extremer Verlust von öffentlicher Sicherheit und Ordnung steht. Diese müssen zumindest ansatzweise wiederhergestellt werden, bevor die zweite strategische Aufgabe moderner Friedenseinsätze in Angriff genommen werden kann – das Peacebuilding“.⁴³

Kühne stellt hiermit klar, dass die Herstellung von öffentlicher Sicherheit und Ordnung eine zentrale Rahmenbedingung erfolgreicher ziviler Wiederaufbauarbeit ist. Darüber hinaus kommt in der Formulierung „militarisierte ... internationale Polizeieinsätze“ genau das Dilemma zum Ausdruck, das es hier aufzulösen gilt: die Wahrnehmung nicht-militärischer Aufgaben durch militärisches Personal. Dabei ist nicht zu verkennen, dass diese Konstellation auf innerstaatlicher Ebene (nicht nur in Deutschland) zu Diskussionen über das so genannte Trennungsgebot führt.⁴⁴ Hier wie dort bietet die Unterscheidung zwischen organisationsrechtlichem und materiellem Polizei- und Militärbegriff im juristisch-handwerklichen Sinne einen ersten Ansatz, die eingangs als solche bezeichnete Grauzone zu beleuchten. Bevor diese aber näher entfaltet wird, stellt sich die Frage

40 *Kühne* (Fn. 14), 27.

41 Resolution des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen 1272 (1999).

42 Resolution des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen 1244 (1999).

43 *Kühne* (Fn. 14), 28.

44 Auf das verfassungsrechtliche Trennungsgebot des Grundgesetzes greifen auch *A. Fischer-Lescano/L. Kreck*, Piraterie und Menschenrechte. Rechtsfragen der Bekämpfung der Piraterie im Rahmen der europäischen Operation Atalanta (2009), 33 f. zurück. Wegen Art. 87a Abs. 2 GG darf danach die Bundeswehr nicht zu Polizeimaßnahmen herangezogen werden, weder innerstaatlich noch bei Außeneinsätzen.

nach dem Einsatz von polizeilichem Personal in Friedensoperationen. Denn es ist mindestens erklärungsbedürftig, warum materiell polizeiliche Aufgaben des *peacekeeping* nicht von polizeilichem, sondern von militärischem Personal wahrgenommen werden.

Es fällt zunächst auf, dass der Einsatz von Polizeikräften in Friedensoperationen bislang allenfalls ansatzweise aufgearbeitet worden ist. Dies gilt für die sozial- und politikwissenschaftliche Literatur fast ebenso wie für die rechtswissenschaftliche Literatur. Diskussionen gibt es im Wesentlichen zu den Operationen in Kosovo⁴⁵ und in Osttimor⁴⁶. Besonders hervorheben möchte ich hier eine Studie des Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI) mit dem Titel „Executive Policing: Enforcing the Law in Peace Operations“⁴⁷ und ein am Institut für Friedensforschung und Sicherheitspolitik an der Universität Hamburg (IFSH) implementiertes Vorhaben mit dem Titel „Internationale Polizei als Instrument der Konfliktbearbeitung“⁴⁸.

Sporadische Einsätze von polizeilichem Personal in Friedensoperationen gab es zwar auch schon vor den 1980er Jahren, beispielsweise im Kongo 1964/1965.⁴⁹ Aber erst mit der Entwicklung der zweiten Generation des *peacekeeping* wurden internationale (zivil-) polizeiliche Kontingente (International Civilian Police – CivPol)⁵⁰ ein fester und später auch signifikanter Bestandteil von Friedenssicherungsmaßnahmen. Nicht nur aus deutscher Perspektive ist dabei das 1989 in Namibia eingesetzte Kontingent von besonderer Bedeutung.⁵¹ Das Kontingent hatte eine Stärke von 1500 Personen und hatte für nachfolgende Einsätze durchaus Präzedenzwirkung. Für die deutsche Bundesregierung eröffnete sich mit dem Einsatz von Polizeikräften im Rahmen von UNTAG die – zumindest auf den ersten Blick attraktive – Möglichkeit, verfassungsgerichtlichen und verfassungspolitischen Diskussionen über den Einsatz von Streitkräften im Ausland zu entgehen.⁵²

In der Folge entwickelten sich Polizeikontingente zu einer festen personellen Komponente von Friedensoperationen der Vereinten Nationen, deren Aufgaben sich im Laufe der Zeit wandelten, nachdem es in Namibia noch vor allem um die Beobachtung und das

45 Vgl. etwa *D. C. Decker*, *Enforcing Human Rights. The Role of the UN Civilian Police in Kosovo*, *International Peacekeeping*, 13 (2006), 502 ff.

46 *C. de Coning*, *The UN Transitional Administration in East Timor (UNTAET)*, *International Peacekeeping* 6 (2000), 83 ff.

47 *R. Dwan* (Hrsg.), *Executive Policing. Enforcing the Law in Peace Operations* (2002).

48 Soweit ersichtlich sind aus diesem Projekt mehrere Publikationen hervorgegangen. Vgl. *T. Stodiek*, *Internationale Polizeimissionen und die Herausforderungen auf internationaler und nationaler Ebene*, S + F 18 (2000), 66 ff.; *ders.*, *Internationale Polizeimissionen der OSZE*, *OSZE-Jahrbuch* 7 (2001), 361 ff.; *ders.* (Fn. 3), 93 ff.

49 Vgl. dazu *A. Hansen*, *From Congo to Kosovo: Civilian Police in Peace Operations*, *Adelphi Paper* Nr. 343 (2002) und *S. Chesterman*, *You, the people. The United Nations, Transitional Administration, and State-Building* (2004), 113 f. Zum Einsatz ziviler Polizeikräfte im Kongo vgl. auch den Bericht an den Generalsekretär der Vereinten Nationen UN Doc. S/4557.

50 Zu den historischen Hintergründen und Entwicklungslinien vgl. auch *E.A. Schmidl*, *Police in Peace Operations*, *Informationen zur Sicherheitspolitik* (Landesverteidigungsakademie Wien), Nr. 10 (September 1998).

51 Resolution des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen 632 (1989); einen Überblick über den Einsatz gibt *M.K. Jeffery*, *The United Nations Transition Assistance Group (UNTAG) in Namibia*, in: *D. Cox* (Hrsg.), *UN Rapid Reaction Capabilities* (1995), 127 ff. Vgl. auch *S. Fanning*, *UN Peace Settlement Plan for Namibia (UNTAG)*, in: *UNITAR* (Hrsg.), *The Role and Functions of Civilian Police in United Nations Peace-Keeping Operations* (1996), 113 ff.

52 Vgl. etwa *G. Brenke*, *Die Rolle der Bundesrepublik im Namibia-Konflikt*, *Aus Politik und Zeitgeschichte* (APuZ 8/1990), 24 ff.

„monitoring“⁵³ der lokalen Polizei gegangen war. Es setzten auch Bemühungen ein, derartige Polizeieinsätze konzeptionell besser zu erfassen und damit die Vorbereitung und Implementierung künftiger Operationen zu vereinfachen. Das Department of Peacekeeping Operations der Vereinten Nationen (DPKO) entwickelte dazu das so genannte SMART-Konzept, mit S für „supporting human rights“, M für „monitoring the performance of the local enforcement authority“, A für „advising the local police on best practice“, R für „reporting on situations and incidents“ und T für „training local enforcement in best practice for policing and human rights“.⁵⁴ Das Konzept wurde in zahlreichen Friedenseinsätzen der 1990er Jahre angewendet, ohne dass alle Operationen uneingeschränkt miteinander vergleichbar wären. Noch bis zum Beginn der militärischen Auseinandersetzungen in Kosovo setzte das SMART-Konzept Maßstäbe und diente als Grundlage für die 2000 vom DPKO verabschiedeten „Principles and Guidelines“ für zivile Polizeioperationen,⁵⁵ nachdem im DPKO im Jahr 2000 eine eigene Abteilung für Polizeioperationen eingerichtet worden war. Damit wurde SMART dann allerdings offensichtlich aufgegeben.⁵⁶ 2007 wurde das „Office of the Rule of Law and Security Institutions“ (OROLSI) im Rahmen des DPKO eingerichtet,⁵⁷ das ebenso wie die 2008 verabschiedete „Capstone“-Doktrin⁵⁸ eine zentrale Rolle für die Weiterentwicklung des Einsatzes polizeilichen Personals im Rahmen von VN-Operationen spielen wird.

Im Hinblick auf die materielle Abgrenzung polizeilicher und militärischer Maßnahmen sind die Polizeieinsätze in Haiti⁵⁹, Somalia⁶⁰ und Kambodscha⁶¹ von besonderer Bedeutung.

Der Einsatz der Polizei in Kambodscha diente zunächst dazu, Polizeikräfte auszubilden und die Implementierung des Friedensübereinkommens zu überwachen. Ausweislich der Mandatierung verfügte das zivilpolizeiliche Kontingent zunächst über keine unmittelbaren Befugnisse zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. UNTAC setzte die Polizei später allerdings auch zur Gewährleistung von Sicherheit ein und brachte insbesondere zum Schutz der Wahlen auch Zwangsmaßnahmen zur An-

53 R. Dwan, Introduction, in: Dwan (Fn. 47), 1 (3).

54 Näher dazu H. Hartz, CIVPOL: The UN Instrument for Police Reform, in: E.B. Eide/T.T. Holm (Hrsg.), Peacebuilding and Police Reform (2000), 27 (31).

55 UN DPKO, United Nations Civilian Police Principles and Guidelines (2000).

56 So ist R. Dwan, Conclusions, in: Dwan (Fn. 47), 123 (126) wohl zu verstehen: „The Kosovo and East Timor police operations have put the final nail in the coffin of the SMART concept with its emphasis on police monitoring and training as a discrete function of a peace operation“.

57 Vgl. dazu <http://www.un.org/Depts/dpko/dpko/orolsi.shtml>.

58 UN DPKO, United Nations Peacekeeping Operations. Principles and Guidelines (2008), abrufbar unter http://pbpu.unlb.org/pbps/Library/Capstone_Doctrine_ENG.pdf.

59 Das Ausgangsmandat wurde vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen mit Resolution 867 (1993) (Abs. 2 und 3 [nur „police monitors“] und Abs. 11) festgelegt; eine Revision des Mandats ergibt sich aus den Resolutionen 940 (1994) (Abs. 9 lit. b) und 975 (1995) (Abs. 6 und 9). Zur Gesamtmission und zum Einsatz ziviler Polizei vgl. M. Bailey et al, Haiti: Military-Police Partnership for Public Security, in: R.B. Oakley et al (Hrsg.), Policing the New World Disorder. Peace Operations and Public Security (1998), 215 ff.

60 Zu polizeilichen Maßnahmen in Somalia vgl. L. Thomas/S. Spataro, Peacekeeping and Policing in Somalia, in: Oakley et al, *ibid.*, 175 (187, 205, 212).

61 Zum Mandat, das vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen mit Resolution 745 (1999) verabschiedet wurde, vgl. C.M. Lee Kim/M. Metrikas, Holding a Fragile Peace: The Military and Civilian Components of UNTAC, in: M.W. Doyle et al (Hrsg.), Keeping the Peace: Multidimensional UN Operations in Cambodia and El Salvador (1997), 107 (108 f.).

wendung. Schließlich arbeitete das zivilpolizeiliche Kontingent sogar unmittelbar einem Ermittler zu.⁶²

Auch das zivilpolizeiliche Personal in Haiti übernahm schließlich operative Aufgaben: Um den jeweiligen Patrouillen Nachdruck zu verleihen, nahmen jeweils ein lokaler Polizist, ein polizeilicher und ein militärischer Angehöriger der Friedensmission sowie ein Dolmetscher daran teil. Dies führte dazu, die Patrouillen als „four men in a jeep“ zu bezeichnen.⁶³

Die Herausforderungen in Kosovo und Osttimor veranlassten die internationale Gemeinschaft dazu, das polizeiliche Personal zunehmend auch mit Zwangsbefugnissen auszustatten. Damit sollte der wachsenden Verantwortung für die öffentliche Sicherheit und Ordnung Rechnung getragen werden, teilweise gekoppelt an die allgemeinen Bemühungen zur Herstellung von Rechtsstaatlichkeit („rule of law“). In der von ihr herausgegebenen SIPRI-Studie nennt *Renata Dwan* drei Unterschiede der als „executive policing“ bezeichneten Maßnahmen gegenüber den bisherigen Polizeieinsätzen: Erstens verfügten die Angehörigen der neueren Polizeikontingente über Festnahme- und Ermittlungsbefugnisse; zweitens sei das polizeiliche Personal bewaffnet; und drittens seien die eigenen Aufgaben und damit verbundene Zwangsbefugnisse unmittelbar mit der Aufgabe, lokale Polizeieinheiten aufzubauen, verzahnt.⁶⁴

Polizeieinsätze zur Friedenssicherung im Ausland sind kein Spezifikum der Vereinten Nationen. Sowohl die EU als auch die OSZE haben einschlägige Einsätze verantwortet.⁶⁵ Immerhin haben alle Organisationen mittlerweile mehr oder weniger ausdifferenzierte Einsatzkonzepte entwickelt,⁶⁶ vor allem mit dem Ziel, nicht nur beratend den Aufbau lokaler Sicherheitskräfte zu unterstützen, sondern – jedenfalls in einer Übergangsphase – auch selbst Ermittlungs- und Zwangsmaßnahmen zur Herstellung und Aufrechterhaltung von öffentlicher Sicherheit und Ordnung im Sinne eines „executive policing“ zu übernehmen.

Gerade an dieser Stelle lassen sich dann aber Überlappungen und Verschränkungen mit militärischen Maßnahmen ausmachen, die letztlich – teilweise unter Hinweis auf die auf Zwangsmaßnahmen zugeschnittene Ausrüstung militärischen Personals – zu einem verstärkten Einsatz des Militärs für polizeiliche Zwecke geführt haben. Im Hinblick auf diese Entwicklung verdient auch Beachtung, dass die Implementierung einschlägiger Mandate durch polizeiliches Personals nicht immer reibungslos erfolgt ist. Schwachstellen waren und sind die häufig verzögerte Stationierung, quantitativ und qualitativ unzureichende Rekrutierungsmaßnahmen sowie begrenzte Ressourcen.⁶⁷ Dies hat dazu geführt, dass polizeiliches und militärisches Personal im Rahmen von Friedensoperationen einerseits enger zusammenarbeitet, verstanden als einheitlicher Beitrag zum Sicherheitssektor. Andererseits ändert dies nichts daran, dass beide auch Vorbehalte

62 Vgl. dazu die Ausführungen bei *Dwan* (Fn. 53), 7.

63 Dazu *A.S. Hansen*, *Civil–Military Cooperation: The Military, Paramilitaries and Civilian Police in Executive Policing*, in: *Dwan* (Fn. 47), 67 (74).

64 *Dwan* (Fn. 53), 3-4.

65 *Stodiek* (Fn. 3), 101 f. und 103 f.; zur OSZE vgl. auch *G. Hesztera*, *Die Zukunft der Civilian Police im Rahmen der OSZE*, *OSZE-Jahrbuch 4* (1998), 265 ff.

66 Eingehend dazu *P. Rotmann*, *Erste Schritte zu einer Polizeidoktrin für UN-Friedenseinsätze, 2001–2006*, S + F 26 (2008), 164 ff.

67 Dazu *Hansen* (Fn. 63), 72 ff.

gegenüber dem jeweiligen Partner haben. Nachvollziehbar ist, dass Staaten die Stationierung von Polizei gegenüber der Entsendung von Streitkräften gelegentlich deshalb präferieren, weil der Einsatz polizeilichen Personals kostengünstiger ist und vor allem politisch unauffälliger abläuft. Dies ändert nichts daran, dass Schwächen polizeilichen Engagements immer stärker zu einer Militarisierung klassischer polizeilicher Aufgaben geführt haben.⁶⁸

Es stellt sich die Frage, ob sich die Komplexität des hier entfaltenen Problems unter Umständen dadurch reduzieren lässt, dass Friedensoperationen für die Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben auf eine Art Gendarmerie zurückgreifen.⁶⁹ Die damit erhoffte organisationsrechtliche Entlastung der aufgezeigten Grauzone ändert allerdings nichts daran, dass eine Differenzierung zwischen polizeilichem und militärischem Handeln im Hinblick auf dessen völkerrechtliche Zulässigkeit und das bei einem solchen Einsatz anwendbare Recht unerlässlich bleibt, denn diesbezüglich stehen, wie noch auszuführen sein wird, materielle Differenzierungskriterien im Vordergrund.

Dessen ungeachtet lassen sich in der Praxis der Friedenssicherung Beispiele für den Einsatz von Gendarmerien und vergleichbaren Einheiten finden. Erste einschlägige Erfahrungen wurden in den 1990er Jahren gesammelt.⁷⁰ Zu Beginn wurde dabei auch Personal einer Gendarmerie in lokale Polizeieinheiten integriert. Zwischen 1992 und 1995 wurden auf Haiti und in El Salvador Einheiten der spanischen Guardia Civil und der argentinischen Gendarmeria Nacional stationiert. Auf Haiti wurden vorübergehend auch US-amerikanische Militärpolizisten eingesetzt. Es gibt auch Beispiele für die Schaffung internationaler Gendarmerien. Hier ist vor allem die „Multinational Specialized Unit“ (MSU) als Bestandteil von SFOR im Jahre 1998 zu erwähnen;⁷¹ sie bestand aus 350 italienischen Carabinieri und kleineren Anteilen argentinischer Gendarmeria Nacional, rumänischer Politia Militari und slowenischer Militärpolizei. Offensichtlich kam die MSU allerdings nur zweimal zum Einsatz.⁷² Polizei mit semi-militärischem Status wurde sowohl im Rahmen von KFOR als auch im Rahmen von UNMIK eingesetzt, und auch das zivile Polizeielement in Osttimor wurde mit einer Gendarmerie-Komponente ausgestattet (unter der Bezeichnung „Rapid Response Unit“), bestehend aus 120 portugiesischen und 120 jordanischen Polizeieinheiten mit militärischem Status.⁷³ Dabei ging es vor allem darum, auch größere Bedrohungen für die öffentliche Sicherheit bewältigen zu können. Bemerkenswert ist, dass die Rufe nach einem stärkeren Rückgriff auf Gendarmerie-Einheiten wieder leiser geworden ist. Immerhin gibt es auch eine Europäische Gendarmerie-Einheit, deren Errichtung 2004

68 S. dazu C. Friesendorf/S.E. Penksa, Militarized Law Enforcement in Peace Operations. EUFOR in Bosnia and Herzegovina, *International Peacekeeping* 15 (2008), 677 ff.

69 Hansen (Fn. 63), 68, 71 ff.

70 Zum folgenden Hansen (Fn. 63), 71 ff.

71 Dazu J.G. Cockell, Joint Action on Security Challenges in the Balkans, in: M. Pugh/W.P. Singh Sidhu (Hrsg.), *The United Nations and Regional Security: Europe and Beyond* (2003), 115 (129) sowie T.W. Brocades Zaalberg, *Soldiers and Civil Power: Supporting or Substituting Civil Authorities in Modern Peace Operations* (2006), 269 f.

72 Hansen (Fn. 63), 72 m.w.Nachw.

73 W. Hayde, Ideals and Realities of the Rule of Law and Administration of Justice in Post Conflict East Timor, *International Peacekeeping* 8 (2004), 65 (87); Hansen (Fn. 63), 72.

zwischen Frankreich, Italien, Spanien, Portugal und den Niederlanden vereinbart wurde.⁷⁴ Sie soll in erster Linie dem Krisenmanagement dienen.

II. Praktische Probleme des polizeilichen Auslandseinsatzes von Streitkräften

Bevor im Folgenden polizeiliche und militärische Einsätze näher eingeordnet werden sollen, bietet sich ein Blick auf die praktischen Probleme des polizeilichen Auslandseinsatzes von Streitkräften an. Dabei versteht es sich von selbst, dass es hier nur um einen kursorischen Abriss und nicht um eine erschöpfende Auseinandersetzung mit den einschlägigen Fragen gehen kann.

In Anknüpfung an die Ausführungen zu internationalen Polizeimissionen stellt sich zunächst die Frage nach der Verfügbarkeit entsprechend qualifizierten Personals und vor allem auch entsprechend qualifizierter und trainierter Kontingente. Obwohl Auslandseinsätze zur Friedenssicherung lange die Domäne von Streitkräften zu sein schienen, haben viele Staaten versucht, entweder speziell für den polizeilichen Einsatz geschulte Einheiten innerhalb ihrer Streitkräfte zu bilden oder aber Polizeieinheiten zu formieren, die zur Wahrnehmung von Verantwortung für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Rahmen von Auslandseinsätzen zur Friedenssicherung besonders qualifiziert sind. Insbesondere die Schaffung spezifischer, im Zweifelsfall neuer Polizeieinheiten ist mit erheblichen Kosten verbunden, die sich bei einem Rückgriff auf vorhandene Streitkräfte weitgehend vermeiden, bei internationaler Zusammenarbeit zumindest reduzieren lassen. Dementsprechend haben die meisten Staaten zunächst den Versuch unternommen, das Einsatzspektrum vorhandener Streitkräfte im Hinblick auf die Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben zu erweitern. Die Herausarbeitung spezifischer Einsatzkonzepte und die Bildung neuer Einheiten für internationale Polizeimissionen ist erst in jüngster Zeit in Angriff genommen worden. Es ist schon darauf hingewiesen worden, dass entsprechende Planungskapazitäten auf der Ebene der Vereinten Nationen erst zu Beginn des 21. Jahrhunderts geschaffen worden sind.⁷⁵ Das „UN Stand-by Arrangements System“ (UNSAS) ist ebenfalls erst vor kurzem auf polizeiliche Maßnahmen hin ausgerichtet worden.⁷⁶ Immerhin lässt sich sowohl für die OSZE und die EU, aber auch für die NATO, feststellen, dass man dort den polizeilichen Anforderungen teilweise schon jetzt Rechnung getragen hat, dies aber jedenfalls in Zukunft intensivieren will.⁷⁷ Damit dürften in Zukunft jedenfalls speziell für polizeiliche Aufgaben geschulte Einheiten in erheblich größerem Maße zur Verfügung stehen als dies in der Vergangenheit der Fall war. Dies darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass einzelne Staaten hier durchaus Nachholbedarf haben, nicht zuletzt die Bundesrepublik, die an

74 Dazu T. Stodiek, *Internationale Polizei: ein empirisch fundiertes Konzept der zivilen Konfliktbearbeitung* (2004), 67 f.

75 Rotmann (Fn. 66), 164.

76 Zu den Stand-by Arrangements der Vereinten Nationen im allgemeinen A. Morrison, *Efforts to Establish UN Stand-by Arrangements*, in: Cox (Fn. 51), 136 ff.; zur seit 2007 bestehenden Standing Police Capacity (SPC) vgl. <http://www.un.org/Depts/dpko/police/capacity.shtml>.

77 Stodiek (Fn. 3), 101 f. und 103 f.

dieser Stelle immer wieder mit spezifischen Problemen des deutschen Föderalismus konfrontiert ist.⁷⁸

Setzen ein Staat oder eine internationale Organisation Streitkräfte zur Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben im Ausland ein, so wird in der Regel eine Anpassung ihrer strategischen, operativen und taktischen Einsatzkonzepte erforderlich sein. Die jeweiligen Einsatzkonzepte von Polizeikräften einerseits und Streitkräften andererseits verfolgen nämlich grundsätzlich unterschiedliche Ziele.⁷⁹ So steht bei militärischen Maßnahmen regelmäßig die äußere Sicherheit eines Staates und damit die Abwehr des Gegners oder seine Unterwerfung im Vordergrund. Demgegenüber geht es bei polizeilichen Maßnahmen vor allem um die innere Sicherheit, insbesondere um die Herstellung und um die Sicherung des staatlichen Gewaltmonopols. Diesen unterschiedlichen Aufgabenstellungen tragen auch Ausbildung und Ausrüstung Rechnung. Es mag an dieser Stelle genügen, exemplarisch darauf hinzuweisen, dass die Beendigung einer gewalttätigen Demonstration andere Anforderungen an das eingesetzte Personal stellt als die Abschreckung eines militärischen Gegners oder gar dessen Abwehr. So einleuchtend diese Differenzierung einerseits ist, so nachvollziehbar sind auch die Hinweise darauf, dass es durchaus vergleichbare Tätigkeiten gibt, etwa bei der Gebäude- oder Personensicherung. Folgt daraus aber eine generelle Relativierung der Unterscheidung zwischen militärischem und polizeilichem Handeln? Ist der Sicherheitssektor (im Rahmen von Friedenssicherungsmaßnahmen, aber auch in der entwicklungspolitischen Zusammenarbeit im Kontext von „state building“⁸⁰) einheitlich oder doch differenziert zu behandeln? So sinnvoll eine auf Effektivitäts- und Effizienzgewinne zielende diesbezügliche politische Debatte sein mag, so wichtig ist es gleichermaßen, die Frage nach den jeweils einschlägigen rechtlichen Maßstäben sowohl auf völkerrechtlicher (das ist das Anliegen dieses Beitrags) als auch auf verfassungsrechtlicher Ebene mit der gebotenen Sorgfalt zu beantworten.

Immerhin lässt sich auch mit Blick auf Friedensoperationen festhalten, dass die zivilmilitärische wie auch die polizeilich-militärische Zusammenarbeit in den letzten Jahren intensiver geworden ist.⁸¹ In diesem Zusammenhang ist der Begriff vom „deployment gap“ gefallen,⁸² der im Rahmen dieser Zusammenarbeit als Grund für eine jedenfalls vorübergehende Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben durch das Militär genannt wird. Dabei geht es darum, dass Polizeikontingente – anders als militärische Einheiten – in der Regel nicht auf Abruf bereit stehen. Vielmehr bedarf es häufig erst der Rekrutierung

78 Zur Abstimmung gibt es beim Bundesministerium des Innern eine Arbeitsgruppe „Internationale Polizeimissionen“; s. dazu http://www.bundespolizei.de/cln_029/nn_484498/DE/Home/_Startseite/IPM/IPM_node.html_nnn=true.

79 Darüber dürfen auch integrierte Ansätze der Sicherheitssektor-Reform in Friedensoperationen nicht hinwegtäuschen, vgl. *H. Hänggi/V. Scherrer*, Towards an Integrated Security Sector Reform Approach in UN Peace Operations, *International Peacekeeping* 15 (2008), 486 ff.

80 S. dazu statt aller *E. Rees*, Security Sector Reform (SSR) and Peace Operations: „Improvisation and Confusion“ from the Field, *International Peacekeeping* 12 (2008), 139 ff. und *E. Afsah/A.H. Guhr*, Afghanistan: Building a State to Keep the Peace, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 9 (2005), 373 ff.

81 Dazu *S. Ryding-Berg*, Military Support to Civil Authorities, *Revue de droit militaire et de droit de la guerre* 39 (2000), 128 ff.; *N. Weinberger*, Civil-military Coordination in Peacebuilding, *Journal of International Affairs* 55 (2002), 245 ff.

82 *Hansen* (Fn. 63), 73-75.

entsprechend qualifizierten Personals und der Zusammenstellung qualifizierter Polizeikontingente, bevor diese im Krisengebiet eingesetzt werden können. Zur Bewältigung des „inevitable time lag between mission initiation and deployment of the full police contingent“,⁸³ aber auch im Hinblick auf „shortfalls in the numbers of staff throughout the course of the mission“⁸⁴ ist ein Rückgriff auf militärische Einheiten unvermeidlich, wenn es nicht zu einer erheblichen Verzögerung bei der Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben – und damit letztlich zu einer Beeinträchtigung der Sicherheitslage im Zielgebiet – kommen soll. Darüber hinaus spielt die polizeilich-militärische Zusammenarbeit bei der Bewältigung eines immer wieder auftretenden Durchsetzungsdefizits eine wichtige Rolle.⁸⁵ Dieses „enforcement gap“ ist wie folgt umschrieben worden: „Where the moral authority of the civilian police is not sufficient to enforce the law, military forces can contribute muscular back-up, engage in counter-terrorism work or help in crowd control“.⁸⁶ Hier werden militärische Einheiten in Anspruch genommen, um die Durchsetzungskraft polizeilicher Einheiten zu verstärken.

Dass die polizeilich-militärische Zusammenarbeit im Rahmen von Friedenssicherungsmaßnahmen ebenso unerlässlich wie komplex ist, zwingt dazu, bei der Abgrenzung beider Arten von Tätigkeiten besonders sorgfältig zu sein. Es ist dann eben nicht ausreichend, lediglich von Polizei und Militär zu sprechen: „In practice, the tendency to lump constituent tasks into two large piles, one labelled ‚military‘ and the other labelled ‚police‘, has proved unhelpful. The key in military–police relations is to develop a better understanding of what exactly enforcing law and order in a foreign and war-torn country entails. It will be critical to arrive at a sophisticated and flexible distribution of labour in complex police operations“.⁸⁷ Die nachfolgenden Ausführungen sollen helfen, völkerrechtliche Kriterien für diese Differenzierung zu entwickeln.

III. Normative Anhaltspunkte für eine völkerrechtliche Differenzierung zwischen militärischem und polizeilichem Handeln

Auf der Suche nach einschlägigen normativen Anhaltspunkten für eine völkerrechtliche Differenzierung zwischen militärischem und polizeilichem Handeln stößt man auf sehr heterogenes Normenmaterial. Es ist fraglich, ob sich in Anbetracht dieser Heterogenität Schlussfolgerungen für die Differenzierung zwischen militärischen und polizeilichen Einsätzen im Rahmen von Friedenssicherungsmaßnahmen ziehen lassen. Im Folgenden werden zwei Normenkomplexe exemplarisch und ohne Anspruch auf Vollständigkeit durchleuchtet: das humanitäre Völkerrecht und das Friedenssicherungsrecht.

83 Ibid., 73.

84 Ibid., 74.

85 *T.R. Mockaitis*, *Civil-Military Co-operation in Peace Operations: The Case of Kosovo (2004)* (Strategic Studies Institute, US Army War College) (abrufbar unter <http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pubs/display.cfm?PubID=583>); *M. Paul*, *CIMIC am Beispiel des ISAF-Einsatzes. Konzeption, Umsetzung und Weiterentwicklung zivil-militärischer Interaktion im Auslandseinsatz*, SWP-Studie (2008), abrufbar unter http://www.swp-berlin.org/common/get_document.php?asset_id=5428.

86 *Hansen* (Fn. 63), 75.

87 Ibid., 76.

1. Differenzierungsmöglichkeiten auf der Grundlage des humanitären Völkerrechts

Es bietet sich an, zunächst der Frage nachzugehen, ob und inwieweit das humanitäre Völkerrecht die Streitkräfte oder das Militär definiert. Dabei ist vorab festzuhalten, dass ein Rückgriff auf die Regeln des humanitären Völkerrechts grundsätzlich einen bewaffneten Konflikt voraussetzt.

Ausgangspunkt ist die Streitkräfte-Definition des Art. 43 ZP I, die sich auch mit Vollzugsorganen auseinandersetzt. Art. 43 Abs. 3 ZP I verpflichtet eine am Konflikt beteiligte Partei die anderen am Konflikt beteiligten Parteien zu informieren, wenn sie „paramilitärische oder bewaffnete Vollzugsorgane in ihre Streitkräfte“ aufnimmt. Im Laufe der Verhandlungen⁸⁸ über das Zusatzprotokoll war vorgeschlagen worden, den Streitkräftebegriff nur dann auf Polizeikontingente auszudehnen, wenn dies im innerstaatlichen Recht der jeweiligen Konfliktpartei so vorgesehen und die Eingliederung den anderen Konfliktparteien notifiziert worden sei. In der sich anschließenden Diskussion wurde diskutiert, ob der für diese Zwecke in den Blick genommene Begriff „police force“ auf uniformiertes Personal zu beschränken sei. Es wurde betont, dass eine gleichzeitige Zugehörigkeit zur Polizei (im Sinne eines „internal lawkeeping“) und zu den Streitkräften mit dem humanitären Völkerrecht nicht zu vereinbaren sei. Für diesen Fall erübrige sich eine innerstaatliche Rechtsgrundlage ebenso wie eine Notifizierung. Letztlich wurde der Begriff „police force“ durch die Formulierung „paramilitary or armed law enforcement agency“ ersetzt. Damit sollte organisationsrechtlichen Unterschieden der Staaten Rechnung getragen werden. Auf das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage (mit entsprechender Publikationswirkung) wurde verzichtet. Der Berichterstatter führte dazu aus: „The Committee recognized that, where a State had a law providing for the automatic incorporation of such forces into its armed forces in time of war, the notice requirement might be satisfied by notification to all Parties to the Protocol, through the depositary“.⁸⁹

Für das im Zentrum dieses Beitrags stehende Problem lässt sich damit den *travaux préparatoires* und dem in Art. 43 Abs. 3 ZP I enthaltenen Verhandlungsergebnis zunächst entnehmen, dass Vollzugsorgane unabhängig davon, ob sie bewaffnet sind oder nicht, im Regelfall nicht zu den Streitkräften gehören. Zum Zweiten sind innerstaatlich zwar ganz unterschiedliche organisationsrechtliche Rahmenbedingungen für die Abgrenzung von Streitkräften und Polizeieinheiten denkbar, aus der Perspektive des humanitären Völkerrechts ist jedoch eine personelle Überlappung jedenfalls nicht unproblematisch. Drittens liegt der Differenzierung im Rahmen von Art. 43 Abs. 3 ZP I jedenfalls im Ansatz eine materiell-rechtliche Überlegung zugrunde, nämlich die Unterscheidung zwischen (einem primär innerstaatliche Verhältnisse in den Blick nehmenden) „law enforcement“ einerseits und typischen Streitkräfteeinsätzen andererseits.

Die Notwendigkeit einer klaren Abgrenzung von Polizei und Militär ergibt sich auch aus einer näheren Befassung mit Art. 59 ZP I. Nach Abs. 3 dieses Artikels kann ein Ort zum „unverteidigten Ort“ erklärt und dadurch vor Angriffen der am Konflikt beteiligten

88 Hierzu und zum Folgenden *M. Bothe/K.J. Partsch/W.A. Solf*, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (1982), 240 f. und *J. de Preux*, Art. 43 AP I, in: Y. Sandoz (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (1987), Rn. 1682 f.

89 O.R. XV, 390, CDDH/236/Rev.1, Abs. 44 (zitiert nach *de Preux*, Fn. 88).

Parteien geschützt werden, „wenn dort Polizeikräfte zu dem alleinigen Zweck verblieben sind, die öffentliche Ordnung aufrechtzuerhalten“. *Claude Pilloud* und *Jean Pictet* sind der Auffassung, dass diese Polizeikräfte nur solche sein können, die nach Art. 43 Abs. 3 ZP I Bestandteil der Streitkräfte geworden sind.⁹⁰ Weiter heißt es in ihrer Kommentierung: „In fact the civilian police force falls under the civilian population and therefore does not need to be evacuated when the locality is declared a non-defended locality“.⁹¹ Nur so lässt sich die Vielfalt innerstaatlicher Organisationsmodelle aufrecht erhalten: „In many countries the municipal, provincial or national police is purely civilian. In other countries the national police forms part of the armed forces“.⁹² Es ist ohne weitere nachvollziehbar, dass *Pilloud* und *Pictet* vor diesem Hintergrund empfehlen, polizeiliche Aufgaben in unverteidigten Orten auf jeden Fall zivilen Polizeikräften anzuvertrauen. Deren Anwesenheit sei in Notstandssituationen wie derjenigen eines bewaffneten Konflikts von entscheidender Bedeutung für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, dienten sie doch auch dem Schutz von Leben und Eigentum. Darüber hinaus könnten sie die Ortschaft gegebenenfalls vor Angriffen krimineller und anderer unbefugter Gruppen schützen.⁹³

Auch Art. 59 ZP I bestätigt damit die Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen Polizei und Militär. Die innerstaatliche organisationsrechtliche Differenzierung bleibt zwar dem jeweiligen Staat überlassen, materiell-rechtlich gibt Art. 59 Abs. 3 ZP I aber einen Anhaltspunkt für die Differenzierung. Danach ist nämlich die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung gerade keine typische militärische, sondern eine polizeiliche Aufgabe.

Ähnliche Formulierungen finden sich im Übrigen in Art. 60 Abs. 4 ZP I, wonach eine Zone als demilitarisiert gilt, in der „Polizeikräfte zu dem alleinigen Zweck verblieben sind, die öffentliche Ordnung aufrechtzuerhalten“.⁹⁴

Im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt verschärfen sich die Probleme der Abgrenzung von Polizeieinheiten und Militär. Dabei ist allerdings festzuhalten, dass ein bewaffneter Konflikt nur im Fall offener Feindseligkeiten zwischen bewaffneten Kräften vorliegt und dass innere Unruhen und Spannungen selbst dann, wenn die Regierung auf Polizeieinheiten oder bewaffnete Kräfte zurückgreift, um Sicherheit und Ordnung wiederherzustellen („law and order“), keinen nicht-internationalen bewaffneten Konflikt darstellen.⁹⁵ Es mag genügen, an dieser Stelle auf eine Umschreibung des Begriffs „internal disturbances“ durch das IKRK zu verweisen. Dort heißt es: „This involves situations in which there is no non-international armed conflict as such, but there exists a confrontation within the country, which is characterized by a certain seriousness or duration and which involves acts of violence. These latter can assume various forms, all the way from the spontaneous generation of acts of revolt to the struggle between more or less organized groups and the authorities in power. In these situations, which do not necessarily degenerate into open struggle, the authorities in power call upon extensive

90 *C. Pilloud/J. Pictet*, Art. 59 AP I, in: Sandoz (Fn. 88), Rn. 2278.

91 *Ibid.*, Rn. 2278.

92 *Ibid.*, Rn. 2279.

93 *Ibid.*, Rn. 2281.

94 *C. Pilloud/J. Pictet*, Art. 60 AP I, in: Sandoz (Fn. 88), 2312

95 *S.-S. Junod*, General Introduction to the Commentary on Protocol II, in: Sandoz (Fn. 88), Rn 4341.

police forces, or even armed forces, to restore internal order. The high number of victims has made necessary the application of a minimum of humanitarian rules“.⁹⁶

2. Differenzierungsansätze des Friedenssicherungsrechts

Wenn man den Begriff des Friedenssicherungsrechts so fasst, dass darunter sowohl die präventive Rüstungskontrolle als auch die rechtlichen Rahmenbedingungen des Einsatzes von Streitkräften zur Friedenssicherung im Rahmen der Vereinten Nationen oder von Regionalorganisationen fallen, dann bieten sich auch hier zwei Beispiele an, die der Präzisierung der hier zu erörternden Differenzierung zwischen militärischem und polizeilichem Handeln dienen können: Als Beispiel für die Schnittstelle zum humanitären Völkerrecht soll das Chemiewaffen-Übereinkommen⁹⁷ dienen, das in seinem Art. I Abs. 5 zwischen Mitteln zur Bekämpfung von Unruhen und Mitteln der Kriegführung unterscheidet. Aus der Praxis der Vereinten Nationen sollen einige wenige Resolutionen des Sicherheitsrats aufgegriffen werden, die zwischen der „Schaffung eines sicheren Umfelds“ einerseits und der „Aufrechterhaltung der zivilen öffentlichen Ordnung“ andererseits unterscheiden.

Was zunächst das Chemiewaffen-Übereinkommen betrifft, so lautet Art. I Abs. 5 in der deutschen Übersetzung: „Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, Mittel zur Bekämpfung von Unruhen nicht als Mittel der Kriegführung einzusetzen“. Der authentische englische Text lautet: „Each State Party undertakes not to use riot control agents as a method of warfare“. Art. 2 des Chemiewaffen-Übereinkommens definiert den Begriff der Chemiewaffe und nimmt solche Chemikalien davon aus, „die für nach diesem Übereinkommen nicht verbotene Zwecke bestimmt sind“ (Absatz 1 lit. a). Gemäß Absatz 9 lit. d gehören zu den nicht verbotenen Zwecken auch „Zwecke der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung einschließlich der innerstaatlichen Bekämpfung von Unruhen“. Im authentischen englischen Text heißt es: „Law enforcement including domestic riot control purposes“. Bezogen auf Reizgase bedeutet dies, dass deren Einsatz als Mittel der Kriegführung verboten, ihre Verwendung zum Zweck der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung aber zulässig ist. Anders könnte man formulieren, dass ihr militärischer Einsatz verboten, ihr polizeilicher Einsatz aber zulässig ist. Auch hier findet sich eine Differenzierung, die an die polizeiliche Rechtsdurchsetzung („law enforcement“) anknüpft und einen Bezug zu innerstaatlichen Situationen herstellt („domestic riot control purposes“).⁹⁸

Aus zwei Gründen ist die rechtliche Konstruktion der Reizgasregelung im Chemiewaffen-Übereinkommen von besonderer Bedeutung: Zum einen gibt es zunehmend Interpretationsversuche, die auf eine Schwächung des Chemiewaffen-Verbots durch eine erweiternde Auslegung von Art. II Abs. 9 des Übereinkommens hinauslaufen und umgekehrt den Begriff „Mittel der Kriegführung“ eher restriktiv interpretieren.⁹⁹ Hierauf

96 Abgedruckt in: The ICRC, the League, and the Report on the Re-Appraisal of the Role of the Red Cross (1979), 24 f.; auch abgedruckt bei S.-S. Junod, Art. 1 AP II, in: Sandoz (Fn. 88), Rn. 4475.

97 BGBl. 1994 II S. 806.

98 Hierzu A. Gioia, The Chemical Weapons Convention and its Application in Time of Armed Conflict, in: M. Bothe/N. Ronzitti/A. Rosas (Hrsg.), The New Chemical Weapons Convention – Implementation and Prospects (1998), 379 (384 f.).

99 Einen Einblick in den Meinungsstand gibt D.A. Koplow, Non-lethal Weapons – The Law and Policy of Revolutionary Technologies for the Military and Law Enforcement (2006), 36 ff.

kann an dieser Stelle aber nicht näher eingegangen werden. Zum zweiten hat die Bundesrepublik Deutschland nach den gewalttätigen Unruhen im Kosovo vom 17. und 18. März 2004, als etwa 58000 Kosovo-Albaner gegen die bis dahin noch in diesem Gebiet befindliche serbische Minderheit demonstriert hatten, das Ausführungsgesetz zum Chemiewaffen-Übereinkommen geändert,¹⁰⁰ um deutschen Streitkräften in Friedenssicherungsoperationen der Vereinten Nationen den Einsatz von Reizgasen im Einklang mit dem Chemiewaffen-Übereinkommen (also zum Zweck der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung einschließlich der innerstaatlichen Bekämpfung von Unruhen) zu erlauben. Zu diesem Schritt hatte sich der Bundestag auf Empfehlung der Bundesregierung entschlossen, nachdem die unzureichende (mentale) Vorbereitung und die mangelhafte Ausrüstung der deutschen Soldaten in Prizren bekannt geworden waren.¹⁰¹

Ohne die deutsche Gesetzesänderung an dieser Stelle näher bewerten zu wollen, macht diese Entwicklung doch deutlich, wie komplex das Problem der Ausbildung und Ausrüstung von Streitkräften für polizeiliche Einsätze ist und wie schwierig eine Abgrenzung zwischen polizeilichem und militärischem Handeln in einem Auslandseinsatz ist. Dies ist vor allem im Hinblick darauf problematisch, dass bei derartigen Einsätzen die Grenze von der Bekämpfung von Unruhen hin zur Kriegführung nicht immer eindeutig zu bestimmen ist. Zwar ist die Situation in Prizren im März 2004 recht unproblematisch als Ausbruch innerer Unruhen zu qualifizieren; es sind jedoch auch Grenzbereiche denkbar, die dann für den kommandierenden Offizier vor Ort die schwierige Frage danach aufwerfen, ob es noch um innere Unruhen oder schon um einen bewaffneten Konflikt geht.¹⁰²

100 Erstes Gesetz zur Änderung des Ausführungsgesetzes zum Chemiewaffenübereinkommen, BGBl. 2004 I S. 2575. In der Begründung zum Gesetzentwurf heißt es: „Der vorliegende Gesetzentwurf soll die rechtliche Grundlage für die Zulässigkeit des Einsatzes von Mitteln zur Bekämpfung von Unruhen durch die Bundeswehr bei Auslandseinsätzen gemäß Artikel 24 Abs. 2 GG bei der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung schaffen. Dies ist – obwohl im Chemiewaffenübereinkommen (CWÜ) ausdrücklich gestattet – der Bundeswehr aufgrund des deutschen Ausführungsgesetzes zum CWÜ bisher nicht erlaubt“. Weiter wird ausgeführt: „Da das UZwGBw nur im Inland gilt, ist ein Einsatz von Mitteln zur Bekämpfung von Unruhen durch die Bundeswehr im Ausland derzeit nicht zulässig. Die gewalttätigen Ausschreitungen im Kosovo im März 2004 haben jedoch deutlich gemacht, dass den Streitkräften auch bei Auslandseinsätzen nach Artikel 24 Abs. 2 GG Mittel zur Verfügung stehen müssen, die wirksam zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung beitragen können. Die Ausstattung der Bundeswehr mit diesen Mitteln wird sie in die Lage versetzen, unterhalb der Schwelle des Schusswaffengebrauchs situationsgerecht und abgestuft reagieren zu können. Dies trägt dazu bei, die potentielle Gefährdung eigener Einsatzkräfte und unbeteiligter Dritter zu reduzieren, und wahrt den völkerrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Mit dem vorliegenden Gesetztext wird durch die Einfügung einer klar umrissenen Rechtsgrundlage im dritten Anstrich des Buchstabens b sichergestellt, dass der Bundeswehr bei Einsätzen, die von Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit mandatiert, geführt oder in deren Interesse stehen, wirksame Mittel zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung zur Verfügung stehen. Zu diesen Systemen zählen insbesondere die Vereinten Nationen, die NATO und die EU. Im Inland bleibt es bei der bisherigen Rechtslage“. (BT-Drs. 15/3447, 6).

101 Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Günther Friedrich Nolting, Dr. Werner Hoyer, Helga Daub, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – Drucksache 15/3767, BT-Drs. 15/3898. Dort heißt es: „Richtig ist, dass es im Vorfeld und im Verlauf der Unruhen Versäumnisse sowohl bei den multinationalen Kräften als auch der Bundeswehr gab. Dies führte dazu, dass die Initiative in den ersten Stunden der Unruhen nicht erlangt werden konnte“.

102 Darauf weist auch *H.W. Kessler*, Krieg ohne Tränen? Reizstoff für die Bundeswehr. Zur Änderung des deutschen Ausführungsgesetzes zum Chemiewaffenübereinkommen, *Humanitäres Völkerrecht* 18 (2005), 4 ff. hin.

Schwierig ist die Lage vor allem dann, wenn von den Vereinten Nationen autorisierte militärische Einheiten organisierten Verbänden gegenüber stehen, die grundsätzlich die Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 1 ZP II erfüllen. Ein stärkerer Einsatz von Polizeikontingenten an Stelle militärischer Einheiten könnte hier dahingehend entlastend wirken, dass es die Wahrscheinlichkeit des Abgleitens in einen bewaffneten Konflikt reduzieren und vor allem auch in der Wahrnehmung Dritter fast ausschließen würde. Gleichwohl wäre auch hier eine Präzisierung dessen oder jedenfalls ein Beitrag dazu, was völkerrechtlich unter „law enforcement“ zu verstehen ist, wünschenswert – und im Zweifelsfall hilfreicher als eine schnelle innerstaatliche Gesetzesänderung.

Weitere Anhaltspunkte, wenn auch keine abschließenden Erkenntnisse, lassen sich der Resolutionspraxis des Sicherheitsrats entnehmen. Dabei interessiert vor allem, wie der Sicherheitsrat zwischen militärischen und polizeilichen Komponenten von Friedenssicherungsoperationen differenziert und welche Aufgaben er der jeweiligen Komponente zuweist. Im Dezember 1992 verabschiedete der Sicherheitsrat seine Resolution 794 (1992), mit der er die Entsendung von UNITAF billigte und ihr UNOSOM unterstellte. In den Absätzen 7 und 8 ist die Rede von der Schaffung eines „sichere(n) Umfeld(s) für die humanitären Hilfsmaßnahmen in Somalia“. Hierzu enthält Absatz 9 eine auf Kapitel VII der Charta gestützte Ermächtigung der „zur Umsetzung des in Ziffer 8 erwähnten Angebots kooperierenden Mitgliedsstaaten, alle erforderlichen Mittel einzusetzen, um so bald wie möglich ein sicheres Umfeld für die humanitären Hilfsmaßnahmen in Somalia zu schaffen“. Formulierung und Kontext der Resolution sprechen für einen militärischen Einsatz.

Wesentlich differenzierter ist der Text der Resolution des Sicherheitsrats 1244 (1999),¹⁰³ der eine Autorisierung sowohl für militärische als auch für polizeiliche Maßnahmen beinhaltet. Die so genannte Sicherheitspräsenz, also die militärische Komponente,¹⁰⁴ ist nach Absatz 9 lit. c und d zur „Schaffung eines sicheren Umfelds, in dem Flüchtlinge und Vertriebene sicher in ihre Heimat zurückkehren können, die internationale zivile Präsenz arbeiten kann, eine Übergangsverwaltung eingerichtet und humanitäre Hilfe geleistet werden kann“, befugt, außerdem zur „Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, bis die internationale zivile Präsenz die Verantwortung für diese Aufgabe übernehmen kann“. Im englischen Original ist die Rede von „Establishing a secure environment“ und von „Ensuring public safety and order“. Die Aufgaben der zivilen Präsenz unter Einschluss von Polizeieinheiten wird insoweit in Absatz 11 lit. i umschrieben als „Aufrechterhaltung der zivilen öffentlichen Ordnung, namentlich durch die Schaffung örtlicher Polizeikräfte und in der Zwischenzeit durch die Dislozierung internationalen Polizeipersonals für den Dienst im Kosovo“. Im englischen Original heißt es: „Maintaining civil law and order“. Hier geht es also bei der militärischen Komponente um die Schaffung eines sicheren Umfelds (was nach allem als militärischer Einsatz zu qualifizieren ist), darüber hinaus um die Bewältigung der oben angesprochenen Sta-

103 Die Wirkkraft von Resolution 1244 (1999) wird auch daran deutlich, dass sie selbst die Rechtsstaatlichkeitsmission der EU im Kosovo prägt; vgl. *E. de Wet*, The Governance of Kosovo. Security Council Resolution 1244 and the Establishment and Functioning of EULEX, *AJIL* 103 (2009), 83 ff.

104 Zur Abgrenzung und zum Zusammenwirken der zivilen und der militärischen Komponenten im Kosovo näher *D. Fleck*, Civil and Military Administrations in International Peacekeeping Operations. Focus on Kosovo, *International Peacekeeping* 7 (2001), 409 ff.; vgl. auch *M.C. Pugh*, Civil-military Relations in the Kosovo Crisis: An Emerging Hegemony?, *Security Dialogue* 31 (2000), 229 ff.

tionierungslücke („deployment gap“), so dass vorübergehend von der militärischen Komponente polizeiliche Aufgaben wahrgenommen werden („Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, bis ...“). Schließlich ist die polizeiliche Komponente mit der Aufrechterhaltung der (zivilen) öffentlichen Ordnung beauftragt.

Die Resolutionen 1246 (1999), mit der eine internationale Beobachtermission (UNAMET) zur Überwachung des Referendums zur Unabhängigkeit Osttimors von Indonesien nach Osttimor entsandt wurde, und 1272 (1999), mit der die Übergangsverwaltung in Osttimor eingerichtet wurde, werfen zwar ähnliche Fragen auf, sind aber deutlich weniger differenziert. Resolution 1246 (1999) beschränkt sich im Kern auf die Entsendung eines Polizeikontingents (Absatz 2 der Resolution) von bis zu 280 Zivilpolizisten. Deren Aufgabe ist allein die Überwachung des Referendums, da die indonesische Regierung nach Absatz 9 der Resolution weiterhin dafür verantwortlich blieb, „in Osttimor Frieden und Sicherheit zu wahren“ (Absatz 9 der Resolution). Unmittelbar nach dem Referendum kam es zu Gewalttätigkeiten. In Reaktion darauf autorisierte der Sicherheitsrat eine militärische Operation (INTERFET) zur Unterstützung von UNAMET und zum Schutz der Bevölkerung Osttimors (Resolution des Sicherheitsrats 1264 (1999)).¹⁰⁵ Um den Übergang in die Unabhängigkeit zu gewährleisten, entschloss sich der Sicherheitsrat im Anschluss mit Resolution 1272 (1999) zur Einrichtung einer Übergangsverwaltung in Osttimor (UNTAET).¹⁰⁶ Diese setzte sich, der Operation in Kosovo vergleichbar, aus einer militärischen und einer polizeilichen, in die Zivilverwaltung integrierten, Komponente zusammen. Anders als im Fall der Resolution 1244 (1999) unterscheidet diese Resolution allerdings in der Aufgabenzuweisung nicht mehr zwischen beiden Komponenten, sondern formuliert in Absatz 2 lit. a als ersten Teil des Mandats von UNTAET: „To provide security and maintain law and order throughout the territory of East Timor“. Zwar werden „Sicherheit“ einerseits und „Recht und Ordnung“ andererseits noch jeweils getrennt genannt; sie werden aber nicht mit der jeweiligen Komponente in Verbindung gebracht.¹⁰⁷

Ebenfalls aus einem polizeilichen und einem militärischen Kontingent setzt sich die so genannte Stabilisierungsmission der Vereinten Nationen in Haiti zusammen. Sie wurde mit Resolution 1529 (2004) eingerichtet (Absatz 4 der Resolution sieht „einen zivilen und einen militärischen Anteil“ vor, mit „Zivilpolizisten“ einerseits und „Soldaten“ andererseits).¹⁰⁸ Das in Absatz 7 der Resolution spezifizierte Mandat verpflichtet MINUSTAH dazu, „in Unterstützung der Übergangsregierung ein sicheres und stabiles Umfeld zu gewährleisten“, ohne im Hinblick auf die Umsetzung zwischen militärischer und polizeilicher Komponente zu unterscheiden.

In der Tendenz ist damit – und dies lässt sich auch für jüngere Friedensoperationen nachweisen – die in Resolution 1244 (1999) angelegte Differenzierung nicht mehr expli-

105 Hierzu und zu Australiens Rolle im Rahmen der Intervention *M.J. Kelly*, *Legal Aspects of Australia's Involvement in the International Force for East Timor*, *Revue Internationale de la Croix-Rouge* 83 (2001), Nr. 841, 101 ff.

106 *B. Kondoch*, *The United Nations Administration of East Timor*, *JCSL* 6 (2001), 245 ff.

107 Dies gilt auch für den wichtigen Bereich der Sicherheitssektorreform, s. dazu *L. Hood*, *Security Sector Reform in East Timor, 1999-2004*, *International Peacekeeping* 13 (2006), 60 ff.

108 So heißt es in Absatz 4 der Resolution 1524 (2004): „Decides that MINUSTAH will consist of a civilian and a military component in accordance with the Secretary-General's report on Haiti (S/2004/300)“.

zit weiter verfolgt worden. Vielmehr geht es in neueren Resolutionen stets allgemein um die Schaffung eines sicheren und stabilen Umfelds.

Festzuhalten ist damit, dass das Friedenssicherungsrecht Anhaltspunkte für eine Differenzierung zwischen militärischem und polizeilichem Einsatz zur Verfügung stellt, die jedenfalls im Ansatz zwischen der Herstellung eines sicheren Umfelds (ursprünglich militärisch) und der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung (ursprünglich polizeilich) unterscheiden. Damit lassen sich – unter Berücksichtigung der Differenzierungsoptionen des humanitären Völkerrechts – jedenfalls die (weitgehend innerstaatliche) Rechtsdurchsetzung („law enforcement“) und die Wahrung öffentlicher Sicherheit und Ordnung („maintaining law and order“) als polizeiliche Einsätze charakterisieren. Dass der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen diese Differenzierung nicht mehr explizit weiter verfolgt, dürfte in erster Linie politisch zu erklären sein.

IV. Das auf den polizeilichen Einsatz anwendbare Recht

Die nun noch folgenden Überlegungen beschränken sich bewusst auf das im polizeilichen Einsatz anwendbare Recht. Dabei geht es weniger um eine organisationsrechtliche, sondern vielmehr um eine materiell-rechtliche Differenzierung. Es ist danach nicht erheblich, von wem eine bestimmte Aufgabe wahrgenommen wird, sondern um welche Art von Aufgabe es sich handelt. Auch dann, wenn militärische Kontingente polizeiliche Aufgaben wahrnehmen, handelt es sich materiell-rechtlich um einen polizeilichen Einsatz.

Dass sich hierfür bislang nur zögerlich eine Debatte über das auf diesen Einsatz anwendbare Recht entwickelt hat, hängt in erster Linie mit einem gewandelten Einsatzspektrum zusammen, in dessen Folge – zunächst im Rahmen von Übergangs- oder Territorialverwaltungen, dann aber auch darüber hinaus – Friedensoperationen (vor allem der Vereinten Nationen, aber auch anderer Organisationen) immer stärker operative polizeiliche Aufgaben übernommen haben. Dieser Wandel des Einsatzspektrums hat nicht nur die Übernahme neuer Aufgaben zur Folge, sondern auch eine wachsende Grauzone zwischen militärischen und polizeilichen Einsätzen. Dass diese Grauzone nicht völlig ungewollt ist, machen letztlich Formulierungen in Resolutionen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen deutlich, in denen nur noch von der Schaffung eines sicheren Umfelds die Rede ist, ohne militärische und polizeiliche Maßnahmen zu unterscheiden.

Nimmt man weitere Schnittstellen hinzu, so wird deutlich, dass die genaue Bestimmung des außerhalb bewaffneter Konflikte in internationalen polizeilichen Operationen anwendbaren Rechts von wachsender Bedeutung ist. Die Rettung eigener Staatsangehöriger im Ausland,¹⁰⁹ die Bekämpfung des Drogenanbaus in Afghanistan¹¹⁰ und die Verfolgung und Festnahme von Piraten¹¹¹ sind nur einige Facetten, die deutlich machen, dass eine nähere Bestimmung des rechtlichen Rahmens für polizeiliches Handeln von ent-

109 Statt aller *M. Baldus*, Extraterritoriale Interventionen der Bundeswehr zur Rettung von fremden und deutschen Staatsangehörigen, in: I. Erberich (Hrsg.), *Frieden und Recht* (1998), 259 ff.

110 Zur Komplexität *J. Goodhand*, *Corrupting or Consolidating the Peace? The Drugs Economy and Post-conflict Peacebuilding in Afghanistan*, *International Peacekeeping* 15 (2008), 405 ff.

111 Hierzu *D. Wiefelspütz*, Die Beteiligung der Bundeswehr am Kampf gegen Piraterie, *NZWehrR* 51 (2009), 133 ff. und vor allem der Beitrag von *D. König* in diesem Band.

scheidender Bedeutung ist. Mehr Klarheit in dieser Frage könnte möglicherweise auch dazu beitragen, die Praxis der so genannten gezielten Tötungen zurückzudrängen.

Im Folgenden soll insbesondere dargelegt werden, dass das humanitäre Völkerrecht auf polizeiliche Einsätze regelmäßig nicht anwendbar ist, dass völkerrechtliche Menschenrechtsstandards im polizeilichen Einsatz zu beachten sind und dass derartige Einsätze einer überzeugenden Ermächtigungsgrundlage bedürfen.

1. Keine Anwendung des humanitären Völkerrechts auf polizeiliche Einsätze

Es ist schon darauf hingewiesen worden, dass das humanitäre Völkerrecht nur dann Anwendung findet, wenn ein bewaffneter Konflikt vorliegt. Außerhalb bewaffneter Konflikte ist das humanitäre Völkerrecht nicht anwendbar; auf Friedensoperationen der Vereinten Nationen ist das humanitäre Völkerrecht nur unter bestimmten Voraussetzungen anwendbar (allenfalls dann, wenn es um den Einsatz militärischer Gewalt auf der Grundlage von Kapitel VII geht).¹¹²

Etwas anderes gilt für den völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz, der nicht nur außerhalb bewaffneter Konflikte anzuwenden ist, sondern auch parallel zum Recht des bewaffneten Konflikts zur Geltung gebracht werden kann, es sei denn, dass die jeweiligen Derogationsklauseln greifen. Dass die parallele Anwendung des humanitären Völkerrechts und des regionalen oder universellen Menschenrechtsschutz in bewaffneten Konflikten nicht unproblematisch ist, hat zuletzt die Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in den Tschetschenien-Fällen deutlich gemacht,¹¹³ wo man durchaus von einer Überforderung des Menschenrechtssystems sprechen kann.¹¹⁴ Diese Problematik trifft den polizeilichen Einsatz nicht, denn in derartigen Konstellationen kommt allein der Menschenrechtsschutz zur Anwendung.

Umso wichtiger ist es aber, die Schwelle zur Anwendung des humanitären Völkerrechts präzise zu definieren und dabei die in diesem Beitrag erörterte Unterscheidung zwischen militärischem und polizeilichem Handeln zu berücksichtigen.

2. Menschenrechtsbindung im polizeilichen Einsatz

Dass menschenrechtliche Bindungen nicht nur auf dem Territorium der jeweiligen Vertragsparteien greifen, sondern überall dort zur Geltung kommen, wo eine Vertragspartei Jurisdiktionsgewalt ausübt, ist in den vergangenen Jahren hinreichend diskutiert worden.¹¹⁵ Dabei soll es hier weniger um die Reichweite des innerstaatlichen Menschen-

112 Auch wenn immer wieder zugunsten eines weiteren Anwendungsbereichs des humanitären Völkerrechts argumentiert wird, ist hier Zurückhaltung gebeten, wenn die Standards nicht relativiert werden sollen. Vgl. hierzu die Beiträge von *M. Bothe*, *Peacekeeping and International Humanitarian Law: Friends or Foes?*, *International Peacekeeping* 3 (1996), 91 ff. und *J. Saura Estapà*, *Lawful Peacekeeping. Applicability of International Humanitarian Law to United Nations Peacekeeping Operations*, *The Hastings Law Journal* 58(2007), 479 ff.

113 Vgl. dazu *H. Sauer/N. Wagner*, *Der Tschetschenien-Konflikt und das Völkerrecht*, AVR 45 (2007), 53 ff.

114 *M. Bothe*, *Die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in bewaffneten Konflikten – eine Überforderung?*, *ZaöRV* 65 (2005), 615 ff.

115 Differenziert und weitgehend überzeugend argumentiert bei *Fischer-Lescano/Kreck* (Fn. 44), 5 ff. (für die EMRK). Die Entscheidungen des EGMR in den Fällen *Behrami* und *Saramati* vermögen da eher nicht zu überzeugen; vgl. dazu *G. Hafner*, *The ECHR torn between the United Nations and the States: The Behrami and Saramati Case*, in: *Fischer-Lescano et al* (Fn. 2), 103 ff.

rechtsschutzes gehen, sondern in erster Linie um die Bindung an völkerrechtliche Menschenrechtsstandards.

Der Einsatz von Streitkräften oder Polizeikontingenten im Ausland zum Zweck der Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben kann sich menschenrechtlichen Bindungen jedenfalls dann nicht entziehen, wenn hoheitliche Maßnahmen ergriffen werden, wenn also der Einzelne in der einen oder anderen Form mit der Ausübung staatlicher (Zwangs-)Befugnisse konfrontiert wird. Dies ist beim Einsatz von Soldaten zur Drogenbekämpfung in Afghanistan ebenso der Fall wie im Rahmen der Aufrechterhaltung öffentlicher Ordnung einer Territorialverwaltung der Vereinten Nationen. Auch wenn sich immer dann, wenn eine Regionalorganisation oder die Vereinten Nationen eine entsprechende polizeiliche Maßnahme autorisieren, eine Gemengelage hinsichtlich der Zurechnung ergibt, die jedenfalls dazu führen kann, dass die jeweilige Organisation neben die Staaten tritt, deren Kontingente eingesetzt werden, so können sich die handelnden Einheiten ihrer jeweiligen Grundrechtsbindung nicht dadurch entziehen, dass sie auf die Autorisierung verweisen.¹¹⁶

Im Grundsatz wird diese menschenrechtliche Bindung auch nicht in Frage gestellt. Deutlich weniger Aufmerksamkeit ist bislang der Frage gewidmet worden, welche Anforderungen der völkerrechtliche Menschenrechtsschutz an die Ermächtigungsgrundlage für den polizeilichen Einsatz stellt. Hier stellt sich insbesondere das Problem, ob im Rahmen von Friedenssicherungsoperationen eine völkerrechtliche Autorisierung als Ermächtigungsgrundlage ausreicht – oder ob stets eine innerstaatliche Ermächtigungsgrundlage hinzutreten muss.

3. Völkerrechtliche oder innerstaatliche Ermächtigungsgrundlage für den polizeilichen Einsatz?

Der Einsatz von militärischem oder polizeilichem Personal im Rahmen von Friedensoperationen der Vereinten Nationen beruht regelmäßig auf einer Resolution des Sicherheitsrats, die vor allem dann von Bedeutung ist, wenn der Einsatz nicht auf der Zustimmung des jeweiligen Territorialstaates beruht. Eine Durchbrechung des gerade auch die territoriale Integrität schützenden Gewaltverbots bedarf (außerhalb der Fälle des Art. 51 der Charta der Vereinten Nationen) regelmäßig¹¹⁷ eines Sicherheitsratsbeschlusses auf der Grundlage von Kapitel VII der Charta. Dass auch die so genannten robusten Mandate auf einer Autorisierung des Sicherheitsrates beruhen, dient gleichermaßen dem Schutz des jeweiligen staatlichen Akteurs. Wenn die Autorisierung aber gerade nicht dem Schutz der von entsprechenden polizeilichen Maßnahmen betroffenen Individuen dienen soll, dann ist fraglich, ob eine derartige Resolution eine den Anforderungen des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes genügende Ermächtigungsgrundlage darstellt.

Art. 6 Abs. 1 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, das Recht auf Leben „gesetzlich zu schützen“. Der

¹¹⁶ Vgl. nur *M. Milanovic/T. Papić*, As bad as it gets. The European Court of Human Rights's *Behrami and Saramati* Decision and General International Law, ICLQ 58 (2009), 267 ff.

¹¹⁷ Auf außerhalb der Charta liegende Rechtfertigungsgründe soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

Entzug der Freiheit ist nach Art. 9 Abs. 1 des Paktes nur „aus gesetzlich bestimmten Gründen und unter Beachtung des im Gesetz vorgeschriebenen Verfahrens“ zulässig. Die Freizügigkeit darf nach Art. 12 Abs. 3 des Paktes nur eingeschränkt werden, „wenn dies gesetzlich vorgesehen“ ist. Auch die Verfahrensrechte des Art. 14 des Paktes bedürfen einer gesetzlichen Verankerung. Religions- und Meinungsfreiheit dürfen nur bestimmten „gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen unterworfen werden“ (Art. 18 Abs. 3 und Art. 19 Abs. 3 des Paktes). Die gesetzliche Grundlage für Eingriffe in Individualrechte soll dem Einzelnen ein Mindestmaß an Rechtssicherheit (und damit auch Vorhersehbarkeit) gewährleisten. Sie erhöht darüber hinaus den Rechtfertigungsbedarf für staatliche Eingriffe und entzieht durch die Rückbindung an die Legislative der Exekutive die alleinige Zugriffsmöglichkeit auf Beschränkungen individueller Freiheit.¹¹⁸

Genau diesen Ansprüchen genügt aber eine Resolution des Sicherheitsrats nicht. Zum einen ist der Sicherheitsrat – unbeschadet mancher Grenzüberschreitungen – kein Legislativorgan.¹¹⁹ Des Weiteren dient der Beschluss des Sicherheitsrats der Durchbrechung des Souveränitätsschutzes auf der zwischenstaatlichen Ebene. Drittens schließlich ist der Beschluss nicht hinreichend präzise, um eine den Anforderungen der Vorhersehbarkeit und damit verbunden der Rechtssicherheit genügende klare Rechtsgrundlage für Eingriffe in Menschenrechte darzustellen.

In den Fällen, in denen polizeiliche Einsätze ohne eine Autorisierung des Sicherheitsrats durchgeführt werden und in denen auch keine Übertragung von Hoheitsgewalt des Territorialstaats auf die Streit- oder Polizeikräfte stellenden Staaten stattfindet, stellt sich die Frage, ob entweder ein völkerrechtlicher Vertrag oder aber sogar das Völkergewohnheitsrecht als Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in Menschenrechte ausreichen können.

Im Fall der Operation „Libelle“,¹²⁰ einem 1997 durchgeführten Einsatz der Bundeswehr zur Evakuierung deutscher und anderer ausländischer Bürger aus Albanien nach dem dortigen Zusammenbruch der staatlichen Ordnung, lässt sich eine Durchbrechung der völkerrechtlichen Souveränität Albaniens möglicherweise gewohnheitsrechtlich rechtfertigen. Eine andere Frage aber ist, ob diese gewohnheitsrechtliche Grundlage auch zu Eingriffen in die Menschenrechte albanischer Personen ermächtigt hätte, wenn dies erforderlich geworden wäre. In Anbetracht der Tatsache, dass Sinn und Zweck des Gewohnheitsrechtssatzes ein Ausgleich der Souveränitätsinteressen des Territorialstaats (im konkreten Fall der albanischen territorialen Integrität) und der Schutzinteressen des intervenierenden Staates gegenüber seinen eigenen Staatsangehörigen (im konkreten Fall der deutschen Staatsangehörigen) ist, vermag es nicht zu überzeugen,

118 Exemplarisch sei hier auf *M. Nowak*, UN Covenant on Civil and Political Rights (2. Aufl. 2005), Art. 9 Rn. 7 verwiesen.

119 Zur Kritik an den Resolutionen des Sicherheitsrats 1373 (2001) und 1541 (2004) vgl. *B. Elberling*, The „ultra vires“ Character of Legislative Action by the Security Council, *International Organizations Law Review*, 2 (2005), 337 ff. und *A. Zimmermann/B. Elberling*, Grenzen der Legislativbefugnisse des Sicherheitsrats, *Vereinte Nationen* 52 (2004), 71 ff.

120 Auch bei *K. Dau*, Die militärische Evakuierungsoperation „Libelle“ – ein Paradigma der Verteidigung?, *NZWehrR* 40 (1998), 89 ff. wird allein die Frage der Rechtfertigung eines Eingriffs in die albanische territoriale Integrität diskutiert, nicht aber die Anforderungen an gegebenenfalls erforderliche Eingriffe in Menschenrechte.

diesen Gewohnheitsrechtssatz auch als Ermächtigungsgrundlage für Menschenrechtseingriffe heranzuziehen.

Auch im Hinblick auf die Bekämpfung der Piraterie sind jedenfalls Zweifel angemeldet, ob das Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage für die Verfolgung und Festnahme von Piraten aus menschenrechtlicher Perspektive darstellt.¹²¹ Im Fall des Seerechtsübereinkommens sind die Argumentationsspielräume im Vergleich zu den bisher genannten Fällen sogar größer, weil hier tatsächlich der Einzelne in den Blick genommen wird und die zu ergreifenden Maßnahmen gerade auf diesen zugeschnitten sind.

Wenn aber in den genannten Fällen die völkerrechtliche Autorisierung zum Handeln nicht ausreicht, um menschenrechtlichen Standards zu genügen, dann müssen die beteiligten Staaten, wenn sie an entsprechenden polizeilichen Maßnahmen teilnehmen, adäquate Rechtsgrundlagen auf innerstaatlicher Ebene schaffen. In der Bundesrepublik Deutschland bietet sich jedenfalls für Zwangsbefugnisse ein Rückgriff auf gesetzliche Grundlagen zur Ausübung unmittelbaren Zwangs an. Dies können nur bundesrechtliche Regelungen sein, für die Streitkräfte insbesondere das Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und verbündeter Streitkräfte sowie zivile Wachpersonen.¹²² Dieses ist aber bislang nicht auf den Einsatz im Ausland zugeschnitten. Hier besteht politischer Handlungsbedarf, wenn die Bundesrepublik ihren eigenen Ansprüchen an rechtsstaatliches Verhalten gerecht werden will.

V. Perspektiven

Nicht nur scheint die zivil-militärische oder polizeilich-militärische Zusammenarbeit den aktuellen Herausforderungen der Friedenssicherung besser gerecht zu werden als eine strikte Trennung von Militär und Polizei. Auch besteht offensichtlich ein Bedürfnis internationaler Organisationen und beteiligter Staaten, die Grenzen zwischen militärischem und polizeilichem Handeln nicht zu starr zu handhaben, sondern – je nach Sicherheitslage – fließend zu gestalten. Dies ist in Anbetracht sich wandelnder Herausforderungen im Interesse der Friedenssicherung nachvollziehbar und grundsätzlich legitim.

Damit das an neue Herausforderungen angepasste Instrumentarium aber nicht zu Lasten demokratischer und rechtsstaatlicher Errungenschaften eingesetzt wird, ist es umso wichtiger, die jeweiligen Grenzen des humanitären Völkerrechts und des internationalen Menschenrechtsschutzes zu beachten, ja sie sogar zu stärken. Dies kann nur gelingen, wenn Klarheit über das anzuwendende Recht besteht und wenn die internationale

121 Von Interesse ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des EGMR, *Medvedyev et al / Frankreich*, Nr. 33394/03; hierzu *Fischer-Lescano/Kreck* (Fn. 44), 24 f., die grundsätzlich der Auffassung sind, dass die Normen des Seerechtsübereinkommens keine hinreichende gesetzliche Grundlage darstellen.

122 BGBl. 1965 I S. 796, zuletzt geändert durch BGBl. 2007 I S. 3198. Nach gegenwärtiger Rechtslage kann die Ausführung von Mandaten des Sicherheitsrats im Rahmen von Friedenssicherungsoperationen nach wie vor nicht auf das UZwGBw gestützt werden; vgl. statt aller *J. Heinen*, *Rechtsgrundlagen Feldjägersdienst*: mit Erläuterungen des UZwGBw, Rechtsprechung, Begriffsbestimmungen (2001), 14. Hier besteht Reformbedarf, gegebenenfalls auch im Rahmen eines umfassenden Streitkräfteentsendegesetzes; vgl. dazu *C. Burkiczak*, *Ein Entsendegesetz für die Bundeswehr?*, ZRP 36 (2003), 82 ff.

Gemeinschaft sich nicht nur den sicherheitspolitischen, sondern auch den rechtlichen Herausforderungen stellt. In jedem Fall sollte der Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts nicht ausgeweitet, sondern eher stabilisiert werden, wenn seine Spezifika, nämlich der Fokus auf einem bewaffneten Konflikt zwischen zwei organisierten Verbänden, nicht zur Disposition gestellt werden sollen, und mit ihnen die Stabilität des darauf beruhenden Normensystems. Besser geeignet, um den Herausforderungen polizeilicher Einsätze im Ausland gerecht zu werden, ist der völkerrechtliche Menschenrechtsschutz, zumal es ohnehin heute unstreitig ist, dass diese Standards unter bestimmten Voraussetzungen sogar im bewaffneten Konflikt Anwendung finden, sich also mit denen des humanitären Völkerrechts überlappen.

Um aber die menschenrechtlichen Anforderungen an das jeweilige Handeln besser konturieren zu können, besteht normativer Klärungsbedarf hinsichtlich der Abgrenzung polizeilichen und militärischen Handelns und politischer Handlungsbedarf zur Schaffung klarer und unzweideutiger Ermächtigungsgrundlagen für derartiges Handeln.

Ob ein einheitliches Regelwerk für den Einsatz von Gewalt¹²³ unabhängig von der Differenzierung zwischen humanitärem Völkerrecht und internationalem Menschenrechtsschutz einen Ausweg aus dem Dilemma weist, muss vor allem deshalb bezweifelt werden, weil beide Regelwerke unterschiedlichen Zielen dienen. Auch wenn es eine Reihe von Strukturmerkmalen gibt, die beiden Regelungskomplexen gemein sind, so sind doch zahlreiche Elemente nicht miteinander kompatibel. Dass das humanitäre Völkerrecht gegenüber dem Menschenrechtsschutz das speziellere Regelwerk ist,¹²⁴ bedeutet nicht, dass die Standards des einen Systems höher sind als die des anderen.¹²⁵ Vielmehr handelt es sich um situations- und handlungsspezifische Regelungen, deren Standards auf die jeweiligen Anwendungsbereiche (und damit auf die Einsatzszenarien) zugeschnitten sind. Umso wichtiger ist es, die verschiedenen Einsatz- und Handlungsoptionen so klar voneinander zu trennen, dass sie den jeweiligen Standards genügen.

123 Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 4 oben.

124 Zur Debatte vgl. nur A. Guellali, *Lex specialis, droit international humanitaire et droits de l'homme*, *Revue générale de droit international public* 111 (2007), 539 ff.

125 Eine differenzierte Auseinandersetzung mit den Überlegungen zu einer „unified use of force rule“ bietet D. Fleck, *Law Enforcement and the Conduct of Hostilities*, in: Fischer-Lescano et al (Fn. 2), 391 ff.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Thilo Marauhn, Gießen

1. Der „klassische“ Einsatz von Streitkräften im Ausland ist militärischer Art; dies gilt auch für die Friedenssicherung der ersten Generation. Dagegen wird der Einsatz von Polizeikräften in Friedenssicherungsmaßnahmen der zweiten Generation als nicht-militärisch (zivil) charakterisiert. Mit der Entwicklung robuster und exekutiver Friedenssicherungsmaßnahmen verschwimmen die Grenzen zwischen militärischem und polizeilichem Einsatz. Streitkräfte füllen die bei internationalen Polizeieinsätzen auftretenden Stationierungs- und Durchsetzungslücken durch Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben. In dieser Grauzone kommt es auch zu einem Einsatz von Gendarmerie-Einheiten.
2. Die Staatengemeinschaft reagiert auf veränderte Konfliktformen mit einem erweiterten Aktionsradius des VN-Sicherheitsrats und mit einer Reform der Sanktionspraxis. Dies gilt sowohl für Anti-Terror-Maßnahmen als auch für die Bekämpfung anderer Phänomene (Drogenhandel, Piraterie). Dadurch werden nicht-staatliche Akteure in den Blick genommen und Gewaltmaßnahmen gegenüber Privatakteuren autorisiert. Auch hier verschwimmen die Grenzen zwischen militärischem und polizeilichem Einsatz.
3. Das humanitäre Völkerrecht unterscheidet für den internationalen bewaffneten Konflikt auf der Grundlage eines formellen Streitkräftebegriffs ansatzweise zwischen materiell polizeilichen und materiell militärischen Aufgaben. Die Unterscheidung zwischen polizeilichen und militärischen Maßnahmen schwimmt im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt. Die aus der Fokussierung auf eine materiell-rechtliche Unterscheidung resultierende situations- und einzelfallbezogenen Abgrenzung führt bei der Prüfung der Anwendungsvoraussetzungen in neueren Konfliktszenarien immer wieder zu Problemen.
4. Die Friedenssicherungsmaßnahmen in Kosovo und Afghanistan lassen unterschiedlich ausgestaltete Rechts- bzw. Ermächtigungsgrundlagen für den militärischen und den polizeilichen Einsatz erkennen. Die Einsatzgrundlagen von KFOR (Militär) und UNMIK (Polizei) in Kosovo sowie von ISAF (Militär) und EUPOL (Polizei) in Afghanistan enthalten materiell-rechtliche Differenzierungsansätze. Allerdings verschwimmen die Grenzen in Anbetracht der zunehmend als Generalklausel formulierten Ermächtigung zur Herstellung eines sicheren Umfelds („secure environment“).
5. In Anbetracht der schwierigen Grenzziehung zwischen militärischen und polizeilichen Maßnahmen sind „unified use of force rules“ vorgeschlagen worden. Dies überzeugt wegen der dem geltenden Recht zu entnehmenden Wertungsunterschiede nicht. Neben unterschiedlichen Regeln für Einsatzmittel ist der „Spezialität“ des humanitären Völkerrechts gegenüber dem allgemeinen Menschenrechtsschutz nach wie vor Rechnung zu tragen. Unterhalb der Schwelle bewaffneter Konflikte kommt den unterschiedlichen Ermächtigungsgrundlagen für militärisches und polizeiliches Handeln zentrale Bedeutung zu. Vergleichbare Regelungsansätze und Auslegungsgrundsätze (Verhältnismäßigkeit und Effektivität) lassen Raum für normative Synergien.

