

27. Jahrgang  
2/2014

Volume 27  
2/2014

ISSN 0937-5414  
G 10364

# Humanitäres Völkerrecht

## Informationsschriften

Journal of International Law of Peace and Armed Conflict

Deutsches Rotes Kreuz 

Institut für Friedenssicherungsrecht  
und Humanitäres Völkerrecht



## **Herausgeber:**

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

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

**ISSN 0937-5414**

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

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

## **Bezug:**

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

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

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

## **Verlag:**

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

## **Druck:**

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

## **Redaktion:**

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

## **Ständige Mitarbeiter:**

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

# Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften (HuV-I)

Journal of International Law of Peace and Armed Conflict (JILPA©)

27. Jahrgang  
2/2014

Volume 27  
2/2014

## Editorial 59

## Das Thema / Topic

Initiative der Schweiz und des IKRK für die bessere  
Einhaltung des Humanitären Völkerrechts  
**Nicolas Lang** 60

150 Jahre Genfer Konventionen  
**Sascha Rolf Lüder** 64

## Beiträge / Notes and Comments

### Artikel / Articles

Ausgestaltung eines geschlechtergerechten und  
effektiven Sexualstrafrechts in post-conflict-Situationen  
**Ulrike Lembke** 71

The Evolving Status of Conflict-Related Rape  
and Other Acts of Sexual Violence as Crimes under  
International Law  
**Jean de Dieu Sikulibo** 83

## Panorama / Panorama

### Konferenzen / Conference Reports

Eliminating Gender Based Violence: A Missing  
Millennium Development Goal?, 58th Session  
of the Commission on the Status of Women,  
10–21 March 2014 in New York  
**Nora Salem** 93

‘From Cold War to Cyber War’. 150 years Red Cross,  
25 years IFHV, 20 years NOHA Conference,  
14–15 November 2013 in Bochum  
**Efraín Guzmán / Eugenie Andrejuk** 95

The Law of Non-International Armed Conflict: Scope, Con-  
tent and Practice in Counterinsurgency Warfare, Regional  
Command North Legal Symposium, Camp Marmal, 6 No-  
vember 2013 in Mazar-E Sharif  
**Chief Legal Adviser to the Commander of Regional  
Command North, ISAF, Afghanistan** 98

## Buchbesprechungen / Book Reviews

Gabrielle Simm, Sex in peace operations, Cambridge  
University Press, Cambridge 2013  
**Rita Schäfer** 100

Maria Eriksson Baaz / Maria Stern: Sexual violence  
as a weapon of war? Perceptions, rescriptions, problems  
in the Congo and beyond, Zed Books, London 2013  
**Rita Schäfer** 102

Tetsuya Toyoda, Theory and Politics of the Law of  
Nations: Political Bias in International Law Discourse  
of Seven German Court Councilors in the Seventeenth  
and Eighteenth Centuries, Martinus Nijhoff Publishers,  
Leiden 2011  
**Sergey Sayapin** 103

# Humanitäres Völkerrecht



## Main topics were and are:

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

## Institute for International Law of Peace and Armed Conflict



### Editorial office:

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

## Informationsschriften (HuV-I)/ Journal of International Law of Peace and Armed Conflict (JILPAC)

The journal is unique among German publications, but its effects reach much further due to the fact that it also features articles in English. Thus, it was recognised in projects of the United Nations (UN) and the International Committee of the Red Cross (ICRC), as well as in publications in Germany, Austria and Switzerland. The content of the journal mainly consists of scientific essays on the implementation of international humanitarian law, human rights and peace-keeping law. It is addressed to lawyers, people interested in the political scene and members of humanitarian organisations. The board of editors is composed of the following members: Prof. Dr. Hans Joachim Heintze and Charlotte Lülff, LL.M., M.A., as well as Dr. Jana Hertwig LL.M., Prof. Dr. Robin Geiß, LL.M. (NYU), Ass. Prof. Dr. Robert Heinsch, LL.M., Ass. Prof. Dr. Jann K. Kleffner, LL.M., Prof. Dr. Math Noortmann, LL.M., MSc and Dr. Stefanie Haumer.

One of the aims of the journal is to combine academic examination and practical usefulness for the dissemination of international humanitarian law. Every issue focuses on recent debates in international humanitarian law, case studies and case law, as well as the dissemination work of the German Red Cross. Further contributions are reviews of conferences and new books.

It is published quarterly by the National Headquarters of the German Red Cross and the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict (IFHV). About 600 exemplars are printed each time. It was founded in 1988.

### annual subscription:

national  
**39,50 EUR\***

abroad  
**49,- EUR\***

### Subscription-service and publishing company:

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

\* The prices include the mailing expenses and value added tax (VAT). The subscription will be valid for one year.  
It will be extended automatically but can be canceled by letter three months before the one year term ends.

# Editorial

Das vorliegende Heft 2/2014 der HuV-I widmet sich zwei thematischen Schwerpunkten, zum einen der Verbreitungsarbeit und Durchsetzung des humanitären Völkerrechts in seiner 150-jährigen Tradition. Zum anderen wird die Rolle und Stellung von Frauen in bewaffneten Konflikten, mit besonderem Augenmerk auf geschlechterspezifische Verbrechen, behandelt.

Botschafter Nicolas Lang, Sonderbotschafter für die Anwendung des humanitären Völkerrechts im Schweizer Außenministerium, erörtert in seinem Beitrag die Initiative der Schweiz und des IKRK zur Verbesserung der Durchsetzung des humanitären Völkerrechts. Diese ist deshalb so begrüßenswert, weil sich die Staatengemeinschaft weltweit schweren Rechtsverletzungen des humanitären Völkerrechts gegenüber sieht. Deshalb soll nunmehr ein Berichtsmechanismus geschaffen werden, der der Verbesserung der Einhaltung der Regeln dienen soll. Botschafter Lang hat den in der HuV-I nunmehr abgedruckten Vortrag auf der vom IFHV, dem DRK und der Bundeswehr gemeinsam durchgeführten 24. Tagung zum Humanitären Völkerrecht in Ettlingen (bei Karlsruhe) am 21. März 2014 gehalten. Wir danken dem Autor für die Möglichkeit der Veröffentlichung.

Sascha Rolf Lüder reflektiert in seinem Beitrag 150 Jahre Genfer Konventionen. Nicht nur die Bedeutung des humanitären Völkerrechts, sondern insbesondere auch die Rolle der Rotkreuzbewegung in der Verbreitungsarbeit werden hier behandelt. Das Deutsche Rote Kreuz als Auxiliar des Staates und damit die Sonderstellung der Nationalen Gesellschaft in Deutschland stehen im Vordergrund.

Den zweiten Themenschwerpunkt eröffnet Ulrike Lembke mit ihrem Beitrag zu einem geschlechtergerechten und effektiven Sexualstrafrecht in post-conflict Situationen. Sie stellt die Zielsetzung des neuen Strafrechts zur Diskussion. Beschränkt sich Strafrecht in diesen Fällen allein auf die Ahnung begangener Verbrechen oder nimmt es eine besondere Stellung in der Aufarbeitung des Konfliktes ein?

Sexuelle Gewalt als Methode der Kriegsführung ist in den Konflikten der letzten Jahrzehnte zum Einsatz gekommen. Als Straftatbestand haben Vergewaltigungen und andere Formen sexueller Gewalt Einzug ins Völkerstrafrecht gehalten, ob es zu einer wirksamen Strafverfolgung gekommen ist, muss jedoch genauer beleuchtet werden. Jean de Dieu Sikulibo behandelt die Entstehung und heutige Durchsetzung von Sexualverbrechen im internationalen Recht und in der Rechtsprechung internationaler Tribunale und Strafgerichte.

Verschiedene Konferenzberichte geben einen Überblick über die wissenschaftlichen Diskussionen aus dem Bereich der humanitären Hilfe, des humanitären Völkerrechts und Friedenssicherungsrechts des letzten Jahres. Nora Salem gibt Einblicke in die Diskussionen der Sitzung der Kommission zum Status der Frauen und dem Abbau geschlechterspezifischer Gewalt. Efrain Guzmán und Eugenie Andrejuk behandeln die verschiedenen Panels und Themen der Jubiläumskonferenz des Instituts für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht, die unter dem Titel „From Cold War to Cyber War“ in Bochum stattfand. Der oberste Rechtsberater des ISAF Regionalkommandos Nord in Afghanistan gewährt Einblicke in das Symposium zur Aufstandsbekämpfung in innerstaatlichen bewaffneten Konflikten und schließt damit an Vorgängerberichte über die Entwicklungen in Afghanistan an, die in vorherigen Ausgaben der HuV-I erschienen sind.

Zum Abschluss der zweiten Ausgabe rezensiert Rita Schäfer zwei Neuerscheinungen zum Thema „Sex in Peace Operations“ und Sexueller Gewalt als Kriegswaffe. Sergey Sayapin schließt die Beiträge mit einer Buchbesprechung von Tetsuya Toyodas „Theory and Politics of the Law of Nations“.

Die Redaktion schließt mit dem Hinweis, dass die Inhalte der Beiträge nicht notwendigerweise die Meinung der Redaktion widerspiegeln.

Wir wünschen Ihnen interessante Einblicke und viel Freude bei der Lektüre der zweiten HuV-I 2014.

**Charlotte Lülff**  
Stellv. Chefredakteurin

# Initiative der Schweiz und des IKRK für die bessere Einhaltung des Humanitären Völkerrechts

## Rede auf der 24. Tagung zum Humanitären Völkerrecht des Deutschen Roten Kreuzes in Ettlingen am 21. März 2014

Nicolas Lang\*

### 1. Hintergrund der Initiative

Das Humanitäre Völkerrecht (HVR) ist eine Errungenschaft, die es zu bewahren und zu stärken gilt. Sein Anspruch ist es, selbst im Krieg ein Minimum an Menschlichkeit zu bewahren.

Krieg ist die extremste Situation der menschlichen Existenz. Alles steht auf dem Spiel, Hab und Gut, das Leben von Menschen, der Fortbestand ganzer Nationen. Ein Recht, das in solchen Situationen gilt, hat naturgemäß einen schweren Stand. Es trägt den Keim seiner Verletzung gleichsam in sich.

Die Sicherstellung der Einhaltung seiner Normen ist deshalb seit je seine größte Herausforderung, und die Debatte, mit welchen Mitteln den häufigen Verletzungen beizukommen ist beziehungsweise wäre, ist fast so alt wie das HVR selbst. Kein Recht hat jedoch auf Dauer Bestand, wenn regelmäßigen, schwerwiegenden Verletzungen nicht mit wirksamen Maßnahmen begegnet wird. Das gilt auch, und ganz besonders, für das HVR. Gravierende Verstöße, die ohne Folgen bleiben, erodieren seine Glaubwürdigkeit und seine Bindungskraft.

Dennoch tat man bis in die Zeit des Ersten Weltkrieges so, als würden sich kriegführende Staaten ohne Weiteres an das Kriegsrecht halten. „Connaître le droit, c'est le respecter“, war die Devise. Die Realität war jedoch auch damals eine andere. Allerdings war Krieg zu jener Zeit noch ein legitimes Mittel zur Verwirklichung politischer Interessen – Sie kennen das Clausewitz'sche Diktum –, staatliche Souveränität galt als gleichsam absolut. Entsprechend fremd war dieser Zeit die Vorstellung von Instrumenten zur Kontrolle seiner Einhaltung.

Erst 1929, als Folge des Ersten Weltkrieges, fand man sich zur Einführung zweier Verfahren bereit: des Untersuchungsverfahrens und des Schutzmachtsystems. Beide wurden 1949 in die vier Genfer Konventionen übernommen, und 1977 kam mit dem I. Zusatzprotokoll die Internationale Humanitäre Ermittlungskommission (IHEK) hinzu. In der jüngsten Vergangenheit wurde das HVR zeitweilig stark kritisiert. Es genüge den Herausforderungen heutiger bewaffneter Konflikte nicht mehr, hieß es besonders nach dem 11. September und auch im Kontext der Operationen im Irak und in Afghanistan. Diese Virulenz ist inzwischen einer gemäßigeren Beurteilung gewichen. Die Staaten sind sich heute *grosso modo* einig, dass es die Kriegsführung und die Schutzpflichten gegenüber den Betroffenen adäquat regelt. Auch besteht Einigkeit, dass es viele der humanitären Probleme in den heutigen Konflikten nicht gäbe, wenn das HVR besser respektiert würde.

Eine tiefgreifende Veränderung lässt sich freilich nicht leugnen: die massive Zunahme nicht-internationaler Konflikte in den letzten Jahrzehnten und, als Folge, dass das HVR in seiner aktuellen Ausgestaltung dieser Realität nur bedingt gerecht wird.

Umso gravierender ist es angesichts dieses fundamentalen Wandels der Natur der bewaffneten Konflikte, dass es kein griffiges Instrumentarium zur Förderung seiner Einhaltung kennt, von Durchsetzungsmitteln ganz zu schweigen.

### 2. „Werdegang“ der Initiative

Das Internationale Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) hat in einer im Jahr 2010 abgeschlossenen Studie zu den nicht-internationalen Konflikten eine Vielzahl von Bereichen aufgezeigt, wo eine Verstärkung des rechtlichen Rahmens nötig oder gar dringend wäre. Vier davon hielt es für absolut prioritär und konsultierte darum in der Folge die Staaten dazu. Nur zwei davon fanden schließlich deren Plazet: Zum einen die Problematik des Freiheitsentzugs in bewaffneten Konflikten und zum anderen die hier interessierende, zentrale Frage der besseren Einhaltung.

Dank angestrebtem Lobbying im Vorfeld gelang an der 31. Rotkreuzkonferenz Ende 2011 die Verabschiedung einer Resolution, worin die Schweiz und das IKRK ersucht werden, zusammen mit den Staaten und anderen Interessierten, auszuloten, wie sich die Beachtung dieses wichtigen Regelwerks verbessern lässt. Konkret lädt die Resolution dazu ein, nach Lösungen zu suchen, wie die Kontrollmechanismen gestärkt werden können und wie der Austausch unter den Staaten zu HVR-Fragen im Allgemeinen und seiner Einhaltung im Besonderen intensiviert werden kann.

Die Resolution formuliert überdies die Erwartung, dass der 32. Konferenz Ende 2015 Optionen und Empfehlungen unterbreitet werden.

Auf der Grundlage dieser Entschliebung stießen die Schweiz und das IKRK im Januar 2012 den seither laufenden diplomatischen Prozess an. Im Rahmen desselben haben mittlerweile zwei Konferenzen stattgefunden, zu denen alle Staaten eingeladen waren. Zudem gab es verschiedene vorbereitende Diskussionen und Konsultationen. Die nächste vorbereitende Diskussion wird am 3. und 4. April sein, im Hinblick auf das dritte Staatentreffen, das auf 30. Juni und 1. Juli angesetzt ist.

### 3. Mechanismen im HVR

\* Nicolas Lang ist Sonderbotschafter für die Anwendung des Humanitären Völkerrechts im Eidgenössischen Department für auswärtige Angelegenheiten (EDA) in Bern. Der Redestil wurde beibehalten.

Und damit zum eigentlichen Gegenstand meines Vortrags: dem Fehlen eines tauglichen Instrumentariums zur Förderung und Kontrolle der Einhaltung der HVR-Verpflichtungen durch die Staaten und auch durch nicht-staatliche Gewaltakteure und natürlich zu möglichen Lösungsansätzen.

Es ist der Zweck des HVR, Menschen in bewaffneten Konflikten vor unnötigem, weil vermeidbarem, Leiden zu bewahren. Alles, was es an Pflichten formuliert, dient letztlich diesem einen Ziel.

Nur wenn das Recht eingehalten wird, kann es seine Schutzwirkung entfalten – eine Binsenwahrheit. Seit der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg bekennen sich die Staaten zur Tatsache, dass das HVR anfällig ist für Verletzungen und dass diesem Umstand besonders Rechnung getragen werden muss. Ausdruck dieser Einsicht ist die 1929 aufgenommene Vorschrift, wonach das HVR unter allen Umständen einzuhalten ist. 1949 wurde dieses Postulat um die *erga omnes*-Verpflichtung erweitert, dass alle Staaten für seine Einhaltung zu sorgen haben. Obschon sich die Staatengemeinschaft also seit Langem in vollem Umfang darüber bewusst ist, dass dem HVR das Potenzial seiner Verletzung innewohnt, konnte sie sich bisher nicht zu wirksamen Kontrollinstrumenten durchringen.

Auf dem Gebiet der Prävention und besonders jenem der Repression gab es zwar in den letzten zehn, zwanzig Jahren bedeutende Fortschritte (Stichwort internationale Strafjustiz). Bei der Kontrolle seiner Einhaltung während bewaffneter Konflikte ist die Lage aber nach wie vor desolat. Das HVR kennt noch nicht einmal Instrumente, die es gestatten, die Staaten zur Einhaltung ihrer Pflichten in Friedenszeiten anzuhalten.

Konkret sehen die Genfer Konventionen und ihre Zusatzprotokolle drei Mechanismen vor. Einer davon ist das sog. Untersuchungsverfahren: Es stipuliert, dass auf Begehren einer Konfliktpartei in einem zu vereinbarenden Verfahren behauptete Verletzungen untersucht werden sollen. Kommt eine Einigung nicht zustande, soll ein Schiedsrichter das geeignete Verfahren festlegen. In den achtzig Jahren seit seiner Einrichtung ist dieses Institut nie zum Zug gekommen.

Ein zweites Instrument ist das Institut der Schutzmächte: Es sieht vor, dass Parteien eines bewaffneten Konflikts neutrale Schutzmächte ernennen, die ihre Interessen auf dem Gebiet des Kriegsrechts beziehungsweise die Schutzansprüche ihrer Bürger gegenüber der anderen Konfliktpartei wahrnehmen. Der letzte bekannte Anwendungsfall des Instituts war die Falkland-Krise von 1982.

Und schließlich ist da die IHEK: Als ein 15 unabhängige Experten umfassendes, gewähltes Gremium ist sie dazu gedacht, Tatsachen zu untersuchen, von denen behauptet wird, dass sie schwere Verletzungen des HVR darstellen. Ihre Rechtsgrundlage ist das I. Zusatzprotokoll von 1977. Ins Leben gerufen wurde sie schließlich 1991. 76 Staaten erkennen mittlerweile ihre automatische Zuständigkeit an. Zudem kann sie *ad hoc* tätig werden, falls Konfliktparteien, für welche die *ipso facto*-Kompetenz nicht gilt, dem zustimmen. Dennoch hat die IHEK bislang noch nie ein Mandat erhalten. Was also ist das Problem mit diesen Mechanismen? Sie haben verschiedene Mängel. Es handelt sich erstens einmal um in sich geschlossene, relativ eng formulierte Instrumente,

die zudem kein systemisches Ganzes bilden. Das heißt, ein Zusammenspiel zwischen ihnen zugunsten der besseren Einhaltung ist nicht möglich. Auch sind sie nicht in einen institutionellen Rahmen eingebettet, der ihrer Verwendung förderlich sein könnte. Ihre Nutzbarkeit litt ferner von Anfang an unter der nicht sehr wirklichkeitsnahen Bedingung der Zustimmung der Konfliktparteien. Und schließlich sind sie nur in internationalen bewaffneten Konflikten anwendbar.

Die Folge dieser Sachlage ist ein Vakuum bei der Förderung und der Kontrolle der Einhaltung des HVR mit dem Ergebnis, dass sich immer häufiger andere internationale Institutionen mit Fragen seiner Einhaltung befassen. Dazu gehören der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen (VN), die Generalversammlung der VN, der Generalsekretär der VN, selbstverständlich die internationalen Gerichte und natürlich der Menschenrechtsrat.

Diese Entwicklung belegt zwar die Wichtigkeit des HVR und hat den positiven Aspekt, dass sich auf internationaler Ebene überhaupt jemand mit der Nichteinhaltung des HVR und den Konsequenzen auseinandersetzt. Sie bedeutet aber auch, dass sich Institutionen ohne sachliche Zuständigkeit für diesen Rechtsbereich mit komplexen Fragen seiner Anwendung befassen. Sie tun dies zwingend nur punktuell, und ihre Einschätzung des konkreten Falles erfolgt jeweils aus der Perspektive ihres eigenen Zuständigkeitsbereichs. Mit anderen Worten tragen diese Beurteilungen den Eigenheiten des HVR beziehungsweise den Situationen bewaffneter Konflikte, auf die es Anwendung findet, nicht immer ausreichend Rechnung. Dies kann zu problematischen Resultaten führen und, letztlich, zur Schmälerung seiner Akzeptanz.

Viele internationale Abkommen, auch für das HVR relevante, sehen vor, dass sich die Vertragsstaaten an meist jährlich stattfindenden Treffen mit Fragen ihrer Umsetzung und Einhaltung befassen. An diesen Treffen nehmen jeweils die in den Hauptstädten für das entsprechende Rechtsgebiet Zuständigen teil. Im Bereich des HVR wären dies die Kenner der Materie in den Außen- und Verteidigungsministerien sowie in den Stäben der Streitkräfte. Die Betonung liegt hier auf dem Wort „wären“, denn die Genfer Konventionen haben keinen institutionellen Rahmen, der es den sachlich Zuständigen der Vertragsstaaten gestattet, sich regelmäßig über Fragen ihrer Einhaltung auszutauschen.

#### 4. Mögliche Lösungsansätze

Vorab soll kurz die Frage beantwortet werden, wie ein Compliance-System – idealerweise – aussehen müsste:

Erstens einmal sollte ein solches System eine gewisse Wechselwirkung zwischen seinen Komponenten zulassen. Zudem bedarf es einer institutionellen Struktur, wo die Funktionen verankert werden können. Zu dieser Struktur müsste auch ein Dialogforum für die Staaten gehören. Dieses Forum hätte die Funktion, den Austausch zwischen den Staaten zu fördern, so dass die für Fortschritte nötige Dynamik entstehen kann. Der Austausch wäre vorrangig der Frage zu widmen, wie die Staaten ihre Verpflichtungen gegenüber dem HVR erfüllen, ferner den bewährten Vorgehensweisen und den Herausforderungen – dies mit dem Ziel der Schaffung einer „Einhaltungskultur“. Dabei sollten an sich auch Diskussionen über konkrete Fälle von Verstößen in Frage kommen.

Weiterhin müsste es möglich sein, mit Konfliktparteien – auch nicht-staatlichen – einen Dialog über die Einhaltung zu führen. Schließlich gehörte auch ein Instrument zur Ermittlung von Tatsachen im Falle von Verletzungen dazu.

Politik ist freilich die Kunst des Möglichen (Bismarck). Diese Aussage gilt ganz offensichtlich auch für das Recht der bewaffneten Konflikte. Der beschriebene Idealtyp eines Compliance-Systems ist mithin als Vision zu verstehen. Denn die Geschichte des HVR lehrt uns nicht nur, dass die Staaten bisher alle Vorschläge für eine wirksame Kontrolle ihres Verhaltens in bewaffneten Konflikten zurückgewiesen haben; sondern sie haben selbst bescheidene Vorschläge zur Förderung seiner Umsetzung in Friedenszeiten stets abgelehnt – Gemeinsamer Artikel 1 hin oder her! Der Weg zur Verwirklichung der Vision könnte also ein langer sein und er dürfte über Etappen führen.

Sich am Machbaren orientierend, haben die Schweiz und das IKRK in ihrer Eigenschaft als Fazilitatoren folgende Ideen in die Diskussion eingebracht:

Um den Bedarf nach einem Forum für die Staaten aufzunehmen, haben wir angeregt, die Schaffung eines wenn möglich jährlichen Treffens der Vertragsstaaten der Genfer Konventionen zu prüfen. Ein solches ermöglichte es ihnen, sich ausreichend häufig mit Compliance-Fragen zu befassen. Auch wäre es der geeignete Ort für die Diskussion neuer, für das HVR relevanter Entwicklungen und der damit verbundenen Herausforderungen.

Bis heute – das heißt auch nach 150 Jahren – kommen die Staaten im HVR-Kontext noch immer lediglich alle vier Jahre an der Internationalen Rotkreuz-Konferenz zusammen. Die Internationale Konferenz ist zweifellos ein eminent wichtiger Anlass für die humanitäre Sache. Es werden dort die großen humanitären Themen erörtert, die Konferenz vermittelt der Rotkreuz-Bewegung Impetus, zudem eine gemeinsame Agenda, und sie fördert das Gefühl der Zusammengehörigkeit. So einzigartig und wichtig die Internationale Konferenz auch ist – schon aufgrund ihrer besonderen Zusammensetzung –, sie ist dennoch nicht der Ort, wo Fragen der Umsetzung und Einhaltung des HVR vertieft debattiert werden können. Das große zeitliche Intervall bewirkt außerdem, dass sich das Thema nicht auf der internationalen Agenda halten kann. Soll es auf der „pin wall“ der Staaten bleiben, braucht es ein institutionalisiertes Treffen der genannten Art.

Die Staaten scheinen diese Einschätzung zu teilen. Der Verlauf der Beratungen lässt jedenfalls in diesem Punkt auf allgemeine Zustimmung schließen, zumindest im Grundsatz.

Damit ein solches Treffen aber nicht bloß eine weitere „Schwatzbude“ ist, bedarf es einer sinnvollen Agenda. Diese muss einem echten Austausch förderlich sein und das Compliance-Anliegen voran bringen können. Zwei Funktionen können hier von Nutzen sein: zum einen ein Berichtsverfahren und zum anderen das Instrument thematischer Diskussionen. Wir haben den Staaten deshalb Varianten unterbreitet, wie diese beiden Funktionen konkret ausgestaltet und mit dem Staatentreffen verbunden werden könnten.

Ein Berichtsverfahren hätte natürlich nicht nur den Zweck, das jährliche Treffen der Staaten zu alimentieren. Es wäre vielmehr eine Compliance-Funktion für sich. Es würde von den zuständigen Regierungsstellen aller Staaten verlangen,

in regelmäßigen Abständen eine nationale Inventur in Sachen HVR vorzunehmen. Damit würde eine Gesamtschau der Umsetzung des HVR ermöglicht, und auch ein Vergleich der Bemühungen der Staaten, ferner könnte es Herausforderungen und bewährte Vorgehensweisen aufzeigen. Wie das Verfahren konkret aussehen könnte, ist Gegenstand der laufenden Konsultationen. Zur Debatte stehen die Modalitäten und der Inhalt der Berichterstattung, ferner wer sich wie mit den Berichten zu befassen hätte, wie sie zu verwenden wären und welche Folge ihnen eingeräumt werden könnte. Für jeden dieser Punkte gibt es eine ganze Palette möglicher Lösungen, die von bescheiden bis ambitiös reicht. Klar ist, dass die Effektivität des Berichtsverfahrens stark von der gewählten Lösung abhängen wird. Die Chancen, dass sich die Staaten für seine Einrichtung aussprechen werden, sind an sich gut. Für einige gilt allerdings in diesem Kontext die Devise: je weniger desto besser. Bestimmte gewichtige Staaten wollen insbesondere nicht zu ihren Berichten in irgendeiner Form Rede und Antwort stehen müssen. Hier wird es wohl noch einiger Diskussionen bedürfen. Soll das Verfahren etwas bewirken – soll es insbesondere zu einer Einhaltungskultur beitragen – muss den Berichten ein Minimum an Aufmerksamkeit zuteil werden.

Was das Instrument thematischer Debatten betrifft, so sind die Einwände und Bedenken hier geringer. Es besteht im Wesentlichen Einvernehmen, dass diese Funktion einen sinnvollen Teil der Agenda der Staatentreffen darstellen würde. Thematische Diskussionen könnten sowohl Fragen behandeln, die sich im Berichtsverfahren beziehungsweise in der Debatte über die Berichte herauskristallisieren, oder aber Themen betreffen, die sich aus für das HVR relevanten Entwicklungen ergeben.

Auch eine Fact-Finding-Funktion gehörte, wie gesagt, zu einem kohärenten Einhaltungssystem. Es ist ja kein Zufall, dass zwei der drei bestehenden Mechanismen eben diesen Zweck haben. In den Konsultationen haben sich zahlreiche Staaten dafür ausgesprochen, auch Fact-Finding als Funktion zu prüfen. Dabei möchten einige auch die Frage beantwortet haben, ob und, wenn ja, wie die IHEK für diesen Zweck nutzbar gemacht werden könnte.

Es stimmt indessen auch, dass eine Tatsachenermittlung eine potenziell einschneidende Maßnahme ist, der sich ein kriegführender Staat, wenn immer möglich, entziehen wird. Die zahnlose Konfiguration der bestehenden Institute ist durchaus als Ausdruck des Widerwillens der Staaten zu verstehen, sich in Fragen der Kriegsführung auf die Finger schauen zu lassen. Und so erstaunt es kaum, dass die Idee, ein Compliance-System auch mit einer Ermittlungsfunktion auszustatten, nicht bei allen Beteiligten Jubel auslöst. Es ist deshalb nicht auszuschließen, dass die Schaffung dieser Funktion erst möglich sein wird, wenn die Staaten Vertrauen in das Compliance-System gewonnen haben.

Es versteht sich, dass ein Einhaltungssystem, das den Namen verdient, auch nicht-internationale Konflikte abdecken müsste. Nicht-internationale Konflikte implizieren aber immer auch das Vorhandensein nicht-staatlicher Gewaltakteure. Lösungen zu finden, die es auf für die Staaten akzeptable Weise ermöglichen, „non-state armed groups“ in die Pflicht zu nehmen, gleicht freilich der Quadratur des Kreises. Dass das HVR auch für nicht-staatliche bewaffnete Gruppen gilt,



ist ein Fakt; und dass es von ihnen häufig massiv verletzt wird ebenso. Es gilt für sie allerdings kraft des Willens der Staaten, und dies ist einer der Gründe, weswegen sie sich zum Teil nicht daran gebunden fühlen, zumal ihnen aus der Beachtung kaum Vorteile erwachsen. Staaten, die mit bewaffneten Gruppen im Konflikt stehen, sehen in deren Mitgliedern meistens gewöhnliche Kriminelle oder gar Terroristen. Sie verfolgen sie darum auf der Grundlage des nationalen Strafrechts. Überhaupt reagieren viele Staaten geradezu allergisch auf jede Überlegung, wie die Einhaltung internationaler Normen durch solche Gruppen zu erreichen wäre; und sie stemmen sich kategorisch gegen alles, was ihres Erachtens nach Legitimierung ihres Tuns aussieht.

Bei allem Realitätssinn soll aber nicht vergessen gehen, dass Compliance-Mechanismen anderer internationaler Foren sich bereits heute mit dem Verhalten bewaffneter Gruppen befassen, ohne dass dies auf besondere Kritik der Staaten stoßen würde. Es gibt also keinen Grund, dieses Thema nicht auch im Rahmen der Initiative der Schweiz und des IKRK zu behandeln.

Selbst wenn sich mit der Zeit in dieser Frage eine gewisse Öffnung ergeben sollte, dürften wohl in erster Linie praktische Schritte im Vordergrund stehen, gestützt auf fallbezogene Beschlüsse im Rahmen des Compliance-Systems. Denkbar wäre zum Beispiel ein Experten-Gremium damit zu betrauen, einen Bericht über das HVR-relevante Verhalten bewaffneter Gruppen zu verfassen oder auch, HVR-relevante Ansichten solcher Gruppen in genereller Form im Rahmen thematischer Diskussionen zu behandeln. Würde das Compliance-System mit einem „fact-finding“-Mechanismus ausgerüstet, könnte sich eine Mission auch auf angebliche Verletzungen durch eine solche Gruppe erstrecken. Solche Maßnahmen bedingten allerdings den Tatbeweis solcher Gruppen, das HVR respektieren zu wollen.

Es sei hier allerdings auch gleich betont, dass in diesem Punkt die Diskussion noch gar nicht richtig begonnen hat. Verschiedene Staaten – darunter gewichtige – haben zwar in den Konsultationen die Forderung auf den Tisch gelegt. Dass aber viele Staaten der Idee eines Einbezugs bewaffneter Gruppen, und sei er noch so marginal, ablehnend begegnen, habe ich schon ausgeführt. Wir müssen uns darum wohl darauf einstellen, dass in dieser Frage erst nach und nach Fortschritte möglich sein werden. Das angestrebte System wird vermutlich zu Beginn in diesem Punkt noch keine ausformulierten Lösungen enthalten.

Der Vollständigkeit halber sei hier auch erwähnt, dass ein Compliance-System der beschriebenen Art bestimmte Unterorgane bräuchte. Im Vordergrund steht ein Sekretariat für die Konferenz, das administrative und logistische Aufgaben erledigt. Ferner bräuchte es wohl auch ein Büro, welches, zusammengesetzt aus einer regional ausgewogenen Auswahl von Staatenvertretern, für die mehr politischen Aspekte zuständig wäre. Ferner stellt sich die Frage, ob ein Berichtsverfahren eines Expertengremiums bedarf, das die Berichte in geeigneter Form für das Staatentreffen aufbereiten könnte. Ganz wichtig ist auch, welche Aufgaben das IKRK in einem solchen System übernehmen kann und soll. Die Richtschnur wird hier sein, dass es nach Möglichkeit gestärkt werden soll, keinesfalls aber geschwächt werden darf.

Daneben gibt es noch zahlreiche weitere, zum Teil knifflige

Fragen, für die ebenfalls Antworten zu entwickeln sein werden, wenn das System effektiv sein soll. Zu denken ist etwa an die Frage seiner Finanzierung oder auch, wie das Zusammenspiel von Internationaler Rotkreuz-Konferenz und Staatentreffen aussehen müsste, ferner wie und auf welcher Grundlage die Gründung des Systems zu erfolgen hätte, wie und durch wen die Treffen vorbereitet würden, wer die Tagesordnung festlegen und die Themen des Berichtsverfahrens sowie auch jene der thematischen Diskussionen bestimmen würde. Sie sehen, es stellen sich eine Fülle von Fragen, und ich könnte leicht auch noch weitere aufzählen.

## 5. Prozess

Die Frage seiner besseren Einhaltung ist für das HVR absolut zentral, und weil es universell gilt, ist sie für alle Staaten von Belang. Alle müssen deshalb die zu vereinbarenden Lösungen mittragen können. Anders gesagt: Einvernehmen ist Pflicht. Und das wiederum bedeutet, der diplomatische Prozess muss transparent, konsensorientiert und für alle offen sein. Weil die Lösungen den Segen aller Staaten brauchen, kann – vorerst jedenfalls – nicht ein Abkommen das Ziel sein. Gelingt die Schaffung eines kohärenten Systems, wird man allenfalls nach einigen Jahren Praxis an eine Kodifizierung denken können. Für den Anfang wird man sich wohl mit Resolutionen und Statuten begnügen müssen.

Dass nicht ein Vertrag das Ziel sein kann, ist aber nicht zwingend ein Manko. Weil die Staaten wissen, dass das Ergebnis politisch, nicht aber rechtlich bindend sein wird, und dass nur einvernehmlich Lösungen in Frage kommen, zeichnet sich der Prozess durch ein gewisse Unverkrampttheit aus. Der Prozess ist zudem auch in zeitlicher Hinsicht offen. Zurzeit gibt es nur eine Frist: die 32. Rotkreuz-Konferenz Ende 2015. Ihr wird, wie gesagt, ein Bericht mit den Optionen zu unterbreiten sein. Das Fehlen eines Zeitdrucks ist der Flexibilität der Staaten ebenfalls zuträglich. Die zeitliche Unbestimmtheit des Prozesses bedeutet weiter, dass seiner Fortführung nach der 32. Konferenz grundsätzlich nichts im Wege steht, unabhängig davon, was bis dahin unter Dach und Fach sein wird.

Das mag alles etwas ambitionslos klingen. Wenn wir uns aber vor Augen halten, dass es trotz aller Kriege im 20. und auch im noch jungen 21. Jahrhundert nicht einmal wirksame Instrumente gibt, um die Staaten zur Einhaltung und Umsetzung ihrer präventiven Verpflichtungen zu bewegen, wären zeitliche Ambitionen fehl am Platz. Die Ambition muss vielmehr sein, den brennenden Fragen und Herausforderungen des HVR einen dauerhaften Platz auf dem Radar der internationalen Gemeinschaft zu verschaffen. Es wäre zwar falsch zu sagen, der Weg sei das Ziel, aber der Prozess ist als solcher sicher ein zentrales Element, um bei der Suche nach Lösungen voranzukommen. Er ist sozusagen Methode und Zweck zugleich, und es ist deshalb durchaus wünschenswert, dass er sich – im besten Sinne des Wortes – zu einem Selbstläufer entwickelt.