6. Soweit militärische und polizeiliche Maßnahmen unterhalb der Schwelle bewaffneter Konflikte an völkerrechtlich gewährleisteten Menschenrechten zu messen sind, stellt sich die Frage nach der „richtigen“ Ermächtigungsgrundlage für Menschenrechtseingriffe. Beschlüsse des Sicherheitsrats, völkerrechtliche Verträge oder Völkergewohnheitsrecht sollten nur in eng begrenzten Ausnahmefällen als Ermächtigungsgrundlage herangezogen werden. Ihnen dürfte regelmäßig das erforderliche Maß an Bestimmtheit fehlen, um Eingriffe für die betroffenen Individuen vorhersehbar zu machen. Innerstaatliche Ermächtigungsgrundlagen für polizeiliche Maßnahmen im Rahmen von Friedensoperationen sind daher dringend zu empfehlen.

7. In Ermangelung klarer Abgrenzungskriterien zwischen militärischem und polizeilichem Handeln müssen sich Rechtspraxis und Politik mit einer Orientierung am Schwerpunkt der jeweiligen Maßnahme behelfen. Eine völkerrechtliche Klarstellung ist wenig aussichtsreich. Demgegenüber bietet sich eine maßstabbildende politische Klarstellung (Polizeidoktrin für Friedenssicherungsmaßnahmen) neben der von der Völkerrechtswissenschaft zu leistenden Analyse an.

Summary

*Armed forces and peacekeeping abroad:
between military and police operations*

by Prof. Dr. Thilo Marauhn, Gießen

1. “Traditional” peacekeeping operations can be considered as military operations. This applies to first generation peacekeeping. Police units integrated into second generation peacekeeping can be characterized as non-military or civilian. The development of robust and executive peacekeeping (as a third and fourth generation) blurs the distinction between military and police operations. Armed forces may fill in the so-called deployment and enforcement gaps in international police operations by performing police operation themselves. Gendarmerie is sometimes deployed in these situations.
2. The international community has reacted to new forms of conflict by extending the scope of UN Security Council action and by reforming Chapter VII-based sanctions. This is reflected in counter-terrorist operations as well as combating other phenomena (such as drug proliferation and piracy). These measures are increasingly addressed against non-state actors and individuals. This also blurs the distinction between military and police operations.
3. In international humanitarian law, it is possible to distinguish the substance of police and military activities in situations of international armed conflict while accepting a formal definition of armed forces. However, the distinction between police and military measures tends to get blurred during non-international armed conflicts. Typically, operations can only be classified on a case-by-case basis. This gives rise to problems in so-called new conflicts.
4. With regard to peacekeeping, the legal basis for the operations in Kosovo and Afghanistan provides some criteria for distinguishing police and military measures. The authorization of military (KFOR) and police (UNMIK) operations in Kosovo and of military (ISAF) and police (EUPOL) operations in Afghanistan largely relies upon differences in substance, less upon formal and institutional distinctions. Recently, however, these categorizations seem to have been given up in favour of general clauses authorizing the establishment of a “secure environment”.
5. In light of distinctions between police and military operations, so-called “unified use of force rules” have been recommended. This is not satisfactory because human rights law and international humanitarian law are separate bodies of law, with each of them pursuing a different object and purpose. It is advisable to rely upon character of international humanitarian law as *lex specialis* even though both bodies of law enjoy some similarities (such as issues of proportionality, effectiveness, etc.) which allow for interpretative synergies.
6. Any interference with human rights necessitates a proper legal basis. The requirements of human rights law for such a basis in situations below the threshold of an armed conflict are not totally clear. A decision of the UN Security Council as well as an authorization by treaty or customary international law may only meet human rights standards in exceptional situations. They normally lack legal certainty and foreseeability.

It is strongly recommended to rely upon appropriate and adequate national legislation if armed forces perform police operations abroad.

7. Given the difficulties in distinguishing police and military operations, a lot will depend on developing adequate practice. Thus, the operational doctrine for international police operations should be improved and refined since it is not likely that states will agree on a legally binding document to this end.

Diskussion

zu den Referaten König und Marauhn

Thürer: Ich habe versucht, die Beiträge einigermaßen zu sortieren – das ist ein Ding der totalen Unmöglichkeit! Es geht nicht. Bei der Staatsrechtslehrervereinigung war es früher so, dass man ein Hierarchieprinzip eingeschaltet hat – das funktioniert aber nicht so gut bei der Gesellschaft für Völkerrecht. Zunächst bitte Herr Klein.

Klein: Wir haben zwei wunderbare Referate gehört. Ich möchte mich vor allem an Frau König wenden, aber ich habe auch eine kleine Frage an Herrn Marauhn. Wenn man früher der Piraten habhaft werden konnte, wurden sie als *hostes humani generis* an die Rahe gehängt. Es ist klar, dass das heute nicht mehr geht, und das ist auch richtig so. Als Menschenrechtler kann ich auch kaum eine andere Meinung vertreten, und deswegen bin ich mit Ihrer These 20, Frau König, sehr einverstanden. Nur: Wenn Deutschland zur Pflicht gemacht wird, die effektive Überwachung der Einhaltung der Menschenrechte vor Ort sicherzustellen, dann, würde ich sagen, geht es nicht nur um die Sicherstellung des *fair trial*, sondern man sollte sich auch überlegen, ob nicht auch die Pflicht besteht, darauf hinzuwirken, dass dann wirklich nicht nur ein *fair trial*, sondern überhaupt ein *trial* stattfindet. Das mag in Kenia vielleicht der Fall sein, in anderen Ländern, bei entsprechenden Situationen, dürfte das nicht so klar sein.

Meine Hauptfrage ist aber die folgende: Ich glaube, Sie haben völlig zu Recht den Artikel 104 Abs. 3 GG – These 14 – situationsentsprechend modifizierend ausgelegt. Mich wundert nicht dieses Ergebnis, sondern dass Sie nicht mit derselben Umsicht – und wie ich meine Situationsangemessenheit – auf das Selbstverteidigungsrecht eingegangen sind. Hier sind Sie im Grunde bei dem Stand von 1945 stehen geblieben, die Jahrhunderte alte Webster-und-Caroline-Formel bemühend, und sind eigentlich, wie ich meine, doch vielleicht ein bisschen zu wenig auf die neuen Situationen, die sich seit 1945 und vor allem in der gegenwärtigen Zeit ergeben haben, eingegangen. Ich meine, wir sind alle in gewisser Weise durch das geschockt, was in der Bush-Regierung – jedenfalls teilweise – geschehen ist. Aber ich meine, man muss auch nicht das Kind mit dem Bade ausschütten. Wir müssen schon zugestehen, dass sich hier etwas Neues ereignet hat, und darauf muss auch das Völkerrecht eine Antwort finden. Das Völkerrecht kann hier weder einfach aufhören noch in zementierter Weise bestehen bleiben. Ich meine, das muss man sehen und bedenken.

Eine letzte Frage an Herrn Marauhn: Herr Marauhn, zur Abgrenzung Polizeirecht/Militär. Wäre bei uns die gezielte Tötung der Piraten möglich zur Befreiung des Kapitäns, des amerikanischen Kapitäns? „Gezielter Todesschuss“ ist eigentlich eine polizeiliche Aufgabe – dürfte das bei uns die Bundeswehr außerhalb eines bewaffneten Konflikts?

Paulus: Frau König, ich stimme Ihnen in fast allem zu, außer in zwei Punkten. Erstens: Ich halte es doch für sehr problematisch, dass, wenn die Europäische Union schon auftritt wie ein Völkerrechtssubjekt und von außen empfunden wird als Völkerrechtssubjekt, sie sich wegen ihrer internen Schwierigkeiten dann ihrer Verantwortlichkeit entziehen können soll. Das scheint mir auch nicht gut vertretbar zu sein.

Der zweite Punkt wäre eine Frage: Wie ist eigentlich der Zusammenhang zwischen Piraterie- und Terrorismusbekämpfung zu sehen? Piraterie gibt es schon sehr lange, deswegen ist die Regelung auch etabliert, Terrorismusbekämpfung ist – auch wenn es Terroristen schon sehr lange gibt – doch ein neueres Phänomen. Kann man teilweise die Regeln der Pirateriebekämpfung auch auf die Terroristenbekämpfung anwenden? Oder sehen Sie die Unterschiede zwischen den Zwecken – das eine ist ein privater Zweck, das andere ist ein öffentlicher Zweck – als so wichtig und gravierend an, dass Analogieschlüsse da ausgeschlossen sind?

Zu Herrn Marauhn: Das ist ja alles sehr schön und sehr eindrucksvoll gewesen mit dem Spiegelbild. Aber ich habe so ein bisschen den Eindruck bekommen, als gebe es eine klare Regelung auf den beiden Seiten, Polizeirecht hier und Militär dort, beim Militär das humanitäre Völkerrecht und bei der Polizei eben internes Recht und Menschenrechte. Aber so einfach ist das nicht. Wir haben die Anwendbarkeitsvoraussetzung des humanitären Völkerrechts, die in Sachen Kosovo für die NATO sicherlich erfüllt waren. Aber als die Operation dann endete, war auf die UN-Administration, technisch gesehen, das humanitäre Völkerrecht überhaupt nicht anwendbar; auch nicht auf die militärischen Komponenten.

Die nächste Frage wäre dann, ob man mit einem Analogieschluss weiterkommt.

Auf der anderen Seite sind die Menschenrechte natürlich für alle Komponenten anwendbar, also für die militärische und die polizeiliche gleichermaßen. Es scheint mir hier die rechtliche Situation und die Frage, welche Regeln überhaupt anwendbar sind, sehr komplex zu sein und eigentlich sehr schnell in den Bereich von Analogien zu führen. Und wie das dann zum Beispiel mit der Anwendung von Verhältnismäßigkeitsmaßstäben ist, da liegen dann, glaube ich, doch eine ganze Menge von juristischen Hunden begraben, die man natürlich sicherlich in 20 Minuten nicht alle lösen kann. Aber trotzdem hätte ich da gern noch etwas dazu gehört. Vielen Dank.

Türk: Ich möchte mich kurz auf das ausgezeichnete und sehr abgerundete Referat von Frau Prof. König beziehen. Ich würde den Artikel 100 des Seerechtsübereinkommens, der eine Verpflichtung der Staaten zur Zusammenarbeit bei der Bekämpfung der Piraterie vorsieht, etwas stärker betonen. Es geht hier nicht nur um Lust und Laune und das freie Ermessen der Staaten, ob sie Piraten bekämpfen; sondern sie sind eine Verpflichtung eingegangen, und alle folgenden Bestimmungen des Seerechtsübereinkommens, die sich auf Piraterie beziehen – also nach Artikel 100 –, sind wohl im Lichte dieser grundsätzlichen Verpflichtung zu interpretieren. Die Verfolgung von Piraten ist sicherlich in erster Linie eine nationalstaatliche Angelegenheit. Ob die Europäer aber gut beraten wären, wenn sie Piraten hier aburteilten, sei dahingestellt. Man würde doch diese Leute nie wieder los werden, im Gegenteil, durch den Familiennachzug kämen vermutlich ganze Clans von Piraten nach Europa. Es ist daher folgende Frage aufgeworfen worden: Sollte man ein neues internationales Gericht entweder auf regionaler oder auf weltweiter Ebene schaffen. Ich glaube nicht, dass in Zeiten wie diesen, in Zeiten der Wirtschaftskrise, die Schaffung neuer internationaler Organisationen auf sehr große Gegenliebe stoßen wird. Somit erhebt sich die Frage: Sollte man nicht ein bestehendes Gericht heranziehen? In Bezug auf den Internationalen Strafgerichtshof wird jedoch argumentiert, dass man gewöhnliche Kriminalität nicht auf eine Stufe mit Verbrechen wie Völkermord und dergleichen stellen sollte. Ich glaube daher, dass es auch dagegen

Widerstände geben dürfte. Blicke als weitere Möglichkeit der Internationale Seegerichtshof, der allerdings hierfür keine Kompetenz hat. Man müsste vielmehr dessen Zuständigkeit durch ein Zusatzabkommen zum Seerechtsübereinkommen erweitern, was aber Jahre in Anspruch nehmen würde. Ich halte dies deshalb auch nicht für eine realistische Alternative. Blicke als letzte Möglichkeit eine Resolution des Sicherheitsrats nach Kapitel VII der Charta. Ob es dazu kommen wird, erscheint mir aber ebenfalls sehr fraglich. Denn wenn die Staaten die Maßnahmen zur Bekämpfung der Piraterie intensivieren, ist diese Diskussion vielleicht in einigen Jahren schon müßig. Danke.

Hoffmeister: Frau König, ich habe zwei Nachfragen zu Ihren Thesen 12 bis 14. Zunächst zur These 12. Dort sagen Sie, die EU – soweit sie im Rahmen der GASP handele – sei ein System kollektiver Sicherheit. Es entspreche der Leitentscheidung nach Artikel 23 GG, dass Deutschland an der Operation Atalanta mitwirke. Dem stimme ich zu, frage mich aber, warum Sie dafür den Rückgriff auf Artikel 24 Abs. 2 GG brauchen. Reicht es nicht, zu sagen, Deutschland habe bereits durch die Ratifikation des Nizza-Vertrages und die entsprechenden Ermächtigungen des Rates, militärische Aktionen auf der Grundlage von Artikel 14 EUV zu beschließen, die verfassungsrechtliche Ermächtigung geschaffen? Warum der Rückgriff auf Artikel 24 Abs. 2 GG, wenn man die Ermächtigung auch direkt auf Artikel 23 Abs. 1 GG stützen könnte?

Zweite Nachfrage zu Ihren Thesen 13 bis 14. Sie haben dargelegt, dass es sich bei der Ingewahrsamnahme von Piraten im Rahmen der Operation Atalanta um die Ausübung deutscher Hoheitsgewalt handele und deswegen auch deutsche Grundrechte zur Anwendung kämen. Sie begründen dies unter anderem damit, dass die EU keine Rechtspersönlichkeit habe, weswegen ihr derartige Handlungen auch nicht zugerechnet werden könnten. Hier teile ich die Skepsis von Herrn Paulus: Die These von der fehlenden Völkerrechtspersönlichkeit der EU entspricht nicht mehr der gängigen Praxis. Die EU hat seit 2001 über 70 völkerrechtliche Verträge im zweiten Pfeiler geschlossen. Auch das zitierte Abkommen mit Kenia hat der Rat im Namen der EU auf der Grundlage von Artikel 24 EUV geschlossen. Insofern kann der Hinweis auf die angeblich fehlende Rechtspersönlichkeit der EU kein Argument sein. Viel eher scheint es mir darauf anzukommen, wie weit die EU hier Kontrolle über die Operation ausübt. Hat sie nur *operational control* oder auch *command* über Handlungen der deutschen Marine? Das scheint mir der entscheidende Gesichtspunkt zu sein, und insofern würde ich Sie bitten, darauf noch mal einzugehen. Selbst wenn man derartige Handlungen der EU zurechnete, gäbe es im Übrigen keine Menschenrechtslücke. Denn nach Artikel 6 Abs. 2 EUV wäre auch die EU verpflichtet, die EMRK einzuhalten. In dem Zusammenhang darf ich darauf hinweisen, dass der EGMR bereits im Juli 2008 in der wichtigen Entscheidung *Medvedyev gegen Frankreich* (Beschwerde No. 3394/03) festgestellt hat, dass Artikel 5 Abs. 3 EMRK modifizierend auszulegen ist, weil auf Hoher See natürlich die unverzügliche Vorführung eines gefangenen Piraten vor einen Richter nicht möglich ist. Allerdings muss dies nach Rückkunft in den Heimathafen geschehen. An diese Garantie wäre selbstverständlich auch die EU gebunden. Vielen Dank.

Wolfsum: Auch ich bedanke mich für zwei ganz exzellente Referate, und ich habe zwei Bemerkungen zu Frau König und zu Herrn Marauhn.

Frau König, die These 10 erscheint mir problematisch. Artikel 100 des Seerechtsübereinkommens spricht von „*states shall cooperate*“, es handelt sich also um eine verpflichten-

de Formulierung, „*in the suppression of piracy*“. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch Artikel 105, der hier im Zentrum steht, auszulegen. Ob man hinsichtlich von Artikel 105 von einem sehr eingeschränkten Ermessen, einer – wenn wir in der deutschen Terminologie blieben – Ermessensschumpfung spricht, darüber kann man diskutieren. Aber der Artikel 100 müsste mit berücksichtigt werden, und es besteht keine Möglichkeit, sich der Zusammenarbeit bei der Bekämpfung der Piraterie so ohne Weiteres entziehen zu können.

Zusätzlich zu dem, was Herr Türk gesagt hat, möchte ich auf den nicht-operativen Teil der Sicherheitsratsresolution 1851 verweisen, in dem gesagt wird, sehr ausdrücklich und sehr direkt, dass die Freilassung gefangen genommener Piraten, ohne sie zu verfolgen, ein Verstoß gegen die SUA-Konvention ist, auf die ja in den Thesen vorher verwiesen wird. Und insofern besteht ein Ineinandergreifen der Konvention zur Bekämpfung des Terrorismus auf See (SUA) mit der Bekämpfung der Piraterie.

Ein zweiter Punkt bezieht sich auf These 5, nämlich die Frage, inwieweit der Kapitän eine Inspektion zulassen kann. Das Flaggenrecht ist nicht nur ein Recht zum Schutze des Kapitäns oder eines einzelnen Schiffes, sondern fließt aus der Souveränität der Flaggenstaaten. Deswegen bin ich nicht der Meinung, dass man die Kompetenzen des Kapitäns überdehnen darf. Dies nur als vorsichtige Anmerkung in diesem Punkt.

Herr Maruhn, zu Ihrem Referat hätte ich eine ganz wesentliche Frage: Wie gehen die deutschen Bundeswehreinheiten in Afghanistan rechtlich mit Personen um, die sie festnehmen? Welcher rechtliche Handlungsrahmen besteht für sie? – Ich stimme Ihnen völlig zu, dass das humanitäre Völkerrecht nicht anwendbar ist. Aber wir haben nun einmal – das haben Sie ja selber gesagt – aus der deutschen Rechtstradition das Problem, dass die deutschen Militäreinheiten Polizeirecht nicht ohne Weiteres anwenden können; ich drücke mich hier vorsichtig aus. Welchen Weg würden Sie ihnen weisen, wie sie mit Festgenommenen umgehen können oder sollten? Dasselbe Problem stellt sich für den Kapitän eines deutschen Kriegsschiffes, wenn er Piraten festsetzt. Auch hier werden praktisch polizeiliche Befugnisse wahrgenommen. Es fehlt nicht an völkerrechtlichen, sondern nationalrechtlichen Normen. Vielen Dank.

Maruhn: Zunächst möchte ich Herrn Klein antworten. Es geht um die Frage nach einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage für den so genannten finalen Rettungsschuss. Auf landesrechtlicher Ebene sind die jeweils einschlägigen Polizeigesetze aus verfassungsrechtlichen Gründen näher spezifiziert worden. Auf Bundesebene ist das Gesetz über die Ausübung des unmittelbaren Zwangs durch Soldaten der Bundeswehr nicht im Ausland anwendbar. Dann stellt sich die Frage, ob sich aus einem Mandat des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage ergeben kann. Das hängt meines Erachtens von der Formulierung und von der Auslegung des Mandats ab. Die Debatte hierüber erinnert an die deutsche Debatte über den finalen Rettungsschuss vor Einführung spezieller Ermächtigungsgrundlagen.

Auf die Frage von Herrn Wolfrum nach dem anwendbaren Recht für die Bundeswehreinheiten in Afghanistan möchte ich antworten, dass unterhalb der Schwelle eines bewaffneten Konflikts menschenrechtliche Gewährleistungen greifen, in die aufgrund – wenn auch nur rudimentärer – polizeilicher Ermächtigungsgrundlagen unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingegriffen werden darf.

Im Hinblick auf die Frage von Herrn Paulus möchte ich klarstellen, dass ich nicht die Auffassung vertrete, dass immer dann, wenn Militär handelt, humanitäres Völkerrecht

zur Anwendung kommt. Die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts hängt davon ab, ob ein bewaffneter Konflikt vorliegt, nicht davon, ob militärische Maßnahmen ergriffen werden. Allerdings beinhaltet Resolution 1244 eine Ermächtigung an die militärischen Einheiten, auch andere als polizeiliche Maßnahmen zu ergreifen. Die in der Praxis schwierige Frage ist, wer in einer konkreten Situation in der Lage ist, das Vorliegen der Anwendungsvoraussetzungen des humanitären Völkerrechts festzustellen. Diese Grauzone sollte im Interesse der handelnden Soldaten jedenfalls so weit geschlossen werden, dass die Politik dafür klare Maßstäbe formuliert. Soweit die Resolution also auch zu Maßnahmen ermächtigt, die Handlungen in einem bewaffneten Konflikt darstellen, stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts.

König: Ich werde einmal anfangen mit Herrn Klein. Völlig richtig: Es besteht eine Pflicht, ein *fair trial* durchzuführen. Dazu haben sich die Kenianer verpflichtet, und ich denke, dass das *Monitoring* in den anstehenden Verfahren jetzt so funktionieren wird, dass ein rechtsstaatliches Verfahren durchgeführt wird. Aber, wie gesagt, das ist eine auf der Grundlage des Übergabeabkommens basierende Einschätzung, und wir müssen sehen, ob das durchgehalten wird. Ansonsten werden wir natürlich aus innenpolitischer Sicht noch größere Schwierigkeiten bekommen, weil wir mutmaßliche Piraten zukünftig nicht mehr überstellen können.

Zum Selbstverteidigungsrecht: Es tut ein bisschen weh, der Gestrigkeit geziehen zu werden. Ich würde nicht sagen, dass ich mit meiner Auffassung vor 1945 stehen geblieben bin, sondern ich würde meinen, dass ich einfach an den Beschränkungen des Selbstverteidigungsrechts festhalten möchte, weil Ziel und Zweck des Selbstverteidigungsrechts eben die Begrenzung unilateraler oder kollektiver Gewalt ist, die nicht vom Sicherheitsrat autorisiert worden ist. Ich habe ja schon gesagt: Es bedarf einer Anpassung dieses Rechts, wenn ein bewaffneter Angriff eben auch durch Private begangen werden kann. Es bereitet mir allerdings Schwierigkeiten zu akzeptieren, dass dieses Selbstverteidigungsrecht oder die Berufung darauf jahrelang andauern kann, bis al-Qaida völlig oder weitestgehend bekämpft worden ist. Ich spreche auch nicht über die Situation in Afghanistan selbst, sondern es ging mir hier um die Einsätze auf See, und da habe ich eben doch Zweifel, ob man Interdiktionen ohne Einverständnis des Flaggenstaats jahrelang mit der Berufung auf das Selbstverteidigungsrecht begründen kann.

Dann zu Herrn Paulus: Ich halte daran fest, dass ich mit Blick auf die Europäische Union kein Zurechnungsobjekt sehe. Die Europäische Union ist eben – auch wenn wir gerne sähen, dass es anders wäre – noch keine internationale Organisation, und insofern glaube ich nicht, dass man ihr Menschenrechtsverletzungen zurechnen könnte. Herr Hoffmeister hat eine ähnliche Frage gestellt: Die EU schließt zwar die Verträge nach Artikel 24 EU-Vertrag ab, aber nach ganz überwiegender Auffassung schließt sie sie für die EU-Mitgliedstaaten ab. Denn wir befinden uns hier im intergouvernementalen Bereich, und die EU selbst wird nicht Vertragspartei. Allerdings binden diese Verträge auch die Organe der EU.

Zum Zusammenhang Piraterie/Terrorbekämpfung: Nach den Rechtsgrundlagen, auf denen wir handeln, muss zwischen beiden Phänomenen unterschieden werden, und ich denke auch, dass diese Unterscheidung sehr wesentlich ist. Die Pirateriebekämpfung hat sich als Rechtsinstitut über Jahrhunderte gewohnheitsrechtlich herausgebildet, und es geht immer um strafbare Handlungen zu privaten Zwecken, also – wenn Sie so wollen

– um Feld-, Wald- und Wiesenkriminalität; während die Terrorbekämpfung eine andere Zielrichtung hat und auf anderen Grundlagen beruht. Und deswegen meine ich, dass man die Vorschriften zur Piraterie nicht auf die Terrorbekämpfung anwenden und folglich Interdiktionen ohne oder gegen den Willen des Flaggenstaats nicht auf diese Vorschriften stützen kann.

Nun zu Herrn Türk und Herrn Wolfrum: Sie haben mir Artikel 100 des Seerechtsübereinkommens entgegengehalten. – Ja, den habe ich in meinem Vortrag nicht erwähnt; ich setze mich aber in der schriftlichen Fassung mit ihm auseinander. Ich sehe, dass es eine Verpflichtung zur Zusammenarbeit bei der Bekämpfung der Piraterie gibt. Allerdings meine ich, dass diese Verpflichtung so allgemein gehalten ist, dass man daraus nicht ableiten kann, dass jeder Staat Piraten „jagen“, also festsetzen, und dann vor seine Gerichte stellen muss. Ich denke, so viel kann man aus Artikel 100 des Seerechtsübereinkommens nicht herleiten, und auch nicht aus den Sicherheitsratsresolutionen.

Dass die Staaten nicht völlig untätig bleiben können, das konzipiere ich, das sehe ich auch so. So werden zum Beispiel auch Küstenstaaten durch Artikel 100 verpflichtet, in ihrem Küstenmeer – wenn sie denn dazu in der Lage sind – dafür zu sorgen, dass keine Akte der Piraterie von ihrem Territorium aus und in ihrem Küstenmeer begangen werden. Hier haben wir bei Somalia ja gerade das Problem, dass Somalia ein *failed state* und damit nicht in der Lage ist, diese Pflicht zu erfüllen. Aber ich denke, dass man eine Verpflichtung zur Ergreifung und Bestrafung von Piraten nicht aus Artikel 100 herleiten kann.

Anders kann es sein, wenn es sich um Vertragsstaaten der SUA-Konvention handelt, denn die müssen, wenn sie selbst nicht bestrafen wollen, zumindest ausliefern an Staaten, die hierzu willens und in der Lage sind. In dieser Beziehung muss man differenzieren, das ist richtig.

Und dann die gute Frage: Brauchen wir ein neues Gericht? Darüber wird zurzeit viel diskutiert. Ich sehe das genau so wie Herr Türk, ich bin äußerst skeptisch. Ich bin nicht davon überzeugt, dass wir die Probleme loswerden, indem wir ein weiteres internationales Gericht errichten oder aber den Seegerichtshof, der eine ganz andere Zielsetzung und ganz andere Streitigkeiten zu entscheiden hat, mit der Durchführung der Strafverfahren beauftragen. Und zwar haben Sie die Gründe eigentlich schon genannt: Das müsste man entweder durch eine Änderung des Seerechtsübereinkommens erreichen oder durch eine Sicherheitsratsresolution, mit der man ein regionales oder internationales neues Gericht errichtet. Dafür sehe ich im Augenblick keine Chancen. Wenn der Sicherheitsrat so etwas machen wollte wie die Errichtung des ICTY oder ICTR im Bereich der Pirateriebekämpfung – gut, dann könnte er das tun; im Moment sehe ich aber keine Anzeichen dafür. Ich glaube auch, dass die nationalen Gerichte in der Lage sind, mit dieser Kriminalität – es sind gewöhnliche Straftaten – fertig zu werden. Ich hoffe, dass ich damit alles beantwortet habe.

Peters: Ich möchte eine Bemerkung zu Thilo Marauhn machen, zur Abgrenzung zwischen militärischem oder Streitkräfteeinsatz und Polizeieinsatz. Ich stimme vollkommen zu, dass man nicht vom deutschen Trennungsprinzip ausgehen kann. Ich erinnere mich noch, als ich vor vielen Jahren in die Schweiz kam, war die erste offizielle Veranstaltung, zu der ich eingeladen war, eine des baselstädtischen Polizei- und Militärdepartements. Da lief mir intuitiv ein Schauer über den Rücken. Es war aber keine schlimme Veranstaltung.

Es ist sicher bemerkenswert dass wir überhaupt jetzt als Völkerrechtler im Völkerrecht darüber diskutieren, wie man Polizeirecht und Militärhandeln voneinander abgrenzt, weil ja die klassische Abgrenzung so verlief: die Polizei gehört zur nationalen Sphäre, das Militär zur internationalen. Dass wir jetzt im internationalen Bereich über Polizeirecht sprechen, zeigt, dass für uns das Verschwimmen der beiden Sphären schon normal geworden ist. Ich stimme auch zu, dass man die Abgrenzung nach materiell-rechtlichen Kriterien treffen sollte, und würde dafür plädieren, eine Vermutung zugunsten der polizeirechtlichen Qualifikation zu etablieren. Das heißt, im Zweifel sollte eine vom Sicherheitsrat mandatierte Aktion als eine polizeirechtliche angesehen werden.

Wenn ich noch etwas aus der Schweiz anführen darf: Die offizielle Begründung der Schweiz dafür, dass das internationale Neutralitätsrecht bei sicherheitsratsmandatierten Aktionen nicht gilt, ist, dass es sich um eine internationale Polizeiaktion handelt und nicht um einen zwischenstaatlichen bewaffneten Konflikt. Die Folge dieser vermutungsweise polizeirechtlichen Qualifikation wäre, dass wir uns im Normalzustand befinden und nicht im Ausnahmezustand, und dass die *rule of law* vollumfänglich gilt, dass also der gesamte Regelungskomplex Teil eines globalen Verwaltungsrechts ist.

Bothe: Frau König, vielleicht wird es Sie beruhigen, wenn ich Sie jetzt von der anderen Seite angreife als Herr Klein. Ich finde die Konzeption des Selbstverteidigungsrechts in seiner Beschränkung auf Reaktion gegen einen bewaffneten Angriff oder einen unmittelbar bevorstehenden bewaffneten Angriff nicht als gestrig, sondern als heutig und auch als zukünftig. Für meine Begriffe sind Sie nur etwas weit gegangen in der Konzession an die These, dass bewaffnete Angriffe auch von Privaten kommen können. Diese These nutzt doch überhaupt nichts. Man braucht doch einen Rechtstitel gegen den Staat, gegen den sich die Selbstverteidigungsmaßnahme dann richtet – und wo soll die herkommen, wenn der Angriff nicht diesem Staat zugerechnet werden kann?

Anwendbares Recht und Menschenrechte: Das ist ja wunderbar, dass die Menschenrechte immer anwendbar sind – aber was heißt das? Heißt das, dass alles erlaubt ist, was menschenrechtlich nicht verboten ist? Und was menschenrechtlich wirklich verboten ist, erfahren wir doch erst aus den Schranken der Menschenrechte, die wir irgendwo aus einer Rechtsordnung nehmen müssen. Folglich kommen wir auch bei der Anwendung der Menschenrechte um die Frage des anwendbaren Rechts im Übrigen schlicht und einfach nicht herum.

Welches ist das anwendbare Recht? Dazu ist völlig richtig von Ihnen beiden gesagt worden, es komme darauf an, um wessen Hoheitsakt es sich handelt. Fangen wir mit den deutschen Hoheitsakten an. Es sind ja zu einem nicht geringen Teil nationale Hoheitsakte, um die es hier geht.

Die Bekämpfung der Piraten: Haben wir eine Rechtsgrundlage, die eine Freiheitsbeschränkung, einen Eingriff rechtfertigt? Nein, wenn man nicht das Mandat oder Artikel 105 des Seerechtsübereinkommens als Rechtsgrundlage nimmt. Das mag man tun, das wird auch getan. Dann ist man aber begründungspflichtig für einen ganz wesentlichen Punkt, nämlich dafür, dass ein Mandat des Sicherheitsrats oder dass Artikel 105 des Seerechtsübereinkommens *self-executing* sind. Denn das ist die Voraussetzung ihrer unmittelbaren Anwendung im deutschen Recht und damit dafür, dass sie eine verfassungsmäßige Schranke deutscher Grundrechte sein können. Wenn die Bundesrepublik völkerrechtlich etwas tun darf, heißt das noch nicht, dass sie innerstaatlich dazu auch

ermächtigt ist. Manche mögen den Schluss ziehen, dass das doch so sein müsse – ich halte ihn für fragwürdig.

Der gezielte Todesschuss durch die Bundeswehr: Hier haben wir das Dilemma, dass es ihn nach deutschem Recht außerhalb des bewaffneten Konflikts nicht geben darf. Die Bundeswehr darf nur im bewaffneten Konflikt schießen, da darf sie das, da darf sie auch gezielt schießen, sie soll sogar zielen. Aber wenn es sich nicht um einen bewaffneten Konflikt handelt, dann eben nicht. Das bringt mich zu einer allgemeinen Kritik an der gegenwärtigen Situation. Das deutsche Recht steht im Grunde unter einem unerträglichen internationalen Druck. Der Hinweis darauf, dass etwa Verbündete nicht die gleichen Probleme haben, hilft ja nicht über das deutsche Verfassungsrecht hinweg. Es sollte darum intensiv darüber nachgedacht werden, ob wir hier nicht klare Rechtsgrundlagen schaffen, die natürlich etwas allgemein sein müssen, weil man nicht bei jedem neuen Einsatz ein neues Gesetz machen kann, und die Einsätze sind jeweils unterschiedlich.

Zu den Vereinten Nationen: Hier haben wir im Grunde das gleiche Problem der Rechtsgrundlage, nur noch viel schlimmer, weil wir nämlich eigentlich wegen der Bindung der Vereinten Nationen an Menschenrechte irgendetwas als Rechtsgrundlage brauchen, was es noch gar nicht gibt, nämlich Rechtsakte zur Durchführung von friedenserhaltenden Maßnahmen, die dem formellen Gesetz, das Einschränkung von Menschenrechten rechtfertigt, äquivalent sind. Das heißt, wir brauchen auch hier Einsatzregeln, die einen gewissen rechtlichen Status haben. Daran fehlt es. Es wäre im Grunde eine löbliche außenpolitische Initiative zur Förderung von Rechtsstaat in den internationalen Beziehungen, dafür zu sorgen, dass für solche Einsatzregeln mehr getan wird. Vielen Dank.

Benedek: Zum internationalen *peacekeeping* ist zu sagen, dass hier in den letzten Jahren ein Schwerpunkt auf „integrierte Missionen“ gelegt worden ist. Damit war eine Stärkung der zivilen Seite verbunden. Allerdings sollte es im Bereich der militärischen und zivilen Kooperation zu keiner Vermischung der Aufgaben kommen. Und da wollte ich nachfragen: Was bedeutet das für das Anliegen der Unterscheidung einerseits, und der Kooperation andererseits? Eine Abgrenzung könnte wie vorgeschlagen sich an den materiellen Aufgaben orientieren. In der Praxis zeigt sich allerdings, dass auch andere Gesichtspunkte wie eine weitere Handlungsbefugnis oder geringere Überprüfbarkeit eine Rolle spielen. Nehmen wir ein Beispiel, das im Kosovo passiert ist. Da hat ein Gericht – möglicherweise unter internationaler Beteiligung – einen Angeklagten mangels Beweisen freigelassen. Dann hat ihn die KFOR gleich darauf wieder eingesperrt, weil sie ihn als Sicherheitsrisiko betrachtet hat. Wie weit da menschenrechtliche Aspekte berücksichtigt worden sind, sei dahin gestellt. Oder wenn es um die Festnahmen für das Jugoslawien-Tribunal ging, hat die in Bosnien-Herzegowina in der Regel die SFOR gemacht, weil die Polizei als zu wenig ausgestattet oder kompetent betrachtet wurde. Und hier stellt sich eben die Frage dieser funktionalen Abgrenzung von Aufgaben, ob man mit der Verschiebung von den Gerichten oder der Polizei zum Militär nicht auch vermeiden will, die menschenrechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen.

Im Zusammenhang mit der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik möchte ich darauf hinweisen, dass unter der deutschen Präsidentschaft seinerzeit ein Handbuch über „Mainstreaming Human Rights and Gender in the European Security and Defense Policy“ entstanden ist. Das heißt also, im Rahmen der EU gibt es ein Bestreben, die

Verpflichtungen aus Sicherheitsratsresolutionen und Menschenrechtsdokumenten wie EMRK verstärkt in der Praxis vor Ort umzusetzen.

Bleibt aber immer noch die Frage der *remedies* bzw. der *accountability*. Vielleicht möchten Sie noch etwas dazu sagen. Ich sehe vor allem ein Problem, wenn Zwangsmaßnahmen ergriffen werden. Zwar gibt es eine Vielzahl von Lösungsmöglichkeiten, wie man sich dagegen wehren könnte oder wie Personen zur Verantwortung gezogen werden können, die an diesen Zwangsmaßnahmen beteiligt waren. Nur ist die Praxis sehr unbefriedigend. Das passiert sehr selten, meistens werden unter Berufung auf die Immunität die nationalen Gerichten vermieden. Eine *accountability* ist daher nur in beschränktem Maße vorhanden, und das führt wieder dazu, dass eine Entfremdung gegenüber der lokalen Bevölkerung stattfindet, die nicht sehen kann, dass eine solche Verantwortlichkeit bzw. die von der internationalen Gemeinschaft oft geforderte Rechtsstaatlichkeit in ihrer eigenen Praxis realisiert wird. Danke vielmals.

Ipsen: Zunächst eine Frage an Sie, Frau König: Ich unterstütze Sie sehr nachdrücklich in der Auffassung, dass das in Art. 51 UN-Charta kodifizierte unveräußerliche Recht der individuellen und kollektiven Selbstverteidigung auch bei Angriffen nichtstaatlicher Verbandseinheiten anwendbar sein kann. Aber wenn Sie dieser Auffassung zu Recht sind, dann stellt sich doch gleich die Frage, welche Dimension und welche temporäre Ausdehnung ein solcher bewaffneter Angriff haben muss. So handelt es sich bei der Piraterie vor Somalia ja nicht nur um eine „Nebenbeschäftigung“ örtlich tätiger Küstenfischer, sondern um eine auf fast 3000 km Küstenlänge aktive und sicher mit hochentwickelten technischen Detektionsmitteln ausgestattete Organisation, welche die Schifffahrt ernsthaft und kontinuierlich bedroht. Sind Angriffe, die eine solche Organisation durchführt, unter den Anwendungsbereich des Art. 51 zu subsumieren?

Sodann eine kleine Anmerkung zu Ihrem Referat, Herr Marauhn, und zwar zu einem Vorgang, den Sie nicht vortragen konnten, weil er nicht nachlesbar ist: Die Konstruktion des Art. 43 des ZP I geht auf eine Initiative der damaligen Verhandlungsdelegation der Bundesrepublik zurück, und zwar sowohl die Konstruktion des Abs. 1 als auch insbesondere die Gestaltung des Abs. 3. Hintergrund war, dass die deutsche Delegation auf Weisung richtigerweise eine völkerrechtliche Berücksichtigung des damals geltenden § 64 Bundesgrenzschutzgesetz erreichen musste, welcher bestimmte, dass der Bundesgrenzschutz im Fall eines bewaffneten Konflikts ein Teil der bewaffneten Macht der Bundesrepublik Deutschland wird und damit Kombattantenstatus erhält. So ist es zu folgendem Aufbau des Art. 43 ZP I gekommen: Abs. 1 legte die (insgesamt sechs) Bedingungen fest, die erfüllt sein müssen, wenn ein Staat irgendwelche bewaffneten Kräfte als seine Streitkräfte ausweist. Die verhandelnden Staaten waren sich einig, dass nur solche bewaffneten Kräfte „Streitkräfte“ im Sinne der Vorschrift sein können, die jenen Bedingungen entsprechen. Abs. 3 sollte sicherstellen, dass für die vielen Staaten, die ihre Polizeikräfte oder sonstigen bewaffneten Vollzugskräfte bereits im Frieden ganz oder teilweise „militarisieren“ – wie damals noch die Bundesrepublik im Falle der Landesverteidigung den BGS –, die Möglichkeit bestehen sollte, solchen Kräften den Kombattantenstatus zuzuordnen. Der Zweck war also nicht – das möchte ich sehr nachdrücklich betonen – darauf gerichtet, einen Polizeibegriff zu vermeiden, sondern das Bemühen, alle bewaffneten Vollzugsorgane, die ein Staat als Kombattanten einsetzen wollte, in die mit Abs. 3 statuierte Notifizierungspflicht einzuschließen. – Letzte Anmerkung:

Es geht im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt zumeist nicht um die alternative Anwendung von humanitärem Völkerrecht oder Polizeirecht, sondern um die kumulative, oft ineinander verschränkte Anwendung beider Rechtskategorien.

Hofmann (Gießen): Zunächst herzlichen Glückwunsch an beide Referenten für die informativen und sehr problemorientierten Vorträge. Meine Frage betrifft die Übernahmevereinbarung zwischen der Europäischen Union und Kenia. Mich interessiert das rechtliche Regime dieser Vereinbarung. Richtet sich diese Vereinbarung nach dem allgemeinen Wiener Vertragsrecht? Haben die Parteien die Möglichkeit der Kündigung dieser Vereinbarung? Wird in dieser Vereinbarung geregelt, welche Sanktionen bestehen, falls eine der Parteien diese Vereinbarung verletzt? Oder richten sich diese Folgen der Verletzung nach dem internationalen Verantwortlichkeitsrecht? Ich glaube, nur die Antwort auf diese Fragen kann die Frage nach der Stufe der Rechtsstaatlichkeit dieser Maßnahmen beantworten.

König: Es ist eine interessante Situation, von zwei Seiten angegriffen zu werden und mittendrin zu stehen, im Kreuzfeuer sozusagen. Dennoch halte ich an meiner Auffassung fest, die Herr Ipsen dankenswerterweise unterstützt, dass nach Artikel 51 der UN-Charta ein bewaffneter Angriff durch Private möglich ist, dass es also inzwischen eine gewandelte Auffassung hierzu gibt. Und ich glaube auch, dass man da schon differenzieren muss. Wenn man von meiner Auffassung ausgeht, muss man die betreffende Handlung der Privaten nicht zwangsläufig einem Staat zurechnen. Es kommt vielmehr auf das Verhalten desjenigen Staates an, auf dessen Territorium Terroristen ihre Rückzugsräume haben, nämlich ob dieser selbst hinreichend gegen die Terroristen vorgeht, oder aber ob er gar nichts tut; und in diesem Falle kann sich dann das Selbstverteidigungsrecht gegen die Terroristen *in* diesem Staat richten – allerdings natürlich unter strenger Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

Mir ist klar, dass diese Fragen noch nicht endgültig ausdiskutiert sind, dass man darüber sehr streiten kann und sicherlich auch noch weiter nachdenken muss. Ich bitte, es mir nachzusehen, dass ich das in meinem Vortrag, der sich nur auf den Einsatz der Seestreitkräfte bezog, nicht in aller Tiefe getan habe. Ich habe ja auch gesagt: Diese gewandelte Auffassung wirft eine Menge von Folgeproblemen auf, die ich mir hier nicht anmaße, alle befriedigend lösen zu können.

Dann zum anwendbaren Recht, zur Zurechnung der Hoheitsakte, zum Mandat und zu Artikel 105 des Seerechtsübereinkommens: – Ja, in der Tat, ich bin der Auffassung, dass Artikel 105 so klar formuliert ist – Artikel 105 und 107 –, dass diese beiden Vorschriften als gesetzliche Grundlage für ein Einschreiten des Militärs, also der Marine in diesem Falle, ausreichen. Ich weiß allerdings, dass das häufig anders gesehen wird, und darüber kann man natürlich auch trefflich streiten.

Welche Fragen sind noch offen? Dass auf Ebene der VN Einschränkungen der Menschenrechte klarer geregelt werden müssen, habe ich eher als Anregung verstanden. Der Meinung bin ich auch, ohne das jetzt weiter vertiefen zu wollen.

Herr Benedek, ich habe den Eindruck, dass Ihre Fragen überwiegend an Herrn Marauhn gegangen sind. Dass die Praxis unbefriedigend ist, was die *remedies* angeht, kann ich mir vorstellen. Letztlich denke ich aber, dass, wenn zum Beispiel auf deutschen Schiffen Gefangene misshandelt werden, dies auch vor deutschen Gerichten entsprechend abge-

urteilt werden würde. Aber dazu möchte ich hier nichts weiter sagen. Ansonsten, denke ich, wird Thilo Marauhn das übernehmen.

Welche temporäre Ausdehnung?, war eine Frage von Herrn Ipsen. – Ja, genau das ist im Grunde das Problem. Ich kann jetzt auch nicht sagen, das sind vier Jahre, fünf Jahre, sechs Jahre. Genau das ist eine Frage, über die wir Juristen noch weiter nachdenken müssen: Wie lange besteht wirklich eine akute Gefahrensituation nach einem Anschlag wie in New York und Washington, der ein bewaffneter Angriff war? Ich denke, dass man eine gewisse Zeit davon ausgehen kann, dass wir hier eine akute Gefahrenlage haben und dann eben auch bestimmte Maßnahmen über das Selbstverteidigungsrecht rechtfertigen können. Ich glaube aber nicht, dass man die, wie ich meine, routinemäßige Überprüfung von Handelsschiffen auf See bei bestimmten Verdachtsmomenten über sieben-einhalb Jahre lang mit dem Selbstverteidigungsrecht weiterhin rechtfertigen kann.

Dann zu Artikel 51, zum bewaffneten Angriff durch Private, und zu den somalischen Küstenfischern. Da bin ich nun dezidiert der Auffassung, dass hier Artikel 51 nicht anwendbar ist. Die Piraten, die wir jetzt vorfinden, sind Kriminelle, und deren Handlungsweise kann zu erheblichen Schäden führen, kommt aber einem bewaffneten Angriff im Sinne von Artikel 51 nicht gleich. Diese Schwelle ist nicht erreicht, so dass ich nicht davon ausgehe, dass die Maßnahmen gegen die Piraten auf Artikel 51 gestützt werden könnten. Das hielte ich auch nicht für richtig.

Dann die Übernahmevereinbarung, welches rechtliche Regime gilt? – Es ist in meinen Augen ein völkerrechtlicher Vertrag, der hier geschlossen worden ist. Und wenn eine Seite diesen Vertrag bricht, dann greift das normale Völkerrecht bzw. Völkergewohnheitsrecht hier ein und führt auch zu Fragen der Staatenverantwortlichkeit. Was die Kündigung der Vereinbarung betrifft: Ich habe es jetzt nicht genau im Kopf, ich müsste es nachschauen, habe das auf die Schnelle aber nicht machen können; vielleicht können wir nachher klären, ob eine Kündigungsmöglichkeit vorgesehen ist. Ich meine nicht, ich glaube, dass dieser Vertrag befristet ist. Aber das müsste ich noch einmal nachprüfen.

Marauhn: Frau Peters stimme ich hinsichtlich der polizei-(recht-)lichen Qualifikation zu. Auf die Bemerkung von Herrn Bothe möchte ich antworten, dass die Unterscheidung zwischen polizeilichen und anderen zivilen Komponenten gerade aus Gründen der Ermächtigungsgrundlage wichtig ist, die sich gegebenenfalls aus einer Resolution des Sicherheitsrats ergeben kann. Wenn dies nicht ausreicht, dann befinden sich beispielsweise deutsche Soldaten in einer teilweise unglücklichen Situation. Ich plädiere hier für klare Einsatzregeln, klare Ermächtigungsgrundlagen – und damit letztlich für ein Gesetz, das diese Art des Streitkräfteeinsatzes im Ausland regelt. Gegen integrierte Missionen ist grundsätzlich nichts einzuwenden, solange materiell-rechtlich unterschieden wird. Ich halte es für vertretbar, dass militärische Einheiten polizeiliche Aufgaben im Ausland wahrnehmen (die Wahrnehmung militärischer Aufgaben durch polizeiliche Kontingente dürfte schwieriger sein, aber auch das kann gegebenenfalls vorkommen). Entscheidend ist aus völkerrechtlicher Perspektive, dass anhand der Aufgaben differenziert wird. Und dann geht es eben nicht nur um die Frage, ob humanitäres Völkerrecht oder Menschenrechte anwendbar sind, sondern auch um die Frage, welche Ermächtigungsgrundlagen für das jeweilige Handeln erforderlich sind.

In der Praxis ist es ganz interessant, dass es zu Anfang gerade bei Festnahmen viele Probleme gab, weil Festnahmen durch KFOR nur erfolgten, wenn der kommandierende

Offizier das Mandat entsprechend auslegte. Unterschiedliche Kontingente haben das unterschiedlich gesehen, so dass sich zunächst keine einheitliche Praxis herausbilden konnte. Mittlerweile gibt es jedoch zahlreiche Absprachen zwischen ziviler und militärischer Komponente derartiger Friedensoperationen. Ich würde mir an dieser Stelle mehr Verrechtlichung wünschen, aber das bedarf sicherlich vertiefter Diskussionen mit Praktikern.

Zu den Verantwortlichkeitsfragen möchte ich nur bekräftigen, dass es hier leider ein Implementierungs- und Vollzugsdefizit gibt.

Herrn Ipsen möchte ich für die Hinweise auf Art. 43 ZP I und Art. 64 danken.

Mit der kumulativen Anwendung beider Standards habe ich gewisse Probleme; ich würde eher für ein gestuftes Verhältnis plädieren. Aber das kommt auf die konkrete Situation an.

Talmon: Vielen Dank für die aufschlussreichen Referate. Ich habe einige Fragen eher technischer Natur an Frau König. Herr Wolfrum hat bereits die Unterscheidung zwischen Einverständnis des Flaggenstaates und Einverständnis des Kapitäns angesprochen. In Ihrer These 5 stellen sie fest, dass die Praxis der meisten OEF-Teilnehmerstaaten im Falle des „Kriegs gegen den Terror“ gegen eine im Wandel begriffene Rechtsauffassung spricht, da die meisten Staaten vor dem Anbordgehen das Einverständnis des Flaggenstaates oder zumindest des Kapitäns herbeiführen. Die Staatenpraxis war und ist jedoch sehr uneinheitlich. Während die Vereinigten Staaten auf *master's consent* abstellen, setzt das Vereinigte Königreich für das Betreten fremder Schiffe das Einverständnis des Flaggenstaates voraus. Meine Frage ist nun: Was genau ist denn die ursprüngliche völkergewohnheitsrechtliche Rechtsauffassung, und hat der „Krieg gegen den Terror“ nicht vielleicht doch zu einem Wandel der Rechtsauffassung geführt?

Meine zweite Frage bezieht sich auf These 7 und Ihre Aussage, dass die Interdiktionsprinzipien der „Proliferation Security Initiative“ (PSI) im Einklang mit dem geltenden Völkerrecht stehen. Diese Prinzipien sehen jedoch in § 4(d) die Möglichkeit der Interdiktion in der Anschlusszone und im Küstenmeer vor. Zumindest in der Anschlusszone gelten aber dieselben Regeln über die Schifffahrtsfreiheit, die auch für die Hohe See Anwendung finden. Gibt es hier nicht ein völkerrechtliches Problem?

Meine letzte Frage bezieht sich auf Ihre These 10. Hier sprechen Sie die Sicherheitsratsresolutionen 1816 (2008) und 1851 (2008) als Rechtsgrundlage für Maßnahmen zur Bekämpfung der Piraterie in den somalischen Hoheitsgewässern und an Land an. Beide Resolutionen stellen jedoch ausdrücklich auf das Einverständnis der Regierung von Somalia ab. Meine Frage ist nun: Welchen Mehrwert haben diese beiden Resolutionen als Grundlage für ein Interdiktionsrecht im somalischen Küstenmeer oder für Maßnahmen in Somalia selbst? Warum brauchen wir diese Resolutionen, wenn doch die Regierung Somalias ihre Zustimmung zu diesen Maßnahmen gegeben hat? – Vielen Dank.

Jekewitz: Ich darf gleich an die Antwort von Frau Peters anknüpfen. Das Schlüsselwort von Herrn Marauhn ist die Grauzone, und diese Grauzone ist ihm zufolge durch das Zitat, auch die Bezugnahme auf die Resolution 1244 sowohl zeitlich wie institutionell begrenzt, beschränkt, eingeschränkt. Ich glaube, sie ist darüber hinaus auch habituell vorgeprägt, und zwar habituell insoweit, als natürlich jeder, der als Polizist in einen

anderen Staat entsandt wird, sein eigenes und damit unterschiedliches Polizeiaufgabenverständnis mit sich bringt. Das ist in Deutschland nicht nur so wegen unserer gerade wieder diskutierten verfassungsrechtlichen Abgrenzung zwischen Polizei und Bundeswehr, sondern auch als Ergebnis eines Entwicklungsprozesses innerhalb des eigenen Landes. Auch bei uns haben, als es die Bundeswehr schon gab, Polizisten bis in die 1960er Jahre hinein Militärdienstgrade getragen, und war die Polizei ausgerüstet mit Granatwerfern und Maschinengewehren. Jeder Polizist war noch am Karabiner ausgebildet worden, und es hat damals auch noch dessen Einsatz gegeben und das nicht nur zu Drohgebärden.

Dieses Selbstverständnis, dieses persönliche, auch institutionelle Selbstverständnis nehme ich natürlich mit, wenn ich in einen derartigen, auch mandatierten Einsatz hineingehe. Das heißt, den am eigenen nationalen Rechtsraum orientierten Polizeiaufgabenbegriff versuche ich überzustülpen in eine fremde Grauzone, auf die er von beiden Seiten nicht passt. Und da kommt das eigentliche Problem: Denn das gilt dann nicht nur für etwaige paramilitärische Kräfte, wie Sie sie mit den italienischen Carabinieri oder der französischen Gendarmerie Nationale beispielhaft benannt haben, und die wir nicht kennen – bei uns gibt es allenfalls die Bundespolizei als Nachfolger des im Grundgesetz immer noch unter dieser Bezeichnung fungierenden Bundesgrenzschutzes, die längst nicht mehr so organisiert ist und ganz andere Aufgaben hat –, sondern es gilt auch, wenn wirklich paramilitärische – wie bei den Amerikanern – Organisationen, die auf Vertragsbasis arbeiten und private Angestellte beschäftigen, in dieser Grauzone eingesetzt werden.

Hinzu kommt noch ein Drittes: Wenn ich deutsche oder andere nationale Polizei dorthin schicke, ist das natürlich keine Rechts- oder Amtshilfe im klassischen Sinne. Es geht damit – und da haben Sie vollkommen Recht – auch nicht nach nationalem Recht. Unser deutsches Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen ist nicht anwendbar, passt einfach dazu nicht, auch wenn es den Europäischen Haftbefehl unter missbilligendem Stirnrunzeln des Bundesverfassungsgerichts, inkorporiert hat. Meines Erachtens genügen aber auch nicht – wie Sie gesagt haben – noch so konkrete, durch die EU oder die OECD formulierte Auftragsbeschreibungen. Könnte es nicht richtig und besser sein, dass man überlegte, für diesen Bereich tatsächlich ein internationales Polizei- und Ordnungsaufgabenkonventionswerk zu schaffen, das von vornherein diese nationalen Selbst- bzw. Eigenverständnisse einbinden und eingrenzen würde und das orientiert wäre auch an einem gleichen Maß der Menschenrechte und von daher die gleichen Beschränkungen mitbrächte? Das wäre eine internationale Entsprechung zu den nationalen Polizeirechten, parallel zum Kriegsvölkerrecht und zum humanitären Völkerrecht, nur auf diese Ebene bezogen. Die Existenz einer derartigen Konvention machte es dann auch leichter, den Bogen wieder zurück ins nationale Recht zu schlagen und sie dort zu integrieren, etwa bei dem bereits erwähnten deutschen Gesetz über die internationale Rechtshilfe.

Zimmermann: Vielen Dank! Meine Frage schließt an die Bemerkung von Herrn Kollegen Bothe an. Ich will sie vielleicht etwas im Hinblick auf die Frage nach der gesetzlichen Eingriffsermächtigung für Grundrechtseingriffe konkretisieren. Ich will dies anhand eines konkreten Beispiels tun: Derzeit befindet sich ein Schiff mit fünf deutschen Geiseln in der Hand somalischer Piraten. Unterstellt, dieses Schiff befindet sich in somalischen Küstengewässern und nicht auf Hoher See: Sollten die Geiseln gewaltsam

durch die GSG 9 befreit werden, handelt die Bundespolizei auf der klaren einfach-gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage von § 6 in Verbindung mit § 8 Abs. 2 Bundespolizei-gesetz. Offenbar ist der einfache Gesetzgeber also davon ausgegangen, dass es für ein solches Handeln einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung bedarf. Diese Ermächtigung deckt aber nur eine Geiselbefreiung durch die Bundespolizei im Ausland.

Weiter unterstellt, die Fähigkeiten der GSG 9 reichen nicht aus, und die Befreiung wird in somalischen Küstengewässern durch das Kommando Spezialkräfte der Bundeswehr durchgeführt: Dann reicht die Ermächtigung über das SRÜ in Verbindung mit Artikel 59 GG nicht, weil es sich nicht um die Hohe See handelt, und es besteht jedenfalls aus diesem Grund auch keine Ermächtigung über Artikel 25 Grundgesetz, weil die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, also das Völkergewohnheitsrecht, nur die Pirateriebekämpfung auf Hoher See erfassen.

Deshalb zunächst die Frage an Doris König: Wo ist hier dann die deutsche einfach-gesetzliche Rechtsgrundlage für den Grundrechtseingriff zulasten der betroffenen Piraten zu sehen?

Ferner eine Parallelfrage für Thilo Marauhn betreffend die „Operation Libelle“ 1998 durch die Bundeswehr: Bekanntermaßen handelte Deutschland damals unilateral, also ohne Mandat des Sicherheitsrats und wegen Gefahr im Verzuge lag *ex ante* auch kein ermächtigender Beschluss des Deutschen Bundestages vor, sondern allein ein Beschluss der Bundesregierung. Angenommen, die Bundeswehr hat bei dieser Befreiungsaktion „Operation Libelle“ albanische Personen verletzt. Worin ist dann aus Deiner Sicht die gesetzliche Eingriffsermächtigung für diese Eingriffe in Grundrechte der betroffenen albanischen Staatsangehörigen bei der „Operation Libelle“ zu sehen?

Kotzur: Ich darf an zwei Punkte der Diskussion anknüpfen, die bereits mehrfach aufgeworfen wurden. Frau König hat – sehr interessant, wie ich finde – die EU als ein regionales System der kollektiven Sicherheit gewertet, ohne dass dieses regionale System notwendigerweise auch Völkerrechtspersönlichkeit bräuchte. Diese Einordnung mag der gängigen Einordnung der Europäischen Union als Verfassungsverbund nicht zuwiderlaufen, sondern mit ihr parallel verlaufen. Und hier stellt sich für mich die Frage, ob nicht vielleicht aus der Logik des Verfassungsverbundes heraus gedacht dann doch die Möglichkeit einer Verantwortungszurechnung auch an die Union gegeben wäre? Im vorliegenden Falle würde das sicherlich nichts daran ändern, dass die Bundesrepublik Deutschland weiterhin verantwortlich bleibt. Sie hat *effective control*, und man könnte allenthalben an so etwas wie eine doppelte Verantwortung denken.

Der zweite Aspekt: Sie haben meiner Ansicht nach sehr überzeugend dargelegt, dass bei den Piratenbekämpfungseinsätzen die Bundesrepublik Deutschland selbstverständlich an Grundrechte, an das deutsche Recht gebunden bleibt, weil sie deutsche Hoheitsgewalt ausübt. Für mich stellt sich dann die Folgefrage, die auch schon mehrfach in den frühen Diskussionsbeiträgen angedeutet worden ist, ob sich letztlich nicht über das strafrechtliche Legalitätsprinzip hinaus vielleicht doch so etwas entwickeln könnte wie eine Verpflichtung zur Strafverfolgung. Die Artikel 100 ff. der Seerechtskonvention hatten Sie schon in Ihrer Diskussionsbemerkung angesprochen. Vielleicht folgt aus diesen keine Verpflichtung, aber doch so etwas wie eine *responsibility to prosecute*, und vielleicht könnte diese *responsibility* dann zu einer *duty* erstarken, wenn sich die beteiligten Staaten auf Kooperation eingelassen haben, und diese Kooperation Folgen haben sollte.

Denn Ihre dritte Option, die festgemachten Piraten, wenn man sie weder zu Hause noch in einem Drittstaat vor Gericht stellen will, dann einfach an einem sicheren Ort wieder freizulassen, die wäre jedenfalls sicherlich unbefriedigend und würde auch in der Öffentlichkeit einmal mehr das effektive Regime des Völkerrechts infrage stellen. – Vielen Dank.

Oeter: Meine Frage knüpft im Grunde an die Fragen von Herrn Wolfrum und Herrn Bothe an und läuft mit anderer Blickrichtung auf den gleichen Punkt hinaus, den Andreas Zimmermann gerade eben aufgeworfen hatte: Wo liegen eigentlich die Befugnisnormen oder grundrechtsdogmatisch gesprochen: die Eingriffsermächtigungen für die Problemfälle, also vor allem etwaige Freiheitsentziehungen? Du hast in der ersten Runde etwas leichthändig zunächst auf die Menschenrechte verwiesen. Aber das hat ja Herr Bothe schon aufgeworfen: Die Menschenrechte ziehen eigentlich nur Schranken für Eingriffe, deren Ermächtigung im Prinzip in den Menschenrechten als vorausliegend gedacht wird. Du hast in der zweiten Runde dann auf die Mandate verwiesen. Das halte ich nun jedenfalls für problematisch. Die Mandate, die ja zunächst einmal Rechtfertigungstitel im Blick auf Art. 2 Abs. 4 UN-Charta sind, nun in einzelfallbezogene, im Grunde Polizeirecht ersetzende Eingriffsermächtigungen umzudeuten, ist rechtlich problematisch – dazu sind sie ja letztlich doch viel zu unterdeterminiert in ihren rechtlichen Maßstäben. Man wird da jedenfalls erhebliche Bauchschmerzen haben müssen. Und ich glaube, das Problem ist nicht nur ein Problem des polizeilichen Handelns der Streitkräfte im Auslandseinsatz, es ist auch ein Problem des militärischen Handelns. Denn militärisches Handeln im Kontext des humanitären Völkerrechts ist ja auch individualbezogenes Handeln unter Einsatz von hoheitlichen Befugnissen. Wir bewegen uns ja meist im Bereich des nicht-internationalen Konfliktes. Wenn ich etwa an Afghanistan denke, den für die Bundeswehr sicherlich dramatischsten Auslandseinsatz, so befinden wir uns ohne Zweifel im Bereich des nicht-internationalen Konfliktes. Auch das Regime des nicht-internationalen Konfliktes setzt im Grunde die Eingriffsermächtigungen für etwaige Beeinträchtigungen individueller Menschenrechte voraus und zieht menschenrechtsparallel eigentlich nur Schranken für das hoheitliche Handeln. Wenn man sich etwa den gemeinsamen Artikel 3 ansieht, der den Mindeststandard für etwaige Tötungen und Ingewahrsamnahmen aufständischer Kämpfer kodifiziert, dann ist offensichtlich, dass etwaige Freiheitsentziehungen nicht vom gemeinsamen Artikel 3 selbst legitimiert werden, deren rechtliche Legitimation vielmehr vorausgesetzt wird. Und das hat seine Logik, weil ja traditionell die Ermächtigung eine Ermächtigung des nationalen Sicherheitsrechts ist im nicht-internationalen Konflikt. Das heißt, wir werden im Grunde vom Völkerrecht an dem Punkt im Regen stehen gelassen. Jetzt könnte man natürlich analog zum Besatzungsrecht daran denken: Die Streitkräfte üben ja stellvertretend Hoheitsgewalt für den zuständigen territorialen Souverän aus, dann sind wir im Grunde in einer Art Amtshilfekonstruktion, also sie handeln im Rahmen des nationalen Rechts. Das kann man vielleicht tatsächlich so vertreten, aber letztlich – und da bin ich beim Plädoyer von Herrn Bothe – bleibt das Dilemma, dass – auch wenn man den Weg dieser Konstruktion geht – die konkret handelnden Soldaten im Regen stehen gelassen werden. Wir haben unter diesem Blickwinkel im Kern eine völlig defizitäre Rechtslage, die im Grunde für die Handelnden nicht wirklich handhabbar ist, ohne sich dauernd rechtliche Blößen zu geben.

Wasum-Rainer: Meine Anmerkung schließt sich unmittelbar an die Frage von Herrn Oeter an. Ich habe als Praktikerin bei Ihrem Vortrag gedacht, dass die Unterscheidung zwischen militärisch und polizeilich, so wie Sie es angelegt haben, vielleicht doch auf ein Scheinproblem zuläuft. Wir können diese Diskussion so vielleicht nur aus Deutschland heraus verstehen. Wenn wir diese Diskussion in der UNO führen würden, dann würden uns viele wohl nicht mehr verstehen. Für den Sicherheitsrat ist diese Unterscheidung gar kein Problem; auch völkerrechtlich stellt sie sich als Problem so nicht. Das Beispiel, das Sie gebracht haben, die Resolution 1244, ist nach meinem Eindruck sehr missverständlich. Ob das als militärisches oder polizeiliches Handeln nach unserem Verständnis zu qualifizieren ist, führt uns nicht weiter in der Frage der Befugnisse der Soldaten. Der Sicherheitsrat hat hier ein ganz klares Mandat gegeben, hat ganz klare Befugnisse gegeben, hat nicht gefragt, ob das polizeilich oder militärisch ist. Fest steht jedenfalls, dass der Einsatz im Rahmen von 1244 kein militärischer Einsatz im Sinne des humanitären Völkerrechts ist, d.h. kein bewaffneter Konflikt. Und deswegen scheint mir, zu sagen, hier liege eine Grauzone vor und ein Problem, und wir ließen die Soldaten im Regen stehen, nicht zutreffend. Es ist ganz klar, dass hier die Menschenrechte anwendbar sind, und es ist ganz klar, dass hier humanitäres Völkerrecht nicht anwendbar ist. Die Folgerung, militärisches Handeln liege vor, wenn wir das ganz klar unterschieden haben von polizeilichem Handeln, das ist, glaube ich, ein Fehlschluss.

Marauhn: Ich beginne mit der Bemerkung von Frau Wasum-Rainer. Lassen Sie mich noch einmal verdeutlichen, wo nach meiner Einschätzung die Grauzone liegt. Der Sicherheitsrat hat deutlich zwischen Militär und Polizei unterschieden, für beide Kategorien von Maßnahmen aber keine materiell-rechtliche Definition formuliert. Wenn Sie Abs. 9 und 12 der Resolution 1244 miteinander vergleichen, dann ist eben einmal von der *civilian component* die Rede und das andere Mal von der *military component*. Diese Unterscheidung ist keine organisationsrechtliche, sondern eine materiell-rechtliche; das habe ich versucht, näher darzulegen. Das Problem liegt nicht im Verhältnis zwischen den Abs. 9 und 12 der Resolution, sondern innerhalb von Abs. 9 der Resolution. Hier unterscheidet der Sicherheitsrat nicht danach, ob unter gewissen Voraussetzungen die Schwelle zum bewaffneten Konflikt überschritten werden kann. Resolution 1244 trifft darüber keine Aussage – wahrscheinlich kann sie das auch nicht, weil die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts von den faktischen Gegebenheiten abhängt. Und damit bleibt die Grauzone innerhalb von Abs. 9 der Resolution: Wenn die militärische Komponente einerseits polizeiliche Aufgaben wahrnimmt, andererseits aber auch in einen bewaffneten Konflikt „abrutschen“ kann, dann stellt sich eben die Frage, woher derjenige, der vor Ort die Entscheidungen zu treffen hat, weiß, in welcher Situation er sich befindet? Hier bleibt der Soldat auf sich gestellt.

Die Antworten auf einige weitere Fragen fasse ich ein bisschen zusammen. In der Tat liegt eines unserer akuten Probleme darin, dass wir uns lange über die Rechtsgrundlagen militärischer Intervention gestritten haben, aber nach wie vor über keine klaren Rechtsgrundlagen für (internationales) polizeiliches Handeln durch die Streitkräfte verfügen. Das DPKO hat erst vor wenigen Jahren begonnen, eine Doktrin für Polizeieinsätze in Friedensoperationen zu erarbeiten. Herrn Jekewitz möchte ich antworten, dass wir in der Tat Entwicklungen und Erfahrungen auf der Ebene der EU und der OSZE haben. Es wäre schön, wenn sich der Austausch mit den Vereinten Nationen hier vertiefen lassen würde, um sukzessive überzeugende Rechtsgrundlagen zu erarbeiten

und einen rechtlichen Rahmen zu entwickeln, der materiell hinreichend zwischen polizeilichen und militärischen Aufgaben differenziert.

Das würde dann auch – so viel zu Herrn Zimmermann – das Problem der Ermächtigungsgrundlage im Fall „Libelle“ vereinfachen. Zu Herrn Oeter: Dass mich eine Bezugnahme auf Gewohnheitsrecht oder völkerrechtliche Verträge als Ermächtigungsgrundlagen für polizeiliche Maßnahmen im Rahmen derartiger Einsätze nicht überzeugt, ist nur eine Seite der Medaille. Im Fall von Resolutionen des Sicherheitsrates können wir da zumindest von einer besser legitimierten Entscheidung sprechen.

Letztlich möchte ich mein Plädoyer für eine klarere Abgrenzung zwischen materiell militärischem und materiell polizeilichem Handeln noch einmal betonen. Vielleicht hätte sich das auch am ISAF/EUPOL-Beispiel noch besser verdeutlichen lassen können.

König: Ich werde aufgrund der Kürze der Zeit dem nicht mehr viel hinzufügen, was Thilo Marauhn zu den Eingriffsermächtigungen gesagt hat. Nur kurz zur Frage von Andreas Zimmermann: In der Tat ist es so, dass wir für einen Einsatz im Küstenmeer als Eingriffsermächtigung wohl nur das Mandat des Sicherheitsrates hätten. Und ob das für einen Einsatz der GSG 9 oder der KSK ausreicht – ich bezweifle das. Im Küstenmeer haben wir jedenfalls keine völkergewohnheitsrechtliche Rechtsgrundlage für einen Einsatz gegen Piraten, und damit hat die Ermächtigung durch den Sicherheitsrat auch keinen Eingang in die deutsche Rechtsordnung gefunden, so dass wir hier ein anderes Problem haben als auf der Hohen See. Ich denke, wir hätten in diesem Bereich auf völkerrechtlicher Grundlage keine Eingriffsermächtigung.

Dann zu Herrn Talmon: Ja, Einverständnis des Flaggenstaates und Einverständnis des Kapitäns – *mea culpa*, ich hatte das als Teil der Frage von Herrn Wolfrum nicht beantwortet. Mir ist klar, dass die Staatenpraxis uneinheitlich ist. Aber genau das, denke ich, kann man auch dafür anführen, dass wir hier noch keine geänderte Rechtsauffassung haben. Es gibt eben große Unstimmigkeiten darüber, ob das Einverständnis des Kapitäns ausreicht oder nicht. Und Herr Wolfrum hat richtigerweise gesagt: Beim Flaggenstaat geht es um Souveränitätsrechte – reicht es da aus, den Kapitän zu fragen? – Ich meine: Ja. Aber darüber kann man streiten, und ich weiß, dass darüber gestritten wird, nicht nur bei den Rechtsberatern des Auswärtigen Amtes.

Zur PSI: Ich habe mich ganz bewusst auf die Interdiktionen auf Hoher See beschränkt und die Frage, wie sie im Küstenmeer und in der Anschlusszone rechtlich zu bewerten sind, hier nicht weiter behandelt. Ich weiß, dass unendlich viel darüber geschrieben worden ist, ob das rechtmäßig ist oder nicht. Ich denke, dass für die Anschlusszone in diesem Fall die gleichen Regelungen gelten wie für die Hohe See.

Zu den Resolutionen 1816 und 1851 – wozu brauchen wir die überhaupt, wenn wir das Einverständnis Somalias haben? – Ihr Einwand ist richtig. Der Sicherheitsrat könnte so etwas auch mandatieren, wenn er denn politisch wollte, ohne das Einverständnis Somalias zu verlangen. Ich denke, das hat ganz überwiegend politische und auch verfahrensrechtliche Gründe, denn wir haben hier ein bestimmtes Verfahren, dem zufolge die Staaten, die mit Somalia zusammenarbeiten wollen, dies notifizieren müssen; und insofern ist dann auch ganz klar, welche Staaten in den Hoheitsgewässern und möglicherweise im Territorium Somalias tätig werden können. Sonst wäre es eine Ad-hoc-Entscheidung, und Ad-hoc-Entscheidungen sind schwierig herbeizuführen. Ich habe in der Zeitung gelesen, dass die Aktion nach der Freigabe des französischen Dreimasters „Le

Ponant“ – dass die französischen Soldaten an Land gegangen sind und die Piraten verfolgt haben – aufgrund eines telefonischen Einverständnisses einer somalischen Regierungsstelle erfolgt sein soll. Ich vermag mir nicht vorzustellen, wer da wie, wann, wo das Einverständnis gegeben hat. Insofern, denke ich, brauchen wir die Sicherheitsratsresolutionen, um ein geregeltes Verfahren sicherzustellen.

Zu Herrn Kotzurs Frage, ob der Verfassungsverbund etwas an meiner Auffassung ändert, dass die EU keine internationale Rechtspersönlichkeit besitzt und damit nicht als Zurechnungssubjekt taugt – ich weiß es nicht. Dazu kann ich jetzt so schnell nichts sagen. Möglicherweise kann man so wie er argumentieren. Ob sich die Möglichkeit zur Strafverfolgung zu einer Verpflichtung zur Strafverfolgung verdichtet – ich bin nicht der Auffassung, dass das ganz allgemein so ist.

Witschel: Vielen Dank an die Redner. Ganz kurz – Aktion „Libelle“. Damals lag die Zustimmung Albanien vor, das ist zumindest völkerrechtlich wichtig. Dank an Frau König für einen Vortrag, bei dem ich viel Übereinstimmung feststelle und für den ich auch als Praktiker dankbar bin. Meine Anmerkungen zu These 2 von Frau König: Sie sagen, zunehmende völkerrechtliche Zweifelhafteigkeit der Operation „Enduring Freedom“. Ich sehe für diese Zweifelhafteigkeit keine rechten Anhaltspunkte in der Staatenpraxis oder auch Rechtsprechung. Das Verfassungsgericht hat sich im AWACS-Urteil dazu nicht eingelassen, Staatenproteste liegen nicht vor. Ganz im Gegenteil wird jedenfalls im Afghanistan-Kontext bei jeder ISAF-Verlängerung durch den VN-Sicherheitsrat der Einsatz von OEF gelobt.

Zweiter Punkt, These 13, Operation Atalanta und die Anwendung des Grundgesetzes. Als Praktiker vielleicht ein Wort dazu: Sind wir doch ein bisschen vorsichtig bei allem, was wir im Ausland tun, immer gleich mit dem Grundgesetz und allen Grundrechten zu kommen. Aber abgesehen von diesem Seufzer eines Praktikers stimme ich den Kollegen Paulus und Hoffmeister völlig zu. Ich glaube, wir haben hier eine klare Zurechenbarkeit zur EU. Es gibt einen ausreichenden Rechtsschutz durch die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention, und daher glaube ich, dass die Bundesregierung mit ihrer Haltung – bei bloßer Ingewahrsamnahme keine Anwendung des Grundgesetzes, der Grundrechte – durchaus richtig liegt.

Dritter Punkt – und das ist etwas, was meinem Kollegen Dieter Weingärtner vom BMVg und mir sehr wichtig ist: Wir beide sitzen als Vertreter des Verteidigungsministeriums und des Auswärtigen Amtes in dem ressortübergreifenden Entscheidungsgremium. Was wir dort nicht tun, ist, der deutschen Staatsanwaltschaft zu sagen: Ermittelt oder ermittelt nicht! – Das stünde uns gar nicht zu, das könnten wir gar nicht. Was wir tun, ist, eine Entscheidung herbeizuführen, ob die Bundesregierung selbst eine Anzeige erstattet oder nicht. Im Falle der „MV Courier“, erster Pirateriefall: keine Anzeige; im zweiten Fall, Schiff der deutschen Marine „Spessart“, haben wir eine solche Anzeige gemacht. Im Übrigen ist ganz klar, dass bei einem Insistieren einer deutschen Staatsanwaltschaft – Hamburg oder Kiel (insistiert worden ist da übrigens nicht) –, also bei Erlass eines Haftbefehls, Fortdauer der Ermittlungen und dem Wunsch der Staatsanwaltschaft, Piraten nach Deutschland zu überstellen, wir jedenfalls ganz sicher für eine solche Überstellung Sorge tragen würden.

Letzter Punkt und Frage: *monitoring*. Natürlich stellen wir in Kenia sicher, dass das Verfahren gegen die Piraten durch unseren Honorarkonsul in Mombasa und durch

Kräfte z.B. unserer Botschaft in Nairobi überwacht wird. Es gibt übrigens auch drei deutsche Strafgefangene in dieser Haftanstalt Shimo la Tewa, um die kümmert sich natürlich kein deutscher Anwalt und keine Nichtregierungsorganisation. Aber Frage hier: Während das *monitoring* im Falle der Piraten in Kenia auf Grundlage des EU-Kenia-Abkommens durchzuführen ist, wir eine Grundlage haben – gibt es eigentlich menschenrechtliche oder völkerrechtliche Normen, die uns in jedem Falle bei der Übergabe von in Gewahrsam genommenen Personen an Dritte verpflichten, ein *monitoring* durchzuführen? Und wenn ja, in welchem Umfang, wie lange? – Vielen Dank.

Rotter: Sehr geehrte Frau König, erlauben Sie mir eine kleine Korrektur: Die Europäische Union ist nach ihren gegenwärtigen Rechtsgrundlagen keine Internationale Organisation der Kollektiven Sicherheit. Dazu fehlt es nicht nur an der rechtlichen, sondern auch an der materiellen Ausstattung. Die von Ihnen dargestellten Aktivitäten der Europäischen Union im Bereich der Pirateriebekämpfung erweitern zwar ihren Aktionsradius, bewirken aber keine Änderung der ihr vorgegebenen Strukturen. Der Vertrag von Lissabon könnte mit der darin vorgesehenen militärischen Beistandspflicht gemeinsam mit einigen anderen einschlägigen Verpflichtungen als Öffnung der Perspektive in Richtung „Kollektive Verteidigung“ gedeutet werden. Mehr aber nicht.

Ganz allgemein möchte ich Ihren überaus erhellenden Vortrag zu der Anmerkung nutzen, dass wir Juristinnen und Juristen insbesondere in unserem Trade gelegentlich innehalten und darlegen sollten, dass man im Gegensatz zu einer von uns weit verbreiteten, eigentlich rufschädigenden Einschätzung, innerhalb einer gegebenen Rechtsordnung doch nicht alles systemkonform als rechtens begründen kann. Unsere Vorstellung von Menschenrechten ist das Ergebnis eines mit vielen Irrungen und Opfern gegangenen Weges, eines Weges, den bei weitem noch nicht alle Staaten des Globus beschritten haben. Gestehen wir uns also ein, dass das Übergabeabkommen mit Kenia eine Weglegung unserer Vorstellung von Menschenrechten, besser Grund- und Freiheitsrechten ist, die wir in Kauf nehmen, um die festgenommenen Piraten aus Sorge vor den damit verbundenen „Nebenwirkungen“ nicht vor unsere Gerichte stellen zu müssen.

Herrn Marauhn, möchte ich brevissime nur fragen, welche Rolle er in seinen Überlegungen den ubiquitosen Geheimdiensten zuweist. Da gab es doch schon durchaus interessante Praxisfälle.

Tams: Ich habe eine Bemerkung zum Referat von Frau König. Frau König, Sie haben zum Schluss gesagt, Sie könnten zu keiner einheitlichen Bewertung bezüglich Piraterie einerseits, Terrorismus andererseits kommen. Bei der Piraterie existiert ein ausgebautes Interdiktionsrecht; andererseits wollen Sie kein Selbstverteidigungsrecht zulassen. Beim Terrorismus waren Sie skeptisch gegenüber neuen Interdiktionsbefugnissen, ziehen aber andererseits ein Selbstverteidigungsrecht in Betracht. Ich teile die Einschätzung, aber denke, man muss doch herausstellen, dass die unterschiedliche Herangehensweise ungewöhnlich ist. Denn es handelt sich um zwei ganz ähnliche Arten von rechtlich missbilligter nicht-staatlicher Gewalt. Und dennoch reagiert die Staatengemeinschaft so unterschiedlich – nämlich, um es mit den Begriffen Stephen Neffs zu bezeichnen, einmal mit einer ‚criminal law strategy‘, einmal mit einer ‚military mode of operation‘.

Ich frage mich zweierlei: Erstens, kann man diese Unterschiedlichkeit auf Dauer aufrechterhalten, obwohl doch beide Phänomene so ähnlich gelagert sind? Und zweitens,

besteht nicht evtl. eine Wechselbeziehung – erfolgt etwa nicht im Fall des Terrorismus der Wechsel zur militärischen Bekämpfung unter anderem deswegen, weil das kriminelle, das auf Jurisdiktion und Zuständigkeit basierende Netz der Antiterrorismuskonventionen eben nicht besonders eng geknüpft ist? Um es noch etwas fortzuführen: Wenn wir das ernst meinen, was Herr Bothe gestern gesagt hat – Antiterrorismuskampf ist Rechtsdurchsetzung – und wenn wir das Konzept des ‚*global war on terror*‘ zu Recht beklagen, müssten wir uns dann nicht offener zeigen gegenüber dem Bemühen um eine verbesserte Rechtsdurchsetzung gegenüber Terroristen? Und können wir uns wirklich auf lange Sicht den Ausweitungen der Rechtsdurchsetzungs-Zuständigkeit, wie sie etwa die *Proliferation Security Initiative* anstrebt, verwehren, wenn wir den Missbrauch des Selbstverteidigungsrechts zum Kampf gegen den Terror ausschließen wollen? Vielen Dank!

Heitschel von Heinegg: Frau König, im Zusammenhang mit der SUA-Konvention und insbesondere dem SUA-Protokoll von 2005 konnten Sie wahrscheinlich wegen der Kürze der Zeit nicht alles vortragen. Es sei daher darauf hingewiesen, dass Artikel 8 *bis* eine Regelung für den Fall vorhält, dass Befugnisse nach Maßgabe des SUA-Protokolls ausgeübt werden können. Wenn die Vertragsstaaten entsprechende Erklärungen abgegeben haben, darf unter bestimmten Voraussetzungen ein *boarding* vorgenommen werden und eine Durchsuchung von Schiffen erfolgen, wenn hinreichende Verdachtsmomente dafür vorliegen, dass dieses Schiff in illegale Proliferationsaktivitäten involviert ist. Diese Vorschrift ermächtigt ausdrücklich zum Gebrauch von *minimum force*. *Minimum force* bedeutet: wenn notwendig, auch tödliche Gewalt. Folglich sind die Vertragsparteien des Protokolls berechtigt, unter Umständen auch das Schiff zu versenken oder auch tödliche Gewalt gegen diejenigen Personen anzuwenden, die der rechtmäßigen Durchsuchung oder Anhaltung eines Schiffes Widerstand entgegensetzen. Diese Regelung kann man nicht ohne weiteres auf andere Fälle, wie etwa die Pirateriebekämpfung, übertragen, jedoch gibt sie gewisse Anhaltspunkte zum Umfang der Durchsetzungsrechte. Das Seerechtsübereinkommen selbst enthält keine ausdrückliche Bestimmung der Befugnisse zur Durchsetzung der Rechte nach Artikel 105. Der Wortlaut von Art. 105 SRÜ ist auf die bloße Nennung von Aufbringung, Einziehung und Strafverfolgung beschränkt. Es dürfte gleichwohl weitgehende Einigkeit darüber bestehen, dass, wenn der Ausübung der Rechte nach Art. 105 SRÜ aktiver Widerstand entgegengesetzt wird, notfalls auch tödliche Gewalt angewendet werden darf, um diesen Widerstand zu überwinden.

Im konkreten Fall Somalia ermächtigen die Resolutionen des Sicherheitsrats zu einem äußerst robusten Vorgehen gegen Piraten. Ich wundere mich darüber, dass wir über die Festnahme sowie die Bedingungen der Strafverfolgung oder -durchsetzung reden und die eigentliche Frage, nämlich der aktiven Pirateriebekämpfung, ausblenden. Die Anwendung von Gewalt gegen Piraten und andere Kriminelle vor der Küste Somalias ist nicht nach irgendwelchen metaphysischen Grundsätzen zu bestimmen, sondern allein nach den bestehenden Rechtsgrundlagen. Die Resolutionen des Sicherheitsrats und auch das Mandat des Deutschen Bundestages erlauben den Einsatz aller erforderlichen Mittel, mithin, falls erforderlich, auch die Anwendung tödlicher Gewalt. Danke!

Poretschkin: Zunächst eine Frage an Frau König: Sie haben von der zuständigen Staatsanwaltschaft gesprochen. Können Sie das definieren, wer der zuständige Staatsanwalt

ist? Dann hätten Sie auch den zuständigen Richter. Und wenn Sie das können, dann habe ich eine weitere Frage: Wie viel Zeit habe ich? Mehr als bis zum Ablauf des nächsten Tages? Wenn ich bewusst auf die Suche nach Piraten gegangen bin, dann hätte ich auch vorsorgen können. Deshalb kann ich mich dann doch nicht mehr darauf berufen, es sei mir nicht möglich. Sie brauchen zu Hause auch einen Eildienst beim Amtsgericht, um das Wochenende abzudecken, und auch da können Sie nicht sagen: „Weil ich keinen Eildienst habe, halte ich die Leute viel länger fest“.

Eine kurze Anmerkung zu Herrn Marauhn. Streitkräfte können niemals ohne ein funktionierendes ziviles Umfeld und ohne dass das zivile Umfeld seine Hausaufgaben wahrnimmt, irgendetwas Vernünftiges produzieren. Verteidigung ist niemals alleine als militärische Verteidigung möglich, sondern nur als Gesamtverteidigung unter Einfluss aller zivilen Anstrengungen. Deswegen ist Ihr Ansatz bei *peacekeeping* völlig richtig. Dort stellt sich das Problem nicht, weil bei dem klassischen *peacekeeping* auf beiden Seiten funktionierende Staaten sind, die diese ganzen Aufgaben erledigen. Erst wenn wir die *failing states* haben und niemand das zivile Umfeld wahrnimmt, dann kommen die Probleme, weil es die Streitkräfte machen müssen, solange kein anderer da ist, und weil der zivile Bereich viel zu spät hinterher kommt.

Sassòli: Ich werde nur Stichworte erwähnen. Zur Grauzone: Ich bin mit Ihnen einverstanden, Herr Marauhn, dass es nicht um die Frage Polizei oder Militär geht, sondern um anwendbares Recht, also Menschenrechte oder humanitäres Völkerrecht, und die wachsen ineinander, gerade bei der Frage der Tötung und der Inhaftnahme im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt; und die Konflikte, die uns interessieren sind ja immer nicht-internationale bewaffnete Konflikte, weil sie nicht zwischen souveränen Staaten stattfinden. Ich wollte hier hauptsächlich darauf hinweisen, dass wir im humanitären Völkerrecht natürlich auch immer an die andere Seite denken müssen. Es gibt einen Gegner: die bewaffneten Gruppen. Und ich glaube, dass das Verhältnis zwischen Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht nicht das gleiche ist für die bewaffneten Gruppen wie für den Staat. Nicht nur weil Menschenrechte bewaffnete Gruppen vielleicht gar nicht binden, sondern auch aus rein praktischen Gründen glaube ich, dass für den Gegner das humanitäre Völkerrecht immer das gleiche ist wie für den Staat, der interveniert, hingegen es mangels menschenrechtlicher Verpflichtungen oft vorgeht, etwa weil eine bewaffnete Gruppe doch nur mit Schwierigkeiten ein gerichtliches Verfahren durchführen kann, zum Beispiel den Anspruch auf richterliche Haftüberprüfung erfüllen kann. Danke schön!

Streinz: Ganz kurz zu dem Thema Zurechenbarkeit und Völkerrechtspersönlichkeit der Europäischen Union. Wie ist das, wenn nach dem Vertrag von Lissabon die Europäische Union ausdrücklich Völkerrechtspersönlichkeit bekommt? Was ändert sich dann insoweit, insbesondere auch für die Rechtsbindung der eingesetzten deutschen Streitkräfte?

Zu dem zweiten Punkt. Es gibt ja unterschiedliche Methoden der Pirateriebekämpfung. In Deutschland ist man da etwas skrupulös. Ich halte dies aber auch für richtig. Es gab zwar einen Innenminister, der meinte, man könne nicht immer mit dem Grundgesetz unter dem Arm herumlaufen; aber ganz weglegen sollte man es auch nicht. Ich glaube, die Differenzierung in den Thesen 13 und 14 wird dem durchaus gerecht. Es gibt andere

Methoden, denken Sie an Frankreich, an die britische Methode, an die indische Methode – die ist dann auch irgendwie schiefgegangen – und zuletzt an die USA.

Und jetzt eine anknüpfende Frage: Die Befreiung des Kapitäns kann ja auch für andere Mitgliedstaaten negative Folgen haben, nämlich durch entsprechende Reaktionen. Besteht daher für eine solche Aktion auch eine Rücksichtspflicht auf andere Betroffene?

Und schließlich, als letzter Punkt: Die Bekämpfung der Piraterie in klassischer Zeit war ja immer die, dass man den Schlupfwinkel aufspürt und auch ausschaltet. Geben die Resolutionen der Vereinten Nationen dafür eine Rechtsgrundlage? Oder gibt es unabhängig von diesen Resolutionen dazu eine effektive Ermächtigung? – Danke.

Thürer: Vielen Dank, Herr Streinz. Wir kommen zur Schlussrunde. Ich möchte Frau König zunächst bitten, in aller Kürze – fünf Minuten allerhöchstens – die vielen Fragen zu beantworten.

König: Angesichts der fortgeschrittenen Zeit kann ich nicht auf alle Fragen antworten, schon gar nicht erschöpfend. Ich versuche, jedenfalls die eine oder andere zu beantworten, und das Übrige müssten wir dann bilateral klären.

Zu Herrn Witschel: Sie sagten, dass das Selbstverteidigungsrecht im ISAF-Mandat immer wieder erwähnt werde. Das ist richtig. Ich denke aber, dass die Situation in Afghanistan auch eine andere ist als die am Horn von Afrika, was die Seeoperation angeht. Im Grunde genommen besteht zwischen uns ein gewisser Dissens in dieser Frage, und ich kann ihn jetzt auch nicht auflösen. Ich habe in meinem Vortrag ausgeführt, was ich dazu denke, und Sie haben noch einmal Ihre Position deutlich gemacht.

Zur Anwendung des Grundgesetzes: Ich verstehe es, dass man die von mir vertretene Auffassung in der Praxis beklagen mag. Ich habe lange darüber nachgedacht, und ich bin zu dem Schluss gekommen, dass man nicht sagen kann, das Grundgesetz gelte hier nicht, und es werde ein rein völkerrechtlicher Gewahrsam begründet – auch hier also ein Dissens.

Vielen Dank für die Klarstellung, was in diesem Gremium der Ministeriumsvertreter besprochen wird. Mir wiederum leuchtet nicht ganz ein, warum man überhaupt eine Strafanzeige braucht, denn die Staatsanwaltschaft ist auch so verpflichtet, nach dem Legalitätsprinzip zu ermitteln, wenn ein Anfangsverdacht für eine Straftat besteht. Wenn dann eine Strafanzeige eingeht – gut, dann wird sie möglicherweise erst darauf hin tätig. Die Hamburger Staatsanwaltschaft ist allerdings auch ohne Strafanzeige tätig geworden. Und ich finde es eine interessante und für mich beruhigende Aussage, wenn Sie sagen: Wenn die Staatsanwaltschaft insistiert, das Verfahren also nicht einstellt – was bisher nicht vorgekommen ist –, dann würde man dafür sorgen, dass die mutmaßlichen Piraten nach Deutschland gebracht würden.

Monitoring – gibt es dazu völkerrechtliche Normen? Nun, man kann das *Monitoring* im Grunde genommen ableiten aus der Schutzpflicht, der zufolge man niemanden an einen Staat übergeben darf, in dem Folter, Todesstrafe usw. drohen. Um das sicherzustellen, kann man sagen: Aus dieser Schutzpflicht folgt auch eine Verpflichtung zum *Monitoring*. In welchem Umfang dieses *Monitoring* dann aber durchgeführt werden muss – ich denke, das ist eine Frage, die noch zu den eher ungeklärten Rechtsfragen zählt. Wie oft müssen die mutmaßlichen Piraten im Gefängnis besucht werden? Sollte man sich das

möglicherweise mit anderen EU-Staaten teilen? Es handelt sich immerhin um eine gemeinsame Aktion, und vielleicht sollte man auch im Wege von *best practices* und Ähnlichem darüber nachdenken, wie man das *Monitoring* kooperativ gestalten kann, damit nicht nur diejenigen Staaten mit dem *Monitoring* belastet werden, die mutmaßliche Piraten an Kenia übergeben haben.

Zum System der kollektiven Sicherheit, Herr Rotter: Auch hier kann ich nur feststellen, dass wir einen Dissens haben. Ich bin der Meinung, dass man die EU als ein solches System qualifizieren kann. Ich weiß natürlich, dass viele das anders sehen, und letztlich wird das möglicherweise eine Frage sein, die das Bundesverfassungsgericht entscheiden muss, genau so wie es bei der NATO war; da haben wir uns über 30 Jahre lang darüber gestritten, ob die NATO nun ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit ist oder nicht. Ich bin nicht der Auffassung – aber ich habe Ihre Äußerung auch mehr als politisches Statement angesehen –, dass das Übergabeabkommen mit Kenia ein „Menschenrechtsweglegeabkommen“ ist. Ihre Auffassung kann ich nicht teilen, und die Gründe dafür habe ich, denke ich, auch dargelegt.

Herr Tams, noch einmal zum Verhältnis zwischen Terrorismus und Piraterie: – Ja, es sind ähnliche Phänomene. Aber dennoch glaube ich nicht, dass man sie über einen Kamm scheren kann. Es gibt eine gewisse Wechselbeziehung, und wir haben sicherlich die gleichen Probleme, wenn verdächtige Personen festgenommen werden, auch Terroristen. Das ist uns Deutschen bisher noch nicht widerfahren – ich lasse einmal dahingestellt, warum. Jedenfalls haben wir meines Wissens im Rahmen der OEF noch keine Terroristen auf See festgenommen, die wir irgendwo abliefern oder selbst vor Gericht stellen mussten. Im Grunde genommen hätten wir bei mutmaßlichen Terroristen das gleiche Problem im menschenrechtlichen Bereich. Ansonsten, denke ich, muss man in Bezug auf die Rechtsgrundlagen schon zwischen Piraterie und Terrorismus unterscheiden.

Nun zu Herrn Heintschel von Heinegg: Im Grunde genommen liegen wir gar nicht so weit auseinander. Sie vermuten richtig, dass Artikel 8 *bis* des SUA-Protokolls von 2005 in meiner schriftlichen Fassung natürlich angesprochen wird. Nach dieser Vorschrift brauchen wir für eine Durchsuchung aber eben das Einverständnis des Flaggenstaates; nur dann haben wir auch die Berechtigung zur Ausübung von „*minimum force*“. Dass Gewalt ausgeübt werden darf, habe ich nicht in Abrede gestellt. Es steht ja auch direkt in der genannten Vorschrift, dass unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die erforderliche Gewalt angewandt werden darf, um entsprechende Interdiktionen durchführen zu können.

Zu den Fragen von Herrn Poretschkin: Wir haben hier mehrere zuständige Staatsanwaltschaften. Im einzelnen ergibt es sich aus der StPO, welche Staatsanwaltschaft im konkreten Fall zuständig ist. Wenn diese einen Haftbefehl erwirkt, dann muss der vollzogen werden. Die Frage ist doch aber, was ich mit den Personen mache, die ich auf Hoher See aufgreife? Kann ich in diesem Fall die 48-Stunden-Regel *tel quel* anwenden? Ich bin der Auffassung, dass das nicht sachgerecht wäre. Vielmehr bedarf es einer Modifizierung. Von dem Moment an, in dem die mutmaßlichen Piraten – wie es geplant war – der Bundespolizei in Djibouti übergeben werden, beginnt die 48-Stunden-Frist zu laufen, und die Betroffenen können im Normalfall innerhalb von 48 Stunden nach Hamburg, Kiel oder sonst wohin gebracht werden. Wenn das aber aus irgendwelchen sachlichen Gründen nicht möglich sein sollte, denke ich, dass man deren Anwendung auch in einem solchen Fall modifizieren müsste.

Mit Blick auf die Zeit habe ich schon zu viel geredet und werde damit abschließen, dass ich allen Diskussionsteilnehmern für die vielen kritischen Fragen und Anregungen danke, die ich in meiner schriftlichen Fassung gern bedenken werde.

Marauhn: Ich möchte abschließend noch einmal die Notwendigkeit einer Differenzierung betonen. Für grundrechtsrelevante polizeiliche Maßnahmen bedarf es einer soliden Ermächtigungsgrundlage. Die kann Art. 51 der VN-Charta eigentlich nicht liefern. Deshalb besteht hier Handlungsbedarf des Gesetzgebers. Vielen Dank!

Thürer: Ich möchte mich bei den Referenten auch noch sehr herzlich bedanken. Ich glaube, wir haben heute sehr viel dazu gelernt.

Schadensersatzansprüche der Zivilbevölkerung gegen ausländische Besatzungsmächte

Von Prof. Dr. Karsten Thorn, LL.M. (Georgetown), Hamburg*

- I. Einleitung
 - 1. Dístomo
 - 2. Civitella
 - 3. Srebrenica
 - 4. Qana/Libanon
- II. Untersuchungsgegenstand
- III. Internationale Zuständigkeit
 - 1. Anwendbarkeit der Brüssel I-VO
 - 2. Autonomes Verfahrensrecht
 - a) Gerichtsstände
 - b) Reichweite staatlicher Immunität
 - aa) Völkerrechtlicher Grundsatz der (begrenzten) Staatenimmunität
 - bb) Einschränkung der Staatenimmunität bei schweren Menschenrechtsverletzungen?
 - cc) Einschränkung bei Delikten im Forumstaat?
 - dd) Intertemporale Anwendung einer solchen Regel zur Einschränkung der Staatenimmunität
 - ee) Keine staatliche Immunität gegenüber eigenen Gerichten
 - c) Not-/Ersatzzuständigkeit bei Völkerrechtsverletzung im Gerichtsstaat?
 - aa) Recht auf rechtliches Gehör
 - bb) Repressalie zur Erzwingung von Wiedergutmachung
- IV. Anwendbares Recht
 - 1. Anwendbarkeit der Rom II-VO
 - 2. Autonomes Recht
 - 3. Rechtsvergleichender Überblick
 - 4. Ordre public
 - 5. Exkurs: Haftung für Schäden durch stationierte Truppen
 - a) Art. 8 Abs. 5 NATO-Truppenstatut
 - b) Art. 2 § 16 Streitkräfteaufenthaltsgesetz
- V. Anerkennung und Vollstreckung
 - 1. Brüssel I-VO
 - 2. Autonomes Recht
 - a) Anerkennungshindernis fehlender Gerichtsbarkeit des Erststaates
 - b) Materielle rechtliche ordre public
 - c) Vollstreckungsimmunität
- VI. Sonderfall: Haftung bei Beteiligung der Vereinten Nationen?
 - 1. „Enthftung“ des truppenstellenden Staates?
 - 2. Haftung der Vereinten Nationen
 - a) Gerichtsstand
 - b) Anwendbares Recht

Thesen
Summary

* Bei der Fertigstellung dieses Beitrags wurde ich unterstützt von Ref. iur. *Patrick Hofmann*, LL.B.

I. Einleitung

„Die Schrecken des Krieges“¹ treffen in erster Linie die Zivilbevölkerung. Umso bedeutsamer erscheint die Frage, wie mögliche Ansprüche gegen ausländische Besatzungsmächte auf Ersatz materieller und immaterieller Schäden durchgesetzt werden können.

Dieser Beitrag beschränkt sich dabei auf die Untersuchung zivilrechtlicher Ansprüche. Ansprüche auf völkerrechtlicher Ebene, welche vom Heimatstaat des Geschädigten geltend zu machen sind,² und erst recht politische Instrumente zur Erreichung von Ausgleichszahlungen, werden lediglich dort angesprochen, wo sie das System des zivilrechtlichen Schadensausgleichs unmittelbar berühren.

Gleichwohl liegt das Thema im Grenzbereich zwischen dem Internationalen Privat- und Verfahrensrecht auf der einen und dem Völkerrecht auf der anderen Seite, da namentlich die Frage staatlicher Immunität in mehrfacher Weise in die zivilrechtliche Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen hineinspielt, nämlich auf der Ebene der internationalen Zuständigkeit, bei der Frage des anwendbaren Sachrechts und schließlich im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens.

Anstelle einer klassischen Einführung in die Problemstellung beginnt dieser Beitrag mit der Schilderung einiger Beispielfälle aus der jüngeren Rechtsprechung, die die gesamte Bandbreite der mit dem Thema verbundenen Rechtsfragen aufzeigen.

1. *Dístomo*

Der *Dístomo*-Komplex beschäftigt seit mehr als zehn Jahren die Gerichte dreier europäischer Staaten sowie internationale Spruchkörper. Folgender Sachverhalt liegt zugrunde:

Am 10. Juni 1944 erschossen Angehörige einer in die deutsche Wehrmacht eingegliederten SS-Einheit im damals besetzten Griechenland nach einer vorausgegangenen bewaffneten Auseinandersetzung mit Partisanen im Zuge einer gegen das Dorf *Dístomo* (Böotien) gerichteten „Sühnemaßnahme“ 300 an den Partisanenkämpfen unbeteiligte Dorfbewohner – überwiegend Frauen und Kinder – sowie zwölf gefangen genommene Partisanen. Das Dorf wurde niedergebrannt. Die Nachkommen der Getöteten klagten gegen die Bundesrepublik Deutschland als Rechtsnachfolgerin des Deutschen Reichs auf Ersatz der materiellen und immateriellen Schäden.

Im Hauptsacheverfahren vor dem LG *Livadeia*³ wurde die Bundesrepublik Deutschland im Wege des Versäumnisurteils zur Zahlung von umgerechnet 30 Mio. US-Dollar verurteilt. Das Gericht sah seine Gerichtsbarkeit als gegeben an. Insbesondere bestehe bei Verstößen gegen zwingendes Völkerrecht (*ius cogens*) keine Staatenimmunität, wobei alternativ mehrere methodische Begründungen gegeben wurden, nämlich:

1 Los desastros de la guerra, eine Folge von 82 Graphiken des spanischen Malers *Francisco de Goya*, schildern das Elend des Krieges in zuvor nicht gekannter Weise.

2 *Herdegen*, Völkerrecht, 8. Aufl. (2009), § 60 Rz. 1; *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht, 11. Aufl. (2005), Rz. 1158.

3 Urteil v. 30.10.1997 (Az. 137/1997); englische Übersetzung und Besprechung bei *Gavouneli*, War Reparation Claims and State Immunity, *Rev hell dr int* 50 (1997), 595.

- Es läge ein *constructive waiver* vor.
- Akte, die gegen humanitäres Völkerrecht verstoßen, stellen keine staatlichen Hoheitsakte dar.
- Die Berufung auf die Staatenimmunität sei in solchen Fällen rechtsmissbräuchlich.
- Die staatliche Immunität werde bei solchen Delikten im Forumstaat durch das Territorialitätsprinzip verdrängt.

Seine internationale Zuständigkeit leitete das Gericht – unzutreffend – aus Art. 5 EuGVÜ⁴ ab; in der Hauptsache wurde griechisches Recht angewandt.

Der Areopag bestätigte in einer knappen Mehrheitsentscheidung⁵ die Unterinstanz mit dem zusätzlichen Hinweis auf Art. 11 des Europäischen Übereinkommens zur Staatenimmunität von 1972⁶, der dem Völkergewohnheitsrecht entspreche.⁷ In einem Minderheitsvotum sprachen sich freilich 5 Richter – darunter der Gerichtspräsident – für eine Immunität der Bundesrepublik Deutschland aus, da keine entsprechende Entwicklung des Völkerrechts zu einer Ausnahme von den Grundsätzen der Staatenimmunität bei Verstößen gegen *ius cogens* festzustellen sei. Zudem erkannte das Minderheitsvotum den allgemeinen Vorbehalt des Europäischen Übereinkommens zugunsten der Staatenimmunität für alle Handlungen oder Unterlassungen, die von Streitkräften des betroffenen Staates auf fremdem Hoheitsgebiet begangen werden (Art. 31).

Im Jahre 2002 kam es dann zu einer auch für das vorliegende Verfahren bedeutsamen Entscheidung des Anotato Eidiko Dikastirio (Oberstes Sondergericht),⁸ obgleich diese im Zusammenhang mit einem anderen Rechtsstreit ergangen war.

Dazu folgender Hinweis: Das Oberste Sondergericht entscheidet Auslegungsfragen zum Völkerrecht. Nach Art. 100 Abs. 4 der griechischen Verfassung sind Urteile dieses Gerichts unanfechtbar. Zudem gilt ein Urteil des Gerichts zu der Frage, ob eine völkerrechtliche Regel als allgemein anerkannt anzusehen ist, nach Art. 54 Abs. 1 Gerichtsgesetz *erga omnes*, bindet mithin über das Ausgangsverfahren hinaus alle Gerichte und sonstigen staatlichen Organe, vor denen diese Frage aufgeworfen wird.

Das Oberste Sondergericht kam im Rahmen einer sorgfältigen Analyse, die sich insbesondere auch auf ein Gutachten von *Geimer* stützte, zum Ergebnis, dass nach geltendem Völkerrecht keine Ausnahmen vom Grundsatz der Staatenimmunität bestünden, welche im vorliegenden Fall die Gerichtsbarkeit griechischer Gerichte begründen könnten.⁹

In der Zwischenzeit war bereits das Vollstreckungsverfahren aus den Urteilen des LG *Livadeia* sowie des Areopags in Griechenland eingeleitet worden.¹⁰ Letztlich scheiterte die Vollstreckung am Fehlen der nach Art. 923 griech. ZPO erforderlichen Genehmi-

4 Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 27.9.1968 (BGBl. 1972 II, 774), zuletzt i.d.F. des 4. Beitrittsübereinkommens v. 29.11.1996 (BGBl. 1998 II, 1412).

5 Urteil v. 4.5.2000 (Az. 11/2000); deutsche Übersetzung in KritJ 2000, 472.

6 Europäisches Übereinkommen über Staatenimmunität v. 16.5.1972 (BGBl. 1990 II, 35).

7 Dieser Hinweis war erforderlich, da Griechenland nicht Vertragsstaat des Übereinkommens ist.

8 Urteil v. 17.9.2002 (Az. 6/17-9-2002); engl. Übersetzung und Besprechung bei *Panezi*, Rev hell dr int 56 (2003), 199.

9 Auch hierbei handelte es sich um eine mit 6 zu 5 Stimmen knappe Entscheidung. Zu weiteren Einzelheiten s. unten S. 317; zu den möglichen Auswirkungen auf das Distomo-Verfahren unten S. 311.

10 LG *Athen* v. 19.9.2000 (Az. 8206/2000) und 10.7.2001 (Az. 3666 bzw. 3667/2001), OLG *Athen* v. 14.9.2001 (Az. 6847 bzw. 6848/2001) sowie Areopag (Plenum) v. 28.6.2002 (Az. 36 bzw. 37/2002).

gung des griechischen Justizministers in die Vollstreckung in das Vermögen eines ausländischen Staates.¹¹

Parallel zu dem Rechtsmittel- und Vollstreckungsverfahren in Griechenland lief ein Hauptsacheverfahren in Deutschland, mit dem im Wege der Feststellungsklage gleichfalls Schadensersatz von der Bundesrepublik Deutschland begehrt wurde.¹²

Geltend gemacht wurden Schadensersatzansprüche aus übergegangenem Recht wegen Zerstörung des elterlichen Hauses nebst Inventar und Warenbestand des von den Eltern geführten Einzelhandelsgeschäfts sowie aus eigenem Recht wegen gesundheitlicher Schäden und Nachteilen in der beruflichen Ausbildung und dem weiteren Fortkommen.

Die Klage wurde in allen Instanzen als unbegründet abgewiesen, da die von den Klägern geltend gemachten Schadensersatz- bzw. Entschädigungsansprüche nicht bestünden.

Gleichzeitig wurde die Anerkennung des Urteils des LG *Livadeia* abgelehnt, da dieses dem völkerrechtlichen Grundsatz der Staatenimmunität widerspreche.

Im materiellrechtlichen Teil des Urteils geht das Gericht zunächst auf die Rechtslage nach Völkervertragsrecht ein:

Das durch Art. 5 Abs. 2 des Abkommens über deutsche Auslandsschulden vom 27. Februar 1953 (LondSchAbk),¹³ begründete Stillhalteabkommen (Moratorium) sei durch die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland¹⁴ gegenstandslos, die Reparationsfrage demnach obsolet geworden.

Dies betreffe freilich nicht zwangsläufig die unter Art. 5 Abs. 2 LondSchAbk fallenden Individualansprüche. Zum einen könne aus dem Zwei-plus-Vier-Vertrag kein Verzicht der daran beteiligten Staaten auf individuelle Ansprüche seiner Angehörigen hergeleitet werden, zum anderen sei Griechenland gar nicht Vertragspartei des Zwei-plus-Vier-Vertrags. Im Verhältnis zu Griechenland lasse vielmehr Art. 3 des Vertrags vom 18. März 1960 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich Griechenland über Leistungen zugunsten griechischer Staatsangehöriger, die von nationalsozialistischen Verfolgungsmaßnahmen betroffen sind,¹⁵ „etwaige gesetzliche Ansprüche griechischer Staatsangehöriger“ gegen die Bundesrepublik Deutschland ausdrücklich unberührt. Auch das Gesetz zur allgemeinen Regelung durch den Krieg und den Zusammenbruch des Deutschen Reiches entstandener Schäden (Allgemeines Kriegsfolgengesetz – AKG),¹⁶ das das Erlöschen bestimmter Ansprüche gegen das Deutsche Reich anordnet, stehe Ansprüchen der Kläger nicht entgegen, da das Londoner Schuldenabkommen nach § 101 AKG durch dieses Gesetz nicht berührt werde.¹⁷

11 Zur Frage einer Vollstreckung nach Ergehen der Entscheidung des Obersten Sondergerichts sogleich S. 311.

12 LG *Bonn* v. 23.6.97 (Az. 1 O 358/95), OLG *Köln* v. 27.8.1998, OLG-Rep *Köln* 1999, 5, sowie BGH v. 26.6.2003, BGHZ 155, 279.

13 BGBl. 1953 II, 331; für das Königreich Griechenland in Kraft getreten am 21.4.1956, Bekanntmachung v. 4.7.1956 (BGBl. II, 864).

14 Vertrag über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland („Zwei-plus-Vier-Vertrag“) v. 12.9.1990 (BGBl. II, 1318); in Kraft seit dem 15.3.1991 (BGBl. II, 587).

15 BGBl. 1961 II, 1597.

16 Gesetz v. 5.11.1957 (BGBl. I, 1747).

17 *Kämmerer*, Kriegsrepressalie oder Kriegsverbrechen?: Zur rechtlichen Beurteilung der Massenexekutionen von Zivilisten durch die deutsche Besatzungsmacht im Zweiten Weltkrieg, AVR 37 (1999), 281 (312, Fußn. 127).

Seien die Schadensersatzansprüche der Kläger gegen die Bundesrepublik Deutschland damit völkerrechtlich nicht gesperrt, folge hieraus aber nicht zwangsläufig, dass solche auch bestünden. Dies sei nach deutschem Recht zu beurteilen, und zwar aufgrund der einschlägigen Grundsätze des intertemporalen Privatrechts nach Maßgabe der im Jahre 1944 geltenden Rechtslage – freilich ohne Berücksichtigung spezifisch nationalsozialistischen Gedankenguts.

In der Folge verneint der BGH zunächst einen Schadensersatz-/Entschädigungsanspruch der Kläger wegen eines völkerrechtlichen Delikts. Solche Ansprüche stünden nicht der verletzten Person selbst, sondern nur ihrem Heimatstaat zu. Das Individuum werde durch seinen Heimatstaat mediatisiert¹⁸. Die fortschreitende Anerkennung der Völkerrechtssubjektivität von Individuen habe erst später stattgefunden. Zudem ist zumindest die deutsche Rechtsprechung hinsichtlich des Umfangs der sich daraus ergebenden Rechte des Einzelnen nach wie vor restriktiv.¹⁹ Aus der Individualisierung der Primäransprüche, etwa auf Einhaltung der Regeln des humanitären Völkerrechts für bewaffnete Konflikte, folge nicht notwendigerweise die Individualisierung der Sekundäransprüche, welche eine Haftung bei Verletzung dieser Regeln vorsehen. Solche Sekundäransprüche seien nur dann individualisiert, wenn sich eine dahingehende Intention der Vertragsparteien mit hinreichender Deutlichkeit feststellen lasse.²⁰

Der Internationale Gerichtshof lässt in seiner Entscheidung vom 9. Juli 2004²¹ insoweit einen wesentlich großzügigeren Standpunkt erkennen: „Israel is accordingly under an obligation to return the land, orchards, olive groves and other immovable property seized from any natural or legal person for purposes of construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory. In the event that such restitution should prove to be materially impossible, Israel has an obligation to compensate the persons in question for the damage suffered. The Court considers that Israel also has an obligation to compensate, in accordance with the applicable rules of international law, all natural or legal persons having suffered any form of material damage as a result of the wall’s construction.“

Schließlich lehnte der BGH auch einen Schadensersatzanspruch wegen Amtspflichtverletzung nach (damaligem) nationalem deutschen Staatshaftungsrecht²² ab, da die

18 BVerfG v. 13. 5. 1996, BVerfGE 94, 315, (329 ff.). So fände insbesondere das Abkommen, betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs (Haager Landkriegsordnung) v. 1.10.1907 (RGBl. 1910, 107) nach seinem Art. 2 „nur zwischen den Vertragsmächten Anwendung“.

19 Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Dutta*, Amtshaftung wegen Völkerrechtsverstößen bei bewaffneten Auslandseinsätzen deutscher Streitkräfte, AÖR 133 (2008), 191 (199 [Fußn. 41], 201 [Fußn. 54]).

20 BGHZ 169, 348 (352). Eine derartige Intention der Vertragsparteien lässt sich etwa im Hinblick auf Art. 5 Abs. 5, 41 EMRK feststellen. Diese Normen finden freilich nur auf Personen Anwendung, die der Herrschaftsgewalt des haftenden Vertragsstaates unterstehen (Art. 1 EMRK), was wohl wiederum die Kontrolle über das Gebiet durch militärische Besetzung voraussetzt, vgl. EGMR v. 12.12.2001 (*Banković and Others v. Belgium and Others*), EuGRZ 2001, 133; EGMR v. 31.5.2007 (*Behrami and Behrami v. France & Saramati v. France, Germany and Norway*), EuGRZ 2007, 522 (Rz. 69 f.); Art. 33 Abs. 2 des Artikelentwurfs für die Verantwortlichkeit von Staaten für völkerrechtswidriges Verhalten, angenommen von der UN-Generalversammlung am 12.12.2001, UNGA Res. 56/83 (abgedruckt in: Report of the International Law Commission, Official Records of the General Assembly, 56th Session, Supplement Nr. 10 [2004], S. 43), klammert die individuelle Haftung hingegen ausdrücklich aus.

21 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Rep 2004, 136 (Rz. 153).

22 Diese würden auch nicht durch zwischenstaatliche Reparationsansprüche absorbiert, s. BVerfG v. 13.5.1996, BVerfGE 94, 315 (330 ff.).

dem Deutschen Reich völkerrechtlich zurechenbaren militärischen Handlungen während des Krieges im Ausland von dem Amtshaftungsanspruch des § 839 BGB i.V.m. Art. 131 WRV ausgenommen gewesen seien. Hierbei handelt es sich wohl um eine Einschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs des Gesetzes: Die im Frieden geltende Rechtsordnung sei im Krieg als völkerrechtlichem Ausnahmezustand „weitgehend suspendiert“ gewesen²³. Das Wesen des Kriegs bestehe im umfassenden Rückgriff auf die Gewalt. Ansprüche wegen Völkerrechtsverstößen hätten – auch aus Sicht des nationalen Amtshaftungsgesetzes – nur auf zwischenstaatlicher Ebene bestanden. Zudem lasse sich zahlreichen damals geltenden Sondernormen im Wege der systematischen Auslegung entnehmen, dass ausländischen Staatsangehörigen gegenüber für Kriegshandlungen nicht gehaftet werden sollte.

Aufgrund des ausbleibenden Erfolgs des Vollstreckungsverfahrens in Griechenland und im Hinblick auf die kurz zuvor ergangene *Ferrini*-Entscheidung der italienischen Corte di Cassazione, in der die Grundsätze der Staatenimmunität bei Verstößen gegen *ius cogens* eine erhebliche Einschränkung erfahren hatten, betrieben die griechischen Kläger sodann das Vollstreckungsverfahren in Italien. Sowohl die Corte d'Appello di Firenze²⁴ als auch die Corte di Cassazione²⁵ ließen die Vollstreckung aus dem griechischen Urteil zu.

Während die Corte d'Appello die Vollstreckung noch – fälschlich – auf die Brüssel I-VO²⁶ stützte, lehnte die Corte di Cassazione die Anwendbarkeit der VO ab und prüfte systematisch logisch die Vollstreckungsvoraussetzungen nach Art. 64 ital. IPRG²⁷, die sie als erfüllt ansah. Ein der Vollstreckung entgegenstehender Verstoß gegen den *ordre public* wurde im Gefolge der *Ferrini*-Entscheidung konsequent verneint, da eine Berufung auf die Staatenimmunität bei schweren Menschenrechtsverletzungen verwehrt sei.

Aus der Sicht des internationalen Verfahrensrechts ergaben sich in diesem Zusammenhang zwei weitere Rechtsfragen: Zu klären war zum einen die Auswirkung der fehlenden Vollstreckung der Urteile in Griechenland auf die Vollstreckung im Ausland. Nach Ansicht der Corte di Cassazione erfordert das IPRG indes lediglich die Rechtskraft der ausländischen Entscheidung sowie die Bescheinigung der Vollstreckbarkeit. Ob die Zwangsvollstreckung im Urteilsstaat tatsächlich stattfindet oder aus irgendwelchen Gründen – hier der fehlenden Genehmigung des Justizministers – nicht durchgeführt werden kann, sei dagegen unerheblich.

Etwas anderes würde freilich zum anderen dann gelten, wenn die Urteile des LG *Livadeia* sowie des Areopag infolge der erwähnten Entscheidung des Obersten Sondergerichts keine rechtlichen Wirkungen mehr entfalteten, da es dann an einer vollstreck-

23 So auch BGH v. 2.11.2006, BGHZ 169, 349 = DÖV 2007, 429 = JZ 2007, 532 – NATO- Luftangriff auf die Brücke von Varvarin aus Anlass des Kosovo-Konflikts.

24 Urteile v. 2.5.2005 (n. 308/05), 13.6.2006 (n. 499/V/06) und 22.3.2007 (n. 486/07), Foro it 2008 I, Sp. 1310-1314 m. Anm. M. Stürner.

25 Urteil v. 29.5.2008 (n. 14199/08).

26 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 22.12.2000 (ABl. EG 2001 Nr. L 12/1).

27 Gesetz v. 31.5.1995, Nr. 218; deutsche Übersetzung in: *Riering* (Hrsg.), IPR-Gesetze in Europa (1997), S. 75.

baren ausländischen Entscheidung fehlte. Insoweit muss gemutmaßt werden,²⁸ denn während die Bindungswirkung einer Entscheidung des Obersten Sondergerichts für die Zukunft außer Frage steht, erscheint die Auswirkung auf zuvor ergangene Urteile unklar. In Betracht käme einerseits, dass solche Entscheidungen als nicht mit dem Völkerrecht in Einklang stehend kassiert würden, womit auch der im Ausland zu vollstreckende Titel entfiel. Andererseits könnte aber wiederum nur die Vollstreckung aus einem solchen Titel in Griechenland ausgeschlossen sein, was die Vollstreckung in Italien nach Auffassung der Corte di Cassazione unberührt ließe.

Das vorläufig letzte Kapitel zu *Distomo* wurde im Dezember 2008 geöffnet, als Deutschland – im Einvernehmen mit der italienischen Regierung – vor dem IGH ein Verfahren gegen Italien mit der Begründung einleitete, dieses habe durch die Rechtsprechung seiner Gerichte seine völkerrechtlichen Verpflichtungen gegenüber Deutschland verletzt, indem diese in den vergangenen Jahren wiederholt die Verfahrensimmunität Deutschlands als eines souveränen Staates missachtet hätten.²⁹

2. Civitella

Zwischenzeitlich sind auch die ersten Hauptsacheentscheidungen italienischer Gerichte zu Schadensersatzansprüchen gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen von der Deutschen Wehrmacht in Italien verübter Kriegsverbrechen ergangen. So wurde in der *Civitella*-Entscheidung der Corte di Cassazione³⁰ die Bundesrepublik zu Schadensersatz wegen der Erschießung von Zivilpersonen durch Angehörige der Wehrmacht verurteilt; die Argumentation folgt derjenigen in *Ferrini* und *Distomo*. In der Folge sind Hunderte von Schadensersatzprozessen gegen die Bundesrepublik Deutschland vor italienischen Gerichten zu erwarten.

3. Srebrenica

In einem völlig anderen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang steht der Gegenstand der *Srebrenica*-Entscheidungen der Rechtbank 's-Gravenhage vom 10. Juli sowie vom 10. September 2008.³¹ Hierbei ging es um Schadensersatzansprüche wegen des von bosnisch-serbischen Truppen verübten Massakers an Bosniaken in Folge der Aufgabe der UN-Sicherheitszone Srebrenica. Nach Einnahme von Srebrenica durch bosnisch-serbische Truppen am 11. Juli 1995 hatten über 5000 Flüchtlinge Zuflucht im vor der Stadt gelegenen Lager des niederländischen Bataillons (Dutchbat) der UN-Friedenstruppen gesucht. Diese wurden am 12./13. Juli 1995 unter bosnisch-serbischem Druck von den niederländischen Soldaten aus dem Lager vertrieben und vor dessen Toren von den bosnischen Serben abtransportiert. Viele von ihnen sind seitdem verschwunden bzw. wurden später ermordet aufgefunden. Zwei der Hinterbliebenen klagten vor der Recht-

28 Geimer, Völkerrechtliche Staatenimmunität gegenüber Amtshaftungsansprüchen ausländischer Opfer von Kriegsexzessen, LMK 2003, 215 (216).

29 Klage v. 23.12.2008; abrufbar unter <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/14923.pdf>.

30 Urteil v. 21.10.2008 (n. 1072/08): Als Reaktion auf die Ermordung von vier Soldaten der Reichswehr durch Partisanen wurden in der Gemeinde *Civitella* am 29.6.1944 203 Zivilpersonen (darunter auch Frauen und Kinder) von Angehörigen einer Fallschirmjägerdivision massakriert.

31 LJN: BFO 181, 265615 / HA ZA 06-1671 bzw. LJN: BFO 182, 265618 / HA ZA 06-1672; abrufbar unter <http://zoeken.rechtspraak.nl/Default.aspx>.

bank gegen die UN und die Niederlande auf Schadensersatz für die Vertreibung ihrer Angehörigen aus dem Lager, die in deren Ermordung mündete. In einem ersten Urteil wurden die Klagen gegen die UN wegen deren Immunität abgewiesen, in den späteren Entscheidungen auch die Klagen gegen die Niederlande: Da „*operational command and control*“ über die niederländischen Soldaten durch die UN ausgeübt worden seien, seien deren Handlungen ausschließlich den UN und nicht den Niederlanden zuzurechnen.³²

4. Qana/Libanon

Zur Abrundung des Bildes noch eine aktuelle Entscheidung eines US-amerikanischen Gerichts, nämlich des Federal Court of Appeal für den DC Circuit in *Belhas v. Ya'alon*³³. Der beklagte General *Moshe Ya'alon* war von 1995 bis 1998 Chef des israelischen Militärgeheimdienstes. Als solcher nahm er maßgeblich an den Planungen für einen Luftangriff auf den Südlibanon teil. Zu Beginn der Operation wurden die Einwohner per Rundfunk aufgefordert, die betreffenden Gebiete zu verlassen, da sie ansonsten als Kombattanten angesehen würden. Einige hundert Zivilisten entschlossen sich gleichwohl, im Südlibanon zu verbleiben, und suchten Zuflucht in einem UN-Lager in Qana. Dort wurden sie von der israelischen Luftwaffe beschossen, wobei es zu Toten und Verletzten kam. Der Court of Appeal bestätigte eine Entscheidung des District Court, die den Beklagten als „*agent or instrumentality*“ eines ausländischen Staates ansah und ihm deshalb Immunität nach dem Foreign Sovereign Immunities Act 1976 (FSIA)³⁴ gewährte.

II. Untersuchungsgegenstand

Aus den geschilderten Beispielfällen ergibt sich unmittelbar die Vielschichtigkeit des darzustellenden Gegenstands.

- (1) Im Gegensatz zu „Besatzungstreitkräften“ halten sich Stationierungstreitkräfte mit Einverständnis des Aufnahmestaates auf fremdem Staatsgebiet auf; bei Letzteren existieren deshalb regelmäßig internationale Übereinkommen, die auch die Frage von Schadensersatzansprüchen regeln. Als Beispiel sei hier das NATO-Truppenstatut genannt.³⁵ Bisweilen enthalten solche Abkommen aber nur fragmentarische Regelungen, indem lediglich Klagen vor den örtlichen Gerichten ausgeschlossen werden. Dies gilt etwa auch für die Vereinbarung zwischen den Vereinten Nationen und Bosnien-Herzegowina vom 15. Mai 1993 über den Status der UNPROFOR (Status of Forces Agreement): Deren Art. 48, 50 sahen ein spezielles Verfahren für Streitigkeiten und Ansprüche privatrechtlicher Natur vor und schlossen dabei die Zuständigkeit bosnischer Gerichte ausdrücklich aus.

32 Entsprechend erfolgte auch die Argumentation zur Frage einer möglichen Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention: Den Niederlanden seien die Handlungen der Soldaten nicht zurechenbar und die UN seien nicht Vertragspartei.

33 *Belhas v. Ya'alon*, 515 F.3d 1279 (D.C.Cir. 2008).

34 28 USC Chapter 97 – Jurisdictional Immunities of Foreign States.

35 Vgl. Art. 8 des Abkommens zwischen den Parteien des Nordatlantikvertrages über die Rechtsstellung ihrer Truppen (NATO-Truppenstatut) v. 19.6.1951 (BGBl. 1961 II, 1190) und Art. 41 des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut v. 3.8.1959 (BGBl. 1961 II, 1183, 1218).

- (2) Grundlegend erscheint die Unterscheidung zwischen Ansprüchen wegen Schäden, die in Ausübung hoheitlicher, und solchen, die in Ausübung nicht hoheitlicher Tätigkeit verursacht werden. Umso wichtiger erscheint die Frage, nach welchen rechtlichen Regeln die Abgrenzung erfolgen soll.
- (3) Wenngleich vorliegend die Ansprüche gegen den Staat im Vordergrund stehen, darf nicht übersehen werden, dass daneben vielfach auch Ansprüche gegen den Handelnden selbst in Betracht kommen. Eine Überleitung der Ansprüche, wie sie das deutsche Recht charakterisiert, ist in ausländischen Rechtsordnungen häufig unbekannt.
- (4) Neuartige Probleme ergeben sich schließlich aus dem Zusammenwirken zwischen Nationalstaaten und Internationalen Organisationen. Wie das *Srebrenica*-Beispiel zeigt, drohen hier neue Haftungslücken.

Im Weiteren wird sich dieser Beitrag nunmehr mit den Einzelaspekten der Durchsetzung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche gegen ausländische Besatzungsmächte auseinandersetzen. Es handelt sich dabei um die Fragen

- der internationalen Zuständigkeit,
- des anwendbaren Rechts sowie
- der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen.

Dabei wird jeweils auf die Regeln der Staatenimmunität in ihren jeweiligen Teilaspekten (Verfahrensimmunität, legislative Immunität, Vollstreckungsimmunität) eingegangen werden.

III. Internationale Zuständigkeit

1. Anwendbarkeit der Brüssel I-VO

Namentlich Untergerichte haben ihre internationale Zuständigkeit in den vorgestellten Verfahren bisweilen auf die Brüssel I-VO bzw. deren Vorgänger, das EuGVÜ, gestützt. Dieser Weg ist indessen aus zwei Gründen versperrt.

Zum einen ist die Frage der Gerichtsbarkeit zwar in der Brüssel I-VO selbst nicht geregelt. Sie ist aber vorgreiflich für eine Zuständigkeit nach der VO. Bei fehlender Gerichtsbarkeit aufgrund staatlicher Immunität ist diese somit nicht anwendbar.³⁶

Freilich bestünde insoweit wohl die Möglichkeit eines Immunitätsverzichts durch Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs der VO auf Staatshaftungsansprüche.³⁷ Sollten diese also im Rahmen einer zukünftigen Revision der VO in deren Anwendungsbereich aufgenommen werden, so läge hierin zugleich ein konkludenter Immunitätsverzicht der Mitgliedstaaten begründet, die in der Folge etwa im deliktischen Gerichtsstand des Art. 5 Nr. 3 Brüssel I-VO verklagt werden könnten. Drittstaaten

³⁶ *Grovit v. De Nederlandsche Bank and Others* [2005], EWHC 2944 (QB), [2006] 1 WLR 3323, [2007] EWCA Civ 953, [2008] 1 WLR 51: The Brussels I Regulation was to be read subject to the international law of state immunity, and not as precluding reliance upon state immunity.

³⁷ Vgl. Art. 7 des UN-Übereinkommens zur Immunität von Staaten und deren Vermögen, angenommen von der UN-Generalversammlung mit der Resolution Nr. 59/38 am 2.12.2004: „by international agreement“; a.A. *Dutta*, AÖR 133 (2008), 191 (197).

könnten sich dagegen auch weiterhin vor mitgliedstaatlichen Gerichten auf ihre Immunität berufen.

Zum anderen werden Schadensersatzansprüche gegen ausländische Besatzungsmächte aber bislang gerade nicht vom sachlichen Anwendungsbereich der VO erfasst: Nach Art. 1 Abs. 1 Brüssel I-VO gilt diese in Zivil- und Handelssachen, ohne dass es auf die Art der Gerichtsbarkeit ankommt; ausdrücklich ausgenommen sind steuer-, zoll- und verwaltungsrechtliche Angelegenheiten. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist der Begriff der Zivilsache autonom auszulegen.³⁸

Einschlägig ist vorliegend die Entscheidung des EuGH vom 15. Februar 2007³⁹: Auch in diesem Verfahren ging es um Schadensersatzklagen gegen die Bundesrepublik wegen durch die Wehrmacht in Griechenland verübter Gräueltaten. Nach Auffassung des EuGH sind Klagen wegen militärischer Handlungen von Streitkräften im Ausland keine Zivil- und Handelssachen. Operationen von Streitkräften seien insbesondere deswegen ein typischer Ausdruck staatlicher Souveränität, weil sie von den zuständigen staatlichen Stellen einseitig und zwingend beschlossen würden und sich als mit der Außen- und Verteidigungspolitik von Staaten untrennbar verknüpft zeigten.⁴⁰ Auf die Art des Verfahrens (hier zivilrechtliche Schadensersatzklage) komme es dagegen nicht an.⁴¹ Auch die Frage der Rechtmäßigkeit der Maßnahmen sei für deren Qualifikation im Hinblick auf den sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung unerheblich.⁴²

2. Autonomes Verfahrensrecht

Einschlägig sind somit die autonomen Verfahrensregeln, so etwa in Deutschland die Regeln der ZPO, in Italien diejenigen des IPR-Gesetzes⁴³.

a) Gerichtsstände

Danach stehen theoretisch verschiedene Gerichtsstände zur Verfügung.

Der allgemeine Beklagtengerichtsstand (s. etwa §§ 12, 18 ZPO; Art. 3 Abs. 1 ital. IPRG) ist vorliegend unproblematisch, da keine völkerrechtliche Immunität eines Staates gegenüber seinen eigenen Gerichten besteht.⁴⁴

Dagegen kommt der deliktische Gerichtsstand (s. etwa § 32 ZPO; Art. 3 Abs. 2 ital. IPRG i.V.m. Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ), der als Wahlgerichtsstand traditionell an den Tatort

38 St. Rspr. seit EuGH v. 14.10.1976 – Rs. 29/76 (*Eurocontrol*), EuGHE 1976, 1541 (Rz. 3); so insbesondere auch EuGH v. 21.4.1993 – Rs. C-172/91 (*Sonntag*), EuGHE 1993 I, 1963 (Rz. 18).

39 EuGH v. 15.2.2007 – Rs. C-292/05 (*Lechouritou u.a./Bundesrepublik Deutschland*), EuGHE 2007 I, 1519 = IPRax 2008, 250 m. Anm. Geimer, 225, auf Vorlage des LG Patras; s.a. Schlussanträge GA Ruiz-Jarobo Colomer, EuGHE 2007 I, 1521 (Rz. 57, 61).

40 A.a.O. (Rz. 37).

41 A.a.O. (Rz. 41).

42 A.a.O. (Rz. 43); vgl. hierzu auch den ausführlicheren Art. 2 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen (EuVTVO) v. 21.4.2004 (ABl. EU Nr. L 143/15). Ebenso zum insoweit gleichlautenden EuGVÜ bereits BGH v. 26.6.2003, BGHZ 155, 279 (281): Zu den Zivil- und Handelssachen gehört bei vertragsautonomer Qualifikation dieses Begriffs nicht der Schadensersatzanspruch gegen einen Hoheitsträger, der in Ausübung hoheitlicher Befugnisse gehandelt hat.

43 *Stürmer*, Staatenimmunität und Brüssel I-Verordnung, IPRax 2008, 197 (204).

44 Vgl. *Nagel/Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. (2007), § 2 Rz. 2.

im Sinne der Ubiquitätsregel anknüpft,⁴⁵ daneben nur dann zur Anwendung, wenn man der Doktrin einer eingeschränkten Staatenimmunität folgt.

b) Reichweite staatlicher Immunität

aa) Völkerrechtlicher Grundsatz der (begrenzten) Staatenimmunität

Nach ganz herrschender Auffassung⁴⁶ gilt heute der völkerrechtliche Grundsatz der begrenzten Staatenimmunität. Grundlegend ist die Unterscheidung zwischen hoheitlichem Verhalten des Staates („*acta iure imperii*“), für das eine Befreiung von der Gerichtsbarkeit eines fremden Staates beansprucht werden kann, und nicht-hoheitlichem Verhalten („*acta iure gestionis*“), für das dies nicht der Fall ist.

Fraglich ist, nach welchen rechtlichen Regeln die Abgrenzung zwischen hoheitlichem und nicht-hoheitlichem Verhalten erfolgen soll. Dies ist deshalb von Bedeutung, da die Einordnung staatlichen Handelns als hoheitlich nicht einheitlich erfolgt, sondern im Einzelnen nationale Besonderheiten bestehen, wie nicht zuletzt durch die Rechtsprechung des EuGH zum Begriff der Zivilsache offenbar wurde.⁴⁷

De lege lata greifen die meisten Gerichte zur Abgrenzung auf die *lex fori* zurück. Dies gilt nicht zuletzt für das BVerfG: Die Qualifikation staatlicher Handlungen als *acta iure imperii* sei zwar grundsätzlich eine völkerrechtliche Frage. Mangels subsumtionsfähiger Kriterien sei aber auf die Wertungen der *lex fori* zurückzugreifen.⁴⁸ Entscheidend sei danach nicht der vom Staat mit der betreffenden Tätigkeit verfolgte Zweck, sondern die Natur des Handelns und ihre äußere Erscheinungsform.

Auch das LG *Livadeia* nahm die Abgrenzung in seinem *Distomo*-Urteil nach nationalem Recht vor: „the delimitation of state immunity according to the principles of international law pertains to the domestic legislator and consequently whether in the case at hand there is an act of state authority (*iure imperii*) in exercise of state sovereignty or an act referring to private law relationships (*iure gestionis*) is adjudicated according to the *lex fori*, viz. the qualification of such acts is effected, according to the better opinion to which this court also subscribes, pursuant to its domestic law as influenced by international conventions and the international context“.

Eine Qualifikation nach der *lex fori* führt freilich im Konfliktfall dazu, dass sich die Einstufung nach der *lex fori* gegenüber derjenigen nach dem Recht des haftenden Staates durchsetzt. Dies kann sowohl dazu führen, dass der Immunitätsanspruch des haftenden Staates nicht honoriert wird, als auch dazu, dass diesem eine gar nicht in Anspruch genommene Immunität gewährt wird.

Letzteres könnte zwar durch eine Doppelqualifikation⁴⁹ vermieden werden. Vorzugswürdig erscheint indes ein anderer Weg: Wie die Rechtsprechung des EuGH zum Be-

45 von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. (2007), § 3 Rz. 52-54.

46 BVerfG v. 30.4.1963, BVerfGE 16, 27; BVerfG v. 13.12.1977, BVerfGE 46, 342; Herdegen, Völkerrecht, 8. Aufl. (2009), § 37 Rz. 5; Stürner, IPRax 2008, 197 (200); Vitzthum in: Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 4. Aufl. (2007), S. 34.

47 EuGH v. 21.4.1993 – Rs. C-172/91 (*Sonntag*), EuGHE 1993 I, 1963.

48 BVerfG v. 30.4.1963, BVerfGE 16, 27 (62); so auch BGH v. 26.9.1978, NJW 1979, 1101 (1101 f.); zu Recht krit. hierzu Hess, Staatenimmunität bei Distanzdelikten (1992), S. 44 ff.

49 Zum Begriff: Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (2006), S. 119 f.

griff der Zivil- und Handelssache nach EuGVÜ/Brüssel I-VO eindrucksvoll beweist, scheint eine auf rechtsvergleichender Methode basierende völkerrechtliche Abgrenzung zwischen hoheitlichem und nicht-hoheitlichem Handeln keineswegs ausgeschlossen.⁵⁰

Scheut man hiervor (noch) zurück, so wäre es im Sinne der Achtung der Souveränität des haftenden Staates, welche Grundlage der Staatenimmunität ist, nur konsequent, eine Abgrenzung nach dem Recht des haftenden Staates (*lex causae*) vorzunehmen. Ein solches Vorgehen ist im IPR durchaus bekannt, etwa bei der Abgrenzung zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen für die Zwecke des Erbstatuts (sog. Qualifikationsverweisung), die im Übrigen u.a. auch die Achtung der Souveränität des Belegenheitsstaates im Falle von Grundstücken bezweckt.⁵¹

Freilich spielt der Abgrenzungstreit bei von Besatzungsstreitkräften verursachten Schäden nur dann eine Rolle, wenn man – wie einige Untergerichte – die Ansicht vertritt, dass der Verstoß gegen zwingendes humanitäres Völkerrecht die hoheitliche Natur des Handelns beseitigt. Ansonsten ist etwa Gegenstand der *Distomo*-Verfahren ein hoheitliches Handeln (deutscher) Streitkräfte im besetzten Griechenland während des Zweiten Weltkriegs.⁵² Auch die Schwere des Rechtsverstoßes ändert hieran nichts.⁵³

Fraglich ist, ob die besonderen Umstände des haftungsbegründenden Ereignisses zu einer völkerrechtlichen Einschränkung der Immunität des haftenden Staates führen. Vorgebracht werden im Wesentlichen zwei Gesichtspunkte:

- (1) Die Einschränkung der Staatenimmunität bei schweren Menschenrechtsverletzungen,
- (2) die Einschränkung der Staatenimmunität bei Delikten im Forumstaat.

bb) Einschränkung der Staatenimmunität bei schweren Menschenrechtsverletzungen?

Im völkerrechtlichen Schrifttum wird bisweilen ein engerer Begriff der Staatenimmunität vertreten.⁵⁴ Eine solche sei insbesondere bei Verstößen gegen zwingende Regeln des humanitären Völkerrechts (*ius cogens*) – hier die Normen der Haager Landkriegsordnung – abzulehnen. In der für die Ausbildung von Völkergewohnheitsrecht maßgeblichen Staatenpraxis hat diese Auffassung bislang aber noch kaum Niederschlag gefunden.

50 Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Aufl. (2005), Art. 1 Rz. 3 f.

51 von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. (2007), § 6 Rz. 17a.

52 BGH v. 26.6.2003, BGHZ 155, 279 (282).

53 Schwierigkeiten bereitet die Einordnung als hoheitliches Handeln hingegen bei Klagen wegen Zwangsarbeit. Insoweit ist wohl zwischen der Haftung des Staates und derjenigen des Unternehmens zu differenzieren. Hierzu: von Hein, The Law Applicable to Governmental Liability for Violations of Human Rights in World War II, YbPrivIntL 3 (2001), 185 (206 f.).

54 Kokott, Missbräuche und Verwirkung von Souveränitätsrechten bei gravierenden Völkerrechtsverstößen, in Beyerlin/Bothe/Hofmann/Petersmann (Hrsg.), FS R. Bernhardt (1995), 135 (148 f.). Anders freilich die im deutschen Schrifttum ganz h.M.: Hess, Staatenimmunität bei Distanzdelikten (1992), S. 292 f.; Kämmerer, AVR 37 (1999), 281 (307 f.); Rensmann, Staatenimmunität und völkerrechtswidrige Hoheitsakte, IPRax 1998, 44 (47); Seidl-Hohenveldern, Staatenimmunität bei Kriegshandlungen, IPRax 1996, 52 (53 f.); Scheffler, Die Bewältigung hoheitlich begangenen Unrechts durch fremde Zivilgerichte, 1. Aufl. (1997), S. 87 f.; Fischer, Schadensersatzansprüche wegen Menschenrechtsverletzungen im Internationalen Privat- und Prozessrecht, in: Goydke/Rauschnig/Robra/Schreiber/Wulff (Hrsg.), FS Remmer (1995), 447 (461). Die Gegenansicht ließe den Immunitätsvorbehalt weitgehend leer laufen, vgl. BGH v. 26.6.2003, BGHZ 155, 279 (283); Reimann, Nazi-Verbrechen und Staatenimmunität, IPRax 1995, 123 (127).

Zu nennen ist hier in erster Linie die italienische Rechtsprechung in der Nachfolge der *Ferrini*-Entscheidung der Corte di Cassazione vom 6. November 2003/11. März 2004⁵⁵: Diese bejahte die Gerichtsbarkeit italienischer Gerichte im Falle der Klage eines italienischen Staatsangehörigen gegen die Bundesrepublik Deutschland, die sich auf Ansprüche wegen völkerrechtswidriger Deportation durch deutsche Einheiten und anschließende Zwangsarbeit während des Zweiten Weltkriegs stützte. Grund für die Einschränkung der Staatenimmunität sei die gesteigerte Verantwortung Deutschlands wegen der Schwere der Völkerrechtsverletzung nach den Regeln über die Staatenverantwortlichkeit (Art. 40 UN-Übereinkommen).

Diese Rechtsprechung wurde in zahlreichen späteren Judikaten bestätigt.⁵⁶ Zwar seien Erschießungen, Verschleppungen und Verurteilungen zur Zwangsarbeit *acta iure imperii*. Bei einem „Konflikt“ zwischen dem Grundsatz der Staatenimmunität einerseits und dem „parallelen“, ebenso allgemein verbindlichen Prinzip, dass Verbrechen gegen die Menschlichkeit „die gesamte Menschheit bedrohen und die Fundamente selbst des Zusammenlebens der Völker untergraben“, sei dieser zugunsten der ranghöheren Menschenrechte zu lösen, deren Schutz im allgemeinen Völkerrecht ein fundamentaler Stellenwert zukomme. Auch greife die Ratio der Staatenimmunität, die aus der Souveränität der Staaten herrühre, im Falle von Kriegsverbrechen nicht, denn dabei handele es sich nicht mehr um eine tolerierbare Ausübung von Souveränität.⁵⁷

Ähnlich argumentierten auch die griechischen Zivilgerichte, etwa das LG *Levadeia*⁵⁸ sowie der Areopag⁵⁹ bis zur gegenläufigen Entscheidung des Obersten Sondergerichts vom 17. September 2002,⁶⁰ welches wieder zur traditionellen Auffassung zurückkehrte.

Letzterer befand in Abweichung von den Vorinstanzen, „dass es nach dem gegenwärtigen Entwicklungsstand des Völkerrechts nach wie vor eine allgemein anerkannte Norm des Rechts gibt, nach der es unzulässig ist, einen Staat vor dem Gericht eines anderen Staates auf Schadensersatz wegen irgendeines im Hoheitsgebiet des Gerichtsstaates verübten Delikts, an dem in irgendeiner Weise (Art) Streitkräfte des beklagten Landes beteiligt waren, zu verklagen, und zwar sowohl im Kriegs- als auch im Friedensfall“.

Gerechtfertigt wird die Staatenimmunität mit der Notwendigkeit, die Souveränität fremder Staaten zu respektieren, die wiederum die Gleichheit zwischen den Staaten und das Ziel harmonischer internationaler Beziehungen widerspiegeln. Der Geschädigte sei auch keineswegs schutzlos gestellt. Es blieben zum einen die Instrumente des Völkerrechts, die von seinem Heimatstaat genutzt werden könnten; insoweit bestehe für den Geschädigten u.U. innerstaatlich die Möglichkeit, seinen Heimatstaat dazu zu zwingen, juristische oder politische Wege zu beschreiten. Zum anderen könne der Einzelne vor den Gerichten des haftenden Staats klagen und – soweit dieser auf seine Immunität verzichtet – auch vor denen anderer Staaten.

55 N. 5044, Riv dir int 87 (2004), 539 (542).

56 Zuletzt Corte di Cassazione v. 21.10. 008 (n. 1072) – „*Civitella*“.

57 Vgl. *Stürner*, IPRax 2008, 197 (201); *Geimer*, Los Desastres de la Guerra und das Brüssel I – System, IPRax 2008, 225 (226).

58 Vgl. bei *Gavouneli*, Rev hell dr int 50 (1997), 595 (599).

59 Wobei der Areopag zusätzlich zwischen Kampf- und Besatzungstruppen differenziert; vgl. bei *Gavouneli/Bantekas*, AmJIntL 95 (2001), 198 (199 f.).

60 Az. 6/17-9-2002; auch hier gab es allerdings ein starkes Minderheitsvotum von vier Richtern; vgl. bei *Panezi*, Sovereign Immunity and Violation of Ius Cogens Norms, Rev hell dr int 56 (2003), 199 (205).

Diese traditionelle Auffassung wird ebenso in jüngeren Entscheidungen des BGH⁶¹, der französischen Cour de Cassation⁶², kanadischer⁶³ sowie US-amerikanischer Gerichte⁶⁴ vertreten.

Selbst die englische Rechtsprechung hat Einschränkungen der Immunität bislang allein im Falle der Haftung eines ehemaligen Staatsoberhauptes für die Verletzung zwingenden Völkerrechts angenommen,⁶⁵ folgt im Übrigen aber weiterhin den tradierten Regeln.⁶⁶

Dies gilt schließlich auch für die Rechtsprechung des EGMR sowie des IGH.

So hat insbesondere der EGMR in seiner Entscheidung vom 12. Dezember 2002 in der Sache *Kalogeropoulou / Griechenland und Deutschland*⁶⁷ auf die Beschwerde des in seiner Heimat obsiegenden griechischen Klägers gegen die Verweigerung der nach der griechischen ZPO erforderlichen Genehmigung zur Zwangsvollstreckung in in Griechenland belegenes Vermögen der Bundesrepublik Deutschland durch die griechische Regierung ausgeführt, dass es der Gerichtshof nicht als erwiesen ansehe, „dass es zum jetzigen Zeitpunkt eine Akzeptanz im Völkerrecht gäbe, wonach Staaten in Bezug auf Schadensersatzklagen wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die in einem anderen Staat geltend gemacht werden, nicht mehr zur Immunität berechtigt sein sollten [...]“. Demnach könne von der griechischen Regierung nicht verlangt werden, die Regel der Staatenimmunität gegen ihren Willen zu durchbrechen. Dies treffe jedenfalls nach dem gegenwärtigen Stand des Völkerrechts zu, wie ihn der Gerichtshof in der Rechtssache *Al-Adsani*⁶⁸ erkannt hat, was freilich eine Weiterentwicklung des Völkergewohnheitsrechts in der Zukunft nicht ausschließe.

61 BGH v. 26.6.2003, BGHZ 155, 279 (284 ff.): Militärische Handlungen deutscher Streitkräfte im Ausland sind im Hinblick auf die Staatenimmunität stets als *acta iure imperii* einzuordnen.

62 Cour de cassation v. 2.6.2004 (n° 03-41851): In diesem Fall ging es um die Verhaftung eines französischen Widerstandskämpfers durch deutsche Besatzungsbehörden, der von Juni 1944 bis Mai 1945 Zwangsarbeit für BMW im KZ Dachau leisten musste. Die Cour de cassation bejahte die Immunität Deutschlands mit der Begründung, dass die Verpflichtung von Gefangenen zur Leistung von Zwangsarbeit zur Förderung des Krieges Handlungen *de iure imperii* darstellten.

63 *Bouzari v. Iran* [2002] Ontario Superior Court of Justice, O.J. No. 1624 = 124 ILR 427 (435): „regardless of the state’s ultimate purpose, exercises of police, law enforcement and security powers are inherently exercises of governmental authority and sovereignty“; bestätigt durch [2004] Ontario Court of Appeal, O.J. No. 2800.

64 *Princz v. Federal Republic of Germany*, 26 F.3d 1166 (D.C.Cir. 1994): Keine der Ausnahmen nach FSIA sei erfüllt, insbesondere sei mit einem Verstoß gegen *ius cogens* kein *implied waiver* verbunden; *Belhas v. Ya’Alon*, 15 F.3d 1279 (D.C.Cir. 2008): „the FSIA contains no un-enumerated exception for violation of *ius cogens* norms“. Seit Änderung des FSIA 1976 im Jahre 1996 durch den Antiterrorism and Effective Death Penalty Act (abgedruckt in: ILM 36 [1997], 759) besteht freilich eine Ausnahme von der Staatenimmunität bei Staaten, die in terroristische Akte verwickelt sind und deshalb durch das Außenministerium als „terrorist states“ eingestuft werden; vgl. hierzu *Saudi Arabia v. Nelson*, 123 L.Ed.2d 47, 61 (1993).

65 House of Lords, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3) [1999] 2 All ER 97 = [2000] 1 AC 147 – lässt lediglich eine Erosion der Immunität ehemaliger Staatsoberhäupter bei der Verletzung zwingenden Völkerrechts erkennen.

66 *Jones v. Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya* [2006] UKHL 26, [2007] 1 AC 270 = ILM 45 (2006), 1108.

67 EGMR v. 12.12.2002, NJW 2004, 273.

68 EGMR v. 21.11.2001 (*Al Adsani v. Vereinigtes Königreich*), EuGRZ 2002, 403 Rz. 61. In diesem Urteil wird hinsichtlich der Anwendung von Folter zwischen der Immunität des Einzelnen einerseits und der Immunität des Staates andererseits unterschieden.

Die gleiche Aussage trifft der IGH in seiner Entscheidung vom 14. Februar 2002⁶⁹: „The court has carefully examined State practice, including national legislation and those few decisions of national higher courts [...]. It has been unable to deduce from this practice that there exists under customary international law any form of exception to the rule according immunity from criminal jurisdiction and inviolability to incumbent Ministers for Foreign Affairs, where they are suspected of having committed war crimes or crimes against humanity“.

Mit *Gavouneli/Bantekas*⁷⁰ kann also als Ergebnis festgehalten werden: „The argument has been put passionately, but not authoritatively“.

cc) *Einschränkung bei Delikten im Forumstaat?*

Der Areopag⁷¹ stützte die Einschränkung der Staatenimmunität in seiner *Distomo*-Entscheidung darüber hinaus auf Art. 11 des Europäischen Übereinkommens über die Staatenimmunität:

„Ein Vertragsstaat kann vor einem Gericht eines anderen Vertragsstaats Immunität von der Gerichtsbarkeit nicht beanspruchen, wenn das Verfahren den Ersatz eines Personen- oder Sachschadens betrifft, das schädigende Ereignis im Gerichtsstaat eingetreten ist und der Schädiger sich bei Eintritt des Ereignisses in diesem Staat aufgehalten hat.“

Da Griechenland im Gegensatz zu Deutschland nicht Vertragsstaat des Übereinkommens ist, mussten die griechischen Gerichte zudem argumentieren, dass die Regelung Ausdruck des Völkergewohnheitsrecht ist, was mehr als zweifelhaft erscheint.⁷² Zudem wurde Art. 31 des Übereinkommens übersehen, wonach dieses nicht die Immunität oder die Vorrechte berührt, die ein Vertragsstaat für alle Handlungen oder Unterlassungen genießt, „die von seinen Streitkräften oder im Zusammenhang mit diesen im Hoheitsgebiet eines anderen Vertragsstaats begangen werden.“⁷³

Anders verhält es sich im Fall des bislang nicht in Kraft getretenen⁷⁴ UN-Übereinkommens zur Immunität von Staaten und deren Vermögen, welches von der Generalversammlung am 2. Dezember 2004 angenommen wurde. Einerseits findet sich in Art. 12 eine dem Europäischen Übereinkommen entsprechende *forum tort*-Klausel, andererseits fehlt es an einer Ausnahme für durch Streitkräfte verursachte Schäden. Aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift ergibt sich zwar, dass hierbei namentlich an Straßenverkehrsunfälle ausländischer Diplomaten und vergleichbare versicherbare Delikte im Forumstaat gedacht war; diese Einschränkung kommt indes im Wortlaut der Norm

69 IGH v. 11.4.2000 (*Arrest Warrant / Democratic Republic of Congo v. Belgium*), ICJ Reports 2002, 3.

70 AmJIntL 95 (2001), 198 (203).

71 Areopag v. 4.5.2000, AmJIntL 95 (2001), 198 (199).

72 Dazu sogleich S. 320 f.

73 S.a. Europarat (Hrsg.), Explanatory Reports on the European Convention on State Immunity and the Additional Protocol, § 166, wonach das Übereinkommen auf Streitigkeiten, die aus bewaffneten Konflikten oder aus der Anwesenheit fremder Streitkräfte auf dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates herrühren, keine Anwendung findet. A.A. hingegen das Minderheitsvotum des griechischen obersten Sondergerichts, das diese Ausnahme entgegen ihrem Wortlaut auf Stationierungskräfte beschränken will; vgl. *Panezi*, Rev hell dr int 56 (2003), 198 (206).

74 Bislang liegen erst sechs von 30 erforderlichen Ratifikationen vor.

nicht zum Ausdruck, sondern ist allenfalls im Wege der historischen⁷⁵ sowie der systematischen Auslegung⁷⁶ zu gewinnen.⁷⁷ Darüber hinaus kam es während der Beratungen zum Übereinkommen unter dem Eindruck der *Letelier*-Entscheidung⁷⁸ zu einer äußerst kontroversen Diskussion über die Formulierung der Vorschrift, deren Wortlaut im Ergebnis unverändert blieb⁷⁹, ein Indiz für eine behutsame Einschränkung der tradierten Immunitätsregeln. Die Haftung für im Rahmen kriegerischer Auseinandersetzungen entstandene Schäden wurde freilich nicht angesprochen, woraus abzuleiten ist, dass insoweit keine Änderung des geltenden Rechts beabsichtigt war.