## 6. Ausblick

Die Staaten haben die Initiative begrüßt und kundgetan, dass es bei der Einhaltung des HVR eine Trendwende braucht. Sie sind sich einig, dass es nicht zielführend wäre, die bestehen-

den Mechanismen reformieren zu wollen. Sie scheinen vielmehr gewillt zu sein, der Einrichtung eines Compliance-Systems mit den Elementen Staatentreffen, Berichtsverfahren und thematische Diskussionen zuzustimmen. Ob es von Anfang an Platz haben wird für ein Verfahren zur Tatsachenermittlung und für Möglichkeiten zum Einbezug bewaffneter Gruppen, ist zurzeit, wie ausgeführt, eine offene Frage. Umso wichtiger ist es, dass der Prozess zum Selbstläufer im genannten Sinn wird, und dass das Vereinbarte glaubwürdig ist und Wirkung entfaltet. Die Schweiz und das IKRK werden sich darum dafür einsetzen, dass besonders das Berichtsverfahren nicht eine Alibiübung wird. Es soll einen ernsthaften Austausch über den Stand der Umsetzung des HVR und die bestehenden Herausforderungen und Probleme zulassen. Das nächste Etappenziel wird sein, die Staaten am dritten Treffen im Sommer dafür zu gewinnen, die Elemente, die als konsensfähig gelten dürfen, in einem kurzen Dokument festzuhalten und sich auf die Themen zu verständigen, die in den Diskussionen bis Sommer 2015 noch zu vertiefen sind. Hinter diesem Vorgehen steht die Absicht, erstens, gewisse Eckwerte des künftigen Compliance-Systems schon einmal ans Trockene zu bringen, zweitens, den Staaten ein erneutes

Bekenntnis zum Prozess zu entlocken und drittens, die Phase der Exploration zu verlassen, und zwar zugunsten der Diskussion über den Inhalt der Resolution, die der 32. Rotkreuz-Konferenz im Zusammenhang mit der Initiative zu unterbreiten sein wird.

Der Schlüssel für Fortschritte bei der Einhaltung des HVR ist die Einrichtung des Treffens der Vertragsstaaten der Genfer Konventionen als Ort des Austausches und als Plattform, wo die Compliance-Funktionen verankert werden können. Ist die Konferenz einmal geschaffen, wird nach der Konferenz vor der Konferenz bedeuten. Damit wäre die Verstetigung des Prozesses erreicht. Ganz wichtig ist jedoch auch ein glaubwürdiges Berichtsverfahren. Es ist ein wichtiger Faktor für das Entstehen der nötigen positiven Dynamik. Seine Glaubwürdigkeit wird der Maßstab sein für die Ernsthaftigkeit der Staaten, bei der HVR-Compliance echte Fortschritte erzielen zu wollen. Sollte es gelingen, ein HVR-Compliance-System der beschriebenen Art einzurichten, wäre dies, selbst wenn es noch nicht alle Funktionen enthielte, die es idealerweise haben müsste, ein echter Quantensprung in der Geschichte des HVR. ■

## 150 Jahre Genfer Konventionen

### Vortrag bei der 39. Tagung für Rechtsreferendare und Offiziere der Streitkräfte im humanitären Völkerrecht am 6. März 2014

Sascha Rolf Lüder\*

#### 1. Einführung

Am 22. August 2014 jährt sich die Unterzeichnung des Genfer Abkommens betreffend die Linderung des Loses der im Felddienste verwundeten Militärpersonen zum 150. Mal. Die erste Genfer Konvention gilt als Geburtsstunde des modernen, in bewaffneten Konflikten anwendbaren humanitären Völkerrechtes. Zugleich bilden die Genfer Konventionen für die Rotkreuz-Arbeit bis heute eine der zentralen Rechtsgrundlagen.

Wir werden im Verlauf der Tagung für Rechtsreferendare und Offiziere der Streitkräfte im humanitären Völkerrecht heute und morgen erfahren, welches die Rechtsgrundlagen des humanitären Völkerrechtes im Einzelnen sind und welche Aufgabenstellungen insbesondere dem Roten Kreuz bei dessen Verbreitung zufallen.

Erlauben Sie mir deshalb, dass ich zu Beginn der Tagung in diesem Jahr einige Beispiele zu der Frage voranstelle, an welchen Stellen das humanitäre Völkerrecht heute in der Bundesrepublik Deutschland und in Nordrhein-Westfalen ganz konkret eine Rolle spielt und welche Bedeutung die

Grundsätze und Ideale der Rotkreuz- und Rothalbmond-bewegung in Staat und Gesellschaft bei uns heute ganz praktisch haben.

Das Deutsche Rote Kreuz (DRK) wirkt auf verschiedene Weise in der staatlichen Ordnung mit. Als Nationale Hilfsgesellschaft und Spitzenverband der Freien Wohlfahrtspflege tut es dies im Sozial- und Gesundheitsbereich ebenso wie in der nichtpolizeilichen Gefahrenabwehr.

Die Mitwirkung ist Ausfluss des Subsidiaritätsprinzips bei der Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge, die sich in der Bundesrepublik Deutschland nicht nur im Sozial- und Gesundheitsbereich durch die Verbände der Freien Wohlfahrtspflege, sondern auch in der nichtpoli-

\* Dr. Sascha Rolf Lüder ist Justitiar des DRK-Blutspendedienstes West, Hagen und Landeskonventionsbeauftragter der DRK-Landesverbände Nordrhein und Westfalen-Lippe, Düsseldorf und Münster. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser bei der 39. Tagung für Rechtsreferendare und Offiziere der Streitkräfte im humanitären Völkerrecht am 6. März 2014 in Münster gehalten hat. Die Vortragsfassung wurde beibehalten.

zeitlichen Gefahrenabwehr durch die Hilfsorganisationen bewährt hat. Die Mitwirkung baut auf ideellen Grundlagen sowie der Verbindung von haupt- und ehrenamtlichem Engagement.

Im Rahmen seiner Mitwirkung in der staatlichen Ordnung koordiniert das DRK in Zusammenarbeit mit den öffentlichen Behörden den Zivil- und Katastrophenschutz sowie den (zivilen) Rettungsdienst. Ebenso obliegt dem DRK die Querschnittsaufgabe der Blutversorgung für die gesamte Bevölkerung der Bundesrepublik Deutschland.

Rettungsdienst und Blutspendedienst stellen jeweils Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge in Gestalt resilienter medizinischer Versorgungssysteme dar. Dies bedeutet, dass bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben neben der Wirtschaftlichkeit auch die Versorgungssicherheit eine Rolle spielt. Leistungen des Rettungsdienstes und des Blutspendedienstes müssen flächendeckend und rund um die Uhr – auch zu ungünstigen Zeiten und unter erschwerten Bedingungen – erbracht werden. Für den (Weiter-)Betrieb unter diesen Bedingungen müssen die Einrichtungen des Rettungsdienstes und des Blutspendedienstes vorbereitet und finanziell ausgestattet werden.

Die Bundesrepublik Deutschland ist mit dem DRK eine Partnerschaft im humanitären Bereich eingegangen. Anhand der Aufgabenerfüllung des DRK in Blutspendedienst und Rettungsdienst soll diese Partnerschaft nachfolgend beispielhaft erläutert werden.

## 2. Zur rechtlichen Sonderstellung des Deutschen Roten Kreuzes in Blutspendedienst und Rettungsdienst

Der Obliegenheit des DRK zur eingangs beschriebenen Aufgabenerfüllung in Blutspendedienst und Rettungsdienst steht die Pflicht des Staates gegenüber, Maßnahmen zu unterbinden, die das DRK bei der Erfüllung seines Koordinations- und Versorgungsauftrages behindern.

Dies folgt aus der Rechtsstellung des DRK als Nationale Rotkreuz-Gesellschaft und freiwillige Hilfsgesellschaft der deutschen Behörden im humanitären Bereich gemäß § 1 DRKG (Gesetz über das Deutsche Rote Kreuz und andere freiwillige Hilfsgesellschaften im Sinne der Genfer Rotkreuz-Abkommen). Auch die Wahrnehmung der Aufgaben aus dem humanitären Völkerrecht gemäß § 2 DRKG und dem hieraus abzuleitenden Koordinations- und Versorgungsauftrag führt zu diesem Ergebnis.

Regelungsgegenstand des § 1 DRKG ist die Rechtsstellung des DRK als „Nationale Gesellschaft des Roten Kreuzes auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland“ und als „freiwillige Hilfsgesellschaft der deutschen Behörden im humanitären Bereich“. Diese Vorschrift trägt dem Umstand Rechnung, dass eine Rotkreuz-Gesellschaft einer doppelten Anerkennung bedarf, ehe sie eine Nationale Rotkreuz-Gesellschaft ist: einmal durch die Regierung des eigenen Staates und weiterhin durch das Internationale Komitee vom Roten Kreuz (IKRK).

Dabei ist die Anerkennung durch IKRK ein Akt des internationalen Rotkreuzrechtes. Vor allem die Privilegien, die sich nur auf Rotkreuz-Gesellschaften beziehen, also über den Rahmen der den Hilfsgesellschaften im Sinne des GA I aus-

schließlich im Rahmen dieser Vorschrift zugebilligten Rechte hinausgehen (Berechtigung zur Führung des Rotkreuz-Zeichens und begrenzter Zeichenschutz nach Artikel (Art. F63 GA/V), haben zur notwendigen Voraussetzung, dass ein ordnungsgemäßer Anerkennungsakt des IKRK vorliegt.

Die staatliche Anerkennung stellt demgegenüber einen öffentlich-rechtlichen Hoheitsakt des eigenen Staates – hier der Bundesrepublik Deutschland – dar und bewirkt, dass die Rotkreuz-Gesellschaft als Nationale Gesellschaft konstituiert wird, dass ihr bestimmte Aufgaben übertragen werden, vor allem die sich aus dem humanitären Völkerrecht ergebenden Pflichten, aber auch diejenigen, die kraft der Beschlüssen der Internationalen Rotkreuz- und Rothalbmond-Konferenzen eine Nationale Rotkreuz-Gesellschaft in ihrem Staat zu erfüllen hat.

Die staatliche Anerkennung des DRK wurde durch die Bundesregierung ausgesprochen, zunächst durch Beschluss der Bundesregierung vom 26. Februar 1951, bestätigt durch die Erklärung des Bundeskanzlers von 1956, zuletzt nach der Vereinigung Deutschlands durch Erklärung des Bundeskanzlers vom 6. März 1991. Die Anerkennung wurde nunmehr durch das DRKG vom 5. Dezember 2008 in Gesetzesform bestätigt.

Auf diese Weise ist durch Hoheitsakt anerkannt, dass das DRK jene Aufgaben erfüllt, die von ihm als einer Nationalen Gesellschaft des Roten Kreuzes gemäß der Genfer Abkommen und deren Zusatzprotokollen sowie den in deren Rahmen ergangenen Beschlüssen der Internationalen Rotkreuz- und Rothalbmond-Konferenzen wahrgenommen werden. Diese Anerkennung verleiht dem DRK eine rechtliche Sonderstellung. Diese Sonderstellung erfährt ihren Ausdruck nicht zuletzt im Gefüge der Verbände der Freien Wohlfahrtspflege und der Hilfsorganisationen. Die Anerkennung unterscheidet das DRK wesentlich von allen anderen Organisationen. Demgemäß ist das DRK als weder Nichtregierungsorganisation noch als private Hilfsorganisation zu kennzeichnen, sondern vielmehr als Auxiliar des Staates.

Der Gesetzgeber hat diesem Befund dadurch Rechnung getragen, dass das DRK in § 1 DRKG ausdrücklich auch in seiner Rechtsstellung als „freiwillige Hilfsgesellschaft der deutschen Behörden im humanitären Bereich“ bestätigt wird. In der Gesetzesbegründung zum DRKG heißt es hierzu:

„Angesichts der besonderen Aufgaben des DRK als freiwilliger Hilfsgesellschaft der Behörden im humanitären Bereich ist eine gesetzliche Regelung geboten.“

Noch deutlicher heißt es konkret in Bezug auf § 1 DRKG: „Der Gesetzentwurf trägt dieser Anerkennung Rechnung, indem er die Eigenschaft des DRK als Nationaler Gesellschaft in Gesetzesform bestätigen soll (...) Die Formulierung, freiwillige Hilfsgesellschaft der deutschen Behörden im humanitären Bereich, entspricht der Anerkennungsvoraussetzung nach Art. 4 Nummer 3 der Statuten der internationalen Rotkreuz und Rothalbmond-Bewegung. Der Begriff der Hilfsgesellschaft hier ist weiter als der in Art. 26 Absatz (Abs.) 1 des Ersten Genfer Abkommens verwendete, da es um sämtliche Aufgaben im humanitären Bereich geht.“

Dies zeigt deutlich, dass der Gesetzgeber für § 1 DRKG bewusst die weitere Bezeichnung „freiwillige Hilfsgesellschaft der deutschen Behörden im humanitären Bereich“ in Ab-

grenzung zu dem engeren Begriff der „freiwilligen Hilfsgesellschaft im Sinne des Art. 26 des I. Genfer Abkommens“ in § 4 DRKG gewählt hat. Denn diese Formulierung in Bezug auf die Rechtsstellung macht deutlich, dass die staatliche Anerkennung auch diejenigen Aufgaben erfasst, die das DRK kraft internationalen Rotkreuzrechtes oder durch gesetzliche Übertragung zu erfüllen hat. Insofern hält auch die Gesetzesbegründung ausdrücklich fest, dass das DRK als Nationale Gesellschaft des Roten Kreuzes auch dem Regime des internationalen Rotkreuzrechtes unterliegt, wie es in den Statuten des IKRK, den Statuten der Internationalen Rotkreuz- und Rothalbmond-Bewegung mit den Ausführungsbestimmungen und den Beschlüssen der Internationalen Rotkreuz- und Rothalbmond-Konferenzen enthalten ist.

Die Anerkennung des DRK als Nationale Rotkreuz-Gesellschaft beschränkt sich nicht auf den Fall des bewaffneten Konfliktes und die Vorbereitung auf diesen Fall in Friedenszeiten, sondern umfasst gerade auch die satzungsgemäßen Aufgaben in Friedenszeiten.

Durch die Anerkennung des DRK als „freiwillige Hilfsgesellschaft der deutschen Behörden im humanitären Bereich“ kann der Staat eine Versorgung der Bevölkerung nämlich auch in Friedenszeiten in dem Maß sicherstellen, als die Satzung des DRK sowie die Satzungen seiner Untergliederungen und Einrichtungen diese Obliegenheit beinhalten.

Die Anerkennung als Nationale Gesellschaft des Roten Kreuzes ist damit auch Ausdruck dessen, dass der Staat die ordnungsgemäße Erfüllung einer satzungsgemäßen Aufgabe durch das DRK auch erwarten kann. Nur die Anerkennung des DRK als Nationale Rotkreuz-Gesellschaft bietet für die Bundesrepublik Deutschland – im Unterschied zu allen anderen Akteuren – die Gewähr, dass das DRK diese satzungsgemäße Aufgabe übernimmt und sich hierfür adäquat organisiert, und damit – unabhängig von anderen Akteuren – eine Erfüllung dieser Aufgabe gesichert ist.

Deshalb folgt aus dem systematischen Zusammenhang der Norm mit der Anerkennung des DRK als Nationale Rotkreuz-Gesellschaft durch Hoheitsakt, dass nur das DRK als Hilfsgesellschaft der deutschen Behörden tätig und in dieser Weise durch die Anerkennung durch Hoheitsakt individualisiert worden ist.

Mit der staatlichen Anerkennung des DRK als Nationale Rotkreuz-Gesellschaft hat die Bundesrepublik Deutschland zugleich auch die Verpflichtung übernommen, die Erfüllung der durch Hoheitsakt anerkannten satzungsgemäßen Aufgaben des DRK zu ermöglichen.

Es wäre nämlich rechtswidrig, würde die Bundesrepublik Deutschland und ihre Organe das DRK als Nationale Rotkreuz-Gesellschaft anerkennen, dem DRK hierüber die Anerkennung durch das IKRK eröffnen, dann jedoch nicht die Voraussetzungen schaffen, damit das DRK seine Verpflichtungen unter den Statuten der Internationalen Rotkreuz- und Rothalbmond-Bewegung erfüllen kann. Mit der staatlichen Anerkennung des DRK hat die Bundesrepublik Deutschland insoweit eine Gewährleistungsverpflichtung gegenüber dem DRK übernommen.

Das subjektive Recht auf die Erfüllung dieser Pflicht folgt damit aus § 1 DRKG und dem systematischen Zusammenhang mit der spezifisch dem DRK durch Hoheitsakt individualisiert übertragene Rechtsstellung der „freiwilligen Hilfs-

gesellschaft der deutschen Behörden im humanitären Bereich“.

### 3. Zum besonderen Versorgungsauftrag des Deutschen Roten Kreuzes im Blutspendedienst

Im Hinblick auf den Blutspendedienst führt die Vorschrift des § 2 DRKG zum selben Ergebnis. So nimmt das DRK nach § 2 Abs. 1 DRKG

„(...) als freiwillige Hilfsgesellschaft die Aufgaben wahr, die sich aus dem Genfer Rot-Kreuz-Abkommen von 1949 und ihren Zusatzprotokollen ergeben, insbesondere

1. die Unterstützung des Sanitätsdienstes der Bundeswehr im Sinne des Art. 26 des I. Genfer Abkommens einschließlich des einen Satzes von Lazarettschiffen gemäß Art. 24 des II. Genfer Abkommens (...).“

Die zugehörige Gesetzesbegründung führt allgemein hierzu aus:

„Das DRK ist in besonderer Weise in die Erfüllung der Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus dem humanitären Völkerrecht eingebunden. Die Aufgaben des DRK ergeben sich unmittelbar aus den Genfer Abkommen von 1949, ihren Zusatzprotokollen von 1977 und 2005 und den Beschlüssen der Internationalen Rotkreuz- und Rothalbmond-Konferenzen, die aus den Vertragsstaaten der Genfer Abkommen von 1949 sowie den drei Komponenten der Internationalen Rotkreuz- und Rothalbmond-Bewegung gebildet werden, dem Internationalen Komitee vom Roten Kreuz (IKRK), den Nationalen Gesellschaften des Roten Kreuzes oder Roten Halbmondes und der Internationalen Föderation der Rotkreuz- oder Rothalbmond-Gesellschaften.“

Speziell zu § 2 DRKG erläutert der Gesetzgeber Folgendes:

„Das DRK leitet seine Aufgaben im humanitären Bereich direkt aus den Genfer Abkommen, ihren Zusatzprotokollen sowie den Beschlüssen der Internationalen Rotkreuz- und Rothalbmond-Konferenzen ab. Die Beschlüsse der Internationalen Rotkreuz- und Rothalbmond-Konferenzen stehen im Range unterhalb der Genfer Abkommen und der Zusatzprotokolle. In Absatz 1 Nummer 1 bis 4 werden die zentralen Aufgaben des DRK aufgeführt. Durch die Formulierung „insbesondere“ in Absatz 1 wird deutlich, dass dieser Aufgabenkatalog nicht abschließend ist. Weitere Aufgaben des DRK können sich speziell aus den Genfer Abkommen, ihren Zusatzprotokollen und den Beschlüssen der Internationalen Rotkreuz- und Rothalbmond-Konferenzen sowie aus seiner Satzung ergeben, nach der das DRK ein anerkannter Spitzenverband der Freien Wohlfahrtspflege ist (§ 1 Abs. 3 der DRK-Satzung in der Fassung vom 12. November 1993). Die Zuständigkeit anderer Organisationen als der der Nationalen Rotkreuz-Gesellschaft bleibt unberührt.“

Daraus geht zunächst hervor, dass die Aufgabenzuweisung in § 2 DRKG insofern deklaratorisch ist, als sich die dort einzeln aufgeführten Aufgaben des DRK bereits unmittelbar aus den genannten völkerrechtlichen Verträgen ergeben.

Gleichwohl kommen auch in § 2 DRKG die rechtliche Sonderstellung des DRK und seine besondere Verpflichtung gegenüber dem deutschen Staat zum Ausdruck. Denn in § 2 DRKG wird ausschließlich in Bezug auf das DRK ausdrücklich und unmittelbar festgestellt, welche Aufgaben dieses im gesamten humanitären Bereich auf nationaler Ebene und da-

mit etwa auch im Blutspendedienst wahrnimmt. Die anderen freiwilligen Hilfsgesellschaften im Sinne des Art. 26 GA I werden demgegenüber lediglich in § 4 DRKG als solche benannt und in § 5 DRKG zur Unterstützung des Sanitätsdienstes der Bundeswehr ermächtigt oder auf die ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgaben verwiesen.

Mit dieser differenzierenden Regelung trägt der Gesetzgeber der rechtlichen Sonderstellung des DRK Rechnung, die sich aus der Anerkennung als Nationale Gesellschaft des Roten Kreuzes auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland und damit aus der in § 1 DRKG dargestellten Rechtsstellung ergibt.

Dies wird in der vorstehend zitierten Gesetzesbegründung ausdrücklich bestätigt, wenn es heißt, das DRK sei „in besonderer Weise in die Erfüllung der Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus dem humanitären Völkerrecht eingebunden“.

Hiermit wird unmissverständlich ausgedrückt, dass das DRK aufgrund seiner rechtlichen Sonderstellung in besonderer Weise verpflichtet ist und gleichsam eine „Grundversorgung“ mit Blick auf bewaffnete Konflikte im Rahmen des humanitären Völkerrechtes zu gewährleisten hat. Dies schließt die Blutversorgung ein. Die rechtliche Sonderstellung umfasst nicht nur die Pflichten des DRK für den Fall des bewaffneten Konfliktes. Denn die Hilfe in einem solchen Fall kann nur dann gewährleistet werden, wenn sie in Friedenszeiten vorbereitet worden ist.

Diese „Binsenweisheit“ gilt in namentlich für die Versorgung mit Blutprodukten, die im Fall eines bewaffneten Konfliktes eine der essentiellsten Formen der Hilfe darstellt. Denn für diesen Fall müssen nicht nur ausreichend Blut und Blutbestandteile in Friedenszeiten gespendet und Blutprodukte so gelagert werden, dass jederzeit in einem Notfall darauf zugegriffen werden kann. Die Spenderdatei muss bereits in Friedenszeiten aufgebaut und gepflegt werden. Und nicht zuletzt sind der Aufbau und die Unterhaltung einer funktions- und leistungsfähigen Organisation des Blutspendedienstes in Friedenszeiten notwendige Voraussetzung für deren Einsatz- und Funktionsfähigkeit im Falle bewaffneter Konflikte.

Dies bedeutet nichts anderes, als dass unbeschadet der in § 3 Abs. 1 Transfusionsgesetz (TFG) enthaltenen Regelung, wonach

„(...) (die) Spendeinrichtungen (...) die Aufgabe (haben), Blut und Blutbestandteile zur Versorgung der Bevölkerung mit Blutprodukten zu gewinnen“, die DRK-Blutspendedienste die Querschnittsaufgabe der Blutversorgung für die gesamte Bevölkerung der Bundesrepublik Deutschland im Sinne einer „Grundversorgung“ zu gewährleisten haben.

Operationeller Ausfluss dieser besonderen Pflichtenstellung des DRK im Blutspendedienst ist die Vereinbarung zwischen der Bundeswehr und dem DRK vom 13. Juni 2002 zur Versorgung der Streitkräfte und der Zivilbevölkerung mit Blutprodukten durch die DRK-Blutspendedienste.

Dieser öffentlich-rechtliche Vertrag verpflichtet die DRK-Blutspendedienste zur Unterstützung bei der Absicherung der Versorgung mit Blutprodukten bei einem Mehrbedarf im Falle eines bewaffneten Konfliktes. Auf dieser Grundlage haben die DRK-Blutspendedienste Verträge zur ständigen Be-

reitstellung von Blutprodukten mit der Bundeswehr abgeschlossen. Dies umfasst bereits heute die Versorgung der Einrichtungen der Bundeswehr im Inland und die Bereitstellung von Blutprodukten für die Einsatzgebiete der Bundeswehr im Ausland auf der Grundlage des Art. 26 GA I. Weitere Vereinbarungen sind vonseiten der DRK-Blutspendedienste mit verbündeten ausländischen Streitkräften getroffen worden, die in der Bundesrepublik Deutschland stationiert sind.

Da die gesamte Organisation der Blutspendedienste als Vorsorge für den Fall möglicher bewaffneter Konflikte ohnehin vorgehalten werden muss, werden diese auf der Grundlage des § 2 DRKG sowie der entsprechenden Bundes- und Ländergesetze im Rahmen des Zivil- und Katastrophenschutzes der Bundesrepublik Deutschland auch dort eingebunden.

Damit sorgen die DRK-Blutspendedienste im Rahmen ihrer satzungsgemäßen Aufgaben nicht nur für bewaffnete Konflikte, sondern auch für Naturkatastrophen und andere Notlagen vor, in denen Blutprodukte benötigt werden. Dies folgt der Natur der Sache, dass Blut generell im Fall von Notlagen gleich jeglicher Art gebraucht wird. Daneben dienen die Blutspendedienste im Rahmen ihrer Querschnittsaufgabe auch der ständigen Bereithaltung der Gesundheitsvorsorge der Bevölkerung.

Hieraus folgt, dass eine trennscharfe Abgrenzung der Aufgabenfelder des Blutspendedienstes zwischen Gesundheitsvorsorge und Gefahrenabwehr insoweit nicht möglich ist und auch nicht sachdienlich wäre. Die DRK-Blutspendedienste stellen Hilfeleistung im umfassenden Sinn zur Verfügung, also für alle Notlagen, einschließlich solcher, die durch bewaffnete Konflikte entstehen, für deren Bewältigung Blutprodukte benötigt werden, um Menschenleben zu retten.

Soweit die Tätigkeit der Blutspendedienste in Friedenszeiten vordergründig allein der aktuellen Versorgung von Arztpraxen und Krankenhäusern zu dienen scheint, ist zu beachten, dass dahinter immer zugleich die Vorbereitung auf bewaffnete Konflikte sowie Naturkatastrophen und andere Notlagen steht. Das Bundessozialgericht hat diesen Zusammenhang in seiner Rechtsprechung deutlich herausgestellt:

„Bei der Vorrathaltung handelt es sich (...) nicht nur um eine theoretische Bereitschaft zur Blutversorgung, sondern eine tatsächliche Reserve für Katastrophenfälle. Es wäre jedenfalls wirtschaftlich nicht sinnvoll, die zeitlich nur begrenzt haltbaren Blutpräparate aufzubewahren und nach dem Verfalldatum zu vernichten. Deshalb werden die Präparate fortwährend durch neue ersetzt und der Vorrat u. a. an Arztpraxen und Krankenhäuser gegen Entgelt, nach den Feststellungen des Landessozialgerichts jedoch nur kostendeckend, abgegeben. Die wirtschaftliche Betätigung des Blutspendedienstes dient somit letztlich der Finanzierung der darüber hinaus reichenden Bereitschaft zur Unglückshilfe. Die in unglücksarmen Zeit auffälliger wirkende Blutversorgung von Arztpraxen und Krankenhäusern und die damit auf dem Gebiet des allgemeinen Gesundheitsdienstes ausgeübte Aktivität der Blutspendezentrale haben nach den Feststellungen des Landessozialgerichts bisher jedenfalls ein Ausmaß erreicht, durch das die Funktion des Blutspendedienstes als Unglückshilfe-Unternehmen in Frage gestellt wäre; die Bereitschaft des Blutspendedienstes, in Unglücks-, Not- und Katastrophenfällen Blutvorräte zur Verfügung zu stellen, ist

für seine Betätigung nach wie vor das wesentliche Ziel, dessen Erreichung durch den Verkauf von Blut an Arztpraxen und Krankenhäuser lediglich gefördert, zum Teil auch erst ermöglicht wird.“

Dies alles zeigt, dass die Tätigkeit der DRK-Blutspendedienste grundsätzlich in ihrer Gesamtheit und ihrem Wesen nach jedenfalls auch als Vorbereitung auf bewaffnete Konflikte angesehen werden muss und in diesem Sinne einem aus § 2 DRKG folgenden, besonderen Versorgungsauftrag entspringt. Dies zeigt eindrucksvoll auch die gegenwärtige Weiterentwicklung der zivil-militärischen Zusammenarbeit zwischen der Bundeswehr und dem DRK zur Versorgung der Zivilbevölkerung und der Streitkräfte mit Blutprodukten hin zu einer strategischen Partnerschaft.

Vor dem Hintergrund der Neuausrichtung der Streitkräfte hat der Inspekteur des Sanitätsdienstes der Bundeswehr entschieden,

- die Aufgabe der Gewinnung und Herstellung von Blut und Blutbestandteilen mit Ausnahme eines Entnahmeteams nicht mehr mit eigenen Kräften durchzuführen,
- sich bei dieser Aufgabe sowie bei der Versorgung mit Blutprodukten auf die DRK-Blutspendedienste abzustützen und
- dabei die Fähigkeit des Betriebes einer zentralen Blutbank sowie der Distribution für die Einsatzgebiete im Ausland zu erhalten.

Die vorgenannten Maßnahmen sollen bis zum Jahr 2016 umgesetzt werden. Neben wirtschaftlichen Gründen waren für die Entscheidung des Inspektors des Sanitätsdienstes der Bundeswehr die sicherheitspolitischen Vorgaben sowie die daraus abgeleiteten notwendigen militärischen Fähigkeiten für die Ausgestaltung des Blutspendedienstes bestimmend.

Vor dem Hintergrund, dass

- die jederzeitige Fähigkeit zur Bereitstellung von Blutprodukten in ausreichender Menge einsatzrelevant ist,
- die Gesamtversorgung der Bundeswehr mit Blutprodukten zwingend gewährleistet sein muss,
- Bedarfsspitzen abgedeckt,
- seltene Blutgruppen für Einsatzkontingente vorgehalten werden und
- in Notfällen ohne Einschränkungen eine priorisierte Belieferung sichergestellt sein müssen,

hatte der Führungsstab des Sanitätsdienstes wegen der bedarfsgerechten Bereitstellung von Blutprodukten Kontakt zum DRK aufgenommen. Auf der Grundlage der besonderen völker- und rotkreuzrechtlichen Vorgaben für den Blutspendedienst hatte das DRK eine flächendeckende und jederzeitige Versorgung des Zentralen Sanitätsdienstes der Bundeswehr mit Blutprodukten, auch für die Einsatzgebiete im Ausland, zugesichert.

Der Inspekteur des Sanitätsdienstes der Bundeswehr hat jetzt festgestellt, dass das DRK mit seinen regionalen DRK-Blutspendediensten in der Lage ist, den Versorgungsauftrag der Bundeswehr im eingangs beschriebenen Sinne zu übernehmen. Insoweit gehört die vom DRK geübte Blutspendepraxis als solche zu den vorbereitenden Tätigkeiten, die den besonderen Versorgungsauftrag des DRK kennzeichnen.

Die allgegenwärtige Vorbereitung auf Katastrophenfälle bedeutet weiterhin, dass das DRK auch in Friedenszeiten regelmäßig dann und dort in der Bundesrepublik Deutschland

tätig wird, wo andere Hilfsorganisationen, Arztpraxen oder Krankenhäuser nicht vor Ort sind oder die Blutreserven nicht ausreichen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Blutspendedienst für die Spendeinrichtungen eine umfassende Aufgabe darstellt, deren Wahrnehmung für eine ausreichende medizinische Versorgung der Bevölkerung im Bedarfsfall unerlässlich ist. Diese lässt sich aus transfusionsmedizinischen als auch aus wettbewerbs- und vergaberechtlichen Erwägungen heraus nicht auf den Vorgang der Spende von Blut und Blutbestandteilen, der Herstellung von oder der Belieferung mit Blutprodukten beschränken.

Vielmehr bewegt sich der Blutspendedienst durchgängig im Schnittbereich von Gesundheitsvorsorge und Gefahrenabwehr. Soweit den DRK-Blutspendediensten in oben dargestellter Weise ein aus § 2 DRKG fließender, besonderer Versorgungsauftrag für die gesamte Bevölkerung zukommt, ist dieser Versorgungsauftrag insgesamt mit der Gewährleistung einer „Grundversorgung“ im Sinne eines Universaldienstes vergleichbar.

#### **4. Zum besonderen Koordinationsauftrag des Deutschen Roten Kreuzes im Rettungsdienst**

Im Ergebnis Gleiches gilt für die Koordination des Zivil- und Katastrophenschutzes sowie des (zivilen) Rettungsdienstes durch das DRK in Zusammenarbeit mit den öffentlichen Behörden.

Hier hat die kontinuierliche Entwicklung der Rechtsprechung deutscher und europäischer Gerichte in Richtung auf eine Vergaberechtpflichtigkeit rettungsdienstlicher Aufträge bei den Kreisen und kreisfreien Städten als Träger des Rettungsdienstes als auch bei den im Rettungsdienst mitwirkenden Hilfsorganisationen in den letzten Jahren zu erheblichen Schwierigkeiten geführt:

Grund ist, dass bei förmlichen europaweiten Vergabeverfahren das reelle Risiko besteht, dass die im Rettungsdienst mitwirkenden Hilfsorganisationen nicht den Zuschlag erhalten, obwohl sie die für die Träger des Rettungsdienstes als untere Katastrophenschutzbehörde vitale Funktionen im Zivil- und Katastrophenschutz unter Einschluss der Vorhaltung für den Massenansturm von Verletzten oder Erkrankten (ManV) erfüllen. Wird die Rolle der Hilfsorganisationen im Rettungsdienst zurückgedrängt, sinkt deren Einsatzfähigkeit im Bereich des Zivil- und Katastrophenschutzes.

Im Zusammenhang mit der Novellierung des europäischen Vergaberechtes hatte die Europäische Kommission am 20. Dezember 2011, als Überarbeitung bestehender Richtlinien, den Vorschlag für eine „Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste“ und den Vorschlag für eine „Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe“ vorgelegt sowie als neue Richtlinie den Vorschlag für eine „Richtlinie über die Konzessionsvergabe“.

Mit der Vorlage der Richtlinienentwürfe der Europäischen Kommission sind auf europäischer Ebene zwei divergierende Strömungen im Wettbewerbs- und Vergaberecht offenkundig geworden: auf der einen Seite die Strömung, öffentliche Aufgaben und Leistungen mit Ausnahmen im Sozial- und Gesundheitsbereich sowie einigen besonderen Ausnahmen in

den Bereichen Verteidigung und Sicherheit als Dienstleistungen zu kennzeichnen und dem öffentlichen Auftragswesen zuzuordnen, wie in den Richtlinienvorschlägen der Europäischen Kommission in Bezug auf die Regelungen zum öffentlichen Auftragswesen geschehen, und auf der anderen Seite die Strömung, die im Interesse der Stärkung eines europäischen Katastrophenschutzes Strukturen schafft und Ressourcen in einer vergaberechtsfreien Sphäre bereitstellt, wie dies beispielsweise in der Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament und den Ministerrat „Auf dem Weg zu einer verstärkten europäischen Katastrophenabwehr: die Rolle von Katastrophenschutz und humanitärer Hilfe“ vom 26. Oktober 2010 zum Ausdruck gebracht worden ist.

Die Richtlinienvorschläge der Europäischen Kommission in Bezug auf die Regelungen zum öffentlichen Auftragswesen und damit einhergehend die starke Betonung des Dienstleistungsgedankens sind in ihrer am 20. Dezember 2011 vorgelegten ursprünglichen Fassung den Erfordernissen des Zivil- und Katastrophenschutzes nicht hinreichend gerecht geworden. Für die Kreise und kreisfreien Städte als Träger des Rettungsdienstes als auch bei den im Rettungsdienst mitwirkenden Hilfsorganisationen hätten sich aus dieser Zuordnung besondere Probleme ergeben:

Auf der Grundlage der entsprechenden Bundes- und Landesgesetze wirken die Hilfsorganisationen im Rahmen des Zivil- und Katastrophenschutzes der Bundesrepublik Deutschland in den katastrophenmedizinischen, sanitätsdienstlichen und betreuungsdienstlichen Aufgaben mit. In diesem Zusammenhang stellen die Hilfsorganisationen Ressourcen zur Bewältigung von Lagebildern unterhalb der Katastrophenschwelle zur Verfügung und beteiligen sich am Rettungsdienst. Im Ergebnis Gleiches gilt für die mitwirkende Unterstützung des Sanitätsdienstes der Bundeswehr durch die Hilfsorganisationen auf der Grundlage des Art. 26 GA I.

Um die Leistungsfähigkeit der Hilfsorganisationen in der Gefahrenabwehr sowie im Sinne der Genfer Abkommen als Teil der Sicherheitsvorsorge des Staates zu erhalten, ist es erforderlich gewesen, die zum Kompetenzerhalt im Alltag eingesetzten Ressourcen, soweit diese für den Zivil- und Katastrophenschutz vorgehalten werden und zur mitwirkenden Unterstützung des Sanitätsdienstes der Bundeswehr erforderlich sind (sicherheitsrelevante Daseinsvorsorge), von der Anwendung der Richtlinien auszunehmen.

Im Verlauf des Rechtssetzungsverfahrens bei der Novellierung des europäischen Vergaberechtes konnte diese Entwicklung im gemeinsamen Interesse der Träger des Rettungsdienstes als auch der im Rettungsdienst mitwirkenden Hilfsorganisationen durch Schaffung einer Ausnahmeregelung in den Richtlinien eingedämmt werden.

Nach dem Ergebnis des informellen Trilogs zwischen Europäischem Parlament, Europäischer Kommission und Ministerrat vom 25. Juni 2013 lautet Art. 10 der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe nunmehr wie folgt:

„Artikel 10

Besondere Ausnahmen für Dienstleistungsaufträge

Diese Richtlinie gilt nicht für öffentliche Dienstleistungsaufträge, die Folgendes zum Gegenstand haben: (...)

Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organi-

sationen oder Vereinigungen erbracht werden und die unter die folgenden CPV-Codes fallen: 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 und 85143000-3 mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung; (...).“

Der Erwägungsgrund zu dieser Ausnahmeregelung lautet:

„(28) Diese Richtlinie sollte nicht für bestimmte von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbrachte Notfalldienste gelten, da der spezielle Charakter dieser Organisationen nur schwer gewahrt werden könnte, wenn die Dienstleistungserbringer nach den in dieser Richtlinie festgelegten Verfahren ausgewählt werden müssten. Diese Ausnahme sollte allerdings nicht über das notwendigste Maß hinaus ausgeweitet werden. Es sollte daher ausdrücklich festgelegt werden, dass der Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung nicht ausgenommen sein sollte. In diesem Zusammenhang muss im Übrigen deutlich gemacht werden, dass die CPV-Gruppe 601 ‚Landverkehr‘ nicht den Einsatz von Krankenwagen beinhaltet, der unter die CPV-Klasse 8514 fällt. Es sollte daher klargestellt werden, dass für unter den CPV-Code 85143000-3 fallende Dienstleistungen, die ausschließlich im Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung bestehen, die Sonderregelung gelten soll. Folglich würden auch gemischte Aufträge für Dienste von Krankenwagen generell unter die Sonderregelung fallen, falls der Wert des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung höher wäre als der Wert anderer Rettungsdienste. (...).“

Eine inhaltlich gleichlautende Regelung enthält Art. 10 der Richtlinie über die Konzessionsvergabe.

Die im Rahmen des Trilogs gefundenen Formulierungen bringen zum Ausdruck, dass der Rettungsdienst einen Bestandteil des Zivil- und Katastrophenschutzes sowie der Gefahrenabwehr darstellt, der von einer förmlichen europaweiten Vergabe auszunehmen ist (Bereichsausnahme). Voraussetzung für diese Bereichsausnahme ist, dass der Rettungsdienst von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen vorgenommen wird. Kreise und kreisfreie Städte als Träger des Rettungsdienstes werden diesen insoweit an die mitwirkenden Hilfsorganisationen ohne förmlichen europaweite Ausschreibung vergeben können.

Die Ausnahmeregelung unterscheidet zwischen Leistungen des Rettungsdienstes mit medizinischem Bezug und solchen Leistungen, die in einem Krankenwagen angeboten werden, aber lediglich den Transport eines Patienten von einem Ort zum anderen beinhalten. Auf dieser Grundlage gibt es gute Argumente, die dafür sprechen, neben der Notfallrettung auch den qualifizierten Krankentransport unmittelbar unter die Bereichsausnahme zu fassen.

Am 5. September 2013 hat der bei der Novellierung des europäischen Vergaberechtes federführende Binnenmarktausschuss des Europäischen Parlamentes den Richtlinienvorschlägen der Europäischen Kommission auf der Grundlage der im Rahmen des Trilogs gefundenen Formulierungen zugestimmt. Die Abstimmung im Plenum des Europäischen Parlamentes hat am 15. Januar 2014 stattgefunden. Das Europäische Parlament hat die Texte im Plenum ohne Änderungen angenommen. Am 11. Februar 2013 hat der Ministerrat ebenfalls zugestimmt.

Die Einheit von Katastrophenschutz, Zivilschutz und Gefahrenabwehr wird durch die Ausnahmeregelung in den Richtlinien betont. Durch die Bereichsausnahme entstehen für den Rettungsdienst neue Handlungsspielräume, die vor allem bei der Umsetzung auf Länderebene in den Mitgliedstaaten zu nutzen sind.

Der Rechtsgedanke der Bereichsausnahme für den Rettungsdienst vom europäischen Vergaberecht kann nach Inkrafttreten der Richtlinien innerhalb der Bundesrepublik Deutschland durch die Länder unmittelbar in ihrer Rettungsgesetzgebung berücksichtigt werden.

Hiernach soll sich der Geltungsbereich eines Rettungsgesetzes über die Leistungen Notfallrettung und Krankentransport als Einheit (Regelrettungsdienst) hinaus auf den Rettungsdienst insgesamt (unter Einschluss der Vorhaltung für den Massenansturm von Verletzten oder Erkrankten) erstrecken, dies nicht zuletzt zwecks Sicherstellung einer umfassenden präklinischen medizinischen Versorgung als Teil öffentlicher Daseinsvorsorge.

Diese von der Landesregierung in ihrem Referentenentwurf vorgesehene Regelung könnte auch für die weiter oben beschriebene notwendige Konturierung der Begrifflichkeiten und ihrer europarechtskonformen Abgrenzung im Landesrecht hilfreich sein.

Auf der Grundlage der rechtlichen Sonderstellung des DRK bestehen damit Möglichkeiten, die Mitwirkung des DRK im Rettungsdienst unter Einschluss der Vorhaltung für den Massenansturm von Verletzten oder Erkrankten mit ihrer Mitwirkung im Zivil- und Katastrophenschutz auch ohne förmliche europaweite Vergabe (europa-)rechtssicher zu verknüpfen. Bei einer solchen Verknüpfung würde der Charakter der Anerkennung des DRK gemäß § 1 S. 1 DRKG als „freiwillige Hilfsgesellschaft der deutschen Behörden im humanitären Bereich“ berücksichtigt.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass, wer im Normalfall Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge übernimmt, die auch Katastrophenrelevanz entfalten, vom Gesetzgeber in die Lage versetzt sein muss, diese im Normal- als auch im Katastrophenfall wahrzunehmen.

Den Gesetzgeber trifft eine Gewährleistungsverantwortung dafür, dass im Katastrophenfall einsatzbereite Leistungserbringer notwendig auch außerhalb des Katastrophenfalles in erforderlichem Umfang und unter realistischen Bedingungen trainieren können. Dies gilt in besonderer Weise für das DRK als der „freiwilligen Hilfsgesellschaft der deutschen Behörden im humanitären Bereich“, die mit der Gewährleistung einer „Grundversorgung“ im Sinne eines Universaldienstes auch an dieser Stelle vergleichbar ist.

Eine rechtliche Subsidiarität des Zivil- und Katastrophenschutzes gegenüber einer Aufgabenerfüllung im Normalfall darf nicht dazu führen, dass den Leistungserbringern im Zivil- und Katastrophenschutz gerade wegen dieser Subsidiarität die Einsatzfähigkeit im Katastrophenfall ganz oder teilweise fehlt.

## 5. Schlussbemerkungen

Schlussendlich darf die soeben beispielhaft erläuterte Partnerschaft des DRK mit dem Staat in Blutspendedienst und Rettungsdienst nicht als Einschränkung von Staatstätigkeit gesehen werden. Im Gegenteil ist diese Partnerschaft folgerichtiger Ausfluss eines historisch gewachsenen Gedankens der Pluralität bei der Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge in der Bundesrepublik Deutschland.

Das Wirken des Roten Kreuzes beginnt dabei auch heute immer vor Ort, wenn Freiwillige sich im humanitären Geist von Solferino zusammenfinden. Damit dieser Geist, damit das neutrale und unterschiedslose Wirken des Roten Kreuzes Bestand haben kann, bedarf seine Aufgabenerfüllung eines rechtlich gesicherten Bodens.

Rechtlich gesicherten Boden bietet in der Bundesrepublik Deutschland und in Nordrhein-Westfalen das DRKG. Dieses weist dem DRK keine neuen Aufgaben zu, betont aber seinen besonderen humanitären Auftrag und einige schon bestehende Verpflichtungen. In diesem Sinne ist das DRK, gleich ob es alleine oder in Zusammenarbeit mit staatlichen oder nichtstaatlichen Akteuren handelt, stets Nationale Rotkreuz-Gesellschaft mit allen sich daraus ergebenden gegenseitigen Rechten und Pflichten.

Erst und nur dann kann die Zusammenarbeit des deutschen Staates mit dem DRK als seiner Nationalen Rotkreuz-Gesellschaft eine „(...) besondere und ausgeprägte Beziehung“ sein, so wie es von der 30. Internationalen Rotkreuz- und Rothalbmond-Konferenz im Jahre 2007 unterstrichen worden ist.

Diesen Befund gilt es für das DRK, aber auch für den Staat als seinem Partner, in der täglichen Arbeit vor Ort zu beachten und sich immer wieder vor Augen zu führen. Dies gilt in besonderer Weise für den Rettungsdienst und den Blutspendedienst in ihrer Eigenschaft als resiliente medizinische Versorgungssysteme. Ohne die Beachtung dieses Befundes würde das Handeln des DRK im 150. Geburtsjahr des modernen humanitären Völkerrechtes der Beliebigkeit verfallen und wäre nicht mehr Erscheinungsform der Internationalen Rotkreuz- und Rothalbmond-Bewegung und damit das DRK auch nicht mehr Rotes Kreuz. ■



# Ausgestaltung eines geschlechtergerechten und effektiven Sexualstrafrechts in post-conflict-Situationen

Ulrike Lembke\*

## 1. Vorabklärung der Regelungssituation

Obwohl es gerade Aufgabe des Rechts ist, gestaltend auf gesellschaftliche Realitäten einzuwirken, gibt es doch einen – nicht allgemein, sondern nur je konkret bestimmbar – Abstand zur gesellschaftlichen Wirklichkeit, den rechtliche Regelungen nicht überschreiten sollten, wollen sie nicht faktisch unwirksam sein. Jeder Gesetzgebung muss daher eine Bestandsaufnahme der gesellschaftlichen Situation vorausgehen, in der die Regelung künftig ihre Wirkungen entfalten soll. Es gibt keinen Standard einer post-conflict-Situation, sondern nur sehr verschiedene und komplexe Settings, die gerade in ihren Strukturen und Besonderheiten wahrzunehmen sind. Deshalb werden hier weder mögliche Regelungssituationen vorgestellt noch Handlungsanweisungen gegeben, sondern die Themenfelder beleuchtet, mit denen sich befassen muss, wer ein geschlechtergerechtes und effektives Sexualstrafrecht anstrebt.

### 1.1. Ziele: Vergangenheitsbewältigung oder künftige Gestaltung?

Eine der grundlegenden Fragen für die Strafgesetzgebung in post-conflict-Situationen ist, ob mit dem neuen Strafrecht auch Verbrechen, die im Zuge der bewaffneten Auseinandersetzungen begangen wurden, geahndet werden sollen, oder ob sich das neue Strafrecht darauf beschränkt, künftig strafwürdiges Verhalten zu verfolgen. Verschiedene Gründe sprechen dafür, beide Funktionen klar zu trennen. Da die internationale Strafergerichtsbarkeit einen eigenen Beitrag verdient,<sup>1</sup> werden sich die folgenden Ausführungen auf die Fragen und Probleme beschränken, die mit der Ausarbeitung und Implementation eines zukunftsgerichteten Sexualstrafrechts verbunden sind. Damit soll keinesfalls die Bedeutung einer gelungenen (auch rechtlichen) Aufarbeitung des vorangegangenen Konflikts relativiert werden, im Gegenteil lässt sich diese kaum überschätzen. Die Beschränkung auf ein zukunftsgerichtetes Sexualstrafrecht ermöglicht aber, detaillierter auf dessen besondere Herausforderungen einzugehen.

### 1.2. Sexualdelikte als geschlechtsspezifische Delikte

Verfassungsgebung und der Erlass von Sexualstrafrecht sind nicht zufällig die Rechtsentwicklungen, welche in besonderer Weise mit dem Schutz der Menschenrechte von Frauen und Mädchen in Verbindung gebracht werden. Jedes Sexualstrafrecht wird seinen Gegenstand verfehlen, wenn es nicht auf das jeweilige Geschlechterverhältnis in der Gesellschaft Bezug nimmt.<sup>2</sup>

Sexualdelikte sind geschlechtsspezifische Delikte. Dies resultiert nicht nur daraus, dass sie ganz überwiegend von männlichen Tätern – Frauen als Täterinnen spielen quantitativ kaum eine Rolle und sind qualitativ nahezu durchge-

hend auf Unterstützungs- und Anstiftungshandlungen beschränkt – an weiblichen Personen und Kindern begangen werden. Die geschlechtsspezifische Dimension geht über die geschlechtliche Täter-Opfer-Zuordnung weit hinaus. Sexualdelikte sind nicht nur Ausdruck eines bestehenden Geschlechterverhältnisses, sie sind ebenso Mittel seiner Herstellung und Stabilisierung. Dies wird unter anderem deutlich am exzessiven Einsatz sexualisierter Gewalt gegenüber Personen, die sich keinem der Geschlechter eindeutig zuordnen lassen (transphobe Gewalt<sup>3</sup>) oder nicht der heterosexuellen Matrix entsprechen (bspw. „corrective rape“<sup>4</sup>). Doch auch wenn Männer sexualisierte Gewalt – als Kriegswaffe oder Folterinstrument – gegen andere Männer richten, spielt das Geschlechterverhältnis eine Rolle: die vergewaltigten Männer werden „zu Frauen gemacht“, sie werden mit weiblichen Bezeichnungen angesprochen und als weibliche Personen verhöhnt.<sup>5</sup>

\* Dr. Ulrike Lembke ist Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg und Mitglied des European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality. Der Artikel wurde ebenfalls durch das Bundesministerium für Justiz veröffentlicht, in: BMJ (Hg.), Frauenrechte in Verfassung und Gesetzgebung nach bewaffneten Konflikten, 2013, S. 102–135.

<sup>1</sup> Zur Förderung der Strafverfolgung durch internationale Tribunale, im Rahmen von Transitional Justice und auf Grundlage des Völkerstrafgesetzbuchs vgl. den Aktionsplan der Bundesregierung zur Umsetzung von Resolution 1325 vom 19.12.2012, S. 19 ff.; ausführlich zur Problematik ferner die Beiträge in: R. Branche/F. Virgili (Hrsg.), Rape in Wartime. A History to Be Written, Basingstoke 2012; A.-M. de Brouwer/C. Ku/R. Römkens/L. van den Herik (Hrsg.), Sexual Violence as an International Crime: Interdisciplinary Approaches, 2012; A.-M. de Brouwer, Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence, Antwerpen 2005; C. Eboe-Osuji, International law and sexual violence in armed conflicts, Leiden 2012; ferner C. Gericke/R. Mühlhäuser, Vergeltung und Aussöhnung nach sexuellen Gewaltverbrechen in bewaffneten Konflikten. Zur Funktion und Bedeutung internationaler Strafprozesse, in: S. Buckley-Zistel/T. Kater (Hrsg.), Nach Krieg, Gewalt und Repression: Vom schwierigen Umgang mit der Vergangenheit, 2011, S. 91–111.

<sup>2</sup> Zu den kulturellen Wurzeln und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen sexualisierter Gewalt (in Deutschland) vgl. U. Lembke, Von Heidenrölein bis Herrenwitz. Zu den kulturellen Wurzeln sexualisierter Gewalt, in: Blätter für deutsche und internationale Politik 3 (2013), S. 53–63.

<sup>3</sup> Dazu I. Pohlkamp, Transphobe Gewalt und die Bedeutung eines „wahren Geschlechts“, in: Kriminologisches Journal (2011), S. 57–70.

<sup>4</sup> Dies ist ein fundamentales Problem bspw. in Südafrika, welches nach der Apartheid wohl auch als post-conflict-Gesellschaft bezeichnet werden kann, und zwar ungeachtet des Umstandes, dass die südafrikanische Verfassung explizit und mit Drittwirkung gegenüber Privaten vor Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung schützt.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu N. Markard/L. Adamietz, Herausforderungen an eine zeitgenössische feministische Menschenrechtspolitik am Beispiel sexualisierter Kriegsgewalt, in: Kritische Justiz (2008), S. 257–265; J. S. Goldstein, War and gender: how gender shapes the war system and vice versa, Cambridge 2001, S. 356 ff.; G. Smaus, Vergewaltigung von Männern durch Männer, in: C. Künzel (Hrsg.), Unzucht – Notzucht – Vergewaltigung. Definitionen sexueller Gewalt von der Aufklärung bis heute, Frankfurt am Main 2003, S. 221–242.

Sexualisierte Gewalt bestätigt ein hierarchisches Geschlechterverhältnis, in dem Männer den Frauen überlegen sind, auch unabhängig vom biologischen Geschlecht der beteiligten und betroffenen Personen. Die Auswirkungen sexualisierter Gewalt sind aber alles andere als geschlechtsspezifisch. Wenn Frauen und Mädchen in einer Gesellschaft signalisiert wird, dass sie quasi jederzeit Opfer sexualisierter Gewalt werden können, hat dies grundlegenden Einfluss auf ihre Lebensqualität, ihre Lebensführung und ihre Bereitschaft, am Gemeinwesen zu partizipieren und verbriefte Rechte auch wahrzunehmen.<sup>6</sup> Ein geschlechtergerechtes und effektives Sexualstrafrecht ist daher ein unverzichtbarer Beitrag für eine partizipatorische und geschlechtergerechte Gesellschaft.

### 1.3. Geschlecht in und nach bewaffneten Konflikten

Post-conflict-Situationen bieten die Chance auf einen gesellschaftlichen und rechtlichen Neuanfang, und zwar gerade auch in schwierigen Bereichen wie denen des Sexualstrafrechts. Zugleich ist die Ausgangssituation für Neuregelungen mit der Hypothek des vorangegangenen bewaffneten Konflikts belastet, was seinerseits insbesondere für geschlechtsbezogene Problematiken wie Sexualdelikte von erheblicher Bedeutung ist.<sup>7</sup>

Bewaffnete Konflikte sind neben all ihren anderen Bedeutungen und Dimensionen auch eine Herstellungsmaschinerie von Geschlecht.<sup>8</sup> Wenige Ereignisse (erst recht mit dieser gesellschaftlichen Breitenwirkung) sind so stark geschlechtlich konnotiert wie gewaltsame, kriegerische Auseinandersetzungen.<sup>9</sup> In ihnen und durch sie herrschen klare geschlechtliche Zuschreibungen, die oft nur Ideologie sein mögen, aber eine höchst wirksame Ideologie: die Vorstellung einer männlichen kämpfenden Front, an welcher der Krieg stattfindet, und eines weiblichen Hinterlandes, das zu schützen sei,<sup>10</sup> die damit verbundenen Imaginationen von männlicher Stärke und weiblicher Abhängigkeit, die Reduktion von Frauen auf Kriegsbeute, der flächendeckende Einsatz sexualisierter Gewalt gegen Frauen (und Männer) als Kriegswaffe und so weiter.<sup>11</sup> Bewaffnete Konflikte schaffen fatale Eindeutigkeit in der Frage, wer die Männer sind und wer die Frauen und welche Positionen sie in der Gesellschaft und im Staat haben.

Bewaffnete Konflikte verschärfen Hierarchien im Geschlechterverhältnis, sie fördern männliche Dominanz in der Gesellschaft und führen zu einer Zunahme von geschlechtsspezifischer (insbesondere sogenannter häuslicher) Gewalt<sup>12</sup> in der post-conflict-Situation. Deshalb sind ein effektives und geschlechtergerechtes Sexualstrafrecht sowie effektive Maßnahmen gegen häusliche Gewalt<sup>13</sup> besonders notwendig, ihre Implementation und Durchsetzung kann sich aber auch besonderen gesellschaftlichen Widerständen gegenüber sehen.

### 1.4. Gesellschaftliche Strukturen: Geschlechterverhältnisse und Recht

Sexualstrafrecht als geschlechtsspezifisches Recht greift regulierend in Geschlechterverhältnisse ein, auf die es passgenau zugeschnitten sein muss, um praktisch wirksam zu

werden. Eine wesentliche Herausforderung für den Erlass von Sexualstrafrecht ist daher die präzise Erfassung von Geschlechterverhältnissen als gesellschaftliche Strukturen inklusive ihrer Verankerung in rechtlichen Regelungen.

Zu fragen ist daher, welche geschlechtsspezifischen Rollenverständnisse für die Gesellschaft prägend sind, wobei regionale oder lokale Besonderheiten nicht unterschätzt werden dürfen. Ist die Gesellschaft von heteronormativen Vorstellungen<sup>14</sup> geprägt, die davon ausgehen, dass es nur zwei unveränderliche Geschlechter mit spezifischen Merkmalen gibt, die sich gegenseitig ergänzen, weshalb das sexuelle Begehren nur auf das jeweilige „Gegengeschlecht“ gerichtet

<sup>6</sup> Vgl. dazu K. Flaake, *Geschlecht, Macht und Gewalt. Verletzungsoffenheit als lebensgeschichtlich prägende Erfahrung von Mädchen und jungen Frauen* in: R. Dackweiler/R. Schäfer (Hrsg.), *Gewalt-Verhältnisse*, Frankfurt am Main 2002, S. 161–170. Instruktiv auch A. Snellman, *Geografie der Angst*, München 2001.

<sup>7</sup> Sehr lesenswert hierzu sind die Beiträge in: C. Eifler/R. Seifert (Hrsg.), *Gender dynamics and post-conflict reconstruction*, Berlin 2009; siehe ferner F. Ni Aolain/D. F. Haynes/N. Cahn, *On the Frontlines. Gender, War, and the Post-conflict Process*, Oxford 2011; C. Eboe-Osuji, a.a.O. (Fn. 1), S. 257 ff.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu R. Seifert, *Frauen, Männer und Militär: Vier Thesen zur Männlichkeit (in) der Armee*, SoWi-Arbeitspapier Nr. 61 (1992); G. Zipfel, *Ausnahmestand Krieg? Anmerkungen zu soldatischer Männlichkeit, sexueller Gewalt und militärischer Einhegung*, in: I. Eschebach/R. Mühlhäuser, *Krieg und Geschlecht*, Berlin 2008, S. 55–74.

<sup>9</sup> Vgl. statt vieler die Beiträge in: I. Eschebach/R. Mühlhäuser, a.a.O. (Fn. 8); C. Harders/B. Roß (Hrsg.), *Geschlechterverhältnisse in Krieg und Frieden*, Opladen 2002; J. Neissl (Hrsg.), *Männerkrieg und Frauenfrieden: Geschlechterdimensionen in kriegerischen Konflikten*, Wien 2003; R. Seifert/C. Eifler (Hrsg.), *Gender und Militär*, Königstein 2003; M. Thiele/T. Thomas/F. Virchow (Hrsg.), *Medien – Krieg – Geschlecht*, 2010; aber auch K. Latzel/F. Maubach/S. Satjukow (Hrsg.), *Soldatinnen. Gewalt und Geschlecht im Krieg vom Mittelalter bis heute*, Paderborn 2011; ferner T. Bewernitz, *Konstruktionen für den Krieg? Die Darstellung von „Nation“ und „Geschlecht“ während des Kosovo-Konflikts 1999 in den deutschen Printmedien*, 2010.

<sup>10</sup> Die Vorstellung einer klaren Trennung von in die Auseinandersetzung involvierten Kombattanten und davon grundsätzlich nicht betroffener Zivilbevölkerung spricht jeder Realität Hohn – die Zahl der zivilen Opfer von bewaffneten Konflikten seit 1945 übersteigt die Zahl der soldatischen Opfer um ein Vielfaches. Am Mythos wird aber festgehalten, obwohl er seinen Sinn als normative Vorgabe längst verloren hat und nur noch dem Versuch dient, die jeweils andere Seite in der Weltöffentlichkeit zu diskreditieren.

<sup>11</sup> Vgl. nur J. S. Goldstein, a.a.O. (Fn. 5); R. Seifert, *Der weibliche Körper als Symbol und Zeichen. Geschlechtsspezifische Gewalt und die kulturelle Konstruktion des Krieges*, in: Andreas Gestrich (Hrsg.), *Gewalt im Krieg. Ausübung, Erfahrung und Verweigerung von Gewalt in Kriegen des 20. Jahrhunderts*, 1996, S. 13–33.

<sup>12</sup> Zur signifikant erhöhten Gewaltbereitschaft von Kriegsveteranen insbesondere im familiären und häuslichen Bereich vgl. A. Howell/Z. H. Wool, *The War Comes Home: The Toll of War and the Shifting Burden of Care*, 2011, mwN, abrufbar unter <http://costsofwar.org> (08.03.2013); D. MacManus *et al.*, *Violent behaviour in UK military personnel returning home after deployment*, in: *Psychological Medicine* (2012), S. 1663–1673; napo, *Armed Forces and the Criminal Justice System*, 2009, abrufbar unter <http://www.napo.org.uk/about/veteransincjs.cfm> (08.03.2013); ferner den Beitrag von Deutschlandradio Kultur vom 10.12.2009, abrufbar unter <http://www.dradio.de/dlf/sendungen/hintergrundpolitik/1085609/> (08.03.2013).

<sup>13</sup> Zu sog. häuslicher Gewalt als Menschenrechtsverletzung vgl. B. Meyersfeld, *Domestic violence and international law*, Oxford 2010; I. Westendorp/R. Wolleswinkel (Hrsg.), *Violence in the Domestic Sphere*, 2005.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu A. Schmidt, *Geschlecht, Sexualität und Lebensweisen*, in: L. Foljanty/U. Lembke (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., Baden-Baden 2012, S. 213 ff.

sein kann? Welche sozialen, emotionalen und intellektuellen Eigenschaften werden mit vorausgesetzten biologischen Geschlechtern assoziiert? Wie sind – bezogen auf die Geschlechter – die Machtverhältnisse in der Gesellschaft beschaffen? Haben Personen, die keine Männer sind, unproblematisch Zugang zu Ressourcen und gesellschaftlicher Teilhabe? Wie sind die familiären Ordnungen ausgestaltet? Tragen Männer gesellschaftliche Verantwortung für das Verhalten der ihnen zugeordneten Frauen und Kinder? Sind männliche Ernährermodelle<sup>15</sup> prägend, in welchen Frauen ökonomisch und sozial von männlichen Angehörigen abhängig sind? Unterscheidet sich die wirtschaftliche und soziale Situation der weiblichen Bevölkerung wesentlich von der Situation der männlichen Bevölkerung? Die wirtschaftliche und/oder soziale Situation von Frauen kann, insbesondere nach bewaffneten Konflikten, so desaströs sein, dass auch ein regulatorisch hervorragendes Sexualstrafrecht sich im rein Symbolischen erschöpfen wird – jedenfalls dann, wenn keine flankierenden Maßnahmen getroffen werden.

Weiterhin ist für ein effektives Sexualstrafrecht von hoher Relevanz, wie diese gesellschaftlichen Geschlechterverhältnisse im bereits bestehenden Rechtsbestand<sup>16</sup> gespiegelt oder adressiert werden. Genießen Frauen die gleichen bürgerlichen und politischen Rechte? Ist Frauen der uneingeschränkte Zugang zu den Gerichten eröffnet? Wie sind die prozessualen Rechte ausgestaltet? Wird eine formale Gleichheit der Geschlechter durch ein geschlechtsspezifisches Familien- und/oder Erbrecht konterkariert? Und selbst wenn der Genuss bürgerlicher, politischer und privater Rechte unabhängig vom Geschlecht garantiert wird: können Frauen diese Rechte tatsächlich wahrnehmen oder werden sie durch gesellschaftliche Rollenverständnisse oder sozio-ökonomische Faktoren daran gehindert?

Wird das angestrebte geschlechtergerechte Sexualstrafrecht durch konkurrierende rechtliche, soziale oder moralische Normen konterkariert, steht seine Wirksamkeit ernsthaft in Frage. Durch weitere Veränderungen des geschlechtsspezifischen Rechtsbestandes können rechtliche Barrieren beseitigt und auch Einfluss auf gesellschaftliche Geschlechterverhältnisse genommen werden.<sup>17</sup>

### 1.5. Geregelte Verhältnisse: Sexualität und Recht

Wenn erste Klarheiten über das Geschlechterverhältnis oder die Geschlechterverhältnisse in der Gesellschaft bestehen, stellt sich die damit verbundene Frage nach gesellschaftlichen Auffassungen von Sexualität. Wie ist die gesellschaftliche Konzeption und Einordnung von Sexualität beschaffen? Welche Vorstellungen von „guter“ oder „richtiger“ Sexualität gibt es? Wie wird mit davon abweichenden Formen von Sexualität umgegangen? Welche Kommunikation findet über unterschiedlich bewertete Sexualitäten statt? Wie wird das Konzept sexueller Autonomie<sup>18</sup> generell und bezogen auf individuelle Lebenslagen (geprägt durch Alter, Geschlecht, Status, soziale Zugehörigkeit, Religion etc.) verstanden? Wie prägend ist die Orientierung an Sexualnormen für das soziale Ansehen und wie klar werden diese Normen und von wem kommuniziert? Welche gesellschaftlichen Folgen hat sexuelles „Fehlverhalten“ und sind diese abhängig vom Geschlecht?

Diese Fragen sind notwendig abstrakt formuliert, weil Verständnis, Konzeption, Praxen und Bedeutung von Sexualität, sexualbezogener Kommunikation und sexuellen Handlungen immer abhängig vom konkreten sozialen Kontext sind.<sup>19</sup> Zwar gibt es auch große gesellschaftliche Entwürfe zu Sexualität wie die sog. sexuelle Revolution in westlichen Staaten im Zuge der Ereignisse ab 1968 und das daraus bis heute gezogene Überlegenheitsgefühl gegenüber der „sexuell nicht befreiten“ restlichen Welt. Bei genauerem Hinsehen sind aber auch die Sexualnormen innerhalb der westlichen Welt überaus heterogen und abhängig von familiärer Erziehung, religiöser Zugehörigkeit, sozialem Milieu, politischer Überzeugung, Lebensalter, kulturellen Normen, regionalen oder lokalen Sitten, sexueller Orientierung, Medienkonsumverhalten und vielem mehr.<sup>20</sup> Die Selbstbeschreibung als progressiv führt immer wieder zu Regelungen, die Justiz und/oder Gesellschaft dann überfordern.

Eine Perspektive dürfte fast immer wesentlich für die Betrachtung sein: die heterosexuelle Ehe als allgemein anerkannter Ort für die legitime Ausübung sexueller Handlungen bildet einen Kulminationspunkt gesellschaftlicher Verständigungsprozesse über Sexualität. Daher ist nicht nur aufschlussreich, in welchen Formen, auf welchem Wege und unter Beteiligung welcher Akteur/-innen Ehen zustande kommen, sondern auch, welche gesellschaftlichen Werturteile über heterosexuelle voreheliche, nichteheliche oder außereheliche sexuelle Handlungen und über gleichgeschlechtliche Sexualität bestehen und ob diese geschlechtlich differenzieren.

In engem Zusammenhang mit gesellschaftlichen Sexualnormen stehen rechtliche Regelungen zu Sexualität, insbeson-

<sup>15</sup> Vgl. für Deutschland und andere westliche Länder die Beiträge in: S. Berghahn/M. Wersig (Hrsg.), *Gesicherte Existenz? Gleichberechtigung und männliches Ernährermodell in Deutschland*, 2013; S. Leitner/I. Ostner/M. Schratzenstaller (Hrsg.), *Wohlfahrtsstaat und Geschlechterverhältnis im Umbruch: Was kommt nach dem Ernährermodell?*, Opladen 2004.

<sup>16</sup> Allerdings kann genau dieser Rechtsbestand in der post-conflict-Situation auch geändert werden. Hierbei spielt die Verfassungsgebung eine wesentliche Rolle, die ohne flankierende Maßnahmen aber rasch Gefahr laufen kann, im Symbolischen zu verbleiben.

<sup>17</sup> Recht allein kann eine Gesellschaft und die ihr zugrunde liegenden Geschlechterverhältnisse nicht ändern; zur Wirkungskraft von Recht vgl. die Beiträge in: K. Arioli/M. Cottier/P. Fahramand/Z. Küng (Hrsg.), *Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?*, Zürich 2008.

<sup>18</sup> Vgl. aus menschenrechtlicher Perspektive die Beiträge in: C. Lohrenscheit (Hrsg.), *Sexuelle Selbstbestimmung als Menschenrecht*, Baden-Baden 2009; ferner E. Holzleithner, *Sexuelle Autonomie. Ein Konzept im Spannungsfeld von Recht, Macht und Freiheit*, in: Olympe 17 (2002), S. 48–58.

<sup>19</sup> Erschwert werden kann das Verständnis von Sexualnormen innerhalb einer Gesellschaft durch die besondere post-conflict-Situation. Ein einschlägiges Werk zu Sexualität, Reproduktion und sexualisierter Gewalt im Nachkriegsdeutschland ist nun vorgelegt von A. Grossmann, *Juden, Deutsche, Alliierte. Begegnungen im besetzten Deutschland*, 2012.

<sup>20</sup> Die Entscheidung für richtiges oder falsches Verhalten in Bezug auf Sexualität ist damit kaum noch zu treffen, da die Verhaltenserwartungen so divers und komplex sind und manchmal auch schlichtweg nicht zu erfüllen, vgl. aus der Studie von S. Strasser/C. Markom, *Kulturelles Unbehagen: eine kleine Stadt und ihre großen Sorgen*, in: S. Strasser/E. Holzleithner (Hrsg.), *Multikulturalismus queer gelesen. Zwangsheirat und gleichgeschlechtliche Ehe in pluralen Gesellschaften*, Frankfurt 2010, S. 71 (102 ff.).

dere im Familien- und Strafrecht.<sup>21</sup> Auch diese Regelungen sind in die Betrachtung einzubeziehen. In welchem Ausmaß wird die (heterosexuelle) Ehe rechtlich privilegiert? Werden nichteheliche Kinder als unlegbarer Beleg außerehelicher Sexualität vom Recht benachteiligt?<sup>22</sup> Werden nichteheliche Kinder vom Recht explizit gleichgestellt und entspricht dies der Rechtswirklichkeit? Ist Abtreibung erlaubt oder wird sie strafrechtlich verfolgt? Wird Prostitution vom Recht irgendwie erfasst? Äußert sich im Umgang mit Prostitution eine gesellschaftliche Doppelmoral zulasten des weiblichen Geschlechts? Dient das Sexualstrafrecht dem Schutz von Familie und Sittlichkeit<sup>23</sup> oder dem Schutz der sexuellen Autonomie? Werden konsensuelle deviante Sexualitäten wie bspw. gleichgeschlechtliche sexuelle Handlungen vom Recht unterdrückt oder ignoriert oder explizit geregelt? Wenn konsensuelle deviante Sexualitäten unterdrückt werden: hat dies auch Einfluss auf bürgerliche und politische Rechte?<sup>24</sup> Oder können konsensuelle deviante Sexualitäten in einen geschützten Raum des Legalen eintreten, indem bspw. gleichgeschlechtliche Sexualpartner/-innen eine Zivilehe oder zumindest rechtlich geschützte Partnerschaft schließen können – wobei Letzterer durch mindere Rechte gegenüber der Ehe unvermeidbar ein von Rechts wegen minderer Wert anhaftet?<sup>25</sup> Inwiefern beziehen familiäre Zuordnungen sich auf den rechtlichen Status involvierter Beziehungen? Kann Geschlecht, Familienstand oder sexuelles „Fehlverhalten“ Einfluss auf den erbrechtlichen Status<sup>26</sup> haben?

### 1.6. Gesellschaftliche Mythen: sexualisierte Gewalt

Eine Bestandsaufnahme gesellschaftlicher wie rechtlicher Normen zu Sexualität ist für den Erlass eines geschlechtergerechten Sexualstrafrechts unabdingbar, kann aber auch leicht auf Abwege führen: sexualisierte Gewalt ist keine Sexualität. Sexualisierte Gewalt ist auch nicht die Fortsetzung der Sexualität mit anderen Mitteln. Sexualisierte Gewalt ist geschlechtsspezifische Gewalt.

Eine detaillierte Befassung mit gesellschaftlichen wie rechtlichen Geschlechter- und Sexualnormen ist jedoch unabdingbar, weil aus diesen Normen die Mythen und Rechtfertigungsstrategien erwachsen, die eine effektive Bekämpfung sexualisierter Gewalt massiv erschweren.<sup>27</sup> Sexualisierte Gewalt wird immer wieder damit gerechtfertigt, dass das Opfer des Übergriffs sich nicht normkonform verhalten habe. Je nach gesellschaftlicher Wirkkraft der Norm, die das Opfer übertreten hat oder übertreten haben soll, kann relativiert oder gar negiert werden, dass dem Opfer durch die sexualisierte Gewalt Unrecht geschehen ist, welches geahndet werden muss. Dies kann Frauen betreffen, die sich nicht an gesellschaftliche Normvorstellungen von (ehrbarer) Weiblichkeit halten, aber auch Personen, die nicht eindeutig einem Geschlecht zuordenbar sind oder denen homosexuelles Begehren unterstellt wird. Eine gescheiterte Kommunikation über Sexualität<sup>28</sup> kann ebenso herangezogen werden wie eine gescheiterte Ehe(-schließung).

Das Ausmaß möglicher sozialer „Rechtfertigungsgründe“ entspricht insoweit dem Ausmaß gesellschaftlich anerkannter Geschlechter- und Sexualnormen. Daneben und eng damit verbunden existieren konkrete Vorstellungen über Um-

stände, Erscheinungsbild und Häufigkeit sexualisierter Gewalt. Diese müssen keineswegs mit der Realität sexualisierter Gewalt übereinstimmen. Umso weiter sich diese Vorstellungen von der Realität entfernen und umso fester sie zugleich in der Gesellschaft verankert sind, umso größer ist das aus ihnen resultierende Strafverfolgungshindernis. Wird beispielsweise davon ausgegangen, dass Vergewaltigungen grundsätzlich von abnorm veranlagten Fremden an gefährlichen öffentlichen Orten begangen werden, wird eine Anzeige wegen eines sexuellen Übergriffs durch eine nahe-

<sup>21</sup> Die Ideologie von Sexualität als staats- und rechtsfreiem Raum wird schlicht durch den Blick ins Gesetz widerlegt. Staaten haben schon aus bevölkerungspolitischen Gründen seit jeher ein profundes Interesse an der Regulierung von Sexualität und ihrer Kanalisierung in die geordneten Bahnen von Ehe und Familie. Weitergehend vgl. C. Hein, Weiskerns Nachlass, Berlin 2011, S. 44.