*Geimer*⁸⁰ fasst insoweit prägnant zusammen: Die Ausnahme greift, wenn ein (betrunken) Botschafts- oder Konsulatsangehöriger einen Verkehrsunfall verursacht, ein südamerikanischer Staat durch seinen Geheimdienst einen missliebigen Exilpolitiker einer weggeputschten Vorgängerregierung in Washington durch eine Autobombe umbringen lässt oder ein Staat durch seinen Geheimdienst ein Greenpeace-Schiff, das Atombombenversuche auf einem Atoll im Pazifik beobachten will, sprengen lässt.⁸¹

Gleichwohl geht die Regelung wohl über das geltende Völkerrecht hinaus, was die bislang mangelnde Akzeptanz des Übereinkommens durch die UN-Mitgliedstaaten teilweise erklären mag.

Auffällig sind insoweit die Parallelen zu den *Torts Exceptions* im US-amerikanischen Foreign Sovereign Immunity Act (FSIA) von 1976⁸² sowie im britischen State Immunity Act von 1978⁸³. So wurde etwa auch die entsprechende Norm des FSIA eingeführt „to eliminate a foreign state’s immunity for traffic accidents and other torts committed in the United States, for which liability is imposed under domestic tort law“.⁸⁴ Später wurde ebendiese Regelung aber auch im *Letelier*-Fall⁸⁵ angewandt, bei dem es um die Immunität des chilenischen Staates im Verfahren wegen der Ermordung eines chilenischen Exilpolitikers durch den chilenischen Geheimdienst in Washington/DC ging. Der Anwendungsbereich der Ausnahmeregel zur Staatenimmunität wird somit auch hier behutsam ausgedehnt.

Gleichwohl bleibt *de lege lata* festzuhalten, dass die Ausnahmeregel – jedenfalls in ihrem weiteren Verständnis – nicht Teil des Völkergewohnheitsrechts ist, zumal das UN-Über-

75 Vgl. BGH v. 26.6.2003, BGHZ 155, 279 (283 f.); Hess, Staatenimmunität bei Distanzdelikten (1992), S. 281 ff., 293; Tomuschat/Mc Caffrey, Gerichtsgutachten „Zur völkerrechtlichen Tragweite des Grundsatzes der Staatenimmunität“ v. 24.10.2000, S. 24.

76 So Hess, Staatenimmunität bei Distanzdelikten (1992), S. 49 f., im Vergleich mit den anderen Ausnahmetatbeständen des Übereinkommens.

77 Bisweilen wird auch vertreten, die Ausnahme gälte nur für Handlungen *de iure gestionis*; so Stewart, The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, AmJIntL 99 (2005), 194 (210). Dies erscheint aber fragwürdig, da für solche Handlungen aufgrund des eingeschränkten Immunitätsbegriffs überhaupt keine Ausnahme erforderlich wäre.

78 *Letelier v. Republic of Chile*, 748 F.2d 790 (2nd Cir. 1984), 488 F.Supp 665 (D.D.C. 1980).

79 Hess, Staatenimmunität bei Distanzdelikten (1992), S. 284 f.

80 IPRax 2008, 225 (226).

81 Vgl. hierzu auch *Kämmerer*, AVR 37 (1999), 281 (309).

82 28 USC § 1605 (2), (5) (FSIA).

83 S. 5 des britischen State Immunity Act 1978 (abgedruckt in: 17 ILM 1123 [1978]): proceedings for death or personal injury or damage to or loss of tangible property caused by an act or omission in the United Kingdom.

84 *In re Terrorist Attacks on September 11, 2001*, 47 ILM 841 (2nd Cir. 2008).

85 *Letelier v. Republic of Chile*, 748 F.2d 790 (2nd Cir. 1984), 488 F.Supp 665 (D.D.C. 1980).

einkommen noch nicht in Kraft ist und das Europäische Übereinkommen nur über einen begrenzten Kreis von Vertragsstaaten verfügt.⁸⁶

Dem entspricht auch die Entscheidung des EGMR vom 21. November 2002 in *McElhinney v. Ireland*⁸⁷, bei der es um die Verletzung eines irischen Staatsangehörigen durch einen britischen Offizier im Dienst auf irischem Territorium ging: „There is a tendency in international law to restrict State immunity, in cases of physical injury due to acts that occurred in the forum territory; nevertheless this practice is not at all universal. Moreover, this tendency seems to be related to damage due to „securable“ dangers, such as car accidents, and not issues that refer to the core of State sovereignty, such as civil liability for the acts of a soldier in the territory of another State“.

Sollte sich zukünftig einmal eine entsprechende Ausnahme vom Grundsatz der Staatenimmunität etablieren, so wäre zudem zu beachten, dass es im Falle grenzüberschreitender Distanzdelikte, wie sie gerade bei durch Streitkräfte verursachten Schäden denkbar sind,⁸⁸ allein auf den Handlungsort im Forumstaat ankommt, ein inländischer Erfolgsort also nicht ausreichen würde.

Dies ergibt sich im Falle der Übereinkommen bereits aus deren Wortlaut, der die Anwesenheit des Schadensverursachers im Forumstaat zum Zeitpunkt des schädigenden Verhaltens fordert,⁸⁹ entspricht im Übrigen aber auch dem *telos* der Ausnahmevorschrift: Durch die Handlung des haftenden Staates im Forumstaat schwächt sich sein auf dem Souveränitätsgedanken basierender Immunitätsanspruch ab, da er in Konkurrenz zum Territorialitätsprinzip tritt.⁹⁰ Ein schädigender Erfolg im Forumstaat als Ergebnis einer außerhalb dieses Staates erfolgten Handlung des haftenden Staates reicht hierfür hingegen nicht aus.

Dementsprechend setzt nach h.M. auch das NATO-Truppenstatut für seine räumliche Anwendbarkeit eine Handlung der Stationierungsstreitkräfte im Forumstaat voraus.⁹¹

dd) Intertemporale Anwendung einer solchen Regel zur Einschränkung der Staatenimmunität

Sollte sich in Folge des Inkrafttretens des UN-Übereinkommens oder einer Fortentwicklung des Völkergewohnheitsrechts zukünftig eine vorliegend relevante Einschränkung der Staatenimmunität ergeben, so stellt sich die Frage nach dem zeitlichen Anwendungsbereich einer solchen Regelung. In den beiden einschlägigen Übereinkommen finden sich unterschiedliche Regelungen zur intertemporalen Anwendung. Während Art. 35 Abs. 3 des Europäischen Übereinkommens solche Tatbestände vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausnimmt, die vor Auflegung des Überein-

86 Ablehnend etwa BGH v. 26.6.2003, BGHZ 155, 279 (284); Hess, Amtshaftung als „Zivilsache“ im Sinne von Art. 1 Abs. 1 EuGVÜ, IPRax 1994, 10 (14); Steinberger, State Immunity, in: R. Bernhardt (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, Bd. IV (2000), S. 627.

87 Rs. 31253/96, EuGRZ 2002, 415.

88 Beispiele sind etwa der versehentliche Beschuss über die Grenze (vgl. BGH v. 30.5.1983, BGHZ 87, 321) sowie durch Treibgut verursachte Schäden in Grenzgewässern (vgl. BGH v. 20.1.1972, IPRspr 1972 Nr. 18).

89 Vgl. Art. 11 des Europäischen Übereinkommens sowie Art. 12 des UN-Übereinkommens.

90 So auch die Argumentation von Hess, Staatenimmunität bei Distanzdelikten (1992), S. 311 f.

91 BGH v. 20.1.1972, IPRspr 1972 Nr. 18; BGH v. 30.5.1983, BGHZ 87, 321.

kommens zur Unterzeichnung eingetreten sind,⁹² stellt Art. 4 des UN-Übereinkommens allein auf den Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung (*institution of proceedings*) und nicht auf den Zeitpunkt der schädigenden Handlung ab.

Dies mag auf den ersten Blick überraschen, erscheint bei näherer Betrachtung aber durchaus konsequent. Grundlegend hierfür ist die Unterscheidung zwischen materiellen und verfahrensrechtlichen Regeln. Während erstere im Regelfall keine Rückwirkung entfalten, weshalb etwa die Handlungen deutscher Truppen während des Zweiten Weltkriegs an den damals geltenden Regeln des humanitären Völkerrechts zu messen sind, gilt für letztere grundsätzlich der Vorrang der *lex praesens*.⁹³

Fraglich ist, wie die völkerrechtlichen Immunitätsregeln zu qualifizieren sind: materiell- oder prozessrechtlich? Nach den Grundsätzen funktioneller Qualifikation⁹⁴ ist darauf abzustellen, ob eine Regelung unmittelbaren Einfluss auf die Sachentscheidung hat oder nicht. Im ersten Fall ist sie sachrechtlich einzuordnen, ansonsten prozessrechtlich. So werden nach europäischem Verständnis etwa die Klagbarkeit eines Anspruchs sowie die Verjährung dem materiellen Recht zugeordnet, die Zuständigkeitsvorschriften dagegen dem Prozessrecht.⁹⁵ Da von den völkerrechtlichen Immunitätsregeln nicht die Klagbarkeit des Anspruchs als solche betroffen ist, sondern dessen Einklagbarkeit vor ausländischen Gerichten, scheint eine größere Nähe zu den Zuständigkeitsvorschriften gegeben.⁹⁶ Somit bestehen gegenüber einer rückwirkenden Anwendung keine grundsätzlichen Bedenken.

92 Art. 35 EurÜbk.:

(1) Dieses Übereinkommen ist nur auf Verfahren anzuwenden, die nach seinem Inkrafttreten eingeleitet werden.

(3) Dieses Übereinkommen ist nicht auf Verfahren und Entscheidungen anzuwenden, die Handlungen, Unterlassungen oder Tatbestände aus der Zeit, bevor das Übereinkommen zur Unterzeichnung aufgelegt worden ist, zum Gegenstand haben.

93 Hess, *Intertemporales Privatrecht*, 1. Aufl. (1998), S. 336 f.

94 Hierzu von Hoffmann/Thorn, *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl. (2007), § 6 Rz. 27-30.

95 Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 6. Aufl. (2009), Rz. 53-57b; von Hoffmann/Thorn, *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl. (2007), § 3 Rz. 9 f. Im Hinblick auf die Verjährung folgt die materiellrechtliche Qualifikation zwingend aus Art. 12 Abs. 1 lit. d Rom I-VO bzw. Art. 15 lit. h Rom II-VO.

96 So auch *Princz v. Federal Republic of Germany*, 26 F.3d 1166 (D.C.Cir. 1994), Rz. 16 ff.: „retrospective operation will not be given to a statute which interferes with antecedent rights or by which human action is regulated, unless such be the unequivocal and inflexible import of the terms, and the manifest intention of the legislature.“ In der Folge erläutert das Gericht, dass aus diesem Grund der FSIA traditionell nicht auf Ereignisse vor der Herausgabe des „Tate Letter“ 1952 (hierzu Herdegen, *Völkerrecht*, 8. Aufl. [2009], § 37 Rz. 5) angewandt wurde, „because applying the FSIA to pre-1952 transactions and events would effect foreign sovereign’s antecedent rights adversely“. Es folgen Ausführungen, wonach der Kongress freilich eine rückwirkende Geltung beabsichtigte. Dann: „Indeed, under the teaching of a recent Supreme Court case, application of the FSIA to the pre-1952 events here in suit may not even count as „a genuine retroactive effect“. Only a statute that would impair rights a party possessed when he acted, increase a party’s liability for past conduct, or impose new duties with respect to transactions already completed is truly retroactive. A statute affecting jurisdiction, on the other hand, usually take[s] away no substantive right but simply changes the tribunal that is to hear the case. Present law normally governs in such situations because jurisdictional statutes speak to the power of the court rather than to the rights or obligations of the parties (because rules of procedure regulate secondary rather than primary conduct)“. A.A. Tomuschat/McCaffrey, *Gerichtsgutachten „Zur völkerrechtlichen Tragweite des Grundsatzes der Staatenimmunität“ v. 24.10.2000*, S. 32, die im Hinblick auf Art. 11 des Europäischen Übereinkommens, eine rückwirkende Anwendung einer „Deliktisklausel“ der in Rede stehenden Art für bedenklich halten.

ee) *Keine staatliche Immunität gegenüber eigenen Gerichten*

De lege lata muss Rechtsschutz freilich in den vorliegenden Fällen primär vor den Gerichten des haftenden Staates gesucht werden, da insoweit keine staatliche Immunität gilt.

c) *Not-/Ersatzzuständigkeit bei Völkerrechtsverletzung im Gerichtsstaat?*

aa) *Recht auf rechtliches Gehör*

Fraglich ist, ob etwas anderes gilt, wenn die Rechtsverfolgung vor den Gerichten des haftenden Staates unmöglich oder unzumutbar ist, etwa weil Rechtsschutz überhaupt nicht gewährt wird oder von vornherein feststeht, dass das Verfahren nicht rechtsstaatlichen Ansprüchen genügen wird.

Hier ergeben sich aus zivilverfahrensrechtlicher Sicht Parallelen zur sogenannten Notzuständigkeit von Gerichten, die begründet ist, wenn andernfalls eine Justizverweigerung droht.⁹⁷ Ausgangspunkt ist dabei das Recht auf rechtliches Gehör (*access to a court*), wie es nicht nur in den nationalen Verfassungsrechten,⁹⁸ sondern etwa auch in der Europäischen Menschenrechtskonvention⁹⁹ verbürgt ist.

Freilich ist dieses Recht nach der Rechtsprechung des EGMR nicht absolut, sondern kann durch den nationalen Gesetzgeber begrenzt werden, solange dies nicht dazu führt, dass das Recht in einer Weise eingeschränkt wird, die seinen Kernbereich berührt. Zudem muss die Begrenzung ein rechtmäßiges Ziel verfolgen und verhältnismäßig sein. Nach Auffassung des EGMR verfolgen die Regeln über die Staatenimmunität, die aus dem Grundsatz „*par in parem non habet imperium*“ fließen, ein solches rechtmäßiges Ziel, nämlich die Beförderung guter zwischenstaatlicher Beziehungen, und sind – solange sie sich in Einklang mit dem Völkergewohnheitsrecht befinden – in der Regel auch verhältnismäßig. Gleichwohl scheint in Ausnahmefällen eine Berufung auf das Recht auf rechtliches Gehör zur Durchbrechung der Regeln über die Staatenimmunität nicht ausgeschlossen.

Grundlegend ist insoweit die Entscheidung des EGMR vom 21. November 2001¹⁰⁰:

„The right of access to a court is not, however, absolute, but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its very nature calls for regulation by the

97 Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. (2007), § 3 Rz. 318; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. (2009), Rz. 960, 1024 ff.; Schröder, Internationale Zuständigkeit: Entwurf eines Systems von Zuständigkeitsinteressen im zwischenstaatlichen Privatverfahrensrechts aufgrund rechtshistorischer, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Betrachtungen, 1. Aufl. (1971), S. 214: „Wo ein Zuständigkeitsinteresse unabweisbar Befriedigung verlangt, dort muss auch eine internationale Zuständigkeit aufgetan werden“; hierzu BAG v. 29.6.1978, JZ 1979, 647: infolge von Kriegseignissen im Libanon lebte die deutsche internationale Zuständigkeit wieder auf.

98 Rechtsstaatprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG.

99 EGMR v. 21.2.1975 (*Golder v. Vereinigtes Königreich*), EuGRZ 1975, 91 f.; EGMR v. 21.11.2001 (*Al-Adsani v. Vereinigtes Königreich*, Rs. 35763/97), EuGRZ 2002, 403 (Rz. 52): „[...] the procedural guarantees laid down in Article 6 concerning fairness, publicity and promptness would be meaningless in the absence of any protection for the pre-condition for the enjoyment of those guarantees, namely, access to a court. [...] Thus, Article 6 § 1 secures to everyone the right to have any claim relating to his civil rights and obligations brought before a court.“

100 Rs. 4451/70 (*Al-Adsani v. Vereinigtes Königreich*), EuGRZ 2002, 403 (Rz. 53). Verfahrensgegner war hier das Vereinigte Königreich, da sich englische Gerichte unter Hinweis auf die Staatenimmunität geweigert hatten, über eine Schadensersatzklage gegen Kuwait wegen Folterungen zu entscheiden.

State. In this respect, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation, although the final decision as to the observance of the Convention's requirements rests with the Court. It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved [...].

The Court must first examine whether the limitation pursued a legitimate aim. It notes in this connection that sovereign immunity is a concept of international law, developed out of the principle *par in parem non habet imperium*, by virtue of which one State shall not be subject to the jurisdiction of another State. The Court considers that the grant of sovereign immunity to a State in civil proceedings pursues the legitimate aim of complying with international law to promote comity and good relations between States through the respect of another State's sovereignty.

The Court must next assess whether the restriction was proportionate to the aim pursued. [...] The Court must be mindful of the Convention's special character as a human rights treaty, and it must also take the relevant rules of international law into account. [...]

It follows that measures taken by a High Contracting Party which reflect generally recognized rules of public international law on State immunity cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right of access to a court as embodied in Article 6 § 1.“

Voraussetzung einer Not-/Ersatzzuständigkeit ist jedenfalls, dass die Zulassung des Verfahrens für den Kläger die einzige Möglichkeit ist, dass über die Verletzung seiner Rechte vor einem Gericht nach rechtsstaatlichen Grundsätzen entschieden wird.¹⁰¹

Die Verfahrensgarantien der Menschenrechtspakte (Art. 6 EMRK, Art. 14 IP¹⁰²), die den Zugang zu Gerichten bei Individualrechtsverletzungen garantieren, verpflichten sowohl den beklagten Staat als auch den Forumstaat zur Gewährung rechtlichen Gehörs. Aufgrund der Grundsätze der Staatenimmunität ist vorrangig ein Forum im beklagten Staat zu eröffnen. Geschieht dies, so besteht kein Anspruch auf ein alternatives Forum. Besteht im beklagten Staat freilich keine Chance auf ein rechtsstaatliches Verfahren, so sollte der Immunitätsanspruch des haftenden Staates gegenüber dem Justizgewährungsanspruch des Verletzten zurücktreten. Dies gilt namentlich für Klagen vor Gerichten im Staat der unerlaubten Handlung, da hier ohnehin das Interesse des Forumstaates an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes für auf seinem Territorium erfolgte Rechtsverletzungen dem Immunitätsanspruch des ausländischen Staates gegenübertritt.

Die Notzuständigkeit sollte jedenfalls dann greifen, wenn vor den Gerichten des haftenden Staates der Rechtsweg überhaupt nicht eröffnet wird oder wenn von vornherein feststeht, dass ein rechtsstaatliches Verfahren nicht stattfinden wird, z.B. weil es an einer unabhängigen Justiz fehlt.

101 Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. (2009), Rz. 1025 ff., nennt als mögliche Gründe u.a. das Fehlen eines ausländischen Forums, den nicht nur vorübergehenden Stillstand der Rechtspflege sowie die Diskriminierung von Ausländern durch das Verbot von Ausländerprozessen; zudem soll eine Notzuständigkeit gegeben sein, wenn eine im ausländischen Forum ergehende Entscheidung im Inland wegen Verstoßes gegen den materiellen *ordre public* nicht anerkennungsfähig wäre. S. auch OLG Frankfurt v. 1.10.1998, IPRax 99, 247 – faktische Rechtsverweigerung wegen fehlender Durchsetzbarkeit von Ansprüchen gegen den irakischen Staat vor irakischen Gerichten.

102 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte v. 19.12.1966 (BGBl. 1973 II, 1534).

Zu erwägen wäre eine Notzuständigkeit aber u.U. auch dann, wenn auf der Ebene des materiellen Rechts keinerlei Anspruchsgrundlagen gegen den haftenden Staat zur Verfügung gestellt werden. Hierbei müssten freilich auch Reparationsmechanismen auf völkerrechtlicher Ebene einbezogen werden (= völkerrechtliche Streitbeilegung), selbst wenn diese nur zu einer teilweisen Befriedigung des privaten Geschädigten führen. Eine Notzuständigkeit wäre weiterhin dann ausgeschlossen, wenn der Heimatstaat des Geschädigten einen Verzicht erklärt hat.

Vor diesem Hintergrund erscheint auch die BGH-Entscheidung zu *Dístomo* durchaus anfechtbar, insoweit sie einen Amtshaftungsanspruch ausländischer Staatsangehöriger wegen „des Wesens des Kriegs“ pauschal verneint, diesen also insbesondere auch bei völkerrechtswidrigen Gräueltaten ablehnt.¹⁰³ Fehlt es hier auch auf völkerrechtlicher Ebene an Reparationsmechanismen bzw. einem seine Staatsbürger bindenden Verzicht des betroffenen Staates auf Reparationsleistungen, wäre eine Notzuständigkeit der Gerichte im Tatortstaat in Betracht zu ziehen.

Dieser Vorschlag geht sicherlich über die derzeit allgemein anerkannten Regeln zur Staatenimmunität hinaus, stellt meines Erachtens aber einen praktisch tauglichen Weg dar, dem Geschädigten im Einzelfall den erforderlichen Rechtsschutz zu gewähren, ohne die auf dem Gedanken der Souveränität aufbauende Staatenimmunität ohne Not aufzugeben.

bb) Repressalie zur Erzwingung von Wiedergutmachung

Einen weiteren, völkerrechtlichen Begründungsansatz zur Durchbrechung der Regeln über die Staatenimmunität bietet *Herdegen* an:¹⁰⁴ Da es sich bei diesen nicht um ein „self-contained regime“ handele, seien sie nicht repressalienfest, zumal der Staat im Wege der Repressalie selbst ohne Gerichtsverfahren auf fremdes Staatsvermögen im Inland zugreifen dürfe. Somit dürften als Reaktion auf die Verweigerung eines rechtsstaatlichen Verfahrens im haftenden Staat andere Staaten ihre Gerichte für Klagen gegen diesen öffnen. Staatsrechtlich besteht hier freilich das Problem, dass über Repressalien als Gegenstand auswärtiger Gewalt die Exekutive entscheidet, während es vorliegend um Maßnahmen der Judikative geht.

IV. Anwendbares Recht

1. Anwendbarkeit der Rom II-VO

Ist ein Gerichtsstand für die Schadensersatzklage gegen den Staat eröffnet, so stellt sich in der Folge die Frage nach dem anwendbaren Recht.

Parallel zur Brüssel I-VO ist auch der sachliche Anwendungsbereich der insoweit einschlägigen Rom II-VO¹⁰⁵ eingeschränkt. Nach ihrem Art. 1 Abs. 1 S. 2 gilt diese nämlich

¹⁰³ Hierzu oben S. 310.

¹⁰⁴ *Herdegen*, Völkerrecht, 8. Aufl. (2009), § 37 Rz. 7.

¹⁰⁵ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“) v. 11.7.2007 (ABl. EU 2007 Nr. L 199/40).

nicht für die Haftung des Staates für Handlungen oder Unterlassungen im Rahmen der Ausübung hoheitlicher Rechte („*acta iure imperii*“).

Nach Erwägungsgrund (9) erstreckt sich dieser Ausschluss auch auf Forderungen gegen im Namen des Staates handelnde Bedienstete und auf die Haftung für Handlungen öffentlicher Stellen, einschließlich der Haftung amtlich ernannter öffentlicher Bediensteter.

Aufgrund des engen Regelungszusammenhangs zwischen Brüssel I-VO¹⁰⁶ und Rom II-VO kann die zu ersterer ergangene *Lechouritou*-Entscheidung des EuGH¹⁰⁷ im Wege einer einheitlichen autonomen Begriffsauslegung auch im Rahmen von Art. 1 Abs. 1 Rom II-VO herangezogen werden. Danach ist die VO auf durch Kriegshandlungen verursachte Schäden nicht anwendbar.

2. Autonomes Recht

Somit bleibt die Bestimmung des anwendbaren Rechts dem autonomen Kollisionsrecht überlassen.

Nach in Deutschland fast einhelliger Ansicht ist auf Schadensersatzansprüche gegen den Staat aus *acta iure imperii* das Recht des haftenden Staates anwendbar.¹⁰⁸ Lediglich über den Begründungsansatz besteht Streit.

Die wohl h.M. leitet dies wiederum aus der Staatensouveränität ab, die es nicht gestatte, dass das Recht eines Staates über Hoheitsakte eines anderen Staates befände.¹⁰⁹ Ausgehend von der alleinigen Zuständigkeit deutscher Gerichte spricht dieser Ansatz zwar methodisch nicht dagegen, dass die Haftung des deutschen Staates von deutschen Gerichten nach ausländischem Recht beurteilt wird, da auch hinsichtlich der legislativen Immunität ein entsprechender Verzicht erfolgen kann. In der Rechtspraxis hat sich aber eine (einseitige) Kollisionsnorm des internationalen Verwaltungsrechts herausgebildet, die deutsches Sachrecht zur Anwendung bringt. Dies soll im Übrigen auch dann gelten, wenn sich die Haftung aus der Verletzung völkerrechtlicher Normen ergibt, da auch hier die Organisation des Apparates und die institutionelle Vorsorge, dass es nicht zu Verstößen gegen Primärregeln kommt, dem nationalen Recht unterliegen.¹¹⁰ Soweit deutsche Gerichte ausnahmsweise über die Haftung eines ausländischen Staates aus *acta iure imperii* zu entscheiden hätten, ergäbe sich die Anwendbarkeit des Rechts des haftenden Staates, soweit der betroffene Staat diese in Anspruch nimmt, unmittelbar aus dem Grundsatz der Staatenimmunität.

106 S. insbesondere Art. 5 Nr. 3 Brüssel I-VO.

107 Hierzu oben S. 314.

108 BT-Drucks 14/343, S. 10; BGH v. 26. 6. 2003, BGHZ 155, 279 (293); OLG Köln v. 3.12.1998, NJW 1999, 1555 = IPRax 1999, 251 m. Anm. Tomuschat, 237; LG Rostock v. 19.5.1995, IPRax 1996, 125 m. krit. Anm. Hay, 95; Staudinger/von Hoffmann (2001), Art. 40 EGBGB Rz. 109; MünchKomm/Junker, 4. Aufl. (2006), Art. 40 EGBGB Rz. 8; Palandt/Thorn, Art. 40 EGBGB Rz. 11.

109 So BT-Drucks 14/343, S. 10; OLG Köln v. 3.12.1998, NJW 1999, 1555 (1556); Staudinger/von Hoffmann (2001), Art. 40 EGBGB Rz. 109.

110 Dutta, AÖR 133 (2008), 191 (208).

Nach anderer Ansicht folgt die Anwendung des Rechts des haftenden Staates dagegen allein aus Wertungen des Internationalen Privatrechts.¹¹¹ Das Ordnungsinteresse des haftenden Staates zielt darauf, die eigene Organisation selbst zu bestimmen. Dies sei zu respektieren und deshalb über die Ausweichklausel des Art. 41 Abs. 1 EGBGB abweichend von der Tatortregel eine Näherbeziehung zum Recht des haftenden Staates anzunehmen.

Diese Begründung vermag indes nicht zu überzeugen. Der generelle Vorrang der kollisionsrechtlichen Interessen des haftenden Staates vor denen geschädigter Privater lässt sich kollisionsrechtlich nicht rechtfertigen, da den Ordnungsinteressen des Staates gleichgewichtige Parteiinteressen des Geschädigten sowie auch Verkehrsinteressen an der Einhaltung der Haftungsstandards am Unfallort gegenüberstehen.¹¹² Zwar kennt das IPR in einer Reihe von Fallgruppen eine kollisionsrechtliche Privilegierung des Schwächeren, eine Privilegierung des Stärkeren ist bislang indes unbekannt. Die Argumentation stellt letztlich somit doch auf die Sonderstellung des Staates bei hoheitlicher Tätigkeit ab. Dann ist es aber methodenehrlicher, den Weg über das Internationale Verwaltungsrecht zu beschreiten.

Einer vereinzelt¹¹³ angeführten Verstärkung des Ansatzes über das Interesse des Geschädigten an einer vollstreckbaren Entscheidung bedarf es dabei nicht, zumal diese Ansicht verkennt, dass eine Vollstreckung auch im Forumstaat bzw. in einem Drittstaat möglich ist.¹¹⁴

Die Eigenhaftung des Beamten sollte im Übrigen wegen des engen Sachzusammenhangs mit der Staatshaftung, insbesondere der Haftungsübernahme nach Art. 34 S. 1 GG, § 839 BGB, akzessorisch zu dieser angeknüpft werden, wobei hier nunmehr die Regeln des IPR zur Anwendung gelangen, im deutschen Kollisionsrecht also Art. 41 Abs. 1 EGBGB.¹¹⁵

Die bisweilen vorgeschlagene kollisionsrechtliche Abkopplung der Eigenhaftung des Beamten von der Staatshaftung (*depeçage*)¹¹⁶ verkennt die systematische Verzahnung zwischen beiden Komplexen und die Sonderbehandlung, die auch die Eigenhaftung des Beamten im materiellen Recht durch die Schaffung des § 839 BGB erfahren hat.

111 Schurig, JZ 1982, 385 (387 f.); Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (2006), S. 534; Münch-Komm/Junker, 4. Aufl. (2006), Art. 40 EGBGB Rz. 8; vgl. auch BGH v. 26.6.2003, BGHZ 155, 279 (293): „gemäß den allgemeinen kollisionsrechtlichen Regeln“.

112 Kahn-Freund, Delictual Liability and the Conflict of Laws, Rec cours 124 (1968-II), 1 (44): „should be able to rely on the social order of the country in which they are exposed to risk“.

113 von Hein, The Law Applicable to Governmental Liability for Violations of Human Rights in World War II, YBPrivIntL 3 (2001), 185 (215).

114 Instruktiv hierzu der *Dístomo*-Komplex; vgl. oben S. 306 f.

115 Staudinger/von Hoffmann (2001), Art. 40 Rn. 112; ebenso ohne nähere Begründung BT-Drucks. 14/343, S. 10; BaRo/Spickhoff, 2. Aufl. (2008), Art. 40 Rz. 9; w.Nachw. bei Dutta, AÖR 133 (2008), 191 (206, Fußn. 74). Hingegen stellt BGH v. 16.9.1993, BGHZ 123, 268 in der Nachfolgeentscheidung zu EuGH v. 21.4.1993 – Rs. C-172/91 (*Sonntag*), EuGHE 1993 I, 1963 in einem *obiter dictum* (s. S. 279 f.) auf den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt von Lehrer und geschädigtem Schüler ab.

116 Beitzke, Note an den Bundesgerichtshof, ZfRV 1977, 136 (136 f.).

3. Rechtsvergleichender Überblick

Ein kurzer rechtsvergleichender Überblick zeigt, dass selbst innerhalb Europas hinsichtlich der Anknüpfung der Staatshaftung keineswegs Einigkeit besteht.

So geht die österreichische Rechtsprechung¹¹⁷ bei Amtspflichtverletzungen österreichischer Beamter zwar traditionell von der Anwendbarkeit österreichischen Rechts aus, im berühmten *Diplomatenjagd*-Fall¹¹⁸ durchbrach der OGH aber diese Regelung und gelangte mangels öffentlich-rechtlicher Sonderbeziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem zur Anwendung des Tatortrechts. Freilich erscheint aufgrund der besonderen Umstände dieses Falles zweifelhaft, ob die Entscheidung verallgemeinerungsfähig ist.¹¹⁹

In Frankreich wird der öffentlichrechtliche Anspruch gegen den französischen Staat hingegen stets französischem Recht unterworfen; die entsprechende Kollisionsregel wird dem internationalen Verwaltungsrecht zugeordnet.¹²⁰

In England wiederum wurde die für das Deliktsstatut nach früherem Kollisionsrecht maßgebliche „*double actionability rule*“¹²¹ gerade anhand eines Amtshaftungsfalles entwickelt¹²² und in der Folge auf solche Fälle immer wieder angewandt. Dies erscheint auch konsequent, wird die Haftung der Verwaltungskörperschaft dort doch als Fall der „*vicarious liability*“ angesehen.¹²³

Noch im Jahre 2004 ermittelte der High Court¹²⁴ das auf die Schadensersatzansprüche wegen eines durch britische Soldaten im Kosovo verursachten tödlichen Vorfalls anwendbare Recht nach den Regeln des englischen IPR. Obwohl es sich bei dem Geschädigten um einen Kosovo-Albaner handelte, gelangte das Gericht freilich auf Grundlage der Ausweichklausel in Sect. 12 Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995 zur Anwendung englischen Rechts.

117 OGH v. 16.9.1958, JBl. 1959, 599 (601): bei Amtspflichtverletzungen österreichischer Beamter bestehe kein Zweifel, dass allein österreichisches Recht anwendbar sei; OGH v. 27.2.1996, IPRax 1997, 345 (346): Anspruch ist öffentlich-rechtlicher Natur, weshalb IPR gar keine Anwendung findet.

118 OGH v. 17.2.1982, JBl. 1983, 260: Auf einer Diplomatenjagd in Belgrad erschoss der österreichische Botschafter versehentlich seinen französischen Kollegen. Der OGH stellte fest, dass eine Diplomatenjagd eine hoheitliche Tätigkeit ist. Österreichisches Amtshaftungsrecht könne aber nur zur Anwendung kommen, wenn Schädiger und Geschädigter in einer speziellen öffentlich-rechtlichen Beziehung zueinander stünden. Diese Sonderverbindung ermögliche die Auflockerung des Deliktsstatuts. Fehle sie, sei der Schaden also anlässlich eines eher zufälligen Kontakts von Amtsträger und Verletztem eingetreten, könne keine Ausnahme vom allgemeinen Deliktsstatut gemacht werden.

119 S. etwa die Kritik von *Schurig*, Internationalrechtliches zum Staatshaftungsrecht, JZ 1982, 385 (387): Es liege gar kein hoheitliches Tätigwerden vor (Blattschuss *de iure imperii*). Bei gegenteiliger Auffassung sei auch das Opfer hoheitlich tätig geworden. Aufgrund des außergewöhnlichen Sachverhalts sei die Entscheidung in keinem Fall verallgemeinerungsfähig.

120 Conseil d'État v. 23.10.1987, AJDA 1987, 769; Conseil d'État v. 25.11.1988, D 1989, 343; Conseil d'État v. 16.6.1989, AJDA 1989, 648.

121 Hierzu *Cheshire/North/Fawcett*, Private International Law, 14. Aufl. (2008), S. 766 f.

122 *Phillips v. Eyre* (1870) LR 6 QB 1 (18 f.): Widerrechtliche Inhaftierung durch den Gouverneur von Jamaika.

123 *Church of Scientology of California v. Metropolitan Police Comr* (1976) 120 SolJ 690.

124 *Bici v. Ministry of Defence* [2004] EWHC 786 (QB) Rz. 2: drei britische Soldaten erschossen während einer UN-Friedensmission im Kosovo zwei Kosovo-Albaner und verwundeten zwei weitere Männer.

4. Ordre public

Im Einzelfall ist eine Korrektur des materiellrechtlichen Ergebnisses über den ordre public-Vorbehalt zu erwägen. In Betracht kommt eine solche indes nur in jenen seltenen Konstellationen, in denen das Gericht ausländisches Staatshaftungsrecht anwendet. Wird die *lex fori* angewandt, so unterliegt diese dagegen der unmittelbaren Kontrolle durch höherrangiges Recht, insbesondere das Verfassungsrecht der *lex fori* sowie – abhängig von dem diesem zugestandenem innerstaatlichen Rang – das Völkerrecht.¹²⁵

Der ordre public-Vorbehalt greift ein, wenn „das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts [...] im Einzelfall zu den Grundgedanken der deutschen Regelung und den in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen [...] in einem so schwerwiegenden Widerspruch steht, dass seine Anwendung für untragbar angesehen werden muss.“¹²⁶ Mit ordre public wird dabei derjenige Teil der inländischen Rechtsordnung umschrieben, dessen Beachtung auch im internationalen Rechtsverkehr unverzichtbar ist.

Dabei kann dem ordre public-Vorbehalt im Einzelfall durchaus eine positive Funktion zukommen. Fehlen auf der Ebene des ausländischen materiellen Rechts nämlich aus der Sicht der *lex fori* unerlässliche Regelungen, so ist zu erwägen, über den ordre public eine vom fremden Recht nicht vorgesehene Rechtsfolge anzuordnen. Die aus der Sicht der *lex fori* von vornherein bestehende Lücke (Wertungslücke, primäre Normenleere) ist bei Versagen einer Ersatzlösung in der *lex causae* dann mit der in dieser vermissten Norm der *lex fori* zu schließen. Diese modifiziert das fremde Recht in Form einer Ergänzung, ohne dass dessen Normen angepasst werden müssen.¹²⁷

Für die Beurteilung der ordre public-Widrigkeit maßgeblich ist der Zeitpunkt der Entscheidung.¹²⁸ Die Übereinstimmung der Regelung mit dem früheren Recht der *lex fori* schließt daher einen ordre public-Verstoß nicht aus.

Als eventuell verletzter Bestandteil des ordre public kommt vorliegend der Kompensationszweck des Haftungsrechts in Betracht. Dass dem Kompensationsgedanken auch im Völkerrecht große Bedeutung zukommt, zeigen etwa Art. 41 EMRK¹²⁹ sowie Art. 75 des (Römischen) Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs¹³⁰, wonach der Gerichtshof die Möglichkeit hat, gegen den Verurteilten eine Entschädigungsanordnung zugunsten des Opfers zu erlassen. Hierbei kann er den Umfang des Schadensersatzes im konkreten Fall aufgrund von ihm selbst zu entwickelnder Grundsätze festlegen. Freilich ist zu bedenken, dass der BGH in seiner aus diesem Grund heftig kritisierten *Distomo-*

125 MünchKomm/Sonnenberger, 4. Aufl. (2006), Art. 6 EGBGB Rz. 62.

126 BGH v. 18.6.1970, BGHZ 54, 123 (130, 132, 140); BGH v. 12.5.1971, BGHZ 56, 180 (191); BGH v. 20.6.1979, BGHZ 75, 32.

127 MünchKomm/Sonnenberger, 4. Aufl. (2006), Art. 6 EGBGB Rz. 95; Beispiele hierfür sind das Scheidungsrecht sowie die Verjährungsregeln.

128 BGH v. 14.12.1988, IPRax 1990, 55; BGH v. 26.2.1991, IPRax 1992, 380.

129 „Stellt der Gerichtshof fest, dass diese Konvention oder die Protokolle dazu verletzt worden sind, und gestattet das innerstaatliche Recht der Hohen Vertragspartei nur eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Folgen dieser Verletzung, so spricht der Gerichtshof der verletzten Partei eine gerechte Entschädigung zu, wenn dies notwendig ist.“ Vgl. dazu *Dannemann*, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention (Diss. 1993).

130 Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs v. 17.7.1998 (BGBl. 2000 II, 1394). Hierzu näher: *Herdegen*, Völkerrecht, 8. Aufl. (2009), § 61 Rz. 4 ff.; *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht, 11. Aufl. (2005), Rz. 1190 ff.

Entscheidung selbst zum Ergebnis gelangt ist, dass ein Amtshaftungsanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen des im Zweiten Weltkrieg von deutschen Soldaten verübten Massakers an der ausländischen Zivilbevölkerung nicht besteht. Eine Heranziehung des *ordre public*-Vorbehalts gegenüber einem im Ergebnis gleichlautenden ausländischen Haftungsrecht dürfte insoweit deshalb ausgeschlossen sein. Demgegenüber soll das heutige Amtshaftungsrecht auch bei bewaffneten Auslandseinsätzen anwendbar sein.¹³¹

Möglich erscheint ein Eingreifen des *ordre public*-Vorbehalts hingegen, wenn nach innerstaatlichem Recht des haftenden Staates die Rechtswidrigkeit der Handlung unter Berufung auf ideologische oder religiöse Staatsziele verneint wird.¹³²

5. Exkurs: Haftung für Schäden durch stationierte Truppen

a) Art. 8 Abs. 5 NATO-Truppenstatut

Deliktische Ansprüche gegen Mitglieder einer NATO-Truppe oder deren ziviles Gefolge unterliegen in Deutschland einem Sonderregime:¹³³

Auf in Ausübung des Dienstes verursachte Schäden findet das Tatortrecht Anwendung. Bei grenzüberschreitenden Distanzdelikten ist nach bislang h.M.¹³⁴ auf das Recht des Handlungsorts abzustellen, nach a.A. gilt das Recht des Erfolgsorts¹³⁵ bzw. das Ubiquitätsprinzip¹³⁶. Für die h.M. spricht dabei ganz wesentlich, dass sie besser in Einklang mit den Kollisionsregeln zur Staatshaftung zu bringen ist. Wie gesehen, haftet der Staat regelmäßig nach seinem eigenen Recht. Gelegentlich wird aber in völkerrechtlichen Verträgen das Recht des Staates für anwendbar erklärt, in dem die Organe des haftenden Staates tätig geworden sind.¹³⁷ Eine solche Ausnahme stellt das NATO-Truppenstatut dar, da es eine Haftung des Entsendestaates nach dem Recht des Aufnahmestaates vorsieht. Diese Haftung muss jedoch auf Truppen beschränkt bleiben, die im Aufnahmestaat tätig sind. Sie erstreckt sich nicht auf Truppen, welche in anderen Staa-

131 *So obiter dictum* des OLG Köln in *Varvarin*-Entscheidung v. 28. 7. 2005, NJW 2005, 2860 (2862); anders noch LG Bonn v. 10.12.2003, JZ 2004, 572 (574); offen gelassen durch BGH v. 26.6.2003, BGHZ 155, 279 (300); BGH v. 2.11.2006, BGHZ 169, 348 (358); für eine Anwendbarkeit des nationalen Amtshaftungsrecht auch OGH v. 27.2.1996, IPRax 1997, 345.

132 *Fischer*, FS Remmer 1995, 447 (453 ff.); a.A. wohl *Hay*, Zivilrechtliche Eigenhaftung staatlicher Mitarbeiter für DDR-Unrecht, IPRax 1996, 95 (99).

133 Die Regelung gilt nicht für Schadensfälle innerhalb der Truppe (Art. 41 Abs. 6 Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut [BGBl. 1961 II, 1183]) sowie gegenüber Angehörigen der Truppe (BGH v. 18.10.1988, VersR 1989, 54 m. Anm. *Wandt*, 266).

134 BGH v. 20.1.1972, IPRspr 1972 Nr. 18 (auf deutschem Hoheitsgebiet verankerter Teil einer Schiffsbrücke der französischen Streitkräfte riss sich los und beschädigte ein auf dem Rhein fahrendes Motorschiff); BGH v. 30. 5. 1983, BGHZ 87, 321 (keine Anwendung des NATO-Truppenstatuts bei von belgischen Truppen auf belgischem Truppenübungsplatz ausgehenden Beeinträchtigungen auf deutsches Grundstück); *Staudinger/von Hoffmann*, Art. 40 EGBGB Rz. 121.

135 *Arndt*, Stationierungsschäden, VersR 1973, 481 (482).

136 *Beitzke*, Sonderprivatrecht und Kollisionsrecht im NATO-Truppenstatut, in: *Musielak/Schurig* (Hrsg.), FS Kegel (1987), 33 (47 f.).

137 Vgl. etwa Art. 43 des Übereinkommens v. 19.6.1990 zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen v. 14.6.1985 (BGBl. 1993 II, 1010). Hiernach haftet der Heimatstaat des Beamten, wenn dieser bei Observation eines Verdächtigen im Ausland oder im Rahmen der polizeilichen Nacheile im ausländischen Staat einen Schaden verursacht hat, nach dem am Ort des Einschreitens (Handlungsort) geltenden Recht.

ten tätig sind und über die Grenze auf das Territorium des „Aufnahmestaates“ einwirken. Daher ist allein der Handlungsort entscheidend. Liegt dieser in Deutschland, so sind das NATO-Truppenstatut und seine Nebengesetze anwendbar; nach Art. 8 Abs. 5 NATO-Truppenstatut unterliegt der Schadensersatzanspruch gegen den Entsendestaat in der Folge deutschem Sachrecht.

Indes wird nicht allgemein auf die deutschen Haftungsregeln verwiesen. Vielmehr wird die Fiktion aufgestellt, dass ein von ausländischen Truppen verursachter Schaden so zu behandeln ist, als sei er von der Deutschen Bundeswehr verursacht worden. Es finden also diejenigen gesetzlichen Vorschriften Anwendung, die für die Bundeswehr in einem entsprechenden Fall gelten würden.¹³⁸

In prozessualer Hinsicht kann der Geschädigte im Anschluss an das behördliche Verfahren Klage vor deutschen Zivilgerichten erheben (Art. 12 Ausführungsgesetz¹³⁹). Es besteht somit keine staatliche Immunität des Entsendestaates. Freilich tritt in dem Verfahren die Bundesrepublik Deutschland als Prozesstandshafterin für den Entsendestaat auf; die Klage ist somit gegen diese zu richten (Art. 12 Abs. 1, 2 AG).¹⁴⁰

b) Art. 2 § 16 Streitkräfteaufenthaltsgesetz

Die Haftung für Mitglieder ausländischer Streitkräfte aus Drittstaaten, die nicht der NATO angehören und sich vorübergehend in Deutschland aufhalten, erfolgt nach Maßgabe von Art. 2 § 16 Streitkräfteaufenthaltsgesetz (SkAufG)¹⁴¹. Durch Art. 1 SkAufG wird die Bundesregierung ermächtigt, mit dem jeweiligen ausländischen Staat eine Vereinbarung zu schließen, deren Inhalt durch die in Art. 2 SkAufG enthaltenen Regelungen festgeschrieben ist.¹⁴² Die Haftungsregeln des Art. 2 § 16 SkAufG orientieren sich dabei am NATO-Truppenstatut.¹⁴³

V. Anerkennung und Vollstreckung

1. Brüssel I-VO

Aus den oben beschriebenen Gründen ist die Brüssel I-VO auf die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen, in denen ein Staat wegen Besatzungsschäden zu Schadensersatzzahlungen verurteilt wird, sachlich nicht anwendbar.

138 Vgl. BGH v. 8.11.1984, NJW 1985, 1081; näher hierzu Staudinger/von Hoffmann (2001), Art. 40 EGBGB Rz. 124.

139 Gesetz zu dem Abkommen zwischen den Parteien des Nordatlantikvertrags v. 19.6.1951 über die Rechtsstellung ihrer Truppen und zu den Zusatzvereinbarungen v. 3.8.1959 zu diesem Abkommen v. 18.8.1961 (BGBl. II, 1183).

140 Zu den weiteren Einzelheiten Staudinger/von Hoffmann (2001), Art. 40 EGBGB Rz. 127.

141 Gesetz über die Rechtsstellung ausländischer Streitkräfte bei vorübergehenden Aufenthalten in der Bundesrepublik Deutschland v. 20.7.1995 (BGBl. II, 554).

142 Vgl. etwa Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung von Neuseeland über den vorübergehenden Aufenthalt von Mitgliedern der Streitkräfte von Neuseeland auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland v. 4.11.2008 (BGBl. 2009 II, 167).

143 MünchKomm/Junker, 4. Aufl. (2006), Art. 40 EGBGB Rz. 198.

2. Autonomes Recht

a) Anerkennungshindernis fehlender Gerichtsbarkeit des Erststaates

Somit unterliegt die Vollstreckung dem autonomen Verfahrensrecht, in Deutschland der ZPO. Neben den Anerkennungshindernissen nach § 328 ZPO ist dabei die weitere (ungeschriebene) Anerkennungsvoraussetzung der Gerichtsbarkeit des Erststaates zu prüfen, welche dem Erfordernis der internationalen Zuständigkeit (§ 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) logisch vorgelagert ist.¹⁴⁴ Die Frage der Gerichtsbarkeit ist dabei auf der Grundlage des deutschen Rechts zu entscheiden (insbes. §§ 18 ff. GVG).

Deshalb wurde den Entscheidungen der griechischen Gerichte zu Recht die Anerkennung versagt.¹⁴⁵ Gleiches hätte in Italien auf der Grundlage von Art. 64 IPRG erfolgen müssen.

b) Materielle rechtlicher ordre public

Ein weiterer Begründungsansatz zur fehlenden Vollstreckbarkeit ausländischer Entscheidungen, in denen die Bundesrepublik Deutschland wegen während des Zweiten Weltkriegs verübten Unrechts zu Schadensersatzleistungen verurteilt wurde, setzt am Anerkennungshindernis des Verstoßes gegen den materiellen ordre public (§ 324 Abs. 1 Nr. 4 ZPO) an.

Zum einen leitet der BGH in seinem *Distomo*-Urteil vom 26. Juni 2003 die Anerkennungsvoraussetzung der Gerichtsbarkeit des Urteilsstaats unter anderen aus dem Gesichtspunkt des materiellen ordre public ab.¹⁴⁶

Zum anderen sieht *von Hein*¹⁴⁷ in den Zwangsarbeiterfällen einen Verstoß gegen den deutschen ordre public darin begründet, dass das ausländische Gericht das Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“, dem er den Charakter einer Eingriffsnorm zuspricht, unbeachtet gelassen habe. Freilich ist diesem Ansatz entgegenzuhalten, dass nicht alle Eingriffsnormen Teil des deutschen ordre public sind, deren Missachtung folglich nicht notwendigerweise einen ordre public-Verstoß begründet. Es bedürfte somit einer genauen Begründung, warum die im Stiftungsgesetz enthaltenen Regelungen Ausdruck „wesentlicher Grundsätze des deutschen Rechts“ sind.

c) Vollstreckungsimmunität

Zur Frage der Vollstreckungsimmunität ergeben sich im Zusammenhang mit dem Gegenstand dieses Beitrags keine Besonderheiten, weshalb auf nähere Ausführungen verzichtet werden soll.

Dass Fragen der Vollstreckungsimmunität gerade auch im Zusammenhang mit dem *Distomo*-Komplex virulent werden, zeigt die Auseinandersetzung über die drohende Vollstreckung in die am Comer See gelegene Villa Vigoni. Strittig ist, ob auch kulturelle

144 BGH v. 26.6.2003, NJW 2003, 3488; OLG *Frankfurt*, IPRax 1982, 71 (73).

145 So auch BGH v. 26.6.2003, BGHZ 155, 279 (282).

146 BGH v. 26.6.2003, BGHZ 155, 279 (282).

147 *von Hein*, YbPrivIntL 3 (2001), 185 (188).

Einrichtungen eines Staates Vollstreckungssimmunität genießen, die doch primär Staatsvermögen schützt, welches hoheitlichen Zwecken dient.¹⁴⁸ Die Frage ist gleichfalls Gegenstand des von Deutschland gegen Italien vor dem IGH eingeleiteten Verfahrens.¹⁴⁹

VI. Sonderfall: Haftung bei Beteiligung der Vereinten Nationen?

Zum Abschluss noch einige Bemerkungen zur Haftung im Falle des Einsatzes nationaler Streitkräfte im Rahmen der Vereinten Nationen bzw. kollektiver Sicherheitssysteme.

Insoweit ist streng zwischen einer möglichen Enthftung des truppenstellenden Staates und einer Haftung der internationalen Organisation zu unterscheiden.¹⁵⁰

1. „Enthftung“ des truppenstellenden Staates?

Zur Frage der Enthftung des truppenstellenden Staates liegen bereits mehrere Entscheidungen nationaler Gerichte vor, die im Ergebnis teils erheblich voneinander abweichen.

Die bereits eingangs zitierten Entscheidungen der Rechtbank 's-Gravenhage vom 10. Juli sowie vom 10. September 2008¹⁵¹ prüften die Frage der Enthftung nach „Völkerrecht“. Da die UN „operational command and control“ über das niederländische Kontingent der Friedenstruppe ausgeübt hätten, seien dessen Handlungen ausschließlich den Vereinten Nationen und nicht den Niederlanden zuzurechnen, und zwar unabhängig davon, ob deren Verhalten rechtswidrig war oder nicht. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die Niederlande in die Befehlskette eingegriffen und die UN-Verantwortung damit beseitigt hätten, wofür der Kläger beweispflichtig gewesen wäre.

Anders der OGH in einer Entscheidung vom 27. Februar 1996,¹⁵² die im Wesentlichen österreichisches Amtshaftungsrecht anwendet: Aus der Weisungsbefugnis von Vorgesetzten der Vereinten Nationen könne noch nicht darauf geschlossen werden, dass ein Angehöriger des österreichischen Bundesheeres im Ausland aus dem Vollzugsbereich

148 Herdegen, Völkerrecht, 8. Aufl. (2009), § 37 Rz. 8; Stein/von Buttlar, Völkerrecht, 11. Aufl. (2005), Rz. 722.

149 Klage v. 23.12.2008; abrufbar unter <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/14923.pdf>.

150 Vgl. hierzu zum einen den Fall des Internationalen Zinnrats, bei dem Verfahren gegen den Zinnrat selbst und einzelne Mitglieder vor britischen und US-amerikanischen Gerichten eingeleitet wurden, House of Lords, *J.H. Raymer Ltd. v. Department of Trade* [1990], 2 AC 418, sowie zum anderen die aus den militärischen Operationen der NATO gegen Jugoslawien im Jahr 1999 herrührenden Rechtsfragen: Einerseits zahlte die NATO freiwillig Schadensersatz für Schäden, die Einzelne durch fehlgesteuerte Raketen erlitten hatten. Andererseits wurden im Verfahren Jugoslawiens vor dem IGH sowie einzelner jugoslawischer Bürger vor dem EGMR nicht die NATO, sondern NATO-Mitgliedstaaten verklagt, ohne dass dies in der Mehrzahl der Fälle von den Beklagten beanstandet worden wäre (Ausnahme waren Kanada vor dem IGH und Frankreich vor dem EGMR; hierzu *Schmalenbach*, Die Haftung Internationaler Organisationen [2004], S. 544 ff.). Ein Problem hätte zudem darin bestanden, dass die NATO in beiden Fällen nicht Vertragspartei des jeweiligen Übereinkommens ist. Hierzu *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, 4. Aufl. (2003), § 1590A: „this is a legal vacuum. NATO has both the capacity (as it is a legal person) and the power [...] to carry out military action, but cannot itself be held responsible for such action.“

151 265615 / HA ZA 06-1671 bzw. 265619 / HA ZA 06-1672.

152 IPRax 1997, 345.

des österreichischen Staates entlassen worden sei. Blieben solche Organe aber österreichische Staatsorgane, die zur Setzung von Staatsakten außerhalb des Staatsgebiets ermächtigt sind, träten sie also weiterhin als Träger österreichischer Hoheitsgewalt auf, so bleibe der österreichische Staat auch während des Auslandseinsatzes weiterhin deren Rechtsträger und zwar nicht nur in organisatorischer, sondern auch in funktionaler Hinsicht. Zudem unterstände das AUSBATT im vorliegenden Fall zwar dem „*Force Kommando*“ UNDOF (Golan-Höhen), sei aber von der Republik Österreich entsandt und auch wieder abrufbar.

Ähnlich urteilte auch der englische High Court in der bereits erwähnten Entscheidung *Bici v. Ministry of Defence*:¹⁵³ Drei britische Soldaten töteten im Rahmen der UN-Friedensmission im Kosovo zwei Kosovo-Albaner und verwundeten zwei weitere schwer. – „The Crown retained command of the British forces notwithstanding that they were acting under the auspices of the UN.“

Mir scheint es konsequent, auch die Frage der Enthftung des truppenstellenden Staates als *actus contrarius* dem Recht des haftenden Staates zu unterstellen, wobei selbstverständlich auch die Normen des Völkerrechts als Teil der innerstaatlichen Rechtsordnung zur Anwendung gelangen.

Im deutschen Recht ist im vorliegenden Zusammenhang sodann die Zurechnungsnorm des Art. 34 S.1 GG zu beachten, wonach die Verantwortlichkeit des Amtsträgers auf den Staat oder die Körperschaft übergeleitet wird, in deren Dienst er steht.¹⁵⁴ Freilich endet diese Verantwortlichkeit nach der Rechtsprechung dann, wenn die andere öffentliche Körperschaft uneingeschränkt über die Dienste des Beamten verfügt und ihr diese Dienste zugute kommen.¹⁵⁵ Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn das *full command* auf die Organisation, also etwa die NATO oder die Vereinten Nationen übergegangen ist, obgleich es auch dann stets ein nationales Rückholrecht gibt, welches eine uneingeschränkte Verfügungsmacht eigentlich ausschließt. Bei NATO-Einsätzen bleibt zudem das *full command*, d.h. die alle Gebiete des militärischen Bereichs umfassende Befehlsgewalt, beim Vertragsstaat, während die *operational* bzw. *tactical command* oder *control*, d.h. die für den konkreten Einsatz übertragene Befehlsgewalt, dem NATO-Befehlshaber zusteht.¹⁵⁶

2. Haftung der Vereinten Nationen

Ganz anders verhält es sich mit der eventuellen Haftung internationaler Organisationen, insbesondere der Vereinten Nationen.

153 *Bici v. Ministry of Defence* [2004] EWHC 786 (QB).

154 *Dutta*, AÖR 133 (2008), 191 (228); Dreier/Wieland, 2. Aufl. (2006), Art. 34 GG Rz. 34.

155 RG v. 4.2.1942, RGZ 168, 361 (368 f.); BGH v. 14.7.1952, BGHZ 7, 76 (77).

156 NATO Handbook, NATO Office of Information and Press (2001), S. 258 f.; Schmalenbach, Die Haftung Internationaler Organisationen (2004), S. 548 f. Zur Mithaftung für durch andere am Auslandseinsatz beteiligte Streitkräfte verursachte Schäden vgl. *Dutta*, AÖR 133 (2008), 191 (227), unter Hinweis auf § 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Alt. 2 BGB (Mittäter- bzw. Gehilfenhaftung, die Vorsatz erfordert).

a) *Gerichtsstand*

Den Vereinten Nationen steht eine umfassende Immunität gegenüber deliktischen Klagen zu; ein Verzicht ist möglich, aber selten.¹⁵⁷ Nach h.M. geht diese Immunität sogar noch weiter als im Falle von Staaten, da sie nicht auf die Haftung aus *acta iure imperii* beschränkt ist.¹⁵⁸ Grund ist, dass eine umfassende Immunität erforderlich ist, damit die Organisation ihre Aufgaben voll erfüllen kann.

Eine Ausnahme soll dann gelten, wenn die Organisation de facto als Staat agiert, wie etwa im Falle von Schäden, die seit 1999 im Rahmen der UN Mission im Kosovo (UNMIK) verursacht wurden: „The rationale for classical grants of immunity, however, does not apply to circumstances prevailing in Kosovo, where the interim civilian administration (UNMIK) in fact acts as a surrogate state. It follows that the underlying purpose of a grant of immunity does not apply as there is no need for a government to be protected against itself.“¹⁵⁹

Im Regelfall sind Schadensersatzansprüche gegen Organisationen wie die Vereinten Nationen aber nur auf völkerrechtlichem Wege – also über den Heimatstaat – erzwingbar oder Gegenstand von freiwilligen Zahlungen (*ex gratia*-payments). Als Beispiel für Letzteres mag die UN Operation im Kongo (ONUC) von Juli 1960 bis Juni 1964 dienen: Ca. 1400 belgische Staatsangehörige machten Ansprüche geltend, 581 davon wurden anerkannt. Die UN zahlten die Pauschale von 1,5 Mio US-Dollar an Belgien, das die Auszahlung an die Anspruchsteller übernahm.¹⁶⁰

In der Praxis der Vereinten Nationen hat sich im Rahmen der friedenserhaltenden Missionen das System besonderer *Local Claims Review Boards* sowie bei Bedarf eines sich anschließenden streitigen Verfahrens vor einer *Standing Claims Commission* etabliert, das auf dem jeweiligen Status-Abkommen mit dem betreffenden Aufenthaltsstaat basiert.¹⁶¹

Gleichwohl stellt sich aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes zukünftig die Frage nach Schaffung eines besonderen Gerichtshofs, der – wie im Falle der EU der EuGH¹⁶² – für deliktische Klagen gegen die Organisation allein zuständig wäre.

157 *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, 4. Aufl. (2003), § 604; UN Office of Legal Affairs, UNJY 1984, S. 188 f.: „It is not necessary for international organizations to claim the immunities to which they are entitled since such immunity exists as a matter of law and is a fact of which judicial notice must be taken.“ S. auch Art. 105 Abs. 1 UN-Charta: „Die Organisation genießt im Hoheitsgebiet jedes Mitglieds die Vorrechte und Immunitäten, die zur Verwirklichung ihrer Ziele erforderlich sind.“

158 *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, 4. Aufl. (2003), § 1610 m.w.Nachw. in Fußn. 178; a.A.: Corte di Cassazione v. 18.10.1982 (n. 5399), UNJY 1982, 234 (236): Immunität der UN nur bei *acta iure imperii*.

159 Ombudsman for Kosovo, zitiert nach: *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, 4. Aufl. (2003), § 1611 (S. 1025).

160 *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, 4. Aufl. (2003), § 1858 m.w.Nachw. in Fußn. 610, 611.

161 Vgl. etwa das Modell-Statusabkommen für Peace-keeping-Streitkräfte vom 9.10.1990: VII. Settlement of Disputes. 51. „Except as provided in paragraph 53, any dispute or claim of a private law character to which the United Nations peace-keeping operation or any member thereof is a party and over which the courts of (host country/territory) do not have jurisdiction because of any provision of the present Agreement, shall be settled by a standing claims commission to be established for that purpose. [...]“. Zur Entwicklung der Entschädigungspraxis im Rahmen von UN-Friedensmissionen vgl. *Schmalenbach*, Die Haftung internationaler Organisationen (Habil. 2004), 166 passim, insbes. 448-509.

162 *Hobe*, Europarecht, 4. Aufl. (2009), Rz. 375; *Herdegen*, Europarecht, 8. Aufl. (2006), § 10 Rz. 1 ff.

b) *Anwendbares Recht*

Entsprechendes gilt für die auf eventuelle Schadensersatzansprüche anwendbare Rechtsordnung. Als Anspruchsgrundlage kommt, wenn überhaupt, nur internationales Recht in Frage.¹⁶³

Dieses wäre freilich Gegenstand eines eigenen Beitrags.

Prägnant erscheint insoweit die Stellungnahme von Lord *Griffiths* im *Tin Council Case*¹⁶⁴: „But this end must be pursued through diplomacy and an international solution must be found to an international problem; it can not be solved through English domestic law.“¹⁶⁵

163 S. Office of Legal Affairs of the UN, UNJY 1976, S. 177: „We hold the view that clear obligations of the UN should be paid, regardless of whether there is an appropriate resolution, or whether the organization has a claim against a third party for the sum in question on which it has not yet been able to collect; UN Secretariat, UN Doc. A/51/389, S. 4: „[t]he international responsibility of the United Nations for the activities of United Nations forces is an attribute of its international legal personality and its capacity to bear international rights and obligations“. Diese Prinzipien wurden z.B. auf einen Hubschrauberunfall während eines autorisierten Besuchs bei UN-Friedenstruppen (UNFICYP) angewandt: Die UN als Beförderer „could and normally would be held liable by third parties“. Ob letztlich die UN oder das Vereinigte Königreich als Eigentümer des Hubschraubers die Kosten des Schadensersatzes trage, hänge von der Vereinbarung zwischen beiden ab (UNJY 1980, S. 184 f.). S. auch die Arbeiten der International Law Commission zur „Responsibility of international organizations“ (http://untreaty.un.org/ilc/guide/9_11.htm). Hiernach sollen im Wesentlichen die Regeln der Staatenverantwortlichkeit auf internationale Organisationen *mutatis mutandis* Anwendung finden.

164 *Maclaine Watson & Co. Ltd. v. International Tin Council* EWCA [1989] 1 W.L.R. 969, [1988] 3 All ER 364.

165 *Maclaine Watson & Co. Ltd. v. International Tin Council* EWCA [1989] 1 W.L.R. 969 (679).

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Karsten Thorn, LL.M. (Georgetown), Hamburg

- (1) Nach dem heute ganz herrschenden Grundsatz der begrenzten Staatenimmunität kann ein Staat nur für hoheitliches Verhalten („*acta iure imperii*“) Befreiung von der Gerichtsbarkeit eines fremden Staates beanspruchen, nicht dagegen für nicht-hoheitliches Verhalten („*acta iure gestionis*“).
- (2) Die Abgrenzung zwischen hoheitlichem und nicht-hoheitlichem Verhalten sollte auf der Grundlage rechtsvergleichender Methodik völkerrechtlich autonom erfolgen. Hilfsweise ist die Abgrenzung aus Gründen der Staatensouveränität nach dem Recht des haftenden Staates als *lex causae* vorzunehmen (Qualifikationsverweisung).
- (3) Eine Einschränkung der Staatenimmunität bei schweren Menschenrechtsverletzungen, wie sie insbesondere von italienischen und griechischen Gerichten vertreten wird, ist nicht Bestandteil des geltenden Völkerrechts.
- (4) Dagegen finden sich in den einschlägigen völkerrechtlichen Übereinkommen sowie in der Staatenpraxis behutsame Einschränkungen der Staatenimmunität für im Forumstaat begangene Delikte, wobei insoweit auf den Handlungsort abzustellen ist. Hiervon bislang nicht erfasst werden freilich von ausländischen Streitkräften verursachte Schäden.
- (5) Sollten die Regeln zur Staatenimmunität zukünftig im Wege der Fortentwicklung des Völkerrechts eine Einschränkung erfahren, so ist eine rückwirkende Anwendung auf in der Vergangenheit liegende Schadensereignisse zulässig. Da die Immunitätsregeln prozessrechtlich zu qualifizieren sind, gilt hier grundsätzlich der Vorrang der *lex praesens*.
- (6) Zur Wahrung des Rechts auf rechtliches Gehör sollte bei Rechtsverweigerung vor den Gerichten des haftenden Staates eine Not-/Ersatzzuständigkeit der Gerichte des Tatortstaates in Erwägung gezogen werden. Dies gilt nicht nur für den Fall, dass eine Geltendmachung der Ansprüche aus prozessualen Gründen unmöglich bzw. aussichtslos ist, sondern auch bei Fehlen jeglicher materiellrechtlicher Anspruchsgrundlagen, sowohl auf zivilrechtlicher als auch auf völkerrechtlicher Ebene.
- (7) Brüssel I-VO und Rom II-VO sind derzeit nicht auf die Haftung des Staates für hoheitliches Handeln anwendbar. Sollte zukünftig der sachliche Anwendungsbereich der Verordnungen insoweit ausgeweitet werden, wäre hierin zugleich ein Immunitätsverzicht der EU-Mitgliedstaaten zu sehen. Dies gilt nicht für Drittstaaten.
- (8) Schadensersatzansprüche gegen den Staat aus hoheitlichem Handeln unterliegen dem Recht des haftenden Staates. Diese Kollisionsregel des Internationalen Verwaltungsrechts ergibt sich erneut aus dem Grundsatz der Staatensouveränität. Freilich kann jeder Staat auf die ihm zustehende legislative Immunität verzichten und Ansprüche gegen ihn den allgemeinen Kollisionsregeln und somit u.U. auch fremdem Sachrecht unterwerfen.
- (9) Die Eigenhaftung des Beamten unterliegt den allgemeinen Kollisionsregeln, ist aber aus Gründen des Sachzusammenhangs akzessorisch zur Staatshaftung anzuknüpfen.

(10) Im konkreten Einzelfall kann eine Korrektur des Ergebnisses der Anwendung ausländischen Staatshaftungsrechts über den *ordre public* erfolgen. Dies kommt etwa dann in Betracht, wenn das ausländische Recht keinerlei Haftungsnormen enthält oder die Rechtswidrigkeit staatlichen Handelns unter Berufung auf ideologische oder religiöse Staatsziele verneint wird.

(11) Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile, die unter Verletzung der geltenden Regeln zur Staatenimmunität ergangen sind, scheitert am Anerkennungshindernis fehlender Gerichtsbarkeit des Urteilsstaates.

(12) Nimmt ein Staat an Einsätzen der Vereinten Nationen oder kollektiver Sicherheitssysteme teil, so sollte für die Frage der „Enthftung“ des truppenstellenden Staates als *actus contrarius* das Recht des truppenstellenden Staates maßgeblich sein.

(13) Die Haftung der internationalen Organisation, insbesondere der Vereinten Nationen, unterliegt hingegen eigenen, rein völkerrechtlichen Regeln.

Summary

Indemnity claims of civilians against foreign occupying powers
by Prof. Dr. Karsten Thorn, LL.M. (Georgetown), Hamburg

- (1) According to the theory of restricted state immunity, which is the prevailing legal opinion today, a state can only be exempted from the jurisdiction of another state for sovereign acts, (“*acta iure imperii*”) not for non-sovereign acts (“*acta iure gestionis*”)
- (2) The distinction between sovereign and non-sovereign acts should be drawn according to autonomous public international law on the basis of a comparative methodology. Alternatively, for reasons of state sovereignty, the distinction should be drawn based on the liable state’s law as *lex causae* (Qualifikationsverweisung).
- (3) A limitation to state immunity in cases of grave violations of human rights as held by Italian and Greek courts in particular, is not part of contemporary international law.
- (4) In contrast, in respective conventions under international law and in state practice one can find cautious restrictions of state immunity for torts committed in the forum state, by referring to the place of the action. Admittedly, so far damages caused by foreign military forces are not included herein.
- (5) Should the rules concerning state immunity be restrained in the course of further developments in public international law, a retroactive application of these restrictions is admissible. As the rules concerning state immunity are qualified as procedural, the *lex praesens* is primarily applicable.
- (6) In order to protect the right to be heard, an alternative/substitute jurisdiction of the courts of the state, in which the tort took place should be considered for cases of denial of justice by the courts of the liable state. This does not only apply to cases, in which an assertion of rights is impossible or hopeless for procedural reasons, but also in cases, in which a substantive basis for the claim is absent, be it on a civil- or international law level.
- (7) The Brussels-I and Rome II regulations are currently not applicable to the liability of a state for sovereign acts. Should the scope of application be broadened in this regard, this would imply a waiver of state immunity for the EU-member states. This does not apply to non-EU countries (third countries).
- (8) Indemnity claims against a state due to a sovereign act are subject to the law of the liable state. This conflict rule of international administrative law also results from the principle of state sovereignty. Admittedly, every state can waive its legislative immunity and submit itself to the general rules of conflict and thereby possibly foreign substantive law.
- (9) The individual responsibility of civil servants is subject to the general rules of conflict, however, due to factual connections, the connecting factor orientates itself by that for state liability (secondary connection rule).
- (10) In certain cases the results of applying foreign state liability law may be corrected by applying the *ordre-public* exception. For instance this is possible in cases in which the

foreign law does not contain any liability standards or in which the illegality of public acts is denied due to ideological or religious state objectives.

(11) The recognition and enforcement of foreign judgments, which infringe the current laws of state immunity fail due to the fact that the courts of the state in which the judgment was given had no jurisdiction.

(12) If a state participates in missions of the United Nations or other collective security systems, the question of “release from liability” for the troop-allocating state as *actus contrarius* should be solved according to the law of the troop-allocating state.

(13) However, the liability of international organizations, in particular the United Nations, is subject to separate rules of public international law.

Wiederherstellung von Staatlichkeit nach militärischen Konflikten

Mögliche Funktionen von Besatzungsmächten, Internationalen Organisationen und dritten Staaten

Von Prof. Dr. Kirsten Schmalenbach, Graz

- A. Einleitung
- B. Maßnahmen zur Wiederherstellung der kriegsgeschädigten Staatlichkeit
 - I. Operative Konzepte
 - II. Wiederherstellung staatlicher Kernfunktionen
 - 1. Sicherheitsfunktion des Staates
 - a) Besatzungsmaßnahmen
 - b) Internationales State Building
 - 2. Existenzsicherungsfunktion des Staates
 - a) Besatzungsmaßnahmen
 - b) Internationales State Building
 - 3. Repräsentationsfunktion des Staates
 - a) Besatzungsmaßnahmen
 - b) Internationales State Building
 - III. Interventionsintensität: Von Assistenz mit Reservefunktion bis Territorialverwaltung
 - 1. Besatzungssituation
 - 2. Internationales State Building
- C. Rechtlicher Rahmen der Staatsaufbaumaßnahmen
 - I. Besatzungsmächte
 - 1. Art. 43 Haager Landkriegsordnung
 - a) Militärische Notwendigkeit
 - b) Politische Notwendigkeit
 - c) Aufgabenbezogene Notwendigkeit
 - 2. Art. 64 der IV. Genfer Konvention
 - 3. Menschenrechte
 - a) Nationale Menschenrechtsverpflichtungen
 - b) Internationale Menschenrechtsverpflichtungen
 - aa) Universelle Menschenrechte
 - bb) Regionale Menschenrechte
 - cc) Art. 43 HLKO i.V.m. Art. 64 der IV. GK im Lichte der Menschenrechte
 - dd) Menschenrechte und Verfassungsoktroi
 - ee) Art. 25 IPBPR: Wahlen im besetzten Gebiet
 - 4. Selbstbestimmungsrecht des Volkes
 - a) Selbstbestimmungsrecht und souveräne Gleichheit
 - b) Selbstbestimmungsrecht und vertriebenes Unrechtsregime
 - 5. Verpflichtung, keinen gescheiterten Staat zu hinterlassen?
 - 6. State Building-Mandat nach dem VII. Kapitel der UN-Charta
 - II. Dritte Staaten und Organisationen
 - 1. Besatzungssituation ohne UN-Mandat
 - 2. Failed State-Situation ohne UN-Mandat
 - 3. Konsenssituation

III. Vereinte Nationen

1. UN-Charta: Menschenrechte, Selbstbestimmung und Treuhand
2. Besatzungsrecht

D. Fazit

Thesen zum Referat

Summary

A. Einleitung

Die Kosten eines Krieges sind immer sehr hoch, insbesondere für die territorial betroffenen Staaten: Kriege dezimieren und vertreiben die Bevölkerung, sie führen zu einem drastischen Rückgang des Bruttoinlandsproduktes, hinterlassen zerstörte Infrastruktur und geschwächte öffentliche Institutionen. *Organski* und *Kugler* haben 1977 die Auswirkungen des Zweiten Weltkrieges auf europäische Staaten analysiert und festgestellt, dass diese – Gewinner wie Verlierer – durchschnittlich 15 bis 20 Jahre brauchten, um an ihre wirtschaftliche und politische Leistungsfähigkeit der Vorkriegszeit anzuschließen.¹ Die Kosten des Wiederaufbaus wurden in den ersten Nachkriegsjahren größtenteils vom US-amerikanischen *European Recovery Program* (Marshall Plan, 1948–1951) getragen, in dessen Rahmen die USA sechzehn europäischen Staaten fast 13 Milliarden² US-Dollar zur Verfügung stellten (heute ca. 108 Milliarden US-Dollar), mit einem Anteil von ca. 1,5 Milliarden für Deutschland.³ Nach dem Irak-Krieg (2003/2004) beliefen sich die Wiederaufbauhilfen der USA aus dem eigenen *Iraq Relief and Reconstruction Fund* auf 20,7 Milliarden US-Dollar (2004 bis 2008),⁴ ca. ein Drittel der von der Weltbank und den Vereinten Nationen recht optimistisch geschätzten Gesamtkosten von mehr als 56 Milliarden US-Dollar für den Wiederaufbau des Iraks.⁵ Der Irak-Krieg ist dabei nur einer von insgesamt 48 größeren bewaffneten Konflikten, die zwischen 1990 und 2009 zu verzeichnen waren.⁶ Die Mittel, die die internationale Gemeinschaft in

1 A.F.K. *Organski/K. Kugler*, The Costs of Major Wars: The Phoenix Factor, *American Political Science Review* 71 (1977), 1347, 1365.

2 Hinzu kommen für die Jahre 1946 bis 1948 wirtschaftliche Hilfen in Höhe von 8,63 Milliarden US-Dollar, s. *Organization for Economic Co-operation and Development* (Hrsg.), *Marshall Plan: Lessons Learned for the 21st Century* (2008), S. 14.

3 *Marshall Plan* (Fn. 2), S. 13.

4 *US Department of States*, Executive Summary, Section 2207, Report to Congress, Oktober 2008, S. 2, online abrufbar unter: <http://www.state.gov/documents/organization/115740.pdf>; hinzu kommen die Mittel aus dem International Reconstruction Fund Facility for Iraq, bestehend aus dem World Bank Iraq Trust Fund und dem UN Development Group Trust Fund, von ca. 494 Million US-Dollar (Stand März 2009), gespendet von 15 Staaten und der Europäischen Union, s. *World Bank*, Iraq Monthly Data Sheet Oct. 2009, online abrufbar unter: <http://siteresources.worldbank.org/IRFFI/Resources/IraqMonthlyDataSheetMar2009rev.pdf>.

5 *United States Government Accountability Office*, *Rebuilding Iraq* (2006), online abrufbar unter: <http://www.gao.gov/new.items/d06428t.pdf>.

6 Auswertung auf Basis der Daten des Uppsala Conflict Data Program (UCDP) von *L. Harbom/E. Melander/P. Wallensteen*, Dyadic Dimensions of Armed Conflict, 1946–2007, *Journal of Peace Research* 45 (2008), S. 697. Während der Südossetien-Krieg (2008) die statistischen Vorgaben der UCDP von über 1000 Todesfällen *per annum* nicht erfüllt, wurde hier der Gaza-Konflikt (2008/2009) und der Libanon-Krieg Israels gegen die Hisbollah (2006) zu den größeren bewaffneten Konflikten gezählt; vgl. zum letztgenannten Konflikt Report of the Commission of Inquiry on Lebanon pursuant to Human Rights Council Resolution S-2/1, 23. 11. 2006, UN Doc. A/HRC/3/2, Ziff. 77.

diesem Zeitraum insgesamt für den Wiederaufbau kriegsgeschädigter Staaten durch Spenden, Darlehen und Schuldenerlass zur Verfügung stellte, lassen sich kaum seriös beziffern. Das Volumen des im Oktober 2006 von den UN eingerichteten *United Nations Peacebuilding Fund* beläuft sich auf 309,6 Million US-Dollar (Stand Juli 2009), eingezahlt von 45 Geberländern zur Unterstützung kriegsgeschädigter Staaten. Diese Mittel – die neben das finanzielle Engagement der UN im Rahmen von *post-conflict peacebuilding*-Missionen treten – werden derzeit projektgebunden in zwölf Staaten investiert.⁷

Die Wiederherstellung der Staatlichkeit nach militärischen Konflikten ist nicht nur ein teures sondern auch ein anspruchsvolles Unterfangen, das nur selten von einem dauerhaften Erfolg gekrönt ist. Noch heute wird der Wiederaufbau Deutschlands und Japans beschworen, wenn das Phönix-Potential kriegsversehrter Staatlichkeit in Rede steht. In beiden Fällen erhob sich ein Phönix aus der Asche, dessen neues Gefieder maßgeblich von externen Akteuren gestaltet wurde, d.h. von den alliierten Besatzungsmächten. Umso bemerkenswerter ist es, dass die Wiederherstellung und Neugestaltung der deutschen und japanischen Staatlichkeit außerhalb des internationalen Besatzungsrechts stattfand.⁸ Die Alliierten waren sich darüber im Klaren, dass ihre weitreichende Nachkriegsstrategie – der komplette Neuentwurf von Staat und Gesellschaft – mit dem Bewahrungsprinzip des internationalen Besatzungsrechts kollidieren würde.⁹ Dieses Bewahrungsprinzip, in kargen Worten von Art. 43 HLKO umrissen, bekennt sich zum Systemerhalt, indem es die Umgestaltung der Rechtsordnung durch die Besatzungsmacht auf das unbedingt Notwendige begrenzt. Damals wie heute gibt es aber durchaus legitime Gründe, gerade den Systemwechsel zu forcieren: Nicht *irgendeine* Form von Staatlichkeit soll aus der Asche des bewaffneten Konflikts gezogen werden – gewollt ist ein stabiles, demokratisches Regierungssystem, das Willens und in der Lage ist, Rechtsstaatlichkeit, Menschenrechte und die Regeln internationaler Kooperation zu achten. Das war schon 1945 das erklärte Ziel der alliierten Besatzungsmächte in Deutschland und Japan, und das sind auch heute die Zielvorstellungen externer Akteure in kriegsgeschädigten Staaten wie Afghanistan, Bosnien-Herzegowina, Somalia, Kongo und Irak. Die Bandbreite der in der Praxis getätigten Wiederaufbaumaßnahmen (Kapitel B) und der internationale Rechtsrahmen, den externe Akteure bei der Auswahl zu beachten haben (Kapitel C), sind die Themen der nachfolgenden Untersuchung.

7 Zu den Daten siehe <http://www.unpbf.org/index.shtml>.

8 Die US amerikanische Argumentation, warum das internationale Besatzungsrecht nicht auf Deutschland und Japan anwendbar sei, wird in einem internen Rechtsgutachten des US Department of the Army vom 10. Dezember 1946 wiedergegeben, abgedruckt in: Jahrbuch für Internationales Recht 1956, S. 300 ff.; vgl. auch die Erklärung des US Delegierten *Jessup* vor dem Sicherheitsrat am 6.10. 1948, abgedruckt in: AJIL 43 (1949) S. 92.

9 *E. Benvenisti*, The Security Council and the Law of Occupation: Resolution 1483 on Iraq in Historical Perspective, IDF LR 1 (2003), S. 19, 43: „The great majority of post World War II occupations honored the law on occupations by its breach.“

B. Maßnahmen zur Wiederherstellung der kriegsgeschädigten Staatlichkeit

I. Operative Konzepte

Die Wiederherstellung fragiler oder gescheiterter Staatlichkeit wird gemeinhin mit dem englischen Schlagwort „*state building*“ belegt – ein Begriff, der in der Literatur und in der internationalen Praxis aufgrund gewisser konzeptioneller Interdependenzen nicht selten mit *peacebuilding*, *capacity building*, *institution building* und *nation building* gleichgesetzt wird.¹⁰

Nach dem holistischen Friedenssicherungskonzept der Vereinten Nationen, von Generalsekretär *Boutros-Ghali* 1992 in seiner programmatischen „Agenda for Peace“¹¹ entworfen, fallen Maßnahmen zur Wiederherstellung der staatlichen Funktionsfähigkeit unter die Kategorie des *post-conflict peacebuilding*.¹² Basierend auf der Einsicht, dass funktionierende staatliche Institutionen eine Grundbedingung für nachhaltigen Frieden sind, widmen sich *peacebuilding*-Missionen in großem Umfang dem Wiederaufbau von Staatsstrukturen – also dem *state building* – in kriegsgeschädigten Mitgliedstaaten.¹³ Dazu gehört unter anderem der Aufbau bzw. die Stärkung der staatlichen Organisation, öffentlicher Institutionen und demokratischer Prozesse (*institution building*).¹⁴ *State building* verfolgt das Ziel, den Staat zu befähigen, die Bevölkerung mit Gütern und Dienstleistungen zu versorgen, was nicht nur die Existenz von staatlichen Institutionen voraussetzt, sondern auch deren Leistungsfähigkeit, Rechtstreue und Integrationsbereitschaft. Entsprechendes *capacity building* ist integraler Bestandteil einer jeden *state building*-Strategie.¹⁵

Während sich *state building*-Maßnahmen primär auf die staatliche Ebene und ihre politischen Akteure konzentrieren, fördern *nation building*-Maßnahmen das gesellschaftliche Zusammenwachsen¹⁶ – vor allem die gruppenüberschreitende Kommunikation¹⁷ – unter dem Dach des staatlichen Gemeinwesens. Dieses anspruchsvolle Unterfangen

10 Exemplarisch *M. Ottaway*, *Nation Building*, *Foreign Policy* 132 (2002), S. 16 ff.

11 Report of the Secretary-General pursuant to the statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992, 17.6.1992, UN Doc. A/47/277 – S/2411.

12 Agenda for Peace 1992 (Fn. 11), Rn. 59; der Terminus war zunächst als technisch-institutionelles Schlagwort kreiert worden, um innerhalb des UN-Systems kleine Einsätze von umfassenden, personalintensiven Missionen abzugrenzen, was sich auf die Zuständigkeit innerhalb des UN-Sekretariats nieder-schlug, *Ch. Schaller/U. Schneekener*, *Das Peacebuilding-System der Vereinten Nationen*, SWP-Studie Berlin, S6 vom März 2009, S. 10.

13 Report of the Secretary-General on the Work of the Organization, 31.8.1999, UN Doc. A/54/1 Suppl. 1, Ziff. 101 ff.

14 *M. Ottaway*, *Rebuilding State Institutions in Collapsed States*, in: Milliken (Hrsg.), *State Failure, Collapse and Reconstruction* (2003), S. 245, 248.

15 *Ottaway* (Fn. 14), S. 248, weist darauf hin, dass externe Akteure nicht Institutionen sondern Organisationen einrichten, die sich zu Institutionen entwickeln sollen.

16 Dazu gehören z.B. auch Maßnahmen zur strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Aufarbeitung von begangenem Unrecht, z.B. durch die Errichtung von Wahrheitskommissionen und Kriegsverbrechertribunalen; vgl. *D. Zaum*, *Balancing Justice and Order: State-building and the Prosecution of War Crimes in Rwanda and Kosovo*, in: Ph. Clark/Z. D. Kaufman (Hrsg.), *After Genocide: Transitional Justice, Post-Conflict Reconstruction and Reconciliation in Rwanda and Beyond* (2008), S. 363 ff.

17 *J. Hippler*, *Violent Conflicts, Conflict Prevention and Nation-Building*, in: ders. (Hrsg.) *Nation-Building: A Key Concept for Peaceful Conflict Transformation?* (2005), S. 3, 8.

dient der Herausbildung einer wie auch immer verstandenen nationalen Identität,¹⁸ die für die Legitimation staatlicher Herrschaft und staatlicher Institutionen essentiell ist, weil sie die soziale Grundlage für die Akzeptanz von Mehrheitsentscheidungen, Belastungen und Umverteilungen bildet.¹⁹ Maßnahmen des *state building* und des *nation building* richten sich also an unterschiedliche Adressaten, sind aber als Prozesse miteinander verknüpft²⁰ und in ihrem Erfolg voneinander abhängig. So wie der Staat an einem desintegrierten Staatsvolk leidet, leidet die Nation am Fehlen eines effektiven Staatsverbandes.²¹

II. Wiederherstellung staatlicher Kernfunktionen

Die Palette möglicher *state building*-Maßnahmen ist so breit wie die Palette möglicher Staatsaufgaben, deren effektive Erfüllung externe Akteure erreichen wollen. Die Praxis zeigt allerdings, dass sich Wiederaufbauhilfen regelmäßig auf den Nukleus essentieller Staatsfunktionen konzentrieren, d.h. auf die Mindestbedingungen einer im Innenverhältnis und Außenverhältnis konsolidierten Staatlichkeit. Der empirische Befund vergangener *state building*-Projekte verdeutlicht, dass gravierende Defizite in den Bereichen (1.) Sicherheitsfunktion, (2.) Existenzsicherungsfunktion und (3.) Repräsentationsfunktion den Keim des staatlichen Scheiterns in sich tragen.²² Hinzu kommt, dass das internationale Recht heute das Konzept der souveränen Staatlichkeit mit konkreten Pflichten gegenüber der Bevölkerung verknüpft. Diese international definierten Pflichten lassen sich in die drei genannten Staatsfunktionen Sicherheit, Existenzsicherung und Repräsentation gruppieren und geben deren Mindestbedingungen zugleich inhaltliche Konturen.

18 U. Schneckener, Fragile Staatlichkeit und State-building. Begriffe, Konzepte und Analyserahmen, in: Beisheim/Schuppert (Hrsg.), Staatszerfall und Governance (Schriften zur Governance-Forschung, Band 7), Baden-Baden, S. 98, 116.

19 A. v. Bogdandy/St. Häußler/F. Hanschmann/R. Utz, State-Building, Nation-Building, and Constitutional Politics in Post-Conflict Situation: Conceptual Clarifications and an Appraisal of Different Approaches, Max Planck UNYB 9 (2005), S. 579, 585.

20 Auch wenn sich identitätsbestimmende Faktoren wie die gemeinsame Geschichte, Rechtstradition oder Sprache einer externen Einflussnahme weitgehend entziehen, so tragen Maßnahmen zur Schaffung identitätsstiftender Institutionen und die Stärkung der Repräsentationsfunktion des Staates zum *nation building*-Prozess bei; Hippler (Fn. 17), S. 13 ff.; R. Utz, Nations, Nation-Building, and Cultural Intervention: A Social Science Perspective, Max Planck UNYB 9 (2005), S. 615, 627.

21 Hippler (Fn. 17), S. 9 geht vom *nation building* als Oberbegriff aus, der Elemente des *state building*, der gesellschaftlichen Integration und der integrativen Ideologie in sich vereint.

22 Mit Abweichungen im Detail wird das Konzept der drei staatlichen Kernfunktionen vertreten von U. Schneckener, Fragile Statehood, Armed Non-State Actors and Security Governance, in: Bryden/Caparini (eds.), Private Actors and Security Governance (2006), S. 23, 31; R. I. Rotberg, Failed States, Collapsed States, Weak States: Causes and Indicators, in: *idem* (ed.), State Failure and Weakness in a Time of Terror (2003), S. 1, 3; J. Milliken/K. Krause, State Failure, State Collapse and Reconstruction, in: Milliken (Hrsg.) State Failure, Collapse and Reconstruction: Concepts, Lessons and Strategies (2003), S. 4-8; vgl. auch das Projekt der UK Prime Minister's Strategy Unit „Countries at Risk of Instability“ vom Februar 2005, S. 6; einen anderen Ansatz verfolgt z. B. I. W. Zartman, Introduction: Posing the Problem of State Collapse, in: *idem* (Hrsg.) Collapsed States (1995), S. 1 at 5: sovereign authority, tangible organization of decision-making, security guarantor(?); A. Ghani, C. Lockhart und M. Charnahan identifizieren insgesamt zehn Kernfunktionen des Staates, in: Closing the Sovereignty Gap: an Approach to State-Building, Working Paper No. 253 des Overseas Development Institute.

1. Sicherheitsfunktion des Staates

Schon in der frühneuzeitlichen politischen Philosophie als *raison d'être* des Staates identifiziert,²³ gehört die Sicherheits- und Ordnungsfunktion des Staates zu den Kernaufgaben der Staatsgewalt. Darunter fallen, im *Max Weber'schen*²⁴ Sinn, das legitime, effektiv durchgesetzte Gewaltmonopol im Inneren und die Verteidigungsfähigkeit nach außen. Die primäre Verantwortung des Staates für die physische Sicherheit seiner Bevölkerung ist den internationalen Menschenrechten immanent.²⁵ Die Sicherheitsfunktion des Staates ist zudem der konzeptionelle Ausgangspunkt jüngerer Denkansätze, die die Verantwortungsdimension der staatlichen Souveränität betonen (*sovereignty as responsibility, responsibility to protect*²⁶).²⁷ Wie auch immer die internationalen Anforderungen an die Sicherheitsfunktion des Staates im Einzelnen hergeleitet werden, unabdingbare Voraussetzung für eine effektive Aufgabenerfüllung ist ein funktionsfähiger, der staatlichen Kontrolle unterliegender und rechenschaftspflichtiger Polizei- und Militärapparat, der rechtsstaatlichen und menschenrechtlichen Grundsätzen gehorcht. Hinzu treten ein intaktes Justiz- und Strafvollzugswesen sowie ein funktionierendes Grenzmanagement, für welche dieselben Standards gelten.²⁸

a) Besatzungsmaßnahmen

In klassischen militärischen Besetzungssituationen hat das obsiegende Militär naturgemäß kein genuines Interesse an der baldigen Wiederherstellung des zerschlagenen feindlichen Militärapparates.²⁹ Gemäß Art. 43 HLKO zur provisorischen Übernahme der Sicherheitsfunktion des besetzten Staates verpflichtet, nehmen Besatzungsmächte in der Regel nach der ersten Phase der Konsolidierung die lokalen Ordnungskräfte in die Pflicht. So war etwa eine der ersten Maßnahmen der Alliierten in Deutschland die Zerschlagung und Demilitarisierung des zentralistischen Polizeiapparates und – im Westen wie im Osten – die rasche Reorganisierung der deutschen Polizei auf Gemeinde- und Länderebene.³⁰ Die alliierten Maßnahmen zur ständigen Demilitarisierung

23 Siehe z. B. S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium* (1672), Buch 7 Pap. 2 Para. 13; Th. Hobbes, *Leviathan, the Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil* (1651), 2. Teil, 17. Kapitel.

24 M. Weber definiert den Staat als „diejenige menschliche Gemeinschaft, welche innerhalb eines bestimmten Gebietes (...) das Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit für sich (mit Erfolg) beansprucht. „Politik als Beruf“, abgedruckt in: *Gesammelte Politische Schriften*, 5. Auflage.

25 Vgl. C. Stahn, *Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?* AJIL 101 (2007), S. 99, 118.

26 Report of the UN High-Level Panel on Threats, Challenges and Change, *A More Secure World: Our Shared Responsibility*, 2.12.2004; UN Doc. 1/59/565, Rn. 29.

27 Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty (2001), Rn. 2.14; UN High-Level Panel on Threats (Fn. 26), Rn. 29; General Assembly, 2005 World Summit Outcome, 24.10.2005, UN Doc. A/60/1, Rn. 138; darauf bezugnehmend SR-Res. 1674 (2006), Ziff. 4.

28 R. Caplan, *International Governance of War-Torn Territories: Rule and Reconstruction* (2005), 46; vgl. auch OECD, *DAC Handbook on Security Sector Reform* (2007), S. 5, online abrufbar <http://www.oecd.org/dataoecd/43/25/38406485.pdf>.

29 Siehe Kontrollratsgesetz Nr. 34 über die Auflösung der Wehrmacht.

30 H. Reinke/G. Fürmetz, *Polizei-Politik in Deutschland unter Alliiertes Besatzung*, in: Lange (Hrsg.), *Staat, Demokratie und innere Sicherheit in Deutschland* (2000), S. 67, 69 ff.; wesentlich zögerlicher, aber aufgrund der anarchischen Zustände bereits Ende 1945 vom Alliierten Kontrollrat beschlossen, erfolgte die vorsichtige Wiederbewaffnung der lokalen Ordnungskräfte; vgl. M. Balfour, *Part I Germany*, in: Balfour/Mair, *Four-Power Control in Germany and Austria 1945-1946* (1956), S. 190.

Deutschlands und Japans³¹ sollten durch das Konzept des fortdauernden militärischen Schutzes durch die ehemalige Besatzungsmacht abgedeckt werden – ein Plan, der bekanntlich aufgrund der geänderten geopolitischen Interessen der USA Anfang der 50er Jahre aufgegeben wurde. Die Wiederbewaffnung Japans im Jahr 1950 – 13 Tage vor Ausbruch des Korea-Krieges – erfolgte auf Anordnung *MacArthurs*, eine 75.000 Mann starke National Police Reserve einzurichten.³² Auch die westalliierte Demilitarisierungspolitik in Deutschland wurde ab 1950 schrittweise einer europäischen NATO-Strategie geopfert.³³ Wesentlich offensiver bauten die USA und ihre Verbündeten ca. 55 Jahre später im besetzten Irak die nationale Verteidigungsfähigkeit wieder auf. Schon drei Monate nach der Auflösung der irakischen Armee, im August 2003, kündigte die *Coalition Provisional Authority* (CPA) die Neukonstituierung der irakischen Armee an,³⁴ flankiert von einem neuen Militärgesetzbuch, neuen Militärrängen und reformierten Kommandostrukturen.³⁵ Angesichts der prekären Sicherheitslage gründete die CPA im darauffolgenden September das Iraqi Civil Defense Corps³⁶. Ein neues „Zentrales Strafgericht“³⁷ sowie ein novelliertes Straf- und Strafprozessrecht³⁸ dienten der gerichtlichen Unterstützung der alliierten Sicherheitsbemühungen, sollten aber auch die anvisierte irakische Justizreform institutionell und materiell in gewollte Bahnen lenken.

b) Internationales State Building

Beginnend mit der ersten robusten *peacekeeping*-Mission ONUC im jungen Staat Kongo (1960–1964) haben alle multidimensionalen UN-*peacebuilding*-Missionen in kriegsgeschädigten Staaten ihre operative Priorität im staatlichen Sicherheitssektor. So widmen sich die aktuellen, personalintensiven UN-Missionen in Haiti (MINUSTAH, seit 2004)³⁹ und Liberia (UNMIL, seit 2003) vorrangig der Reform des nationalen Polizei- und Militärapparates sowie des Strafvollzugs- und des Justizwesens,⁴⁰ basierend auf der Erkenntnis, dass ohne gefestigte innere Sicherheit keine Zivilregierung bestehen kann.⁴¹ Die ähnlich gelagerten Reformbemühungen der MONUC-Mission im Kongo (seit 1999) werden durch eine Vielzahl internationaler Akteure unterstützt, insbesondere der Europäischen Union mit ihrer Polizeimission EUPOL RD Congo (seit 2007)⁴² und der

31 Art. 9 Abs. 2 der japanischen Verfassung von 1946 (in Kraft 1947): „Um das Ziel des vorhergehenden Absatzes zu erreichen, werden keine Land-, See- und Luftstreitkräfte oder sonstige Kriegsmittel unterhalten. Ein Recht des Staates zur Kriegsführung wird nicht anerkannt.“

32 T. Nishi, *Unconditional Democracy: Education and Politics in Occupied Japan, 1945-1952* (1982), S. 275.

33 W. Geiger, *Abweichende Meinungen zu Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (1989), S. 53.

34 Coalition Provisional Authority Order No. 22, online abrufbar unter <http://www.iraqcoalition.org/>.

35 G. H. Fox, *The Occupation of Iraq*, Georgetown JIL 36 (2005), S. 195, 210.

36 Coalition Provisional Authority Order No. 28, Establishment of the Civil Iraqi Defense Corps, online abrufbar unter <http://www.iraqcoalition.org/>.

37 Coalition Provisional Authority Order No. 13, The Central Criminal Court of Iraq, online abrufbar unter <http://www.iraqcoalition.org/>.

38 Coalition Provisional Authority Order No. 3 (Criminal Procedures) und No. 7 (Penal Code), The Central Criminal Court of Iraq, online abrufbar unter <http://www.iraqcoalition.org/>.

39 Siehe insbesondere SR-Res. 1780 (2007).

40 Siehe für das breite MINUSTAH Mandat in Haiti SR Res. 1743 (2007) vom 15. Februar 2007; MINUSTAH unterhält eine Justice Unit, die im Bereich der Justizreform von einer Vielzahl internationaler Akteure unterstützt wird, insbesondere dem UNDP; für Liberia siehe SR-Res. 1509 (2003) vom 19. September 2003.

41 Caplan (Fn. 28), S. 45.

42 ABl. Nr. L 164/44 vom 25. Juni 2008.

Militärberatermission EUSEC RD Congo (2005 bis 2009).⁴³ Die Funktion der internationalen Zivilpolizei der Vereinten Nationen CIVPOL bei der Territorialverwaltung des Kosovo (UNMIK, seit 1999) und Osttimors (UNTAET, 1999 bis 2002) ist bzw. war notwendigerweise sehr weitreichend: Als Rechtsdurchsetzungsorgan der internationalen Administration trägt die UNMIK-Polizei CIVPOL zusammen mit den militärischen Streitkräften KFOR die alleinige Verantwortung für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im international verwalteten Kosovo und verfügt über entsprechende Zwangsmittel (z.B. Schusswaffen) und Zwangsbefugnisse (z.B. Arrest). Daneben fällt CIVPOL die traditionelle Aufgabe des *institution* bzw. *capacity buildings* zu, d.h. der Aufbau lokaler Sicherheitskräfte (Kosovo Police Service) zum Zweck der sukzessiven Übertragung der Sicherheitsverantwortung.⁴⁴

2. Existenzsicherungsfunktion des Staates

Die ideengeschichtlich durchaus ambivalent besetzte Wohlfahrtsfunktion des Staates wird heute im Internationalen Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte⁴⁵ als Existenzsicherungsverantwortung des Staates konkretisiert.⁴⁶ In gleicher Weise stellt der Weltentwicklungsbericht der Weltbank, der sich 1997 der geänderten Rolle des Staates widmete,⁴⁷ die Sicherung wirtschaftlicher und sozialer Grundbedürfnisse und die Schaffung entsprechender Rahmenbedingungen als eine Kernfunktion des Staates heraus. Gefordert ist nicht die staatliche Sorge um die Glückseligkeit der Menschen – wie es Christian Wolff 1721 formulierte⁴⁸ –, sondern die Fähigkeit des Staates, die Bevölkerung mit lebenswichtigen Gütern und Diensten zu versorgen und die Früchte ihrer Erwerbs- und Wirtschaftstätigkeit zu sichern. Um diese Funktion erfüllen zu können, bedarf es einer verantwortungsvollen und rechenschaftspflichtigen Verwaltung bzw. Regierungsführung (*good governance*).⁴⁹ Weitere Grundvoraussetzungen für wirtschaftliche Entwicklung sind eine effektive Steuer-, Haushalts- und Zollverwaltung, die Kontrolle über natürliche Ressourcen, funktionsfähige zivilgerichtliche Institutionen und Verfahren sowie ein gewisser Grad an gesamtwirtschaftlicher Politik.⁵⁰

43 Gemeinsame Aktion 2005/355/GASP des Rates vom 2.5.2005, ABl. L 112/20 vom 3.5.2005.

44 Report des UN-Generalsekretärs vom 12. Juli 1999, UN Doc. S/1999/779, Rn. 60 – 65; s. auch W. O'Neill, Kosovo: An Unfinished Peace (2002), S. 99 ff.

45 Insb. Art. 11 (angemessener Lebensstandard), Art. 12 (Gesundheit), Art. 13 (Bildung) IPWSKR.

46 Siehe auch den Report des High-level Panel on Treats, Challenges and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility, UN Doc. A/59/565 Rn. 29: „In signing the Charter of the United Nations, States not only benefit from the privileges of sovereignty, but also accept its responsibilities. (...) (T)oday it clearly carries with it the obligation of a State to protect the welfare of its own people and meet its obligations to the wider international community.“

47 World Bank, World Development Report 1997, The State in a Changing World (1997), S. 41.

48 Ch. Wolff, Vernünftige Gedancken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen zur Beförderung der Glückseligkeit des menschlichen Geschlechts, 1. Auflage 1721, 4. Auflage Frankfurt/Leipzig 1732, §§ 214 f.; siehe hierzu ausführlich K.-P. Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen (1999), S. 15 ff.

49 World Bank, Fragile States – Good practice in Country Assistance Strategies, Operational Policy and Country Strategy, 19. Dezember 2005, Board Report Nr. 34790, Rn. 10 f., 16; M. Miller-Adams, The World Bank: New Agendas in a Changing World (1999), S. 114.

50 World Bank (Fn. 49), Rn. 16; S. Carvalho, Engaging with Fragile States: An IEG Review of World Bank Support to Low-Income Countries Under Stress (2008), S. 30.

a) Besatzungsmaßnahmen

Die transformatorischen Ambitionen der alliierten Besatzungsmächte im Bereich der deutschen Wirtschaft, die zumindest nominell der Entpolitisierung der deutschen Wirtschaftsmacht dienten, waren naturgemäß vom Ost-West-Gegensatz geprägt.⁵¹ In den westlichen Besatzungszonen führten die Dekartellisierungsmaßnahmen⁵² zur nachhaltigen Umgestaltung bedeutender Wirtschaftszweige, vor allem der Rohstoffindustrie.⁵³ Hinzu traten Lenkungsmaßnahmen im Bereich des Außenhandels und des Devisenverkehrs⁵⁴ sowie Eingriffe in das Steuersystem.⁵⁵ Dagegen vollzog sich der makroökonomische Systemwandel nicht durch westalliierte Anordnung, sondern durch zahlreiche politische Auseinandersetzungen innerhalb der westdeutschen politischen Eliten, auch mit der Besatzungsmacht. In diesem Prozess blieb lange Zeit offen, ob an der zentralen Wirtschaftslenkung festgehalten oder ein marktwirtschaftliches System eingeführt werden sollte. Im Gegensatz dazu wurden 2003 im Irak die weitreichenden Wirtschaftsreformen der Besatzungsmächte bereits kurz nach der Errichtung der CPA realisiert, mit dem ausdrücklichen Ziel, die Wirtschaft von einer staatsgeleiteten in eine marktwirtschaftliche zu transformieren.⁵⁶ Um dies zu bewirken, nahm die CPA – unter Berufung auf SR-Res. 1483⁵⁷ – eine grundlegende Umgestaltung des irakischen Wirtschaftsrechts vor, u.a. die Reform des Bankensystems,⁵⁸ des Steuersystems,⁵⁹ des Unternehmens- und Konkursrechts,⁶⁰ sowie des Außenhandels- und Investitionsrechts.⁶¹

b) Internationales State Building

Die Mandate der *peacebuilding*-Missionen der Vereinten Nationen zeichnen sich im Bereich der Existenzsicherungsfunktion des kriegsgeschädigten Staates durch eine breite Arbeitsteiligkeit innerhalb der UN-Familie aus. Ein anschauliches Beispiel für die konzertierten Bemühungen der internationalen Gemeinschaft liefert derzeit Haiti. Dort sichert die multidimensionale UN-Mission MINUSTAH seit 2004 die humanitäre Hilfe, die vom World Food Programme (WFP) koordiniert und verteilt wird. Die Food and Agriculture Organization (FAO) führt Programme zur Erhöhung der landwirtschaftli-

51 Siehe im Detail *G. Mai*, *Der Alliierte Kontrollrat in Deutschland 1945–1948* (1999), S. 228 ff.

52 Die Sowjetunion umging die in der Potsdamer Konferenz (17. Juli bis 6. August 1945) anvisierte Dekartellisierung durch Enteignungen im Wege der Boden- und Industriereform 1945/46.

53 *J. Thiesing*, in: *G. von Schmoller/H. Maier/A. Tobler* (Hrsg.), *Handbuch des Besatzungsrechts, 1950–1955*, § 44 Entflechtung, S. 9.

54 *J. Thiesing* (Fn. 43), § 45 Kontrolle des Außenhandels, S. 4a f.

55 Kontrollratsgesetze Nr. 13 bis 15, 17, 26, 27, 28, 30, 42.

56 Botschafter *L. P. Bremer*, Chief Administrator in Iraq, Rede auf dem World Economic Forum am 23. Juni 2003, vgl. *Fox* (Fn. 35), S. 215 f.

57 Coalition Provisional Authority Regulation No. 1, die bezeichnender Weise eine Woche vor Beschluss der SR Res. 1483 verabschiedet wurde, nämlich am 16. Mai 2004, online abrufbar unter <http://www.iraqcoalition.org/>.

58 Coalition Provisional Authority Order No 40, Bank Law, online abrufbar unter <http://www.iraqcoalition.org/>.

59 Coalition Provisional Authority Order No 37, Tax Strategy for 2003, online abrufbar unter <http://www.iraqcoalition.org/>.

60 Coalition Provisional Authority Order No 64, Amendment of the Corporate Law No. OF 1997, online abrufbar unter <http://www.iraqcoalition.org/>; Coalition Provisional Authority Order No 78, Facilitation of Court-Supervised Debt Resolution Procedures, online abrufbar unter <http://www.iraqcoalition.org/>.

61 Coalition Provisional Authority Order No 12, Trade Liberalization Policy online abrufbar unter <http://www.iraqcoalition.org/>; siehe im Detail *Fox* (Fn. 35), S. 215–222.

chen Produktivität durch und unterstützt die politische Reform im Bereich der Fischerei und Landwirtschaft. Das United Nations Development Programme (UNDP) und das UN Projektbüro UNOPS decken ein besonders breites Spektrum im Bereich der Existenzsicherungsfunktion des haitianischen Staates ab. Die vom UNDP mit lokalen Entscheidungsträgern durchgeführten Programme umfassen u.a. die Bereiche Armutsreduktion, nachhaltiges Umweltmanagement, Sozialprogramme, HIV/Aids-Aufklärung, Katastrophenvorsorge und – als wichtigster Schwerpunkt der Haiti-Mission – *good governance*-Training. Und schließlich wird das haitianische Gesundheitsministerium durch die World Health Organization (WHO) und die Pan-American Health Organization (PAHO) bei der Entwicklung und Implementierung einer Gesundheitswesensreform unterstützt.

Internationale Finanzinstitutionen und nationale Hilfsorganisationen tragen ihr Übriges dazu bei, dass sich die wirtschaftliche Zukunft kriegsgeschädigter Staaten nach den Vorstellungen externer Akteure ausrichtet.⁶² Dass diese selten bereit sind, die makroökonomische Absicherung des Wiederaufbaus aus den Händen zu geben, verdeutlicht für Bosnien-Herzegowina das Dayton-Abkommen und für den Kosovo das Rambouillet-Dokument.⁶³ Während das Dayton-Abkommen in Annex 4 den jungen Staat auf die freie Marktwirtschaft festlegt,⁶⁴ hat sich eben diese Vorgabe des Rambouillet-Dokuments (Kapitel 4) über die UNMIK-Interimsverfassung⁶⁵ auf die heutige Staatsverfassung vom 7. April 2008⁶⁶ niedergeschlagen.

3. Repräsentationsfunktion des Staates

Im 20. Jahrhundert hat sich die bereits in der *Locke*'schen Lehre vom Gesellschaftsvertrag entwickelte Einsicht durchgesetzt, dass der Staat die symbolische Einheit seiner Subjekte zu repräsentieren hat. Historisch betrachtet gibt es viele Formen von Repräsentation.⁶⁷ Das heute vorherrschende Verständnis kommt in internationalen Dokumenten wie den Internationalen Pakten und der Friendly Relations Declaration zum Ausdruck. Nach letztgenanntem Dokument wird die souveräne Einheit des Staates nur dann von der zerstörerischen Wirkung des Selbstbestimmungsrechts geschützt, wenn der Staat „eine Regierung besitzt, welche die gesamte Bevölkerung des Gebietes,

62 M. Pugh, Challenges of Post-Conflict Intercession: Three Issues in International Politics, in: C. Stahn/J. K. Kleffner (Hrsg.) *Jus Post Bellum – Towards a Law of Transition from Conflict to Peace* (2008), S. 115, 126.

63 Interim Agreement for Peace and Self-Government in Kosovo vom 18.2.1998 (nicht in Kraft getreten): Kapitel 4 (Economic Issues) Art. 1 Abs. 1: The economy of Kosovo shall function in accordance with free market principles.

64 Zur Einwirkung des Hohen Repräsentanten in Bosnien-Herzegowina auf die Wirtschaftsverfassung des Landes s. Pugh (Fn. 62), S. 127.

65 Constitutional Framework for Provisional Self-Government vom 15.5.2001, UNMIK Regulation UNMIK/REG/2001/1, zuletzt geändert durch UNMIK/REG/2002/9, 8. Erwägungsgrund der Präambel: „Endeavouring to promote economic prosperity in Kosovo and the welfare of its people through the development of a market economy“.

66 Art. 10 der kosovarischen Verfassung vom 7.4. 2008: „A market economy with free competition is the basis of the economic order of the Republic of Kosovo.“

67 Vgl. S. Dovi, Political Representation (2006), in: *Stanford Encyclopedia of Philosophie*, online abrufbar unter <http://plato.stanford.edu/contents.html>.

ohne Unterschied der Rasse, des Glaubens oder der Hautfarbe, vertritt.“⁶⁸ Die Repräsentationsfunktion des Staates wird aber nicht nur durch Minderheitenrechte und Diskriminierungsschutz sichergestellt, sondern auch durch die Gewährung politischer Teilhaberechte, wie sie in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (Art. 21) und im Internationalen Pakt für Bürgerliche und Politische Rechte (Art. 25) skizziert werden. Demokratische Teilhaberechte bieten eine sichere Legitimitätsbasis für den Staat, dessen Institutionen eben nicht nur technisch funktionieren, sondern auch gesellschaftlich getragen werden sollen.⁶⁹

Um die so umrissene Repräsentationsfunktion des Staates ausfüllen zu können, bedarf es einer stabilen Verfasstheit der Staatsorganisation und der Gewährleistung freier und offener demokratischer Prozesse, insbesondere fairer Wahlen.⁷⁰ Komplementäre Stützen sind die Rechts- und Verfassungstreue der staatlichen Organe, deren Handeln auf den Schutz der Menschen- und Bürgerrechte ausgerichtet ist (Wesenskern des Rechtsstaatsgedankens⁷¹).⁷²

a) Besatzungsmaßnahmen

In der Geschichte militärischer Besetzungen wurde die rasche Durchführung von örtlichen Wahlen und Verfassungsgebungsprozessen von der Besatzungsmacht allenfalls dann forciert, wenn die militärische Gewaltanwendung u.a. einen Regimewechsel bewirken sollte. So war die „endgültige Umgestaltung des deutschen politischen Lebens auf demokratischer Grundlage“ das in Potsdam deklarierte Ziel der Alliierten,⁷³ ohne dass diese auf ein einheitliches Demokratieverständnis zurückgreifen konnten. Die USA sorgten in ihrer Besatzungszone für eine rasche Implementierung ihres Demokratisierungsprogramms, das auf Dezentralisierung und schnelle Wahlen in Kommunen und Ländern gerichtet war.⁷⁴ Der maßgebende Einfluss der Alliierten auf die Ver-

68 Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, GA Res. 2625 (XXV) vom 24. Oktober 1970, Prinzip V Abs. 7; vgl. auch die Wiener Erklärung und Aktionsprogramm der Weltkonferenz der Vereinten Nationen von 1993, abgedr. in: EuGRZ 20 (1993), S. 520 ff. und das Quebec-Gutachten des Supreme Court of Canada, Reference re Secession of Quebec, abgedruckt in: ILM 37 (1998), S. 1340, Rn. 130.

69 F. Fukuyama, *State-Building: Governance and World Order in the 21st Century*, Cornell University Press (2004), S. 44 f.

70 Zur Frage, welche Form der Demokratie – abgesehen von dem Erfordernis regelmäßiger und freier Wahlen – internationalen Standards entspricht, siehe das Abschlussdokument des „Reformgipfels der UN vom Juni 2005: „We reaffirm that while democracies share common features, there is no single model of democracy ...“ 2005 World Summit Outcome GV Res. 60/1 vom 19. September 2005, Ziff. 135.

71 In diesem Sinne siehe bereits E. Fraenkel, *Military Occupation and the Rule of Law. Occupation Government in the Rhineland 1918–1923* (1944), S. IX ff. Zur engen Verbindung zwischen demokratisch legitimer Staatsgewalt und wirtschaftlicher Entwicklung einerseits und Rechtsstaatlichkeit andererseits, vgl. J. Linarelli, *Peace-Building*, Denver JILP 24 (1996), S. 253, 264 ff.

72 Vgl. A. v. Bogdandy, *Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme*, ZaöRV 63 (2003), S. 853, 858; nach einem (nicht unumstrittenen) politikwissenschaftlichen Ansatz werden Demokratien mit rechtsstaatlichen und menschenrechtlichen Defiziten als „defekte“ Demokratien bzw. als „illiberale Demokratien“ bezeichnet, vgl. W. Merkel/H. Jürgen Puhle/A. Croissant (Hrsg.) *Defekte Demokratien Bd. 1, Theorien und Probleme* (2003).

73 Potsdamer Abkommen vom 2. August 1945, A. Politische Grundsätze, Ziff. 3.IV.

74 A. M. Birke, *Der Beitrag der Alliierten zur Neuordnung der Kommunal- und Länderverfassungen in Deutschland*, in: B. Diestelkamp (Hrsg.) *Zwischen Kontinuität und Fremdbestimmung*, S. 79, 83.

fassungsgebungsprozesse und die Verfassungsinhalte steht historisch außer Frage.⁷⁵ Viele inhaltliche Vorgaben standen allerdings außer Streit, beispielsweise Militärgouverneur *Lucius D. Clays* klare Vorstellung von den demokratischen Elementen in den Landesverfassungen.⁷⁶ Das westalliierte Anliegen nach starken föderalen Strukturen, die sich auch in der Finanzverfassung widerspiegeln sollten, wurde indessen Gegenstand zäher Verhandlungen mit dem Parlamentarischen Rat.⁷⁷ Generell war die Verhandlungsbereitschaft über alliierte Positionen von der US-amerikanischen Einsicht geprägt, dass letztlich das deutsche Volk mit der Verfassung zu leben habe.⁷⁸ In Japan war der US-amerikanische Einfluss auf Verfassungsinhalte besonders weitreichend. Nachdem *MacArthur* die zaghafte erste *Matsumoto*-Reform der Meiji-Verfassung von 1889 als nicht weitgehend genug abgelehnt hatte, entwarf eine kleine Gruppe amerikanischer Militärjuristen⁷⁹ innerhalb von zehn Tagen einen Verfassungstext. Dessen enge Orientierung an seinem US-amerikanischen Vorbild kommt bereits in den Einleitungsworten „We, the Japanese people...“ zum Ausdruck.⁸⁰ Nach einer kontroversen Verhandlungsphase mit der japanischen Regierung adaptierte das Kabinett *Shidehara* den Text in einer eigenen Vorlage, die die charakteristischen westlich-demokratischen Elemente des *MacArthur*-Entwurfs *volens volens* beibehielt.⁸¹

Die US-amerikanische Haltung zum irakischen Verfassungsgebungsprozess im Jahr 2004 steht in einer gewissen Kontinuität zu den Besetzungserfahrungen in Deutschland und Japan, allerdings mit dem Unterschied, dass die wesentlichen Einflussnahmen erst nach dem förmlichen Ende der Besatzungszeit im Juni 2004 erfolgten. Während der Besatzungszeit, aber bereits unter der Herrschaft der SR-Res. 1483 (2003), erarbeitete der von der CPA eingesetzte Iraqi Governing Council eine Interimsverfassung, die einen Grundrechtskatalog nach US-amerikanischem Vorbild enthielt.⁸² Im irakischen Verfassungsgebungsprozess, der am 30. Januar 2005 nach der Wahl des Übergangsparlaments begann, war die Interimsverfassung Ausgangs- aber nicht Endpunkt der Diskussion im Verfassungsausschuss.⁸³ Am 12. Mai 2005 von der irakischen Übergangsregierung eingesetzt, arbeitete der Ausschuss u.a. mit UN-Verfassungsexperten zusammen. Eine substantielle Einflussnahme der Vereinigten Staaten erfolgte erst nach Abschluss der Arbeit des Verfassungsausschusses, als der Entwurf in die Hände eines informellen Gremiums aus einflussreichen irakischen Politikern überging, dem sog.

75 Siehe allein *C. Schmid*, *Erinnerungen* (1979), S. 369; zur „Verhandelbarkeit“ der Vorgaben der sog. Frankfurter Dokumente zur künftigen politischen Entwicklung Deutschlands vom 1. Juli 1948 s. *H. Wilms*, *Ausländische Einwirkungen auf die Entstehung des Grundgesetzes* (1999), S. 58-79.

76 *Military Government Regulation* vom 30. September 1946, im Wortlaut abgedruckt bei: *D. Waibel*, *Von der wohlwollenden Despotie zur Herrschaft des Rechts* (1996), S. 118.

77 *Wilms* (Fn. 75), S. 90-93, 248; *J. F. Golay*, *The Founding of the Federal Republic of Germany* (1958), S. 108.

78 *J. E. Smith*, *The Papers of General Lucius D. Clay: Germany 1945-1949* (1974), S. 260, 270 ff.

79 Insbesondere: Lt Col. Milo Rowell und Major General Courtney Whitney.

80 *L. W. Beer*, *The Constitution of Japan, At the Founding and 50 Years Later*, *Victoria University of Wellington Law Review* 27 (1996), S. 17.

81 Siehe im Detail *R. A. Moore/D. L. Robinson*, *Partners for Democracy: Crafting the New Japanese State under MacArthur* (2002), S. 118 ff.

82 *Law of Administration for the State of Iraq for the Transition Period (TAL)* vom 8. März 2004, online abrufbar unter <http://www.unhcr.org/refworld/country/NATLEGBOD,LEGISLATION,IRO,4562d8cf2,45263d612,0.html>.

83 *Ph. Dann/Z. Al-Ali*, *The Internationalized „Pouvoir Constituant“: Constitution-Making Under External Influence in Iraq, Sudan and East Timor*, *Max Planck UNYB* 10 (2006), S. 423, 440.

Leadership Council.⁸⁴ Da auf Drängen der USA keine arabischen Nationalisten, und somit keine Sunniten, im Gremium vertreten waren,⁸⁵ konnten sich die kurdischen und schiitischen Repräsentanten ohne Opposition auf eine betont föderale Bundesstaatlichkeit einigen.⁸⁶ Diese dezentrale Staatsstruktur war schon im Januar 2004 zwischen der CPA sowie kurdischen und schiitischen Vertretern ausgehandelt und in Art. 4 bzw. Art. 52 der Interimsverfassung verankert worden.⁸⁷ In diesem Sinne haben die USA direkten Einfluss auf die Föderalismusklausele des Art. 116 der neuen irakischen Verfassung genommen, die eine weitreichende staatsorganisatorische Veränderung zur zentralistischen Struktur des Iraks unter *Saddam Hussein* darstellt.⁸⁸

b) Internationales State Building

Seit 1989 halten so gut wie alle Friedensabkommen zur Beendigung von Bürgerkriegen das politische Ziel fest, einen nachhaltigen Frieden mittels Demokratisierung erreichen zu wollen.⁸⁹ Dementsprechend legen die *post-conflict peacebuilding*-Missionen der Vereinten Nationen ihren zweiten operativen Schwerpunkt auf die Organisation landesweiter Wahlen,⁹⁰ in der Regel in Kooperation mit anderen internationalen Akteuren.⁹¹ Ein sehr weitreichendes Beispiel für das Engagement der Vereinten Nationen in diesem Bereich war das UNTAC-Mandat in Kambodscha (1992–1993). Die im Pariser Abkommen⁹² anvisierten landesweiten Wahlen in Kambodscha wurden von UNTAC in Absprache mit dem kambodschanischen *Supreme National Council* organisiert, wobei UNTAC die entsprechenden Gesetze, Verfahrensregeln und Verwaltungsabläufe schuf.⁹³

Neben Wahlen ist die Verfassungsgebung ein Schlüsselement für die Wiederherstellung einer repräsentativen Staatlichkeit, da in diesem Prozess die Nation bzw. ihre Vertreter eine gemeinsame Vision von Staatlichkeit entwickeln können.⁹⁴ Grundsätzlich sind die Vereinten Nationen sehr zurückhaltend bei der Einflussnahme auf nationale Verfassungsgebungsprozesse, wobei allerdings die faktischen Auswirkungen flankierender UN-Maßnahmen auf die endgültige Gestalt der Verfassung nicht unterschätzt werden dürfen. Ein Beispiel für besonders rigide Einflussnahme auf Verfassungsinhalte ist die Dekolonialisierung Eritreas (1952). Nachdem die UN-Generalversammlung den

84 *Dann/Al Ali* (Fn. 83), S. 441.

85 *A. Arato*, Post-Sovereign Constitution-Making and its Pathology in Iraq, *NY Law School Review* 51 (2006/07), S. 535, 548.

86 *Dann/Al Ali* (Fn. 83), S. 441.

87 Vgl. *Arato* (Fn. 85), S. 549.

88 *A. S. Deeks/M. D. Burton*: Iraq's Constitution: A Drafting History, *Cornell ILJ* 40 (2007), 1, 75.

89 *R. Paris*, *At War's End: Building Peace After Civil Conflict* (2004), S. 5 ff.; kritisch gegenüber der unreflektierten Verknüpfung zwischen Demokratisierung und Friedenssicherung *B. Schoch*, *State-Building, Nation-Building und Demokratisierung*, in: *St. Weiss/J. Schmierer* (Hrsg.) *Prekäre Staatlichkeit und internationale Ordnung* (2007), S. 42, 53.

90 Zum Demokratieelement des *post-conflict peacebuilding*-Ansatzes der Vereinten Nationen, *B. Ghali*, *An Agenda for Democratization*, UN Doc. A/51/761 (1996); siehe auch die diversen Sicherheitsresolutionen, z.B. für die Situation in Mosambik SR-Res. 957 (1994), Ziff. 3, in Liberia SR-Res. 1497 (2003), Ziff. 12.

91 In Haiti engagierte sich beispielsweise die OAS Haiti Task Force bei der Wählerregistrierung für die Präsidentschaftswahlen 2006.

92 ILM 31 (1992), S. 200.

93 *Comprehensive Settlement Agreement* (Pariser Abkommen) vom 23.10.1991, Annex 1 Section D, Ziff. 3 lit a. (Fn. 92).

94 *K. Samuels*, *Post-Conflict Peace-Building and Constitution-Making*, *Chicago JIL* 6 (2006), S. 667, 668.

föderalen Zusammenschluss der ehemaligen italienischen Kolonie mit Äthiopien empfohlen hatte,⁹⁵ sorgte der UN-Bevollmächtigte *Matienzo* für eine entsprechende resolutionskonforme Gestalt der eritreischen Verfassung.⁹⁶ Am Horn von Afrika machte 1991 der Zusammenbruch aller staatlichen Strukturen die Neukonstitutionalisierung Somalias notwendig. Trotz der Fragilität des Konsolidierungsprozesses beschränkte der UN-Sonderbeauftragte Admiral *Jonathan T. Howe* seine Rolle darauf, diejenigen politischen Fraktionen zusammenzubringen, die gemäß dem Abkommen von Addis Abeba⁹⁷ eine provisorische Verfassung erarbeiten sollten.⁹⁸ Das Projekt scheiterte. Der nunmehr auf Basis der Übergangsverfassung von 2004 anlaufende somalische Verfassungsgebungsprozess wird seit 2006 von einem Konsortium internationaler Partner unter Leitung des UNDP in politischer und konzeptioneller Hinsicht beratend begleitet.⁹⁹ Ein Beispiel für den indirekten Einfluss auf Verfassungsinhalte durch die Ausgestaltung von Verfahrensvorschriften lieferte UNTAET in der Staatsgründungsphase von Osttimor (2001/2002). Durch das gesetzgeberische Einwirken auf die Zusammensetzung der verfassungsgebenden Versammlung verhinderte UNTAET, dass die Befreiungsbewegung als stärkste politische Gruppe den Prozess inhaltlich dominiert.¹⁰⁰ Besonders weitreichend haben internationale Akteure auf die Verfassung Bosnien-Herzegowinas eingewirkt. Als Annex IV zum Dayton-Friedensabkommen von 1995 ist diese das Ergebnis eines Kompromisses zwischen Bosnien-Herzegowina, Kroatien und der Bundesrepublik Jugoslawien, der inhaltlich wesentlich durch die USA beeinflusst wurde.¹⁰¹ Der Verfassung selbst stimmten die Regierung Bosnien-Herzegowinas und die beiden Entitäten, die den Staat konstituieren sollten, d.h. die Föderation Bosnien und Herzegowina und die Republik Srpska, förmlich zu.¹⁰² Ihr Text erhielt nie die Bestätigung eines Volksreferendums.

III. Interventionsintensität: Von Assistenz mit Reservefunktion bis Territorialverwaltung

Die Intensität des Eingriffs externer Akteure in die staatlichen Funktionsbereiche Sicherheit, Existenzsicherung und politische Repräsentation hängt naturgemäß vom konkreten Mandat sowie den rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen vor Ort ab. In der Praxis reicht die Bandbreite des externen Engagements von einer bloßen Assistenz der lokalen Staatsgewalt bis hin zur alleinigen Direktverwaltung des Staatsgebietes durch den externen Akteur.

95 GA-Res. 390 (V) vom 2. Dezember 1950; siehe hierzu *E. Gayim*, *The Eritrean Question: The Conflict between the Right of Self-determination and the Interests of States* (1993), S. 144 ff.

96 *C. Stahn*, *The Law and Practice of International Territorial Administration, Versailles to Iraq and Beyond*, Cambridge University Press (2008), S. 217 f.; dagegen beschränkte sich der UN-Bevollmächtigte Pelt, der Libyen 1951 in die Unabhängigkeit begleitete, vor allem auf eine Assistenz- und Kontrollfunktion im Rahmen des libyschen Verfassungsgebungsprozesses, *Stahn* a.a.O. S. 212.

97 Abkommen von Addis Abeba von 28. März 1993, abgedruckt in: *United Nations Blue Books Series*, Bd. VIII. (1996), S. 264 ff.

98 Report of the Secretary-General, 17. August 1993, UN Doc. S/26317 Rn. 25 ff.

99 UNDP Somalia Constitution Support Project, 2006–2010.

100 *Ph. Dann/Z. Al-Ali*, *The Internationalized „Pouvoir Constituant“: Constitution-Making Under External Influence in Iraq, Sudan and East Timor*, Max Planck UNYB 10 (2006), S. 423, 432.

101 *K. Oellers-Frahm*, *Restructuring Bosnia-Herzegovina: A Model with Pit-Falls*, Max Planck UNYB 9 (2005), S. 179, S. 188.

102 *Oellers-Frahm* (Fn. 101), S. 191.

1. Besetzungssituation

Nach Art. 43 HLKO treffen die Besatzungsmacht in dem Moment Verwaltungspflichten, in dem „die gesetzmäßige Gewalt tatsächlich in die Hände des Besetzenden übergegangen (ist)“. Anknüpfend an die Faktizität militärischer Stärke und der daraus resultierenden effektiven Kontrolle über das Territorium, geht die Haager Landkriegsordnung von der umfassenden Ersetzung der lokalen Staatsgewalt durch die Besatzungsmacht aus.¹⁰³ Ein Beispiel für dieses klassische Besetzungsszenario ist die Besetzung des Iraks 2003/2004 durch die Koalitionstruppen: Drei Wochen nach Beginn der Bodenoffensive am 17. März 2003 und einen Monat nach der militärischen Einnahme Bagdads errichteten die USA und das Vereinigte Königreich die *Coalition Provisional Authority* (CPA) als die oberste Verwaltungsbehörde im Irak, ausgestattet mit allen exekutiven, legislativen und justiziellen Befugnissen einer Staatsgewalt.¹⁰⁴ Während der gesamten Zeit der Besetzung übte allein die CPA Hoheitsgewalt im Irak aus. Der am 13. Juli 2003 von der CPA einberufene Regierungsrat (*Iraqi Governing Council*) – zusammengesetzt aus 25 Repräsentanten verschiedener religiöser und ethnischer Gruppen des Iraks¹⁰⁵ – stand der CPA im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit in erster Linie beratend zur Seite.¹⁰⁶ Nur einige wenige Verwaltungsaufgaben, wie z.B. die Lizenzierung von Telekommunikationsdiensten, wurden von der CPA an den Regierungsrat bzw. die von ihm geschaffenen provisorischen Ministerien delegiert.¹⁰⁷ Da der Regierungsrat als Institution weder die alte irakische Staatsgewalt repräsentierte noch vom irakischen Volk als neue Staatsgewalt eingesetzt wurde, war das Gremium – aller Nachkriegsrhetorik zum Trotz¹⁰⁸ – nicht die wiedererstarkte „gesetzliche Gewalt“ des Iraks i.S.d. Art. 43 HLKO.¹⁰⁹

Trotz der scheinbar klaren Vorstellungen der Art. 42, 43 HLKO von der exklusiven Verwaltungstätigkeit der Besatzungsmacht, führt die Realität einer länger währenden Besetzung in der Regel zu einer arbeitsteiligen Verwaltung des Territoriums unter Mitwirkung der Behörden des besetzten Staates (s. auch Art. 6 Abs. 3 der IV. GK¹¹⁰). Diese Zusammenarbeit ändert nicht den Status als besetztes Gebiet, solange die Besatzungsmacht kraft ihrer effektiven militärischen Präsenz die Territorialverwaltung einseitig

103 v. G. v. Glahn, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation* (1957), S. 28; siehe auch *US v. List* (Hostage Case), *Law Reports of Trials of Major War Criminals* Bd. VIII (1949), S. 33, 55 f.; siehe auch das US Army Field Manual 27-10, Section 355, vom 18. Juli 1956.

104 Coalition Provisional Authority Regulation No. 1, Coalition Provisional Authority, 16. März 2003, online abrufbar unter: <http://www.iraqcoalition.org/regulations/>

105 Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 24 Security Council Resolution 1483, 17.7.2003, UN Doc. S/2003/715, Rn. 24.

106 Coalition Provisional Authority Regulation No. 6, Iraqi Governing Council, 13. Juli 2003, online abrufbar unter <http://www.iraqcoalition.org/regulations/>; vgl. auch *Fox* (Fn. 35), S. 206.

107 Coalition Provisional Authority Order No. 11, Licensing Telecommunications Services, online abrufbar unter <http://www.iraqcoalition.org/regulations/>; für weitere Beispiele siehe *Fox* (Fn. 35), S. 205.

108 SR-Resolution 1511 (2003), Ziff. 4: „Verkörperung der Souveränität des Staates Irak“.

109 Siehe aber SR-Res. 1483 (2003), Ziff. 9: „Supports the formation, by the people of Iraq with the help of the Authority and working with the Special Representative, of an Iraqi interim administration as a transitional administration run by Iraqis ...“

110 Art. 6 Abs.3 der IV. GK reduziert die Verhaltenspflichten der Besatzungsmacht ein Jahr nach Ende der Kampfhandlungen und fortdauernder Besetzung „– soweit sie die Funktion einer Regierung in dem in Frage stehenden Gebiet ausübt –...“.

wieder an sich ziehen kann.¹¹¹ Die lokalen Behörden werden in diesen Fällen entweder kraft Delegation als reine Vollzugsorgane der Besatzungsmacht tätig, oder als Staatsorgane des besetzten Staates, wenn dieser seine staatliche Herrschaftsgewalt partiell wiedererlangt. Während also in Deutschland bis zum 23. Mai 1949 die Länder lediglich delegierte Verwaltungsaufgaben im Namen der Militärverwaltung erfüllten,¹¹² wurde ab dem 24. Mai 1949 die originäre westdeutsche Staatsgewalt neben der Besatzungsgewalt hoheitlich tätig, wenn auch unter deren Kontrolle – „das größtmöglichste Maß an Selbstregierung“, wie das Besatzungsstatut vom 10. April 1949 betont.¹¹³

Ein Sonderfall besatzungsrechtlicher Arbeitsteiligkeit ist die Zuerkennung von nicht-staatlicher Autonomie durch die Besatzungsmacht. Der Gaza-Streifen und die West-Bank, seit 1967 von Israel militärisch besetzt, wurden ab 1994 gemäß dem Osloer Abkommen nicht mehr allein von Israel verwaltet, sondern in ausgewählten Bereichen, z.B. der inneren Sicherheit, von der Palästinensischen Autonomiebehörde. Wie der IGH im Mauergutachten herausstrich, änderte diese partielle Verwaltungsautonomie nichts am Status des Territoriums als besetzte Gebiete im Sinne des Art. 42 HLKO.¹¹⁴ Seit dem Abzug der Truppen im August 2005 übt Israel allerdings überhaupt keine eigene Verwaltungstätigkeit mehr im Gaza-Streifen aus. Der Status als besetztes Gebiet ist seitdem in einer rechtlichen Grauzone. Anders als Israel gehen die Palästinensischen Autonomiebehörde und die Vereinten Nationen davon aus, dass die fortdauernde israelische Kontrolle der Grenzen und des Luftraums über dem Gazastreifen eine effektive militärische Präsenz begründet und damit Israel weiter als Besatzungsmacht anzusehen ist.¹¹⁵ Dieses Zusammentreffen von effektiver militärischer Fremdherrschaft im Luftraum und effektiver gesetzmäßiger Hoheitsgewalt im Territorium ist grundsätzlich nicht die Vorstellung des Haager und Genfer Rechts von einer militärischen Besetzung;¹¹⁶ allerdings wird UN-Special Rapporteur *John Dugard* darin zuzustimmen sein, dass sich angesichts moderner technischer Möglichkeiten die Grundbedingungen militärischer Kontrolle wesentlich geändert haben.¹¹⁷

111 Siehe bereits Art. 6 des sog. Lieber Code vom 24. April 1863: Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, prepared by *F. Lieber*, promulgated as general Orders No. 100 by President *A. Lincoln*; US Military Law, The Law of Land Warfare, FM 27-10 (1956), S. 242, Rn. 367; vgl. auch *K. Parameswaran*, Besatzungsrecht im Wandel: aktuelle Herausforderungen des Rechts der militärischen Besetzung (2008), S. 151.

112 *M. Stolleis*, Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit 1945–1949 (2003), HStR Bd. 1, 3. Auflage, § 7 Rn. 9.

113 *W. Grewe*, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Bundesrepublik Deutschland, DRZ 1949, S. 265, 267.

114 IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, Rn. 77, 78.

115 Für die Rechtsauffassung des Sicherheitsrats s. SR-Res. 1860 vom 8. Januar 2009, 2. Erwägungsgrund; für die Rechtsauffassung der Generalversammlung s. GA-Res. 63/98 vom 5. Dezember 2008, UN Doc. A/Res/63/98 vom 18. Dezember 2008; s. auch UN Special Rapporteur *R. Falk*, Report on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, UN Doc. A/HRC/10/20 vom 11. Februar 2009, Rn. 28; *Parameswaran* (Fn. 111), S. 232 ff. m.w.N.

116 IGH (Fn. 114), Rn 78.

117 Special Rapporteur *J. Dugard*, Report on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, UN Doc. E/CN.4/2006/29 vom 17. Januar 2006, Rn. 8.

Unabhängig davon, mit welchen Mitteln die Besatzungsmacht effektive militärische Kontrolle über das Territorium ausübt, verfolgen Art. 42 ff. HLKO kein statisches Konzept einer Besatzungsverwaltung: Durch wen die Besatzungsmacht ihrer Verpflichtung zur Wiederherstellung des öffentlichen Lebens nachkommt, steht – unbeschadet ihrer völkerrechtlichen Verantwortung für etwaige Defizite – in ihrem Ermessen.¹¹⁸

2. Internationales State Building

Es ist dem Selbstverständnis der Vereinten Nationen und ihren Mitgliedstaaten geschuldet, dass fast alle multidimensionalen *peacebuilding*-Mandate in kriegsgeschädigten Staaten zumindest nach offizieller Sprachregelung ihr Augenmerk auf die „Assistenz“-Funktion der Missionen legen.¹¹⁹ Die souveränitätsschonende Unterstützung (und Kontrolle¹²⁰) der Staatsgewalt bei der Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung, beim Aufbau demokratischer Polizei- und Militärstrukturen und bei der Durchführung von Wahlen, steht selbst dann im Vordergrund, wenn die Staatlichkeit mehr juristische Fiktion denn empirische Realität ist. Anschauliche Beispiele für Assistenz-Missionen in hochfragilen Staaten sind die laufenden *post-conflict peacebuilding*-Einsätze in Haiti (MINUSTAH),¹²¹ Liberia (UNMIL)¹²² und im Kongo (MONUC)¹²³. Auch wenn die Vereinten Nationen im Einsatzgebiet zwar nominell keine hoheitlichen Angaben wahrnehmen, wird die Co-Verwaltung des Territoriums als Notfallreserve vom Mandat antizipiert. Einen gleitenden Übergang von einer Assistenz-Mission zur sektoralen Co-Verwaltung vollzog beispielsweise die UN-Mission in Sierra Leone (UNAMSIL¹²⁴). Was als bloße Überwachung des Waffenstillstandsabkommens zwischen Bürgerkriegsparteien begann, entwickelte sich zu einer temporären Wahrnehmung aller staatlichen Sicherheitsfunktionen.¹²⁵ 1993 ließen die anarchischen Zustände des regierungslosen Somalia dem Sicherheitsrat keine andere Wahl, als die alleinige Notverwaltung des Staatsgebietes durch UNOSOM II¹²⁶ als „Assistenzleistung“ für das somalische Volk zu deklarieren, „recognizing that the people of Somalia bear the ultimate responsibility for national reconciliation and reconstruction of their own country.“¹²⁷ Obwohl die Fiktion des souveränen Somalia seit 1991 stetig aufrecht erhalten wird, wählte SR Res. 814 (1993) mit der Formulierung „to assist the people of Somalia“ eine Mandatsbeschrei-

118 Vgl. *UK Ministry of Defence*, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (2004), Rn. 11.3.1.

119 R. Wilde, *International Territorial Administration: How Trusteeship and the Civilizing Mission Never Went Away* (2008), S. 33.

120 Wilde (Fn. 119), S. 33.

121 SR Res. 1543 (2004), Ziff. 7 I.

122 SR Res. 1509 (2003), lit. n-s.

123 SR Res. 1756 (2007), Ziff. 2.

124 SR Res. 1181 (1998), Ziff. 6.

125 Siehe SR-Res. 1562 (2004), Rn. 6; ein frühes und lehrreiches Beispiel für eine unfreiwillige und unvorbereitete Übernahme sämtlicher Staatsfunktionen war der ONUC-Einsatz in der gerade unabhängig gewordenen Republik Kongo 1960–1964; s. hierzu im Detail *Stahn* (Fn. 96), S. 236 ff.

126 SR Res. 814 (1993).

127 SR-Res. 814 (1993), 8. Erwägungsgrund.

bung, wie sie typischerweise im Kontext von Dekolonialisierungsprozessen, z.B. 1949 in Libyen¹²⁸, verwendet wurde.¹²⁹

Während im Fall von Somalia der politische Wille fehlte, die evaporierte somalische Staatsgewalt durch eine offizielle UN-Territorialverwaltung zu ersetzen,¹³⁰ sind in den übrigen Einsatzgebieten der Vereinten Nationen zumindest Spuren von Staatsinstitutionen vorhanden, die aus rechtlichen und politischen Gründen in die Wiederaufbaumaßnahme integriert werden. Insofern fehlt es bislang an Beispielen für die internationale Territorialverwaltung eines kompletten Staatsgebietes anstelle des funktionsunfähigen Staates. Dagegen wurden eine Reihe von Territorien ohne eigene Staatlichkeit unter UN-Verwaltung gestellt,¹³¹ zum Beispiel um einen friedlichen Wechsel der territorialen Souveränität einzuleiten, wie in den Fällen Westneuguinea (UNTEA¹³²) und Ostslawonien (UNTAES¹³³), um das verwaltete Territorium in die Eigenstaatlichkeit zu führen, wie im Fall Osttimor (UNTAET¹³⁴), oder um das verwaltete Territorium zu selbstregierter Autonomie zu befähigen, wie im Fall des Kosovo (UNMIK¹³⁵). Obwohl die genannten Beispiele internationaler Territorialverwaltungen nicht die Wiederherstellung von kriegsgeschädigter Staatlichkeit zum Gegenstand haben, unterscheiden sich die Verwaltungsmaßnahmen von UNTEA, UNTAET und UNMIK strukturell nicht von denjenigen, die bei rechtlich existierender aber faktisch zerrütteter Staatlichkeit vorgenommen werden. Im Gegensatz zu den Modellen der Verwaltungsassistenz, der flankierenden Co-Verwaltung und der punktuellen Notverwaltung zeichnen sich die internationalen Territorialverwaltungen naturgemäß durch die vollständige Übernahme aller staatlichen Aufgaben aus, allerdings unter Ausklammerung der Repräsentationsfunktion des Staates. In diesem Segment konzentriert sich die internationale Territorialverwaltung auf den Aufbau einer repräsentativen Staatlichkeit, der die Herrschaft über das Territorium nach Beendigung des Mandates übergeben wird. Schon der temporäre Charakter einer internationalen Territorialverwaltungen macht es notwendig, dass das Verwaltungsmandat von einem breiten Aufbaumandat flankiert wird, an dessen Endpunkt funktionsfähige Staatsstrukturen in den Funktionsbereichen Sicherheit, Existenzsicherung und demokratische Repräsentation stehen sollen.

128 So definierte die Generalversammlung in ihrer Libyen-Resolution 289 (IV) aus dem Jahr 1949 die Aufgabe der Organisation als „assisting the people of Libya in the formulation of the constitution and the establishment of an independent government.“ GA Res. 289 (IV) vom 21. November 1949, Ziff. 4.

129 Das Mandat der 1999 errichteten Osttimor-Verwaltungsmission UNTAET, das durchaus in den Dekolonialisierungszusammenhang gesetzt werden kann, verzichtet darauf, das Verwaltungsmandat als Assistenzmission für das osttimoresische Volk zu deklarieren, und spricht nur noch von „the need for UNTAET to consult and cooperate closely with the East Timorese people in order to carry out its mandate effectively with a view to the development of legal democratic institutions...“, SR Res. 1272 (1999), Ziff. 8.

130 *Wilde* (Fn. 119), S. 254.

131 *Wilde* (Fn. 119), S. 254, der als einziges Beispiel für eine internationale Verwaltung in einem existierenden Staat die Verwaltung von Flüchtlingscamps nennt.

132 GA Res. 1752 (XVII) vom 20. September 1962.

133 SR Res. 1037 (1996).

134 SR Res. 1272 (1999).

135 SR Res. 1244 (1999).

C. Rechtlicher Rahmen der Staatsaufbaumaßnahmen

I. Besatzungsmächte

Die weitreichenden Staatsaufbau- und -umbaumaßnahmen der Besatzungsmächte in Deutschland, Japan und ein halbes Jahrhundert später im Irak, erscheinen angesichts der militärisch besiegten Unrechtsregime überaus legitim: Der verordnete Neuentwurf eines demokratischen, friedliebenden und prosperierenden Staatswesens ist eine Befreiung der Bevölkerung von Despotie und das präferierte Staatsbild der Vereinten Nationen. Im Lichte dessen erscheint das Recht der besetzten Gebiete, wie es die Haager Landkriegsordnung und die IV. Genfer Konvention umreißen, zu spröde und konservativ, um der Besatzungsmacht den notwendigen Handlungsspielraum für Reformen zu gewähren. Auf der anderen Seite verfolgen die wenigsten militärischen Besetzungen das hehre Ziel, die niedergerungenen Staaten zu den Werten der Vereinten Nationen zurückzuführen.¹³⁶ Hier ist die Besatzungsmacht nicht mehr als ein feindlicher Invasor, dessen faktischer Herrschaft rechtliche Grenzen zu setzen sind, zum Schutz der Bevölkerung, des Rechtssystems, mit dem sie vertraut ist, und der Souveränität des besetzten Staates.¹³⁷ In diesem Spannungsverhältnis zwischen militärischer Fremdherrschaft und „gerechten“ Besatzungszielen findet die Auslegung der Art. 43 HLKO und Art. 64 der IV. Genfer Konvention statt, den Normen, an denen sich die Staatsaufbaumaßnahmen der Besatzungsmächte in erster Linie messen lassen müssen. Die aktuelle Diskussion um ein modernes *ius occupationis transformatoriae* ist so gesehen die *ius in bello*-Fortsetzung der *ius ad bellum*-Kontroverse um das absolute Gewaltverbot und den gerechten Krieg.

1. Art. 43 Haager Landkriegsordnung

Nach dem Wortlaut des Art. 43 HLKO müssen die Maßnahmen der Besatzungsmacht zur Wiederherstellung und Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Lebens unter Beachtung der Landesgesetze erfolgen, soweit „kein zwingendes Hindernis besteht“ („*sauf empêchement absolu*“; „*unless absolutely prevented*“). Was die Besatzungsmacht zwingend daran hindern könnte, die Landesgesetze anzuwenden, lässt Art. 43 HLKO offen und eröffnet damit für die Besatzungsmächte einen scheinbar schrankenlosen Beurteilungsspielraum, der nur schwer durch eine historische Interpretation der Norm einzufangen ist.¹³⁸ Der ideengeschichtliche Vorläufer des Art. 43 HLKO, die Brüssler Deklaration von 1874, trägt nur wenig zur Klärung der Grenzen der Besatzungsmacht bei. Die Brüsseler Deklaration war das Produkt einer europäischen Staatenkonferenz, die auf Initiative des russischen Zaren Alexander II. grundlegende Regeln des Krieges kodifizieren sollte, aber aufgrund des fehlenden Rechtsbindungswillens der europäischen Mächte nie in Kraft trat. Dennoch waren es gerade die Art. 2 und 3 der Brüssel Deklaration, die Art. 43 HLKO Pate standen: Während Art. 2 der Deklaration die Pflicht der Besatzungsmacht statuiert, die öffentliche Sicherheit und Ordnung so weit wie möglich wiederherzustellen, stellt Art. 3 heraus, dass die Landes-

136 Y. Dinstein spricht von der Gefahr einer „hidden agenda“, in: The Israel Supreme Court and the Law of Occupation: Article 43 of the Hague Regulation, IsrYBHR 25 (1996), S. 1, 9.

137 Glahn (Fn. 103), S. 95.

138 E. Benvenisti, The International Law of Occupation (1993), S. 13.

gesetze der Friedenszeit von der Besatzungsmacht weder modifiziert noch suspendiert oder ersetzt werden dürfen, es sei denn, diese Maßnahmen sind „notwendig“ („*unless necessary*“, „*que s'il y a nécessité*“).¹³⁹ Es waren vor allem die politisch schwächeren europäischen Staaten, die sich auf der Haager Friedenskonferenz 1899 gegen die unkritische Übernahme des Art. 3 der Brüsseler Deklaration stellten und auf eine stärkere Beschränkung der faktischen Herrschaftsmacht von Besatzungsmächten pochten.¹⁴⁰ Das Ergebnis ihres Einspruchs ist die „*sauf empêchement absolu*“-Formel des Art. 43 HLKO, die aufgrund ihres unbestimmten Charakters wohl als untaugliche Kompromisslösung bezeichnet werden kann. Ein zwingendes Hindernis kann faktischer oder rechtlicher Natur sein, es kann auf vitalen Besatzungsinteressen beruhen oder aus rechtlich zugewiesenen Aufgaben erwachsen.¹⁴¹ Immerhin verdeutlicht die Entstehungsgeschichte des Art. 43 HLKO, dass die Haager Friedenskonferenz letztlich die Grundaussage des Art. 3 der Brüsseler Deklaration nicht wesentlich ändern wollte: Die Änderung der lokalen Rechtslage verstößt dann nicht gegen Art. 43 HLKO, wenn die Änderung für die Besatzungsmacht zwingend notwendig ist.

a) Militärische Notwendigkeit

Es liegt in der Natur der Sache, dass die zwingende Notwendigkeit einer Maßnahme im Kontext des *ius in bello* in erster Linie militärisch determiniert ist, also auf militärischen Notwendigkeitsüberlegungen basiert. Die Haager Landkriegsordnung räumt dem Prinzip der militärischen Notwendigkeit punktuell Raum ein, erläutert es aber an keiner Stelle. Zu seiner Konkretisierung wird daher noch heute auf den historischen Lieber Code von 1863 zurückgegriffen, der im Übrigen den Schöpfern der Brüsseler Deklaration von 1874 als unmittelbares Vorbild diente.¹⁴² Art. 14 des Lieber Codes definiert: „Military necessity, as understood by modern civilized nations, consists in the necessity of those measures which are *indispensable for securing the ends of the war*, and which are lawful according to the modern law and usages of war.“¹⁴³ Nach Art. 3 des Codes konnte auch die Änderung und Aufhebung der lokalen Gesetze eines besetzten Gebietes zur Sicherung der Kriegsziele militärisch notwendig sein. Es ist historisch bemerkenswert, dass gerade US-Präsident *Lincoln* – dessen politisches Kriegsziel u.a. die Sklavenbefreiung war – aus verfassungsrechtlichen und strategischen Gründen das von *Lieber* definierte Notwendigkeitsprinzip strikt auf die Erreichung des militärischen Sieges¹⁴⁴ be-

139 Art. 3 der Brüsseler Deklaration vom 27. Oktober 1874: „With this objects [to restore and ensure, as far as possible, public order and safety] he shall maintain the laws within were in force in the country in time of peace, and shall not modify, suspend or replace them unless necessary.“ Wortgleich übernommen in Art. 44 des Oxford Entwurfs „The Laws of War on Land“ vom 9. September 1880; als historische Fußnote sei bemerkt, dass Russland drei Jahre nach der Verabschiedung des Brüsseler Grundsatzes im Zuge des Balkankrieges 1877 als Besatzer Rumäniens tiefgreifende Eingriffe in die osmanische Rechtsordnung und Verwaltung vorgenommen hat; berichtet *G. Schmoller/H. Maier/A. Tobler*, Handbuch des Besatzungsrechts Bd. 1 (1951), § 24a, S. 38.

140 *W. I. Hull*, *The Two Hague Conferences and Their Contributions of International Law* (1908), S. 203 ff.

141 Vgl. auch *E. H. Schwenk*, *Legislative Power of the Military Occupant under Article 43, Hague Regulation*, *Yale Law Journal* 54 (1945), S. 393, 400.

142 *D. A. Graber*, *The Development of the Law of Belligerent Occupation 1863 – 1914: A Historical Survey* (1949), S. 20.

143 *Instruction for the Government of Armies of the United States on the field*, prepared by *F. Lieber*, promulgated as General Order No. 100 by President Lincoln (Hervorhebung hier).

144 Vgl. die Definition in US Department of the Army Field Manual FN 27-10, *The Law of Law Warfare* (1956), Rn. 3a; *W. G. Downey*, *The Law of War and Military Necessity*, *AJIL* 47 (1953), S. 251, 254.

grenzte, während *Lieber* selbst auch die Verwirklichung politischer Kriegsziele im Blick hatte.¹⁴⁵

Im Kontext des Art. 43 HLKO herrscht heute in Literatur und Praxis weitgehend Einigkeit, dass „zwingend notwendig“ all jene Eingriffe in die lokale Rechtsordnung sind, die der Sicherheit der Besatzertruppen dienen.¹⁴⁶ Dieser im Lichte des Art. 43 HLKO zulässige Gesetzgebungsgrund berechtigt vor allem zu Maßnahmen, die der Formierung des politischen und bewaffneten Widerstands vorbeugen, z.B. die Suspendierung politischer Rechte wie Versammlungs-, Meinungs- und Pressefreiheit und das nationale Wahlrecht sowie Eingriffe in die lokalen Sicherheits-, Wehr(pflicht)- und Waffengesetze.¹⁴⁷ Der gesetzgeberische Eingriff in die Vereins- und die Parteienlandschaft des besetzten Staates durch Verbote – z.B. 1945 der NSDAP und 2003 der Ba'ath-Partei¹⁴⁸ – kann insbesondere bei einer kriegstreibenden Gesinnung auf militärische Notwendigkeit gestützt werden.¹⁴⁹ Auch staatliche Institutionen, deren Bestand grundsätzlich unter den Schutz des Art. 43 HLKO fällt,¹⁵⁰ können von den Besatzungsmächten aus Sicherheitsgründen beseitigt oder neu strukturiert werden (z.B. Geheimdienste).

b) Politische Notwendigkeit

Betrachtet man den Wortlaut des Art. 43 HLKO näher, fällt auf, dass die Norm den Begriff „militärisch“ vermeidet. Insofern ist die Frage berechtigt, ob Eingriffe in die lokale Rechtsordnung für die Besatzungsmacht im Sinne des Art. 43 HLKO auch dann zwingend „notwendig“ sein können, wenn ohne diese Eingriffe das politische Kriegsziel nicht erreicht werden kann, z.B. der Regimewechsel im besetzten Staat. Die Entstehungsgeschichte des Art. 3 der Brüssel Deklaration spricht gegen ein derartig weitreichendes Verständnis der Notwendigkeitsklausel: Der Vorläufer des Art. 43 HLKO war gerade aus dem Gedanken entstanden, dass das Volk trotz der kriegerischen Besetzung in Loyalität seinem Souverän verbunden bleibt. Dieses fortbestehende Band der Loyalität sollte durch das Bewahrungsprinzip honoriert werden,¹⁵¹ was letztlich auf den kriegsrechtlichen Schutz der politischen Interessen des vertriebenen Souveräns hinausläuft.¹⁵² *Platon de Waxel* hielt es daher 1874 für völlig ausgeschlossen, dass Besatzungs-

145 Zu den Hintergründen s. *B. M. Carnahan*, *Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity*, *AJIL* 92 (1998), S. 213, 219; *Carnahan* erachtet die am 22. September 1862 von Lincoln erlassene „Preliminary Emancipation Proclamation“ als eine Maßnahme militärischer Notwendigkeit, da die Sklavenbefreiung zu diesem Zeitpunkt ein Mittel der militärischen Kriegsführung war; vgl. auch *Schmoller et al* (Fn. 139), § 24a, S. 36 und 38.

146 Siehe z. B. *US Department of the Army Field Manual FN 27-10, The Law of Law Warfare* (1956), S. 142, Rn. 370; *US Basic Field Manual Vol. VII Military Law Part 2, Rules of Land Warfare* (1934), S. 72, Rn. 288; *UK Ministry of Defence, The Manual of the Law of Armed Conflict* (2004), S. 284, Rn. 11.25.

147 Für Nachweise siehe die Fundstellen in den Militärhandbüchern in Fn. 146; siehe auch die Entscheidung des Israelischen Obersten Gerichtshofs zur Beschränkung der Pressefreiheit im Fall *Al-Talia Weekly Magazine v. The Minister of Defence*, *Israel YBHR* 10 (1980), S. 333 ff.

148 CPA Order No. 1, online abrufbar unter http://www.iraqcoalition.org/regulations/20030516_CPAORD_1_De-Ba_athification_of_Iraqi_Society.pdf.

149 Die CPA rechtfertigte ihr Entba'athifizierungsprogramm mit der Einschüchterungswirkung der Partei auf das Irakische Volk, s. Präambel der CPA Order No. 1 (Fn. 148).

150 *Benvenisti* (Fn. 138), S. 19 f.; *M. Sassòli*, *Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers*, *EJIL* 16 (2005), S. 661, 671.