<sup>22</sup> In Deutschland wurde nicht verheirateten Eltern bis 1991 das gemeinsame Sorgerecht selbst dann verwehrt, wenn die Eltern zusammenlebten und das gemeinsame Sorgerecht im Interesse des Kindes ausdrücklich wünschten. Das Bundesverfassungsgericht wies nur darauf hin, dass die Eltern doch jederzeit heiraten könnten, um das gemeinsame Sorgerecht zu erlangen, vgl. BVerfG vom 24.03.1981, BVerfGE 56, 363 (384). Zur Geschichte des Sorgerechts für nichteheliche Kinder vgl. U. Lembke, Familienformen im Wandel – Das Sorgerecht für Väter nichtehelicher Kinder, in: Jura (2011), S. 937 (938 ff.).

<sup>23</sup> Dies dürfte in Deutschland noch für die Strafbarkeit des Inzests nach § 173 StGB gelten. Zur Begründung der Verfassungsmäßigkeit der Regelung vgl. BVerfG vom 26.02.2008, BVerfGE 120, 224 ff.; kritisch dagegen N. K. Androulakis, Abschied vom Rechtsgut – Einzug der Moralität?, in: Festschrift Hassemer, 2010, S. 271–286; W. Bottker, Roma locuta causa finita? – Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes?, in: Festschrift Volk, 2009, S. 93–110; T. Hörnle, Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, Frankfurt am Main 2005, S. 452 ff.; Georg Steinberg, Liberale Potentiale des strafrechtlichen Rechtsgutskonzepts, in: Festschrift Rüping, 2008, S. 91–108; J. P. Thurn, Eugenik und Moralschutz durch Strafrecht?, in: Kritische Justiz (2009), S. 74–83.

<sup>24</sup> Die Verurteilung wegen Verstößen gegen sexualbezogene Strafnormen (wie das Verbot homosexueller Handlungen) zog in den meisten europäischen Rechtsordnungen auch den Verlust der sog. bürgerlichen Ehrenrechte nach sich. Dieser Konnex von sexuellem (Fehl-)Verhalten und (Staats-) Bürger/-innenschaft wird unter dem Begriff der ‚sexual citizenship‘ thematisiert, vgl. statt vieler R. Lister, Sexual citizenship, in: E. F. Isin/B. D. Turner (Hrsg.), Handbook of citizenship studies, London 2002, S. 191 ff.

<sup>25</sup> Zum diesbezüglichen österreichischen Rechtsdiskurs vgl. statt vieler N. Benke, „Ich glaube nicht, dass es sinnvoll ist, dass wir unsere ganze Wertebasis in Frage stellen.“ Zu den Fragmenten einer österreichischen Debatte über die Ehe für Homosexuelle, in: S. Strasser/E. Holzleithner (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 20), S. 223–260.

<sup>26</sup> Bis zum 01.01.2010 stellte der „ehrlöse und unsittliche Lebenswandel wider dem Willen des Erblassers“ einen gesetzlichen Enterbungsgrund nach § 2333 Nr. 5 BGB a.F. dar. In Österreich können Kinder, Eltern oder Ehegatten nach §§ 768 Nr. 4, 769 ABGB enterbt werden, wenn sie „eine gegen die öffentliche Sittlichkeit anstößige Lebensart beharrlich führen“, womit primär, aber nicht nur Verstöße gegen die Sexualmoral gemeint sind, vgl. P. Apathy, in: H. Koziol/P. Bydliński/R. Bollenberger (Hrsg.), ABGB-Kommentar, 2. Aufl. 2005, § 768, Rn. 4.

<sup>27</sup> Ab einem bestimmten Ausmaß wird von einer „rape culture“ gesprochen, welche die gelingende Strafverfolgung sexualisierter Gewalt weitgehend ausschließt, vgl. nur E. Buchwald/P. R. Fletcher/M. Roth (Hrsg.), Transforming a Rape Culture, 2. Aufl. 2005, S. 1; M. Sze-chie Fa, Rape Myths in American and Chinese Laws and Legal Systems: Do Tradition and Culture Make the Difference?, 2007, S. 12 ff.

<sup>28</sup> Zum Alltagswissen über die Kommunikation von Ablehnung oder Einverständnis bezüglich sexueller Handlungen vgl. aber die Studie von R. O’Byrne/S. Hansen/M. Rapley, „If a Girl Doesn’t Say ‚no‘ ...“: Young Men, Rape, and Claims of ‚Insufficient Knowledge‘, in: Journal of Community & Applied Social Psychology (2008), S. 168–193.

stehende Person auf wenig Glauben treffen.<sup>29</sup> Vergewaltigungsmysen betreffen aber nicht nur das Täter-Opfer-Verhältnis oder das Setting „gefährlicher öffentlicher Ort“, sondern auch die Mitschuld des Opfers durch Kleidungsstil oder konkrete Verhaltensweisen oder das angeblich notwendige Ausmaß von (physischer) Gewalt des Täters und (misslingender) Gegenwehr durch das Opfer.<sup>30</sup> Einige dieser Mysen geben scheinbar tradiertes, opferfeindliches „Wissen“ weiter: bis heute nicht ausgerottet (und beispielsweise vom Vatikan noch stark vertreten) ist die Vorstellung, dass aus einer Vergewaltigung keine Schwangerschaft entstehen könne, da der Frauenkörper dies nicht zulasse.<sup>31</sup> Umgekehrt scheinen weite Teile der sog. westlichen Welt an die Möglichkeit zu glauben, dass der Frauenkörper auch gegen den Willen der Frau selbst mit sexueller Erregung auf eine Vergewaltigung reagieren könne.<sup>32</sup> Dass solche „gesellschaftlichen Wissensbestände“ der effektiven Bekämpfung sexualisierter Gewalt kaum dienlich sind, sondern selbst Gegenstand effektiver Gegenmaßnahmen sein müssen, liegt auf der Hand.

Trotzdem müssen diese „Wissensbestände“ zunächst sorgfältig abgefragt werden, da sie Hinweise auf mögliche Strafverfolgungshindernisse geben oder sogar die vorläufigen Grenzen eines geschlechtergerechten Sexualstrafrechts in einer konkreten post-conflict-Situation aufzeigen können. So ist von nicht unerheblichem Interesse, wie das bisherige Sexualstrafrecht dieses Wissen aufgenommen, verarbeitet oder konterkariert hat. Sind nur bestimmte Formen sexualisierter Gewalt vom Strafrecht erfasst? Können auch Jungen und Männer Opfer sexualisierter Gewalt im Rechtssinne sein? Setzt eine Vergewaltigung ein bestimmtes Maß an Gewalt voraus oder genügen auch andere Nötigungsmittel wie Drohungen oder schlicht der entgegenstehende Wille des Opfers?<sup>33</sup> Gibt es gesetzliche Strafmilderungs- oder Strafausschlussgründe?<sup>34</sup> Hat eine bestehende Ehe oder ein sonstiges Verwandtschaftsverhältnis zwischen Täter und Opfer Einfluss auf die Strafverfolgung?<sup>35</sup> Gibt es spezielle Regelungen für besonders schutzbedürftige Personen wie Kinder und Jugendliche, abhängig Beschäftigte, Menschen mit Behinderungen oder Personen in Heimen, psychiatrischen Krankenhäusern oder Haftanstalten? Inwieweit können Änderungen an bestehenden Regelungen vorgenommen werden, die gesellschaftlich wohl nicht anders als Strafverschärfungen gelesen werden können?

### 1.7. Wer trägt die gesellschaftlichen Kosten?

Die notwendige Bestandsaufnahme von Geschlechter- und Sexualnormen sowie Vergewaltigungsmysen und korrespondierenden rechtlichen Regelungen ist Grundlage der Einschätzung, welche Konzeptionen eines geschlechtergerechten Sexualstrafrechts möglich erscheinen. Das bedeutet nicht, dass das künftige Recht vor der gesellschaftlichen Wirklichkeit kapituliert, aber dass es auf diese abgestimmt sein muss, um wirksam zu sein. Wenn einer Regelung sehr starke soziale, kulturelle oder religiöse Normen entgegenstehen, die von breiten Kreisen der Gesellschaft geteilt werden, ist Vorsicht geboten. Der Gesetzgebungsprozess darf nicht in dem Versuch enden, ein progressives Strafrecht auf Kosten der Personen durchzusetzen, deren Schutz es dienen sollte. Unwirksames Recht verstärkt den Rechtsbruch (der dann nicht mehr als solcher empfunden wird), eine gesellschaft-

lich fundierte Ablehnung der erlassenen Rechtsnormen kann das Anliegen der Bekämpfung geschlechtsspezifischer Gewalt selbst nachhaltig diskreditieren.

Ein zukünftiges geschlechtergerechtes Sexualstrafrecht muss daher viele Anforderungen erfüllen. Es muss mit dem geltenden – gegebenenfalls zu ändernden – Rechtsbestand harmonisiert sein, der Geschlechterverhältnisse und Verständnisse von Sexualität prägt. Es darf sich nicht zu weit von relevanten gesellschaftlichen Vorstellungen entfernen und muss seinerseits gesellschaftliche Werte und Konzepte aktivieren,<sup>36</sup>

<sup>29</sup> Zur signifikanten Korrelation von Täter-Opfer-Beziehung und Glaubwürdigkeit des Opfers vgl. statt vieler die Studien von S. Bieneck/B. Krahe, Blaming the Victim and Exonerating the Perpetrator in Cases of Rape and Robbery: Is there a Double Standard?, in: *Journal of Interpersonal Violence* (2010), S. 1–14; L. Greuel/B. Scholz, Deliktsspezifische Kenntnisse und Einstellungen als psychologische Bedingungen des Urteilsverhaltens in Vergewaltigungsfällen, in: *MschKrim* (1990), S. 177–183; B. Krahe/J. Temkin/S. Bieneck/A. Berger, Prospective lawyers' rape stereotypes and schematic decision making about rape cases, in: *Psychology, Crime & Law* (2008), S. 461–479; sowie die Nachweise bei S. Werner, Stereotype Vorstellungen über Vergewaltigungen (Vergewaltigungsmysenakzeptanz) als Prädikatoren der Beurteilung von Vergewaltigungsdelikten durch RechtsanwältInnen, Potsdam 2010, S. 113 ff., in deren Sample selbst keine Signifikanz feststellbar war.

<sup>30</sup> Zu Vergewaltigungsmysen vgl. statt vieler G. Bohner, Vergewaltigungsmysen: sozialpsychologische Untersuchungen über täterentlastende und opferfeindliche Überzeugungen im Bereich sexueller Gewalt, Mannheim 1998; K. M. Chapleau/D. L. Oswald/B. L. Russell, Male Rape Myths: The Role of Gender, Violence, and Sexism, in: *Journal of Interpersonal Violence* (2008), S. 600 ff.; K. A. Lonsway/L. F. Fitzgerald, Rape myths: in review, in: *Psychology of Women Quarterly* (1994), S. 133–164; K. Weber, Die soziale Wirklichkeitskonstruktion von Vergewaltigungsmysen und der Realitätsbezug, 2010.

<sup>31</sup> Zum diesbezüglichen medizinischen und kirchlichen Diskurs M. Lorenz, „... da der anfängliche Schmerz in Liebeshitze übergehen kann ...“: Das Delikt der „Nothzucht“ im gerichtsmedizinischen Diskurs im 18. Jahrhundert, in: C. Künzel (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 5), S. 63 (74 ff.).

<sup>32</sup> Dieser Mythos wurde zuletzt von K. Follett, *Die Tore der Welt*, 2008 (World Without End, 2007), massenhaft verbreitet. Die zahlreichen Rezensionen in deutschsprachigen Medien gehen mit keinem Wort auf Folletts Vergewaltigungsmysen ein, woraus zu schließen ist, dass die Darstellung eines die Vergewaltigung genießenden Frauenkörpers nicht etwa als Skandal, sondern als plausibel empfunden wird.

<sup>33</sup> Das Erfordernis von Gewalt und Gegenwehr sowie seine Ausgestaltung durch die Rechtspraxis stellen wesentliche Strafverfolgungshindernisse dar. Es spricht (auch rechtlich) viel dafür, im entgegenstehenden Willen des Opfers den wesentlichen Strafgrund zu sehen, dazu noch unter 3.

<sup>34</sup> Eine Strafmilderung wegen bestehender oder vorheriger intimer Beziehung zwischen Täter und Opfer ist schon deshalb problematisch, weil Vergewaltigungen typische Beziehungsdelikte darstellen; explizit gegen eine Privilegierung M. Kieler, Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen, 2003, S. 110 ff.

<sup>35</sup> In vielen Rechtsordnungen ist die Strafverfolgung wegen sexualisierter Gewalt ausgeschlossen, wenn zwischen Täter und Opfer eine Ehe besteht oder geschlossen wird. Dies ist nicht vereinbar mit internationalem Recht (dazu unter 3.). Als regionaler Menschenrechtspakt fordert Artikel 43 der Europaratskonvention zur Verhütung von Gewalt gegen Frauen (<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/210.htm>) explizit, dass Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung unabhängig von der Täter-Opfer-Beziehung geahndet werden. Zum Strafausschlussgrund der Eheschließung vgl. auch CEDAW, Concluding observations on the sixth periodic report of Argentina: Information provided by Argentina of 14 January 2013, CEDAW/C/ARG/CO/6/Add.1, Ziff. 7.

<sup>36</sup> Dazu zählen Geschlechtergerechtigkeit, sexuelle Selbstbestimmung und die Möglichkeit eines gewaltfreien Lebens, die prominent benannt werden müssen, um eine Abkehr von vertrauten traditionellen Strukturen und Konzepten attraktiv zu machen. Sehr wichtig ist, dass hierfür gesellschaftliche Autoritäten (aus dem religiösen, politischen oder evtl. populär-kulturellen Bereich) gewonnen werden, welche einen Wertewandel unterstützen.

die seine Umsetzung fördern. Zu jedem gelingenden materiellen Strafrecht gehören darüber hinaus effektive Verfahrens- und Opferschutzregeln. Ferner wird es vielfach notwendig sein, Ressourcen aufzuwenden, um die tatsächliche Durchsetzung der Rechte zu gewährleisten, wie die Finanzierung von Frauenhäusern und Opferbeiständen oder die Schulung von Justizpersonal.

### 1.8. Individuelle und institutionelle Akteur/-innen

Die Frage nach den Akteur/-innen hat mindestens zwei Dimensionen. Zum einen ist von großer Bedeutung, wer am Gesetzgebungsprozess beteiligt wird, also wessen Sicht auf die gesellschaftliche Wirklichkeit einbezogen wird, wessen Forderungen und Befürchtungen Berücksichtigung finden, wessen Regelungsvorstellungen sich durchsetzen können. Kaum weniger wichtig ist, welchen Institutionen und dort tätigen Personen die Umsetzung des Gesetzes nachher anzuvertrauen ist. Die Gesetzgebung kann zum Motor für eine rechtsstaatliche Rechtsanwendung werden, sie kann aber auch an der ablehnenden Haltung von Polizei und Justizpersonal oder starken gesellschaftlichen Kräften scheitern.

#### 1.8.1. Akteur/-innen in der späteren Rechtsanwendung

Mit Blick auf die spätere Rechtsanwendung ist vor allem relevant, ob allgemein davon ausgegangen wird, dass Angehörige staatlicher Stellen selbst grundsätzlich zu sexuellen Übergriffen neigen. Dem damit verbundenen Misstrauen und einer mutmaßlich geringen Anzeigenquote könnte mit Verfahrensregelungen und/oder Strafschärfungen für Sexualdelikte durch Staatsbedienstete begegnet werden. Doch auch Strafverfolgungsorgane, die nicht im Verdacht stehen, selbst sexualisierte Gewalt auszuüben, können die Strafverfolgung durch Vergewaltigungsmythen oder opferfeindliches Alltagswissen erschweren oder behindern.<sup>37</sup> Die erforderliche Professionalisierung des Justizpersonals, auch durch entsprechende Aus- und Weiterbildung, sowie die Institutionskulturen spielen hier eine wesentliche Rolle.

Eine Frage, die immer wieder diskutiert wird, ist, ob die verstärkte Einbeziehung von weiblichem (Justiz-)Personal in die Strafverfolgung von Sexualdelikten diese effektiver gestalten und Re-Viktimisierungen von Opfern vorbeugen könne.<sup>38</sup> Wenn es eines besonderen Vertrauensverhältnisses bedarf, wie beispielsweise bei der Anzeigenerstattung oder der gerichtsmedizinischen Untersuchung, sollte unbedingt die Möglichkeit gewährleistet sein, dass die Betroffenen sich an Angehörige des eigenen Geschlechtes wenden, und diese Möglichkeit sollte auch verfahrensrechtlich abgesichert werden. Darüber hinaus ist jedoch nicht abschließend geklärt, ob das Geschlecht des Justizpersonals für die gelingende Strafverfolgung einen wesentlichen Beitrag leisten kann oder ob es nicht entscheidender auf den Professionalisierungsgrad des Justizpersonals und dessen Resistenz gegenüber Vergewaltigungsmythen einerseits<sup>39</sup> sowie die sozial-psychologische Begleitung und prozessuale Ermächtigung der Opferzeug/-innen andererseits ankommt. Dies würde bedeuten, dass der Spezialisierung sowie Aus- und Weiterbildung des Justizpersonals erhebliche Bedeutung zukommt. Auch die verfahrensrechtliche Garantie einer kostenlosen psycho-

sozialen Prozessbegleitung für Opferzeug/-innen<sup>40</sup> sowie umfassende Nebenklagebefugnisse spielen eine wesentliche Rolle, damit die Betroffenen selbst zu Akteur/-innen in der Strafverfolgung werden können und nicht nur als Beweismittel fungieren.<sup>41</sup>

Wird davon ausgegangen, dass das Geschlecht der Richter/-innen von erheblicher Relevanz für einen effektiven und geschlechtergerechten Strafprozess ist, bietet sich eine Regelung wie in Art. 335 Abs. 4 der schweizerischen Strafprozessordnung an: „Hat das Gericht Straftaten gegen die sexuelle Integrität zu beurteilen, so muss ihm auf Antrag des Opfers wenigstens eine Person des gleichen Geschlechts wie das Opfer angehören. Bei Einzelgerichten kann von dieser Regelung abgewichen werden, wenn Opfer beiderlei Geschlechts beteiligt sind.“

#### 1.8.2. Beteiligte im Gesetzgebungsverfahren

Bezüglich der Gesetzgebung steht im Zentrum der Aufmerksamkeit mit Blick auf die zentrale Frage der Menschenrechte für Frauen und Mädchen, denen ein geschlechtergerechtes Sexualstrafrecht dienen soll, und mit Blick auf den Regelungsgegenstand sicher die Einbeziehung der weiblichen Hälfte der Bevölkerung. Hier können sich nicht unerhebliche Probleme auftun. Einerseits ist durchaus denkbar, dass Frauen und Mädchen aus verschiedenen Gründen nicht (öffentlich) mit diesem Thema identifiziert und daher nicht in den Gesetzgebungsprozess einbezogen werden wollen. Dann ist über alternative Möglichkeiten der Einbeziehung

<sup>37</sup> Dazu ausführlich unter 3.

<sup>38</sup> Bereits 1912 verlangte eine „Petition des Bundes deutscher Frauenvereine“ an den Reichstag die Mitwirkung von Frauen bei Schwurgerichtsverhandlungen über geschlechtliche Vergehen der Männer, weil „die Gefahr einer unbewussten Männerjustiz niemals so nahe liege wie in solchen Fällen, wo meist dem Manne als Angeklagten die Frau als Zeugin gegenüberstehe und vom männlichen Standpunkt aus dem, was die Frau zu sagen habe, niemals die volle Würdigung zuteil werden könne“, vgl. U. Rust, in: E. Dickmann (Hrsg.), Barrieren und Karrieren: Die Anfänge des Frauenstudiums in Deutschland, Berlin 2000, S. 343 (346, Fn. 22).

<sup>39</sup> Vergewaltigungsmythen dienen Frauen – anders als Männern – dazu, Gedanken an den eigenen potentiellen Opferstatus abzuwehren, die Illusion von Kontrolle über das eigene Schicksal aufrecht zu erhalten und sich in der Abgrenzung von „typischen“ Opfern selbst sicher zu fühlen, vgl. ausführlich G. Böhner, a.a.O. (Fn. 30), S. 63 ff.

<sup>40</sup> In Schleswig-Holstein gibt es eine psychosoziale Prozessbegleitung in Verfahren wegen Sexualstraftaten und häuslicher Gewalt, die Vorbildwirkung auch für andere Bundesländer entfalten kann, vgl. den Informationsflyer unter [http://www.schleswig-holstein.de/MJKE/DE/Service/Broschueren/Justiz/flyerZeugenbegleitprogramm\\_\\_blob=publicationFile.pdf](http://www.schleswig-holstein.de/MJKE/DE/Service/Broschueren/Justiz/flyerZeugenbegleitprogramm__blob=publicationFile.pdf) sowie [http://www.schleswig-holstein.de/ZBP/DE/DasZeugenbegleitprogramm/zbp\\_inhalt\\_\\_blob=publicationFile.pdf](http://www.schleswig-holstein.de/ZBP/DE/DasZeugenbegleitprogramm/zbp_inhalt__blob=publicationFile.pdf).

<sup>41</sup> Zum Opferschutz im deutschen Recht (allerdings mit Schwerpunkt auf Kindern und Jugendlichen) vgl. die Beiträge in: F. Fastie (Hrsg.), Opferschutz im Strafverfahren, 2. Aufl., Opladen 2008; zum notwendigen interdisziplinären Wissen vgl. B. Roggenwallner/G. Herrmann/B. H. Jansen, Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung: Strafrecht, Zivilrecht, Familienrecht, Sozialrecht, Forensische Psychiatrie, Münster 2011; zur Diskussion um die Nebenklage vgl. O. Tolmein, Nebenklage – eine Erweiterung, keine Demontage des liberalen Strafverfahrens, in: S. Barton/R. Köbel (Hrsg.), Ambivalenzen der Opferzuwendung des Strafrechts, Baden-Baden 2012, S. 233–248; S. Barton/C. Flotho, Opferanwälte im Strafverfahren, Baden-Baden 2010.

nachzudenken, welche die Anonymität der betreffenden Frauen wahren. Ferner ist nicht auszuschließen, dass partizipationswillige Frauen keinen Zugang zum Prozess der Rechtsetzung finden, weil sie keine entsprechenden Positionen bekleiden, sondern nur Teil der sog. Zivilgesellschaft sind, zu welcher der Kontakt oftmals nicht einfach herzustellen ist (Beispiel Afghanistan). Die Wahrscheinlichkeit männlicher Dominanz ist gerade in post-conflict-Situationen regelmäßig erhöht. Und schließlich sind mit der Beteiligung von „Frauen“ nicht etwa alle Probleme gelöst. Das Abstellen auf das (biologische) Geschlecht enthebt nicht von der notwendigen Beantwortung der Frage, für wen die konkret beteiligten Frauen sprechen, welche gesellschaftlichen Gruppen oder Kräfte sie vertreten und ob mit ihnen die Vielfalt weiblicher Lebensrealitäten hinreichend abgebildet ist. Fragen der Repräsentation stellen sich auch jenseits der Frage nach Geschlechterparität: Sind die gesellschaftlichen Kräfte einbezogen, gegen deren Widerstand das Gesetz nicht durchgesetzt werden kann? Sind diejenigen beteiligt, deren Schutz die Normen dienen sollen? Ist hinreichend Rechtsexpertise, auch aus verschiedenen institutionellen Zusammenhängen wie Rechtsprechung, Politik, Anwaltschaft und Wissenschaft, vertreten? Sind die zentralen Akteur/-innen für die spätere Umsetzung des Gesetzes dabei? Können gesellschaftliche Gefährdungslagen berücksichtigt werden? Gibt es schutzbedürftige Minderheiten, die von dem Gesetz besonders betroffen sein können? Woher stammt im Prozess der Gesetzgebung das Wissen über Geschlechterverhältnisse, Sexualität, Gewalt und rechtliche Rahmenbedingungen? Werden eigene Geschlechter- und Sexualnormen reflektiert? Können die Beteiligten eine hinreichende Gesetzesfolgenabschätzung leisten?

## 2. Rechtstransfer als Kolonialismus? Besondere Problematiken im Zusammenhang mit Sexualstrafrecht

Der Erlass eines effektiven und geschlechtergerechten Sexualstrafrechts setzt die Befassung mit gesellschaftlichen Geschlechter- und Sexualnormen voraus. Dieses normative Feld ist aber gerade im trans- und interkulturellen Austausch besonders heikel.

### 2.1. Orientalismus und „Kampf der Kulturen“

In der sogenannten westlichen Welt werden seit geraumer Zeit „Islamdiskurse“ bzw. antimuslimische Diskurse geführt, in deren Zentrum gerade auch die jeweiligen Geschlechterverhältnisse stehen. Der westlichen Welt fehlte nach Ende des Kalten Krieges ein Gegenüber, dessen Konstruktion und Abwertung für die eigene Identitätsbildung unerlässlich schien,<sup>42</sup> sie fand aber einen neuen Counterpart in der „arabischen“ bzw. „islamischen“ Welt. Grundlegende Unterschiede waren rasch gefunden und die Differenzen in Überzeugungen und Konzeptionen wurden zum „Kampf der Kulturen“<sup>43</sup> hochstilisiert.

In der nun imaginierten Auseinandersetzung zwischen „westlicher“ und „arabischer/islamischer“ Kultur soll die eigene „Kultur“ natürlich überlegen sein,<sup>44</sup> weshalb auch die Gleichberechtigung der Geschlechter als Diskursfeld ge-

wählt wurde: „Die Geschlechterverhältnisse dienen als Katalysator, um die angenommene Differenz zwischen Angehörigen der so genannten islamischen und denjenigen der so genannten westlichen Kultur herzustellen und festzuschreiben.“<sup>45</sup> Die „arabische/islamische“ Kultur gilt dabei als patriarchal und frauenunterdrückend, die „westliche“ Kultur als Ort der Frauenemanzipation<sup>46</sup> – dass solche Vorannahmen einen respektvollen und konstruktiven Austausch (ver-)hindern, liegt auf der Hand. Überdies besteht die Gefahr, dass die Frauen aus der „arabischen/islamischen“ Kultur nur noch als unterdrückte Opfer gesehen werden<sup>47</sup> und nicht als unverzichtbare Akteurinnen bei der Implementation und Durchsetzung der Menschenrechte von Frauen.

### 2.2. Säkularismus: ein problematisches Konzept

Geschlechter- und Sexualnormen haben wesentlichen Einfluss auf den Lebensalltag. Sie sind aber auch über die einzelne Person hinaus identitätsstiftend. An „freizügiger Sexualmoral“ und Gleichberechtigung der Geschlechter wird festgemacht, wie fortschrittlich die westliche Welt sei und welchen Nachholbedarf andere, insbesondere muslimisch geprägte Kulturen oder Nationen, doch noch hätten. Wenig hilfreich sind daher Parolen wie die, der Islam brauche eine sexuelle Revolution. Dies lässt nicht nur den für gedeihliche Kommunikation unerlässlichen Respekt vermissen, sondern suggeriert auch ein westliches oder gar deutsches Verständnis von Säkularismus als das Maß jeglichen Fortschritts. Zum einen wird aber – gerade in der sogenannten arabischen Welt – Säkularismus vielfach mit Kolonialismus oder gerade überwundenen autoritären Regimen assoziiert.

Zum anderen belegt die Vorstellung, Deutschland könne den säkularen Rechtsstaat zum Exportschlager machen, neben

<sup>42</sup> Zur nationalen Identitätsbildung durch Ausgrenzung vgl. statt vieler die Beiträge in: jour fixe initiative berlin (Hrsg.), *Wie wird man fremd?*, Münster 2001.

<sup>43</sup> S. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, 1998.

<sup>44</sup> Die Ursprünge und Ausprägungen dieses hoch problematischen Diskurses wurden bereits analysiert von E. Said, *Orientalism*, 1978. Zum daraus resultierenden, kulturalistischen „Rassismus ohne Rassen“ vgl. E. Balibar, *Is there a ‚Neo-Racism‘?*, in: E. Balibar/I. Wallerstein, *Race, Class, Nation*, London 1990, S. 17 ff.

<sup>45</sup> D. Marx, *Mission: impossible? Die Suche nach der ‚idealen Muslimin‘*. Feministische Islamdiskurse in Deutschland und den Niederlanden, in: *femina politica* 1 (2008), S. 55 (55).

<sup>46</sup> Zum Stand der überaus kritischen Diskussion vgl. die Beiträge in G. Dietze/C. Brunner/E. Wenzel (Hrsg.), *Kritik des Okzidentalismus. Transdisziplinäre Beiträge zu (Neo-)Orientalismus und Geschlecht*, 2. Aufl., Bielefeld 2010. Nebenbei beeinträchtigen solche kulturalistischen Vorannahmen auch mögliche Entwicklungen in der „westlichen“ Welt, deren proklamierte Geschlechtergerechtigkeit noch manche erhebliche Lücke aufweist.

<sup>47</sup> Grundlegend G. C. Spivak, *‘Can the subaltern speak?’ revised edition: from the ‘history’ chapter of the critique of postcolonial reason*, in: dies., *Can the Subaltern Speak? Reflections on the history of an idea*, ed. by Rosalind C. Morris, 2010, S. 21–80; ferner C. T. Mohanty, *Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourses*, in: dies. (Hrsg.), *Third World Women and the Politics of Feminism*, Bloomington 1991, S. 51 (57 ff.).

vielem anderen auch profunde Rechtsunkenntnis: die Bundesrepublik ist kein säkularer Staat. Staat und Gesellschaft sind wesentlich verbunden mit christlichen Werten und den christlichen Kirchen,<sup>48</sup> wichtige Einrichtungen der Daseinsvorsorge stehen weitgehend in kirchlicher Trägerschaft<sup>49</sup> und das Recht ist geprägt von Religionsprivilegien (oder eher: Kirchenprivilegien), die nicht zuletzt Regelungen des Antidiskriminierungsrechts aushebeln können<sup>50</sup> und zwar auch dann, wenn es um die hier relevante Diskriminierung aufgrund des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung geht.

### 2.3. Zurückhaltung und Selbstreflektion

Angesichts des verminten Diskursfeldes, welches Geschlechter- und Sexualnormen im trans- und interkulturellen Austausch bilden, ist viel Zurückhaltung zu üben. Auch sollten eigene Geschlechterkonzepte, Vorstellungen von Sexualität und Ordnungsmodelle wie ein pauschaler Säkularismus einer kritischen Reflektion unterzogen werden. Der „Kampf der Kulturen“ ist eine schwere Bürde für die internationale Zusammenarbeit bei Erlass eines effektiven und geschlechtergerechten Sexualstrafrechts.<sup>51</sup> Bei den anzusprechenden Themenfeldern kann nur allzu schnell und schon bei geringer Unachtsamkeit der Eindruck entstehen, westliche Partner hielten nicht nur ihre nationalen Regelungsmodelle für vorzugswürdig, sondern auch ihre gesellschaftlichen Verhältnisse für fortschrittlicher.

### 3. Völkerrechtliche Vorgaben und Rahmenbedingungen

Da sexualisierte Gewalt als Menschenrechtsverletzung<sup>52</sup>, insbesondere an Frauen, dem internationalen Recht nicht unbekannt ist, sollte sich auch ein nationales Sexualstrafrecht durchaus an den völkerrechtlichen Vorgaben orientieren. Darüber hinaus könnte sich hier die Chance eröffnen, Werte und Konzepte für ein geschlechtergerechtes Sexualstrafrecht zu mobilisieren, die zumindest nicht von vornherein<sup>53</sup> mit der Bürde kulturalistischer Diskurse belastet sind.

#### 3.1. Staatliche Schutzpflichten gegen geschlechtsspezifische Gewalt nach der UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW)

Im Text der UN-Frauenrechtskonvention findet sich das Thema geschlechtsspezifischer Gewalt nur cursorisch, so beschränkt sich Art. 6 CEDAW als einschlägige Regelung auf die Abschaffung des Frauenhandels und der Ausbeutung der Prostitution. Hintergrund war das herkömmliche Menschenrechtskonzept, welches Schutz zunächst nur vor staatlicher oder dem Staat zuzuordnender Gewalt in der öffentlichen Sphäre gewährte.<sup>54</sup> In der privaten Sphäre und gegenüber den Übergriffen Privater (beispielsweise Ehemänner) waren Frauen damit menschenrechtlich schutzlos gestellt. Um diese schwerwiegende Diskriminierung zu beenden, gab es verschiedene konzeptionelle Vorschläge<sup>55</sup>: teilweise wurden Frauenhandel und Zwangsprostitution unter Sklaverei, Vergewaltigung und sogenannte häusliche Gewalt unter Folter subsumiert,<sup>56</sup> denn unter diesen Tatbeständen statuierten

auch herkömmliche Menschenrechtskonzeptionen eine staatliche Verpflichtung zum Schutz vor privater Gewalt. Teilweise wurde eine systematische staatliche Nichtverfolgung von Gewalttaten an Frauen als klarer Verstoß gegen das völkerrechtliche Diskriminierungsverbot<sup>57</sup> betrachtet.

Sind Frauen an Leib oder Leben bedroht, werden sie als Ware gehandelt oder ausgebeutet, können sie ihre durch internationale Abkommen<sup>58</sup> garantierten Rechte nicht genießen. Physische und psychische Integrität ist die unverzichtbare Basis der Menschenrechte von Frauen. Die Allgemeine Empfehlung Nr. 19 des CEDAW-Ausschusses von 1992 definiert daher Gewalt gegen Frauen als eine verbotene

<sup>48</sup> Viele Landesverfassungen gehen explizit auf die christlichen Werte ein, von denen die Gesellschaft geprägt war. Auch die staatliche Erhebung der Kirchensteuer ist ein durchaus ungewöhnliches Modell, welches unsere europäischen Nachbarn nicht kennen.

<sup>49</sup> Hierzu gehören Kindergärten, Krankenhäuser, Senioren- und Pflegeheime. Die kirchliche Trägerschaft führt inzwischen immer wieder zu erheblichen Konflikten, so, wenn aus religiösen Gründen nicht alle Leistungen angeboten werden (anonyme Spurensicherung und die sogenannte Pille danach für Opfer von Sexualdelikten) oder religionsbedingte Kündigungen ausgesprochen werden (nichteheliche Beziehung; Kopftuch).

<sup>50</sup> Die wichtigste Regelung ist insofern § 9 AGG, der seine besondere Problematik eben daraus bezieht, dass die Religionsgemeinschaften sich nicht auf einen engen Bereich der Religionspflege beschränken: die christlichen Kirchen sind Arbeitgeber für 1,3 Millionen Menschen in Deutschland.

<sup>51</sup> Zur kontraproduktiven Politisierung von Geschlechterfragen in post-conflict-Situationen am Beispiel Afghanistans und des Irak vgl. D. Kandiyoti, Politische Fiktion trifft auf Geschlechtermythos: Postkonflikt-Wiederaufbau, „Demokratisierung“ und Frauenrechte, in: *femina politica* 2 (2009), S. 31–40.

<sup>52</sup> Zu den menschenrechtlichen Vorgaben und Staatenpflichten bei der Prävention und Bekämpfung sexualisierter Gewalt vgl. umfassend M. Eriksson, Defining rape: emerging obligations for states under international law?, 2011, S. 177 ff.

<sup>53</sup> Ihre europäische Fundierung, ihre Verstrickung in die Kolonialgeschichte und ihre aktuelle Instrumentalisierung für westliche Interessenspolitiken stellt die Idee der Universalität der Menschenrechte immer wieder in Frage. Zu den Herausforderungen insbesondere für Menschenrechte von Frauen vgl. statt vieler J. Ehrmann, Frauenrechte im Prozess der Dekolonisierung. Zur Kritik der Menschenrechte aus (postkolonial) feministischer Perspektive, in: *femina politica* 2 (2009), S. 84–94; U. Lembke/L. Foljanty, Migration, Flucht und Geschlecht, in: L. Foljanty/U. Lembke (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 14), S. 259 (265 ff.).

<sup>54</sup> Vgl. D. König, Frauenrechte sind Menschenrechte ... oder doch anders? – Die UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW), in: B. Rudolf (Hrsg.), Frauen und Völkerrecht. Zur Einwirkung von Frauenrechten und Fraueninteressen auf das Völkerrecht, 2006, S. 81 (84).

<sup>55</sup> Auch zum Folgenden J. Schmidt-Häuer, Menschenrechte – Männerrechte – Frauenrechte. Gewalt gegen Frauen als Menschenrechtsproblem, Hamburg 2000, S. 279 ff.

<sup>56</sup> Zu dieser Konzeption ausführlich A. Mlinar, Frauenrechte als Menschenrechte, Frankfurt am Main 1997, S. 237 ff.; zu häuslicher Gewalt als Folter und den Konsequenzen für den Menschenrechtsschutz R. Copelon, in: R. J. Cook (Hrsg.), *Human Rights of Women*, Philadelphia 1994, S. 116 ff.

<sup>57</sup> Vgl. hierzu den Überblick bei U. Lembke, Menschenrechtliche Diskriminierungsverbote, in: L. Foljanty/U. Lembke (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 14), S. 133 (137 ff.).

<sup>58</sup> Umfassend zu Gewalt gegen Frauen als Menschenrechtsverletzung, den einschlägigen Regelungen in den Abkommen und den verschiedenen Möglichkeiten der Individualbeschwerde N. Prasad, Mit Recht gegen Gewalt. Die UN-Menschenrechte und ihre Bedeutung für die soziale Arbeit, Opladen 2011.



Form der Diskriminierung: „gender-based violence is a form of discrimination that seriously inhibits women’s ability to enjoy rights and freedoms on a basis of equality with men“, und betont den engen Zusammenhang von Frauendiskriminierung, geschlechtsspezifischer Gewalt und Menschenrechtsverletzungen.<sup>59</sup>

Jeder Staat ist folglich dazu verpflichtet, Frauen vor Gewalt zu schützen, gleichgültig, ob diese von staatlichen oder privaten Akteur/-innen ausgeht.<sup>60</sup> Dies verlangt, Gewalttaten zu verfolgen und aufzuklären, die Täter/-innen gegebenenfalls zu bestrafen und die Opfer zu entschädigen, aber auch präventive Maßnahmen<sup>61</sup> zu treffen, um geschlechtsspezifische Gewalt möglichst zu verhindern, und ein umfassendes Hilfesystem für die Opfer von geschlechtsspezifischer Gewalt zur Verfügung zu stellen.<sup>62</sup> Das Recht muss angemessenen Schutz gewährleisten und die Integrität und Würde der Betroffenen respektieren, Polizei und Justizpersonal sind durch gendersensible Weiterbildungen zu schulen; der Opferschutz soll Zuflucht (beispielsweise Frauenhäuser), spezialisierte Sozialarbeiter/-innen, Rehabilitation und Beratung umfassen; straf- und zivilrechtliche Regelungen (Schmerzensgeld) müssen effektiv und angemessen sein.<sup>63</sup>

### 3.2. Maßnahmen gegen Gewalt gegen Frauen und Mädchen: Resolution des Menschenrechtsrates vom 16. Juli 2012

Auch der Menschenrechtsrat hat sich im Juli 2013 mit der Frage befasst, welche Maßnahmen von Staaten getroffen werden müssen, um Gewalt gegen Frauen wirksam zu bekämpfen.<sup>64</sup> Auch der Menschenrechtsrat betont, dass die staatlichen Schutzpflichten nicht davon abhängen, ob die Gewalt von staatlichen, privaten oder nicht-staatlichen Akteur/-innen ausgeht und ob sie im Privaten, am Arbeitsplatz oder im öffentlichen Raum stattfindet: der Staat ist verpflichtet, jede Form von Gewalt gegen Frauen und Mädchen als Straftat zu verfolgen und den Betroffenen effektive und angemessene Rechtsbehelfe ebenso zur Verfügung zu stellen wie spezialisierte Unterstützung und Beratung, einschließlich medizinischer und psychologischer. An die Rechtsbehelfe werden hohe Anforderungen gestellt: states have to ensure that remedies „are available, accessible, acceptable, age- and gender-sensitive and adequately address victims’ needs, including by protecting confidentiality, preventing stigmatization, revictimization or further harm to victims, allowing reasonable time for women subjected to violence to come forward to seek redress, ensuring reasonable evidentiary standards“.

Entscheidend für die Effektivität der Rechtsbehelfe ist auch die Beseitigung von Gender-Stereotypen in der Rechtspflege durch Weiterbildung und Trainings sowie entsprechende Richtlinien und eine korrespondierende Rechenschaftspflicht des Justizpersonals. Die Belange besonders schutzbedürftiger Frauen, die mehrdimensionaler Diskriminierung ausgesetzt sind, müssen speziell berücksichtigt werden. Opferzeug/-innen müssen auf jeder Stufe des Verfahrens über die rechtlichen Rahmenbedingungen informiert werden. Die tatsächliche Wirksamkeit der Rechtsbehelfe ist unter Einbeziehung der relevanten gesellschaftlichen Akteur/-innen regelmäßig zu überprüfen.

### 3.3. Maßnahmen gegen Gewalt gegen Frauen und Mädchen: Erklärung der Commission on the Status of Women vom 15. März 2013

Am 15. März 2013 hat die Commission on the Status of Women (CSW)<sup>65</sup> nach kontroversen Debatten eine Erklärung zur Bekämpfung und Verhütung jeglicher Gewalt gegen Frauen und Mädchen verabschiedet.<sup>66</sup> Nachdem ausführlich der völkerrechtliche Rahmen dargestellt wurde, verweist auch diese Erklärung auf den Zusammenhang von geschlechtsspezifischer Gewalt und Menschenrechten: „gender-based violence is a form of discrimination that seriously violates and impairs or nullifies the enjoyment by women and girls of all human rights and fundamental freedoms. Violence against women and girls is characterized by the use and abuse of power and control in public and private spheres, and is intrinsically linked with gender stereotypes that underlie and perpetuate such violence“ (Ziff. 10).

Ferner werden die Auswirkungen sexualisierter Gewalt in (post-)conflict-Situationen thematisiert: „the Commission urges States to strongly condemn violence against women and girls committed in armed conflict and post-conflict situations, and recognizes that sexual and gender-based violence affects victims and survivors, families, communities and societies, and calls for effective measures of accountability and redress as well as effective remedies“ (Ziff. 13) und

<sup>59</sup> Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), General Recommendation No. 19 (1992), Ziff. 1 und 4, abrufbar unter <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom19>; explizit zum Zusammenhang von staatlichem Gewaltschutz und den Menschenrechten von Frauen auch Erklärung der Generalversammlung der Vereinten Nationen zur Beseitigung der Gewalt gegen Frauen vom 20.12.1993, A/RES/48/104; zur besonderen Bedeutung der Allgemeinen Empfehlung Nr. 19 vgl. H. B. Schöpp-Schilling, Das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) und sein Vertragsausschuss nach 25 Jahren – Bilanz und Ausblick, in: A. Zimmermann/T. Giegerich (Hrsg.), Gender und Internationales Recht, Berlin 2007, S. 137 (149).

<sup>60</sup> Dazu N. Weiß, Schutz von Frauenrechten im Rahmen der Vereinten Nationen, in: Perspektive 21, Heft 12 (2000), S. 58 (63). Da Gewalt gegen Frauen eine Diskriminierung darstellt, gilt ferner Art. 2 e) CEDAW, wonach Diskriminierungen auch durch private Dritte zu verhindern oder unterbinden sind, vgl. auch CEDAW, General Recommendation No. 19 (1992), Ziff. 9.

<sup>61</sup> Vgl. dazu Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Y. Ertürk, UN Doc. E/CN.4/2006/61, Nr. 14 ff.

<sup>62</sup> Zu diesen Pflichten vgl. CEDAW, General Recommendation, a.a.O. (Fn. 60), Ziff. 24, und Erklärung der UN-Generalversammlung zur Beseitigung der Gewalt gegen Frauen vom 20.12.1993, Art. 4 c), A/RES/48/104.

<sup>63</sup> CEDAW, General Recommendation, a.a.O. (Fn. 60), Ziff. 24 (b), 24 (k) und 24 (t) (i).

<sup>64</sup> Human Rights Council, Accelerating efforts to eliminate all forms of violence against women: remedies for women who have been subjected to violence, Resolution of 16 July 2012, A/HRC/RES/20/12.

<sup>65</sup> Die Commission on the Status of Women wurde 1946 vom United Nations Economic and Social Council (ECOSOC) gegründet, um Expertise über die Situation von Frauen und die Verwirklichung von Frauenrechten einzubringen, vgl. <http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/>.

<sup>66</sup> CSW, The elimination and prevention of all forms of violence against women and girls. Agreed conclusions of the 57<sup>th</sup> session, abrufbar unter <http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/57sess.htm>.

entsprechende Forderungen an die Staaten erhoben: „Ensure that in armed conflict and post-conflict situations the prevention of and response to all forms of violence against women and girls, including sexual and gender-based violence, are prioritized and effectively addressed, including as appropriate through the investigation, prosecution and punishment of perpetrators to end impunity, removal of barriers to women’s access to justice, the establishment of complaint and reporting mechanisms, the provision of support to victims and survivors, affordable and accessible health care services, including sexual and reproductive health, and reintegration measures; and take steps to increase women’s participation in conflict resolution and peacebuilding processes and post-conflict decisionmaking“ (Ziff. A. 1.).

Die Erklärung verfolgt einen breiten Ansatz, um alle Formen geschlechtsspezifischer Gewalt gegen Frauen und Mädchen sowie alle notwendigen Maßnahmen zu ihrer Bekämpfung und Verhütung zu erfassen. Sie enthält aber auch diverse Ausführungen, die gerade in Bezug auf sexualisierte Gewalt von Relevanz sind. Dazu zählen Maßnahmen gegen sexualisierte Gewalt gegen Frauen in Gewahrsam oder staatlicher Obhut (Ziff. A. z. aa.), der besondere Schutz von Mädchen und Frauen mit Behinderungen (Ziff. B. gg.), flächendeckender und umfassender Sexualkundeunterricht (Ziff. B. kk.), Maßnahmen gegen Geschlechterstereotype und Opferstigmata als strukturelle Ursachen geschlechtsspezifischer Gewalt (Ziff. B. ll.), die Garantie reproduktiver Rechte, des Rechts auf Familienplanung und der freien Entscheidung über ihre Sexualität für Frauen (Ziff. B. nn.), die gegebenenfalls notwendige Erhöhung des Heiratsmindestalters (Ziff. B. qq.), der Schutz von Jugendlichen gegen unerwünschte frühe Schwangerschaften und Geschlechtskrankheiten (Ziff. B. ss.), der Kampf gegen Zwangsheiraten und Kinderheiraten, Genitalverstümmelung sowie sexuelle Ausbeutung (Ziff. B. tt.), der besondere Schutz von minderjährigen Gewaltopfern in rechtlichen Verfahren, um Re-Viktimisierungen vorzubeugen (Ziff. B. uu.), geschlechtersensible Stadtplanung und Gestaltung des öffentlichen Raumes (Ziff. B. xx.), Maßnahmen gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz (Ziff. B. yy.), das Verbot von Zwangssterilisationen und Zwangsabtreibungen (Ziff. B. zz. aaa.), schließlich die Notwendigkeit eines umfassenden Hilfesystems (Ziff. C. ddd.). Auch wenn viele dieser Forderungen mit der UN-Frauenrechtskonvention seit Jahrzehnten geltendes Recht sind,<sup>67</sup> zeichnet dies trotz notwendiger Kompromisse<sup>68</sup> noch einmal einen klaren Rahmen für den Erlass eines effektiven und geschlechtergerechten Sexualstrafrechts und notwendige flankierende Maßnahmen in verschiedenen Bereichen vor.

### 3.4. Gender-Stereotype in der Strafverfolgung von Sexualdelikten: Communication No. 18/2008 CEDAW

Der CEDAW-Ausschuss hatte im Jahr 2008 Gelegenheit, seine Ausführungen zu geschlechtsspezifischer Gewalt als Diskriminierung und Menschenrechtsverletzung an Frauen sowie den notwendigen staatlichen Maßnahmen hiergegen konkret auf die Frage der Strafverfolgung von Sexualdelikten zu beziehen.<sup>69</sup> Anlass war die Individualbeschwerde

einer philippinischen Frau, die eine Vergewaltigung zur Anzeige gebracht hatte, deren gerichtliche Verfolgung nach acht Jahren eingestellt wurde. Die Beschwerdeführerin trug vor, dass der Staat seinen Schutzpflichten nicht nachgekommen sei, dass sie eine Re-Viktimisierung erlitten habe und dass der Freispruch auf Geschlechterstereotypen und Vergewaltigungsmythen beruhe.

Der CEDAW-Ausschuss stellte zunächst grundlegend fest, dass ein Staat gegen seine Verpflichtungen aus Art. 2 (c), 2 (f) und 5 (a) CEDAW verstößt, wenn er nicht gegen Geschlechterstereotype und Vergewaltigungsmythen (insbesondere von Polizei und Justizpersonal) vorgeht, welche ein ordnungsgemäßes Verfahren und eine effektive Strafverfolgung von sexualisierter Gewalt gegen Frauen beeinträchtigen oder verhindern. Dazu zählen vor allem normative Vorstellungen über das „richtige“ Verhalten von Opfern sexualisierter Gewalt. Es gibt keine quasi natürliche Reaktion auf sexualisierte Gewalt. Vor allem ist physischer Widerstand – so wünschenswert er sein mag – weder die automatische noch die empirisch überwiegende Reaktion auf sexualisierte Gewalt. Der CEDAW-Ausschuss betont daher, dass weder in der Gesetzgebung noch in der Rechtspraxis davon ausgegangen werden dürfe, fehlender physischer Widerstand lasse auf das Einverständnis von Frauen zu sexueller Interaktion schließen, und dass dies unabhängig davon gelte, ob der Angreifer selbst physische Gewalt angewendet oder deren Anwendung angedroht habe.

Ferner rügt der CEDAW-Ausschuss stereotype Vorstellungen von männlicher und weiblicher Sexualität, die sich negativ auf die Glaubwürdigkeit der Betroffenen auswirken, so insbesondere die Vorstellung des Gerichts, ein Mann im Alter von mehr als 60 Jahren könne gegen den Willen der Betroffenen nicht den Geschlechtsverkehr bis zur Ejakulation vollziehen. Auch das Gewicht, welches das Gericht auf die Beziehung zwischen Beschuldigtem und Opfer gelegt hat (hier: Arbeitsverhältnis), ordnet der CEDAW als weiteres Beispiel für „gender-based myths and misconceptions“ ein und betont nochmals, dass das essentielle Element strafbarer sexualisierter Übergriffe das fehlende Einverständnis der Betroffenen ist.

<sup>67</sup> Dies gilt zum einen bezüglich notwendiger Maßnahmen gegen Gewalt gegen Frauen wie sog. häusliche Gewalt, sexualisierte Gewalt, Genitalverstümmelung, Menschenhandel, Ausbeutung von Prostitution und Pornographie sowie sexuelle Belästigung; aber auch bspw. Art. 16 CEDAW lässt an inhaltlicher Klarheit nichts zu wünschen übrig: garantiert wird das Recht auf freie Eheschließung, die gleichen Rechte in der Ehe und bei deren Aufhebung, unabhängig vom Familienstand, die gleichen elterlichen Rechte und das Recht auf Familienplanung, verboten sind Zwangsheiraten und Eheschließungen mit Kindern. Zu kaum einer Regelung der Konvention gibt es allerdings auch so viele (überwiegend völkerrechtswidrige) Vorbehalte wie zu Art. 16 CEDAW (vgl. CEDAW, General Recommendation No. 29, CEDAW/C/GC/29).

<sup>68</sup> Aufgrund der Proteste Russlands, des Vatikans und einiger arabischer Staaten wurden allerdings die Anerkennung homosexueller Beziehungen, die Entkriminalisierung des Ehebruchs, die Gleichberechtigung nichtehelicher Kinder und die Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe nicht mehr in die Erklärung aufgenommen; zur besonders scharfen Kritik durch die ägyptischen Muslimbrüder siehe <http://www.ikhwanweb.com/article.php?id=30731>.

<sup>69</sup> Communication No. 18/2008 of 16 July 2010, CEDAW/C/46/D/18/2008, abrufbar unter <http://www2.ohchr.org/english/law/jurisprudence.htm>.

Der CEDAW-Ausschuss stellt abschließend Forderungen für eine effektive und geschlechtergerechte Strafverfolgung von Sexualdelikten auf: Die Verfahren dürfen nicht verzögert werden. Auf jeder Stufe der Strafverfolgung muss garantiert sein, dass das Verfahren nicht von Vorurteilen oder Gender-Stereotypen beeinflusst wird.<sup>70</sup> Dafür muss zum einen die Strafgesetzgebung das fehlende Einverständnis als Kernelement sexualisierter Gewalt statuieren, gesetzliche Tatbestandsanforderungen wie die Ausübung von Zwang oder Gewalt oder eine erfolgte Penetration sind zu streichen.<sup>71</sup> Die gesetzliche Definition sexualisierter Übergriffe muss von der Notwendigkeit der uneingeschränkten und freiwilligen Zustimmung der Betroffenen ausgehen und entweder vom Beschuldigten verlangen zu belegen, dass er sich dieser Zustimmung vergewissert hat, oder auf die Zwangslage für die Betroffene abstellen, wobei dieser Begriff weit zu fassen ist. Zum anderen ist eine entsprechende geschlechtersensible Aus- und Weiterbildung aller beteiligten Akteur/-innen in der Strafverfolgung von Sexualdelikten unerlässlich: „appropriate training for judges, lawyers, law enforcement officers and medical personnel in understanding crimes of rape and other sexual offences in a gender-sensitive manner so as to avoid revictimization of women having reported rape cases and to ensure that personal mores and values do not affect decision-making.“

### 3.5. Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe in den Erklärungen diverser treaty bodies

Die Ausschüsse für verschiedene UN-Menschenrechtsabkommen haben in der Vergangenheit erläutert, dass diese Abkommen auch die Verfolgung von sexualisierter Gewalt in der Ehe verlangen.

Der CEDAW-Ausschuss fordert beständig, dass geschlechtsspezifische Gewalt mit wirksamen rechtlichen Mitteln bekämpft wird, was insbesondere die Kriminalisierung von sogenannter häuslicher Gewalt, von sexualisierter Gewalt und von Vergewaltigung in der Ehe umfasst: „the expeditious adoption of a comprehensive law criminalizing all forms of violence against women, including domestic violence, marital rape and sexual violence. Such legislation should also ensure that women and girls who are victims of violence have access to immediate means of redress and protection, including protection orders, a sufficient number of safe shelters, and to legal aid“.<sup>72</sup>

Der Menschenrechtsausschuss (CCPR), der für die Überwachung des Zivilpaktes zuständig ist, verlangt in Auslegung von Art. 3 und 7 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) ebenfalls, dass die Vergewaltigung in der Ehe als Straftat verfolgt wird: „the Committee regrets the prevalence of domestic violence against women and the lack of specific provisions on domestic violence, including marital rape, in the current Criminal Code.“<sup>73</sup>

Schließlich betont auch der Sozialpakt-Ausschuss (CESCR) die Notwendigkeit der Kriminalisierung der Vergewaltigung in der Ehe: „the Committee urges the State party to proceed with the adoption of its draft legislation criminalizing domestic violence and marital rape by introducing specific provisions into the criminal code, to strengthen its assistance to victims of domestic violence and marital rape, for example,

by creating more guest houses and reception centres, to sensitize law enforcement and medical personnel, as well as the public at large, to the criminal nature of such acts.“<sup>74</sup>

### 4. Zusammenfassung: Was kann (und muss) die deutsche Seite für ein geschlechtergerechtes Sexualstrafrecht tun?

Aus dem vorgehend Ausgeführten ergibt sich, dass die deutsche Seite bei der internationalen rechtlichen Zusammenarbeit zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt verschiedene Aufgabenfelder und Herausforderungen zu bewältigen hat, welche von der Bundesregierung in ihrem Aktionsplan zur Resolution 1325 – wenn auch in eher groben Umrissen – weitgehend angesprochen werden: die Bundesregierung „setzt sich für Gesetzesreformen mit dem Ziel ein, dass Vergewaltigungen und weitere Formen geschlechtsspezifischer Gewalt als strafrechtliche Tatbestände anerkannt werden. Sie leistet Rechtshilfe in Strafverfahren von ausländischen Justizbehörden im Zusammenhang mit sexueller und sonstiger Gewalt gegen Frauen und Mädchen [...] Die Bundesregierung wirkt darauf hin, dass Frauen und Mädchen als Opfer und Zeuginnen geschlechtsspezifischer Gewalt einen ausreichenden Schutz in den entsprechenden Verfahren genießen. Dazu unterstützt sie auch Frauenorganisationen vor Ort, die einen Zeuginnenschutz organisieren.“<sup>75</sup>

Zum einen sollten deutsche Rechtsberater/-innen darauf hinwirken, dass dem Gesetzgebungsprozess eine reflektierte Bestandsaufnahme der gesellschaftlichen Rahmenbedingungen vorausgeht, welche insbesondere auf die Geschlechterverhältnisse in der Gesellschaft (unter den spezifischen Bedingungen der post-conflict-Situation) und deren Ausgestaltung im Recht, die Konzepte von Kommunikation über Sexualität sowie Mythen und Vorurteile über sexualisierte Gewalt, welche die Strafverfolgung von Sexualdelikten behindern können, fokussiert. Ferner muss die Einbeziehung möglichst aller relevanten gesellschaftlichen Akteur/-innen in den Gesetzgebungsprozess ein wesentliches Anliegen sein, welches mit entsprechender Ressourcenmobilisierung

<sup>70</sup> Die Bedeutung der rechtsmedizinischen Beweislage kann völlig hinter nicht-rechtlichen und nicht-medizinischen Faktoren zurücktreten, vgl. die internationale Studie von J. du Mont/D. White, *The uses and impacts of medico-legal evidence in sexual assault cases: a global review*, edited by the World Health Organization, 2007, S. 34 ff.

<sup>71</sup> Vgl. dazu auch amnesty international, *Rape and sexual violence: Human Rights law and standards in the International Criminal Court*, 2008, S. 13 ff., 17 ff.

<sup>72</sup> CEDAW, Concluding Observation on Tunisia of 5 November 2011, CEDAW/C/TUN/CO/6, para. 27; vgl. auch CEDAW, Concluding Observation on Congo of 23 March 2012, CEDAW/C/COG/CO/6, para. 24; CEDAW, Concluding Observation on Kuwait of 8 November 2011, CEDAW/C/KWT/CO/3-4, para. 31; CEDAW, Concluding Observation on Sri Lanka, A/57/38 part I (2002) 31, paras. 284, 285.

<sup>73</sup> CCPR, Concluding Observations on Greece, A/60/40 vol. I (2005) 60, para. 90(7); vgl. auch CCPR, Concluding Observations on Thailand, A/60/40 vol. I (2005) 83, para. 95(12); CCPR, Concluding Observations on Sri Lanka, A/59/40 vol. I (2003) 30, para. 66(20).

<sup>74</sup> CESCR, Concluding Observations on Greece, E/2005/22 (2004) 23, para. 157; vgl. auch CESCR, Concluding Observations on Croatia, E/2002/22 (2001) 125, para. 896.

<sup>75</sup> Aktionsplan der Bundesregierung, a.a.O. (Fn. 1), S. 21.

zu unterstützen ist. Schließlich lauern, wie dargestellt, gerade in der Verständigung über Geschlechter- und Sexualnormen viele postkoloniale Fallen, denen primär mit Zurückhaltung sowie bei eigenen Vorschlägen mit einem hohen Maß an Selbstreflexion<sup>76</sup> begegnet werden sollte.

Eine weitere wesentliche Aufgabe der deutschen Rechtsberater/-innen ist es, sich dafür einzusetzen, dass die völkerrechtlichen Vorgaben und Rahmenbedingungen beachtet werden, und die internationalen Standards zur Bekämpfung von geschlechtsspezifischer Gewalt, für ein geschlechtergerechtes Sexualstrafrecht zu mobilisieren. Daraus ergeben sich teilweise recht konkrete Forderungen wie die umfassende Strafbarkeit sexualisierter Gewalt unabhängig davon, ob sie von privaten oder staatlichen Angreifer/-innen ausgeht, zu Hause, am Arbeitsplatz, in staatlichen Institutionen oder im öffentlichen Raum stattfindet, und auch unabhängig davon, in welcher (Verwandtschafts-)Beziehung Täter und Opfer stehen.<sup>77</sup> Letzteres bedeutet, wie von treaty bodies auch wiederholt ausgeführt wurde, dass eine Ehe keinen Strafausschlussgrund darstellen sollte. Die unbedingte Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe ist fraglos wünschenswert, ob sie innerhalb der jeweiligen gesellschaftlichen Rahmenbedingungen auch durchsetzbar ist, bliebe im jeweiligen Gesetzgebungsprozess zu prüfen.<sup>78</sup> Wesentlich bei der Entwicklung eines effektiven und geschlechtergerechten Sexualstrafrechts ist auch die nationale Rechtsharmonisierung – ohne korrespondierende geschlechtergerechte Regelungen insbesondere (aber nicht nur) im Verfassungsrecht, Ehe- und Familienrecht, Gewaltschutzrecht, Antidiskriminierungsrecht, Entschädigungsrecht und Strafrecht wird das neue Sexualstrafrecht nicht erfolgreich sein, ferner sind umfassende opferschützende Verfahrensregelungen<sup>79</sup> unverzichtbar.

Selbst die beste geschlechtergerechte Sexualstrafgesetzgebung kann nur tatsächlich wirksam werden, wenn die individuellen und institutionellen Akteur/-innen in der Strafverfolgung das Recht geschlechtergerecht und effektiv anwenden<sup>80</sup> und nicht selbst die Strafverfolgung durch bei ihnen vorhandene Geschlechterstereotype und Vergewaltigungsmythen<sup>81</sup> behindern. Mit dem Erlass eines geschlechtergerechten Sexualstrafrechts muss eine entsprechende geschlechtersensible Professionalisierung des Personals der Rechtspflege sowie der betroffenen medizinischen und sozialen Berufe verbunden sein. Und schließlich bedarf es eines institutionalisierten Hilfesystems, welches unter anderem geschützte Räume wie Frauenhäuser, rechtliche und soziale Beratungsstellen, psychosoziale Prozessbegleitung, Prozesskostenhilfe für Opfer sexualisierter Gewalt und barrierefreien Zugang zum Gesundheitswesen<sup>82</sup> umfasst, damit das Recht gegen sexualisierte Gewalt von den Betroffenen auch tatsächlich genutzt werden kann.

Die Tätigkeit der deutschen Rechtsberater/-innen muss dabei immer auch als Teil eines größeren Projektes verstanden werden, denn ein geschlechtergerechtes und in der gesell-

schaftlichen Wirklichkeit effektives Sexualstrafrecht ist zugleich immer ein Baustein für die Etablierung, Durchsetzung und den vollen Genuss der Menschenrechte von Frauen: „violence against women is an obstacle to the achievement of equality, development and peace [and] constitutes a violation of the rights and fundamental freedoms of women and impairs or nullifies their enjoyment of those rights and freedoms, and [the General Assembly is] concerned about the long-standing failure to protect and promote those rights and freedoms in the case of violence against women.“<sup>83</sup> ■

<sup>76</sup> In Deutschland sind sowohl die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen als auch die rechtliche Bekämpfung sexualisierter Gewalt durchaus noch optimierbar, vgl. zum verbreiteten Sexismus: <http://alltagssexismus.de/>; C. Diehl/J. Rees/G. Bohner, Zur „Sexismus-Debatte“: Ein Kommentar aus wissenschaftlicher Sicht, [http://www.uni-bielefeld.de/psychologie/ae/AE05/Diehl\\_Rees\\_Bohner\\_Kommentar-zur-Sexismus-Debatte\\_lang\\_2013-02-07.pdf](http://www.uni-bielefeld.de/psychologie/ae/AE05/Diehl_Rees_Bohner_Kommentar-zur-Sexismus-Debatte_lang_2013-02-07.pdf) (07.02.2013); U. Lembke, a.a.O. (Fn. 2), S. 53–63; zur (nicht hinreichend effektiven) Strafverfolgung von Sexualdelikten: Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe (bff) (Hrsg.), Streitsache Sexualdelikte. Frauen in der Gerechtigkeitslücke, Kongressdokumentation, 2010; U. Lembke, Gewalt im Geschlechterverhältnis, Recht und Staat, in: L. Foljanty/U. Lembke (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 14), S. 235 (240 ff.); J. Lovett/L. Kelly, Different systems, similar outcome? Tracking attrition in reported rape cases across Europe, 2009, S. 55 ff., 103 ff.

<sup>77</sup> Eine an den Vorgaben der Menschenrechtsabkommen und humanitärem Völkerrecht orientierte, internationale Definition strafbarer sexualisierter Gewalt fordert M. Eriksson, a.a.O. (Fn. 52).

<sup>78</sup> In Deutschland wurde mehr als 30 Jahre lang darüber debattiert, ob sexualisierte Gewalt auch in der Ehe als Sexualdelikt strafbar sein sollte, und von vielen Rechtswissenschaftler/-innen wurde eine Strafbarkeit grundsätzlich abgelehnt oder auf einer nur bedingten Strafbarkeit (Widerspruchslösung etc.) bestanden. Erst mit dem 33. StrÄndG vom 01.07.1997 (BGBl. I, S. 1607) wurde die unbedingte Strafbarkeit durch Streichung des Wortes „außerhehlich“ in § 177 StGB nF statuiert. Zur Diskussion vgl. statt vieler D. Helmken, Vergewaltigung in der Ehe: Plädoyer für einen strafrechtlichen Schutz der Ehefrau, Heidelberg 1979; B. Paetow, Vergewaltigung in der Ehe: eine strafrechtsvergleichende Untersuchung, 1987; F. Niemann, Vergewaltigung in der Ehe, 1988; S. Wetzel, Die Neuregelung der §§ 177 – 179 StGB unter besonderer Berücksichtigung des ehelichen Bereichs und ausländischer Rechtsordnungen, 1998, S. 38 ff.

<sup>79</sup> Ein umfänglicher, aber nicht abschließender Katalog notwendiger Verfahrensregelungen findet sich bspw. bei C. Kroll, Vergewaltigungsprozesse, Kiel 1992, S. 95 ff.; vgl. ferner B. Schliermann, Vergewaltigung vor Gericht, Hamburg 1993, S. 207 ff.

<sup>80</sup> So ist die Erweiterung in § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB um die Tatbestandskonstellation „Ausnutzen einer schutzlosen Lage“, welche dem Umstand Rechnung tragen sollte, dass Opfer sexualisierter Gewalt oft nicht mit physischer Gegenwehr reagieren (können), durch den Bundesgerichtshof in einer Weise interpretiert worden, welche die Regelung faktisch unanwendbar macht, vgl. zuletzt BGH vom 20.03.2012, Az. 4 StR 561/11.

<sup>81</sup> Vgl. die Schlussworte der Studie von J. Lovett/L. Kelly, a.a.O. (Fn. 76), S. 112.

<sup>82</sup> Vgl. World Health Organization, Guidelines for medico-legal care of victims of sexual violence, 2003, abrufbar unter <http://whqlibdoc.who.int/publications/2004/924154628X.pdf>.

<sup>83</sup> Erklärung der Generalversammlung der Vereinten Nationen zur Beseitigung der Gewalt gegen Frauen vom 20.12.1993, A/RES/48/104.

# The Evolving Status of Conflict-Related Rape and Other Acts of Sexual Violence as Crimes under International Law

Jean de Dieu Sikulibo\*

Dieser Artikel wird analysieren, ob Vergewaltigungen während bewaffneter Konflikte oder andere Formen sexueller Gewalt als internationale Straftaten erkannt und etabliert sind. Unter Berücksichtigung ihrer Definition im Völkerrecht diskutiert der Artikel zu Beginn, wie dieses endemische Handeln in bewaffneten Konflikten für lange Zeit ignoriert oder nur oberflächlich behandelt werden konnte, obgleich es für Jahrzehnte integraler Bestandteil der Kriegsführung war. Dieser Artikel liefert eine kritische Beurteilung des Beitrags internationaler Tribunale und Gerichte für die Strafverfolgung von Vergewaltigung und anderen Formen sexueller Gewalt als internationale Straftaten. Der Autor argumentiert, die wirksame Strafverfolgung der Verbrechen sei, trotz einer wachsenden Anzahl rechtlicher Instrumente, von bestehenden Herausforderungen behindert.

This article seeks to analyse whether wartime rape and other forms of sexual violence have gained recognition and firmly established as international crimes. Considering whether these crimes have been recently defined in international criminal law, the paper begins by underlining how this endemic conduct in war has been for too long ignored or sometimes given cursory treatment despite being inflicted for centuries as an integral aspect of warfare. This article offers a critical assessment of the contribution of international criminal tribunals and courts in the prosecution of rape and other forms of sexual violence as international crimes. The author argues that the effective prosecution of these crimes is still hindered by various challenges, despite increasing legal tools in this regard.

## 1. Introduction

The systematic and widespread nature of sexual violence in conflict situations is by no means a recent phenomenon. History is replete with reports of rape and various other acts of sexual violence during conflict situations.<sup>1</sup> These practices have a long history as a method of war. During armed conflicts, the female body has routinely been treated as an extension of the battleground, where acts of sexual violence are perpetrated in various settings.<sup>2</sup> For centuries, coordinated use of rape and various forms of sexual violence as a weapon or tactic of war has been an integral aspect of warfare. As Bülent Diken and Carsten Bage Laustsen have aptly pointed out “the prime aim of war rape is to inflict trauma and thus to destroy family ties and group solidarity within the enemy camp”.<sup>3</sup> As such, horrific data on the systematic use of rape have been reported in almost every conflict, and such violence continues to be inflicted on a massive scale.

Even so, historically very little attention has been paid to sexual violence perpetrated during armed conflicts. These acts have only recently been defined in international law, especially with the war in the former Yugoslavia and the genocide in Rwanda, where rape was also used as a systematized and clearly defined method of war. Until the creation of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)<sup>4</sup> and its sister for Rwanda (ICTR)<sup>5</sup> as *ad hoc* tribunals, rape and other forms of sexual violence in conflict situations had never been defined. Despite the development of international humanitarian law proscribing sexual offenses in war,<sup>6</sup> there had been no legal provisions on these offenses as specific crimes in international law. The limited attention on these crimes can be explained by the fact that rape has for too long been deemed as attached to the very nature of war.

Despite being proscribed by the law of the war, these crimes have thus been rarely prosecuted. Whereas sexual related of-

fenses were committed in World War II, it is important to note that no rape prosecution was undertaken by any of the courts established in the wake of World War II to prosecute leaders for crimes against peace, war crimes and crimes against humanity.<sup>7</sup> Except in the Control Council Law N° 10 where slight reference was made to rape to define crimes against humanity<sup>8</sup>, neither the Charter of the Nuremberg International Military Tribunal (IMT)<sup>9</sup>, nor that for the Far East (IMTFE)<sup>10</sup> provided for rape as a crime. However, these

\* Jean de Dieu Sikulibo is a PhD Candidate at University of Strathclyde, UK. He received his LL.M. from the University of Cape Town and his LL.B. from the University of Rwanda.

<sup>1</sup> See K. D. Askin, Prosecuting Wartime Rape and Other Gender-Related Crimes under International Law: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles, in: Berkeley Journal of International Law Volume 21, N° 2 (2003), p.10.

<sup>2</sup> See C. Enloe, Maneuvers: The International Politics of Militarizing Women's Lives, Berkeley 2000.

<sup>3</sup> B. Diken and C. Bage Laustsen, Becoming an Abject: Rape as a Weapon of War, in: SAGE Publications Volume 11(1) (2005), pp. 111-128.

<sup>4</sup> The ICTY was formally established by the United Nations Security Council on 25 May 1993 (S/RES/827).

<sup>5</sup> Created by the Security Council Resolution 955 (1994) of 8 November 1994.

<sup>6</sup> Article 4(2) (e) of the 1977 Additional Protocol II to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, adopted on 8 June 1977.

<sup>7</sup> See A. Cole, International Criminal Law and Sexual Violence: An overview, in: C. McGlynn and V. E. Munro (eds.), Rethinking Rape Law: International and Comparative Perspectives, London 2010, pp. 47-91.

<sup>8</sup> See Article 2 (c) Allied Control Council Law N° 10 for the Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and Crimes against Humanity, adopted on 20 December 1945.

<sup>9</sup> Charter of the International Military Tribunal adopted on 8 August 1945: Annex of the London Agreement.

<sup>10</sup> Charter of the International Military Tribunal for the Far East, adopted on 19 January 1946.

crimes were explicitly included in the statutes of the ICTY, ICTR and the International Criminal Court (ICC) as forms of other international crimes.<sup>11</sup>

Indeed, within the last two decades, significant progress in addressing these crimes has been registered by the international criminal tribunals and courts. However, it is true to affirm that the effective international criminal prosecution of these crimes is still hindered by several challenges, despite an increasing legal benchmark in this regard. Since these crimes were only given cursory treatment in the post-World War II trials, the issue here is whether such crimes have now gained recognition as international crimes. In this perspective, what is the contribution of international criminal tribunals and courts in this regard? What are the challenges, if any, still hindering the effective international criminal prosecution of these crimes?

This article critically evaluates this, and begins the analysis by demonstrating how the prohibition of rape and other forms of sexual violence developed both within international humanitarian and international criminal law. It further considers the advances registered by international criminal institutions. In this regard, the author first looks at the failure to address these crimes in the first international criminal prosecutions in the wake of World War II. This article further provides an in-depth analysis of the contribution of the international criminal tribunals and courts in the development of international criminal law in this regard. The author finally looks at the challenges faced these tribunals in effectively prosecuting these crimes.

## 2. Wartime Sexual Violence in International Humanitarian Law

The most important objective of international humanitarian law is the protection of people who are not or no longer directly taking part in the hostilities during war. To this end, a broad range of humanitarian law sets out detailed general principles. These include the four Geneva Conventions namely Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field<sup>12</sup>, Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea<sup>13</sup>, Geneva Convention relative to the treatment of Prisoners of War<sup>14</sup> and Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War<sup>15</sup>. These instruments coupled with the two Additional Protocols to the Geneva Conventions<sup>16</sup> as well as The Hague Conventions and Regulations<sup>17</sup> constitute the core of humanitarian law. The Geneva Conventions enjoy universal adherence today and their provisions are now considered to reflect customary international law.<sup>18</sup>

Moreover, it is worth noting that these instruments are complemented by a number of recent treaties on particular matters including prohibitions of specific weapons and the protection of certain category of vulnerable people such as children. These include in particular the Convention on Certain Conventional Weapons<sup>19</sup> and its five Protocols,<sup>20</sup> the Ottawa Convention on the Prohibition of Anti-Personnel Landmines,<sup>21</sup> the Optional Protocol on the Involvement of Children in Armed Conflict,<sup>22</sup> and the Convention on the

Cluster Munitions.<sup>23</sup> Overall, international humanitarian law comprises a set of rules aimed at balancing military necessity with humanitarian considerations.