151 *Graber* (Fn. 142), S. 125.

152 *Benvenisti* (Fn. 9), S. 19, 28.

mächte Änderungen der Verfassung vornehmen oder die Zivil- und Strafgesetze modifizieren.¹⁵³

Angesichts der Weiterentwicklungen des Völkerrechts können heute die Beweggründe des 19. Jahrhunderts keinen entscheidenden Einfluss auf die Interpretation des Art. 43 HLKO haben. Dasselbe gilt für die akademischen Bemühungen der Jahre 1945 bis 1949, die alliierte Transformationspolitik im besetzten Deutschland harmonisch in das Haager Recht zu integrieren. Während die Alliierten aufgrund der bedingungslosen Kapitulation das Recht der besetzten Gebiete für unabwendbar erachteten,¹⁵⁴ befürwortete vor allem die deutsche Völkerrechtswissenschaft die Annahme einer sog. Interventionsbesetzung. Danach sollte Art. 43 HLKO im Lichte der politischen Interventionsziele der Alliierten modifiziert werden, wie sie sich im Verlauf des Krieges entwickelt hatten¹⁵⁵ und 1945 in Potsdam proklamiert wurden.¹⁵⁶ Deren völkerrechtliche Legitimität musste 1945 allerdings auf Basis einer Völkerrechtsslage beurteilt werden, die noch nicht mit dem komplexen Friedenssicherungssystem der Vereinten Nationen konfrontiert war (s. Art. 107 UN-Charta).¹⁵⁷ Im 21. Jahrhundert, unter der etablierten Herrschaft der UN-Charta, wären allenfalls diejenigen Kriegsziele bei der Auslegung des Art. 43 HLKO zu berücksichtigen, die auch vom modernen *ius ad bellum* (Art. 2 Ziff. 4 UN-Charta) getragen werden.

Ob nun Selbstverteidigung (Art. 51 UN Charta),¹⁵⁸ humanitäre Intervention oder Regimesturz – unstrittig dürfte sein, dass sich rechtmäßige oder zumindest „gerechte“ Kriegsziele nicht auf die Faktizität einer militärischen Besetzung auswirken.¹⁵⁹ Der berühmte Ausspruch des US-Generals *Tommy Franks* nach der Eroberung Bagdads: „This has been about liberation, not about occupation!“¹⁶⁰ mag emotional verständlich sein, rechtlich ist er durch Art. 42 HLKO zur Bedeutungslosigkeit verdammt.¹⁶¹ Innerhalb des Besatzungsrechts sind Kriegsziele und ihre Rechtfertigungen, die allzu leicht einer *post facto*-Betrachtung ausgesetzt sind, generell kein Notwendigkeitsmaß-

153 *P. de Waxel*, *L'Armée d'Invasion et la Population: leurs rapports pendant la guerre* (1874), S. 108 ff.

154 Gutachten der Völkerrechtsabteilung des Heeresministeriums der Vereinten Staaten zur Anwendbarkeit der Haager Landkriegsordnung und Genfer Konvention auf das besetzte Deutschland, *Jahrbuch für Internationales Recht* 1956, S. 300 ff.; vgl. auch die Erklärung des US Delegierten Jessup vor dem Sicherheitsrat am 6.10. 1948, abgedruckt in *AJIL* 43 (1949), S. 92.

155 So ausdrücklich *A. Steiniger*, *Das Besatzungsstatut*, NJ 1947, S. 205, 206; *G. Sausser-Hall*, *L'occupation de l'Allemagne par les Puissances Alliées*, Schw. *Jahrbuch des internationalen Rechts* (1946), S. 36 ff. (Theorie von der Treuhand-Besetzung).

156 *G. A. Zinn*, *Das staatsrechtliche Problem Deutschlands*, *SJZ* 1947, 4 ff.; *K. Geiler*, *Die gegenwärtige völkerrechtliche Lage Deutschlands* (1947), S. 18 ff. *Steiniger* (Fn. 155), S. 205; *H. J. Schlochauer*, *Zur Frage eines Besatzungsstatuts für Deutschland*, *AVR* 1 (1948 – 1949), S. 188, 204; *Schmoller et al* (Fn. 139), § 6 S. 4, f und S. 7.

157 *W. Grewe*, *Ein Besatzungsstatut für Deutschland* (1948), S. 120-134.

158 Die Grenzen des Selbstverteidigungsrechts schließen es nicht *per se* aus, das Territorium des Aggressorstaates temporär zu besetzen, vgl. *Y. Dinstein*, *War, Aggression and Self-Defence* (2005), S. 240 ff.

159 *S. Chesterman*, *Occupation as Liberation: International Humanitarian Law and regime Change*, *Ethics & International Affairs* 18 (2004), S. 51, 53.

160 Zitiert nach *J. J. Paust*, *The U.S. as Occupying Power Over Portions of Iraq and Relevant Responsibilities Under the Laws of War*, *ASIL Insights*, April 2003, dort Fn. 1, online abrufbar unter <http://www.asil.org/insigh102.cfm>.

161 So die vorherrschende Rechtsauffassung, *Fox* (Fn. 35), S. 323; *H. Zahawi*, *Redefining the Laws of Occupation in the Wake of Operation Iraqi „Freedom“*, *CalLR* 95 (2007), S. 2295, 2347.

stab.¹⁶² Vor allem widerspricht es dem Schutzzweck des Art. 43 HLKO, rechtliche Unsicherheit im Bereich des *ius ad bellum* in das *ius in occupatione bellica* hineinzutragen: Die Respektierung der lokalen Rechtsordnung dient heute zuvörderst dem Schutz der Bevölkerung, des Rechtssystems mit dem sie vertraut ist, und der politischen Ordnung, die sie sich im Zweifel selbst gegeben hat. Um diesen Schutzzweck nicht den rechtlichen Unsicherheiten unilateral erklärter Kriegsziele und ihrer Rechtfertigung auszusetzen, statuiert die IV. GK in Art. 1 ein striktes Trennungsgebot zwischen *ius ad bellum* und *ius in bello*,¹⁶³ das in der Präambel des 1. Zusatzprotokolls konkretisiert wird: Die Bestimmungen der Genfer Abkommen sind unter allen Umständen einzuhalten, „und zwar ohne jede nachteilige Unterscheidung, die auf Art oder Ursprung des bewaffneten Konfliktes oder auf Beweggründen beruht, die von den am Konflikt beteiligten Parteien vertreten oder ihnen zugeschrieben werden.“¹⁶⁴

Ohne die strikte rechtliche Trennung zwischen *ius ad bellum* und *ius in bello* grundsätzlich in Frage zu stellen, hat *Michael Walzer* – ersichtlich unter dem Eindruck des Nachkriegsiraks – seine Vorstellung von einer „gerechten Besetzung“ entwickelt.¹⁶⁵ An die Stelle der irrelevanten gerechten Kriegsziele treten die „gerechten Besetzungsziele“, an denen das Besatzungsregime zu messen ist.¹⁶⁶ Dieser moralphilosophische Ansatz findet auch in der Völkerrechtswissenschaft zunehmend Gehör, und zwar im Rahmen einer *ius post bellum*-Doktrin, mit deren Hilfe die Herausforderungen des *peace* und *state building* nach einem bewaffneten Konflikt bewältigt werden sollen. Das *ius post bellum* wird als dritte, selbständige Kategorie neben dem *ius ad bellum* und *ius in bello* gestellt, um die politischen Nachkriegsmotive der Besatzungsmacht im Lichte der Interessen der internationalen Gemeinschaft rechtlich besser umhegen zu können.¹⁶⁷ Das Konzept hat durchaus Momentum: Sein Reiz liegt im Erreichen eines einheitlichen, kontextunabhängigen Rechtsrahmens für uni- und multilaterale *state building*-Bemühungen.¹⁶⁸ Derzeit ist das *ius post bellum* allerdings noch ein recht heterogener Entwurf auf akademischen Reißbrettern. Die Staatenpraxis, wie sie zuletzt im Irak zu Tage trat, verdeutlicht, dass sich transformatorische Besetzungsziele derzeit noch zwischen den Polen des modernen *ius in bello* und des VII. Kapitels der UN-Charta bewegen. Innerhalb des *ius in bello* sind Besetzungsziele im Übrigen nicht irrelevant. Für die Zwecke des Art. 43 HLKO ist allerdings entscheidend, dass sie sich im Rahmen der völkerrechtlich zugewiesenen Aufgaben der Besatzungsmacht bewegen.

162 *D. Thürer/M. MacLaren*, „Ius Post Bellum“ in Iraq: A Challenge to the Application and Relevance of International Humanitarian Law? Festschrift Delbrück (2005), S. 753, 776.

163 Vgl. *Th. Meron*, The Humanization of Humanitarian Law, AJIL 94 (2000), S. 239, 241.

164 Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I) vom 6. Juni 1977, 5. Erwägungsgrund.

165 *M. Walzer*, Just and Unjust Occupations, Dissent, 2004, online abrufbar unter <http://dissentmagazine.org/article/?article=400>; ders., Arguing about the War, 2004, S. 163.

166 *Walzer* verknüpft die „gerechten“ politischen Besetzungsziele mit Überlegungen zur Nachkriegsgerechtigkeit, wie sie von der politischen Theorie umrissen wird: Selbstbestimmungsrecht, Legitimität, Bürgerrechte, und Gemeinwohl, Fn. 165.

167 *K. Boon*, Legislative Reform in Post-conflict Zones: Jus Post Bellum and the Contemporary Occupant's Law-Making Powers, McGill LJ 50 (2005), S. 285, 292; für eine Loslösung des *ius post bellum* von Gerechtigkeitsüberlegungen, *C. Stahn*, Jus Post Bellum: Mapping the Discipline(s), AmUILR 23 (2008), S. 311, 330 ff.

168 *Stahn* (Fn. 167), S. 332.

c) *Aufgabenbezogene Notwendigkeit*

Art. 43 HLKO benennt die vordringlichste Aufgabe einer jeden Besatzungsmacht: die Wiederherstellung und Wahrung der öffentlichen Ordnung („*l'ordre public*“) und das öffentliche Leben („*la vie publique*“). Unter der öffentlichen Ordnung ist in erster Linie die Sicherheit der Bevölkerung zu verstehen. Im Fall *Kongo v. Uganda* konkretisiert der IGH Art. 43 HLKO dahingehend, dass die Sicherheitsfunktion der Besatzungsmacht die Pflicht umfasst, „to secure respect for the applicable rules of international human rights law and international humanitarian law, to protect the inhabitants of the occupied against acts of violence, and not to tolerate such violence by any third party.“¹⁶⁹ Diese Aufgabenbeschreibung ist eine zeitgemäße Interpretation des Art. 43 HLKO im Lichte der Rechtsentwicklung, die das *ius in occupatione bellica* durch die IV. Genfer Konvention (s. Kapitel C.I.2) und die Menschenrechte (s. Kapitel C.I.3) erfahren hat. Nicht zu verkennen ist allerdings, dass die Pflicht, die Sicherheit der Bevölkerung wiederherzustellen, in der Besatzungspraxis durchaus extensiv interpretiert worden ist. So begründet die CPA die Entbathifizierung der irakischen Institutionen und der irakischen Gesellschaft u.a. mit der Bedrohung, die die Partei für die Bevölkerung darstellt.¹⁷⁰

Neben der Sicherheit der Bevölkerung thematisiert Art. 43 HLKO die Normalität des Alltags unter der Besatzungsherrschaft (*la vie publique*). Streng historisch interpretiert, verpflichtet Art. 43 HLKO die Besatzungsmacht, so weit wie möglich für die Bevölkerung ein soziales, wirtschaftliches und kulturelles Lebensumfeld wiederherzustellen bzw. es vor Erosion zu sichern; mit anderen Worten, die alltäglichen Folgen des Ausnahmezustandes sollen gemindert werden.¹⁷¹ In der Aufgabenbeschreibung kommt der treuhändische Charakter der militärischen Besetzung zum Ausdruck, d.h. die temporäre Verwaltung des besetzten Gebietes dient nicht nur militärischen Interessen, sondern steht auch im Dienste der Bedürfnisse der Bevölkerung.¹⁷² Gerade unter diesem Blickwinkel ist der argumentative Schritt von der „Aufrechterhaltung“ zur „Gestaltung“ des öffentlichen Lebens ein kleiner. Es kann also nicht überraschen, dass gerade die Wendung „... um nach Möglichkeit ... das öffentliche Leben ... aufrechtzuerhalten“ zur Rechtfertigung transformatorischer Maßnahmen herangezogen wird. Eine Fülle von Anschauungsmaterial bieten hier die israelischen Militärerlässe im Gazastreifen¹⁷³ und im Westjordanland¹⁷⁴, die mehrmals im Lichte des Art. 43 HLKO vom israelischen Obersten Gerichtshof überprüft wurden. Der Gerichtshof stellte sich erstmals 1971 in der Rechtssache *Christian Society for the Holy Places* auf den Standpunkt, „*en vue de rétablir ... la vie publi[que]*“ und „*en vue de ... d'assurer ... la vie publi[que]*“ müssten als

169 IGH, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment of 19 December 2005, Rn. 178.

170 CPA Order No. 1 (Fn. 148); vgl. J. Yoo, *Iraq Reconstruction and the Law of Occupation*, U.C. Davis JILP 17 (2007), S. 7, 16 und 21.

171 Zur historischen Bedeutung der „vie publics“ Klausel s. *Schwenk* (Fn. 141), S. 398; *Sassòli* (Fn. 150), S. 663 ff.

172 A. Roberts, *What is a Military Occupation*, BYIL (1984), S. 247, 295.

173 Zwischen 1967 und 1992 wurde für den Gazastreifen – in dem ägyptisches Recht als lokale Rechtsordnung gilt – insgesamt 1.000 Militärgesetze erlassen.

174 Zwischen 1967 und 1992 wurde für das Westjordanland – in dem jordanisches Recht als lokale Rechtsordnung gilt – insgesamt 1.300 Militärgesetze erlassen.

zwei getrennte Aufgabenbeschreibungen gelesen werden:¹⁷⁵ Sobald das öffentliche Leben in der ersten Phase der Besetzung wiederhergestellt worden sei, erlaube Art. 43 HLKO innovative Besetzungsmaßnahmen zur Aufrechterhaltung dessen, was die Militärregierung als Notwendigkeit des öffentlichen Leben betrachtet – vor allem mit Blick auf die sich ändernden wirtschaftlichen und sozialen Belange des Gebietes.¹⁷⁶ Die Leitentscheidung, die in der späteren Rechtsprechungspraxis des Gerichtshofs noch ausgebaut wurde,¹⁷⁷ qualifizierte schon 1971 die israelische Besetzung der palästinensischen Gebiete als ausgedehnt (*prolonged occupation*)¹⁷⁸ – eine Wertung, die von Art. 6 Abs. 1 der IV. GK gedeckt wird.

Diese extensive Interpretation der Aufgaben von Besatzungsmächten, die gerade im Fahrwasser des besetzten Iraks verstärkt vertreten wurde,¹⁷⁹ lässt die Trennungslinie zwischen Besatzungsmacht und Souverän bis zur Tilgung verschwimmen. Die Besatzungsmacht wird zum Treuhänder, der im Interesse und zum Wohl der Bevölkerung mit den Rechten des Souveräns *dessen* Aufgaben *besser* erfüllt. Aber ist die militärische Besatzungsmacht wirklich die Instanz, die entscheiden sollte, was im Interesse der fremdbeherrschten Bevölkerung ist?¹⁸⁰ Art. 43 HLKO geht von der nicht unberechtigten Vermutung aus, dass das öffentliche Leben am besten auf Basis der lokalen und damit bekannten Gesetze und Institutionen zurückkehrt.¹⁸¹ Das Bewahrungsprinzip bewirkt, dass das Gebiet seine kulturelle Identität nicht verliert und nicht durch Rechtsharmonisierung faktisch einverleibt wird.¹⁸² Die Vermutung zugunsten der lokalen Gesetze als adäquate Grundlage faktischer Militärherrschaft kann freilich widerlegt werden, wenn z.B. auf Basis der geltenden Wirtschaftsgesetze die ausreichende Ver-

175 Supreme Court, *The Christian Society for the Holy Places v. The Minister of Defence et al*, H.C. 337/71; auszugsweise in englischer Sprache abgedruckt in: IsrYBHR 2 (1972), S. 354.

176 Vgl. E. Playfair, *Playing on Principles? Israel's Justification for its Administrative Acts in the occupied West Bank*, in: dies. (Hrsg.), *International Law and the Administration of Occupied Territories: Two decades of Israeli Occupation of the West Bank and Gaza Strip* (1992), S. 205, 208.

177 Siehe z.B. *Teachers' Housing Cooperative Society v. Military Commander of the Judea and Samaria Region*, H.C. 393/82; für eine restriktivere Interpretation des Art. 43 s. *Jerusalem District Electricity Company Inc. v. The Minister of Energy and Planning et al*, H.C. 351/80, H.C. 764/80; zu diesen Entscheidungen s. Playfair (Fn. 176), S. 209 ff.

178 Playfair (Fn. 176), S. 209.

179 Eine undifferenzierte Interpretation des Art. 43 HLKO zugunsten von weitreichenden Transformationsrechten der Besatzungsmächte vertritt B. H. MacGurk, *Revisiting the Law of Nation-building*, Van JIL 45 (2005), S. 451, 463 f.; A. George rechtfertigt sogar die Teilung des besetzten Gebietes mit Hinweis auf „*la vie publique*“ in: *We had to Destroy the Country to Save it: On the Use of Partition to Restore Public Order During Occupation*, VaJIL 48 (2007), S. 188, 204 ff.

180 Diese Frage provoziert beispielsweise die CPA Verordnung zu auswärtigen Investitionen im Irak, Order No. 39, Foreign Investment, 20.12.2003, online abrufbar unter <http://www.iraqcoalition.org/regulations/>.

181 Siehe schon E. H. Feilchenfeld, *The International Economic Law of Belligerent Occupation* (1942), S. 89, Rn. 325.

182 Playfair (Fn. 176), S. 214, 220; unter diesem Gesichtspunkt ist die Auffassung, Israel dürfe die Rechtslage in den besetzten Gebieten ändern, wenn dieselben Gesetze auch in Israel eingeführt werden, kaum vertretbar; die Auffassung wurde im frühen Werk von Y. Dinstein vertreten und vom Israel Supreme Court (per Judge Shamgar) im *Abu Aila et al & Kandil* Fall aufgegriffen [H.C. 69/81 und 493/91]; Y. Dinstein, *Legislative Authority in the Administered Territories*, *Eyunai Mishpat* 2 (1972), S. 505, 511.

sorgung der Bevölkerung mit Alltagsgütern nicht sichergestellt werden kann.¹⁸³ Und schließlich ist Art. 43 HLKO kein statisches Recht, das unter Ausblendung der Realität auf Kosten der Bevölkerung dem besetzten Gebiet Stagnation verordnet.¹⁸⁴ Bei Abwägung zwischen Bewahrung und Transformation verlangt Art. 43 HLKO allerdings, dass dem Bewahrungsgedanken gewichtige Hindernisse entgegen stehen, die Transformation also zwingend notwendig ist. Da Besatzungsmächte nicht immer wohlmeinende Treuhänder sind, bedürfen die unbestimmten Tatbestandsmerkmale des Art. 43 HLKO einer normativen Absicherung. Der Neuentwurf des öffentlichen Lebens im besetzten Staat – also politisch motiviertes *state building* – ist ohne völkerrechtlich indizierte Reformnotwendigkeit nicht vom Art. 43 HLKO gedeckt. Insofern ist die Norm die kriegsrechtliche Spiegelung des allgemeinen Grundsatzes, dass kein Staat in die internen Angelegenheiten eines anderen Staates intervenieren darf, es sei denn, das Völkerrecht internationalisiert diese innere Angelegenheit. Welche besatzungsrechtlichen Eingriffe in die lokale Rechtsordnung völkerrechtlich indiziert sind, ist – wie das Interventionsverbot selbst – dem stetigen Rechtswandel ausgesetzt. Die Schaffung der Genfer Konventionen im Jahr 1949 hat für Art. 43 HLKO den ersten Rechtswandel bewirkt.

2. Art. 64 der IV. Genfer Konvention

Art. 64 der IV. GK wird allgemein als eine Konkretisierung und Ergänzung des Art. 43 HLKO gewertet, die den Geist der alten Vorschrift wahrt (siehe Art. 154 der IV. GK).¹⁸⁵ Es kann aber nicht übersehen werden, dass Art. 64 der IV. GK sowohl in seiner Normstruktur als auch seiner Wortwahl von der Vorgängernorm abweicht. Das vordringlichste Anliegen des Art. 64 der IV. GK ist die kontinuierliche Anwendung der lokalen Strafgesetze durch lokale Strafgerichte, die in Abs. 1 thematisiert wird. Mit Blick auf alle übrigen Landesgesetze und Landesinstitutionen stellt Abs. 2 in den Vordergrund, dass „die Besatzungsmacht die Bevölkerung des besetzten Gebietes Bestimmungen unterwerfen kann, die ihr unerlässlich (*indispensables*) erscheinen, um ihre Aufgaben zu erfüllen“. Der Umstand, dass Art. 64 Abs. 2 der IV. GK als besatzungsrechtliche Erlaubnorm formuliert ist, vermittelt den Eindruck einer positiven Einstellung gegenüber transformierenden Besatzungsmaßnahmen, soweit diese nicht das lokale Strafrecht betreffen.¹⁸⁶ Dies war 1949 auch die Intention der US-amerikanischen Delegation in Genf, die ganz unter dem Eindruck der politischen und gesellschaftlichen Umgestaltung Deutschlands und Japans stand und nur noch die lokalen Strafgesetze vor ungerechtfertigten besatzungsrechtlichen Zugriffen schützen wollte.¹⁸⁷ Diese *laissez-faire* Einstellung konnte sich allerdings nicht durchsetzen, vor allem aufgrund der Einwände der

183 H.-G. Dederer, Aktuelle Herausforderungen für das Besatzungsrecht – Fragen aus Anlass der Besetzung des Iraks, in: D. Weingärtner (Hrsg.), Einsatz der Bundeswehr im Ausland (2006), S: 35, 39 f.; Sassòli weist darauf hin, dass Besatzungsmächte nicht verpflichtet sind, mit allen Mitteln ihre Aufgaben zu erfüllen, sondern nur mit den vorhandenen, rechtmäßigen und verhältnismäßigen Mitteln, in: (Fn. 150), S.664.

184 Vgl. R. Kolb, Ius in Bello: Le droit international des conflits armés (2003), S.186 ; A. Pellet, The Destruction of Troy will not Take Place, in: Playfair (Fn. 176), S. 169, 203.

185 J. S. Pictet (Hrsg.), Commentary: The Forth Geneva Convention (1958), Art. 64, S. 335.

186 Benvenisti (Fn. 138), S. 102.

187 Zum Normentstehungsprozess auf der Diplomatischen Konferenz in Genf 1949 siehe Benvenisti (Fn. 138), S. 103.

politisch schwächeren Staaten, die als potentielle Okkupationsopfer ihr Interesse am Haager Bewahrungsprinzip verteidigten.

Auch wenn Art. 64 der IV. GK also die Schutzzwecke des Art. 43 HLKO nicht prinzipiell in Frage stellt, bewirkt die Norm doch eine Erweiterung des besatzungsrechtlichen Handlungsspielraums. Ohne *grosso modo* die Verwirklichung von Kriegs-, Interventions- und Besatzungszielen mit gesetzgeberischen Mitteln zu erlauben, verknüpft Art. 64 der IV. GK die Gesetzgebungsbefugnis der Besatzungsmacht mit deren weitreichenden humanitären Pflichten. Unter diesem Titel sind die Besatzungsmächte verpflichtet, all diejenigen lokalen Gesetze nicht anzuwenden, die im Widerspruch zu den in Art. 27 der IV. GK genannten individuellen Basisrechten stehen: Achtung der Person, der Ehre, der religiösen Überzeugung (Abs. 1) sowie das Verbot der Diskriminierung (Abs. 3). Im Lichte dieser Basisrechte – die nur durch militärisch notwendige Sicherheitsmaßnahmen eingeschränkt werden dürfen (Art. 27 Abs. 4) – muss die Besatzungsmacht ihre Aufgaben im Bereich der Sicherheits- und der Existenzsicherungsfunktion des besetzten Staates wahrnehmen:¹⁸⁸ Sie hat – wie schon in Art. 43 HLKO betont – gesetzgeberische und institutionelle Maßnahmen zur Herstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu treffen sowie die Grundversorgung der Bevölkerung sicherzustellen (Art. 55, 56 der IV. GK¹⁸⁹).¹⁹⁰ Zudem darf sie all jene gesetzgeberischen Maßnahmen ergreifen, die für eine ordentliche Verwaltung (*l'administration régulière*) unerlässlich sind. Was genau unter ordentlicher Verwaltung zu verstehen ist, muss heute auf Basis internationaler Standards beurteilt werden, wie sie in multidimensionalen UN-Missionen dem kriegsgeschädigten Staat vermittelt werden. Im Lichte einer modernen *post-conflict state building*-Interpretation erlaubt Art. 64 der IV. GK die Schaffung eines gesetzlichen Rahmens für eine funktionsfähige, verantwortungsvolle und gesetzesgebundene lokale Verwaltung, der sich die Besatzungsmacht zur Erfüllung ihrer Aufgaben bedient. Die Genfer Aufgabe der „ordentlichen Verwaltung“ ergänzt die Haager Aufgabe des „öffentlichen Lebens“ und öffnet die Tür für Reformmaßnahmen, die im Dienst des Rechtsstaatsprinzips, der Rechenschaftspflicht öffentlicher Entscheidungsträger sowie der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz ihrer exekutiven und legislativen Akte stehen. Maßnahmen zur Stärkung einer verantwortungsvollen Verwaltungs- und Regierungsführung, z.B. korruptionsbekämpfende Maßnahmen, fallen gleichfalls bequem unter den Erlaubnistatbestand des Art. 64 Abs. 2 der IV. GK. Damit finden sich wesentliche Kernziele eines *ius post bellum* im Rechtsrahmen des *ius in bello* wieder.¹⁹¹ Und schließlich hat die Rechtsentwicklung, die auf die Interpretation des Art. 43 HLKO einwirkt, mit den Genfer Konventionen kein Ende genommen. Heute hat die „gute Verwaltung“ i.S.d. Art. 64 der IV. GK eine besondere menschenrechtliche Dimension.

188 Vgl. zum Konzept der Sicherheits- und Existenzsicherungsfunktion s. Kapitel B.II.

189 Nach Art. 6 Abs. 3 der IV-GK überdauern Art. 55, 56 der IV. GK nicht das erste Jahr einer konfliktfreien, stabilen Besatzung, es sei denn die Besatzungsmacht ist Vertragspartei des 1. ZP (Art. 3); der Aufgabenkreis der Besatzungsmacht wird durch das 1. ZP ebenfalls erweitert, siehe insb. Art. 62, 63, 69.

190 *Pictet* (Fn. 185), Art. 64, S. 337.

191 Vgl. die Kernthesen des *ius post bellum* bei *Boon* (Fn. 167), S. 294 f.

3. Menschenrechte

Menschenrechte können auf verschiedenen Wegen auf die Verwaltungspflichten der Besatzungsmacht im besetzten Territorium einwirken. Soweit die Rechts- und Verfassungsordnung des besetzten Staates nationale Menschenrechtsverbürgungen enthält bzw. internationale Menschenrechte inkorporiert, und seien es auch nur legislative Lippenbekenntnisse, sind diese Normen als Teil der lokalen Rechtsordnung von der Besatzungsmacht anzuwenden, es sei denn eine Suspendierung oder Modifizierung ist im Lichte der Sicherheit und der Aufgaben der Besatzungstruppen zwingend notwendig (43 HLKO, Art. 64 der VI. GK). Das Recht, Änderungen der lokalen Rechtsordnung vorzunehmen, wird aber auch durch die Menschenrechtsbindung der Besatzungsmacht determiniert.

a) Nationale Menschenrechtsverpflichtungen

Aus Sicht der nationalen Rechtsordnung der Besatzungsmacht sind alle legislativen und exekutiven Maßnahmen im besetzten Territorium extraterritoriale (Hoheits-) Akte. Ob die Besatzungsmacht im Rahmen ihrer eigenen Verfassungs- und Gesetzesbindung die national verankerten Menschenrechte im besetzten Gebiet gewährleisten muss, hängt von der jeweiligen Rechtslage ab. So hat das kanadische Bundesgericht 2008 im Rahmen einer Popularklage untersucht, ob die *Canadian Charter of Rights and Freedoms* von 1982 vom kanadischen ISAF-Kontingente in Afghanistan zu beachten ist. Die Richterin kam erstinstanzlich zu dem Ergebnis, die kanadische Menschenrechtscharta binde nicht das kanadische ISAF-Kontingente: Das kanadische Recht habe nur dann extraterritoriale Wirkung, wenn es auf dem fremden Territorium durchgesetzt werden könne;¹⁹² diese Voraussetzung sei mangels Konsens der afghanischen Regierung in die Anwendbarkeit der kanadischen Charta im konkreten Fall nicht erfüllt. Dagegen habe die Anwendbarkeit der Charta in einer Besetzungssituation – so die Richterin in einem *obiter dictum* – „ihren Reiz“.¹⁹³ In der Tat lässt sich auf Basis der Judikatur des kanadischen Supreme Courts im Präzedenzfall *Hape* die Durchsetzbarkeit der Chartabestimmungen im besetzten Gebiet mit Blick auf die effektive militärische Kontrolle sehr gut begründen.¹⁹⁴

Das britische House of Lords hatte 2007 im Fall *Al-Skeini et al* zu entscheiden, ob die Tötung von Zivilisten durch britische Truppen im Irak im August bzw. November 2003 unter den territorialen Anwendungsbereich des Human Rights Act von 1998 fällt.¹⁹⁵ Da Section 6 para. 1 des Human Rights Act¹⁹⁶ keine territoriale Begrenzung seiner Anwendbarkeit nennt, sondern auf die EMRK-widrigen Handlungen britischer Staatsorgane Bezug nimmt, musste sich das House of Lords zur Festlegung der extraterritorialen Wirkung des nationalen Human Rights Act eingehend mit der Rechtsprechung des

192 *Amnestie International Canada and British Columbia Civil Liberties Association v. Canada*, Urteil vom 12. März 2008, 2008 FC 336, Rn. 182 f. (Madam Justice Mactavish); nicht rechtskräftig, da Berufungsverfahren anhängig.

193 *Amnestie v. Canada* (Fn. 192), Rn. 204.

194 *R. v. Hape*, Urteil vom 7. Juni 2007, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; Rn. 68 f. (Judge LeBel).

195 *Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Case Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, Urteil vom 13. Juni 2007, (2007), UKHL 26

196 Section 6 Acts of Public Authorities (1) It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right.

EGMR zu Art. 1 EMRK auseinandersetzen. Im Ergebnis wendeten die Lord Richter die *Banković*¹⁹⁷ und *Öcalan*¹⁹⁸ Judikatur an und entschieden, dass die britischen Truppen aufgrund der prekären Sicherheitslage in Basra nur effektive militärische Kontrolle über die Insassen des britischen Militärgefängnisses hatten.¹⁹⁹ Dort hatte nur eine von sechs Personen ihre tödlichen Misshandlungen erlitten.

Wie im Vereinigten Königreich ist auch in Österreich die extraterritoriale Anwendung der nationalen Menschenrechte primär von der Interpretation des in die österreichische Verfassung inkorporierten Art. 1 EMRK abhängig.²⁰⁰ Dagegen dreht sich in Deutschland die Diskussion um die Menschenrechtsbindung von deutschen Staatsorganen im Ausland um Art. 1 Abs. 3 GG, der den territorialen Geltungsbereich der Grundrechte nicht thematisiert und damit das Tor für die weltweite Bindung der Bundeswehr an die Grundrechte öffnet.²⁰¹ In Deutschland waren Verhaftungsmaßnahmen der deutschen ISAF-Kontingente in Afghanistan Anlass für eine parlamentarische Anfrage an die Bundesregierung, deren Antwort allerdings wenig zur Klärung der Rechtsfrage beiträgt.²⁰² Während die extraterritoriale Grundrechtsgeltung im Rahmen von Maßnahmen kollektiver Sicherheit nach Art. 24 Abs. 2 GG durchaus eingeschränkt sein kann, ist die Rechtslage im Kontext einer klassischen militärischen Besetzung strikter: Hier wird die Bundeswehr ihrer vollumfänglichen Grundrechtsbindung nicht entkommen.²⁰³

Grundsätzlich wird keine nationale Verfassung einen transformatorischen Auftrag an die militärischen Staatsorgane erteilen, die Rechtsordnung eines besetzten Staates gemäß den eigenen Vorstellungen von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit für die Zukunft umzugestalten.²⁰⁴ Soweit die Besatzungsmacht entsprechend ihrer verfassungsrechtlichen Verpflichtungen das Besatzungsregime rechtlich ausgestaltet und im Zuge dessen die lokale Rechtsordnung gemäß dieser Standards ändert, wird es entscheidend darauf ankommen, ob diese Eingriffe durch Art. 43 HLIK i.V.m. Art. 64 der IV. GK

197 *Banković et al v. Belgien et al*, Entscheidung über die Zulässigkeit der Individualbeschwerde Nr. 52207/99, Urteil vom 12. Dezember 2001; Lord Richter *Rodger of Earlsferry* (Fn. 195), Rn. 68 ff.

198 *Öcalan v Turkey*, Urteil vom 12.5.2005, Application No. 46221/99, EHRR 41 (2005), S. 985 Rn. 91; s. Lord Richter *Rodger of Earlsferry* (Fn. 195), Rn. 73.

199 Lord Richter *Rodger of Earlsferry* (Fn. 195), Rn. 83 f.

200 Gemäß Art II Z 7 B-VGN 1964 (BGBl 1964/59) hat die EMRK mit dem Tag ihres In-Kraft-Tretens in Österreich (2.9.1958) Verfassungsrang. Die extraterritoriale Anwendung des Staatsgrundgesetzes (StGG) wurde in Judikatur und Literatur bisher kaum behandelt; aus der fehlenden expliziten Beschränkung des territorialen Geltungsbereiches des StGG wird allerdings, analog zu Art. 1 (3) GG, auf eine Geltung des originär innerstaatlichen Grundrechtskatalogs bei extraterritorialen Hoheitsakten geschlossen; vgl. *G. Thallinger*, Grundrechte und extraterritoriale Hoheitsakte: Auslandseinsätze des Bundesheeres und Europäische Menschenrechtskonvention (2008), S. 71, 84.

201 Vg. *F. Schorkopf*, Grundgesetz und Überstaatlichkeit: Konflikt und Harmonie in den auswärtigen Beziehungen Deutschlands (2007), S. 119; um die Grundrechtsbindung der Bundeswehr sicherzustellen, wurde 1956 der Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG korrigiert., BGBl. I 1956, S. 111.

202 BT-Dr. 16/6282 vom 29. August 2007.

203 Siehe nur *A. Werner*, Die Grundrechtsbindung der Bundeswehr bei Auslandseinsätzen (2006); *M. Herdegen*, in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 71 ff.; *D. Wiefelspütz*, Auslandseinsatz der Streitkräfte und Grundrechte, ZWehrR (2008), S. 89ff.; siehe auch die Sachverständigengutachten zu dieser Frage, vorgelegt dem Menschenrechtsausschuss des Dt. Bundestages im Rahmen der Untersuchung „Extraterritoriale Staatspflichten“ vom 17.12.2008, online abrufbar unter: http://www.bundestag.de/aktuell/archiv/2008/23017296_kw51_menschenrechte/index.html.

204 Vgl. den sog. Spanien-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, BVerfG 31, 58 (74 f.).

gedeckt sind. Ist dies nicht der Fall, dann verhindert Art. 27 WVRK die Rechtfertigung der Verletzung des *ius in occupatione bellica*. Reformorientierten Besatzungsmächten bleibt also nur die Berufung auf ihre eigenen internationalen Menschenrechtsverpflichtungen.

b) Internationale Menschenrechtsverpflichtungen

aa) Universelle Menschenrechte

Im Mauergutachten²⁰⁵ hat der IGH 2004 festgestellt, dass die von Israel ratifizierten Pakte über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) und über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPWSKR) im besetzten Gaza und Westjordanland anwendbares Recht sind. Seither scheint für Besatzungsmächte das humanitäre Völkerrecht zur nachrangigen Rechtsquelle zu verkommen. Das Mauergutachten zeichnet sich in vielerlei Hinsicht durch eine sehr progressive Interpretation beider Pakte aus, was im konkreten Fall wohl auch der faktischen Situation in den palästinensischen Gebieten geschuldet war. Zum Zeitpunkt der Gutachtenanfrage durch die UN-Generalversammlung im Jahr 2003 waren die Gebiete seit 36 Jahren unter gefestigter militärischer Besatzungsherrschaft Israels.²⁰⁶ Zwar hatte Israel in dieser Zeit mit mehr oder weniger intensivem Widerstand der palästinensischen Bevölkerung zu kämpfen, Kampfhandlungen, die die effektive Herrschaft Israels in Frage stellten, gab es indes nicht.

Die Rechtsauffassung des IGH²⁰⁷, dass der IPBPR seine Vertragsparteien auch als Besatzungsmacht bei der Ausübung effektiver Herrschaftsgewalt auf fremdem Territorium binde,²⁰⁸ lässt sich mit Blick auf den Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 IPBPR durchaus bestreiten („... allen in seinem Gebiet befindlichen *und* seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen ...“).²⁰⁹ Die extraterritoriale Wirkung des Paktes wird aber heute mit Blick auf die entsprechende Interpretation des Menschenrechtsausschusses²¹⁰ mehrheitlich akzeptiert,²¹¹ zumal Art. 4 Abs. 1 IPBPR militärischen Bedürfnissen Rechnung trägt. Der IGH hat sich allerdings auf den Rechtsstandpunkt gestellt, dass die Besatzungsmacht trotz faktischer Notstandssituation – die auch ohne wesentlichen bewaffneten Widerstand als besetzungsimmanent vorausgesetzt wird²¹² – an alle Bestimmungen des Paktes gebunden ist, die sie nicht nach Art. 4 Abs. 3 IPBPR ausdrücklich suspen-

205 IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004.

206 Art. 6 Abs. 3 des IV. GK reduziert für derartige Situationen nach dem ersten Jahr der Besatzung ohne Kampfhandlungen die anwendbaren Normen um diejenigen Pflichten, die sich unmittelbar aus den Folgen von Kampfhandlungen ergeben. Die Basisrechte der Bevölkerung (Art. 27) und das Bewahungsgebot der lokalen Rechtsordnung (Art. 64) gelten weiterhin uneingeschränkt.

207 IGH (Fn. 205), Rn. 108-111.

208 IGH (Fn. 205), Rn. 111: die dortige *Conclusio* nimmt Bezug auf die in Rn. 110 wiedergegebene Rechtsauffassung des Menschenrechtsausschusses „exercise of effective jurisdiction“.

209 *M. J. Dennis*, *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, AJIL 99 (2005), S. 119, 122.

210 Siehe vor allem Human Rights Committee, General Comment Nr. 31/80 (Mai 2004), abgedruckt in: *M. Nowak*, CCPR Commentary (2005), S. 1153.

211 *Sassòli* (Fn. 150), S. 666; *A. Roberts*, *Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights*, AJIL 100 (2006), S. 580, 594.

212 Vgl. *Sassòli* (Fn. 150), S. 667.

diert. Der Menschenrechtsausschuss hat der förmlichen Notifikationspflicht nach Art. 4 Abs. 3 IPBPR bislang keine derart substantielle Bedeutung beigemessen,²¹³ und in einigen Fällen sogar *ex officio* die Reduzierung der Menschenrechtsbindung auf notstandsfeste Rechte geprüft.²¹⁴

Nicht minder innovativ legt der IGH die extraterritoriale Anwendbarkeit des IPWSKR aus.²¹⁵ Der Pakt enthält keine Klausel über die territoriale Reichweite seiner Anwendbarkeit und müsste daher gem. Art. 29 WVRK in seiner Wirkung auf das jeweilige Hoheitsgebiet der Vertragspartei begrenzt sein.²¹⁶ Mit verhältnismäßig wenig Begründungsaufwand überwindet der IGH diese allgemeine Regel, indem er auf die extraterritorialen Bezüge des Art. 14 IPWSKR verweist (unentgeltliche Grundschulspflicht). Auch der Aufforderung des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Israel müsse ihm über die Verwirklichung der Paktrechte in den besetzten Gebieten berichten,²¹⁷ wird entscheidende Bedeutung beigemessen.²¹⁸ Ohne auf das Fehlen einer Notstandsklausel im IPWSKR einzugehen, prüft der Gerichtshof den in der Praxis weitgehend ignorierten Art. 4 IPWSKR, der verlangt, dass Einschränkungen nur den Zweck verfolgen dürfen, „das allgemeine Wohl in einer demokratischen Gesellschaft zu fördern“.²¹⁹ Dagegen geht der IGH mit keinem Wort auf den Progressionsansatz des Art. 2 Abs. 1 IPWSKR ein („nach und nach“) und ignoriert auch die daran anknüpfenden Ausführungen des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte zu den unabdingbaren Kernverpflichtungen („*core obligations*“) des Paktes.²²⁰ Die weitreichende Interpretation des IPWSKR hat der IGH – das hebt das Urteil hervor – auf allgemeingültige Menschenrechtsüberlegungen gestützt.²²¹

Unabhängig von der Angreifbarkeit des Mauergutachtens in einzelnen Rechtsfragen²²² hat der progressive Ansatz des IGH entscheidend dazu beigetragen, dass heute die Bindung von Besatzungsmächten an die universellen Menschenrechtsverträge und an

213 *Landinello Silva v. Uruguay*, Communication Nr. 34/78, S. 65, Rn. 8.3 (1984).

214 *Weismann Lanza and Lanza Perdomo v. Uruguay*, Comment Nr. R 2/8, Rn. 15 (1977); *Torres Ramirez v. Uruguay*, Communication Nr. R 1/4, Rn. 17 (1977).

215 IGH (Fn. 205), Rn. 112; so auch schon *The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons in Armed Conflicts*, Advisory Opinion, ICJ Reports (1996), S. 226, Rn. 25.

216 *Dennis* (Fn. 209), S. 127.

217 ECOSOC, Consideration of Reports submitted by State parties under Articles 16 and 17 of the Covenant, „Israel“, UN Doc. E/C.12.1/Add. 90.

218 IGH (Fn. 205), Rn. 112.

219 IGH (Fn. 205), Rn. 112 Absatz 3.

220 Siehe Committee on Social Economic and Cultural Rights, General Comment Nr. 3 (1990), abrufbar unter: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>.

221 IGH (Fn. 205), Rn. 138; im Rechtsstreit *Kongo v. Uganda* hatte der Kongo die Verletzung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte durch Uganda während der Besetzung der kongolesischen Provinz Ituri im Verfahren geltend gemacht, IGH (Fn. 169), Rn. 25 (Nr. 2) und 181. Obwohl Uganda effektive Besatzungsherrschaft über das besetzte Gebiet ausgeübt hat, ging der IGH auf diesen Aspekt der Klage nicht ein, was freilich vor allem in dem Umstand begründet sein wird, dass der Kongo seine Klage in diesem Punkt nicht substantiiert hat, IGH (Fn. 169), Rn. 217.

222 Kritisch auch *M. Craven*, *The Violence of Dispossession: Extra-Territoriality and Economic, Social, and Cultural Rights*, in: M. A. Baderin/R. Mac Corquodale (Hrsg.), *Economic, Social and Cultural Rights in Action* (2007), S. 71, 78.

das humanitäre Völkerrecht in Praxis²²³ und Literatur²²⁴ nicht mehr grundsätzlich in Frage gestellt wird. Im Fall *Kongo v. Uganda* hat der IGH zudem seine Rechtsauffassung für den IPBPR bestätigt.²²⁵ Menschenrechtsscheue Staaten, die den Pakten fernblieben, sind als Besatzungsmächte freilich einer weniger herausfordernden Rechtslage ausgesetzt: Da sich völkergewohnheitsrechtlich verankerte Menschenrechte einer zu notifizierenden Suspendierung entziehen, werden die paktscheuen Besatzungsmächte nur an das notstandsfeste Gewohnheitsrecht gebunden sein, wie es sich in Art. 4 Abs. 1 IPBPR spiegelt. Selbst wenn der diskutabile Standpunkt vertreten wird, einige soziale Kernverpflichtungen im Bereich der Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Nahrung, Unterkunft und Krankenhäusern seien heute völkergewohnheitsrechtlich anerkannt,²²⁶ fügen diese sich nahtlos in die Aufgaben, die die Besatzungsmacht bereits unter der IV. Genfer Konvention zu erfüllen hat. In einer Koalition kann diese divergierende Rechtslage durchaus Abweichungen in der Lebensqualität und den Rechtsstandards der einzelnen Besatzungszonen zur Folge haben.

bb) Regionale Menschenrechte

Der Impuls, Menschenrechtsverträge in besetzten Gebieten neben das humanitäre Völkerrecht zu stellen, ging von den regionalen Menschenrechtsregimen aus, allen voran vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR). Dessen Kasuistik zur extraterritorialen Jurisdiktion der Vertragsparteien in besetzten Gebieten (Art. 1 EMRK) steht im Spannungsverhältnis von zwei Entscheidungen, dem Urteil *Loizidou*²²⁷ und der Entscheidung *Banković*²²⁸. Im erstgenannten Urteil stellt der Gerichtshof fest, dass die EMRK die Vertragsstaaten in allen Handlungen militärischer und nichtmilitärischer Natur binde, wenn sie effektive und übergreifende (*overall*)²²⁹ Kontrolle über

223 Das UK Military Manual (Fn. 146), Rn. 11.19 ist eines der wendigen Militärhandbücher, die direkt auf die Anwendbarkeit der Menschenrechte in den besetzten Gebieten Bezug nehmen; für die Praxis der UN siehe den Bericht der UN Menschenrechtskommission zur Menschenrechtssituation im besetzten Kuwait, UN Doc. E/CN.4/1992/26, Rn. 12; Report of the Secretary General, Respect for Human Rights in Armed Conflict, UN Doc. A/7720, 20.11.1969, S.12; für die gegenteilige Rechtsauffassung der USA siehe ihre Stellungnahme vor der Inter-Amerikanischen Menschenrechtskommission im Fall *Salas v. United States*, Case 10.573, C.H.R. 312, 317.

224 *T.Ruys/St. Verhoeven, DRC v. Uganda: The Applicability of International Humanitarian Law and Human Rights Law in Occupied Territories*, in: Arnold/Quénivet (Fn. 248), S. 155, 177; *A. Roberts* (Fn. 211), S. 599 mit kritischen Anmerkungen; *F. Coomans/M. T. Kamminga, Comparative Introductory Comments on the Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (2004), S. 1, 3; für die gegenteilige Auffassung s. *Y. Dinstein, Human Rights in Armed Conflict*, in: Meron (Hrsg.), *Human Rights in International Law* (1985), S. 345, 350 ff.

225 IGH (Fn. 169), Rn. 216.

226 Gewohnheitsrecht bejahend *N. D. White, The Applicability of Economic and Social Rights to the UN Security Council*, in: Baderin/MacCorquodale (Hrsg.), *Economic, Social and Cultural Rights in Action* (2007), S. 89, 102; zurückhaltender *A. Chapman/S. Russell* (Hrsg.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights* (2002).

227 *Loizidou v. Turkey*, Entscheidung über die Zulässigkeit der Individualbeschwerde Nr. 15318/89, Urteil vom 23. März 1995, Rn. 62.

228 *Banković* (Fn. 197), Rn. 31 ff.

229 Das eine umfassende Kontrolle, also nicht die Kontrolle über jede Handlung, ausreicht, hat der EGMR in seinem Urteil in der Hauptsache hinzugefügt, *Loizidou v. Türkei*, Urteil vom 18.12.1996 in der Individualbeschwerde Nr. 15318/89, Rn. 56.

ein Gebiet außerhalb ihres Staatsgebietes ausüben;²³⁰ daraus erwachse auch deren menschenrechtliche Verantwortung für die Akte der lokalen Behörden im besetzten Gebiet.²³¹ Im Fall der militärischen Besetzung Nordzyperns durch die Türkei wurde auf dieser Basis die EMRK für anwendbar erklärt. Ohne Notstandsnotifikation gem. Art. 15 EMRK muss die Besatzungsmacht die EMRK in vollem Umfang beachten.²³² In der Entscheidung *Banković* musste sich der EGMR nicht mit einer Besatzungssituation auseinandersetzen, sondern mit militärischen Luftangriffen einiger Vertragsstaaten auf die Bundesrepublik Jugoslawien. Mangels effektiver Herrschaftsgewalt stellt er den Waffeneinsatz außerhalb des territorialen Anwendungsbereichs der EMRK. Zwischen diesen beiden Rechtsprechungspolen lässt sich das Urteil *Issa v. Türkei* aus dem Jahr 2005 ansiedeln.²³³ Dieser Fall betraf das Verhalten von türkischen Soldaten im Jahr 1995 während einer sechswöchigen Militäroperation im Norden des Irak. Etwas vage deutet der EGMR an, er „schließe nicht aus“, dass ein Vertragsstaat als Folge seiner Militäraktion auf fremdem Territorium zumindest zeitweise effektive übergreifende Kontrolle über ein Gebiet erlangen könne.²³⁴ Daraus lässt sich schließen, dass die militärische Präsenz auf fremdem Territorium nicht stabil sein muss, um in den Rechtsraum der EMRK (*espace juridique*) zu fallen. Das House of Lords hat sich 2007 im *Al-Skeini et al*-Fall mit der Frage auseinandergesetzt, ob im Lichte der dargestellten EGMR-Rechtsprechung die Tötung von sechs Zivilisten durch britische Soldaten in Basra zwischen August und November 2003 an den Verbürgungen der EMRK – und damit des Human Rights Acts von 1998 – zu messen ist.²³⁵ Zum Zeitpunkt der Tötungshandlungen war Basra offiziell eine Besatzungszone unter der Verwaltung des Vereinigten Königreichs; die dort stationierten Truppen waren jedoch mit erheblichem bewaffnetem Widerstand konfrontiert. Die Lordrichter konzentrierten sich auf die Frage, ob die Todesfälle der *Banković*- oder der *Issa*-Rechtsprechung zuzuordnen sei und schlossen damit indirekt aus, dass die förmlich erklärte Besetzung und die Wahrnehmung der entsprechenden Aufgaben im Bereich der lokalen Sicherheit und Ordnung ausreiche, um im Sinne der *Loizidou*-Rechtsprechung („effektive und übergreifende Kontrolle“) den Anwendungsbereich der EMRK zu eröffnen.²³⁶ Darüber erklärten die Lordrichter übereinstimmend ihre Skepsis gegenüber der kurzen Passage aus dem *Issa*-Urteil, die den Charakter der EMRK als „regional instrument“ (*Banković*) in Frage stelle.²³⁷ Die

230 Von der effektiven Kontrolle über ein fremdes Gebietes [*Loizidou* (Fn. 229) Rn 63] sind Fälle der effektiven Kontrolle von Personen zu unterscheiden, in denen die Zurechenbarkeit *ratione personae* aufgrund punktueller extraterritorialer Hoheitsakte erfolgt. In diesem Sinne z.B. EGMR, *Öcalan* (Fn. 198), Rn. 93; *Freda v. Italien*, Entscheidung v. 7.10.1980 in der Individualbeschwerde Nr. 8916/80, DR 21, S. 254 (256); *Sánchez Ramirez v. Frankreich*, Entscheidung v. 24.6.1996 in der Individualbeschwerde Nr. 28780/95, DR 86-B, S. 155 (160-161).

231 *Loizidou* (Fn. 229), Rn. 52.

232 Für die Bürgerkriegssituation in Tschetschenien s. den Fall *Isayeva, Yusupova, Bazayeva v. Russland*, Urteil vom 24. Februar 2005 in den Individualbeschwerden Nr. 57947/00, 57948/00 and 57949/00, Rn. 125.

233 *Issa et al v. Türkei*, Urteil vom 16. November 2004 in der Individualbeschwerde Nr. 31821/96.

234 *Issa* (Fn. 233), Rn. 74.

235 Siehe die zustimmende Urteilsbesprechung von *T. Thienel*, The ECHR in Iraq: The Judgment of the House of Lords in *R (Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence*, JICJ 6 (2008), S. 115 ff.

236 *Al-Skeini* (Fn. 195), Rn. 30 per *Lord Bingham of Cornhill*.

237 *Al-Skeini* (Fn. 195), Rn. 77 per *Lord Rodger of Earlsferry*, Rn. 127 per *Lord Brown of Eaton-Under-Heywood*.

essentielle Regionalität der Menschenrechtskonvention veranlasste *Lord Rodger of Earlsferry* zu der bemerkenswerten Feststellung: „So the idea that the United Kingdom was obliged to secure observance of all the rights and freedoms as interpreted by the European Court in the utterly different society of southern Iraq is manifestly absurd.“²³⁸ In seiner ersten Entscheidung zur Besatzungszeit im Irak vom Juni 2009, *Al-Saadoon and Mufdhi*,²³⁹ sah sich der EGMR nicht genötigt, auf diese provokante Bemerkung einzugehen; allerdings stimmte der Gerichtshof den Lordrichtern in einem Punkt ausdrücklich zu: Zumindest in den von den Briten kontrollierten Gefängnissen im besetzten Irak gilt die EMRK.²⁴⁰

Wie der EGMR geht auch die Interamerikanische Menschenrechtskommission von der extraterritorialen Anwendbarkeit der Amerikanischen Menschenrechtskonvention gem. Art. 1 aus („all persons subject to their jurisdiction“), wenn der Vertragsstaat „authority and control“ über Personen außerhalb des Territoriums ausübt.²⁴¹ Im afrikanischen Kontext wurde die extraterritoriale Anwendbarkeit der Banjul-Charta in der Afrikanischen Menschenrechtskommission erstmals in der Kommunikation 227/99 bejaht.²⁴² Ohne auf dieses Dokument zu verweisen unterstellt der IGH im Urteil *Kongo v. Uganda* die extraterritoriale Anwendbarkeit der Charta in Fällen effektiver Besatzungsherrschaft und stellt auf dieser Basis fest, dass die ugandischen Besatzungstruppen²⁴³ im Kongo Art. 4 (Recht auf Leben) und Art. 5 (Folterverbot) der Afrikanischen Menschenrechtscharta verletzt haben.²⁴⁴ Die Effektivität der ugandischen Kontrolle über die kongolesische Provinz Ituri stand im Verfahren außer Streit.

cc) Art. 43 HLKO i.V.m. Art. 64 der IV. GK im Lichte der Menschenrechte

Die Einwirkung der Menschenrechte auf die Pflichtenstellung einer Besatzungsmacht führt in erster Linie zu einem strengeren Rechtmäßigkeitsmaßstab für das militärische bzw. exekutive Handeln der Besatzungsorgane. Zudem muss die Besatzungsgesetzgebung die Menschenrechtskonformität des exekutiven Handelns im Rahmen des Art. 43 HLKO i.V.m. Art. 64 der IV. GK sicherstellen (Art. 2 Abs. 2 IPBPR). Aus der menschenrechtlichen Verpflichtung folgt also, dass die Besatzungsmacht an der Anwendung menschenrechtswidriger lokaler Gesetze „zwingend gehindert“ ist (Art. 43 HLKO). Zugleich darf sie die lokale Rechtslage für die Zeit der Besetzung menschenrechtskonform ausgestalten, um ihren Verpflichtungen aus den Menschenrechtspakten nachzukommen (Art. 64 Abs. 2 der IV. GK). Was sich aus humanitärer Sicht vielver-

238 *Al-Skeini* (Fn. 195), Rn. 78 per *Lord Rodger of Earlsferry*.

239 *Al-Saadoon and Mufdhi v. United Kingdom*, Entscheidung vom 30. Juni 2009 in der Individualbeschwerde Nr. 61498/08.

240 *Al-Saadoon and Mufdhi* (Fn. 239), Rn. 88.

241 Inter-Amerikanische Menschenrechtskommission, Report Nr. 86/99, Fall 11.589 vom 29. September 1999; vgl. *Ch. M. Cerna*, Extraterritorial Application of the Human Rights Instruments of the Inter-American System, in: Coomans/Kamminga (Hrsg.), Extraterritorial Application of Human Rights Treaties (2004), S. 141, 173.

242 African Human Rights Commission, Communication 227/99, Democratic Republic of Congo v. Burundi, Rwanda and Uganda, Twentieth Activity Report, January – June 2006; siehe hierzu *F. Viljoen*, Communications under the African Charter: Procedure and Admissibility, in: Evans/ Murray (Hrsg.), The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice (2008), S. 76, 107-8.

243 Die Besetzung der kongolesischen Provinz Ituri dauerte von August 1998 bis zum Juli 2003; vgl. *Ruys/Verhoeven* (Fn. 224), S. 171.

244 *Kongo v. Uganda* (Fn. 169), Rn. 217 f.

sprechend anhört, ist im Lichte des Bewahrungsprinzips nicht unproblematisch. Ohne Notstandsnotifikation hätte die extraterritoriale Anwendung des IPBPR beispielsweise zur Folge, dass die Besatzungsmacht die lokalen Familien- und Ehegesetze ändern muss, um diese für die Zeit ihrer faktischen Herrschaft den Standards des Art. 23 IPBPR anzupassen. Ein derartiger Eingriff in die Zivilrechtsordnung widerspricht aber den Normzwecken des Art. 64 der IV. GK i.V.m. 43 HLKO, d.h. dem Schutz der Rechtsordnung, mit der die Bevölkerung vertraut ist, und der kulturellen Identität des Landes.²⁴⁵

Das Dilemma lässt sich auch nicht mit dem Argument auflösen, das spezielle Besatzungsrecht derogiere im genannten Beispielsfall den weitreichenden Gesetzgebungsauftrag der Menschenrechte (*lex specialis derogat legi generali*). Gerade weil die Menschenrechte im Krieg nur unter bestimmten Voraussetzungen suspendierbar sind (Art. 4 IPBPR), können Konflikte zwischen den Menschenrechten und dem humanitären Völkerrecht nicht mit den allgemeinen Kollisionsregeln des Völkerrechts gelöst werden. Vielmehr gelten ausschließlich die speziellen Rechtsanwendungsregeln der Menschenrechtsverträge, und das sind die Notstandsklauseln (Art. 4 IPBPR).²⁴⁶ In diesem Lichte erhält der allgemeine *lex specialis*-Satz, den der IGH mehrfach zur Klärung des Verhältnisses von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht herangezogen hat,²⁴⁷ die Bedeutung einer Kollisionsvermeidungsregel: Das „spezielle“ humanitäre Völkerrecht mit seinen militärischen Notwendigkeitserwägungen, seinen kampfhandlungsbezogenen Erlaubnistatbeständen und seinen besonderen Schutzzwecken kommt bei der Interpretation der menschenrechtlichen Normen zum Tragen, d.h. im Rahmen ihrer Schutzbereiche und Schranken.²⁴⁸ So muss das Tatbestandsmerkmal „willkürlich“ in Art. 12 Abs. 4 IPBPR (Einreisefreiheit) im Lichte des humanitären Völkerrechts ausgelegt werden.²⁴⁹ Die Besatzungsmacht muss das Bewahrungsprinzip des Art. 43 HLKO im Rahmen ihrer Menschenrechtsbindung honorieren, d.h. die vorgefundenen lokalen Gesetze anwenden, wenn die Menschenrechte temporäre Eingriffe erlauben oder lediglich „geeignete“ Schutzmaßnahmen verlangen (Art. 23 Abs. 4 IPBPR), und die lokalen Gesetze nicht völlig ungeeignet sind. Und schließlich greift das kriegsrechtliche Bewahungsgebot durch, wenn der Schutzbereich eines Menschenrechts eingeschränkt werden darf (z.B. Art. 22 IPBPR) und das lokale Gesetz dies in völkerrechtskonformer Weise tut.

Der IPWSKR, der nach der Rechtsprechung des IGH in besetzten Gebieten Beachtung verlangt, liefert in erster Linie einen Abwehranspruch der Bevölkerung gegen wirt-

245 *Glahn* (Fn. 103), S. 99 erachtete die Zivilgesetze als besatzungsrechtlich „immun“.

246 *M.J. Dennis* (Fn. 209), S. 141.

247 IGH, *Threat or Use of Nuclear Weapons* (Fn. 215), Rn. 25; *Palestinian Wall* (Fn. 114), Rn. 106; *Kongo v Uganda* (Fn. 169), Rn. 216.

248 *O. Ben-Naftali/Y. Shany*, *Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories*, *Isr LRev* 37 (2003), S. 17, 57; *C. MacCarthy*, *Legal Conclusion or Interpretative Process? Lex Specialis and the Applicability of International Human Rights Standards*, in: *Arnold/Quénivet* (Hrsg.), *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law* (2008), S. 109, 110 ff.; *N. Prud'homme* weist den *lex specialis*-Ansatz zugunsten einer Zusammenführung beider Normenkomplexe zurück und kommt auf diesem Wege zu weitgehend identischen Ergebnissen, in: *Lex Specialis: Oversimplifying a More Complex and Multifaceted Relationship*, *Isr LRev* 40 (2007), S. 355, 386 ff.; siehe generell zu den möglichen Bedeutungen der *lex specialis* Regel *M. Koskeniemi*, *Study on the Function and Scope of the Lex Specialis Rule and the Question of „Self-Contained Regimes“*, *International Law Commission, UN Doc. ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1 and Add 1* (2004), Rn. 4.

249 IGH, *Threat or Use of Nuclear Weapons* (Fn. 215), Rn. 25.

schaftliche, soziale und kulturelle Repressalien der Besatzungsmacht;²⁵⁰ er verstärkt in diesem Bereich die Pflichten aus der IV. Genfer Konvention (z.B. Art. 50, 55). Darüber hinaus ist die Summe der Individualrechte des IPWSKR eine Auslegungshilfe für den Begriff des „öffentlichen Lebens“ i.S.d. Art. 43 HLKO, aber immer unter Berücksichtigung der faktischen Möglichkeiten im besetzten Gebiet.²⁵¹

dd) Menschenrechte und Verfassungsoktrooy

Besatzungsmächte werden nicht auf Basis lokaler Verfassungen legislativ bzw. exekutiv tätig, sondern auf Grundlage ihrer eigenen Besatzungsordnungen. Die lokale Verfassung legitimiert also nicht das Handeln der Besatzungsmacht, sie ist lediglich Teil der Rechtsordnung, die von der Besatzungsmacht nach Art. 43 HLKO und Art. 64 der IV. GK zu beachten ist, wenn nicht das menschenrechtsdurchwirkte *ius in occupatione bellica* etwas anderes gebietet bzw. erlaubt.

Die Rechtsüberzeugung, dass gesetzgeberische Eingriffe in die bestehende Verfassung nicht von Art. 43 HLKO und Art. 64 der IV. GK gedeckt sind, insbesondere die Änderung der Staatsorganisation und politischer Grundprinzipien, kommt in einigen wenigen Militärhandbüchern explizit zum Ausdruck. So heißt es im kanadischen Military Manual zu den Grenzen der besatzungsrechtlichen Gesetzgebungsgewalt: „Generally speaking, the occupant is not entitled to alter the existing form of government, to upset the constitution and domestic laws of the occupied territory, or to set aside the rights of the inhabitants.“²⁵² Obwohl die Mehrzahl der militärischen Handbücher sehr zurückhaltend mit derartigen Aussagen ist, spiegelt die kanadische Vorschrift die internationale Rechtslage wieder, wie sie sich auf Basis von Art. 64 der IV. GK i.V.m. Art. 43 HLKO darstellt.²⁵³

Betätigt sich die Besatzungsmacht als *pouvoir constituant originaire*, maßt sie sich also unmittelbar verfassungsgebende Gewalt kraft ihrer militärischen Autorität an, dann stellt dieses Vorgehen eine völkerrechtswidrige Annexion des Territoriums dar, wenn die Besatzungsmacht auf Grundlage dieser neuen Verfassung als gesetzliche Staatsgewalt im besetzten Territorium tätig wird.²⁵⁴ Aber auch die transformatorische Modifikation der lokalen Verfassung, die ausschließlich der konstitutionellen Neuordnung der lokalen Staatsgewalt im Lichte der Besatzungsvorgaben dient, verletzt das Bewahrungsprinzip des Haager und Genfer Rechts. Die Verfassungsgebung gehört nicht zu den Aufgaben, die Art. 43 HLKO und Art. 64 der IV. GK den Besatzungsmächten auferlegen; sie ist ein Akt politischer Selbstbestimmung des Volkes, das sich selbst als politische Einheit definiert (siehe Kapitel C.4).²⁵⁵ Vor allem dienen verbindliche Vorgaben von Verfassungsinhalten nicht der Wiederherstellung des öffentlichen Lebens unter der

250 Das ist die Schlagrichtung, die der IGH den Rechten im Mauergutachten gibt, IGH (Fn. 114), Rn. 130 i.V.m. Rn. 136 Absatz 4.

251 IGH (Fn. 205), S. 181 Rn. 112 aE: „In the exercise of the powers available to it [on the basis of its territorial jurisdiction], Israel is bound by the provisions of the International Covenant...“

252 *Canada National Defence*, Joint Doctrine Manual, Law of Armed Conflict (2001), Rn. 1205.

253 *Pictet* (Fn. 185), Art. 47, S. 273.

254 Zur Grundwanderung zwischen Annexion und Transformatorischer Okkupation s. *Roberts* (Fn. 211), S. 580, 582 f.

255 *U. K. Preuss*, Perspectives on Post-Conflict Constitutionalism: Reflections on Regime Change Through External Constitutionalization, NYLSchLR 51 (2006/07), S. 467, 477.

Besatzungsherrschaft (Art. 43 HLKO), sondern der Neujustierung der Staatsstrukturen nach dem Ende der Besetzung.

Ebenso wenig sind transformatorische Eingriffe in die lokale Verfassung über die menschenrechtlichen Verpflichtungen der Besatzungsmacht zu rechtfertigen.²⁵⁶ Die Einführung föderaler Strukturen in die Verfassung, wie sie beispielsweise die USA in der neuen irakischen Verfassung indirekt bewirkt haben (siehe Kapitel B.II.3.a), kann seitens der Besatzungsmacht nicht mit dem Schutz von Minderheiten gerechtfertigt werden (Art. 27 IPBPR).²⁵⁷ Ebenso wenig verlangt Art. 25 IPBPR, dass die Besatzungsmacht dem besetzten und damit fremden Staat eine demokratische Regierungsform verordnet und die demokratische Legitimation seiner staatlichen Institutionen sicherstellt. Die internationalen Menschenrechte adressieren diese Pflicht direkt an die gesetzliche Staatsgewalt, die ihre Handlungsfähigkeit spätestens nach Ende der Besetzung wiedererlangt hat. Soweit diese schon während der Besetzung partiell ihre originäre hoheitliche Tätigkeit wieder aufnimmt und autonom auf Basis der Landesverfassung tätig wird (s. Kapitel B.III.1), muss die Besatzungsmacht nach Maßgabe ihrer eigenen menschenrechtlichen Verpflichtungen die Menschenrechtskonformität der wiedererstarkten gesetzlichen Gewalt entweder durch völkerrechtliche Abrede²⁵⁸ oder durch die Besatzungsordnung sicherstellen.

ee) Art. 25 IPBPR: Wahlen im besetzten Gebiet

Gerade im Bereich der politischen Teilhaberechte des Art. 25 IPBPR entwickelt das Zusammenspiel von internationalen Menschenrechten und Bewahrungsprinzip eine besondere Dynamik. Art. 43 der HLKO verpflichtet die Besatzungsmacht, so weit wie möglich das öffentliche Leben (*la vie publique*) wiederherzustellen, also der Bevölkerung das soziale, wirtschaftliche und kulturelle Umfeld zu ermöglichen, das den menschlichen Alltag ausmacht.²⁵⁹ Die Wiederherstellung des öffentlichen politischen Lebens spricht Art. 43 HLKO dagegen nicht an. Im Gegenteil: Es ist unbestritten, dass gerade die politischen Rechte und die lokalen Wahlgesetze von der Besatzungsmacht aus Gründen der militärischen Notwendigkeit oder der öffentlichen Sicherheit suspendiert werden dürfen.²⁶⁰ Auch das Zusammenspiel von Art. 43 HLKO und Art. 25 lit. b IPBPR führt hier zu keinem anderen Ergebnis: Die Aussetzung der politischen Partizipationsrechte der Bevölkerung ist mit Blick auf die militärischen Notwendigkeiten im Rahmen einer Besetzung immer eine „angemessene“ und damit zulässige Beschränkung des Art. 25 IPBPR. Die Beschränkung politischer Staatsbürgerrechte i.S.d. Art. 25 IPBPR

256 Das aber befürchtet G. H. Fox; Humanitarian Occupation (2008), S. 246.

257 Vgl. Y. Dinstein, Legislation Under Article 43 of the Hague Regulations: Belligerent Occupation and Peacebuilding, HPCR Occasional Paper Series Fall 2004, S. 10, online abrufbar unter <http://www.hpcrresearch.org/publications/ops.php>.

258 Siehe beispielsweise die menschenrechtlichen Regelungen in den Osloer Verträgen, u.a. Art. XIX Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip, 28 September 1995, ILM 36 (1997), S. 551.

259 Schwenk (Fn. 141), S. 398, Sassòli (Fn. 150), S. 663 ff.; siehe für eine sehr weitreichende Interpretation der „vie publics“ Klausel B. H. McGurk, Revisiting the Law of Nation Building: Iraq in Transition, Vir JIL 45 (2005), S. 451, 463 f.

260 Israel hat in der ersten Phase der Besetzung der palästinensischen Gebiete die lokalen Wahlen zu Bürgermeisterinnen und Gemeinderäten bis 1972, also insgesamt fünf Jahre, suspendiert, vgl. E. R. Cohen, Human Rights in the Israeli-occupied Territories (1986), S. 194.

kann allerdings im Lichte der Stabilität und Dauer der militärischen Besetzung ihre Angemessenheit verlieren. In diesem Fall ist die politische Partizipation der Bevölkerung zumindest schrittweise zu ermöglichen, beginnend auf gemeindlicher Ebene. Im Lichte des Art. 25 IPBPR erstreckt sich dann die besatzungsrechtliche Pflicht aus Art. 43 HLKO, das „öffentliche Leben“ wiederherzustellen, auch auf das „politische öffentliche Leben“.

Zu berücksichtigen ist aber, dass das Völkerrecht in gewissen Besetzungssituationen Neuwahlen zur Konstituierung der gesetzlichen Staatsgewalt verbietet. Im Falle einer Teilbesetzung fördern isolierte Wahlen in einer modifizierten Parteienlandschaft die politische Abspaltung des besetzten Gebiets und stellen regelmäßig eine verbotene Intervention in die Integrität des teilbesetzten Staates dar.²⁶¹ Lediglich der Selbstbestimmungsanspruch des Teilvolkes gegen eine hochgradig repressive Zentralregierung – wie es 1971 für die ostpakistanischen Bengalen nach der indischen Intervention bejaht wurde²⁶² – gibt der Besatzungsmacht in diesem Bereich Handlungsspielraum.

Ähnlich stellt sich die Rechtslage dar, wenn die Regierung des besetzten Staates aus dem Ausland heraus den Anspruch fortexistierender Regierungsgewalt erhebt: Hat die vertriebene Regierung vor der Besetzung in so eklatanter Weise ihre Repräsentationsfunktion gegenüber dem Staatsvolk verletzt, dass sie als illegitim gelten muss, dann honoriert die Besatzungsmacht mit der Einleitung und Organisation von freien und fairen Neuwahlen das interne Selbstbestimmungsrecht des Volkes. Die Besatzungsmacht ist allerdings nicht in ihrer Beurteilung frei, ob die von ihr vertriebene Regierung „illegitim“ war. Folgt man *Brad Roth*, so hat die Legitimität einer Regierung für das Völkerrecht den Charakter einer widerlegbaren Vermutung.²⁶³ Die internationale Staatenpraxis liefert bisher nur wenige klare Hinweise darauf, wann diese Vermutung der Legitimität tatsächlich durchbrochen wird.²⁶⁴ So wurden in der Vergangenheit insbesondere faschistische, (quasi-)koloniale und rassistische Regime²⁶⁵ sowie Militärregime, die sich gegen eine demokratisch gewählte Regierung an die Macht geputscht haben,²⁶⁶ von der internationalen Gemeinschaft als „illegitim“ gebrandmarkt. Die systematische Verletzung fundamentalster Menschenrechte, z.B. durch Massenvertreibungen, und staatlich verordneter Genozid lassen die Legitimität der Regierung ebenfalls nicht unberührt.²⁶⁷ Nach dem heutigen Stand des Völkerrechts unterstützt die Staatenpraxis nicht den unilateralen Anspruch eines Staates, einen anderen Staat militärisch zu besetzen,

261 Vgl. das fünfte Prinzip der Friendly Relation Declaration (Fn. 68), Gleichberechtigung und Selbstbestimmung der Völker, Absatz 8 „Alle Staaten unterlassen jede Handlung, die auf die teilweise oder vollständige Zerstörung der nationalen Einheit und der territorialen Unversehrtheit eines anderen Staates oder Landes gerichtet ist.“ s. auch IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States), Merits, ICJ Reports 1986, S. 106, Rn. 202; zum engen Zusammenhang zwischen Selbstbestimmungsrecht des Staatsvolkes und Interventionsverbot s. *J. Summers*, *Peoples and International Law: How Nationalism and Self-Determination Shape a Contemporary Law of Nations* (2007), S. 329-332.

262 Siehe *Benvenisti* (Fn. 138), S. 176.

263 *B. R. Roth*, *Governmental Illegitimacy in International Law* (1999), S. 430.

264 Zur britischen Praxis der Nichtanerkennung von Regierungen s. die Erklärung des UK Foreign Secretary, *Lord Carrington*, in: House of Lords Debates, Bd. 408 Columns 1121 f. (28.4.1980).

265 Für den Fall Südafrika s. beispielsweise die Stellungnahme des Britischen Delegierten im Third Committee der UN-Generalversammlung, 12.10.184, angedruckt in *BYIL* 55 (1984), S. 431 ff.

266 So z. B. in den Fällen Haiti, SR Res. 940 (1994), und Honduras GA Res. 63/301 vom 29. Juni 2009.

267 *J. R. Crawford*, *The Creation of States in International Law* (2006), S. 149.

um dort demokratischen Prozessen zur Geltung zu verhelfen.²⁶⁸ Die USA haben sich bei der Invasion Panamas 1989 zur Entmachtung Noriegas entsprechender internationaler Kritik ausgesetzt. Ob die Durchführung von Neuwahlen zur demokratischen Legitimierung einer neuen Regierung anstelle des vertriebenen undemokratischen Regimes auf denselben internationalen Widerstand stößt, ist allerdings zu bezweifeln, vor allem, wenn die Neuwahlen unter internationaler Kontrolle stattfinden.²⁶⁹ Repräsentiert die vertriebene Regierung des besetzten Staates dagegen das Staatsvolk, weil sie beispielsweise aus freien und fairen Wahlen hervorgegangen ist, so ist das Abhalten von Neuwahlen durch die Besatzungsmacht rechtsmissbräuchlich i.S.d. Art. 5 Abs. 1 IPBPR. Neuwahlen zur Ersetzung der „legitimen“ Exilregierung sind unter diesen Gegebenheiten keine der Besatzungsmacht völkerrechtlich zugewiesenen Aufgaben, die Eingriffe in die lokale Rechtsordnung und Institutionen durch die Besatzungsmacht rechtfertigen. Die Schranken der Art. 43 HLKO und Art. 64 der IV. GK spiegeln hier das externe Selbstbestimmungsrecht des besetzten Volkes gegenüber der Besatzungsmacht wider.²⁷⁰

Hat sich die Regierung im Zuge der militärischen Besetzung aufgelöst, wie es beispielsweise im Irak 2003 der Fall war, ist die Besatzungsmacht völkerrechtlich grundsätzlich nicht gehindert, Wahlen zur Etablierung einer neuen Staatsgewalt zu organisieren, zumindest wenn sie das Attribut fair und frei verdienen. Freilich ließe sich an dieser Stelle einwenden, dass Wahlen unter den Bedingungen einer militärischen Fremdherrschaft *per se* nicht frei und unverfälscht sein können. In einer Analyse der Plebiszitpraxis nach dem 1. Weltkrieg stellte *Sarah Wambaugh* fest, dass es damals international anerkannter Standard war, die Abstimmungsgebiete durch den Abzug der Truppen von Staaten, die unmittelbar am Ausgang interessiert waren, vor dem Urnengang zu „neutralisieren“.²⁷¹ Die Vereinten Nationen und der Commonwealth lehnten 1984 eine Beobachtung der Wahlen in Granada wegen der Anwesenheit der US-Interventionstruppen ab.²⁷² Die OAS störte sich dagegen nicht an der Truppenpräsenz und schickte Wahlbeobachter. Die Freiheit der Wahl zu den deutschen Landestagen 1946 bis 1948 wurde ebenfalls nie in Frage gestellt, trotz fortdauernder militärischer Besetzung.²⁷³ Auch wenn die Völkerbundspraxis der „Neutralisierung“ des Wahlumfeldes zweifelsohne dem Ideal moderner Demokratiestandards entspricht, wird die Freiheit einer Wahl unter Besatzungsherrschaft nicht pauschal verneint werden können. Abgesehen von den faktischen Bedingungen wird es entscheidend darauf ankommen, dass die Freiheit und die Fairness der Wahl gesetzlich durch die Besatzungsmacht abgesichert ist, und zwar nach den Vorgaben und in den Grenzen des Art. 25 lit. b IPBPR. Modifizierungen des lokalen Wahlsystems durch die Besatzungsmacht, beispielsweise die Einführung eines Mehr-

268 *J. R. Crawford*, Democracy and the Body of International Law, in: Fox/Roth (Hrsg.), Democratic Governance and International Law (2000), S. 91, 106; a.A. *W. M. Reisman*, Sovereignty and Human rights in Contemporary International Law, AJIL 84 (2000), S. 866, 872.

269 Vgl. die Bewertung der Besetzung Panamas durch die USA bei *Benvenisti* (Fn. 138), S. 173.

270 Vgl. das sechste Prinzip der Friendly Relation Declaration (Fn. 68), Der Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten, Absatz 2 „Die souveräne Gleichheit umfasst folgende Bestandteile e) jeder Staat hat das Recht, sein politisches, soziales, wirtschaftliches und kulturelles System frei zu wählen und zu entwickeln.“

271 *S. Wambaugh*, Plebiscites since the World War Vol. 1 (1933), S. 444.

272 *Y. Beigbeder*, International Monitoring of Plebiscites, Referenda and National Elections (1994) S. 265.