More specifically regarding sexual offenses, these instruments embody a range of principles that explicitly proscribe rape and other forms of sexual violence while others can be interpreted as implicitly condemning these offenses. For instance, Geneva Convention IV generally provides for protected persons to be treated humanely. In addition, special protection is afforded to women against rape and some other forms of sexual violence in war.<sup>24</sup> Since the Hague conventions of 1899 and 1907 do not explicitly mention rape or enforced prostitution as unacceptable practices in conflicts, Geneva Convention IV may be regarded as the first international legal instrument to explicitly outlaw rape in war.

Similarly, this prohibition of rape and various forms of sexual violence in conflict situations is also echoed in the two Additional Protocols to the Geneva Conventions. According to Additional Protocol I (Protocol Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts) “women shall be the object of special respect and shall be protected in particular against rape, forced prostitution and any other form of indecent assault”.<sup>25</sup> Indeed, the wording of Additional Protocol I resonates with the provision of Additional Protocol II (Protocol Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts), which explicitly includes

<sup>11</sup> See Articles 5(g), 3 (g) and 7 (1) (g) of the ICTY, ICTR and ICC statutes respectively.

<sup>12</sup> Geneva Convention I was adopted on 12 August 1949, United Nations Treaty Series, Volume 75, N° 970.

<sup>13</sup> Geneva Convention II was adopted on 12 August 1949, United Nations Treaty Series, Volume 75, N° 971.

<sup>14</sup> Geneva Convention III was adopted on 12 August 1949, United Nations Treaty Series, Volume 75, N° 972.

<sup>15</sup> Geneva Convention IV was adopted on 12 August 1949, United Nations Treaty Series, Volume 75, N° 973.

<sup>16</sup> See Additional Protocol to the Geneva Conventions Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts and Additional Protocol to the Geneva Conventions Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, adopted on 8 June 1977, come into force on 7 December 1979.

<sup>17</sup> The Hague Conventions are a group of international treaties that were adopted during the Hague conferences in 1899 and 1907.

<sup>18</sup> See J.M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Cambridge 2009, p. 10.

<sup>19</sup> 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, adopted on 10 October 1980 and entered into force on 2 December 1983.

<sup>20</sup> Protocol I on Non-Detectable Fragments, Protocol II on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby Traps and Other Devices, Protocol III on Prohibitions or Restrictions on the Use of Incendiary Weapons, Protocol IV on Blinding Laser Weapons, and Protocol V on Explosive Remnants of War.

<sup>21</sup> The Convention on the Prohibition of the Use, Stocking, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction, adopted on 18 September 1997 and entered into force on 1 March 1999.

<sup>22</sup> The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in armed conflict, adopted on 25 May 2000 and came into force on 12 February 2002.

<sup>23</sup> The Convention on Cluster Munitions, adopted on 30 May 2008 and came into force on 01 August 2010.

<sup>24</sup> Article 27 of the Geneva Convention IV.

<sup>25</sup> Article 76(1) of the Additional Protocol I.

rape, enforced prostitution on the list of acts prohibited at any time and in any place whatsoever.<sup>26</sup>

Apart from this explicitly granted protection, other provisions might be interpreted as implicitly outlawing these practices in conflict situations. For instance, as M. Sherif Bassiouni has rightly observed, cruel treatment and outrages upon person dignity as well as humiliating and degrading treatment, prohibited under common Article 3 of the Geneva Conventions<sup>27</sup>, might be interpreted as implicitly prohibiting acts of rape in conflicts.<sup>28</sup> In similar vein, the provision for respect of “family honours and rights” under Article 46 of the Annex to the 1907 Hague Convention can also be construed as tacitly proscribing acts of rape or other forms of sexual violence.<sup>29</sup>

However, despite such developments, it is important to note that none of the provisions both under the Hague law or Geneva law provides a definition of rape or various other forms of sexual violence. The Hague law, for instance, uses what many scholars have interpreted as an indirect way of protecting women during armed conflicts. For instance, as has earlier been pointed out, the provision on protection of “family honour and rights” under the regulations attached to the 1907 Hague Convention has been understood to include rape as against family honour.<sup>30</sup> However, as Theodor Meron has rightly pointed out, the Hague and Geneva Conventions as well as Additional Protocol I made reference to rape but failed to provide a definition of what constitutes rape.<sup>31</sup> An analytical look at the Hague and Geneva law shows that rape and other forms of sexual violence are depicted as harming women’s honour rather than specific crimes or acts against the physical integrity or autonomy of the person.

It is against this background that the ICTR in *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, recognised that there was no commonly accepted definition of rape in international law<sup>32</sup> and, for the first time in history, provided a definition of rape in the context of international law.<sup>33</sup> The ICTR definition was further elaborated by the ICTY in *Prosecutor v. Anto Furundžija*<sup>34</sup> which, due to international lacuna on the matter, drew upon the general concepts and legal institutions common to all major legal systems across the world.

A closer look at the above humanitarian instruments reveals that, though reference is explicitly or implicitly made to rape and enforced prostitution as condemnable acts in war, the scope of prohibition of these crimes during conflict situations is rather limited. Furthermore, rape falls outside the wide range of grave breaches of international law as listed by the Geneva Conventions (GC) and Additional Protocols (AP). According to articles 50 GC I, 51 GC II, 130 GC III, 147 GC IV, 11, 85 and 86 AP I, serious violations of the international humanitarian law constitute a “grave breach” and shall be prosecuted as war crimes.

All the acts explicitly recognised as “grave breaches” have the common objective to protect the most important values recognised under the laws and customs of war. Indeed, as some commentators assume, failure to include rape among grave breaches of international humanitarian law may be considered as one of the reasons that these crimes were disregarded concerning the prosecutions of various crimes committed during World War II.<sup>35</sup> It is worth noting that rape was not listed as a war crime in the Nuremberg Charter nor

prosecuted during Nuremberg trials, despite the available evidence. The omission of rape and other forms of sexual violence might be regarded as an indication of the lack to express the seriousness of these crimes on the part of the international community.

Moreover, according to certain commentators such as Lindsey Crider, disregarding rape and other various forms of sexual violence during prosecutions that followed World War II set a flawed precedent to the extent that it took a long time for these crimes to gain recognition.<sup>36</sup> An explanation for this might be partly connected to the fact that, in many instances, the Nuremberg and Tokyo trials constituted a historic moment in the development of international law. As it might be expected, these trials gave rise to a new system of international criminal justice as a response to the atrocities of the World War II. Quite significantly, this legacy is also built on the fact that the Tribunals were set up after the acts to deal with crimes that had never before been addressed under international law.

Following the war in the former Yugoslavia and the genocide in Rwanda, the understanding of wartime sexual crimes changed fundamentally. This shift in understanding led to the effect that these practices were addressed not as side-effects of wars but as tactics of war. While such developments have brought new conceptualisations and responses regarding wartime rape, it is worth questioning whether they have also led to establishment of a range of tools with which to combat and prosecute perpetrators of such crimes.

### 3. Wartime Sexual Crimes before International Criminal Bodies

Since World War II, for humankind to be deterred from most heinous crimes, there was a compelling need of pursuing

<sup>26</sup> Article 4 (2) (e) of the Additional Protocol II.

<sup>27</sup> Common Article 3 of the 1949 Geneva Conventions govern non-international armed conflicts, for example those conducted between state armed forces and non-state armed groups or between such groups.

<sup>28</sup> M. C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Second Edition, Dordrecht 1999, p. 360.

<sup>29</sup> The Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land, Annex concerning Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, adopted on 18 October 1907.

<sup>30</sup> See for instance Y. Aksar, *Implementing International Humanitarian Law: From the ad hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, London 2004, p. 157.

<sup>31</sup> T. Meron, Rape as a Crime under International Humanitarian Law, in: *The American Journal of International Law* Volume 87, N° 3 (1993), p. 425.

<sup>32</sup> *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu* (Trial Chamber), Case N° ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September, 1998, § 598.

<sup>33</sup> *Id.*, § 686.

<sup>34</sup> See *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Case N° IT-95-17/1-T, ICTY, Trial Judgement of 10 December 1998, §§ 178-185.

<sup>35</sup> See the United Nations: *Sexual Violence and Armed Conflict: United Nations Response*, a report published in 2000 to promote the goals of the Beijing Declaration and the Platform for Action April 1998, p. 6, available at <http://www.un.org/womenwatch/daw/public/cover.pdf> (accessed on 6 June 2013).

<sup>36</sup> See L. Crider, Rape as a War Crime and Crime against Humanity: The Effect of Rape in Bosnia-Herzegovina and Rwanda on International Law, Paper presented at the Auburn University, 30-31 March, 2012, p. 2.

criminal justice at the supranational level. As a response to massive crimes committed during World War II, judicial measures were put in place at Nuremberg and Tokyo to punish these crimes.

The establishment of the Nuremberg and Tokyo Tribunals was seen as a step forward towards the establishment of the permanent International Criminal Court. Though the Cold War prevented the establishment of any international criminal court for long, the international criminal justice got momentum with the establishment of the ICTY and ICTR in the 1990s, later followed by different supranational criminal tribunals, known as “internationalised or mixed” tribunals.<sup>37</sup>

International criminal justice has been an evolutionary process which culminated with the establishment of the International Criminal Court<sup>38</sup>, as the world’s first permanent court to deliver international criminal justice. This is of course not a substitute for national courts as it was established in order to fill in lacunae of accountability derived from States’ unwillingness or inability to prosecute.<sup>39</sup> Its primary mission is to help put an end to impunity for the perpetrators of the most serious crimes of concern to international community as a whole, and therefore contribute to the prevention of such crimes.

The focus of the abovementioned criminal justice institutions mainly lay on crimes committed in the context of armed conflicts. Against this background, the question arises about what happened within this global trend shifting from impunity to individual accountability with regard to wartime sexual crimes. In answering this question, the author seeks to critically analyse how the fundamental shift in addressing sexual crimes in conflict situations not as mere “by-product of war” but rather as systematised method of warfare contributed to the development of international law on these crimes. In so doing, it appears appropriate to firstly look at the Nuremberg and Tokyo trials, where these crimes were only given cursory treatment where referred to in some indictments.

### 3.1 The Position of the Post-World War II International Military Tribunals Regarding Wartime Sexual Violence

Despite the available evidence that rape and various forms of sexual violence such as sexual slavery, sterilisation and mutilation were committed during World War II, both the 1945-46 International Military Tribunal in Nuremberg and the 1946-48 International Military Tribunal for the Far East failed to adequately prosecute rape and sexual violence. Contrary to what might be expected, rape was not explicitly codified as a war crime in neither of their Charters.

A closer look at the Nuremberg Charter shows that it did not make any specific reference to wartime sexual offenses as punishable crimes under international law. There is also no explicit reference to these offenses as specific crimes in the judgement of the tribunal as well. Kelly Dawn Askin has aptly observed that, whilst the Nuremberg trial transcripts contain extensive evidence of wartime sexual violence, neither the notion of “rape” nor that of “women” is included in the 732 page index of the Nuremberg trials’ record.<sup>40</sup>

Indeed, the Nuremberg proceedings opened up a new era of supranational justice, shortly after the coming into force of the United Nations Charter<sup>41</sup>. However, to ignore wartime sexual crimes inflicted during World War II may be considered as the principal shortcoming of the trials which failed to hold wartime sexual offenses’ status as internationally wrongful practices. This is notwithstanding the fact that the subsequent Nuremberg trials against surviving members of the leadership<sup>42</sup> did refer to rape as a crime against humanity. As such, a number of war-related sexual offenses such as enforced prostitution, forced pregnancy, sexual slavery and enforced sterilisation as well as sexual mutilation to name but a few were included into the charges but largely ignored by the Tribunal.

Similarly, the Nuremberg trials were later followed by the International Military Tribunal for the Far East (Tokyo Tribunal) trial which, like the Nuremberg Charter, did not include any explicit reference to wartime sexual offenses as crimes in its Charter.<sup>43</sup> Contrary to the Nuremberg proceedings, wartime sexual crimes were included, albeit to a limited extent, in the Tokyo indictments.<sup>44</sup> Though not explicitly listed as prosecutable offenses in its founding instrument, including such crimes in the descriptive list of crimes charged before the Tokyo Tribunal can arguably be interpreted as a strong indication of the illegality of these practices.

It is obvious that the horrors of World War II led to the establishment of the International Military Tribunals, which laid the groundwork for a precedent of accountability. That said, the approach of these first ever international criminal trials to rape and other forms of sexual violence in conflict situations has set strongly flawed precedent to the extent that it took much longer for these crimes to become a part of international law. In any event, to ignore these crimes or giving them superficial treatment where referred to in some indictments did not contribute to strengthening the illegality of such practices in armed conflicts. However, the widespread evidence of sexual

<sup>37</sup> They are also called “hybrid international tribunals” as they were established not under Chapter VII of the United Nations Charter but rather based on an agreement between the national government concerned and the United Nations.

<sup>38</sup> The Statute of the ICC (Rome Statute) was signed on 17 July 1998, UN Doc. A/CONF.183/9. Entry into force on 1 July 2002 in accordance with Article 126.

<sup>39</sup> The ICC is subject to the principle of complementarity, that is, it can act only if States are unwilling or unable to carry out criminal proceedings. See Article 17 of the ICC Statute.

<sup>40</sup> K. D. Askin, *supra* note 1, p. 8.

<sup>41</sup> The United Nations Charter was adopted on 26 June 1945, largely as a result of two devastating world wars, and was ratified by 50 members and became the active governing document of the United Nations in October of that same year.

<sup>42</sup> As opposed to the major war criminals held under the auspices of the Control Council No. 10. See Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, December 20, 1945, 3 Official Gazette Control Council for Germany 50-55 (1946), available at <http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/ccno10.htm> (accessed on 26 June 2013).

<sup>43</sup> The Charter of the International Military Tribunal for the Far East adopted on 19 January 1945 (Annexed to the Special Proclamation by the Supreme Commander for Allied Powers at Tokyo).

<sup>44</sup> See A. Cole, *supra* note 7, p. 49.



crimes as a method of conflict in the former Yugoslavia and the genocide against the Tutsi population in Rwanda led to ground-breaking jurisprudence which paved the way for the effective international prosecution of such crimes.

### 3.2 Approaching Conflict-Related Sexual Crimes as “Method of War” and its Contribution in the Prosecution of these Crimes

Though it appears slightly true to claim that the move towards criminalisation of wartime sexual offenses started with the Geneva Conventions and most especially their Additional Protocols, global impunity for too long prevailed. In the face of the systematic and extensive rapes of women during the war in Bosnia and Herzegovina, the founding documents of the ICTY explicitly listed these practices as crimes against humanity, alongside other crimes such as torture and extermination.<sup>45</sup> Also in the aftermath of the Rwandan genocide, in which systematic use of rape occurred on a daily basis<sup>46</sup>, the statute of the ICTR included rape as a prosecutable crime before the Tribunal.<sup>47</sup>

Drawing from the jurisprudence of the ICTY and ICTR, the ICC statute provides a broader basis for prosecuting sexual crimes.<sup>48</sup> As will be elaborated in detail below, these offenses now have a normative framework under international law, and can be prosecuted as part of the international laws on war, genocide and crimes against humanity. The ICC statute does not however include rape and other forms of sexual violence as genocidal acts. Furthermore, under the Rome Statute, like the ICTR Statute, there is no requirement of nexus to an armed conflict for persecuting crimes against humanity as in the ICTY statute.<sup>49</sup> Thus, the establishment of the jurisdiction of the ICC regarding rape and other forms of sexual violence as crimes against humanity does not demand a connection to war.

#### 3.2.1 Rape and other Sexual Crimes as Instruments of Genocide

The ICTR, tasked with prosecuting those being responsible for the atrocities committed in the genocide against the Tutsi population in Rwanda, handed down a landmark case defining rape as an act of genocide. For the first time in history, the Tribunal held an individual accountable of genocide on the basis of, among others, acts of rape and sexual violence. The case *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*<sup>50</sup> was not only the first time an international tribunal punished a perpetrator on the grounds of sexual violence but also the first time that rape was found to be an act of genocide, *id est (i.e.)* an act committed with the intent to destroy a group.<sup>51</sup>

Such interpretation has led many scholars such as Alex Obote-Odora<sup>52</sup> and Kelly Dawn Askin<sup>53</sup> to hailing this decision as a breakthrough reading of international law by the Tribunal as far as sexual crimes are concerned. It should be noted that the ICTR subsequently handed down a number of other convictions for genocide where sexual violence played an important part<sup>54</sup> and that were echoed in the ICTY jurisprudence<sup>55</sup>. Indeed, finding defendants guilty of genocide based partly on acts of rape can be described as one of the important legacies of the *ad hoc* Tribunals.

In the context of the genocide in Rwanda, the ICTR held in the *Prosecutor v. Mikaeli Muhimana* that he has “personally targeted Tutsi civilians by shooting and raping Tutsi women with the intent to destroy the Tutsi people”.<sup>56</sup> Keeping with the Genocide Convention,<sup>57</sup> the Tribunal held that rape and other acts of sexual violence can be inflicted with the intent of killing members of a group,<sup>58</sup> can constitute serious bodily or mental harm,<sup>59</sup> can be part of measures intended to prevent births within the group such as sexual mutilation,<sup>60</sup> and can also be intended to forcibly transferring children of the group to another group.<sup>61</sup> As to the specific aspect of causing serious bodily harm, the ICTR found in *Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi* that the accused incurs responsibility for the crime of genocide by instigating the rape of Tutsi women and girls.<sup>62</sup>

In the context of the war in Bosnia and Herzegovina, judges of the ICTY have also reasoned that these rape and other forms of sexual violence can amount to the crime of genocide. Though, there have been no prosecutions for genocidal sexual violence before the Yugoslavia tribunal, in its discussion about rape and other forms of sexual violence the Tribunal held in the *Prosecutor v. Anto Furundžija* that “...rape may also amount to [...] an act of genocide, if the requisite elements are met, and may be prosecuted accordingly”.<sup>63</sup>

<sup>45</sup> See Article 5(g) of the ICTY Statute.

<sup>46</sup> The UN Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Rene Degni-Segui, Report on the Situation of Human Rights in Rwanda, 16, U.N. Doc. E/CN.4/1996/68, January 29, 1996.

<sup>47</sup> See Article 3(g) of the ICTR Statute.

<sup>48</sup> See Article 7 (1) (g) and 8(2) (b) (xxii) ;(e) (vi) of the ICC Statute.

<sup>49</sup> The ICTY held however that this requirement is purely jurisdictional as “there is no logical or legal basis for this requirement...” See *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, § 140.

<sup>50</sup> *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, *supra* note 32, §§ 731-34.

<sup>51</sup> The 1948 UN Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide defines the crime of genocide as any of the following acts committed with the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial, or religious group, as such: a. Killing members of the group; b. Causing serious bodily or mental harm to members of the group; c. Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; d. Imposing measures intended to prevent births within the group; e. Forcibly transferring children of the group to another group.

<sup>52</sup> A. Obote-Odora, Rape and Sexual Violence in International Law: ICTR Contribution, in: *Journal of International and Comparative Law* (2005), p. 135.

<sup>53</sup> K. D. Askin, Developments in International Criminal Law: Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Current Status, in: *Journal of International Law* (1999).

<sup>54</sup> See *Prosecutor v. Alfred Musema*, Case No ICTR-96-13, Judgment and Sentence, 27 January, 2000, §§ 156, 804, 861; *Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi*, Case No ICTR 2001-64-T, Judgment, 17 June 2004, §§ 291-293.

<sup>55</sup> *Prosecutor v. Anto Furundžija*, *supra* note 34, § 172

<sup>56</sup> *Prosecutor v. Mikaeli Muhimana*, Case No ICTR-95-1B-T, Judgment, 28 April, 2005, § 15.

<sup>57</sup> Article II of the UN Convention on Genocide.

<sup>58</sup> See *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, *supra* note 32, § 733.

<sup>59</sup> *Id.*, § 731.

<sup>60</sup> *Id.*, § 507.

<sup>61</sup> *Id.*, § 509.

<sup>62</sup> *Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi*, *supra* note 54, § 292.

<sup>63</sup> *Prosecutor v. Anto Furundžija*, *supra* note 34, § 172.

On the specific aspect of causing serious bodily or mental harm, the ICTY held on the ICTR's conceptual description of rape and other forms of sexual violence as genocide. The Tribunal highlighted in *Prosecutor v. Radislav Krsti*<sup>64</sup> that inhuman treatment, torture, rape, sexual abuse and deportation are among the acts which may cause serious bodily or mental injury. The *ad hoc* tribunals' judges hold on to this view in many other cases such as the *Stakic*<sup>65</sup> at the ICTY and the *Kajelijeli*<sup>66</sup>, *Kayishema and Ruzindana*<sup>67</sup>, *Kamuhanda*<sup>68</sup> and *Musema*<sup>69</sup> at the ICTR. In *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana* for instance, the ICTR referred to evidences of sexual mutilations and rapes in support of the crime of genocide on the ground of causing serious bodily or mental injury to the victim.<sup>70</sup>

In the wording of the 1948 Genocide Convention causing serious bodily or mental harm to members of the group and/or deliberately imposing the group conditions of life aimed at leading to its physical destruction in whole or in part constitute genocide.<sup>71</sup> Considering rape to be one of the constituent acts of genocide is definitely one of the positive breakthroughs in addressing these crimes. Indeed, such an interpretation on the part of the *ad hoc* tribunals is a firm recognition that sexual crimes can cause the infliction of serious bodily and mental harm to the victims<sup>72</sup>, and constitute the crime of genocide, when inflicted with the specific intent to destroy a particular group. However, as Rhonda Capelon aptly observes, proving for “the intent to destroy a particular group”<sup>73</sup> regarding sexual crimes is very demanding.<sup>74</sup> Genocide is a crime with a double mental element, *i.e.* a general intent as to the underlying acts, and an additional intent to destroy a particular group wholly or partially,<sup>75</sup> the latter was found lacking in various rape cases at the *ad hoc* tribunals.<sup>76</sup> The legacy of the *ad hoc* tribunals has resonance on the future of international criminal justice regarding these crimes. In this way, lately the ICC has issued a number of indictments in which rape and other forms of sexual violence are part of the factual bases of the charge of genocide.<sup>77</sup> In the on-going indictment *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* for instance, the Pre-Trial Chamber I of the ICC considered that there are reasonable grounds to believe that, subjecting thousands of civilian women belonging primarily to the Fur, Masalit and Zaghawa groups to acts of rape, was part of Omar Hassan Ahmad Al Bashir's genocidal campaign.<sup>78</sup> One might argue that the implications concerning the arrest warrants issued by the ICC in which rape is alleged as part of a genocidal plan can be interpreted as highlighting the exceptional gravity of these offenses. Although rape is not listed by the ICC Statute as a constituent violation under the crime of genocide, the author argues that the Court will be able to rely on the jurisprudence of the *ad hoc* tribunals in prosecuting genocide on the ground of sexual violence inflicted with the specific intent to destroy a particular group wholly or partially.

To label rape and other forms of sexual offenses as form of genocide will attract consistent and vigorous prosecution as well as severe sanctions since the crime of genocide is regarded as the most egregious of all international crimes.<sup>79</sup> According to the ICTY in the *Prosecutor v. Goran Jelisi*<sup>80</sup>, and to the ICTR in the *Kambanda*<sup>81</sup> and *Niyitegeka*<sup>82</sup> cases, genocide is considered as the “crime of crimes”. The crime

of genocide is “unique because of its element of special intent [...], hence the Chamber is of the opinion that genocide constitutes the crime of crimes, which must be taken into account when deciding the sentence”.<sup>83</sup> This approach underscores the need for effective prosecution for this crime as well as severe punishment for perpetrators.

Rape and other acts of sexual violence as genocide can take different forms depending on the context. For instance, while the forced impregnation<sup>84</sup> was a distinctive feature of rape as a strategy of ethnic cleansing in the former Yugoslavia, the genocide against Tutsi in Rwanda has witnessed the deliberate transmission of HIV to victims.<sup>85</sup> In both scenarios, the overall objective of the perpetrators was to render the area ethnically homogeneous by eliminating members of other ethnicities.

The finding that rape and other forms of sexual violence can

<sup>64</sup> See *Prosecutor v. Radislav Krsti*, Case No IT-98-33, Judgment of August 2, 2001, §§ 509, 513.

<sup>65</sup> See *Prosecutor v. Milomir Stakic*, Case No IT-97-24, the Judgment of July 31, 2003, § 516.

<sup>66</sup> See *Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli*, Case No ICTR-98-44A-T, Judgment of December 1, 2003, § 815.

<sup>67</sup> See *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, Case No ICTR-95-1-T, Judgment and Sentence of 21 May, 1999, § 108.

<sup>68</sup> *Prosecutor v. Jean Kambanda*, Case No ICTR-97-23-S, Judgment and Sentence of September 4, 1998, § 634.

<sup>69</sup> *Prosecutor v. Alfred Musema*, *supra* note 54, § 156.

<sup>70</sup> *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, *supra* note 67, § 547.

<sup>71</sup> See Article II (b and c) of the UN Convention of the Prevention and Punishment of Genocide.

<sup>72</sup> *Id.*, Article II (b).

<sup>73</sup> See Article II of the 1948 UN Genocide Convention, *supra* note 51.

<sup>74</sup> See R. Copelon, *Surfacing Gender: Reconceptualising Crimes against Women in Time of War*, in: A. Stiglmayer (ed.), *Mass Rape: The War against Women in Bosnia-Herzegovina*, Lincoln 1994, p. 98.

<sup>75</sup> See K. Ambos, *What Does the Intent to Destroy Mean in Genocide?*, in: *International Review of the Red Cross* Volume 91, No 876 (2009), pp. 833-858.

<sup>76</sup> See for instance *Prosecutor v. Ildephonse Hategekimana*, Case No ICTR-00-55B-T, Judgment of December 6, 2010, §§ 30, 725.

<sup>77</sup> See among others *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Case No ICC-02/05-01/09, *The Second Warrant of Arrest*, 12 July, 2010.

<sup>78</sup> *Id.*, § 6.

<sup>79</sup> See K. E. Carson, *Reconsidering the Theoretical Accuracy and Prosecutorial Effectiveness of International Tribunals' ad hoc Approaches to Conceptualizing Crimes of Sexual Violence as War Crimes, Crimes against Humanity, and Acts of Genocide*, in: *Fordham Urban Law Journal* Volume 39 (2012), p. 1297. See also O. Ben-Naftali and Y. Shany, *International Law between War and Peace*, Tel Aviv 2006, p. 272.

<sup>80</sup> See *Prosecutor v. Goran Jelisi*, Case No IT-95-10-A, Judge Patricia Wald's dissenting opinion, Appeal Chamber Decision of July 5, 2001, § 2.

<sup>81</sup> *Prosecutor v. Jean Kambanda*, *supra* note 68, § 16.

<sup>82</sup> See also *Prosecutor v. Eliezer Niyitegeka*, Case No ICTR-96-14-A, Appeal Chamber Decision of July 9, 2004, § 53.

<sup>83</sup> See *Prosecutor v. Jean Kambanda*, *supra* note 68.

<sup>84</sup> According to the ICTR, forced impregnation could be seen as genocide when intended to prevent births within a group, particularly within patriarchal societies. See *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, *supra* note 32, § 507.

<sup>85</sup> See L. Sharlash, *Rape as Genocide: Bangladesh, the Former Yugoslavia and Rwanda*, in: *New Political Science* Volume 22, No 1 (2000), p. 99.

be constituent acts of genocide underpins the understanding of these practices as not sexual in nature and represents a significant advance in international prosecution of these crimes. Since genocide retains the crime of crimes status, recognizing that these offenses constitute genocide, if the requisite *dolus specialis* to exterminate a particular group is proven, reflects their appalling nature and should thus be prosecuted as one of the most serious crimes.

### 3.2.2 Rape and other Acts of Sexual Violence as Crimes against Humanity

The growing understanding of international law regarding rape and other forms of sexual violence has also led to conceptualisation of these offenses as crimes against humanity. Crimes against humanity involve the perpetration of certain prohibited acts<sup>86</sup>, committed as part of a systematic or widespread attack<sup>87</sup> against a civilian population. In addition to this, the perpetrator must know of the broader context in which his actions occur.

For prosecution of rape and other forms of sexual violence to come under the category of crimes against humanity, they must have been perpetrated as part of a widespread or systematic campaign against civilians. Unlike the crime of genocide, the legal basis of the ICTY<sup>88</sup>, ICTR<sup>89</sup> and the Special Court for Sierra Leone (SCSL)<sup>90</sup> as well as of the ICC<sup>91</sup> specifically list rape as a constituent act of crimes against humanity.

As many scholars such as the former chief prosecutor of the ICTY Richard Goldstone have rightly observed, the inclusion of rape as one of the enumerated crimes against humanity in the statutes of the *ad hoc* tribunals could be seen as an important step forward in addressing these crimes.<sup>92</sup> As such, a number of convictions of rape and other acts of sexual violence as crimes against humanity have been handed down not only providing the first consideration of the elements of these offences in this regard, but more importantly setting a precedent for the prosecution of these practices as crimes against humanity. For instance, the ICTR defined rape and other forms of sexual violence as inhumane acts, persecution, enslavement or torture, all of which are constitute elements of a crime against humanity.<sup>93</sup>

In various cases such as *Abdullah Aydin v. Turkey*<sup>94</sup> and *Raquel Martí de Mejía v. Perú*<sup>95</sup>, the European Court of Human rights (ECHR) and the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) respectively held that the rape of the applicants in detention was torture. In the *Mejía* case, the IACHR found that rape could rise to the level of torture which is considered as an aggravated form of inhumane treatment given the severity of the physical and psychological scars that rape leaves with a victim.<sup>96</sup>

These cases have contributed to the evolution of the jurisprudence in the interpretation of the law prohibiting rape at the supranational level. Though the ECHR and the IACHR, unlike international criminal tribunals, have no power to punish individuals, standards set out for rape and other forms of sexual violence to rise to torture have often been referred to in subsequent international trials.<sup>97</sup>

There are many examples of this approach in the *ad hoc* tribunals' jurisprudence. Rape has also been described by the *ad hoc* tribunals as torture depending on the circumstances.

Torture is one of the constitutive elements of a crime against humanity that requires intentional infliction of severe pain and suffering. The ICTY recognised rape as a form of torture, defined as “intentionally inflicted severe physical or mental pain and suffering” in the United Nations Convention against Torture<sup>98</sup> and referred to the ECHR and IACHR precedent to set out elements for rape to be prosecuted as such.<sup>99</sup>

It follows from the ICTY finding in *Prosecutor v. Zejnil Delali et al.* known as “*elebi i Camp*” case that torture on the ground of rape and other forms of sexual violence, which entails criminal responsibility as a crime against humanity, can be committed in various ways.<sup>100</sup> The Tribunal held that “[...] in considering whether rape gives rise to pain and suffering, one must not only look at the physical consequences, but also at the psychological and social consequences of the rape”.<sup>101</sup> While certain elements must be met in order for rape and other forms of sexual violence to be included within the offence of torture<sup>102</sup>, the accused's awareness<sup>103</sup> of an attack against civilian population of which the

<sup>86</sup> Articles 7 (1), 5 and 3 of the ICC, ICTY and ICTR Statutes respectively.

<sup>87</sup> While the ICTY Statute requires the attack to be committed in the context of an armed conflict, and the ICTR Statute requires the discriminatory element, neither of these elements is required for the definition of crimes against humanity under the ICC Statute.

<sup>88</sup> See Article 5(g) of the Statute of the ICTY.

<sup>89</sup> See Article 3(g) of the Statute of the ICTR.

<sup>90</sup> See Article 2 (g) of the Statute of the SCSL, Agreement between the UN and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, adopted on 16 January, 2002.

<sup>91</sup> Article 7 (g) of the Rome Statute, *supra* note 38. It should be noted that while there are several pending cases at the ICC which do not contain charges for sexual crimes, the ICC has brought a range of sexual violence charges arising from various situations.

<sup>92</sup> R. J. Goldstone, *Prosecuting Rape as a War Crime*, in: *Journal of International Law* Volume 34 (2002), p. 279. See also A. Cole, *supra* note 7, p. 52.

<sup>93</sup> See for instance *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, *supra* note 32, §§ 597-598. See also *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.*, Case No<sup>s</sup> IT-96-23/1-T & IT-96-23/1-T, Trial Judgement (ICTY), §§ 738-739, 742.

<sup>94</sup> See *Abdullah Aydin v. Turkey*, Case No<sup>o</sup> 42435/98, Judgment of the European Court of Human Rights of 25 September, 1997, § 86.

<sup>95</sup> See *Raquel Martí de Mejía v. Perú*, Case No<sup>o</sup> 10.970, Report No<sup>o</sup> 5/96, Decision of the IACHR, 1996 OEA/Ser. L/V/II.91 Document 7, 157.

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> See *Prosecutor v. Zdravko Mucic aka „Pavo“ et al.*, Case No<sup>o</sup> IT-96-21-T, Trial Chamber Judgement, 16 November 1998, §§ 495-496.

<sup>98</sup> The Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UN GA Res. 39/46, UNCATOR, 1984, UN Treaty Series, Volume 1465.

<sup>99</sup> See *Prosecutor v. Zejnil Delali et al.*, Case No<sup>o</sup> IT-96-21-T, Trial Chamber Judgement of 16 November 1998, §§ 495-496.

<sup>100</sup> *Id.*, §§ 484-486.

<sup>101</sup> *Id.*, § 486.

<sup>102</sup> An intentional act through which physical or mental pain and suffering is inflicted on a person; such suffering must be inflicted for a purpose, and it must be inflicted by a public official or by a private person acting at the instigation of a public official. See *Prosecutor v. Zejnil Delali et al.*, *supra* note 99, § 483.

<sup>103</sup> The accused need not share the purpose behind the attack. The mental element for crimes against humanity relates to knowledge of the context that the accused's criminal act comprises part of that attack against civilian population, not motive. See *Prosecutor v. Dusko Tadić*, Case No<sup>o</sup> IT-94-1-A, Appeals Chamber, 15 July 1999, §§ 271-272.

victim is part of must also be proven for these crimes to constitute crimes against humanity.

Discrimination is not a requirement for prosecution of crimes against humanity in general, except only on the ground of persecution.<sup>104</sup> For rape and other forms of sexual violence to come under crimes against humanity need not be committed because of discriminatory grounds. However, the ICTY has found that various pattern can make the crimes discriminatory on multiple levels. In the context of the ethnic cleansing in the former Yugoslavia, the Tribunal ruled in *Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al.* that acts of rape and other forms of sexual violence purposefully inflicted by Mladjo Radi were discriminatorily against non-Serb detainees in the camp, and committed exclusively against women.<sup>105</sup>

To label rape and other forms of sexual violence as torture, which entails criminal responsibility as a crime against, humanity has been upheld by the ICTY in other cases such as *Prosecutor v. Furundžija*<sup>106</sup> and *Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al.*<sup>107</sup> as well as *Prosecutor v. Kunarac et al.*<sup>108</sup> also known as “Foca” case at the ICTY, in which the accused have been prosecuted for sexual violence as torture.

In its decisions involving rape and other forms of sexual violence, the ICC held on this development. Considering whether sexual offenses can rise to torture, the ICC in its decision pursuant to article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*<sup>109</sup> held that “the act of torture is fully subsumed by the count of rape”.<sup>110</sup> This finding reflects the approach taken in *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindanda*<sup>111</sup> at the ICTR and *Prosecutor v. Delali et al.*<sup>112</sup> as well as *Prosecutor v. Pavle Strugar*<sup>113</sup> at the ICTY, in which the specific material elements of torture are considered inherent to nature of rape and other forms of sexual violence.

Sexual crimes have also been prosecuted as outrages upon personal dignity, cruel treatment, persecution, enslavement, as inhuman acts that significantly fall either under the crimes against humanity category or war crimes;<sup>114</sup> Hannan Pearce has persuasively argued that labeling wartime rape as torture certainly add momentum to the international prosecution of these crimes. It might also force state authorities and governments to exhibit the will to combat it.<sup>115</sup> The understanding that torture is consistently being committed through rape and other forms of sexual violence will set a new tone in fighting these crimes.

### 3.2.3 Prosecuting Conflict-Related Sexual Offenses as War Crimes

Under article 8 of the ICC Statute<sup>116</sup> and the ICC Elements of Crimes<sup>117</sup>, rape is a crime falling within the jurisdiction of the ICC as a war crimes along with other forms of sexual violence such as sexual slavery, forced pregnancy, enforced prostitution, enforced sterilization, persecution based on gender, and other sexual violence. The ICC builds on advances made by the *ad hoc* tribunals in this regard and sets out wide range of sexual offenses as war crimes in both international and internal armed conflict.<sup>118</sup> The Rome Statute explicitly proscribes a wide range of sexual offenses as constituting a grave breach of the Geneva Conventions<sup>119</sup>, and a serious violation of article 3 common to the four Geneva

Conventions.<sup>120</sup>

As Anne-Marie de Brouwer rightly notes, this marks the first time in history a treaty has explicitly provided for such a wide range of sexual crimes as war crimes.<sup>121</sup> Indeed, the inclusion of sexual crimes in the ICC Statute, as a permanent court, represents a milestone in the international prosecution of these crimes. The ICTY and ICTR have handed down historical advances arguing that rape and other forms of sexual violence constitute violations of the laws and customs of war. For instance, in its discussion of rape as a violation of the laws or customs of war in *Prosecutor v. Furundžija*, the ICTY found the accused to have committed outrages upon personal dignity on the ground on sexual offenses as a war crime.<sup>122</sup> The ICTY Appeals Chamber in *Prosecutor v. Kvočka et al.*, in which the accused were charged of various acts of sexual violence such as holding young women in an apartment and forcing them to dance naked, held that those acts amount to the outrages upon personal dignity.<sup>123</sup> Also, in *Prosecutor v. Delali et al.*, the Tribunal convicted the accused for sexual crimes as grave breach of the Geneva Conventions on the laws and customs of war.<sup>124</sup>

This finding reflects the ICTR decision in *Prosecutor v. Semanza* which convicted the accused for cruel treatment as a violation of the laws and customs of war.<sup>125</sup> The ICTY furthermore held that depending upon the circumstances, rape

<sup>104</sup> *Id.*, § 282-305.

<sup>105</sup> *Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al.*, Case N° IT-98-30/1-T, Trial Judgment of 2 November 2001, § 560.

<sup>106</sup> *Prosecutor v. Anto Furundžija*, *supra* note 34, § 163.

<sup>107</sup> *Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al.*, *supra* note 105.

<sup>108</sup> *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.*, *supra* note 93.

<sup>109</sup> *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, the Situation in the Central African Republic, case N° ICC-01/05-01/08, Pre-Trial Chamber II, Decision of 15 June 2009.

<sup>110</sup> *Id.*, § 205.

<sup>111</sup> *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, *supra* note 67, §§ 577, 625-650.

<sup>112</sup> See *Prosecutor v. Zejnil Delali et al.*, *supra* note 99, § 412.

<sup>113</sup> See *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Case N° IT-01-42-PT, The Decision on Defence Preliminary Motion Concerning the Form of the Indictment of 28 June 2002.

<sup>114</sup> See among other cases *Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al.*, *supra* note 105, § 184; *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.*, *supra* note 93, §§ 161, 738-739, 742; *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, *supra* note 32, § 655-688; *Prosecutor v. Laurent Semanza*, Case N° ICTR-97-20-A, Judgment of May 20, 2005, § 370.

<sup>115</sup> H. Pearce, An Examination of International Understanding of Political Rape and the Significance of labelling it Torture, in: *International Journal of Refugee Law* Volume 14, N° 4 (2003), p. 538.

<sup>116</sup> Article 8(2) (b) (xxii) of the ICC Statute.

<sup>117</sup> The ICC Elements of Crimes adopted on 9 September 2002.

<sup>118</sup> Articles 8(2) (b) (xxii) and 8(2) (e) (vi) of the ICC Statute.

<sup>119</sup> Articles 49, 50, 129 and 146 of the Geneva Convention I, II, III and IV respectively.

<sup>120</sup> See Article 8(2) (e) (vi) of the ICC Statute.

<sup>121</sup> A. M. de Brouwer, *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: The ICC and the Practice of the ICTY and ICC*, Antwerp 2005, p. 177.

<sup>122</sup> *Prosecutor v. Anto Furundžija*, *supra* note 34, § 172.

<sup>123</sup> *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.*, *supra* note 93, § 163.

<sup>124</sup> *Prosecutor v. Zejnil Delali et al.*, *supra* note 99, §§ 936-43, 955-65.

<sup>125</sup> *Prosecutor v. Laurent Semanza*, *supra* note 114, § 371.

may also amount the grave breach of the Geneva Conventions.<sup>126</sup> It should be borne in mind that the provisions on the grave breaches of the 1949 Geneva Conventions were copied verbatim into the ICTY and ICC Statutes.<sup>127</sup> Hence, the legal basis for a prosecution of conflict-related rape and other forms of sexual violence as war crimes is established in international law.

#### 4. Challenges to the Effective Prosecution of Rape and other Acts of Sexual Violence

The relatively recent trend towards the international prosecution of conflict-related sexual violence continued with the establishment of the ICC. Undoubtedly, the progress made by the *ad hoc* tribunals as described above was very influential in the drafting of both ICC Statute and its elements of crimes. This view is supported by the fact that the ICC Statute does explicitly mention rape and other forms of sexual violence as elements of various crime categories such as crimes against humanity and war crimes.

Considering the impact of the progress made by the *ad hoc* tribunals on the work of the ICC, relatively recent decisions involving conflict-related sexual violence are built upon the jurisprudential progress registered by the *ad hoc* tribunals. As such, a number of charges of rape and other forms of sexual violence as part of the factual bases of the charge of genocide,<sup>128</sup> and rape constituting torture as constitutive element of both crimes against humanity and war crimes.<sup>129</sup> The groundwork laid by the *ad hoc* tribunals and latterly endorsed by the ICC will make a lasting impact on how these crimes are addressed before international criminal courts and tribunals.

Currently, there are many cases before the ICC where rape and other acts of sexual violence are being charged as crime against humanity and war crimes that will certainly take this development forward. To successfully address these crimes, and more importantly to provide deterrence for the future, the aforementioned progress registered is undoubtedly an outcome worth commending.

Yet despite this development, there are challenges and obstacles to the effective international prosecution of rape and other forms of sexual violence. The challenges facing the international criminal tribunals and courts in prosecuting these crimes can be presented in a twofold picture. In addition to the challenges and difficulties investigating and collecting necessary evidence to secure convictions for the perpetrators, establishing the intent to destroy a particular group wholly or partially by rape as a constitutive element of genocide or the accused's knowledge of the context in which these offences have been committed as constitutive element of a crime against humanity is a major challenge for prosecution of these crimes.

Given the sensitive nature of these crimes, challenges persist in collecting and verifying information. This leads to lack of sufficient evidence to support charges of rape and other sexual offenses. On 7 March 2014 for instance, the ICC in Prosecutor vs. Germain Katanga,<sup>130</sup> who was accused with sexual slavery and rape both as a crime against humanity and a war crimes, found the accused guilty of four counts of war crimes and one count of crime against humanity. However, despite

the Court establishing that sexual slavery as a war crime and a crime against humanity under articles 8(2) (e) (vi) and 7(1) (g) were intentionally committed<sup>131</sup>, acquitted the accused of rape and sexual slavery as war crimes and crimes against humanity. The ICC could not conclude that “the criminal purpose pursued by the accused [in attacking civilian population] included the commission of sexual offenses or, therefore that such crimes were also part of the common purpose”.<sup>132</sup>

Furthermore, as have been indicated, rape and other forms of sexual violence charges have thus far been brought before international tribunals and successfully prosecuted as constitutive element of a crime against humanity and, at times, as act of genocide but also as a war crime. In the latter instance, conflict-related sexual offenses have been effectively prosecuted not only as constituting a grave breach of the Geneva Conventions but also as a violation of laws and customs of war.<sup>133</sup> It can therefore be seen from the foregoing that sexual offenses can be prosecuted under each of these crime categories whilst, in certain instances, the underlying acts qualify for either category or all categories simultaneously. The author suggests here that obtaining convictions for perpetrators of sexual violence should be fundamental under either crime category.

The crucial question arises as to whether, depending on the circumstances, it is better to prosecute rape and other forms of sexual violence as a crime against humanity, an act of genocide and war crimes category. One possible assertion that cannot straightforwardly be excluded is that charging sexual violence under the crime against humanity or genocide category is more demanding than as a war crime. A glance at recent convictions of crimes against humanity or genocide on the ground of rape and other forms of sexual violence paints a highly demanding picture for the prosecutor prospects of proving beyond reasonable doubt particular criteria attached to these crimes. Prosecutors face difficulties proving the requisite intent for genocide through rape and the systematic and widespread nature and the accused's awareness of the context for crimes against humanity.

These challenges coupled with difficulties in investigating and collecting evidence due to cultural, religious or societal factors, stigma for victims that make them reluctant to report these crimes and talk about their experiences may even make sexual crimes remain unpunished. To successfully address these crimes in order to provide deterrence for the future, the

<sup>126</sup> Prosecutor v. Zejnil Delali *et al.*, *supra* note 99, §§ 936-43, 955-65.

<sup>127</sup> See Articles 2 and 8 (2) (a) of the ICTY and ICC Statutes respectively.

<sup>128</sup> See Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *supra* note 77.

<sup>129</sup> See among others the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, *supra* note 109. See also Prosecutor v. Germain Katanga, Case No ICC-01/04-01/07, Warrant of Arrest for Germain Katanga, 2 July 2007; Prosecutor v. Mathieu Ngujolo, Case No ICC-01/04-01/07, Warrant of Arrest for Mathieu Ngujolo Chui, 6 July 2007.

<sup>130</sup> Prosecutor vs. Germain Katanga, *supra* note 129, Trial Chamber II, Judgement, 7 March 2014.

<sup>131</sup> See Summary of Trial Chamber II's Judgment of 7 March 2014, § 36.

<sup>132</sup> *Id.*, § 75.

<sup>133</sup> See Prosecutor v. Anto Furundžija, *supra* note 34, §§ 162, 172. See also Prosecutor v. Zejnil Delali *et al.*, *supra* note 99, §§ 936-43, 955-65.

international tribunals and courts should consider specific means to address these challenges by ensuring effective investigations and the establishment of particular criteria attached to the international crimes under which rape and other acts of sexual violence are prosecuted.

## 5. Concluding Remarks

The ongoing trend towards the international prosecution of conflict-related sexual crimes can only progress. Ultimately, the ICC, having provided for a wide range of sexual related crimes under its jurisdiction, will not only be able to build upon the milestones realised by the previous international tribunals in this regard, but will also certainly take this development forward. This task is particularly significant given the fact that rape and other forms of sexual violence continue to be inflicted on a massive scale during armed conflicts. These crimes serve clearly defined strategic purposes with appalling consequences on victims, and their communities in general. The analysis presented here reveals that, after a long period

of disregard, wartime sexual crimes appear to be firmly established as crimes in international law. The article showed that the ICTY and the ICTR have considerably contributed to the current shift in thinking of international law regarding conflict-related sexual violence. These crimes have been effectively prosecuted as crimes against humanity, war crimes and even instruments of genocide.

However, the prosecution of these crimes remains a challenging task for the international tribunals. Analysis of the available precedents regarding rape and other forms of sexual violence reveals that charging rape and other forms of sexual violence as constitutive elements of a crime against humanity or an act of genocide is a challenging task, due to difficulties in proving beyond reasonable doubt particular criteria attached to these crimes. To ensure effective and successful investigation and prosecution of these crimes and ultimately provide deterrence for the future, the ICC will have to overcome the enduring difficulties and obstacles in securing convictions for perpetrators. ■

# Eliminating Gender Based Violence: A Missing Millennium Development Goal?, 58th Session of Commission on the Status of Women, 10-21 March 2014 in New York

Nora Salem\*

This year's 58th Session of the Commission on the Status of Women (CSW), held at the United Nations (UN) Headquarters in New York from 10 to 21 March, focused on the "challenges and achievements in the implementation of the Millennium Development Goals (MDGs)<sup>1</sup> for women and girls".

The vast majority of governments and representatives of the civil society at the CSW acknowledged soon that eliminating violence against women was the missing MDG. This particular issue seemed to be the upcoming topic of this year's 58th session. Many of the side events during the CSW, which are either organized by Governments or NGOs, dealt with the issue of gender based violence.

The UN defines violence against women as "any act of gender-based violence that results in, or is likely to result in, physical, sexual or mental harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life."<sup>2</sup> That includes practices like femicide, domestic violence, sexual slavery and exploitation, sex trafficking, forced prostitution, sexual assault and abuse, rape, forced marriage, crimes in the name of honor and traditional practices like female genital mutilation and dowry.

## 1. Statistics regarding gender based violence:

Jeni Klugman, Director of Gender and Development at the World Bank Group, cited at a side event named "Ending violence against girls and women – The missing MDG" (11 March 2014) a recent study undertaken by the World Health Organization (WHO). According to which over 35% of women worldwide, a total of 914 million women, had experienced physical or sexual partner violence or non-partner sexual violence. Although women in developing countries were more likely to be exposed to gender based violence due to regional customs, such as female genital mutilation or dowry death, violence against women was a universal problem that cuts across all economic, cultural and social strata. Klugman said that in the US, 19,000 women per day were being raped, meaning one woman every minute. Lynne Featherstone, UK Parliamentary Under-Secretary of State at the Department for International Development, stated at the same event that in the UK, two

women per week died from intimate partner violence; Natasha Stott Despoj, Australia's Ambassador for Women and Girls, added that in Australia one woman per week died through the hands of her partner. Mary Ellsberg, Founding Director of the Global Women's Institute of George Washington University, presented case studies from South Asia, which showed that 43% of women experienced intimate partner violence whereas in Europe, Canada, Australia and the US around 25% of women experience intimate partner violence.

## 2. Impact of gender based violence on the society

Besides gender based violence being the "biggest human rights violation of our time" as Lakshmi Puri, UN Women Deputy Executive Director, pointed out, it had a major impact on the whole society. The WHO stated at a side event named "The role of the health sector in addressing violence against women" (10 March 2014) that violence against women could lead to physical, mental and sexual problems, such as death, severe injuries, unintended pregnancy, induced abortions, gynecological problems, sexually transmitted infections, depression, post-traumatic stress disorder, sleep difficulties, emotional distress and suicide attempts. This further leads to high social and economic costs, as the victims need medical care and are often not available for the labor market during their injuries.

The Council of Europe declared gender based violence a "public health emergency" and a major cause of death and disability for women in the age of 16 to 44. The WHO acknowledged violence against women as a problem with "epidemic proportions". The World Bank compared violence against women as a cause of death with cancer for women in a reproductive age and a greater cause of ill health than traffic accidents and malaria together. Klugman referred to a recent study on 'Gender Equality and Development' undertaken by the World Bank, according to which gender based violence minimized the GDP to up to 2.5 – 3%.

## 3. Legal aspects of gender based violence:

Rashida Manjoo, Special Rapporteur on Violence against Women, said at a side event

named "20 years of the Special Rapporteur on Violence against Women: Achievements, Gaps, Challenges" (12 March 2014) that when looking at the legal angle of violence against women, one must acknowledge that the legal frameworks are insufficient.

The Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women (CEDAW) is a legally binding UN human rights convention on a universal level, which requires governments to eradicate discrimination against women in all private and public sectors. It was established in 1979, entered into force in 1981 and was ratified by 189 out of 193 UN member states. Although CEDAW tackles many spheres of life, it does not explicitly address the issue of violence against women. Therefore, the CEDAW Committee, which is the supervisory treaty body responsible to monitor the implementation of CEDAW, issued in 1992 the General Recommendation No. 19 on violence against women, which states that "[t]he definition of discrimination includes gender-based violence, that is, violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately. It

\* The author of this article is writing her PhD thesis on "The implementation of the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women (CEDAW) in Egypt" at the Chair of Public International Law led by Ms. Prof. Dr. Martina Haedrich - University of Jena - and is currently conducting a research fellowship in New York. In March 2014 she participated in the 58th session of the Commission on the Status of Women at UN HQ in New York and attended a number of side events as well as parallel events on achieving gender equality and eliminating violence against women organized by UN Agencies and NGOs.

<sup>1</sup> The MDGs were agreed on in September 2000 by 189 heads of states during the UN Millennium summit in New York. The developing framework identifies eight globally agreed key issues as the most crucial challenges of the century in the areas of poverty alleviation, primary education, gender equality and empowerment of women, child and maternal health, environmental sustainability, reduction of HIV/AIDS and communicable diseases, and building a global partnership for development. During the summit, the state communities agreed to achieve these goals by 2015.

<sup>2</sup> A/RES/48/104: In article 1 Declaration on the Elimination of Violence against Women, GA Res. 48/104 (1993)

includes acts that inflict physical, mental or sexual harm or suffering, threats of such acts, coercion and other deprivations of liberty.<sup>3</sup> However, General Recommendations by UN treaty bodies – like the CEDAW Committee – are mere interpretations and thus not legally binding. Manjoo therefore concluded that CEDAW was an insufficient legal framework to address the issue of gender based violence.

She underlined that when looking at the regional level, more satisfying results could be found: The Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women, also known as “Convention of Belém do Pará” is the only convention which is merely directed at eliminating violence against women and a regional legally binding treaty with a complaints procedure in front of the Inter-American Court for Human Rights. It was ratified in 1994 by 20 out of 24 Inter-American states and requires States parties to prevent, investigate and impose penalties for violence against women.

The Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women in Africa addresses violence against women and establishes obligations related to legal reform.

The Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, also known as “Istanbul Convention”, is the first regional legally binding instrument for Europe aiming to eradicate violence against women. It requires states to criminalize psychological violence, stalking, sexual harassment, forced marriage, female genital mutilation, forced abortion and forced sterilization. Until March 2014, the Istanbul convention has not entered into force as the necessary amount of ten ratifications has not been reached yet.

#### 4. Call for change

Hilary Clinton stressed in her oral speech on this year’s International Women’s Day

(8 April 2014) at the UN Headquarters in New York that the expiration of the MDGs agreement in 2015 created a moment of opportunities and obligations “to create a development framework for the next decades, that puts women at the heart of the framework, both as a specific goal and integrated into every goal”. She added that “we must ensure that we bring an end to gender based violence and early child marriage, which remains the great unfinished business of 21<sup>st</sup> century”.

Manjoo, reiterated the need for a universal legally binding treaty which addresses the issue of violence against women explicitly. Although some voices among NGO representatives said that the Istanbul convention was a global blueprint for a universal treaty and should therefore not be limited to member states of the European Council. Manjoo affirmed that a universal convention regarding gender based violence should be based on a universal state consent, rather than on a mere European one. She pointed out that there was a momentum to change now as statistics were available, the economic and social impact of violence against women had been measured, as well as a certain degree of awareness within the society for gender based violence had been created.

Many NGO representatives gave promising examples on how to tackle the issue of gender based violence on a grassroots level, for example through reaching out to religious leaders on the ground or through the establishment of crisis centers who educate men and women in small villages about gender based violence and thereby challenge existing patriarchal ideas in the village, as presented by Oka-ki-Levuka Guttenbeil-Likilili, Women and Children Crisis Centre in Tonga.

Patricia Nozipho Bardill, Interim Chief of Staff at UN Women, asserted that the mechanisms of oppression had been the same throughout history, whether it concerns the discrimination of homosexuals, racial discrimination or any other discrimination of minorities. History had shown through the

example of overcoming the regime of Apartheid in South Africa, that these mechanisms could indeed be destructed. However, a political will has to be utilized to overcome inhumane treatment such as gender based violence.

#### 5. Agreed Conclusions at the 58<sup>th</sup> session of the CSW

Fortunately, this political will seems to have been created among the UN member states at this year’s CSW. After two weeks of negotiations, the Member States finalized an agreement that confirmed the need for a stand-alone goal on gender equality and women’s empowerment in a post-2015 development framework, succeeding the MDGs agreement once it expires in 2015. This agreement condemns explicitly all forms of violence against women and acknowledges “that all forms of violence against women and girls are impediments to the development of their full potential [...], as well as obstacles to the achievement of the Millennium Development Goals.”<sup>4</sup> It names among others specifically child marriage and female genital mutilation and calls upon member states to review, adopt and enforce their national laws to eliminate and prevent violence against women, as well as to prosecute the perpetrators. ■

<sup>3</sup> A/47/38, General Recommendation No. 19, 11<sup>th</sup> session (1992), para. 6.

<sup>4</sup> Agreed conclusions of the 58<sup>th</sup> session of the CSW on “Challenges and achievements in the implementation of the Millennium Development Goals for women and girls”, available at <http://www.unwomen.org/~media/Headquarters/Attachments/Sections/CSW/58/CSW58-agreedconclusions-advanceduneditedversion.pdf>



## ‘From Cold War to Cyber War’. 150 years Red Cross, 25 years IFHV, 20 years NOHA Conference, 14-15 November 2013 in Bochum

Efraín Guzmán / Eugenie Andrejuk\*

The Joint International Conference ‘From Cold War to Cyber War’ organized by the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict (IFHV), Ruhr University Bochum, and the German Red Cross took place in Bochum on 14-15 November 2013. The conference was called to celebrate three anniversaries: the 150<sup>th</sup> anniversary of Red Cross, the 25<sup>th</sup> anniversary of IFHV and the 20<sup>th</sup> anniversary of the Network on Humanitarian Assistance (NOHA) Master Programme.

Scholars, experts, and practitioners discussed new tendencies and challenges to humanitarian action and international law in the context of changes in the world system. During two conference days, the variety of themes was discussed in six discussion panels.

### 1. 21<sup>st</sup> Century Challenges to the Practice of Humanitarian Action

The first presentation of the panel was held by Dr. Robert Heinsch (University of Leiden) on the dissemination of International Humanitarian Law (IHL). According to the speaker, IHL could be a very effective tool of education. However, in reality many people are unfamiliar with it. For this reason, it is important that authorities, armed forces and especially the general public are educated on this topic. Heinsch stated that the Geneva Conventions established the obligation for all High Contracting Parties to disseminate IHL and its content even in times of peace; and this obligation was perceived by the International Committee of the Red Cross (ICRC) as customary law. In this regard, dissemination helps to prevent violations of IHL when it is understood and applied correctly. Nevertheless, there are many challenges for education on IHL such as the difficulty to reach non-state actors, the question which IHL regime is applicable for non-international armed conflicts and how it is possible to extend the protection of IHL concerning new technologies. Dr. Eltje Aderhold (Task Force for Humanitarian Aid, German Federal Foreign Office) addressed the coordination of Humanitarian Action. According to the speaker, there could not be an effective humanitarian response without coordination. Coordination can save lives, and it is the most effective tool in order to improve the utilization of limited resources. Aderhold stated that, due to lack of coordination in the field,

it was extremely difficult to bring all stakeholders together and this might also have a big impact on the beneficiaries. For this reason, it is crucial that non-governmental organizations (NGO), local population and states can be organized as a whole to improve the effectiveness of the humanitarian response. In this regard, it is important to take into consideration the perception of non-western organizations. As stated by the speaker, the organizations working with the cluster system had to find ways to include the local population and organizations in the coordination process. However, this should not be perceived by the local stakeholders as an imposition.

The last presentation of this panel was held by Frank Jörres (German Red Cross) concerning the Practices of Emergency Response. In his opinion, the international humanitarian response has changed in the last 20 years. The speaker stated that in the past, Humanitarian Aid has been related to charity and nowadays rather to a professional activity. The so called Sphere Standards serve as an example for this change, which started by the end of the Cold War. One of the most important acknowledgements of the standardization process was the necessity of setting up the right priorities in cases of emergencies. In this concern, a rapid needs assessment was vital as well as reporting processes and the creation of leadership. However, there are also major challenges in this respect. For instance, local authorities were often forgotten and according to Jörres, locals were often the only ones in power to implement humanitarian aid.

### 2. Humanitarian Education and Humanitarian Action, Round Table

The Round Table on Humanitarian Education and Humanitarian Action focused on the importance of the integration between the academia and the humanitarian practitioners. Firstly, Prof. Dr. Horst Fischer (Founding Director NOHA Bochum) highlighted the European Community Humanitarian Office (ECHO) as the most important partner of the NOHA Masters Programme at the European level to enhance the professionalization in the humanitarian field. The speaker illustrated this by recalling the fact that in 1993, many of the ECHO staff members in Brussels had several backgrounds, but few people were professionals in the field of humanitarian aid.

After this acknowledgement, the establishment of the NOHA Master Programme as a tool for education on humanitarian action with the support of ECHO has been an effort to gain a field related background in order to achieve a more accurate design of humanitarian and development policies.

René Guth (ECHO) agreed in this regard and focused his speech on the importance of the cooperation between ECHO, academia, and other institutions to achieve the goal of improving humanitarian action in all fields, using the NOHA Master Programme as an example.

Another topic of discussion during the round table was the relevance of teaching and the necessity to explore all fields of humanitarian assistance. As an example, Fischer explained that 20 years ago, natural disasters had been perceived as random phenomena which the international community could not prevent. Nevertheless, nowadays the discussion was centered on the fact that many natural catastrophes were influenced by human action and could thus be prevented. The prevention of natural disasters could also be done through the professionalization of humanitarian staff and this should be done by the integration of academia and field practitioners.

After the round table, Prof. Dr. Dennis Dijkzeul (Ruhr-University Bochum) presented a new handbook: *Handbuch Humanitäre Hilfe* (Handbook Humanitarian Aid).

### 3. Keynote Speech ‘Perspectives of International Humanitarian Law’

The second day of the conference – 15 November 2013 – was opened by Prof. Dr. Knut Ipsen (Founding Director IFHV; Former Rector Ruhr University Bochum) with the keynote speech ‘Perspectives of International Humanitarian Law’.

He addressed the different categories of war the world was confronted with and the problems these conflicts presented to the applicability of IHL. According to the speaker, there was a continuity of conflicts which shows over 90 international armed conflicts in the past 50 years. This fact proved the inability of mankind to live in

\* Efraín Guzmán and Eugenie Andrejuk are students of the Joint European Master’s Programme in International Humanitarian Action of the Network on Humanitarian Assistance (NOHA) at Ruhr University Bochum.

peace or at least in absence of violence. Ipsen stated the high probability that this dynamic would continue in the future and the evolution to even more asymmetric conflicts due to the instability of states would reach the next level.

He continued the speech by stating that the ICRC failed in developing rules, for example legal framework, for non-international armed conflicts. The speaker highlighted that this type of armed conflict was more frequent but existing rules were not likely to apply. In order to illustrate his argument, Ipsen took the aircraft attack in Afghanistan in 2009 as an example. In this respect, it was crucial to establish a starting point of the conflict. Only by doing so, the international community can identify when IHL is applicable. The identification of the starting point is also important to determine whether it is an internal disturbance or in fact a non-international armed conflict or international armed conflict.

#### 4. 'New' Obstacles to International Humanitarian Law and Disaster Response Law

The first presentation in this panel was provided by Prof. Dr. Math Noortmann (Oxford Brookes University) on 'Non-state actors in International Law – Roles, Rules and Responsibilities'. According to the speaker, non-state actors (NSA) were not a new phenomenon in International Relations but in the recent decades their role had particularly increased. The main problem for international law with NSA was the lack of international accountability scheme because of the state-centered nature of the modern international system. Noortmann suggested the creation of a new scheme of responsibility for NSA: multi-level scheme, under which NSA carry inward, sideward, downward, and upward responsibility. Noortmann ascertained that there was a time to start changing legal and social responsibilities.

Prof. Dr. Wolff Heintschel von Heinegg (Faculty of Law, University of Frankfurt/Oder) continued with the 'Protection of Information and Communication technologies' focusing on the submarine cable regulation. Nowadays, 99% of all information was transmitted via submarine cables, but the subject was totally neglected in international law. The only rule in IHL concerning submarine cables is provided by the Hague regulation 1907, and it allows to connect occupied territory with third state by submarine cables. In times of peace, the International Convention on Telegraphic Cables, adopted in 1884, is applicable. The United Nations (UN) Convention on the Law of Sea, 1982, allows states to lay submarine cables. Von Heinegg stated that the

regulation was rudimentary in character and misinterpreted. Nowadays, there were no regulations in international law prohibiting espionage or illegal usage of information transmitted through cables. The speaker concluded that legal measures must be taken to protect cables and cable-transmitted information.

The next topic 'Cyber War and Cyber Security' was presented by Dr. Ignaz Stegmüller on behalf of Prof. Dr. Thilo Marauhn (Faculty of Law, University of Giessen). Cyber war was not regulated in international law and the issue remains unclear. Marauhn admitted that the first difficulty was to define the applicable legal framework and to decide whether a cyberattack could trigger armed conflict. If assumed that IHL was applicable, cyber war was regulated by the general IHL of conduct of hostilities, in absence of specific rules. When applying IHL, there were certain sensitive areas such as principle of distinction, principle of proportionality and status of the personnel launching cyberattack that should be addressed. Marauhn also specified on cyber security.

The panel was closed by Prof. Dr. Stephan Hobe (Faculty of Law, University of Cologne) lecturing 'Drones - the Application of Air and Space Law'. Drones or unmanned aerial vehicle (UAV) belong to a rapidly developing technology that is used for both civilian and military purpose. According to the speaker, legal regulation depended on the situation in which drones were used and their purpose. If drones were used for civil purpose, their usage was regulated by the Chicago Convention 1944 – any state using drones must request the permission of the states where the drones were deployed. Currently, the International Civil Aviation Organization has a working group for UAV. However, if drones are used for military purposes, the applicable legal framework depends on the existence of armed conflict. If the situation does not reach armed conflict, human rights law is applicable. The most actual provisions are the prohibition on the arbitrary deprivation of life and the presumption of innocence. If the situation is an armed conflict, use of drones is regulated by the IHL rules on the conduct of hostilities.

The discussion that followed the panel was concentrated on the applicability of IHL to cyber wars and also about issues of cyber espionage and cybercrime.

#### 5. 'New' Threats to peace and security

Prof. Dr. Peter Hilpold (Faculty of Law, University of Innsbruck) opened the panel with the report on the applicability of arti-

cle 51 of the UN Charter to asymmetric wars. He stated that self-defense against non-state actors had been used by states since the colonial times. In the modern context, the issue emerged with 9/11. In resolution 1968, the United Nations Security Council (UNSC) recognized the right to self-defense. However, later the UNSC took an approach of non-forcible measures addressing international terrorism. Hilpold summarized that the UN approaching to self-defense against NSA was 'from the ivory tower'. However, the role of the UN was taken by academia, which provided several initiatives on regulation of these issues such as: the Chatham House Principles 2005, the Leiden policy recommendations 2010, and the Bethlehem principles 2012.

Prof. Dr. Tobias Deibel (INEF, University of Duisburg-Essen) continued with the presentation on 'Failed states and Failing states'. He explained that the concept of failed states was a successful topic in academia, but he argued that this concept was neither a new challenge nor relevant for international peace and security. The first problem seemed to be the lack of definition. Different scholars and institutions constructed different concepts of state failure by looking at various dimensions. The second problem was the securitization of the concept. The notion of 'failed state' was introduced after 9/11 and has been connected with security. However, Deibel further admitted that the link between state fragility and transnational terrorism was more complicated than it is usually depicted. For example, 'terrorists' normally do not want to live in a fragile state, they often come from a failed state but live in an economical strong state. The other issue is transnational crime, which usually originates not in failed states but in more developed states as Mexico and Nigeria. And finally, state failure often starts at the regional level and must therefore be analyzed at those levels. Deibel concluded that debates on state failure should be civilized and focused on human security, while state building should focus on development of institutions and democracy rather than security.

Afterwards, Prof. Dr. Pierre Thielbörger (IFHV) focused on the topic 'Climate Change as a Driver of Conflict' on climate change and the Security Council: whether this issue was within the mandate of the UNSC; what actions could be taken and whether they were effective. The mandate of UNSC is the maintenance of peace and security. The UNSC has an authority to recognize threat to peace, breach of peace and act of aggression and to take non-forcible or forcible measures to maintain peace.

Currently, there are debates whether climate change is a direct or indirect threat to peace. If assumed that climate change is a threat to peace, what measures can the UNSC take? This issue is also highly debatable. The UNSC can probably take non-forcible measures within article 41 of the UN Charter as non-military sanctions or an environmental security committee. Forcible measures within article 42 of the UN Charter are also possible, but they can be easily abused. Addressing effectiveness of possible UNSC measures, Thielbörger admitted that the UNSC was hesitant about climate change. The alternatives that proved their effectiveness are regional initiatives as for example the Niger River Basin Project and 2008 Niger Water Charter or Tigris Region Water Framework. Thielbörger concluded that climate change was highly relevant for peace and security, that the involvement of the UNSC was possible but debatable. Nowadays, regional initiatives proved to be more effective than universal mechanisms.

The theme of climate change was continued by Dr. Kerstin Rosenow-Williams (IFHV) in her report 'Climate Change and Humanitarian Action'. Since the 21<sup>st</sup> century, climate change had become a humanitarian challenge, before it was an environmental issue. With an increase of natural disasters, all stakeholders agreed to the necessity of developing disaster preparedness and local coping mechanisms. Rosenow-Williams analyzed the humanitarian organizations response to emergence of the issue of climate change, and showed that there are two types of change: internal and external. At internal level, the German Red Cross, for example, established the Red Cross Climate Center in 2002, and it started to conduct climate change adaptation programs. The outside changes concern the implementation of projects: there are new actors involved and new partnership build, moreover the projects are directed at disaster prevention and building local capacities. Rosenow-Williams sees two major reasons for such changes: bottom-up (topic is pushed internally, articulated on the ground, and there are evident advantages of organizational advantages for decision-makers) and top-down (climate change is an actual issue in the international discourse, there are financial incentives, structural support and societal support).

After the panel, the discussion concerned two main issues: climate change and state failure. In terms of climate change, the issue of climate refugees was raised. Rosenow-Williams explained that there was no regulation nowadays, but there was the Nansen initiative in terms of which state consultations were held on how to

resolve the problem. It was agreed that people migrate as a last resort, they become vulnerable and there is necessity to look for their empowerment. Regarding state failure, Debiel was asked about solutions if state building does not work and about development perspectives. The professor explained that he wanted to show that the concept of state failure was not a panacea, and state building projects showed little success. He emphasized that there was necessity to be more sensitive and to adapt to local resources.

## 6. New Challenges to Humanitarian Action

The first speech in the panel was delivered by Prof. Dr. Daniel-Erasmus Khan (Munich University of the Federal Armed Forces) on the topic: 'Civil-Military Relations and International Law'. Nowadays international law provided little guidance on the issue, and the discourse was dominated by policy. The regulation was provided by self-regulation in the form of humanitarian principles which were not binding. Khan stated that the guiding principles of humanitarianism had narrow application, but they might evolve into binding rules for humanitarian assistance.

The next speaker was Dr. Ulrike von Pilar (Médecins Sans Frontiers (MSF)) who addressed the issue 'Humanitarian Action in Militarized Environments'. The main problems in humanitarian action nowadays were according to speaker: insecurity, absence of access, intentional targeting of medical staff and health facilities in conflict areas. These problems were connected with political threats: militarized western foreign policy, abuse of medical aid; humanitarian rhetoric of the governments, and integration of humanitarian aid and military operations. From the speaker's point of view, political UN humanitarian rhetoric endangered humanitarians, human rights were used as political instrument, and multi-mandated NGOs were involved in policy-making. She specified on MSF response to these challenges. Von Pilar concluded that there were still gaps in delivering humanitarian aid.

The panel continued with the topic 'Codification of International Responsibilities' by Prof. Dr. Kirsten Schmalenbach (Faculty of Law, University of Salzburg). The main subject was attribution for international responsibility of states. The issue of attribution was codified in Articles on State Responsibility and addressed by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and the International Court of Justice (ICJ). The speaker explained different kinds of attribution. She

particularly emphasized on attribution of *de facto* organ - the concept developed by the ICJ in the Genocide case. According to the court, armed groups acted on behalf of a state as *de facto* organs. Problematic was the attribution of activities of non-state actors. There were two different tests for this attribution provided by different tribunals – ICTY and ICJ. In the Genocide case, the ICJ stated that as jurisdictions of tribunals was different each of them could use its own test. The last problematic issue was the attribution of UN troops. In September 2013 the Dutch Supreme Court delivered judgment on the Mothers of Srebrenica case. It stated that there had been dual attribution. The Supreme Court was in the position to prevent, but the UN controlled operations. However, in course of proceedings, the UN was protected under the shield of immunity. The speaker questioned whether such dual attribution was possible and adequate in combat situation.

The panel was closed by Dr. Christian Schaller (German Institute for International and Security Affairs) with the topic 'Opposition Groups as Potential Partners for Containing Oppressive Regimes? - An International Law Perspective'. The main question raised by the speaker was whether states were entitled to support the opposition's armed groups. There is no concrete legal regulation; however in practice, the way to support the opposition is the recognition of armed opposition groups as government during non-international armed conflict. Normally, the change of the government is an internal matter, however, it is possible in a situation of armed conflict. Such recognition does not have legal effect, only a political one. Schaller illustrated these findings with an example of the support of the armed opposition in Libya.

During the discussion, a few questions were posed to each speaker. Dr. Kirsten Schmalenbach was asked about the difference between *de facto* and *de jure* organs and the Mothers of Srebrenica case in the Dutch Supreme Court. Dr. Christian Schaller answered the questions about effective control and recognition and the differences between the Somalia and Libya situation. He also elaborated on the question whether arm trade could be realized as countermeasure in accordance with Articles on State Responsibility. Dr. von Pilar talked about negotiations and the links between humanitarian action and state responsibility.

## 7. New Duties for Humanitarian Actors

The panel was opened by Prof. Dr. Markku Suksi (Faculty of Law, Turku/ Åbo University) with the topic 'Autonomy and Conflict

Resolution'. The speaker started with the example of autonomy of the Aland Islands in Finland. Autonomy was granted in a self-government act in 1920; this status was confirmed in 1921 by the Aland islands convention 1921. The promotion of peace in this case was realized through two mechanisms: (1) neutralization and demilitarization and, (2) human security for the inhabitants. Suksi stated that nowadays there were more than 60 autonomies in the world, many of them based on national minorities. He continued with explaining different types of autonomy as territorial, cultural, functional, and personal autonomy. The speaker emphasized the links between autonomy and federation, and autonomy and humanitarian aid on the example of a recipient agreement between Zanzibar and Tanzania.