273 Siehe z.B. die Diskussion im britischen Zonenbeirat zu den Wahlen 1946, abgedruckt in: Vogel/Weizs (Hrsg.), Akten zur Vorgeschichte der Bundesrepublik Deutschland Bd. 1 (1976), S. 598 ff.

heits- anstelle des gesetzlich vorgesehenen Verhältniswahlrechts, lassen sich nicht auf Art. 25 IPBPR stützen und sind daher durch Art. 43 HLKO untersagt. Dagegen ist die Beseitigung des tradierten Einparteiensystems, das Art. 25 IPBPR historisch betrachtet nicht verbietet,²⁷⁴ heute durchaus zu rechtfertigen. Die Freiheit, sich zu Parteien zusammenzuschließen, wird in Art. 22 IPBPR ausgesprochen und rechtfertigt im Rahmen des Art. 43 HLKO die Einführung eines pluralistischen Parteiensystems. Die lokalen Partei(verbots)gesetze müssen den Test des Art. 22 Abs. 2 IPBPR bestehen, der die Einschränkungen der Vereinigungsfreiheit unter den Vorbehalt der demokratischen Notwendigkeit stellt. Die Einwirkung der Besatzungsmacht in die Parteienlandschaft durch die Änderung der lokalen Partei- und Vereinsgesetze kann darüber hinaus – wie dargestellt – mit Sicherheitsbelangen begründet werden.

Faire Wahlen i.S.d. Art. 25 IPBPR sind freilich kein Selbstzweck, sondern verlangen auf den verschiedenen Ebenen der Staatsorganisation politische Institutionen, deren Organe durch die Wahlen legitimiert werden: von Gemeinderäten und Bürgermeistern bis hin zu Parlament und Regierung. Die politischen Institutionen des Staates, ihre Zusammensetzung, ihre Rechenschaftspflichten und ihre organisatorischen Verknüpfungen sind verfassungsrechtliche Themen der Staatsorganisation. Sie sind dem transformatorischen Zugriff der Besatzungsmacht aus den dargestellten Gründen nach Art. 43 HLKO grundsätzlich entzogen (Kapitel C.I.3.dd). Ist die staatsorganisatorische Verfasstheit des besetzten Staates so defizitär, dass Wahlen allein keine stabile, demokratische Regierungsform herbeiführen können, bleibt der Besatzungsmacht nur die Initiierung des Verfassungsgebungsprozesses, um dem Selbstbestimmungsrecht des Volkes zur Geltung zu verhelfen.

4. Selbstbestimmungsrecht des Volkes

Das Selbstbestimmungsrecht des Volkes – sei es nun gegen fremde Dominanz (externes Selbstbestimmungsrecht²⁷⁵) oder innerstaatliche Repräsentationsmängel (internes Selbstbestimmungsrecht²⁷⁶) gerichtet – ist mit vielen rechtlichen Unsicherheiten behaftet,²⁷⁷ zumal der progressive akademische Diskurs einer zurückhaltenden internationalen Praxis gegenüber steht. Gleichwohl ist das Selbstbestimmungsrecht, wie es in Art. 1 des IPBPR und des IPWSKR Ausdruck findet, ein rechtlicher Anspruch, mit dem die Besatzungsmacht konfrontiert ist.²⁷⁸ Im hier interessierenden Kontext einer transforma-

274 Roth (Fn. 263), S. 331; 335; G. H. Fox, The Right to Political Participation in International Law, in: Fox/Roth (Fn. 268), S. 48, 56; Nowak (Fn. 210), Art. 25, Rn. 20.

275 Art 1 Abs. 4 des 1. Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen; UN GA Res. 38/16 „Universal realization of the right of people to self-determination“, vom 22. November 1983.

276 Cassese (Fn. 277) S. 102; A. Rosas, Internal Self-Determination, in: Tomuschat (Hrsg.), Developments in International Law: Modern Law of Self-Determination (1993), S. 225, 230.

277 Die Unterscheidung zwischen externem und internem Selbstbestimmungsrecht geht auf A. Cassese zurück, in: Self-determination of Peoples: A Legal Reappraisal (1995), S. 101; einen guten Überblick über den Diskussionsstand gewährt F. L. Kirgis, The Degrees of Self-Determination in the United Nations Era, AJIL 88 (1994), S. 304 ff.

278 Siehe z.B. GA Res. 58/161, 22.12.2003, Rn. 2: „bekundet ihre entschiedene Zurückweisung fremder militärischer Intervention, Aggression und Besetzung, da diese in bestimmten Teilen der Welt zur Unterdrückung des Selbstbestimmungsrechts der Völker und anderer Menschenrechte geführt haben;...“ Umstritten ist, ob und welche Facette des Rechts auf Selbstbestimmung *ius cogens*-Charakter hat, siehe dazu Kapitel C.4.

torischen Besetzung begegnet die Besatzungsmacht dem Selbstbestimmungsrecht in erster Linie im Gewand des Art. 43 HLKO und Art. 64 der IV. GK.

a) *Selbstbestimmungsrecht und souveräne Gleichheit*

Das *ius in occupatione bellica* geht von zwei Annahmen aus: Zum einen wird die Staatsgewalt des besetzten Gebietes lediglich temporär durch die faktische Besatzungsgewalt verdrängt,²⁷⁹ zum anderen stellt die Besetzung nicht die Staatlichkeit des besetzten Staates in Frage.²⁸⁰ Die *de jure* Souveränität verbleibt also beim besetzten Staat, auch wenn *de facto* die Staatsgewalt durch die Autorität der Besatzungsmacht verdrängt ist.²⁸¹ Daraus folgt, dass das von der Besatzungsmacht beherrschte Volk in erster Linie ein Staatsvolk ist, das sein internes Selbstbestimmungsrecht i.S.d. Art. 1 IPBPR bereits ausgeübt hat. Gewöhnlich wird das Recht auf politische, soziale, wirtschaftliche und kulturelle Selbstbestimmung trotz seines permanenten Charakters²⁸² zumindest auf zwischenstaatlicher Ebene von der Rechtsstellung des souveränen Staates überlagert. Damit rückt in den internationalen Beziehungen das Prinzip der souveränen Gleichheit in den Vordergrund, aus dem sich eine fundamentale Rechtsposition des souveränen Staates ableitet,²⁸³ das Verbot der Intervention in die internen, vom internationalen Recht nicht erfassten Angelegenheiten. Für den besetzten Staat wird dieses Prinzip durch Art. 43 HLKO und Art. 64 der IV. GK (*lex specialis*) reduziert auf das Verbot der Einmischung in die lokale Rechtsordnung, wenn der Eingriff nicht im Lichte der vielfältigen, international zugewiesenen Aufgaben der Besatzungsmacht unerlässlich ist. In dieser Rechtsposition des besetzten Staates gegen die Besatzungsmacht kommt das ausgeübte Selbstbestimmungsrecht des Staatsvolkes zum Ausdruck.²⁸⁴ Aus diesem Blickwinkel heraus ist das Selbstbestimmungsrecht ein rechtliches Argument *gegen* eine Aushöhlung des Haager und Genfer Bewahrungsgrundsatzes zugunsten eines extensiven transformatorischen Besatzungsrechts.²⁸⁵

279 *Benvenuti* (Fn. 138), S. 6.

280 Nach der sog. *Debellatio*-Doktrin sollten die völlige militärische Niederwerfung und die damit einhergehende staatliche Desintegration zum Staatenuntergang führen; dieses Schicksal wurde nach der Vorstellung von *H. Kelsen*, *The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin*, AJIL 39 (1945), S. 518, 519, *M. Virally*, *L'Administration internationale de L'Allemagne* (1948), S. 22, und *A. V. Freemans*, *War Crimes by Enemy Nationals Administering Justice in Occupied Territories* AJIL 41 (1947), S. 579, 605, als Folge der bedingungslosen Kapitulation dem Deutschen Reich zuteil; Art. 43 HLKO, der die Besatzer auf die Beachtung der Landesgesetze des besetzten Staates verweist, und die internationale Praxis spiegeln die *Debellatio*-Doktrin nicht wider.

281 *Pellet* (Fn. 184) S. 175.

282 *Nowak* (Fn. 210), Art. 1 Rn. 18; *Cassese* (Fn. 277), S. 54.

283 *J.L. Brierly*, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace* (1963), S. 47: Souveränität ist ein Bündel von Ansprüchen in den zwischenstaatlichen Beziehungen.

284 *Summers* (Fn. 261), S. 329 ff.; das Zusammenspiel von Selbstbestimmungsrecht und souveräner Gleichheit kommt anschaulich in der Resolution ES-6/2 (1980) der Generalversammlung zur Besetzung Afghanistans durch sowjetische Truppen zum Ausdruck: „... Reaffirming the inalienable rights of all peoples to determine their own future and to choose their own government free from outside interference (...) Appeals to all States to respect the sovereignty, territorial integrity and, political independence and non-aligned character of Afghanistan ...“

285 So auch *Parameswaran* (Fn. 111), S. 68.

b) Selbstbestimmungsrecht und vertriebenes Unrechtsregime

So wie das Selbstbestimmungsrecht den Anspruch des besetzten Staates auf Nichtintervention in die lokale Rechtsordnung unterstützen kann, so kann sich das Selbstbestimmungsrecht auch gegen den besetzten Staat wenden. Hat der besetzte Staat vor der militärischen Niederlage seine Repräsentationsfunktion in eklatanter Weise missachtet, beispielsweise durch die gewaltsame Unterdrückung einer ethnischen Gruppe oder des gesamten Staatsvolkes, dann rückt das Selbstbestimmungsrecht des Volkes wieder in das Zentrum besatzungsrechtlicher Überlegungen.²⁸⁶ Art. 43 HLKO und Art. 64 der IV. GK schützen jetzt nicht mehr das Recht des besetzten Staates auf Nichtintervention in seine Rechtsordnung, in der sich die Illegitimität der Staatsgewalt manifestiert.²⁸⁷ Dennoch wird für die Besatzungsmacht der beschriebene rechtliche Handlungsspielraum nicht größer. Das *ius in occupatione bellica* steht nun im Dienste des Rechts des Volkes, frei – d.h. ohne Besatzungszwang²⁸⁸ – über seinen politischen Status und die Gestaltung seiner wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Entwicklung zu entscheiden (Art. 1 IPBPR).²⁸⁹ In dem hier interessierenden Kontext des transformatorischen Wiederaufbaus des besetzten Staates lässt sich aus dem Selbstbestimmungsrecht des fremdbeherrschten Volkes ableiten, dass die lokale Rechtsordnung und die darauf basierenden Institutionen grundsätzlich von der neuen Staatsgewalt zu entwerfen sind, die sich das Volk in freier Entscheidung gibt.²⁹⁰ Daher widerspricht ein Verfassungsoktroy, mit dem die künftige gesetzliche Staatsgewalt auf Dauer vordefiniert wird, nicht nur Art. 43 HLKO und Art. 64 der IV. GK (Kapitel C.I.3.dd), er verletzt auch das Selbstbestimmungsrecht des Volkes.²⁹¹ Im Ergebnis wird das Bewahrungsprinzip also vom internen und externen Selbstbestimmungsrecht des besetzten Volkes dahingehend bestätigt, dass die Änderung der politischen und rechtlichen Beziehungen zwischen dem Volk und seiner Regierung nicht durch ein unilaterales Diktat der Besatzungsmacht zu bewerkstelligen ist, sondern durch die Repräsentanten des Volkes.²⁹²

Die Besatzungsmacht ist trotz alledem nicht gehindert, einen Verfassungsgebungsprozess einzuleiten und im Rahmen dieses Prozesses die eigenen Verfassungsvorstellungen zur Diskussion zu stellen. Die Mittel, die die Besatzungsmacht zur Durchsetzung ihrer Vorstellungen zur Hand hat, sind freilich sehr durchschlagend, insbesondere wenn der Abbruch des Verfassungsgebungsprozesses als Drohszenario im Raum steht. Das Bedürfnis der Besatzungsmacht, den von ihr gewollten Regimewechsel verfassungsrecht-

286 *Kirgis* (Fn. 277), S. 308.

287 Ein Beispiel aus der Praxis hier wäre Bangladesch, auch wenn es dort um Abspaltung ging.

288 Die „Rechtswidrigkeit“ einer Besetzung im Lichte des Selbstbestimmungsrechts wird von einigen internationalen Dokumenten hervorgehoben, z.B. Art. 16 Abs. 1 der Charter of Economic Rights and Duties of States, GA Res. 3281 (XXIX) vom 12.12.1974; GA Res. 3171 (XXVIII) vom 17.12.1973; *Parameswaran* weißt zu Recht darauf hin, dass der *prima facie* Widerspruch zwischen Selbstbestimmungsrecht und Besetzung eine Frage des *ius ad bellum* ist, (Fn. 111), S. 67.

289 *Benvenisti* (Fn. 138), S. 183.

290 Vgl. *Fox* (Fn. 256), S. 208; *J. L. Cohen*, The Role of International Law in Post-Conflict Constitution-Making: Toward a „Jus Post Bellum“ for „Interim Occupations“, NYLSchLR 51 (2006/07), S. 497, 522.

291 *St. Wheatley*, The Security Council, Democratic Legitimacy and Regime Change in Iraq, EJIL 17 (2006), 531, 540 f. mit Verweis auf GA-Res. 34/22, 14.11.1974 (Besetzung Kambodschas durch Vietnam) Rn. 10: „Resolves that the people of Kampuchea to chose democratically their own government, without outside interference, subversion or coercion“; zur Besetzung Grenadas durch die US siehe GA Res. 38/7, 2.11.1983, Rn. 5.

lich abzusichern, und das gegenläufige Bedürfnis der wiedererstarkten Staatsgewalt, frei die Verfassung zu gestalten, hat im deutschen Verfassungsgebungsprozess 1949 zu einer weitgehend konsensualen Annäherung der Positionen geführt. Abgesehen von den Druckmitteln in der Hand des Besetzers, unterscheiden sich dessen faktische Einwirkungen auf Verfassungsinhalte und -verfahren nicht von den Einflüssen externer Akteure, z.B. der Vereinten Nationen (*constitutional engineering*). Im Lichte des sehr grobmaschigen Selbstbestimmungsrechts ist entscheidend, dass die Verfassung mit all ihren Spuren externer Einwirkungen durch einen „freien und unverfälschten Willensakt des betroffenen Volkes“²⁹³ bestätigt wird. Dieser Wille kann sich auf unterschiedliche Weise manifestieren, wie das Beispiel des Grundgesetzes veranschaulicht. Ob die Verfassung aufgrund der Einflussnahme der Besatzungsmacht unter einem Legitimitätsdefizit leidet, was der irakischen Verfassung vorgeworfen wird,²⁹⁴ ist eine Frage, die sich einer Beurteilung auf Basis des Selbstbestimmungsrechts entzieht.²⁹⁵

5. Verpflichtung, keinen gescheiterten Staat zu hinterlassen?

In Anbetracht dessen, dass eine militärische Invasion in der Regel zu einer Erschütterung der Staatlichkeit in ihren Grundfesten führt, bleibt die Frage, ob die Besatzungsmacht rechtlich verpflichtet ist, vor dem Abzug ihrer Truppen ein politisch lebensfähiges Gemeinwesen zu hinterlassen, das nicht in den pathologischen Zustand der Unregierbarkeit abgeleitet. Aus dieser Rechtspflicht könnte abgeleitet werden, dass die Besatzungsmacht lebensfähige politische Institutionen aufbauen und demokratische Prozesse initiieren muss. Der Bericht der *International Commission on Intervention and State Sovereignty* aus dem Jahr 2001²⁹⁶ hat im Falle einer militärischen Intervention die „*responsibility to rebuild*“ proklamiert, und daran anknüpfend verlangt, dass die intervenierende Besatzungsmacht so lange im Land bleiben muss, bis die nachhaltige Wiederherstellung des Landes sichergestellt ist: Die geeigneten Maßnahmen in diesem *post bellum*-Kontext sind nach Auffassung der Kommission friedensbildende Maßnahmen, die auf Sicherheit, Gerechtigkeit, wirtschaftliche Entwicklung und Versöhnung abzielen.²⁹⁷ Der internationalen Praxis lässt sich derzeit aber nicht entnehmen, dass sich dieses weitreichende Konzept einer „*responsibility to rebuild*“ von einem moralischen oder politischen Gebot zu einer Rechtspflicht verdichtet hat, die über die derzeitigen Besatzungspflichten hinausgeht.

6. State Building-Mandat nach dem VII. Kapitel der UN-Charta

Seit der UN-Sicherheitsrat mit Res. 1483 (2003) der Besatzungsherrschaft im Irak rechtlich beigesprungen ist, scheint der Präzedenzfall für die Erweiterung des besatzungsrechtlichen Handlungsspielraums durch eine UN-Zwangsmaßnahme eingetreten zu

292 Cohen (Fn. 290), S. 525.

293 IGH, West Sahara Advisory Opinion, ICJ Rep 1975, S. 35, Rn. 55.

294 Andrew Arato, Post-Sovereign Constitution-Making and its Pathology in Iraq, NYLSchLR 51 (2006/2007), S. 536, 547 ff.

295 Ph. Dann/Z. Al-Ali (Fn. 83), S. 451, 454 ff.

296 The Responsibility to Protect, Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS), 2001.

297 ICISS (Fn. 296), Rn. 5.25.

sein.²⁹⁸ In der Tat ist es bemerkenswert, dass nahezu alle gesetzgeberischen Maßnahmen der CPA im Irak nach dem Erlass der SR-Resolution am 22. Mai 2003 getroffen worden.²⁹⁹ Ob die SR Res. 1483 (2003) in der Tat als Ermächtigung verstanden werden kann, die Grenzen des Art. 43 HLKO und Art. 64 der IV. GK zu sprengen, ist umstritten.³⁰⁰ Zumindest im Lichte eines modern interpretierten Haager und Genfer Bewahrungsprinzips wird der SR Res. 1483 (2003) Ziff. 4³⁰¹ nicht zu entnehmen sein, dass sie zu mehr ermächtigt, als das *ius in occupatione bellica* ohnehin erlaubt; die US-Drafter der Sicherheitsratsresolution mögen das anders gesehen haben. Generell gilt, dass sich die Rechte und Pflichten der UN-autorisierten Besatzungsmacht in erster Linie nach dem UN-Mandat ergeben, wenn dieses nach dem VII.-Kapitel beschlossen wurde (Art. 103 UN-Charta).

II. Dritte Staaten und Organisationen

Gerät ein Staat aufgrund eines kräftezehrenden bewaffneten Konflikts ins Straucheln, wirken neben den Vereinten Nationen auch andere Akteure – z.B. dritte Staaten, regionale Organisationen und NGOs – an der Wiederherstellung der Staatlichkeit mit. In den palästinensischen Gebieten finden externe Hilfsmaßnahmen, beispielsweise der EU, im Kontext einer militärischen Besetzung statt.³⁰² Aufgrund des thematischen Fokus der Tagung wird im Folgenden vor allem die Frage behandelt, ob sich die Rechtsstellung dritter Staaten oder Organisationen aus dem *ius in occupatione bellica* bzw. *pacifica* ergibt.

1. Besetzungssituation ohne UN-Mandat

In einer Besetzungssituation erfolgen die Wiederaufbaubemühungen dritter Akteure nur mit Zustimmung der Besatzungsmacht und in erster Linie auf Grundlage der lokalen, durch die Besatzungsgesetzgebung modifizierten Rechtsordnung.³⁰³ Auf der völkerrechtlichen Ebene gibt es deshalb kaum Rechtsnormen, die den Wiederaufbauplänen dritter Staaten Grenzen setzen. Verbietet der Sicherheitsrat mit der Autorität des VII. Kapitels jegliche Unterstützung eines Invasors, wie er es im Falle des Iraks nach dem

298 Vgl. *Dederer* (Fn. 183), S. 42.

299 Sogar die erste Anordnung (Regulation No. 1 Coalition Provision Authority) vom 16.5.2003 beruft sich auf die sechs Tage später beschlossene SR-Res. 1483 (2003) vom 22.5.2003 (sic!).

300 Bejahend *R. Wolfrum*, Iraq – from Belligerent Occupation to Iraqi Exercise of Sovereignty: Foreign Power versus International Community Interference, *Max Planck UNYB* 9 (2005), S. 1, 16; *Wheatley* (Fn. 291), S. 534; a.As. *Parameswaran* (Fn. 111), S. 167.

301 SR Res. 1483 (2003) vom 22. Mai 2003, Ziff. 4 „Calls upon the Authority, consistent with the Charter of the United Nations and other relevant international law, to promote the welfare of the Iraqi people through the effective administration of the territory, including the particular working towards the restoration of conditions of security and stability and the creation of conditions in which the Iraqi people can freely determine their own political future;“

302 Siehe den Länderbericht Palestinian Authority of the West Bank and Gaza Strip, 12.5.2004, KOM(2004) 373 end.

303 Siehe aber für die Zusammenarbeit der EU mit der Palästinensischen Autonomiebehörde das Euro-Mediterranean Interim Association Agreement on trade and cooperation between the European Community, of the one part, and the Palestine Liberation Organization (PLO) for the benefit of the Palestinian Authority of the West Bank and the Gaza Strip, of the other part, ABl. Nr. L 187/3.

Einmarsch in Kuwait getan hat,³⁰⁴ sind Wiederaufbauhilfen im besetzten Staat von der Sanktion mit umfasst. Ein allgemeines völkerrechtliches Verbot, während einer militärischen Besetzung Wiederaufbauhilfe zu leisten, gibt es nicht – auch nicht im Lichte des Selbstbestimmungsrechts des Volkes.³⁰⁵

Die Menschenrechtsbindung des Drittstaates ist im Besatzungskontext grundsätzlich kein Maßstab, da diesem die effektive Kontrolle über das besetzte Gebiet fehlt (siehe Kapitel C.I.3.bb). Aus demselben Grund bindet das *ius in occupatione bellica* nur die Besatzungsmacht, nicht aber den Drittstaat (vgl. Art. 42 HLKO). Die militärische Besetzung des Iraks durch die Koalitionstruppen zeigt, dass selten Einigkeit darüber besteht, wann der Beitrag zur militärischen Kontrolle und Verwaltung des besetzten Gebietes eine Bindung an das Haager und Genfer Recht bewirkt. So haben fast alle teilnehmenden Staaten – mit Ausnahme der USA und des Vereinigten Königreichs – ihre Besatzungsrolle unter Verweis auf die SR-Res. 1483 (2003) bestritten.³⁰⁶ In der Tat bezeichnet Res. 1483 nur die USA und das Vereinigte Königreich ausdrücklich als Besatzungsmächte (*Authority*), während die übrigen im Irak engagierten Staaten neutral als „*Member States*“ in Erscheinung treten.³⁰⁷ Welche politischen Gründe auch immer hinter dieser Trennung stehen, die Anwendbarkeit des *ius in occupatione bellica* ist nicht von der Anerkennung des Besatzerstatus abhängig. Das IKRK notifiziert dementsprechend neun Staaten, dass sie – neben den USA und dem Vereinigten Königreich – aufgrund ihrer effektiven Truppenpräsenz als Besatzungsmächte i.S.d. Art. 42 HLKO gelten.³⁰⁸

2. Failed State-Situation ohne UN-Mandat

So ungern sich die Alliierten des Irakkriegs den Status des militärischen Besatzers geben, so ungern akzeptieren militärisch engagierte Drittstaaten das Besatzungsrecht als Rechtsrahmen ihrer Wiederaufbaumaßnahmen in Staaten ohne effektive Staatsgewalt. In Somalia wurde 1992 die Unstimmigkeit über die Anwendbarkeit des *ius in occupatione bellica* innerhalb der multilateralen UNITAF-Truppen virulent. UNITAF war durch die SR-Res. 794 (1992) ermächtigt worden, alle notwendigen Mittel zur Sicherung der humanitären Hilfe einzusetzen; über infrastrukturelle Aufgaben UNITAFs im zerrütteten Somalia schweigt das Mandat indes. Das australische UNITAF-Kontingent stellte daraufhin die öffentliche Sicherheit und Ordnung in den rechtlichen Grenzen des Art. 43 HLKO her,³⁰⁹ während das US-amerikanische UNITAF-Kontingent die Anwendbarkeit der Haager Landkriegsordnung ablehnte.³¹⁰ Diese Weigerung wurzelte u.a. in dem Unbehagen, als „feindliches Heer“ i.S.d. Art. 42 HLKO eingestuft zu werden, wo es doch keinen bewaffneten Konflikt zwischen dem konsensunfähigen Gast-

304 SR-Res.661 (1990), Rn. 3.

305 Etwas anderes wird allerdings gelten müssen, wenn in der Wiederaufbauhilfe eine konkludente Anerkennung der Annexion des besetzten Gebietes durch die Besatzungsmacht liegt, vgl. Friendly Relation Declaration (Fn. 68), erster Grundsatz Absatz 10.

306 Eine Überblick über die vertretenen Rechtspositionen bietet *Parameswaran* (Fn. 111), S. 161 ff.

307 SR-Res. 1483 (2003), 13. Erwägungsgrund.

308 *Parameswaran* (Fn. 111), S. 166; *Thürer/MacLaren* (Fn. 162), S. 761.

309 *M. J. Kelly*, Restoring and Maintaining Order in Complex Peace Operations: The Search for a Legal Framework (1999), S. 39.

310 *Stahn* (Fn. 96), S. 472.

staat und dem Entsendestaat gibt. Historisch betrachtet ist die Situation allerdings nicht ungewöhnlich: Ob nun die militärische Präsenz Großbritanniens im osmanischen Ägypten 1882 oder die französische Besetzung des Ruhrgebiets 1923 als Beispiele herangezogen werden – die Zeitgeschichte kann von vielen „friedlichen“ Besetzungen berichten,³¹¹ in denen die militärische Präsenz ohne vorherige bewaffnete Gewalt, aber auch ohne Konsens des Territorialstaates, hergestellt wurde.³¹² Das *ius in occupatione pacifica*, das sich historisch im 19. Jahrhundert entwickelt hat, ist seit 1949 weitgehend mit dem Recht der kriegerischen Besetzung identisch. Aus Art. 2 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 3 der IV. GK ergibt sich, dass beide Rechtskomplexe durch die IV. Genfer Konvention zusammengeführt wurden.³¹³ Während Art. 2 Abs. 2 bestimmt, dass für eine Besetzung kein bewaffneter Widerstand erforderlich ist, legt Art. 6 Abs. 3 fest, dass ein Jahr nach dem Ende der militärischen Operation bestimmte Bestimmungen der Konvention – darunter Art. 64 der IV. GK – fortgelten.

Ist der Territorialstaat also aufgrund der Erosion seiner Staatsgewalt von vornherein nicht mehr zustimmungsfähig, dann bietet das *ius in occupatione pacifica* einen sachgerechten Rechtsrahmen für die unautorisierte Fremdeinwirkung auf Land und Leute. Die militärisch unterstützte Wiederherstellung der Staatlichkeit in einem *failed state* muss sich also in dem Rechtsrahmen bewegen, den Art. 43 HLKO, Art. 64 der IV. GK und die internationalen Menschenrechte abstecken (s.o.). Im Falle Somalias hatte der Sicherheitsrat es versäumt, UNITAF mit einem konkreten Notverwaltungsmandat auszustatten. Die Vorschriften, die das UNITAF-Militärkommando für den Luftraum über Somalia erließ, um den Transport bestimmter Güter und Waren zu untersagen,³¹⁴ findet seine Ermächtigungsgrundlage also in Art. 43 HLKO, nicht die SR-Res. 794 (1992).

3. Konsenssituation

Die beschriebene Rechtslage ändert sich, wenn dritte Staaten oder Organisationen auf Einladung des kriegsgeschwächten Staates an der Wiederherstellung von dessen Staatlichkeit mitwirken. Wenn der Plan internationaler *state building*-Maßnahmen mit der Stationierung von fremden Truppen einhergeht, werden regelmäßig Truppenstationierungsabkommen zwischen den Parteien geschlossen. Konkrete institutionelle und strukturelle Reformkompetenz der Drittstaaten werden in diesen Abkommen in der Regel nicht angesprochen; das Monopol der Gesetzgebung verbleibt als die notwendige Basis für alle institutionellen Reformen immer beim Gaststaat. So ist die Militärpräsenz von ISAF in Afghanistan zwar über ein Kapitel VII-Mandat abgesichert,³¹⁵ ISAF's *state building*-Aktivitäten werden aber in erster Linie von der Zustimmung der afghanischen

311 Für einen historischen Überblick s. Kelly (Fn. 309), S. 131 ff.

312 Im Zuge der friedlichen Besetzung Kubas durch die USA im Jahr 1899 definierte *Ch. E. Magoon* den nicht-kriegerischen Aspekt der Besetzung als die Abwesenheit von effektiver Hoheitsgewalt des territorialen Souveräns, und die Fähigkeit der Armee, nunmehr diese Hoheitsgewalt aufgrund der effektiven Kontrolle über das Gebiet auszuüben, in: *Reports on the Law of Civil Government in Territory Subject to Military Occupation by the Military Forces of the USA* (1902), S. 11 ff.

313 Vgl. *Pictet* (Fn. 185), Art. 6 S. 63.

314 Kelly (Fn. 309), S. 19.

315 SR Res. 1386 (2001) vom 20. Dezember 2001.

Regierung getragen.³¹⁶ Der Hohe Repräsentant in Bosnien-Herzegowina fällt ebenfalls unter die Rubrik einer eingeladenen internationalen *state building*-Mission, da die neu etablierte Regierung von Bosnien-Herzegowina 1995 das Dayton Abkommen unterzeichnet hat. Das Abkommen, vom Hohen Repräsentanten *Carlos Westendorp* als „Bauplan“ des Staatsaufbaus in BiH bezeichnet,³¹⁷ weist im Annex 10 (Art. II) dem Hohen Repräsentanten vor allem Überwachungs- und Koordinationsfunktionen zu. Die sukzessive Vertiefung und Erweiterung auf legislative und exekutive Kompetenzen wurden aber aufgrund der zunehmenden Paralyse der staatlichen Institutionen für den Erhalt des Staates notwendig und daher dynamisch in das Dayton Abkommen hineininterpretiert (*Bonn Powers*³¹⁸).³¹⁹

Die schrittweise Zersetzung der staatlichen Strukturen im Gaststaat führt in der Regel zu einem rechtlichen Vakuum, wenn der Aufenthalt des Drittstaats nur über ein gewöhnliches Statusabkommen abgesichert ist. Zwar bleibt das Statusabkommen weiterhin die rechtliche Grundlage für die Truppenpräsenz, die Paralyse der örtlichen Exekutive und Legislative führt aber dazu, dass die notwendigen institutionellen Reformen keine rechtliche Grundlage mehr in den lokalen Gesetzen finden. Die ergänzende Anwendung des Haager und Genfer Rechts neben dem Statusabkommen führt, wie dargestellt, zu einem sachgerechten Ergebnis:³²⁰ Die temporären Maßnahmen des dritten Staates zur Wiederherstellung der staatlichen Institutionen erhalten mit Art. 43 HLKO und Art. 64 der IV. GK eine solide rechtliche Grundlage, die aufgrund ihrer Schranken dem Selbstbestimmungsrecht des Volkes Rechnung trägt. In Bosnien-Herzegowina gibt es dagegen wenig Spielraum für einen Rückgriff auf das *ius in occupatione pacifica*.³²¹ Das extensiv ausgelegte Mandat des Hohen Repräsentanten auf Basis des Dayton-Abkommens gibt der internationalen Institution eine Machtfülle, die als internationale Reserveverwaltung in Notfällen hinter der fragilen Staatsgewalt steht.

316 Agreement on provisional arrangements in Afghanistan pending the re-establishment of permanent government institutions (sog. Bonner Abkommen), Annex 1: International Security Force; Military Technical Agreement between the International Security Assistance Force (ISAF) and the Interim Administration of Afghanistan („Interim Administration“) vom 31. December 2001. December 2001. Annex I: International Security Force

317 *D. Zaum*, *The Sovereignty Paradox: The Norms and Politics of International State Building* (2007), S. 82

318 Art. V des Annex 10 des Dayton Abkommens: „The High Representative is the final authority in theater regarding interpretation of this Agreement on the civilian implementation of the peace settlement.“

319 Vgl. *Oellers-Frahm* (Fn. 101), S. 208; *D. Zaum* (Fn. 298), S. 84.

320 So auch *Stahn* (Fn. 96), S. 474 für internationale Territorialverwaltungen.

321 *Wedgwood* berichtet, dass die NATO Kommandeure in Bosnien-Herzegowina die rechtliche Qualifizierung von SFOR als Besatzungsmacht abgelehnt haben, weil sie befürchteten, die damit verbundenen Pflichten nicht zu erfüllen zu können, z.B. die Verfolgung von Kriegsverbrechen, s. *R. Wedgwood*, *Iraq's Transformation and International Law*, in: *R. Jaques* (Hrsg.), *Issues in International Law and Military Operations* (2006), S. 7, online abrufbar unter <http://www.nwc.navy.mil/cnws/ild/documents/Naval%20War%20College%20vol%2080%20.pdf>.

III. Vereinte Nationen

Die absolute Mehrheit aller internationalen Missionen zur Wiederherstellung kriegsgeschwächter Staatlichkeit wurde von den Vereinten Nationen mandatiert und durchgeführt. Die Bemühungen der Organisation im Kongo (MONUC), Somalia (UNOSOM II), Mozambik (ONUMOZ), Kambodscha (UNTAC) und Haiti (MINUSTAH) erzählen Geschichten von Erfolgen, Fehlschlägen und Fortschritten im Bereich des internationalen *state building*s. Nicht nur die langjährigen Erfahrungen versetzen die Vereinten Nationen in die Lage, ein multidimensionales Konzept des Staatenaufbaus vor Ort zu bewältigen; mit den rechtlichen Möglichkeiten der UN-Charta sind die UN-Organe für die Aufgabe zudem bestens gewappnet. Das Rechtsregime, das die *state building*-Maßnahmen der Vereinten Nationen in ihren verschiedensten Erscheinungsformen beherrscht, wird aus verschiedenen Quellen gespeist, allen voran die UN-Charta und das daraus abgeleitete internationale Mandat.

1. UN-Charta: Menschenrechte, Selbstbestimmungsrecht und Treuhand

Ein UN-Mandat zum Wiederaufbau kriegsgeschädigter Staatsstrukturen wird entweder mit Konsens des betroffenen Staates auf Basis des VI. Kapitels der UN-Charta erteilt, oder – regelmäßig seit der (weitgehenden) Auflösung des Ost-West-Konflikts – in eine Zwangsmaßnahme nach dem VII. Kapitel gekleidet.³²² Der General-Sekretär konkretisiert dieses Mandat, das in historischen Einzelfällen auch von der Generalversammlung (Art. 11 UN-Charta) erteilt wurde,³²³ durch interne Handlungsanweisungen und Durchführungsvorschriften (z.B. *code of conduct, rules of engagements*).

Die akademische Debatte um die Reichweite der Handlungsmacht der UN-Organe, allen voran des Sicherheitsrates, konzentrierte sich in den 90er Jahren auf die begrenzende Wirkung der Tatbestandsmerkmale in Art. 39 und Art. 41 UN-Charta.³²⁴ Im Fokus des aktuellen wissenschaftlichen Interesses ist die menschenrechtliche Begrenzung der Organmacht, die auch im Kontext von Staatsaufbaumaßnahmen eine zentrale Rolle spielt. Der Streitstand ist andernorts erschöpfend besprochen worden und muss hier nicht wiederholt werden.³²⁵ Für die Zwecke dieser Untersuchung reicht die Feststellung, dass sich die Menschenrechtsbindung des Sicherheitsrates über Art. 24 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 3 UN-Charta begründen lässt, aber auch dem konstitutionellen Gesamtkonzept der Satzung zugrunde liegt.³²⁶ Auf dieses Gesamtkonzept rekurrierte der IGH im *Awards*-Gutachten, um im Lichte des Art. 1 Ziff. 3 UN-Charta die Kompetenz zur

322 Die Einwilligung des Staates schließt nicht aus, dass eine Mandatierung nach dem VII. Kapitel erfolgt, s. z.B. für den Kosovo SR-Res. 1244 (1999) trotz der Zustimmung Serbiens in die Territorialverwaltung,

323 z.B. im Fall der Territorialverwaltung West-Neuguineas, GV Res. 1752 (XVII) vom 21.9.1962

324 Siehe z. B. ICTY, Appeals Chamber – Case Np. IT-94-1-AR72 – The Prosecutor v. Duško Tadić, abgedruckt in HRLJ 16 (1995), S. 437, 441 ff.

325 Siehe statt vieler G. Thallinger, Sense and Sensibility of the Human Rights Obligations of the United Nations Security Council, ZaöRV 67 (2007), S. 1015 ff.; B. Fassbender, Targeted Sanctions and Due Process, Study commissioned by the United Nations Office of Legal Affairs, 20 März 2006, online abrufbar unter: http://www.un.org/law/counsel/Fassbender_study.pdf.

326 K. Schmalenbach, Constitutional Limits to Security at UN and EU Level, in: H. Eberhard/K. Lachmayer/G. Thallinger (Hrsg.), Constitutional Limits to Security (2009), S. 21, 26 ff.

Errichtung eines UN-Verwaltungsgerichtshofs zu begründen.³²⁷ In der Tat entstünde ein unerträglicher Widerspruch innerhalb der UN-Charta, wäre die Organisation zur Förderung der Menschenrechte in den Mitgliedstaaten verpflichtet, ohne ihrerseits die Menschenrechte innerhalb des eigenen Handlungsspektrums beachten zu müssen. Richtschnur des Handelns der UN-Organe bei der Mandatierung und Durchführung von internationalen Territorialverwaltungen und *post-conflict peacebuilding*-Missionen ist also die UN-Charta mit ihrer inhärenten Verpflichtung zur Beachtung der internationalen Menschenrechte, wie sie in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und den Internationalen Pakten Ausdruck gefunden haben. Auch wenn sich also die Menschenrechtsbindung unmittelbar aus der UN-Charta ergibt und daher nicht zur Disposition der UN-Organe steht, können im Rahmen des operativen Mandats Rechtseinschränkungen und Suspendierungen in den menschenrechtlich erlaubten Grenzen vorgenommen werden. Im Kosovo hat beispielsweise UNMIK die Suspendierung des Menschenrechts auf richterliche Haftprüfung (Art. 5 Abs. 3 EMRK³²⁸) mit einem örtlichen Notstand i.S.d. Art. 14 EMRK gerechtfertigt.³²⁹ Dieses Vorbringen wurde allerdings vom Ombudsmann des Kosovo nicht akzeptiert,³³⁰ zumal UNMIK den Notstand nicht notifiziert hatte.

Neben den Menschenrechten wird auch das Selbstbestimmungsrecht des Volkes von der UN-Charta als Organisationsziel herausgestellt (Art. 1 Ziff. 2, Art. 55 UN-Charta); es liegt darüber hinaus dem UN-Treuhandsystem zugrunde (Art. 76 i.V.m. Art. 1 UN-Charta). Verwaltet die Organisation ein Territorium anstelle des Staates, dann lässt sich die Pflicht zur Respektierung des Selbstbestimmungsrechts als konstitutionelles Prinzip in der UN-Charta verankern. Dieses Prinzip weist den Vereinten Nationen eine Vorbildfunktion zu,³³¹ ohne eine statische Rechtsbarriere für multidimensionale *state building*-Konzepte zu sein. In deren Rahmen stellen die Vereinten Nationen notwendigerweise die Weichen für die politische und wirtschaftliche Zukunft des Volkes, vor allem wenn die Errichtung stabiler staatlicher Institutionen und Strukturen die Grundvoraussetzung für einen dauerhaften Frieden ist – auch innerhalb des Volkes (*nation building*). Im Rahmen der UN-Charta ist das Selbstbestimmungsrecht des Volkes mit dem Friedenssicherungsauftrag der Vereinten Nationen in eine „praktische Konkordanz“ zu bringen. In diesen Abwägungsprozess fließt ein weiterer Grundsatz der UN-Charta ein, der früher das ausgediente Treuhandsystem beherrscht hat und heute im Nachfolgemodell des VII. Kapitels Beachtung verlangt:³³² Die Verwaltungsmaßnahmen der Vereinten Nationen stehen nicht nur im Dienste der Friedenssicherung, sondern müssen auch die

327 IGH, Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, ICJ Rep. (1954), S. 47, 57.

328 Die EMRK ist im Kosovo auf Basis der UNMIK-VO 1999/24 Bestandteil der kosovarischen Rechtsordnung.

329 K. Schmalenbach, Haftung Internationaler Organisationen (2004), S. 472.

330 Vgl. M. A. Nowicki, Ombudsperson für das Kosovo, Special Report No. 1, Rn. 34.

331 Vgl. H. F. Kiderlen, Von Triest nach Osttimor: der völkerrechtliche Rahmen für die Verwaltung von Krisengebieten durch die Vereinten Nationen (2008), S. 242.

332 Vgl. J. Friedrich, UNMIK in Kosovo: Struggling with Uncertainty, Max Planck UNYB 9 (2005), S. 225, 244; Wilde (Fn. 119), S. 408; M. Bothe/Th. Marauhn, UN Administration of Kosovo and East Timor: Concept, Legality and Limitations of Security Council-Mandated Trusteeship Administration, in: Tomuschat (Hrsg.), Kosovo and the International Community: A Legal Assessment (2002), S. 217; Kiderlen (Fn. 331), S. 255 ff.

Interessen der Bevölkerung im Blick haben; diese Interessen sind im Zweifel auf wirtschaftliche Entwicklung und politische Selbstbestimmtheit gerichtet.

Die Relativierung des Selbstbestimmungsrechts, die sich im Abwägungsprozess der konfligierenden Aufgabenstellungen ergeben kann, hat ihre Grenzen. Das ergibt sich schon aus dem *ius cogens*-Charakter einiger zentraler Facetten des Selbstbestimmungsrechts.³³³ Daher sind UN-Verwaltungsmaßnahmen chartawidrig, wenn sie die „Letztverantwortung des Volkes“³³⁴ für die Errichtung seines politischen Systems dauerhaft vereiteln.³³⁵

2. Besatzungsrecht

Weitere Grenzen der Handlungsmacht von UN-Organen ergeben sich aus der internationalen Rechtsstellung der Vereinten Nationen als Völkerrechtssubjekt. Es mag überraschen, dass die Vereinten Nationen mit ihrem breiten Handlungs- und Kompetenzspektrum vor allem völkergewohnheitsrechtlichen Verhaltenspflichten unterliegen, auch im Bereich des *ius in bello*. Die UN ist bekanntlich den Genfer Konventionen und ihren Zusatzprotokollen fern geblieben, nicht nur aufgrund hauseigener Bedenken,³³⁶ sondern auch wegen der Weigerung der Vertragsstaaten, eine UN-Zugangsklausel in die Zusatzprotokolle einzufügen.³³⁷ Die Bindung der Vereinten Nationen an den völkergewohnheitsrechtlichen Kern des Haager und Genfer Rechts ist vom Generalsekretär nur zögerlich akzeptiert worden.³³⁸ Erst 1999 erkannte er ausdrücklich an, dass die „fundamentalen Prinzipien und Regeln des humanitären Völkerrechts“ das Verhalten der UN-Soldaten in *peace-enforcement*- und *peacekeeping*-Einsätzen regle. Dieses überfällige Zugeständnis, das letztlich die UN-Praxis der letzten 40 Jahre in Worte fasst, blendet das Recht der besetzten Gebiete aus.³³⁹ Angesichts der Erfahrungen der Vereinten Nationen mit Einsatzgebieten ohne effektive Staatsgewalt, angefangen mit der ONUC-Mission im Kongo 1960 bis 1964, ist das Schweigen des Generalsekretärs durchaus aussagekräftig: Die Vereinten Nationen erfüllen ihre Verwaltungs- und *state building*-Aufgaben im Interesse der internationalen Gemeinschaft. Die Bezeichnung als „Besatzungs-

333 Siehe dazu Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session, 4 May - 19 July 1966, Yearbook of the International Law Commission 1966/II S. 248; vgl. z.B. auch Judge *Ammoun* in: ICJ, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962) Judgment, Separate Opinion of Judge *Ammoun* ICJ Reports (1970), S. 286, 304, 312.

334 SR-Res. 897 (1994), 5. Erwägungsgrund.

335 K. *Schmalenbach*, Preventing and Rebuilding Failed States, in: Th. Giegerich (Hrsg.), *A Wiser Century? – Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the Second Hague Peace Conference* (2009), S. 231, 245 f.

336 K. *Månsson*, Implementing the Concept of Protection of Civilians in the Light of International Humanitarian Law: The Case of MONUC, in: R. Arnold/N. Quéniwet (Hrsg.), *International Humanitarian Law and Human Rights* (2008), S. 555, 563 f.; B. T. *Tittmore*, Belligerents in Blue Helmets, *Stan JIL* 33 (1997), S. 61, 87 ff.

337 Zur Position des IKRK siehe U. *Palwankar*, Applicability of International Humanitarian Law to United Nations peace-keeping forces, *International Review of the Red Cross*, 33 (1993), S. 227.

338 Secretary-General's Bulletin vom 6.8.1999, Observance by United Nations forces of international humanitarian law, UN Doc. ST/SGB/1999/13; zur Haltung der Vereinten Nationen vor 1999 siehe: B. D. *Tittmore*, Belligerents in Blue Helmets: Applying International Humanitarian Law to United Nations Peace Operations, *StanJIL* 33 (1997), S. 61, 87.

339 M. *Zwanenburg*, The Secretary-General's Bulletin on Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law: A Pyrrhic Victory, *Review de droit militaire et de droit de la guerre* 39 (2000), S. 13, 23.

macht“, die die gesetzliche Gewalt im Staat kraft ihrer militärischen Macht verdrängt, passt atmosphärisch weder zu *state building*-Missionen in *failed states* noch zu UN-Territorialverwaltungen. Als die Vereinten Nationen im Jahr 1957 erwogen, die Verwaltung des Gaza-Streifens zu übernehmen, wurden Fragen nach dem Status einer Besatzungsmacht von den Vereinten Nationen recht harsch zurückgewiesen: „The occupier has the duty (...) of administering the country according to existing rules (...). (T)he foregoing is enough to indicate what the situation would be if the (UNEF) Forces were an occupying power – which it is not and which it has been stated explicitly it is not.“³⁴⁰

Der Widerstand der Vereinten Nationen, im Gazastreifen als Besatzungsmacht zu firmieren, ist im Lichte der damaligen Sorge der Mitgliedstaaten vor einer staatsähnlichen Weltorganisation durchaus verständlich. Heute, in dem Wissen um die Fähigkeit der Vereinten Nationen, ein Territorium über Jahre zu regieren, muss die Unanwendbarkeit des *ius in coccupatione bellica* bzw. *pacifica* rechtlich begründet werden. Üben die Vereinten Nationen die Verwaltungs- und Gesetzgebungsfunktionen anstelle des Staates ohne dessen Zustimmung aus, dann unterscheidet sich diese Tätigkeit von der klassischen militärischen Besetzung in einem Punkt: Anders als die klassische militärische Besatzungsmacht werden die Vereinten Nationen ausschließlich im internationalen Gemeinschaftsinteresse tätig, wie es durch die UN-Charta umrissen wird.³⁴¹ Diese altruistische Funktion spricht aber nur scheinbar gegen die Anwendbarkeit des Rechts des besetzten Gebietes: Art. 42 ff. HLKO stellt auf die Faktizität der Herrschaftsmacht im fremden Territorium ab, nicht auf den Besatzungswillen oder die politischen Gründe für die Übernahme von Verwaltungsfunktionen (s.o.). Darüber hinaus wird heute die militärische Besetzung als eine temporäre Treuhandschaft verstanden, die dem Wohl der Bevölkerung verpflichtet ist; das sind auch die Vereinten Nationen, wenn sie Wiederaufbaumaßnahmen in einem Territorium ohne effektive eigene Staatsgewalt vornehmen. Und schließlich besteht die Gefahr abweichender Rechtsstandards innerhalb eines Einsatzgebietes, wenn die Vereinten Nationen neben den Mitgliedstaaten effektive Kontrolle über ein Territorium ohne effektive Staatsgewalt ausüben, wie es 1992 in Somalia der Fall war.³⁴² Aus den genannten Gründen ist das Recht der besetzten Gebiete im Rahmen einer UN-Mission anwendbar, wenn die Vereinten Nationen – militärisch abgesichert – die effektive Kontrolle über ein Territorium unter Ausschluss der lokalen Staatsgewalt haben und die UN-Mission ohne Einwilligung des betroffenen Staates Verwaltungsmaßnahmen vornimmt. Eine wirksame Einwilligung fehlt auch dann, wenn der Konsens lediglich die Assistenz der Vereinten Nationen bei der staatlichen Rekonvaleszenz umfasste, die Staatsgewalt dann aber während des Einsatzes in die endgültige Paralyse verfällt. An diesen Kriterien gemessen waren Art. 43 HLKO und Art. 64 der IV. GK während des UN-Einsatzes im Kongo 1960 und Somalia 1992 anwendbares Recht.

Damit bleibt nur noch die Frage zu beantworten, ob das *ius in occupatione pacifica* auch im Kontext einer UN-Territorialverwaltung anwendbar ist, die – trotz Mandats nach dem VII. Kapitel – zumindest nicht gegen den Willen des betroffenen Staates eingerichtet

340 Zitiert nach *Schmalenbach* (Fn. 329), S. 357.

341 *B. Knoll*, *The Legal Status of Territories Subject to Administration by International Organizations* (2008), S. 151.

342 *Kelly* (Fn. 309), S. 67.

tet wurde. In Osttimor haben Portugal und Indonesien ihren Streit um die Kolonialherrschaft durch ein Abkommen vom 5.5.1999 beigelegt und sich verpflichtet, Maßnahmen zuzustimmen, mit denen die Verwaltung von Osttimor auf die UN übergeleitet wird (UNTAET).³⁴³ Im Fall des Kosovo betont SR-Res. 1244 (1999) an mehreren Stellen, dass die Bundesrepublik Jugoslawien nicht nur in die internationale Verwaltung, sondern auch in den Autonomieplan eingewilligt habe.³⁴⁴ Diese Zustimmung stand freilich unter dem Eindruck der NATO-Luftangriffe und erinnert damit an eine klassische Friedensvertragssituation, in der – wie 1919 im Rheinland – die Fremdherrschaft auf einem „unfreiwilligen“ Konsens des territorialen Souveräns beruht.

Die Anwendung des Rechts der besetzten Gebiete auf Militärverwaltungen, die mit Einwilligung des territorialen Souveräns Hoheitsgewalt in einem bestimmten Gebiet ausüben, wird seit jeher kontrovers diskutiert.³⁴⁵ Sie ist jedoch bei genauer Betrachtung geboten: Der Schutz der Zivilbevölkerung durch das humanitäre Völkerrecht darf nicht der Disposition der Konfliktparteien anheimgestellt werden; Art. 47 der IV. GK schließt dies im Kontext von Besetzungen explizit aus.³⁴⁶ Auch wenn die Vereinten Nationen bislang das unpopuläre Wort „Besetzung“ noch nie im Kontext ihrer Territorialverwaltungen ausgesprochen haben, gibt es gewichtige Argumente für die Einbeziehung des gewohnheitsrechtlich verankerten *ius in occupatione pacifica* in das Rechtsregime der UN-Territorialverwaltung. Aus Sicht der betroffenen Bevölkerung ist auch die UN-Territorialverwaltung eine Fremdverwaltung, deren Effektivität mit militärischen Mitteln abgesichert wird. Ob nun direkt oder analog³⁴⁷ angewendet, gerade Art. 43 HLKO und Art. 64 der IV. GK geben der Fremdherrschaft einen geeigneten rechtlichen Rahmen, der – zeitgemäß interpretiert – die Bedürfnisse der Bevölkerung im Blick hat.

Die Anwendung des Rechts der besetzten Gebiete auf UN-Territorialverwaltungen schränkt schließlich auch den Handlungsspielraum der Vereinten Nationen nicht unangemessen ein, da der Sicherheitsrat die Schranken des völkergewohnheitsrechtlichen Pendant zu Art. 43 HLKO und Art. 64 der IV. GK überwinden kann.³⁴⁸ Diese Rechtsmacht ergibt sich aus der Logik des Art. 103 UN-Charta. Widerspricht die völkergewohnheitsrechtlich verankerte Rechtsposition eines Mitgliedstaates – z.B. auf Bewahrung seiner lokalen Rechtsordnung – einer UN-Zwangsmaßnahme, so hat die Charta und mit ihr die SR-Resolution Vorrang.³⁴⁹ Anders gewendet: Die SR-Resolution hat

343 Indonesisch-Portugiesisches Abkommen vom 5. Mai 1999, UN Doc. S/1999/513, Appendix I, Art. 6: „the Government of Indonesia and Portugal and the Secretary General shall agree on arrangements for a peaceful and orderly transfer of authority in East Timor to the United Nations.“

344 SR. Res. 1244 (1999), Rn. 2 mit Verweis auf Annex I; vgl. auch *Ch. Pippan*, Die Herausforderungen der „Kosovo-Frage“ für die Europäische Union vor dem Hintergrund des Statusprozesses (2008), in: Nolte/Hilpold (Hrsg.), *Auslandsinvestitionen – Entwicklung großer Kodifikationen – Fragmentierung des Völkerrechts – Status des Kosovo*, Beiträge zum 31. Österreichischen Völkerrechtstag 2006, S. 231, 248.

345 Zu dieser Rechtsfrage im zwischenstaatlichen Verhältnis s. *Roberts* (Fn. 172), S. 276 ff.; *E. Fraenkel*, *Military Occupation and the Rule of Law: Occupation Government in the Rhineland* (1944), S. 149 ff.

346 *Roberts* argumentiert, dass Art. 47 der IV. GK auch vor der Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 42 HLKO – also vor der Erlangung der effektiven Kontrolle – einschlägig ist, (Fn. 172), S. 279.

347 *Stahn* (Fn. 96), S. 474.

348 *Schmalenbach* (Fn. 335), S. 252.

349 *Thallinger* (Fn. 325), S. 1028, *E. de Wet*, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council* (2004), 182-3; *D. Schweigman*, *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter* (2001), S. 196; a.A. *J.G. Gardam*, *Legal Restraints on Security Council Military Enforcement Action*, *MJIL* 17 (1996), S. 285, 304.

Vorrang vor den völkergewohnheitsrechtlichen *ius in occupatione bellica*-Pflichten der Vereinten Nationen, die lokale Rechtsordnung ihres Mitgliedstaates zu respektieren. Dieses Ergebnis wird gerade im Fall des kriegsrechtlichen Bewahrungsprinzips von Art. 2 Abs. 7 UN-Charta bestätigt: Der Sicherheitsrat darf im Rahmen des VII. Kapitels den Schleier der staatlichen Souveränität lüften und in die mitgliedstaatliche Rechtsordnung eingreifen (Art. 2 Ziff. 7 UN-Charta); diese Kompetenz haben die UN-Mitgliedstaaten im Kontext von UN-Territorialverwaltungen nie in Zweifel gezogen. Da der Sicherheitsrat das völkergewohnheitsrechtlich verankerte Bewahrungsprinzip im Dienste des internationalen Friedens (Art. 39 UN-Charta) relativieren kann, hat er mehr Handlungsfreiheit als die unautorisierte Besatzungsmacht, zumindest bis zur Grenze einer Verletzung des Selbstbestimmungsrechts. Während es also der Besatzungsmacht nach Art. 43 HLKO verwehrt ist, der wiedererstarzten gesetzlichen Staatsgewalt jenseits der Besatzungsordnung eine Verfassung aufzuzwingen, lässt sich die UNMIK Verordnung 2001/9 („Constitutional Framework für Provisional Self-Government in Kosovo“) noch im Lichte des Selbstbestimmungsrechts als eine reine Übergangsmaßnahme rechtfertigen.

D. Fazit

Die Verhaltenspflichten von Besatzungsmächten nehmen noch heute ihren Ausgangspunkt in Art. 43 HLKO, einer Norm, die im 19. Jahrhundert zum Schutz des niedergelegenen Souveräns entwickelt wurde, und deshalb im 20./21. Jahrhundert gerne als unzeitgemäß zur Seite gelegt wird. Die Untersuchung hat gezeigt, dass der Stab zu voreilig über die Norm gebrochen wird: Das *ius in occupatione bellica* bzw. *pacifica* ist sehr wohl in der Lage, moderne Schutzzwecke zu absorbieren, die das 21. Jahrhundert mit seinen globalen Herausforderungen und seiner fortschreitenden Verrechtlichung diktiert. Im Lichte der internationalen Menschenrechte und Verwaltungsstandards interpretiert, eröffnen Art. 43 HLKO i.V.m. Art 64 der IV. GK Handlungsspielräume zur rechtlichen und institutionellen Transformation des kriegsgeschädigten Staates. Zugleich ziehen die Normen der Fremdeinwirkung Grenzen, zum Schutz der kulturellen Identität des Volkes und seines ausgeübten bzw. neu auszuübenden Selbstbestimmungsrechts. Tiefgreifende Änderungen politischer, institutioneller und rechtlicher Strukturen sollen nicht durch das unilaterale Diktat von Besatzungsmächten, dritten Staaten oder den Vereinten Nationen herbeigeführt werden, sondern durch das betroffene Volk bzw. seine Repräsentanten bewirkt und getragen werden. Um zu verhindern, dass diese rechtliche Grenze voreilig auf dem Altar wohlmeinender Reformeuphorie geopfert wird, ist es angemessen, dass externe Akteure ihre Maßnahmen nicht bloß mit einem pauschalen Verweis auf Sicherheitsratsmandate und Gebräuche des Krieges versehen, wie es die gepflogene Praxis des CPA im Irak war. Vielmehr sollten alle transformatorischen Maßnahmen im Lichte des anwendbaren internationalen Rechts explizit begründet und gerechtfertigt werden. Das trägt zur Rechtssicherheit bei und fördert, was vor allem nötig ist: Das lokale Bewusstsein für die Legitimität der Fremdeinwirkung.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Kirsten Schmalenbach, Graz

1. Externe Wiederaufbauhilfen konzentrieren sich in der Praxis auf den Nukleus essentieller Staatsfunktionen, d.h. auf die Mindestbedingungen einer im Innenverhältnis konsolidierten und im Außenverhältnis integrierten Staatlichkeit: (a) die Sicherheitsfunktion des Staates, (b) seine Existenzsicherungsfunktion und (c) seine Repräsentationsfunktion.
2. Die Auslegung von Art. 43 HLKO und Art. 64 der IV. GK findet im Spannungsverhältnis eigennütziger Militärherrschaft und gemeinwohlbezogener Besatzungsziele statt. Die aktuelle Diskussion über die transformatorische Okkupation ist insofern die *ius in bello*-Fortsetzung der *ius ad bellum*-Kontroverse um das absolute Gewaltverbot und den gerechten Krieg.
3. Art. 43 HLKO erlaubt Eingriffe in die lokale Rechtsordnung, die militärisch zwingend notwendig sind, z.B. um dem politischen und bewaffneten Widerstand vorzubeugen. Auf dieser Basis lassen sich Eingriffe in die lokale Vereins- und Parteienlandschaft (z.B. 2003 das Verbot der Ba'ath-Partei) und die Umstrukturierung staatlicher Institutionen (z.B. von Geheim- und Sicherheitsdiensten) rechtfertigen.
4. Ein Recht zur Umsetzung politischer Kriegsziele, z.B. eines Regimewechsels, widerspricht dem zeitgemäßen Schutzzweck des Art. 43 HLKO; das Bewahrungsprinzip schützt das Rechtssystem, weil die Bevölkerung mit ihm vertraut ist, und die politische Ordnung, weil die Bevölkerung sich die im Zweifel selbst gegeben hat. Das strikte Trennungsgebot zwischen *ius ad bellum* und *ius in bello* gilt daher auch in den besetzten Gebieten (Art. 1 der IV. GK, Präambel des 1. ZP).
5. Ein *ius post bellum* als dritte Kategorie neben *ius ad bellum* und *ius in bello*, in dem politische Nachkriegsziele im Lichte der Interessen der internationalen Gemeinschaft rechtlich umhegt werden, hat sich noch nicht herausgebildet. Die Staatenpraxis, die zuletzt im Irak zu Tage trat, verdeutlicht, dass sich transformatorische Besatzungsziele derzeit noch zwischen den Polen *ius in bello* und VII. Kapitel der UN-Charta bewegen.
6. Art. 43 HLKO begründet die Vermutung, dass die Aufgaben der Besatzungsmacht am besten auf Grundlage lokaler Gesetze erfüllt werden können. Diese Vermutung ist widerlegt, wenn z.B. auf Basis der lokalen Gesetze kein adäquates soziales, wirtschaftliches und kulturelles Lebensumfeld sichergestellt werden kann („öffentliches Leben“), vor allem mit Blick auf die geänderten Bedürfnisse der Bevölkerung bei längerer Besatzungszeit.
7. Art. 64 Abs. 2 der IV. GK konkretisiert und ergänzt Art. 43 HLKO. Die Aufgabe, die ordentliche Verwaltung des Gebiets sicherzustellen, muss heute im Lichte internationaler Standards beurteilt werden: Art. 64 erlaubt die Schaffung eines gesetzlichen Rahmens für eine funktionsfähige, verantwortungsvolle und gesetzgebundene Verwaltung.
8. Die internationalen Menschenrechte wirken auf die Pflichtenstellung der Besatzungsmacht ein. Sie erweitern ihre Aufgaben und verpflichten sie, die Menschenrechtskonformität ihres exekutiven Handelns sicherzustellen. Art. 43 HLKO und Art. 64 der

IV. GK erlauben menschenrechtsindizierte Korrekturen der lokalen Rechtsordnung, auf deren Grundlage der Besatzungsmacht das Gebiet verwaltet.

9. Die Verfassungsgebung gehört nicht zu den Aufgaben der Besatzungsmacht, die ihr die Menschenrechte oder das humanitäre Völkerrecht auferlegen. Die verbindliche Verordnung von Verfassungsinhalten – z.B. eines Menschenrechtskatalogs oder einer demokratischen Regierungsform – dient nicht der Wiederherstellung des öffentlichen Lebens unter der Besatzungsherrschaft, sondern der Neugestaltung der Staatsstrukturen nach dem Ende der Besatzung.

10. Im Rahmen einer militärischen Besatzung sind Beschränkungen des Art. 25 IPBPR grundsätzlich „angemessen“. Im Falle einer längeren und stabilen Besetzung entsteht allerdings die Pflicht, die politische Partizipation der Bevölkerung schrittweise zumindest auf lokaler Ebene zu ermöglichen. Im Lichte des Art. 25 IPBPR wird die besatzungsrechtliche Pflicht zur Wiederherstellung des „öffentlichen Lebens“ (Art. 43 HLKO) zur Pflicht zur Wiederherstellung des „politischen öffentlichen Lebens“.

11. Das allgemeine Völkerrecht kann in gewissen Besatzungskonstellationen die Neuwahl der Leitungsorgane des Staates verbieten, insbesondere wenn die legitime Regierung im Exil ist. Richtet der Besatzer Neuwahlen aus, müssen die lokalen Wahlgesetze die Standards des Art. 25 IPBPR gewährleisten.

12. Die Grenzen, die das menschenrechtlich interpretierte *ius in occupatione bellica* bei einer transformatorischen Besetzung zieht, werden durch das Selbstbestimmungsrecht des Volkes bestätigt.

13. Werden dritte Staaten oder Organisationen in einem Staat ohne Staatsgewalt militärisch abgesichert zur Wiederherstellung der Staatlichkeit tätig, dann sind Art. 43 HLKO und Art. 64 der IV. GK anwendbar (*occupatio pacifica*). Dasselbe gilt, wenn die einwilligende Staatsgewalt im Laufe der Mission zusammenbricht.

14. Das gewohnheitsrechtliche Bewahrungsgebot (Art. 43 HLKO, Art. 64 der IV. GK) verpflichtet UN-Missionen, wenn diese effektive Kontrolle über ein Gebiet ohne Staatsgewalt ausüben. Es kommt nicht darauf an, ob die Missionen ohne Einwilligung des territorialen Souveräns (z.B. im *failed state*) oder mit dessen Einwilligung (z.B. UNMIK-Territorialverwaltung) tätig werden. Der Sicherheitsrat hat die Rechtsmacht, die Schranken des Bewahrungsgebots im Rahmen des VII. Kapitels in den Grenzen der UN-Charta (Selbstbestimmungsrecht, Menschenrechte, Interesse der Bevölkerung) und des *ius cogens* zu überwinden.

Summary

Rebuilding war-torn States

Possible functions of occupying powers, international organizations and third States

by Prof. Dr. Kirsten Schmalenbach, Graz

1. In practice, the state building efforts of external actors within war-torn societies focus on the core of essential state functions, i.e. on minimum standards of internally and externally consolidated statehood. Generally speaking, these minimum standards concern the security functions of a state, and its welfare functions, as well as the representative legitimacy of its governance.
2. In interpreting the requirements of Article 43 of the Hague Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land (1907), and of Article 64 of the Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (1947), there needs to be a balance between the transformative post-war objectives of the occupying power, and the conservative interests of the occupied state and its population. Given that transformative objectives are often targeted against repressive regimes, the recent controversy regarding the legal restraints imposed on transformative occupations (*ius in bello*) mirrors the age-old controversy about the legal restraints imposed on just wars (*ius ad bellum*).
3. Article 43 of the Hague Regulations permits the occupying power to change or repeal local laws when military necessity so requires. On this basis, the suspension, abolition, or modification of local laws on elections, assemblies, and political parties is permitted under the international law of occupation (e.g., the prohibition in 2003 of the Ba'ath-Party in Iraq). The same is true for the abolition or reconstruction of security-sensitive institutions such as intelligence services and police departments.
4. The conservative approach of Article 43 of the Hague Regulations, in keeping up with the international legal order of the 21st century, aims at the protection of the local legal system, because the local population is familiar with it; and it aims at the protection of the local political system, because the local population has presumably chosen it. The modification of local laws so as to enforce the occupying power's political war goals, e.g. a sustainable regime change, contravenes the 'modern' spirit and purpose of Article 43 of the Hague Regulations. Political war goals, justified or not, do not have a bearing on the occupying power's duties under *ius in bello*. The fundamental principle – that the nature, origin and legal justification of an armed conflict (*ius ad bellum*) cannot affect the duty to comply with *ius in bello* – applies to *ius in occupatione bellica* also. (See Article 1, Fourth Geneva Convention; and the fifth paragraph of the Preamble to Additional Protocol I to the Geneva Conventions, relating to the Protection of Victims of International Armed Conflict of 1977).
5. The introduction of a third legal corpus – *ius post bellum* – alongside *ius in bello* and *ius ad bellum*, is a challenging and increasingly popular academic mind-game. The *ius post bellum* concept aims at fostering the political post-war goals of all external actors – occupying powers, third states and international organizations – equally, by harmonizing the relevant legal framework in the light of the interests and needs of the international

community. However, international practice, for example the occupation of Iraq in 2004, clarifies that the legal regime governing transformative occupations is still covered by either *ius in bello*, or by more far-reaching authorizations by the UN Security Council pursuant to Chapter VII of the UN Charter.

6. Article 43, Hague Regulations, establishes the rebuttable assumption that occupying powers can best fulfill their tasks on the basis of local laws. If actual conditions in the territory indicate that the occupying powers cannot provide for an adequate social, economic, and cultural environment (*la vie publique*) on the basis of unchanged local laws, the legal assumption is refuted. This course of action is especially valid in the course of a prolonged occupation, given the changing needs of the population due to technical progress and altered environmental conditions.

7. Article 64, Fourth Geneva Convention, both specifies and amends Article 43, Hague Regulations. The occupying power's task – to provide for an orderly administration of the territory – has to be interpreted in the light of international good governance standards. Article 64 permits the introduction of a new legal framework in order to secure the accountability and efficiency of the public administration as well as its subjection under the rule of law.

8. As a rule, international human rights standards extend the occupying power's legal duties under humanitarian law and oblige the occupying power to secure the human rights conformity of its actions in the occupied territory. Article 43, Hague Regulations, and Article 64, Fourth Geneva Convention, permit human rights-related amendments to the local legal system.

9. *Ius in occupatione bellica* does not impose a legal duty on occupying powers to amend or redraft the local constitution; the local constitution does not legitimize the administrative and legislative power of the occupying power. The local constitution is nothing more to the occupying power than a body of local laws which has to be respected in accordance with Article 43, Hague Regulations, and Article 64, Fourth Geneva Convention.

10. As a general rule, restrictions imposed by the occupying power to the right to free elections are usually 'reasonable', pursuant to Article 25 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). In the case of a prolonged and stable military occupation, the occupying power's duty to gradually allow for political participation at the municipal level may emerge. Under these circumstances, the occupying power's legal duty to restore '*l'ordre et la vie publics*' pursuant to Article 43, Hague Regulations, evolves into the legal duty to restore political life in the territory.

11. General international law may prohibit governmental elections under the authority of the occupying power. This is valid in cases of partial military occupation, or in cases of total military occupation, when the legitimate local government is in exile. Whether permissible or not, if the occupying power organizes local elections, it has to observe international electoral standards, as set out in Article 25, ICCPR.

12. The limits of transformative occupations set by *ius in occupatione bellica* are set by the people's right to self-determination (Article 1, ICCPR).

13. Supposing that third states or organisations, flanked by foreign armed forces, engage in rebuilding institutions in a failed or highly fragile state, Article 43 of the Hague

Regulations and Article 64 of the Fourth Geneva Convention are applicable. If the fragile government has consented to the *in situ* efforts, special Status-of-Forces Agreements and technical agreements precede *ius in occupatione pacifica*, irrespective of whether the fragile state institutions have subsequently collapsed.

14. Customary rules of *ius in occupatione bellica et pacifica* apply to UN-peacekeeping and peacebuilding missions, if the UN forces exercise effective control over the territory. This applies to UN military missions with administrative powers, irrespective of whether the affected UN Member State has previously agreed to those powers. In any case, the Security Council has the legal power to overrule the legal restraints imposed by Article 43, Hague Regulations, and Article 64, Fourth Geneva Convention (Article 103, UN Charter). The Security Council must, however, observe the legal limits of its Chapter VII powers, especially its Charter-based human rights obligations; the people's rights to self-determination; and, in general, all *ius cogens* norms.

Diskussion

zu den Referaten Thorn und Schmalenbach

von Hoffmann: Herr Vorsitzender, das Privileg, nach dem schönen Referat meines Schülers Karsten Thorn die Diskussion zu einem erregenden Thema eröffnen zu dürfen, ist deshalb nicht die reine Freude, weil ich es mir als Lehrer wegen Befangenheit nicht erlauben darf, dem gebührenden Dank für das Referat beredten Ausdruck zu verleihen.

Das Referat unternahm es, behutsam eine Balance zwischen zwei kollidierenden Schutzanliegen herzustellen: Staatenimmunität und Menschenrechtsschutz. Es hält zwar grundsätzlich mit der traditionellen Auffassung an der Staatenimmunität fest, sieht aber eine Auffanglösung für den Fall vor, dass der verletzende Staat keinen gleichwertigen Rechtsschutz bietet. Damit können wir leben. Gleichwohl ist mir zweifelhaft, ob im Falle schwerer Menschenrechtsverletzungen die Gerichtsbarkeit ausländischer Staaten – etwa am Tatort – nur subsidiär bestehen soll. Die Beschwerlichkeit für den Verletzten, zunächst vor die Gerichte des Verletzerstaats gehen zu müssen, bedeutet doch eine erhebliche Erschwernis des Menschenrechtsschutzes, der keine legitimen Interessen des Verletzerstaats gegenüberstehen. Weiterhin würde ich für die Fallgruppe der schweren Menschenrechtsverletzungen auch das zweite Prinzip, dass nämlich nur das Recht des handelnden Staates gilt, aufgeben und das Tatortrecht anwenden. Auch hier besteht kein Schutzbedürfnis für den Staat, der derartige Verletzungen begeht.

Die Unterwerfung des Staates unter die Jurisdiktion und das Sachrecht eines ausländischen Staates, wie ich sie hier propagiere, ist freilich eine neue, durchaus revolutionäre Entwicklungstendenz. Die Anwendung intertemporaler Regeln möchte ich nicht wie Thorn deshalb ausschließen, weil es sich bei der Jurisdiktionsimmunität um eine Frage des Prozessrechts handelt. Alle für das materielle Ergebnis wichtigen Fragen sollten intertemporal dem zur Tatzeit geltenden Recht unterstellt werden.

Kugelmann: Die Konzeptionen der militärischen Eingriffe, die dann im Nachhinein wieder ausgeglichen werden müssen, hat mich überzeugt. Ich weiß nur nicht, ob dieses Bewahrgebot, das im Referat als gewohnheitsrechtlich bezeichnet wurde, wirklich in dieser Form auf *failed states* und *De-facto*-Protektorate zu übertragen ist. Denn dort stellt sich die Frage: Was bewahre ich denn? Welche Ordnung ist es denn, die ich wieder herstellen will? – Ist es nicht im Gegenteil so, dass von außen gerade eher die Anstöße zur Partizipation, zur Gemeinwohlberücksichtigung kommen? Wir hatten bei Osttimor eigentlich einen schulmäßigen Fall, in dem in einer Abfolge von UN-Einsätzen der Bürgerkrieg in die Herrschaft einer gewählten Regierung übergeleitet wurde. Trotzdem ist Osttimor bis heute ohne Einflüsse und Hilfen von außen nicht als Demokratie lebensfähig. Deshalb ist meine Frage, ob man nicht doch an der Stelle einen Schritt weitergehen sollte, indem man eben nicht parallel die für die anderen Situationen entwickelten Maßstäbe anlegt, sondern den Vereinten Nationen und gegebenenfalls anderen Akteuren – EU, OSZE oder wer immer da tätig sein mag – in derartigen *Failed-State*- und Protektorat-Situationen doch mehr Freiräume und mehr Einflussnahmemöglichkeiten einräumt, auch zugunsten gerade der Bevölkerung und zugunsten der Menschen-

rechte. Denn wir sind ja nicht immer sicher, dass ein wieder aufflammender Bürgerkrieg nicht gerade einen Rückfall bewirken könnte. Danke schön.

Schiedermaier: Ich will mir eine kurze Anmerkung zu dem Referat von Frau Kollegin Schmalenbach erlauben. Was mich an dem Referat außerordentlich beeindruckt hat, war nicht nur die fesselnde Form des Vortrags, sondern in gleicher Weise auch dessen Inhalt. Frau Kollegin Schmalenbach hat uns im ersten Abschnitt ihres Referats für die Zeit von 1945 bis heute die rechtlichen Bedingungen vorgestellt, in deren Rahmen sich Besatzungsmächte bei ihrer Ausübung von Besatzungsherrschaft bewegen. Dabei hat sie zugleich auch einen Abriss der historischen Wirklichkeit präsentiert, die mir nicht nur aus meiner wissenschaftlichen Betätigung, sondern ebenso aus eigener kindlicher Erfahrung wohl vertraut ist. Daher weiß ich, was Besatzungsmächte bei der Ausübung ihrer Herrschaftsgewalt tun oder zumindest tun sollen.

Zwei kleine Punkte im Referat von Frau Kollegin Schmalenbach haben mich allerdings etwas nachdenklich gestimmt. Bei dem einen Punkt geht es um die Bezugnahme auf Art. 46 der Haager Landkriegsordnung, eine Konvention, die sicherlich für die Gewohnheitsrechtsbildung bei der Ausübung von Besatzungsherrschaft insgesamt ergiebig ist, jedoch für das in Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg begründete Besatzungsregime nicht gelten konnte und gelten kann. Denn dieses Regime war in der Tat atypisch und, wenn man so will, einzigartig, was vor allem an der berühmten Erklärung vom 5. Juni 1945 lag, mit der die Alliierten Siegermächte die *supreme authority*, die oberste Regierungsgewalt in Deutschland unter völliger Abweichung und bewusster Abkehr von der Haager Landkriegsordnung übernommen haben. Wir haben uns daher in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung immer mit Recht dagegen wehren müssen, die Haager Landkriegsordnung im Zusammenhang mit der Rechtslage Deutschlands nach dem Zweiten Weltkrieg überhaupt zu Rate zu ziehen.

Mein zweiter Punkt betrifft den von Frau Kollegin Schmalenbach aufgegriffenen Treuhandgedanken, den wir auch in den Diskussionen um die Besatzungsherrschaft in Deutschland und hier vor allem in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kennengelernt haben. Danach sollte die Ausübung von Besatzungsherrschaft durch die Alliierten Siegermächte als treuhänderische Ausübung deutscher Staatsgewalt und in diesem Sinn als Treuhandschaft gedeutet werden. Diese Deutung konnte jedoch von niemandem und schon gar nicht von den Besatzungsmächten akzeptiert werden. Besatzungsmächte üben ihre Herrschaftsgewalt im Rahmen der friedlichen oder nicht friedlichen Besetzung fremden Staatsgebiets als eigene Herrschaftsgewalt auf einer völkerrechtlichen Rechtsgrundlage, nämlich auf dem völkerrechtlichen Prinzip der Okkupation und deshalb niemals im Sinn einer bloß treuhänderischen Verwaltung aus. Diese Rechtslage dürfte allerdings im System der Satzung der Vereinten Nationen eine gewisse Änderung erfahren haben. Hier hat, worauf uns Frau Kollegin Schmalenbach dankenswerter Weise und zu Recht hingewiesen hat, mit dem Treuhandsystem und übrigens auch schon mit dem alten Mandatsregime des Völkerbundes der Treuhandgedanke eine besondere Bedeutung für das Völkergewohnheitsrecht gewonnen. Für die Rechtslage Deutschlands nach dem Zweiten Weltkrieg konnte dies allerdings nicht gelten, weil Art. 107 der Satzung der Vereinten Nationen die gesamte Deutschlandfrage und mithin auch das Besatzungsregime aus dem System der Vereinten Nationen explizit ausgeschlossen hat. Anderes gilt allerdings für die sonstigen Besatzungsregime, die in der Zeit nach dem

Zweiten Weltkrieg begründet worden sind und weiter begründet werden. Hier lässt sich ganz im Sinn einer modernen Entwicklung beobachten, dass sich der Treuhandgedanke im Regime der Vereinten Nationen auch in die Besatzungsherrschaft, wenn man so will, allmählich eingeschlichen hat – und das ist wohl auch gut so. Vielen Dank!

Hess: Ich möchte in der Tat etwas zum Thema Immunität sagen. Ich stimme mit Ihnen, Herr Thorn, in fast allen Punkten überein. Insbesondere denke ich, die Grundtendenz ist ganz wichtig, die Sie aufgezeigt haben: Der Sinn jedes gerichtlichen Urteils ist seine tatsächliche Vollstreckung. Das heißt, wenn wir über eine Erweiterung der Staatenimmunität im Erkenntnisverfahren sprechen, müssen wir auch immer an die Vollstreckungssituation denken. Und ich denke, die griechischen Urteile zeigen auch ganz deutlich, in welche Dimension wir hineingeraten: Da keine Vollstreckung in Griechenland möglich ist, werden weitere Kriegsschauplätze in anderen Staaten eröffnet. Damit wird das Konfliktpotenzial, das die Immunität eigentlich abwehren will, vervielfacht. Wenn man sagt, es reicht aus, lediglich ein Urteil zu erstreiten, wird das Ansehen der Ziviljustiz im Prinzip beschädigt, weil sie auf rein symbolische Rechtsprechung reduziert wird. Der Rechtsschutzstandard nach Art. 6 EMRK ist bekanntlich anders.

Im Hinblick auf die hoheitliche Tätigkeit möchte ich einen weiteren Punkt ins Spiel bringen: Wenn man sich einmal die internationale Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte anschaut, dann sieht man, dass das Phänomen dort eigentlich nicht existiert, zumindest nicht so, wie wir es als Kollisionsrechtler aufgrund der Verordnung Brüssel I und ähnlicher Regelungen kennen. Die internationale Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte knüpft zwingend an den Sitz der beklagten Verwaltungsbehörde an – ich vereinfache etwas –, bei einer Klage gegen die ausländische Behörde wird Immunität gewährt. Diese Regelung zeigt, wie festgefügt die Grundsätze über die *acta iure imperii* sind, über deren „Auflockerung“ wir hier sprechen. In den griechischen und italienischen Fällen kommt ein zweiter Gesichtspunkt hinzu, den ich etwas anders als Sie, Herr von Hoffmann, bewerte: Wir befinden uns in einem Nachkriegs-, sprich Reparationskontext. Das heißt, wir benötigen hier keine Einzelklagen, sondern Gesamtverfahren, und zwar insolvenzähnliche Verfahren.¹ Nicht nur die aktuelle Finanzkrise verdeutlicht: Auch Staaten können schutzbedürftig sein, auch gerade nach derartigen Kriegsereignissen oder nach Systemwechseln. Und deswegen, denke ich, muss man hier auch fragen: Sind ausländische Zivilgerichte eigentlich die richtigen Foren, um derartige Ansprüche mittels Zivilklagen zu erledigen? Man muss natürlich auch die weiteren Folgerungen sehen: Die politische und wirtschaftliche Dimension – und deswegen ist das Verfahren in Den Haag anhängig – geht in eine ganz breite Richtung, denn die deutschen Truppen im Zweiten Weltkrieg haben sich ja bekanntlich nicht nur in Griechenland fürchterlich benommen. Bei einer solchen „deregulierten Kriegsfolgenbewältigung“ vor ausländischen Zivilge-

¹ In diesem Zusammenhang ist auf zwei neuere Urteile des U.S. Supreme Court zu verweisen: In *Republic of the Philippines v. Pimentel*, 128 S.Ct. 2180 (2008) wurde der Zugriff der Marcos Kläger auf beschlagnahmtes Vermögen des Ex-Diktators nicht zugelassen, um den Vorrang der Opferentschädigung in den Philippinen zu gewährleisten. *Republic of Iraq v. Beatty et al.*, 129 S.Ct. 2183 (2009) hat die außenpolitische Prerogative des U.S. Präsidenten bestätigt, auch während laufender Verfahren beklagte Staaten von der Liste der „Schurkenstaaten“ zu streichen, die Terrorismus unterstützen. Die Folge war eine Klageabweisung wegen *sovereign immunity*. Beide Urteile zeigen deutliche Grenzen der *Human Rights Litigation* gegen fremde Staaten auf.

richten kann schnell ein innereuropäischer Justizkonflikt mit erheblichen Dimensionen entstehen.

Ich habe eine kleine Nachfrage an Herrn Thorn, nämlich im Hinblick auf die Notzuständigkeit. Notzuständigkeit klingt natürlich gut, wenn man sagt: Notfalls kann dann eben, wenn kein gerichtlicher Rechtsschutz erlangt werden kann, doch am Handlungs-ort geklagt werden. Auch die „politische“ Immunitätsausnahme in 28 U.S.C. § 1605 (7) nimmt diesen Rechtsgedanken auf. Wann würden Sie denn die Notzuständigkeit bejahen? Kann im Fall Distomo, nachdem der BGH zurückhaltend § 839 BGB ausgelegt hat, im Ausland geklagt werden? Wäre das bereits ein Fall der Notzuständigkeit? Und wie sehen Sie Srebrenica? Ist das vielleicht eher ein Fall, wo man über eine Notzuständigkeit nachdenken sollte? Und wenn man über derartige Konstellationen nachdenkt: Ist es dann nicht bedauerlich, dass das UN-Übereinkommen diesbezüglich doch relativ stumm geblieben ist?

Tomuschat: Zunächst meine Hochschätzung für zwei wunderbare Referate. Ich stimme mit Herrn Thorn sehr weitgehend überein und möchte nur drei Punkte aufgreifen. Zunächst einmal die Frage: Wie steht es mit der Bestandskraft der Staatenimmunität in der heutigen Zeit angesichts schwerer Menschenrechtsverletzungen? Herr von Hoffmann hat ja eben eine gewisse Sympathie für die Durchbrechung der Staatenimmunität geäußert. Ich kann mich dem nicht so ohne Weiteres anschließen und bin eher auf einer Linie mit Herrn Hess. Und, Herr von Hoffmann, es gibt nun einmal den Grundsatz der Staatenimmunität; den gibt es als Gewohnheitsrechtssatz, der ist gestärkt durch Praxis, er ist gestärkt auch durch eine nach wie vor die Praxis überwältigende Rechtsüberzeugung. Man kann das nicht so einfach wegwischen. Zu bedenken ist auch, dass es vor kurzem bestimmte Normsetzungsvorgänge gegeben hat, insbesondere im Rahmen der Vereinten Nationen: in dem Übereinkommen über die Gerichtsimmunität der Staaten sind die Forderungen einiger Kreise, eine solche Ausnahmeklausel einzubauen, eben nicht erfüllt worden. In diesem Sinne hat auch das sehr eindeutige Votum in den Vereinten Nationen gelautet.

Nun kommt natürlich die Allzweckwaffe des *ius cogens*, und man braucht nur die Urteile der italienischen Corte di Cassazione zu lesen und auch die ersten griechischen Distomo-Urteile. Dort wird in einer sehr schlichten Weise argumentiert: es gebe zwei Arten von Normen: Auf der einen Seite stehe die Gerichtsimmunität der Staaten, das sei ein „normaler“ Völkerrechtssatz; und dem entgegen stehe der höhere Völkerrechtssatz des *ius cogens*-Verbot schwerer Kriegsverbrechen, Genozid und so weiter und so fort. Und dann wird bei einem Vergleich dieser beiden Rechtssätze gesagt: Natürlich muss das *ius cogens* vorgehen. Aber das ist ein Fehlschluss, denn das *ius cogens* soll ja das Unrecht verbieten, die üble Tat. *Ius cogens*-Normen sollen solches verhindern. Aber es ist eine ganz andere Frage, wenn einmal eine üble Tat, ein schweres Verbrechen nach Völkerrecht begangen worden ist, welche Folgen sich daraus ergeben. Das ist dann keine Frage des *ius cogens* mehr, sondern das ist eine Frage der Abwägung, wobei vielfältige Gesichtspunkte miteinander zum Ausgleich gebracht werden müssen.

Es trifft zu, dass man die Streitfrage nicht ausschließlich im Lichte der Ereignisse des Zweiten Weltkrieges sehen darf. Die Realität vieler heutiger Fälle sieht anders aus. Aber dennoch bleibt die Kriegsfolgenregelung der Zeit nach 1945 von paradigmatischer Bedeutung. Deutschland hat ja in einem Umfang Wiedergutmachung geleistet, den es,

glaube ich, in der Weltgeschichte bisher nicht gegeben hat. Und nun soll eine zweite Welle von Wiedergutmachung rollen, auf der Basis von Einzelklagen. Ich kann mich wiederum an das anschließen, was Herr Hess gesagt hat: Wenn Klagen erhoben würden vor russischen Gerichten von all den Personen, die durch die deutsche Wehrmacht während der Zeit der Besetzung sowjetischen Gebietes geschädigt worden sind, hätte Deutschland einen aussichtslosen juristischen Kampf auszufechten. Und es hört ja nicht auf mit den Geschädigten selbst, sondern auf den Plan treten dann die Nachfahren, die Erben usw. Es würde insgesamt der Zweite Weltkrieg wieder auferstehen, und möglicherweise sogar auf beiden Seiten, weil dann deutsche Geschädigte vor deutschen Gerichten ebenfalls Klagen erheben könnten. Wir haben es hier mit einem Gesamtsystem zu tun. Man muss zunächst einmal die Frage klären, ob es überhaupt individuelle Schadensersatzansprüche gibt, und dann schließt sich die zweite Frage an, die verfahrensrechtliche Ergänzung. Beides kommt letzten Endes zusammen. Die Tatsache, dass man keine Individualklagen erheben kann, dient ja letzten Endes auch der Rechtssicherheit. Wenn auf zwischenstaatlicher Ebene ein Friedensschluss erfolgt, dann kann man mit Globalklauseln all das erledigen, was es an Folgen gibt. Und das sind sehr viel gerechtere Lösungen, als wenn dann Einzelne, per Zufall möglicherweise, durch einen Gerichtsspruch ungeheure Summen zugesprochen erhielten.

Lassen Sie mich dann ganz kurz noch einen dritten Punkt ansprechen. Ich bin auch nicht der Meinung von Herrn Thorn – also insofern weiche ich von Ihnen ab, während ich Ihnen im Übrigen zustimme –, dass es sich hierbei, bei der Staatenimmunität, um eine rein verfahrensrechtliche Regelung handle, wo der Zeitpunkt des Verfahrens den Ausschlag gebe. Ich denke, dass die Staatenimmunität doch sehr starke materiell-rechtliche Züge besitzt. Man kann nicht 50 Jahre, nachdem jene tragischen Ereignisse stattgefunden haben, die Welt neu ordnen und sagen: Das, was bisher gegolten hat, soll künftig nicht mehr gelten, und jetzt wird ein ganz anderes Rechtsregime in Kraft gesetzt, wir werden die Welt mit einem neuen menschenrechtlichen Anspruch von Grund auf umgestalten. Eine solche Vorgehensweise scheint mir wirklich in das Chaos zu führen und wird nicht der Ordnungsaufgabe gerecht, die das Völkerrecht hat.

Sassòli: Vielen Dank an Frau Schmalenbach, nicht nur für ihren hervorragenden Vortrag, sondern auch weil ich mich weniger allein fühle, wenn ich mich denen entgegenstelle, die heute wohl die Mehrheit sind und die einschlägigen Regeln des Besatzungsrechts als Regeln aus dem vorletzten und letzten Jahrhundert abqualifizieren, die in der heutigen Welt nicht mehr angewandt werden können. Wie Sie, versuche ich, Artikel 43 der Haager Landkriegsordnung und Artikel 64 des 4. Genfer Abkommens zu verteidigen. Ich bin absolut mit Ihnen einverstanden.

Zwei kleine Punkte. Der erste zur *occupatio bellica*. Es entspricht auch meiner Empfindung, dass es gut wäre, wenn man diese Regeln auch auf die *occupatio bellica* anwendet. Ich bin aber nicht überzeugt, dass sie wirklich anwendbar sind. Und zumindest das Argument, das sich auf Artikel 6 Abs. 3 des 4. Abkommens stützt, glaube ich, trägt nicht, weil das ja eine Bestimmung ist, die nach einem bewaffneten Konflikt, am Ende der Feindseligkeiten, die Verlängerung der Anwendbarkeit des 4. Abkommens bedeutet, aber nicht das 4. Abkommen auf eine Situation anwendet, die gar kein bewaffneter Konflikt war. Vielleicht ist der Artikel 2 Abs. 2, der ja die Anwendbarkeit des Abkommens und damit auch des Besatzungsregimes auf eine Besetzung ohne bewaffneten Widerstand vorsieht, eine bessere Piste. Aber da, glaube ich, muss man doch akzeptie-

ren, dass Einwilligung des betroffenen Staates Besetzung und damit Anwendung von Kriegsrecht ausschließt. Und obwohl ich einverstanden bin, dass die UNO gut daran täte, sich immer an dem Besatzungsrecht zu orientieren, glaube ich, dass Anwendbarkeit nur gegeben ist, wenn keine Einwilligung besteht, während, wenn die Einwilligung besteht, kein bewaffneter Konflikt und auch keine Besetzung ohne bewaffneten Widerstand vorhanden sind.

Ein zweiter Punkt zu den Menschenrechten. Ich glaube, bei den sozialen und wirtschaftlichen Rechten muss man aufpassen, diese als Ausnahme vom Bewahrungsgebot ganz allgemein zu sehen. Ich bin eher mit dem IGH einverstanden, der in dem Mauer-Gutachten meines Erachtens sehr präzise, aber vielleicht nicht explizit genug formuliert hat, dass Israel nur in Ausübung seiner Befugnisse als Besatzer an die sozialen und wirtschaftlichen Menschenrechte gebunden war. Denn es ist wichtig, in Erinnerung zu rufen, dass natürlich soziale und wirtschaftliche Rechte weitgehend Gestaltungsaufgaben mit einer sehr weitgehenden Wahlfreiheit des Staates beinhalten, wie er denn nun beispielsweise das Recht auf Wohnung und das Recht auf Arbeit und das Recht auf Gesundheit durchsetzen will. Und ich glaube, eine Besatzungsmacht sollte diese Gestaltungsfreiheit nicht haben, solche Menschenrechte also höchstens einhalten in Bezug auf ihre Kompetenzen als Besatzungsmacht nach humanitärem Völkerrecht, während das Schützen und das Fördern der sozialen und wirtschaftlichen Rechte, glaube ich, nicht die Aufgabe einer Besatzungsmacht sein kann. Da öffnen wir allzu weit eine Hintertür, durch die dann jede Besatzungsmacht ihre Vorstellungen, wie man denn nun den Arbeitsmarkt ordnen sollte oder wie man ein gutes Gesundheits- oder Erziehungssystem herstellen sollte, realisieren kann. – Vielen Dank!

Haratsch: Meine Frage richtet sich an Frau Schmalenbach, verbunden mit Dank und Bewunderung für diese überaus lichtvollen und klaren Ausführungen. Ich stimme eigentlich in allen Punkten zu, habe allerdings eine Frage zum dogmatischen Verhältnis zwischen den Rechten der Besatzungsmächte und dem Selbstbestimmungsrecht des betroffenen Volkes. Da heißt es in These 12, dass die Rechte der Besatzungsmacht ihre Grenzen in den Menschenrechten und im Selbstbestimmungsrecht des Volkes finden. Müsste man das Ganze nicht genau umgekehrt aufzäumen, dass man das Selbstbestimmungsrecht des Volkes zum Ausgangspunkt nimmt und vor diesem Hintergrund die Maßnahmen der Besatzungsmacht als rechtfertigungsbedürftig ansieht, weil es eben Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht des Volkes sind? Und insofern dient dann als rechtfertigende Norm, als Eingriffsnorm, eben etwa Artikel 43 der Haager Landkriegsordnung. Natürlich kann man sagen, dass Artikel 43 der Haager Landkriegsordnung einer Zeit entstammt, als das Selbstbestimmungsrecht der Völker völkerrechtlich noch nicht anerkannt war. Aber dort ist ja immerhin das Bewahrungsprinzip oder -gebot verankert. Und müsste man dieses nicht heute eigentlich als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts interpretieren und vor diesem Hintergrund die besatzungsrechtlichen Maßnahmen rechtfertigen? – Danke.

Schmalenbach: Vielen Dank für die vielen spannenden Fragen. Ich beginne mit der Anmerkung von Herrn Kugelmann, der eine ganze Reihe von interessanten Punkten angesprochen hat: ob das Bewahrungsprinzip des Art. 43 HLKO im *failed state* einen nicht zu engen rechtlichen Rahmen steckt, auf welcher lokalen Ordnung der externe Akteur eigentlich aufbauen soll, und ob nicht die Gefahr besteht, genau das staatliche

Wrack zu hinterlassen, was man zuvor betreten hat. In der Tat warten auf externe Akteure große Herausforderungen; *state building* ist ein ungemein anspruchsvolles Unterfangen. Ich möchte aber noch einmal daran erinnern, dass die internationale Gemeinschaft mit der Charta der Vereinten Nationen ein gutes Instrument in der Hand hat, um die Herausforderungen des *state building* auf rechtlich zulässige Art und Weise zu meistern. Ich halte es für problematisch, wenn beispielsweise ein Staat in seinen handlungsunfähigen Nachbarstaat geht, um militärisch abgesichert die rechtliche und politische Ordnung im Nachbarstaat nach seinen Vorstellungen neu zu gestalten. Die Situation ist keineswegs konstruiert; in Afrika haben wir sie bereits erlebt. Worin unterscheidet sich hier der dritte Staat von einer Besatzungsmacht? Vor allem gibt es keinen Anlass, einem handlungsunfähigen Staat den internationalen Schutz seiner Rechts- und Gesellschaftsordnung zu versagen. Somalia hatte durchaus eine ausgereifere Rechtsordnung, die auch von UNOSOM II partiell reaktiviert wurde, zumindest das lokale Strafrecht. Es ist also nicht so, als würde die Rechtsordnung eines *failed state* zusammen mit seinen Institutionen evaporieren. Auch bedeutet der faktische Zusammenbruch von staatlichen Institutionen nicht zwangsläufig, dass die vorhandenen institutionellen Strukturen *per se* untauglich für einen Neubeginn sind; vor allem ist zu bedenken, dass das Volk mit diesen institutionellen Strukturen und der lokalen Rechtsordnung vertraut ist. Sollten die internationalen Wiederaufbastrategien die vorgefundene Rechtsordnung als Hindernis einstufen, können die Vereinten Nationen sich selbst und externen Akteure ein weiterreichendes Transformationsmandat geben, allerdings unter Beachtung des Selbstbestimmungsrechts des Volkes. Fehlt es aber an einer Ermächtigung durch den Sicherheitsrat, das rechtliche und institutionelle Gefüge der *failed states* umzubauen, dann müssen sich die Vereinten Nationen und dritte Akteure in Zurückhaltung üben, sowie es das Bewahrungsprinzip nach Art. 43 HLKO von ihnen verlangt.

Herr Schiedermaier hat ein sehr interessantes historisches Kapitel des internationalen Besatzungsrechts angesprochen: Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg. Es ist in der Tat so, dass das damalige Besatzungsregime ein Besonderes war. Es wurde von den US-Amerikanern, wohl wissend um die Fessel des Besatzungsrechts, explizit nicht unter das Haager Recht gestellt. Die sehr interessante Begründung der Alliierten wurde allerdings von der deutschen Völkerrechtswissenschaft nicht geteilt. Die Alliierten stellen sich auf den Standpunkt, sie hätten durch die bedingungslose Kapitulation der deutschen Regierung die oberste Regierungsgewalt in Deutschland übertragen bekommen, mit allen Rechten und Pflichten des niedergeworfenen Souveräns; sozusagen eine *debellatio* ohne Untergang des Staates. Aufgrund dieser „Sondersituation“, so vor allem die US-amerikanische Argumentation, finde die Besetzung Deutschlands außerhalb vom Haager Recht statt. Die deutsche Völkerrechtswissenschaft hat dagegen versucht, die alliierte Besetzung in das Haager Recht einzubinden, allerdings mit den notwendigen Modifikationen, die sich aus den alliierten Kriegszielen ergeben sollten. So wurde die Vorstellung einer Interventionsbesetzung bzw. Treuhandsbesetzung entwickelt. Diese durchaus innovativen Konstruktionen dienten in erster Linie dazu, die weitreichenden transformatorischen Maßnahmen der Alliierten, die erkennbar außerhalb des tradierten Haager Bewahrungsprinzips nach Artikel 43 HLKO standen, im Schoße des internationalen Besatzungsrechtes zu rechtfertigen. Die Idee einer Interventions- bzw. Treuhandsbesetzung konnte sich allerdings nicht durchsetzen, jedenfalls hatte sie keinen Einfluss auf die alliierte Besatzungspolitik. Dennoch hat die Vorstellung einer Interventionsbesetzung für Politiker und Militär auch heute noch ihren Reiz, da sie die Aufgaben

der Besatzungsmacht im Lichte ihrer politischen Kriegs- und Besatzungsziele definiert. Damals wie heute sollen demokratische, friedliebende Staaten geschaffen werden. Trotz dieser lauterer Motive ist das doch sehr missbrauchsanfällige Konzept der Interventionsbesetzung in der heutigen internationalen Rechtsordnung nicht zu verankern: ihm stehen die UN-Charta und die Genfer Konventionen mit der erklärten Trennung zwischen *ius ad bellum* und *ius in bello* entgegen. Außerdem bin ich der Auffassung, dass die internationale Gemeinschaft mit der UN-Charta andere rechtliche Möglichkeiten bietet, um die dauerhafte Transformation von niedergeworfenen Unrechtsregimen zu bewirken.

Ganz kurz zum Treuhandgedanken: wie bei der Interventionsbesetzung wird auch der Gedanke der Treuhandbesetzung an der internationalen Rechtsordnung des 21. Jahrhunderts zu messen sein. Dennoch ist der Gedanken einer Treuhandbesetzung durchaus charmant und bei weitem nicht so inkompatibel mit dem modernen Völkerrecht, wie man auf den ersten Blick meinen möchte. Die Magna Charta des UN-Treuhandsystems – Artikel 73 UN-Charta – gibt Hinweise darauf, wie sich der wohlmeinende externe Akteur gegenüber nicht-selbstständigen Gebieten verhalten sollte. Bei der Lektüre des Artikel 73 UN-Charta fällt auf, dass sich diese Magna Charta des UN-Treuhandsystems weitgehend mit dem Bewahrungsprinzip deckt. Man soll das Volk fördern, aber unter Respektierung der Kultur, also auch der Rechtskultur. Die Grundaussagen der beiden Rechtsordnungen – des UN-Systems und des *ius in occupatione bellica* – harmonisieren also, ohne dass ich damit das ausgediente Treuhandsystem wiederbeleben möchte.

Herr Sassòli, ich hatte schon erwartet, dass Sie in einigen Punkten intervenieren werden. Es stellt sich in der Tat die Frage, ob Artikel 6 Abs. 3 der IV. Genfer Konvention wirklich die *occupatio pacifica* im Auge hat. Der Artikel 6 Abs. 3 der IV. Genfer Konvention besagt, dass ein Jahr nach Ende der Kampfhandlungen in einem besetzten Gebiet nur noch einige bestimmte Vorschriften der IV. Genfer Konvention gelten. Das Kapitel zu den besetzten Gebieten bleibt fast gänzlich weiter anwendbar, soweit die Normen nicht die Gefährdung der Besetzung durch Widerstand oder militärische Angriffe des besiegten Staates zum Gegenstand haben. Das Recht der *occupatio pacifica* hat sich freilich schon sehr viel früher, d.h. vor 1949, entwickelt. Die überkommenen Normen sind meines Erachtens heute inhaltlich identisch mit dem Genfer Normbestand, den Artikel 6 Abs. 3 bei stabilen Besetzungen für weiter geltend erachtet. Ich bin der Auffassung, dass ihr normativer Regelungsgehalt keinen bewaffneten Konflikt vor der Besetzung erfordert. Es ist ohnehin oft von Zufällen abhängig, ob die Invasoren auf bewaffneten Widerstand treffen oder nicht, man denke zum Beispiel an das Osmanische Reich, das sich nicht gegen die Briten gewehrt hat, als diese 1882 in Ägypten einmarschierten. Ob nun nach kurzem bewaffnetem Widerstand ein stabiles Besatzungsregime aufgebaut wird, oder mangels Widerstand gleich zur Fremdverwaltung übergegangen wird, erscheint mir angesichts der Militärmacht, die in beiden Fällen hinter dem Invasor steht, sekundär. Deswegen würde ich zur Identifizierung der internationalen Normen, die die *occupatio pacifica* regeln, auf Artikel 6 Abs. 3 zurückgreifen.

Eine Einwilligung des Aufenthaltsstaates, da stimme ich Ihnen zu, Herr Sassòli, schließt das Besatzungsrecht aus. Zweifelsohne formt der Konsens das spezielle Rechtsregime der Fremdverwaltung, insbesondere das *Status of Forces*-Abkommen. In diesen Fällen wird das Truppenstatut als *lex specialis* immer vor den Regeln des allgemeinen Völkerrechts angewandt. Wenn aber der Staat, der ursprünglich den Konsens ausgesprochen

hat, nicht mehr seine Zustimmung operativ umsetzen kann, weil seine staatlichen Institutionen handlungsunfähig geworden sind, dann hat sich die rechtliche Lage geändert. Zwar gilt das Truppenstatut bei internationaler Handlungsunfähigkeit fort, allerdings erhält das allgemeine Völkerrecht eine stärkere Bedeutung, da Lücken im Truppenstatut nicht mehr durch die nachfolgende Praxis der Vertragsparteien geschlossen werden können. Das Besatzungsrecht – also gerade das besatzungsrechtliche Bewahrungsprinzip – wird zum lückenfüllenden Normenbestand, gerade weil es einige sehr wichtige Regelungen zum Schutz der kulturellen Identität – damit meine ich auch die Rechtskultur – des fremdverwalteten Territoriums enthält.

Damit komme ich zu den Anmerkungen von Herrn Haratsch, der das Selbstbestimmungsrecht des Volkes angesprochen hat. Meines Erachtens brauchen Besatzungsmächte nicht so viel „Furcht“ vor dem Bewahrungsprinzip zu haben, da es ohnehin die Kerngedanken des Selbstbestimmungsrechts des Volkes widerspiegelt. Haben wir eine Besatzungssituation, in der die durch die Besatzungsmacht vertriebene Regierung legitim war, also eine Regierung, die aus Wahlen hervorgegangen ist und die gesamte Bevölkerung repräsentiert hat, dann ist das Selbstbestimmungsrecht zwar nicht „verbraucht“, wird aber auf zwischenstaatlicher Ebene durch das Rechtsprinzip der souveränen Gleichheit der Staaten überlagert. Hier konkretisiert das besatzungsrechtliche Bewahrungsprinzip nicht mehr unmittelbar das Selbstbestimmungsrecht des Volkes, sondern das zwischenstaatliche Interventionsverbot. Es ist interessant zu sehen, dass das völkerrechtliche Interventionsverbot genau so flexibel ist wie das besatzungsrechtliche Bewahrungsprinzip. All die Bereiche fallen nicht in die staatliche *domaine réservé*, die ihr durch das internationale Recht entzogen ist, z.B. durch die internationalen Menschenrechte. Ebenso verhält es sich mit dem besatzungsrechtlichen Bewahrungsprinzip: der Normbestand des besetzten Staates muss von der Besatzungsmacht dann nicht bewahrt und angewendet werden, wenn er den internationalen Menschenrechtsstandards widerspricht. War hingegen die verdrängte Staatsgewalt nicht legitim – ich muss es zugeben, das Urteil der Illegitimität ist auf Basis des geltenden Völkerrecht schwer zu fällen –, dann schützen Art. 43 HLKO und Art. 64 der IV. Genfer Konvention die lokale Rechtsordnung nicht mehr im Lichte des Prinzips der souveränen Gleichheit, sondern des externen Selbstbestimmungsrechts des Volkes, d.h. dessen Recht, über sein politisches Schicksal frei von Fremdbestimmung zu entscheiden. Das besatzungsrechtliche Bewahrungsprinzip entspricht dem Selbstbestimmungsrecht, weil es letztendlich das Volk ist, das die Letztverantwortung für seine Zukunft hat. Und diese Letztverantwortung wird in vielen Besatzungssituationen mit Transformationsagenden sehr schnell vergessen, weil man es ja gut meint – mit dem Volk.

Thorn: Auch ich darf mich zunächst für die Fragen bedanken und möchte meine Antwort thematisch in drei Teile gliedern. Zunächst zur Frage von Herrn von Hoffmann: Ist Immunität bei schweren Menschenrechtsverletzungen noch zeitgemäß? – Die Reaktionen von Herrn Hess und Herrn Tomuschat haben bereits deutlich werden lassen, dass selbst ich mich mit meinem doch sehr behutsamen Vorschlag eher auf der progressiven Seite befinde. Auch ich habe die Befürchtung, dass eine vollständige Aufgabe des Immunitätsprinzips bei Menschenrechtsverletzungen zu Verwerfungen in der internationalen Staatengemeinschaft führen würde. Herr Hess hat schon das Problem der Vollstreckung erwähnt, ich möchte zwei weitere hinzufügen. Erstens: Wer ist zuständig für solche Klagen? Ausschließlich die Gerichte des Staates, in dem die Menschenrechtsverlet-

zungen geschehen sind, oder – wenn in dem betreffenden Staat zu diesem Zeitpunkt kein Rechtsschutz erreichbar ist, weil dieser Staat seine Funktionen nicht ausüben kann – auch die Gerichte anderer Staaten? – Sicherlich würden sich manche Staaten im Sinne eines Weltrechtsprinzips bei Menschenrechtsverletzungen bereit finden, solche Verfahren zu übernehmen. Das Konfliktpotential ist erheblich. Zweitens: Muss es, wenn sie auch die Anknüpfung an das Recht des haftenden Staates aufgeben, zumindest internationale Standards für die Kompensation geben oder kann dann jede Rechtsordnung etwa auch beliebig Schadensersatz für immaterielle Schäden zusprechen? Fraglich erscheint mir auch, ob sich das bestehende System völkerrechtlicher Verträge mit einer solchen Öffnung ausländischer Foren für Schadensersatzklagen gegen Staaten in Einklang bringen ließe. – Ich habe insoweit große Skepsis.

Was die konkrete Frage nach der Not- oder Ersatzzuständigkeit in den Fällen *Distomo* und *Srebrenica* betrifft, so handelt es sich natürlich letztlich um Wertungen, die Kontroversen auslösen werden.

Was *Distomo* anbelangt, so ist für mich die pauschale Ablehnung von Schadensersatzansprüchen nach deutschem Staatshaftungsrecht durch den BGH ein Indiz dafür, eine solche Notzuständigkeit zur Anwendung kommen zu lassen. Allerdings müsste man – wie ich ja auch in meinem Vortrag erwähnt habe – zusätzlich prüfen, ob nicht völkerrechtliche Verträge multilateraler oder bilateraler Art entgegenstehen, wie etwa das Londoner Schuldenabkommen von 1953. Hier könnte es Deutschland zum Nachteil gereichen, dass die Rechtsfrage im Rahmen der Zwei-plus-Vier-Verhandlungen bewusst ausgespart wurde.

Jedenfalls – und da würde ich mich gegen Herrn Tomuschat wenden – reicht der pauschale Hinweis darauf, dass Deutschland doch schon so viel gezahlt habe, nicht aus. Denn man muss dann schon konkret prüfen, ob es gegenüber den Geschädigten in *diesem* Staat zu einer entsprechenden Abrede gekommen ist oder nicht. Die Lösung der Kompensationsfrage kann auf der Ebene des Völkerrechts oder der des Privatrechts erfolgt sein. Aber allein der Hinweis, wir haben schon viel bezahlt, ist meines Erachtens nicht geeignet, eine solche Notzuständigkeit auszuschließen. Hier würde ich mit meinem Vorschlag also relativ weit gehen.

Was *Srebrenica* betrifft, so existiert hier ein völkerrechtliches Übereinkommen, nämlich das erwähnte Statusübereinkommen, in dem ja ausdrücklich geregelt ist, dass die bosnischen Gerichte zur Entscheidung über solche Schadensersatzansprüche nicht zuständig sind. Hier wäre die Rechtslage also eindeutig und eine Notzuständigkeit bosnischer Gerichte ausgeschlossen.

Nun zum letzten Punkt, der intertemporalen Anwendung der Immunitätsregeln. Noch einmal zur Verdeutlichung, Herr von Hoffmann: Ich unterscheide zwischen den materiellen Bestimmungen des Völkerrechts und dem Verfahrensrecht. Im Hinblick auf materielles Recht – also etwa die Bestimmungen der Haager Landkriegsordnung – gilt natürlich der Rechtsbestand zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses. Hinsichtlich der Regeln zur Staatenimmunität vertrete ich selbst allerdings – auch nach der Intervention von Herrn Tomuschat – die Auffassung, dass es sich um prozessuale Regeln handelt, weil es eben nicht um den Anspruch als solchen, sondern um dessen Durchsetzung vor einem bestimmten Forum geht. Die Regeln zur Staatenimmunität führen nämlich nicht dazu, dass der Anspruch gänzlich undurchsetzbar ist, sondern es geht ausschließlich um die Frage, ob ich vor den Gerichten des haftenden Staates klagen muss, oder ob mir

alternative Foren zur Verfügung stehen. Bei verfahrensrechtlichen Regeln gilt aber im Grundsatz die *lex praesens*.

Natürlich kann man – wie das Europäische Übereinkommen – aus Gründen des Vertrauensschutzes auch insoweit engere Voraussetzungen an die Anwendbarkeit der neuen Regeln knüpfen, aber man ist dazu nicht gezwungen. Und hier spricht jetzt für meine Auffassung der Text des UN-Übereinkommens, das ja ganz eindeutig für die Frage der Staatenimmunität auf den Zeitpunkt der Anhängigkeit des Verfahrens abstellt.

Hofmann (Frankfurt/Main): Vielen Dank! Ich beginne mit Lob und Anerkennung für die beiden Referate. Ich habe drei Bemerkungen zum Referat von Herrn Thorn und dann eine Frage an Kirsten Schmalenbach.

Die erste Bemerkung zur Reichweite der Immunität. Ich teile die Auffassung von Herrn Tomuschat und letztlich auch die von Herrn Hess. Zu Ihrem Beitrag, Herr von Hoffmann, möchte ich sagen, dass es bei besatzungsrechtlichen Fragen eben nicht um Einzelfälle geht wie im vom EGMR entschiedenen Fall *Al Adsani*, in dem im übrigen die – knappe – Mehrheit in der Respektierung der Immunität Kuwaits keine Verletzung von Art. 6 EMRK durch das Vereinigte Königreich sah, sondern es geht letztlich um Massenverfahren. Und deswegen ist es, meine ich, aus den Gründen, die Herr Tomuschat für mich überzeugend dargelegt hat, sinnvoll und geboten, die Grundregeln der staatlichen Immunität für Erkenntnis- wie Vollstreckungsverfahren beizubehalten.

Zur Frage der Intertemporalität. Ich bin, wie Herr Tomuschat, anderer Meinung als Sie. Der Dissens bleibt bestehen, man kann da sicher beide Auffassungen vertreten.

Ich möchte nur auf einen Punkt hinweisen, nämlich den der Rechtsschutzlücke. Für mich als Völkerrechtler ist überraschend, dass bisher nicht die Möglichkeit solcher *mass claims procedures* angesprochen wurde, wie wir sie nach der Invasion Kuwaits durch den Irak hatten. Es gibt ja zunehmend solche Verfahren, in denen wegen Verletzungen des humanitären Völkerrechts oder der Menschenrechte in Konfliktsituationen internationale Gremien eingesetzt worden sind. Einen der führenden Experten für dieses Rechtsgebiet haben wir mit Herrn Wühler hier im Saal, ich will deswegen nicht mehr dazu sagen. Aber ich meine, das wäre die gegebene Lösungsmöglichkeit, und zwar unter Wahrung des Prinzips der Immunität. Wir würden in der Zukunft dann vielleicht die Möglichkeit haben, vor solchen Gremien, die durch den Sicherheitsrat in entsprechenden, auf das VII. Kapitel der UN-Charta gestützte Resolutionen eingesetzt würden, über Individualansprüche zu entscheiden.

Zum anwendbaren Recht: Auch hier der Hinweis, dass, wenn ich das OLG Köln in der „Brücke-von-Varvarin-Entscheidung“ richtig verstanden habe, es der Meinung ist, dass die Anwendung deutschen Amtshaftungsrechts in Kriegszeiten jetzt nicht mehr ausgeschlossen ist, wie es der BGH richtigerweise für die Zeit des Zweiten Weltkrieges festgestellt hat. Der BGH brauchte in seinem Urteil zur „Brücke von Varvarin“ dazu nichts zu sagen, weil offenkundig keine Verantwortlichkeit Deutschlands für den Luftangriff auf die Brücke bestand. Aber jedenfalls ist hier jetzt ein Weg für künftige Ansprüche eröffnet.

Der zweite Weg, zu dem Sie natürlich aufgrund Ihrer Themenstellung nichts sagen brauchten, wird behandelt in der Diskussion, ob es einen völkerrechtlich begründeten Individualanspruch für Verletzungen des humanitären Völkerrechtes gibt, so wie wir ihn

unter Artikel 50 EMRK für Verletzungen der in der EMRK garantierten Menschenrechte kennen. Bekanntlich sind verschiedene Gruppen von Juristen daran, über diese Fragen nachzudenken.

Nur noch eine letzte Bemerkung zu diesem Komplex: Mich überrascht, dass es in der Diskussion immer nur um die Durchbrechung der staatlichen Immunität bei Menschenrechtsverletzungen geht, während offenbar ganz selbstverständlich davon ausgegangen wird, dass die UNO auch weiterhin ihre Immunität behalten soll. Wenn man mit der staatlichen Immunität aufhört, dann, denke ich, müsste auch die UNO ihre Immunität aufgeben. So gesehen haben es die niederländischen Gerichte in Den Haag richtig oder jedenfalls konsequent gemacht: Sie haben in beiden Fällen die Immunität aufrecht erhalten. Aber wenn wir mit der staatlichen Immunität aufhören, stellt sich für mich die Frage: Warum soll dann die UNO vor nationalen Gerichten weiterhin Immunität haben?

Dann die Frage an Kirsten Schmalenbach, auch wenn Du im Grunde die Antwort schon ein bisschen vorgegeben hast, indem du gesagt hast, die *US drafters* der irakischen Verfassung hätten das offenbar alles nicht so ganz richtig gesehen – ich bin mir bewusst, dass ich Dich jetzt mehr oder weniger verkürzt und wahrscheinlich auch leicht falsch zitiere. Meine Frage oder Bitte wäre, Deine Analyse auf den Prozess der irakischen Verfassungsgebung anzuwenden, wo eben die – wenn ich das recht in Erinnerung habe – USA oder die Besatzer doch nicht dafür gesorgt haben, dass alle Gruppen der Bevölkerung gleichberechtigt an diesem Verfassungsgebungsprozess beteiligt waren.

Eine kleine Zusatzfrage noch: Herr Tomuschat sprach vom *ius cogens* als diesem „fürchterlichen Institut“. Ich weiß nicht, ob man nicht doch überlegen müsste, ob der Besatzer berechtigt, wenn nicht sogar verpflichtet ist, darauf hinzuwirken, dass eine Post-Besatzungs-Rechtsordnung verhindert wird, die *Ius-cogens*-Vorschriften widerspricht. Dürfte unter Hinweis auf das Selbstbestimmungsrecht ein Apartheid-System eingerichtet werden? Dürfte unter Hinweis auf das Selbstbestimmungsrecht ein Rechtssystem eingerichtet werden, das Frauen gegenüber Männern elementar benachteiligt? – Hier würde ich dazu tendieren zu sagen, hat der Besatzer sogar eine Pflicht aus der Besatzung, dafür zu sorgen, dass ein solches System nicht eingerichtet würde. Danke schön!

Lorz: Vielen Dank, Herr Vorsitzender! Ich darf vielleicht mit einem Kompliment an den Vorsitzenden für die Ordnung der Wortmeldezettel beginnen, denn Sie haben mir jetzt die Gelegenheit gegeben, unter zwei unterschiedlichen Aspekten genau in die Kerben zu schlagen, die Herr Kollege Hofmann vorgezeichnet hat. Ich möchte also zunächst eine Bemerkung vom politischen Hintergrund her zu dem Referat von Herrn Thorn machen. Ich glaube, es gibt viele gute Gründe dafür und auch ein gewisses natürliches Rechtsgefühl nach unserer Jahrzehnte langen Beschäftigung mit Menschenrechten, die Staatenimmunität bei schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen infrage zu stellen. Aber zwischen der Frage, ob wir materiell-rechtlich einen solchen Anspruch anerkennen, und der Frage, vor welchen Gremien ein solcher Anspruch geltend zu machen wäre, verläuft für mich die entscheidende Trennlinie. Und deswegen bin ich für den Hinweis von Herrn Hofmann dankbar und möchte ihn dahingehend unterstützen, dass man, wenn man sich entscheidet, einen solchen materiell-rechtlichen Anspruch anzuerkennen, auf jeden Fall gewährleisten muss, dass er exklusiv vor einem internationalen Gremium verhandelt wird. Denn die Zuständigkeit nationaler Gerichte – und das ist für mich der tiefere Sinn der Staatenimmunität in der heutigen Zeit – führt

nur dazu, dass die alten Parteilichkeiten, die bei nationalen Systemen notgedrungen vorhanden sind, ans Tageslicht kommen. Natürlich werden die Richter des geschädigten Staates tendenziell dazu tendieren, Schadensersatzansprüche zu bejahen, Gerichte des schädigenden Staates tendenziell dazu tendieren, sie zu verneinen. Für Gerichte neutraler Staaten kann man das nicht ohne weiteres vorhersagen; da gibt es Staaten, die sind sehr engagiert, auch weil sie denken, das trifft sie selber nie – zu Recht oder zu Unrecht –, und andere, die sind entsprechend zurückhaltender. Das Ganze ergäbe jedenfalls ein heilloses Wirrwarr an Jurisdiktionen oder an Aussprüchen dazu. Wenn man hier auf ein internationales Gremium fokussieren würde – das dann natürlich auch über Verletzungen von Seiten der Vereinten Nationen richten könnte –, dann könnte ich mir gut vorstellen, materiell-rechtlich einer Durchbrechung der Staatenimmunität näher zu treten. Insofern sind für mich prozessuale und materiell-rechtliche Fragen an dieser Stelle ganz eng verknüpft.

Ich habe mich aber eigentlich zum Referat von Frau Schmalenbach gemeldet, muss ich gestehen, und würde anknüpfend an einige Fragen, die gestellt worden sind, gerne noch eine obendrauf setzen. Zunächst schließe ich mich dem gemachten Kompliment an: Frau Schmalenbach, Sie haben die ganzen Mosaiksteine, die sich im Laufe der Zeit entwickelt haben, so schön und so übersichtlich zusammengefügt, dass ich mich frage, ob wir nicht den Mut haben sollten, bei gleichen Inhalten einfach eine andere Akzentuierung vorzunehmen. Damit meine ich: Sie haben eigentlich das Bewährungsgebot in den Vordergrund gerückt – das habe ich so auch dem Tenor der bisherigen Wortmeldungen entnommen –, und zwar aus zwei sehr guten Gründen. Der eine ist natürlich chronologisch, weil sich die Rechtsentwicklung von Artikel 43 der Haager Landkriegsordnung her vollzogen hat, also das Bewährungsgebot am Anfang stand, und jetzt kerbt man sukzessive immer mehr aus dem Bewährungsgebot heraus, über Menschenrechte, über Selbstbestimmungsrechte, über Artikel 64 der Genfer Konventionen, und natürlich auch unter dem politischen Aspekt – ich sage es mal so: des Misstrauens gegenüber dem transformatorischen Gutmenschentum mancher Besatzungsmächte, wie wir sie gerade erleben, die das Gefühl haben, sie wüssten, wie man die Welt oder zumindest das eine Volk, dessen Land man gerade besetzt hält, beglückt. Dem muss man einen Riegel vorschieben.

Und die Überlegungen zum Selbstbestimmungsrecht tendieren in dieselbe Richtung, wenn man Artikel 43 als Rechtfertigung für Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht konstruiert. Ich verstehe dieses Argument, natürlich, und frage mich trotzdem, wenn ich das Gesamtbild sehe, ob wir nicht einmal vom anderen Ende her die Betonung vornehmen sollten, ohne dass ich in den Inhalten differiere. Denn Sie haben selber gesagt und herausgearbeitet: Für das Bewährungsprinzip spricht, dass sich im Zweifel die Bevölkerung ihre Rechtsordnung, ihr politisches System selbst gegeben hat, und das soll der Besatzer respektieren. Aber wenn eine Diskrepanz vorliegt zwischen dem, was da bewahrt werden soll, und der politischen Willensbildung des Volkes, dann haben Sie auch zu erkennen gegeben, dass unter Menschenrechtsaspekten und unter dem Aspekt des Selbstbestimmungsrechts im Zweifel der politischen Selbstbestimmung der Vorrang einzuräumen ist. Ich frage mich daher, ob wir die Besatzungsmächte nicht sogar positiv in die Pflicht nehmen sollten, indem wir ihnen nicht nur zeigen, wo die Grenzen ihrer transformatorischen Möglichkeiten liegen, sondern ihnen darüber hinaus eine transformatorische Verantwortlichkeit zusprechen. Sollten wir also nicht für eine Besatzungsmacht als Rechtsgebot aussprechen: Das primäre Gebot ist die Wiederherstellung der politischen Selbstbestimmung des Volkes, und zwar des ganzen Volkes – auf diese Art

und Weise könnte man Apartheid-Regimes und ähnliche Konstellationen abfangen. Und daran wird die Besatzungsmacht zuallererst gemessen. Das Bewahrungsgebot kommt nur hinzu, um all das abzudecken, was nicht davon erfüllt ist. Politisch argumentiert könnte man damit jemandem, der sich heute für eine Besetzung in welcher Konstellation auch immer entschließt, klarmachen: Dein Handeln wird an zwei Maßstäben gemessen, nämlich erstens: wenn du zu tief eingreifst in die Staatsstrukturen oder in die Verfassungsgebung und damit den Spielraum der politischen Selbstbestimmung des Volkes beschneidest, machen wir dich politisch und eventuell auch sonst haftbar. Aber wenn du zu wenig tust, wenn du dir keine hinreichende Mühe gibst, diese politische Selbstbestimmung wieder herzustellen und unter dem Deckmantel eines zu weit verstandenen Bewahrungsgebots Strukturen am Platz lässt, die mit den Menschenrechten und dem Selbstbestimmungsgedanken nicht vereinbar sind, dann ist das auch deine Verantwortlichkeit, für die du genauso haftbar bist. – Und auf dieser Basis sollte jedermann gut überlegen, ob man sich diese doppelte Bürde bei einer Intervention tatsächlich antun will.

Meine Frage wäre, ob wir durch diese Akzentuierung etwas gewinnen können, was über das ansonsten inhaltlich geteilte Bewahrungsgebot hinausgeht. Danke schön!

Kohler: Ich möchte eine Frage an Herrn Thorn stellen im Anschluss an das schöne und vollständige Panorama, das er uns gegeben hat, bei dem mir aber eine Komponente zu fehlen scheint, die man vielleicht als regionale Komponente bezeichnen kann. Die Distomo-Fälle und auch die Italien-Fälle spielen ja zwischen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union. Und es ist in dieser Perspektive vielleicht bezeichnend, dass in der Lechouritou-Sache (C- 292/05) das Berufungsgericht Patras dem EuGH eine zweite Vorlagefrage gestellt hat. Die erste Frage lautete ja, ob Schadenersatzklagen von Privatpersonen gegen einen Mitgliedstaat wegen Kriegsmassakern Zivil- und Handelsachen im Sinne des EuGVÜ seien. Die zweite Frage lautete: Für den Fall, dass diese Klagen unter das Übereinkommen fallen, ist dann die Berufung der beklagten Bundesrepublik auf die Immunität mit „dem System des Brüsseler Übereinkommens“ vereinbar? Das vorliegende Gericht lässt erkennen, dass eine solche Berufung rechtsmissbräuchlich wäre oder, genauer gesagt, den *effet utile* der Gemeinschaftsregelung unterlaufen würde. Damit wird natürlich eine Vorfrage oder sogar Erstfrage unzulässigerweise zu einer Nachfrage gemacht. Aber möglicherweise steckt dahinter doch ein Gedanke, dem nachzugehen sich lohnte: Ist die Tatsache, dass die Staaten, um die es hier geht, Mitgliedsstaaten der Europäischen Union sind, nicht doch von Bedeutung? Diese Staaten stehen sich ja nicht unverbunden gegenüber, sondern sind gemeinsam auf dem Wege zu einer „immer engeren Union“, in der auch die Gewährung von Rechtsschutz zugunsten der Unionsangehörigen gemeinsamen Grundprinzipien folgt und in der die Rolle der Staaten im Rechtsverkehr nicht mehr nur im herkömmlichen Lichte gesehen werden kann. Dies lässt die Anwendung des Immunitätsgrundsatzes so, wie sie hier vorgestellt worden ist, doch zweifelhaft erscheinen. Der Immunitätsgrundsatz ist doch rechtspolitisch erschüttert. Er ist vielleicht nicht in dem Maße erschüttert, wie es Herrn von Hoffmann vorschwebt, aber m.E. doch mehr, als es in den Äußerungen von Herrn Tomuschat und Herrn Hess erscheint. Auch der IGH wird jetzt diese Erschütterung sicher nicht ganz übergehen können. Aber unabhängig davon kann gefragt werden, ob nicht im Rahmen der Union schon jetzt die Berufung auf den Immunitätsgrundsatz noch mit den unionsrechtlichen Rechtsschutzgarantien vereinbar ist.

Jekewitz: Frau Schmalenbach, die Faszination bleibt und ist noch gestärkt worden durch Ihre erste Erwiderung auf die ersten Fragen, die an Sie gestellt worden sind. Und doch bin ich ein wenig unruhig. Im Mittelpunkt steht bei Ihnen der Begriff der ordentlichen Verwaltung; und da stellt sich für mich die Frage: Was heißt denn ordentliche Verwaltung? Ist das so etwas Ähnliches und damit doch eigentlich genau zu Definierendes wie die „gute Verwaltung“, auf die wir jetzt nach der EU-Grundrechtecharta einen Anspruch haben sollen? Genauso wenig wie diese lässt sich ordentliche Verwaltung präzise und allgemein gültig umschreiben. Auch ordentliche Verwaltung ist nun einmal etwas, was immer situationsgebunden, zeitgebunden, kulturgebunden ist und gerade durch das von Ihnen angeführte Bewahrungsprinzip ständig neue Facetten gewinnt. Und eine durch eine Besatzungsmacht organisierte Verwaltung muss sich gezwungener Maßen in mehreren Phasen auf einer Zeitachse entwickeln. In einer ersten Phase werden die Interessen der Besatzer an der Spitze stehen. Es werden also Militärverwaltungsinteressen überwiegen. Dahinter wird somit trotz des Bewahrungsgebots das direkte Interesse der vor Ort Betroffenen zurückstehen müssen. Und natürlich werden diese Besatzer – davon kann sich keiner frei machen – eine lokale Verwaltung nach heimischen Erfahrungen vor Augen haben. Als Beispiel: Selbst wo die Amerikaner zu Hause in den USA schon vor Kriegsende 1945 noch so viel deutsche Verhältnisse eingeübt hatten, haben sie letztlich amerikanische Vorbilder mitgebracht.

Wenn dann in einer zweiten Phase die langsame Überleitung auf die innere Beteiligung auch der lokalen Autoritäten kommt, die Sie auch angesprochen haben, wird es doch kaum zu einem Bruch mit dem kommen können, was dann schon vorhanden ist, womit sich die Besatzungsmacht zunächst einmal eingerichtet hat. Und eine direkte Rückkehr unter dem Bewahrungsprinzip zu den Vorbesatzungsstrukturen wird selten intendiert und faktisch auch nicht möglich sein. Diese Erfahrung haben wir in Deutschland ja auch gemacht: Unsere Kommunalverwaltungsverfassungen waren in der britischen und in der amerikanischen Zone je ganz unterschiedlich geprägt und sind es auch lange geblieben. Bis tief in die 1970er Jahre hinein hatten wir ein britisches und ein amerikanisches System, die erst später angeglichen und verändert worden sind. Damit komme ich zu einem kritischen Punkt: Sie haben gesagt, es sei verboten, über die Organisation der Verwaltung Verfassungsstrukturen aufzuzwingen. Aber Kommunalverfassungsmodelle enthalten im Kern bereits Verfassungsstrukturen oder wenigstens Vorprägungen dazu; auch von daher kommen Verfassungselemente, etwa in Form einer Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, hinein.

Noch problematischer wird es natürlich, wenn die Rechtskulturen hier bereits grundsätzlich auseinander fallen. Schon die Erfahrungen im früheren Jugoslawien – man muss nur nachlesen, was Hans Koschnick und andere, die dort beteiligt waren, darüber geschrieben haben – waren ja die, dass es nicht gerade einfach war, die eigenen Auffassungen von einer ordentlichen Verwaltung mit denen an Ort und Stelle zu koordinieren. Ich habe große Probleme, mir vorzustellen, dass ein baden-württembergischer Schultes etwa die gleichen Vorstellungen von ordentlicher Verwaltung vor Ort hat wie ein afghanischer Dorfältester.

Thürer: Herzlichen Dank! Der Zeitpunkt ist gekommen, wo wir versuchen, hier am Tische Bilanz zu ziehen. Ich möchte zunächst Herrn Thorn bitten, seine Schlussbemerkungen anzubringen, und dann Frau Schmalenbach.

Thorn: Ich sehe mich in der angenehmen Lage, mit den Intervenenten weitgehend überein zu stimmen. Zunächst zu Herrn Hofmann: Ich habe mich wahrscheinlich nicht deutlich genug ausgedrückt. In meiner Konzeption der Notzuständigkeit wäre auch zu prüfen, ob es internationale Kompensationsmechanismen gibt. Die Möglichkeit zur Anrufung des beim genannten Statusübereinkommen vorgesehenen *Claims Tribunal* ist also durchaus in dem Ansatz enthalten. Wenn es solch einen Mechanismus aber nicht gibt, bin ich dezidiert der Auffassung, dass man den Geschädigten nicht auf eine bessere Welt vertrösten sollte, sondern befürworte für diesen Fall eine Durchbrechung der Staatenimmunität. Insoweit glaube ich dann auch an die Eignung zivilrechtlicher Urteile als Mittel zur Schaffung von Rechtsfrieden.

Was die Entscheidungen der Rechtbank Den Haag anbelangt, so waren diese ja nicht in beiden Fällen Entscheidungen zur Immunität. Dies trifft lediglich auf die erste Entscheidung zur Haftung der Vereinten Nationen zu. Im Verfahren gegen die Niederlande, denen vor den eigenen Gerichten ja keine Immunität zustand, war das entscheidende Argument hingegen das der Enthaltung des niederländischen Staates wegen der Übertragung des Kommandos auf die Vereinten Nationen. An der Richtigkeit der Entscheidung habe ich Zweifel; leider fehlen mir Informationen dazu, ob Rechtsmittel eingelegt wurden.

Herr Kohler, abschließend, zu Ihrem Einwurf: Wenn der sachliche Anwendungsbereich der Brüssel I-Verordnung auf Amtshaftungsansprüche erweitert würde, würde ich darin einen klaren Immunitätsverzicht der Mitgliedsstaaten sehen. Insoweit wäre die zweite Vorlagefrage des Landgerichts Patras dann zu verneinen. Das gilt aber eben nur für die Mitgliedsstaaten. Das heißt, man könnte die Verordnung nicht auch als Rechtsgrundlage nutzen, um Klagen gegen Drittstaaten unter Berufung auf den sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung vor mitgliedstaatliche Gerichte zu ziehen. Solange der sachliche Anwendungsbereich unverändert bleibt, bin ich freilich der Auffassung, dass sich auch innerhalb der EU die Staaten weiterhin auf ihre Immunität gegenüber den Gerichten anderer Mitgliedsstaaten berufen können. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Schmalenbach: Vielen Dank! Meine erste Antwort gilt Rainer Hofmann und sie bezieht sich auf die von ihm angesprochene Sicherheitsratsresolution 1483. Ich wollte der US-Regierung wirklich nicht unterstellen, sie habe nicht gesehen, dass ihr Resolutionsentwurf nicht über die Grenzen des besatzungsrechtlichen Bewahrungsprinzips hinausgeht. Die Haager Landkriegsordnung wird aufgrund ihres Wortlautes sehr oft als äußerst restriktiv wahrgenommen, ohne dass das Bewahrungsprinzip in den normativen Kontext des geltenden Völkerrechts gesetzt wird. Die Resolution 1483 enthält zwei wichtige Paragraphen, Randziffer 4 und 5. In Randziffer 4 steht geschrieben: „*Calls upon the Authority, consistent with the Charter of the United Nations and other relevant international law, to promote the welfare of the Iraqi people through the effective administration of the territory (...)*“. Das ist genau die Aufgabe der Besatzungsmacht nach geltendem Kriegsrecht. Auch betont die Resolution in Randziffer 4 das Selbstbestimmungsrecht des irakischen Volkes: „*and the creation of conditions in which the Iraqi people freely determine their own political future*“. Die Konditionen, also die Voraussetzungen der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts, sollen hergestellt werden. Auch diese Aufgabe passt meines Erachtens genau in das System des besatzungsrechtlichen

Bewahrungsprinzips. Dann macht es auch Sinn, warum die Resolution in Randziffer 5 dann von der Authority verlangt, „to fully comply with their obligations under international law including in particular the Geneva Conventions of 1949 and the Hague Regulations of 1907“. Ich komme also zu dem Schluss, dass die Resolution 1483 keine Erweiterung des besatzungsrechtlichen Handlungsspielraums mit sich gebracht hat. Das, was die Authority letztlich in der Praxis mit der irakischen Rechtsordnung gemacht hat, verletzt in einigen Teilen die Haager Landkriegsordnung und damit auch die Resolution 1483. Das ist meine rechtliche Bewertung der transformatorischen Praxis im besetzten Irak. Natürlich muss man bedenken, wer die Resolution entworfen und in den Sicherheitsrat gebracht hat. Dort ist allerdings über die Inhalte diskutiert worden, was im Endeffekt durchaus zu einer Verwässerung der weitreichenden Vorstellungen der USA geführt hat.

Zum Thema des Verfassungsgebungsprozesses im Irak: Die Sunniten waren nicht beteiligt – das ist absolut richtig. Es ist auch nicht zu übersehen, dass die USA die Sunniten ausgeschlossen haben. Derartige Eingriffe in Verfassungsgebungsprozesse sind nicht ungewöhnlich. UNTAET hat in Osttimor dafür gesorgt, dass die Befreiungsorganisation kein zu starkes Gewicht im Verfassungsgebungsprozess hatte. Durch die Einwirkung auf das Verfahren lassen sich hervorragend Inhalte steuern; insofern ist die Einflussnahme auf das Verfahren ein gefährliches Instrument in der Hand des externen Akteurs. Es ist ein Instrument, mit dem Weichen gestellt werden können – und es ist ein sehr oft genutztes Instrument. Es stellt sich also die Frage, ob die Einflussnahme auf das Verfahren gegen das Selbstbestimmungsrecht des Volkes verstößt oder zumindest an der Legitimität der Verfassung zehrt. Das Selbstbestimmungsrecht ist wohl zu grobmaschig, um klare Stellung zu externen Verfahrensgestaltungen zu beziehen. Und schließlich ist zu bedenken, dass die Besatzungsmacht lokale Parteien auch nach Besatzungsrecht verbieten darf, wenn diese zum Beispiel den Widerstand schüren oder kriegstreibend tätig sind. Wenn man bedenkt, dass jede Gestaltung des Verfahrens – nicht nur so schwere Eingriffe wie das Verbot von Parteien – letztlich auf das Endprodukt des Verfahrens einwirkt, dann kann eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts nur bei schwerwiegenden und nicht auf Basis des internationalen Rechts zu rechtfertigenden Verfahrensm Manipulationen angenommen werden.

Die Frage, wie weit die Besatzungsmacht auf die Rechtsordnung einwirken muss, damit aus dem besetzten Staat beispielsweise kein Apartheidsregime oder *failed state* wird, ist sehr interessant. Ein Kollege sprach von einer „Ingerenz“ der Besatzungsmacht: da diese mit der Besetzung die Gefahr eines *failed state* geschaffen hat, ist sie zur Abwendung der Gefahr verpflichtet. Das ist ein durchaus interessanter Gedanke. Man muss sich nur die Frage stellen, welche Mittel die Besatzungsmacht zur Verfügung hat, um die geschaffene Gefahr zu beseitigen. Wir wissen, dass sie die Rechtsordnung schon während der Besetzung im Lichte der Menschenrechte umbauen darf; sie darf den Verfassungsgebungsprozess einleiten und dort ihre Vorstellungen äußern; sie darf als Besatzungsmacht den Verfassungsgebungsprozess auch vorläufig abbrechen. Aber letztlich bleibt der Einfluss der Besatzungsmacht auf die künftige Entwicklung des Staates sehr begrenzt. Denken Sie an das neue afghanische Ehegesetz, über dessen frauenfeindliche Inhalte derzeit in den Medien heftig diskutiert wird. Afghanistan ist kein besetzter Staat, steht aber erheblich unter dem Einfluss der Staaten, die sich derzeit um die innere Sicherheit des Landes bemühen. Was lernen wir aus dem afghanischen Ehegesetz? Wenn die Besatzungsmacht erst einmal draußen ist, kann die wiederer-

stärkte Regierung mit oder ohne Zustimmung des Volkes viel von dem verändern, was die Besatzungsmacht zur Verhinderung, z. B. von Diskriminierung, eingeführt hat. Am Ende bleibt nur noch eine politische Einflussnahme der ehemaligen Besatzungsmacht auf den ehemals besetzten Staat. Oder der Besatzer einigt sich völkerrechtlich mit der neu erstarkten Staatsgewalt, die menschenrechtlichen oder rechtsstaatlichen Prinzipien beizubehalten, die die Besatzungsmacht in die Rechtsordnung eingeführt hat. Diese völkerrechtliche Einigung darf freilich nicht von der Besatzungsmacht erzwungen werden. Allerdings wird zu bedenken sein, dass die Drohung mit der Fortsetzung der Besatzungsherrschaft nicht *a priori* als Drohung mit Waffengewalt im Sinne des Art. 52 der Wiener Vertragsrechtskonvention gewertet werden kann.

Herr Lorz, in der Tat stellt sich die Frage, ob die Besatzungsmacht die Pflicht hat, den besetzten Staat wieder aufzubauen, und zwar im Sinne der Standards der internationalen Gemeinschaft. Ich habe das Thema der „Ingerenz“ ja bereits angesprochen. Es gibt einige sehr interessante akademische Ansätze, mit denen diese Pflicht zum Wiederaufbau untermauert werden soll. Das Konzept des *ius post bellum* geht in diese Richtung. Dem *ius post bellum*-Ansatz liegt der Gedanke zugrunde, dass die heutige Völkerrechtsordnung ein vom *ius in bello* und *ius ad bellum* losgelöstes „state-building regime“ benötigt, das den vielfältigen unilateralen und multilateralen Bemühungen einen einheitlichen rechtlichen Rechtsrahmen gibt. Das *ius post bellum*-Konzept ist allerdings akademisch noch nicht ausgereift, geschweige denn, dass es sich in der Staatenpraxis verankern ließe. Ein anderer interessanter Ansatz, der den Besatzungsmächten die Pflicht zum Wiederaufbau auferlegt, spricht von der *responsibility to rebuild*. Diese Pflicht hatte die International Commission on Intervention and State Sovereignty explizit angesprochen. Aber auch hier gilt: die *responsibility to rebuild* ist ein innovativer Gedanke, der noch nicht im geltenden Völkerrecht verankert ist. Es lässt sich auf Basis der Staatenpraxis kaum begründen, dass eine Besatzungsmacht oder eine internationale Organisation so lange im Staat bleiben muss, bis das fremdverwaltete Gemeinwesen wieder auf eigenen Beinen steht. Man denke nur an das Beispiel Somalia: das Projekt zur Wiederherstellung von Staatlichkeit durch externe Akteure wurde ohne Resultat abgebrochen. Im Übrigen droht bei einer rechtlichen *responsibility to rebuild* die Gefahr einer überlangen Besetzung oder einer überlangen internationalen Präsenz, die über kurz oder lang mit dem Selbstbestimmungsrecht des Volkes in Konflikt geraten muss.

Herr Jekewitz, Sie haben mit ihrem Einwand voll und ganz Recht: Der Begriff der „ordentlichen Verwaltung“ im Sinne des Art. 64 der IV. GK ist ziemlich weich. Sicher, wenn externe Akteure in einem Staat Wiederaufbauarbeit leisten, werden in der Regel unterschiedliche Rechtskulturen aufeinander treffen. Die Besatzungsmacht erfüllt ihre Verwaltungsaufgaben im besetzten Staaten naturgemäß vor ihrem eigenen rechtlichen Hintergrund, z.B. dem Common-Law-System oder dem Civil-Law-System. Insofern besteht immer die Gefahr, dass die Einführung von *good governance*-Standards diejenigen der eigenen Rechtsordnung sind. Art. 64 der IV. Genfer Konvention untersagt das grundsätzlich nicht, allerdings ist die Norm Teil des internationalen Rechtssystems, dass eine Vielzahl von *good governance* Standards kennt; sie wurden beispielsweise von der OSZE und der UN entwickelt und angewendet. Wir haben also einen international anerkannten Kanon von Standards für die „gute“ staatliche Verwaltungs- und Regierungstätigkeit. An dem muss sich auch die Verwaltung durch die Besatzungsmacht messen lassen. In der ersten Phase steht dabei die gute Verwaltung durch die Besatzungsmacht im Vordergrund. Nach einer gewissen Konsolidierungsphase übernehmen

regelmäßig die lokalen Behörden wieder einige Verwaltungsaufgaben, die entweder von der Besatzungsmacht delegiert werden, oder die sie als wieder erstarkte gesetzliche Staatsgewalt unter der Kontrolle der Besatzungsmacht ausführen.

Herr Jekewitz, Sie haben noch den Schutz der Kommunalverfassungsstrukturen durch das internationale Besatzungsrecht angesprochen. Grundsätzlich gehört die Kommunalverfassung zum lokalen Recht, das von der Besatzungsmacht zu bewahren und anzuwenden ist. Eingriffe und Modifikationen sind aber im Rahmen der von mir aufgezeigten Grenzen erlaubt. Die Anreicherung der Kommunalverfassung mit Verfassungselementen ist eine Eigenart der deutschen Rechtsordnung. Modifikationen durch die Besatzungsmacht sind gleichwohl kein völkerrechtlich verbotener Verfassungsoktroy. Das Völkerrecht schützt in erster Linie das Selbstbestimmungsrecht des Staatsvolkes unter Besatzungsherrschaft.

Damit bin ich am Ende und bedanke mich für die sehr interessanten Fragen.

Thürer: Wir haben wiederum einen sehr ergiebigen, sehr interessanten Nachmittag verbracht. Ich glaube, die Beiträge, die Referate und die Diskussion, waren hochkarätig, es war anregend. Ich habe am letzten Sonntag in der Neuen Zürcher Zeitung einen sehr guten Artikel über den trostlosen Zustand der Wirtschaftswissenschaft gelesen. Er sei trostlos, weil die Wissenschaft zu formalistisch geworden sei, zu fragmentiert. Ich dachte zunächst, das trifft vielleicht auch auf die Rechtswissenschaft zu. Heute glaube ich das nicht mehr. Wir haben sehr schön, glaube ich, zusammengewirkt, das Völkerrecht, das IPR, zum Teil auch das Staatsrecht. Wir haben aus meiner Sicht eine ganz ergiebige Tagung gehabt.

Vorstand und Rat der Gesellschaft für Völkerrecht

Vorstand

Prof. Dr. Dr. h. c. Daniel Thürer
Institut für Völkerrecht und ausländisches Verfassungsrecht
Rämistrasse 74/36
8001 Zürich
Schweiz
Tel.: 0044-44-634 20 64. Fax: 0041-44-634 4993

Prof. Dr. Dagmar Coester-Waltjen, LL.M.
Prof. Dr. Georg Nolte

Rat

Prof. Dr. Bruno Simma
Prof. Dr. Astrid Epiney
Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Benedek
Prof. Dr. Eckart Klein
Prof. Dr. Dr. h. c. Rüdiger Wolfrum
Prof. Dr. Jürgen Basedow, LL.M.
Prof. Dr. Walter Kälin
Prof. Dr. Dr. h. c. Wolfgang Graf Vitzthum, LL.M.
Prof. Dr. Dr. Rainer Hofmann
Prof. Dr. Gerhard Hafner
Prof. Dr. Meinhard Hilf
Univ.-Prof. MMag. Dr. August Reinisch, LL.M.
Prof. Dr. Kurt Siehr
Prof. Dr. Gerhard Hohloch
Prof. Dr. Stefan Oeter
Prof. Dr. Bernd von Hoffmann
Prof. Dr. jur. Dr. rer. pol. Dr. h. c. mult. Georg Ress
Prof. Dr. Stephan Hobe, LL.M.
Prof. Dr. Andreas Zimmermann, LL.M.
Prof. Dr. phil. Thilo M. Marauhn
Prof. Dr. Ulrich Fastenrath
Prof. Dr. iur. Andrea Büchler
Prof. Dr. Christian Walter
Prof. Dr. Wolfram Kar, LL.M.

Satzung

*der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
(Fassung vom 13.4.1989)*

§ 1

Die Aufgabe der am 24. März 1917 gegründeten und am 7. April 1949 wiedergegründeten Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht ist die Förderung des Völkerrechts, des Internationalen Privatrechts und der anderen Zweige des internationalen Rechts. Zu diesem Zweck sollen Theoretiker und Praktiker sowie Vertreter der als Hilfswissenschaften erheblichen Wissensgebiete zu gemeinsamer wissenschaftlicher Arbeit versammelt werden.

Das heranwachsende Geschlecht in nachdrücklicher Weise zu völkerrechtlicher Arbeit anzuregen und in deren Durchführung zu fördern, wird sich die Gesellschaft besonders angelegen sein lassen.

§ 2

Die geschäftlichen Aufgaben der Gesellschaft werden von dem Vorstand, dem Rat und der Vollversammlung wahrgenommen.

§ 3

Der Vorstand besteht aus dem Vorsitzenden und zwei weiteren Mitgliedern, unter denen sich ein Vertreter des internationalen Privatrechts befinden soll. Er wird von der Vollversammlung durch Stimmzettel auf zwei Jahre gewählt und bleibt im Amte bis zum Schluß der Jahrestagung, in welcher der neue Vorstand gewählt wird, Wiederwahl ist zulässig.

Fallen während der Amtszeit einzelne Vorstandsmitglieder aus, so kann sich der Vorstand mit Wirkung bis zur nächsten Vollversammlung aus den Ratsmitgliedern ergänzen.

Der Vorstand führt die Geschäfte, soweit sie nicht dem Rat oder der Vollversammlung vorbehalten sind. Die Ämter des Stellvertretenden Vorsitzenden und des Schatzmeisters verteilt der Vorstand durch Beschluß auf die weiteren Mitglieder; die Ämter können auch zusammen wahrgenommen werden.

§ 4

Der Rat besteht aus dem Vorstand und mindestens 12, höchstens 24 weiteren Ratsmitgliedern. Die Ratsmitglieder werden für 4 Jahre und in derselben Weise gewählt wie der Vorstand.

Der Rat bestimmt Zeit, Ort und Tagesordnung der Jahresversammlung sowie den sonstigen Arbeitsplan. Er wählt die Mitglieder.

§ 5

Zur Wahl als Mitglied kann nur gestellt werden, wer durch schriftlichen Antrag dreier Ratsmitglieder vorgeschlagen wird. Der Vorstand stellt den Vorgeschlagenen entweder

zur Wahl auf der nächsten Ratsversammlung oder leitet den Ratsmitgliedern den Vorschlag zur schriftlichen Wahl zu. Der Vorgeschlagene ist gewählt, wenn er in der Ratsversammlung die Mehrheit der Stimmen der Anwesenden erhält, oder im Fall der schriftlichen Wahl, nicht drei Ratsmitglieder binnen Monatsfrist die mündliche Erörterung beantragen.

Der Vorsitzende trägt dem Gewählten die Mitgliedschaft an. Der Erwerb tritt durch Annahmeerklärung ein.

§ 6

Durch Erwerb der Mitgliedschaft wird die Verpflichtung übernommen, sich an den Arbeiten der Gesellschaft zu beteiligen.

Der Mitgliedsbeitrag wird von der Vollversammlung auf Vorschlag des Vorstandes festgesetzt. Er ist jeweils im Januar für das laufende Kalenderjahr zu zahlen.

Neue Mitglieder entrichten den Beitrag erstmalig für das auf ihre Aufnahme folgende Kalenderjahr.

Der Vorstand kann für einzelne Mitglieder von der Einziehung eines Jahresbeitrages absehen oder ihn herabsetzen.

Die Mitgliedschaft erlischt durch Verzicht, welcher dem Vorsitzenden gegenüber schriftlich erklärt wird.

In besonderen Fällen kann durch einstimmigen Beschluß des Rates die Mitgliedschaft entzogen werden.

Auf Vorschlag des Rates kann die Mitgliederversammlung Ehrenmitglieder ernennen.

§ 7

Sitzungen des Vorstandes, des Rates und der Vollversammlung werden durch schriftliche Einladung des Vorsitzenden unter Mitteilung der Tagesordnung berufen. Dies muß geschehen, wenn es von mindestens 1/3 der Mitglieder unter Bezeichnung der Tagesordnung beantragt werden. Auf gleiche Weise unterstützte Punkte müssen sonst auf die Tagesordnung gesetzt werden.

§ 8

Zur Änderung der Satzung ist 3/4-Mehrheit der Vollversammlung erforderlich.

Beschluß der Mitgliederversammlung vom 1.4.1955:

Die Mitgliederversammlung stellt fest, daß gemäß § 4 Abs. 1 der Satzung der Gesellschaft in der Fassung vom 3.4.1952 die Mitglieder des Rates der Gesellschaft nach Ablauf ihrer vierjährigen Amtszeit ebenso wie die Mitglieder des Vorstandes nach § 3 Abs. 1 Satz 2 bis zum Schluß der Jahresversammlung im Amt bleiben, auf der die Neuwahl des Rates oder desjenigen Teils seiner Mitglieder stattfindet, deren Amtszeit abgelaufen ist.

(§ 3 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 haben sich seit der Fassung vom 3.4.1952 nicht verändert.)

„Eine Fundgrube von Argumenten“

(ZAP 23/2004)



BVerfGK Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Eine Auswahl

Herausgegeben vom Richterverein
des BVerfG e.V.

Die amtliche Sammlung enthält über sämtliche Rechtsgebiete hinweg die wichtigsten Entscheidungen der Kammern des Bundesverfassungsgerichts seit 2003.

Kammerentscheidungen sind für die Praxis unverzichtbar und von großem Nutzen: **kurz, komprimiert und auf den Punkt gebracht.**

Pro Jahr erscheinen zwei Bände. Jeder Band enthält etwa 60 bis 80 Entscheidungen – eine Auswahl aus mehreren tausend BVerfG-Verfahren pro Jahr.

Mit Hilfe der neuen **CD-ROM** lässt sich der Volltext sämtlicher BVerfGK-Entscheidungen bandübergreifend durchsuchen und für die tägliche juristische Arbeit ganz individuell verwenden. Nähere Informationen unter:
www.cfmuller.de/bverfgk

„Die Informationen sind aufschlussreicher als die amtliche Sammlung BVerfGE, weil die aufgenommenen Verfassungsbeschwerden den juristischen Alltag betreffen. Es handelt sich weitgehend um fehlgelaufene Prozesssituationen, denen Prozessbevollmächtigte immer wieder ausgesetzt sind.“ (ZAP 6/2005)

Bei Fortsetzung je Band € 49,-

ISBN 978-3-8114-4711-0

Einzelbezug je Band € 59,-

Nur CD-ROM (Bände 1-12)

€ 247,- zur Fortsetzung

ISBN 978-3-8114-7979-1

Sonderpreis inkl. aller lieferbaren Bände
auf Anfrage

C.F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, Im Weiher 10, 69121 Heidelberg
Kundenbetreuung München: Bestell-Tel. 089/2183-7928, Bestell-Fax 089/2183-7620
E-Mail: kundenbetreuung@hjr-verlag.de



C.F. Müller

Handbuch der Grundrechte

Band III: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren II

Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. Detlef Merten und Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier.
2009. XXXI, 1.388 Seiten. € 268,- ISBN 978-3-8114-3502-5

Mit Beiträgen von Peter Axer, Wilfried Berg, Herbert Bethge, Christoph Degenhart, Rolf Grawert, Bernd Grzeszick, Georg Hermes, Ferdinand Kirchhof, Philip Kunig, Klaus Lange, Joachim Lege, Anna Leisner-Egensperger, Peter Lerche, Hartmut Maurer, Detlef Merten, Hans-Jürgen Papier, Franz-Joseph Peine, Christian Pestalozza, Jochen Rozek, Wolf-Rüdiger Schenke, Walter Schmitt Glaeser, Hans-Peter Schneider, Helge Sodan, Rolf Stober.

Rechtzeitig zum sechzigjährigen Jubiläum des Grundgesetzes vollendet die Neuerscheinung die in Band II begonnene Darstellung der „Allgemeinen Lehren“ der Grundrechte in Deutschland. Damit liegt zum ersten Mal eine geschlossene Darstellung allgemeiner grundrechtlicher Lehren in einem Grundrechte-Handbuch vor.

25 Beiträge behandeln zunächst aktuelle Fragen einer neuen Grundrechtsdogmatik infolge engerer Interpretation der Schutzbereiche, Abgrenzungsprobleme zwischen amtlichen Warnungen und Grundrechtseingriffen, die Übergänge von gesetzlicher Ausgestaltung der Grundrechte zu Beschränkungen, die Beschränkbarkeit vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte durch immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken. Anschließend wird noch der Schutz und die Durchsetzung der Grundrechte durch die Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit näher dargestellt. Ein gesonderter Teil widmet sich schließlich den grundrechtlichen Besonderheiten im Bundes-Länder-Verhältnis, insbesondere dem Verhältnis von Bundes- und Landesgrundrechten sowie den Kompetenzen der Landesverfassungsgerichte.

Jetzt mit Rabatt bestellen:

Die gesamte Edition mit 15% Rabatt auf den Einzelpreis

Gebunden. Buckram-Leinen mit Goldprägung. Mit Schutzumschlag. Im Schubert.
Weitere Bände in Vorbereitung.
ISBN 978-3-8114-3330-4

Alle Bände im Überblick mit Informationen, Inhaltsübersichten, Leseproben, Autoren, Pressestimmen und mehr: www.cfmueller.de/editionen

C. F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, Im Weiher 10, 69121 Heidelberg
Kundenbetreuung: Bestell-Tel. 089/2183-7928, Bestell-Fax 089/2183-7620
E-Mail: kundenbetreuung@hjr-verlag.de, www.cfmueller.de



C.F. Müller