Prof. Dr. Wolfgang Benedek (Faculty of Law, University of Graz) spoke about 'The Role of Human Security Perspective'. One of the recent achievements in humanization of armed conflict had been the wide adoption of the concept of human security. It changed the focus from security of state to security of individuals. Nowadays, there are a number of projects on implementation

of the human security concept in international law and international relations such as: UN Human Security Network; Friends of Human Security; Working group of Secretary General; European Union policy and crisis management. The human security concept sets the human rights based approach to international law, based on the best interest of individuals, personal dignity and freedom from want and fear.

Dr. Wolfgang S. Heinz (Senior Policy Advisor, German Institute of Human Rights) addressed 'Human Rights and Gender in Armed Conflict'. The speaker started with international law regulations of gender issues through both hard law and soft law instruments. Further, Heinz addressed the issue of gender and peacekeeping operations. He stated that the role of women in peacekeeping had considerably increased. The problematic issue within this topic is the peacekeepers' responsibility for violence against the local population. Nowadays, the universal accountability mechanisms are absent; except the national mechanisms of troop sending countries which are ineffective. On the other hand, UN shields its soldiers with immunities to save the image of the mission. Heinz suggested that there

should be some kind of ombudsman mechanism.

The discussion was focused on human security concept and responsibility of UN peacekeepers. Answering the question about the responsibility of peacekeepers, Dr. Heinz said that responsibility was first of all in the power of the sending state, however there was always the possibility for victims to turn to the UN for compensation. The discussion about human security was focused on the question if there are collective human rights and if there are any other concepts of collective human security.

## 8. Conclusion

Prof. Dr. Hans-Joachim Heintze thanked everyone both speakers and participants for joining a fruitful conference. He noted that the approach of the conference was quite broad because the activities of three institutions were also wide-ranging. In conclusion, he congratulated all institutions with anniversaries and admitted their contribution to promotion of humanitarian action and international law. ■

## The Law of Non-International Armed Conflict: Scope, Content and Practice in Counterinsurgency Warfare, Regional Command North Legal Symposium, Camp Marmal, 6 November 2013 in Mazar-E Sharif

**Chief Legal Advisor to the Commander of Regional Command North, ISAF, Afghanistan**

### 1. Framework and Participants

On 6 November 2013, the Chief Legal Advisor for Regional Command North hosted a legal symposium on the Law of Non-International Armed Conflict, focusing on the scope, content and practice of law in counterinsurgency warfare. The symposium was held in the New Conference Center on Camp Marmal, Afghanistan, and continued the successful series of legal discussions which began with the Rule of Law conference held on 15 August 2013. The symposium aimed to bring together and create synergy amongst the Afghan operational law advisors and military decision-makers. The Afghan participants included members

of the 209<sup>th</sup> Afghan National Army (ANA) Corps, the Afghan Uniformed Police, the Afghan National Civil Order Police, and law students of the Balkh University. Over 90 participants attended the conference, including numerous legal advisors from various International Security Assistance Force (ISAF) nations who travelled from other Regional Commands in Afghanistan to participate.

### 2. Opening Remarks

As a prelude to the legal presentations, Brigadier General Markus Laubenthal (Chief of Staff for Headquarters – Regional Command North) and Brigadier General

Ahmad Lallajan (Chief Judge and Chief Prosecutor for the 209<sup>th</sup> ANA Corps), made some opening remarks. Brigadier General Laubenthal elaborated on the complexity of the interaction between tactical military orders, rules of engagement, and humanitarian law in military operations. He explained how law-abiding operations contributed to the overall success of a military mission and acknowledged the local work of the International Committee of the Red Cross (ICRC), whose Regional Command North representatives also attended the symposium.

The symposium agenda offered instruction on the law of non-international armed conflict and its practical application. Indirectly, it provided combatant commanders and

their legal advisors with a venue to discuss the legal prevention of gross human rights violations and violations of humanitarian law in armed conflicts. Presentations were given by ANA officers as well as officers from ISAF. These international law presentations were given in English and Dari, and translated respectively.

### 3. Presentations

The first presentation was given by a legal advisor from a 209<sup>th</sup> ANA Corps combat unit. His presentation was entitled “A Short History on the Laws of War – Why Law of Armed Conflict?”. He elaborated on the origins of humanitarian laws of war in the ancient Islamic world, drawing a link to today’s laws of armed conflict by noting the same underlying humanitarian purpose. The ICRC representatives seamlessly followed the first presentation and discussed the historic evolution of humanitarian laws of war leading to the formation of the ICRC in 1863. They also discussed the work done by the ICRC in northern Afghanistan and distributed the 1949 Geneva Conventions and the 1977 Additional Protocols (translated in Dari) to all Afghan symposium participants. As planned, this material was effectively used during the practical application portion of the symposium to solve the legal problems presented through case studies.

During the first break, the interpreters of the German Armed Forces Field Administration, who bore a special sign for quick identification, provided their exceptional translator services to facilitate talks between the Afghan and English speaking officers and legal advisors.

The Chief Legal Advisor for RC North gave the main presentation “The Law of Non-International Armed Conflict: Scope and Content”. His presentation emphasized spacial and factual applications as well as the interconnection between human rights, national police, and penal law. Humanitarian law in non-international armed conflict was highlighted by providing examples

from current events in certain contemporary theatres of war such as the Syrian civil war, Mexico’s „War on Drugs“ and Mali’s fight against Islamist terrorists.

The legal advisor for the Swedish mission contingent presented “War Crimes in Non-International Armed Conflicts”. He explained how serious violations of the law of armed conflict could be penalized under international criminal law through the International Criminal Court in The Hague or through national penal courts. He spoke of the challenges with criminal prosecutions in states with a difficult security environment and not fully developed judicial infrastructure. This issue was emphasized as a long-term task for the international community. The Command Judge Advocate for United States (US) Task Force Reaper followed the presentation with a topic that has been at the top of the agenda of the law of armed conflict: “Operational Detention and the Treatment of Detainees”. He explained the difference between detentions in combat operations and detentions in peacekeeping operations under the legal framework of operational detentions pursuant to the Copenhagen Process.

The conference attendants had lunch together in the German dining facility. This again provided an opportunity for the 90 participants to network and exchange experiences between the military legal communities.

After lunch, the Legal Advisor for a 209<sup>th</sup> ANA Corps combat support unit started the afternoon with a presentation on “Protection of Cultural Objects and Places of Worship in Non-International Armed Conflicts”. He particularly focused on specially protected cultural places in Afghanistan, including already destroyed ancient sites. Thereafter the Command Judge Advocate of US 6-4 Cavalry presented the “1980 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”. He explained the Convention’s protocols and gave examples from

the armed conflicts in Afghanistan. They signed the convention in 1981 but failed to ratify it until recently. By showing the history of how this important arms treaty has been applied, he was able to illustrate the successes and failures of its provisions and protocols. This led to a topic of particular interest to the Afghan participants, regarding who is responsible for disposing of explosive remnants of war left behind in Afghanistan by Soviet troops in the 1980’s, and how this would occur as a practical matter.

### 4. Case Studies and Certificates

During the final portion of the conference, case studies were presented on the following topics: Human Shields (not covered by treaty, only by customary prohibition in non-international armed conflicts), special protection provisions for Medical Personnel, and on Double Tapping (as a special case of the prohibition against the denial to give quarter). The cases were presented by the legal advisors of the Hungarian, Dutch, and Norwegian mission contingent. During this last part of the conference, the participants worked on the case studies using the legal material provided by the ICRC. The legal experts had interactive discussions about how the persons in the cases were to be treated under international law and Afghan penal law.

At the conclusion of the symposium, the participants received certificates of appreciation, participation, and a group photo. These mementos were distributed to serve as a reminder of a successful day which enforced the application of the law of armed conflict and bonded the international legal network in Northern Afghanistan. The Afghan participants were sincerely grateful for the opportunity to exchange thoughts on trends and developments in the law of non-international armed conflict with international experts in a pleasant atmosphere. Everyone enthusiastically agreed to meet again in the spring of 2014 for a legal conference hosted by the 209<sup>th</sup> ANA Corps. ■

## Gabrielle Simm, *Sex in peace operations*, Cambridge University Press, Cambridge 2013, 235 Seiten, 69 €

Rita Schäfer\*

Gabrielle Simm analysiert in diesem Werk das Verhältnis zwischen der lokalen Bevölkerung in Krisengebieten und zivilem beziehungsweise militärischem Personal in Friedensmissionen der Vereinten Nationen (VN). Konkret ergründet die Autorin, inwieweit das sexuelle Fehlverhalten von internationalem Personal während der Einsätze in Postkonfliktländern strafrechtlich verfolgt wird. Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern humanitärer Organisationen sowie Angestellte privater Sicherheitsfirmen sind spezifische Untersuchungsgruppen.

Als konzeptionellen Rahmen nutzt sie die Null-Toleranz-Policy der VN zur Verhinderung und Ahndung von sexuellem Missbrauch sowie Abkommen des Humanitären Völkerrechts. Zudem nimmt ihre Analyse auf Ansätze der internationalen Rechtsforschung, der Friedens- und Konfliktforschung sowie der feministischen Forschung Bezug. Empirische Fallbeispiele sind Verstöße gegen die VN-Verhaltensvorschriften in Bosnien, Westafrika (Liberia, Sierra Leone) und der Demokratischen Republik (DR) Kongo. Diese Aufteilung in konzeptionelle und empirische Herangehensweisen spiegelt sich im Aufbau des Buches wider: die ersten drei Kapitel und der Schlussteil stellen aus interdisziplinärer Perspektive zahlreiche Forschungsbezüge her. Demgegenüber widmen sich das vierte, fünfte und sechste Kapitel den Länderstudien aus Südosteuropa sowie Zentral- und Westafrika.

Im Kapitel über internationale humanitäre Organisationen in Westafrika berichtet die Autorin, dass der „Internal Oversight Service“ der VN im Jahr 2002 in den Bürgerkriegsländern Sierra Leone und Liberia 42 Fälle von sexuellem Missbrauch an Mädchen der lokalen Bevölkerung durch Mitarbeiter des VN-Flüchtlingshilfswerks (United Nations High Commissioner for Refugees, UNHCR) dokumentiert habe. Diese Übergriffe seien von der internationalen Presse verbreitet worden und hätten die VN in Zugzwang gebracht. Etliche Nichtregierungsorganisationen (NROs) und lokale Frauengruppen hätten die Zahl für viel zu niedrig gehalten und gingen von weitaus mehr Delikten aus. Dennoch behauptete der damalige UNHCR-Hochkommissar Ruud Lubbers, es handle sich nur um Gerüchte und zweifelte die Übergriffe an. Allerdings war er selbst wegen sexuellen Missbrauchs an einer Mitarbeiterin in Misskredit geraten, was aber keine straf-

rechtlichen Konsequenzen hatte. Immerhin gründeten die VN in Reaktion auf die Fälle in Westafrika und den Ansehensverlust der humanitären Helfer die „Inter Agency Task Force on Sexual Abuse and Exploitation“. Diese verlangte eindeutige Verhaltensvorschriften und Nulltoleranzrichtlinien sowie Berichtsmechanismen bei Missbrauch. In der Task Force seien unter anderem die Weltbank und die Hochkommissarin für Menschenrechte vertreten gewesen.

Simm kritisiert, dass für die in der humanitären Hilfe tätigen NROs keine genaue Rechtsdefinition durch die VN festgelegt sei. Dennoch sollen sie den Standards, Zielen und Richtlinien der VN entsprechen. Hier ist für die Autorin von Interesse, gegenüber welcher VN-Instanz humanitäre NROs rechenschaftspflichtig sind. Sie untersucht deren Berichtsmechanismen und Verhaltensstandards, die sexuellen Missbrauch verhindern und sanktionieren sollen. Simm reflektiert über diese Aspekte unter Bezug auf das unterschiedliche Selbstverständnis der breit gefächerten NRO-Szene im Umgang mit der lokalen Bevölkerung. Manche NROs sprächen von Hilfsempfängern als Kunden und betrachteten die humanitäre Hilfe als Marktplatz, auf dem Konkurrenz, Angebot und Nachfrage bestimmend seien. Andere gingen von Zielgruppen aus, die auf gleicher Augenhöhe partizipieren sollen.

In diesem Kontext beschreibt die Autorin die 1994 vom Roten Kreuz eingeführten Verhaltensvorschriften, freiwilligen Berichte und Rechenschaftspflichten. Zudem skizziert sie die 2010 eingeführten Standards zur „Humanitarian Accountability Partnership“ (HAP) zur Rechenschaftspflicht und zum Qualitätsmanagement in NROs; bei sexuellem Missbrauch soll es demnach eine Berichtspflicht und Folgeuntersuchungen geben. Die sogenannte „Sphere Humanitarian Charter“ und das entsprechende Handbuch setzten Minimalstandards für technische Aspekte, aber ethische und politische oder soziale Probleme ließen sich – so Simm – dadurch schwer lösen. NROs seien zurückhaltend, über Probleme und Fehlverhalten zu berichten, sie würden Einbußen in den Fördergeldern fürchten.

Deshalb ist Simm auch skeptisch gegenüber Selbstregulierungen und darauf aufbauende Evaluierungen, etwa die IASC Commitments on Accountability to Affected Populations und die International NGO

Accountability Charter. Auf das Lernen aus Fehlern setzt das Active Learning Network for Accountability and Performance in Humanitarian Action (ALNAP), allerdings konnte es ebenso wenig wie das Steering Committee on Humanitarian Response weitere Fälle von sexuellem Missbrauch durch humanitäre Helfer verhindern. Die Autorin gibt weiterhin zu bedenken, dass humanitäre Helfer im Unterschied zu vielen VN-Mitarbeitern keine Immunität genießen. Dennoch meldeten NRO-Mitarbeiter das Fehlverhalten von Kollegen nicht oder vertuschten es sogar. Mit Blick auf die Opfer gibt Simm zu bedenken, dass vor allem junge Frauen mit Kleinkindern und unbegleitete Teenager in Flüchtlingslagern von den Übergriffen betroffen seien. Die Missbrauchten gingen nicht zur Polizei, weil sie Diffamierungen fürchteten.

Sexuelles Fehlverhalten hätte nach Ansicht von Simm auch die VN-Friedensmission in der Demokratischen Republik Kongo (bis 30.06.2010 MONUC, heute MONUSCO) in Misskredit gebracht. 2004 schickte der damalige VN-Generalsekretär Kofi Annan seinen für diese Probleme zuständigen Berater Prince Zeid Ra'ad Zeid Al-Husseini in die DR Kongo, um Vorwürfe gegen die in Bunia, Ituri, stationierten Kontingente aufzuklären. Dort hätten Blauhelmsoldaten die sexuellen Dienste minderjähriger Mädchen mit wenigen Grundnahrungsmitteln wie Brot oder Milch entgolten. Das Untersuchungsergebnis führte zu einer umfassenden Null-Toleranz-Policy, die inzwischen auch für das zivile Personal in VN-Friedensmissionen gilt und disziplinarische Maßnahmen sowie intensiveres Gender-Training umfasst.

Allerdings war Zaid nicht der einzige Ermittler, wie Simm veranschaulicht. Vielmehr habe es sechs verschiedene, allerdings nicht miteinander kooperierende Untersuchungseinheiten der VN zur Aufdeckung der Fälle gegeben. Das „MONUC Office for Addressing Sexual Exploitation and Abuse“ empfehle 52 Repatriierungen aus disziplinarischen Gründen. Nur gegen einen einzigen Blauhelmsoldaten sei ein Strafverfahren wegen Kinderpornographie

\* Dr. Rita Schäfer, freiberufliche Wissenschaftlerin und Gutachterin für Entwicklungsorganisationen. Arbeitsbereiche: Gender, Kriege und Nachkriegsgesellschaften in Afrika, [www.frauen-und-kriege-afrika.de](http://www.frauen-und-kriege-afrika.de), [http:// liportal.giz.de/suedafrika/](http://liportal.giz.de/suedafrika/).

und Vergewaltigung eingeleitet worden, das zu einer Haftstrafe führte.

Als weiteres Problem identifiziert sie die VN Resolution 1960, die Namenslisten mit Straftätern verlange, während die VN jedoch auf Personal aus den Entsendeländern angewiesen sei. Etliche Entsendeländer verfolgten die Täter nicht strafrechtlich, selbst wenn die VN eindeutige Fakten gegen die Beschuldigten ermittelt hätten. So hätten sich einige Blauhelmsoldaten in der DR Kongo wie Sextouristen verhalten. Sie hätten damit wesentlich gegen Verhaltensrichtlinien und religiöse Vorschriften verstoßen, die in ihrer Heimat, etwa in islamischen Ländern wie Pakistan oder Bangladesch, Leitlinien wären. Sie hätten auch ihre funktionale Immunität ausgenutzt, die normalerweise nur für die Handlungen gelte, die sie im Rahmen ihrer offiziellen Funktion ausübten. Allerdings sei das internationale Recht hier inkohärent, so dass sexualisierte Übergriffe außerhalb der offiziellen Dienstzeit faktisch straflos blieben. In diesem Kontext setzt sich die Autorin kritisch mit der Rolle von NROs auseinander. Sie geht der Frage nach, wie diese Blauhelmsoldaten monitoren sollen, was einige VN-Abteilungen von ihnen oft verlangen würden. Schließlich seien NROs oft Auftragnehmer der VN und erhielten Geld für ihre Dienste. In der Praxis gebe es laut Simm viele Unklarheiten darüber, ob das humanitäre Völkerrecht für Personal in Friedensmissionen gelte, welches von NROs und privaten Sicherheitskompanien unter Vertrag genommen werde. Ihrer Meinung nach entstehe hier eine Grauzone, die das humanitäre Völkerrecht und die Nulltoleranzvorschriften nicht abdecke. Das betreffe vor allem NRO-Mitarbeiter, die zu Gewalt-

tättern gegen Zivilistinnen werden und Leid verursachen, das sie mindern sollen.

Neben NROs bezieht Simm eine weitere Akteursgruppe in ihre Untersuchung ein, die im internationalen Kontext oft unbeachtet bleibt: private Sicherheitsdienste. Die Autorin erörtert ihre Thesen anhand der US-amerikanischen Sicherheitsfirma DynCorp, die in den späten 1990er Jahren im Auftrag der VN in der Polizeiausbildung in Bosnien tätig war. Einige DynCorp-Mitarbeiter seien am transnationalen Frauenhandel beteiligt gewesen. Frauen und Mädchen seien aus Moldawien, Russland, der Ukraine und Rumänien in Bordelle nach Bosnien verschleppt worden. Das VN-Personal hätte dabei 30-40% der Gruppe, die diese Zwangsprostituierten aufsuchten, gestellt. Zwei DynCorp-Angestellte hätten bekannt gemacht, dass neben den eigenen Kollegen und dem Leiter der US-Militärbasis in Bosnien, John Hirtz, auch Männer der „NATO Stabilization Forces“ und „International Police Task Forces“ zu den Klienten der Zwangsprostituierten gezählt hätten. Nur einzelne DynCorp-Mitarbeiter seien unter Bezug auf das firmeneigene Monitoring System in ihre Herkunftsländer zurückgeschickt worden. Die US-Armee, für die die Firma im Einsatz war, hätte argumentiert, das seien Fälle für die bosnische Polizei gewesen. Diese sei jedoch unsicher gewesen, ob die Täter gemäß des Dayton-Friedensvertrags Immunität genießen hätten. Die meisten privaten Sicherheitsfirmen hätten, so Simm, das Montreux-Dokument unterzeichnet, das auf eine Initiative des Roten Kreuzes und der Schweizer Regierung zurückgehe und einer Selbstverpflichtung gleichkomme, aber völkerrechtlich nicht bindend sei. Aller-

dings hätten US-amerikanische Sicherheitsfirmen wie Blackwater, Xe, Academi mit der CPA Order No. 17 aus dem Jahr 2004 während der Vertragszeit Immunität erhalten und seien für ihre dortigen schweren Menschenrechtsverletzungen nicht strafbar gewesen.

Die Entsendeländer hätten meistens kein Interesse, gegen Firmen aus ihren eigenen Ländern vorzugehen. Dennoch sollten internationale Menschenrechtsstandards und Grundlagen des humanitären Völkerrechts angewandt werden. Manche Firmen würden möglicherweise das eigene Personal in die Schranken weisen, wenn deren Fehlverhalten für sie wirtschaftlich von Nachteil sei. Seit 2008 gebe es eine „Draft International Convention“ zu privaten Sicherheits- und Militärfirmen im VN-Auftrag, falls diese von der VN-Generalversammlung angenommen würde, könnten die Entsendestaaten von Sicherheitsfirmen stärker in die Pflicht genommen werden.

Diese vielschichtige Studie von Gabriele Simm zeigt durch die unterschiedlichen Fallbeispiele und die interdisziplinäre Herangehensweise, wie wichtig es ist, die konkreten rechtlichen und institutionellen Kontexte zu beachten, wenn das Fehlverhalten des internationalen Personals effektiver sanktioniert werden soll. Zudem sollten die Monitoring-Mechanismen und die konkrete Strafverfolgung in den Herkunftsländern verbessert werden. Denn die Autorin zeigt: das Fehlverhalten des Personals in Postkonfliktgesellschaften ist nicht nur das Ergebnis des mangelnden politischen Willens, sondern auch der Schwäche des internationalen Rechts beziehungsweise seiner Anwendung gegenüber nicht-staatlichen Akteuren. ■

## **Maria Eriksson Baaz and Maria Stern, Sexual Violence as a Weapon of War? Perceptions, Prescriptions, Problems in the Congo and beyond, Zed Books, London 2013, 213 Seiten, ca. 21 €**

Rita Schäfer\*

Seit den Kriegen in Südosteuropa ab Anfang der 1990er Jahre und seit dem Genozid in Ruanda 1994 setzt sich die internationale Staatengemeinschaft verstärkt mit (Massen-)Vergewaltigungen auseinander. Auch das internationale Völkerrecht wurde reformiert, so dass die Täter strafrechtlich verfolgt werden müssen. Die Resolution 1325 der Vereinten Nationen (VN) und deren Folgeresolutionen verlangen, die Verantwortlichen für die Anordnung der Gewaltangriffe zur Rechenschaft zu ziehen. Inzwischen gilt sexuelle Gewalt als Kriegsverbrechen und als Bedrohung für Sicherheit und Frieden.

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen wurden in den letzten Jahren etliche Publikationen veröffentlicht, die aus unterschiedlichen Disziplinen sexuelle Kriegsgewalt und deren strafrechtliche Aufarbeitung ergründen. In diese Kontexte ist die aktuelle Studie der schwedischen Politologinnen Maria Eriksson Baaz und Maria Stern einzuordnen. Derzeit lehren beide am Institut für Globalisierungsforschung der Universität Göteborg, während ihrer Forschung für das nun veröffentlichte Buch waren sie am renommierten Nordic Africa Institute in Uppsala tätig. Sie präsentieren Ergebnisse eines Forschungsprojektes über Männlichkeit, Militanz und die Reform des Verteidigungssektors in der Demokratischen Republik Kongo. Der außergewöhnliche empirische Zugang der Autorinnen besteht darin, dass sie während umfangreicher Feldforschungen Soldaten und Kommandanten der kongolesischen Armee über deren Männlichkeitsvorstellungen und Selbstbilder als Militärs interviewt haben, etliche ihrer Interviewpartner waren Vergewaltiger.

Konzeptionell stellen sie die verbreitete Grundannahme von Vergewaltigungen als Kriegsstrategie in Frage, indem sie ein breites Spektrum an Motiven und Motivationen aufzeigen, das Soldaten und Kommandanten zu Vergewaltigungen veranlasst. Me-

thodisch und inhaltlich verknüpfen die Autorinnen militärsoziologische und feministische Forschungsansätze, was sie wegen der unterschiedlichen Fächerkulturen und der ethischen Herausforderungen in ausführlichen Selbstreflexionen erklären. In insgesamt fünf Kapiteln begründen sie, warum der Diskurs über Vergewaltigungen in Kriegen nicht nur auf angeordnete Gewaltakte beschränkt werden sollte und eine differenzierte Auseinandersetzung mit den Selbsteinschätzungen der Soldaten notwendig ist, um Abhilfe zu schaffen. Hier beziehen die Autorinnen klar Stellung: Es gehe ihnen nicht um die Rechtfertigung des gewalttätigen Verhaltens, sondern um die Analyse der militärischen Kontexte. Das betreffe vor allem die Frage, wie in den Strukturen der kongolesischen Armee militärische Männlichkeitsvorstellungen und -praktiken hergestellt und vermittelt würden und mit welchen Problemen die Soldaten im Alltag beziehungsweise an ihren Fronteinsätzen konfrontiert seien. Deren Kenntnis sei für rechtliche und politische Reformen notwendig, die im Idealfall zur Prävention beitragen könnten.

Wie viele Armeen in afrikanischen Ländern sei auch die kongolesische seit der politischen Unabhängigkeit schlecht ausgestattet gewesen. Vor allem die rangniederen Soldaten hätten häufig ihren Sold nicht erhalten. In den Kriegen während der 1990er Jahre wurden diese Probleme verstärkt. Um die tägliche Grundversorgung zu sichern, hätten Soldaten damit begonnen, die Zivilbevölkerung zu erpressen. Mancherorts hätten die Schikanen gewaltsame Formen angenommen, wozu auch Vergewaltigungen aus Wut über unklare Befehlsstrukturen – eine chaotische Hierarchie ohne Disziplin und Kontrolle sowie Desinteresse von Seiten politischer Machthaber – und die ungerechte Ressourcenaufteilung sowie aus Angst vor Überfällen durch Milizen wegen der schlechten Ausbildung zählten. Auch die Verachtung, die viele Zivilisten

der schwachen und undisziplinierten Armee entgegenbrächten, würde etliche Soldaten demoralisieren, die dann vergewaltigen würden, um der Zivilbevölkerung eine Lektion zu erteilen. Diese Vergewaltiger nähmen die Kluft zwischen dem militarisierten Männlichkeitsideal und ihrer desolaten Situation als besonders gravierend wahr, fanden die Autorinnen heraus. Etliche der Interviewten äußerten sich gegenüber Eriksson Baaz und Stern, dass sie nicht vergewaltigen würden, wenn sie regelmäßig Sold erhalten und ihre eigenen Frauen gut versorgen könnten. Allerdings bezeichneten sich manche auch selbst als Bestien, sie seien in den Gewaltspiralen des Krieges gefangen, konsumierten viele Drogen und vergewaltigten aus Frustration.

Die Autorinnen reflektieren intensiv über das grundsätzliche Dilemma, ob sie den entwürdigten Vergewaltigungsoptionen gerecht werden könnten, wenn sie gleichzeitig solche Selbsteinschätzungen der Täter ernst nähmen. Letztlich kommen sie zu dem Schluss, dass die Mikropolitik der Gewalt in Kriegen – wie sie die erfassten Probleme in ihrem Fazit titulieren – und auch die hohen Raten an sexueller Gewalt nach Kriegen nur reduziert werden können, wenn die militärischen Strukturprobleme, die zu den verzerrten Selbstbildern der Soldaten führen, behoben werden. Das Buch setzt Kenntnisse über die Politik und Geschichte der Demokratischen Republik Kongo voraus, bietet aber wegen der außergewöhnlichen Herangehensweise und des hohen Maßes an Selbstreflexion der Autorinnen viele Diskussionsimpulse. ■

\* Dr. Rita Schäfer, freiberufliche Wissenschaftlerin und Gutachterin für Entwicklungsorganisationen. Arbeitsbereiche: Gender, Kriege und Nachkriegsgesellschaften in Afrika, [www.frauen-und-kriege-afrika.de](http://www.frauen-und-kriege-afrika.de), <http://liportal.giz.de/suedafrika/>.



## Tetsuya Toyoda, *Theory and Politics of the Law of Nations: Political Bias in International Law Discourse of Seven German Court Councilors in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2011, 220 pages, 105 €

Sergey Sayapin\*

The volume under review is a rarity that even an experienced international lawyer would not come across every day. A brilliant analysis of the origins and development of international law in Germany in the 17<sup>th</sup> and 18<sup>th</sup> centuries – and of its impact upon international relations in Europe at the time – the book represents an exceptionally well researched addition to the contemporary historiography of international law.

After an introduction (Chapter One, pp. 1 – 20) where the doctrinal history of the science of international law since Grotius is told in a succinct fashion, Toyoda – an associate professor at Japan's Akita International University – proceeds, in Chapter Two (pp. 21 – 49), to examine the international law doctrine developed by Samuel Pufendorf in his 1672 treatise, *De jure naturae et gentium*. The author refers to Pufendorf's book as the standard, a dominant or at least very influential doctrine, and shows his difference from Grotius' original work in that Pufendorf denied the existence of „any [...] voluntary or positive law of nations [...] which has the force of a law, properly so called, such as binds nations as if it proceeded from a superior“ (Pufendorf quoted at p. 35). More specifically, Pufendorf was also critical about Grotius' views of the laws of war and concept of punitive war. With respect to the latter concept, Toyoda concludes that in the seventeenth and eighteenth centuries, there had been few writers of international law to be found supporting the Grotian doctrine of punitive war and thus reaffirms Pufendorf's acknowledged influence.

Chapter Three (pp. 51 – 80) is devoted to the doctrine of Samuel Rachel, professor at the University of Kiel in the 17<sup>th</sup> century, who is now regarded as a champion of the positive law of nations. As Toyoda notes, Rachel had not conceived the law of nations to be a law regulating state-to-state relations. Instead, he had seen it as a law which was universally applicable to all individuals regardless of which nation they had belonged to, were they Christian or non-Christian. This was a major departure from both the Grotian and Pufendorffian concepts of international law indeed, for it presupposed the practicability of common standards of State conduct – an idea, which materialized no earlier than in the 20<sup>th</sup> century. Another progressive idea put forward

by Rachel was that of the formation of an international regime for weak states where their rights would not be violated by stronger States. In that sense, Rachel's concept of international law was visionary of the future – and some of its main elements still remain to be implemented.

In Chapter Four (pp. 81 – 101), Gottfried Wilhelm Leibniz's contribution to the formation of the concepts of „sovereignty“ and „legal person“ is discussed. As Toyoda recalls by reference to J. H. W. Verzijl, the latter notion – or, more precisely, person of the law of nations – was, as a matter of fact, authored by Leibniz. However, this formally progressive notion's content was not undisputed even among Leibniz's disciples. More precisely, Christian Wolff argued against the existence of military forces as a requisite attribute of a State, and Emer de Vattel denied the concept of “patrimonial kingdom“ (p. 100). As Toyoda concludes, Leibniz's theory had been conceived so as to maximize the legal powers of the state at the cost of the rights of individual subjects by denying the legal capacity of individuals under international law.

Adam Friedrich Glafey to whom Chapter Five (pp. 103 – 122) is devoted entered the history of international law as a proponent of the voluntary and customary law of nations and a supporter of Grotius' concept of punitive war. He even went further than had done Grotius in that he also recognized the legitimacy of waging preventive wars against suspected enemies. Glafey, the author of the concept of „European equilibrium“, argued that the military forces of sovereign European princes and peoples should not be increased to the extent that they bother neighbours and disturb public tranquillity and the self-preservation of nations. It appears to this reviewer that Glafey's concept of European balance may as such have been a precursor to the ideology of the First (1899) and Second (1907) Hague Peace Conferences.

Unlike most German writers on the law of nations in the 17<sup>th</sup> and 18<sup>th</sup> centuries, Johann Adam Ickstatt of the University of Würzburg – to whom Chapter Six (pp. 123 – 134) is devoted – was a Catholic, both a university professor and a court councillor, and the author of *Elementa juris gentium* (1740). Ickstatt's book dealt with 1) preliminary arguments on the law of nations, 2) the human law of nations, 3) the perfect

rights of nations regarding dominion and treaties, 4) the perfect rights of disputing and warring nations, 5) peace treaty and the rights of ambassadors, and 6) the positive law of nations. According to Toyoda, Ickstatt's *Elementa* had been actually the first treatise, not only in the Catholic parts but in all Germany, to deal systematically with the various aspects of the law of nations as independent of the natural law or universal public law. However, the book turned out to be equally unacceptable both to Catholics and Protestants: the Protestants could not accept Ickstatt's postulate about the superior authority of the Pope, whereas Catholics could not agree to alleged equality between Catholic and Protestant States. As a result, in the words of Toyoda, Ickstatt's contribution to the development of international law had remained largely unnoticed.

Chapter Seven (pp. 135 – 148) deals with Samuel Cocceji's denial of the voluntary law of nations. Already as a 20-year old youth, he wrote in a dissertation (submitted in 1699) that „the secondary law of nations is a positive law, which does not bind sovereigns who are not subordinate to the legislative power of other nations“ (Cocceji quoted at p. 142). As Toyoda explains, the voluntary law of nations could not exist, in Cocceji's opinion, because it was impossible to have a consensus of all mankind and such consensus was moreover not ascertainable. This view challenges the modern concept of *jus cogens* and is, in that sense, outdated.

Chapter Eight (pp. 149 – 160) describes the role of Johann Jakob Moser in the formation of positivism in international law. Moser, the author of about 500 works, subjected to critique many of international law's basic notions, including the very terms law of nations. According to Moser – who was much more of a practitioner rather than a theoretician – the law of nations encompassed 1) divine, written law, which is the application of the Holy Scripture to sovereigns and nations, 2) divine, natural law or the law engraved in the nature of

\* Dr. Sergey Sayapin is Responsible for the Programme for the Academic Circles at the Regional Delegation for Central Asia of the International Committee of the Red Cross (ICRC).

men, and which is part of the law of nature, 3) the comparative law of nations, that is derived from similar treaties concluded between many states, and finally 4) it includes customary law of nations, that is law derived from customary practice between European rulers and nations. Obviously, Moser regarded the law of nations as an exclusively European phenomenon – but, towards the end of his life, he likened the experiences of thirteen North American States struggling for independence to that of Württemberg, and thus recognised the applicability of international legal concepts beyond the boundaries of Europe.

Last but not least, Chapter Nine (pp. 161 – 190) provides an account of Emer de Vattel's role in the development of international law. According to Toyoda, de Vattel's clear emphasis on legal equality of

sovereign nations had been what distinguished his doctrine of international law from that of his contemporaries.

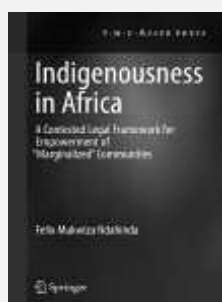
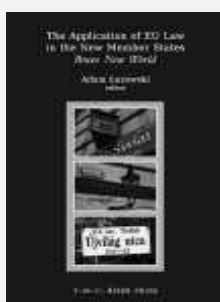
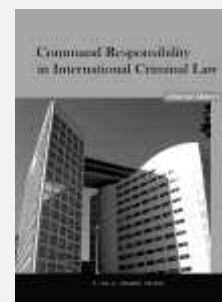
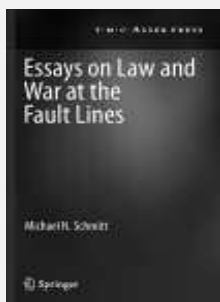
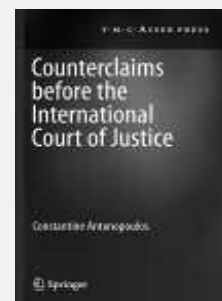
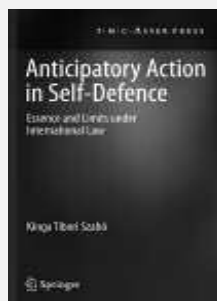
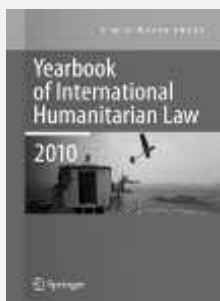
As a national of Neuchâtel, a „small Republic“ (cf. p. 162), de Vattel developed a theory according to which nations were by nature equal and hold from the nature the same obligations and the same rights. Strength and weakness, in this case, counts for nothing. According to him a „dwarf“ was as much a man as a giant and a small republic was no less a sovereign state than the most powerful kingdom. This theory – expounded in de Vattel's „Le droit de gens“ – preceded the establishment of the United Nations with its principle of sovereign equality of States by almost two centuries. It is therefore not surprising that his contribution to the theory of international law is highly regarded until this day.

Toyoda's book is an indispensable reading to all advanced students, practitioners and historians of international law. It provides useful insights into the origins of many contemporary institutions of international law, and allows a curious reader to go to the very roots of principles, substantive and organizational elements that this body of law rests upon. The book is somewhat challenging in that it contains numerous quotes of original sources in languages other than English (for example Latin, French and German) but this only adds to its value. The author deserves commending for both the quality of research and the clarity of presentation and should be encouraged to further enriching the modern historiography of international law. ■

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

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

Visit [springer.com/tmcasserpress](http://springer.com/tmcasserpress) for more information.



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



## Völkerstrafrechtspolitik

### Praxis des Völkerstrafrechts

C. Safferling, S. Kirsch, Philipps-Universität Marburg, Marburg (Hrsg.)

Zehn Jahre nach dem Inkrafttreten des Völkerstrafgesetzbuches (VStGB) vereinigt der vorliegende Sammelband unterschiedliche Blickwinkel und Perspektiven auf das noch junge Gesetzeswerk und dessen Praxis. Die Bestandsaufnahme enthält – neben einem Blick auf die Rechtslage in Österreich und der Schweiz – Beiträge zur Entstehung des Gesetzes, seiner Anwendung in der Praxis und zu aktuellen Entwicklungen. Dabei wird eines klar: ohne einen interdisziplinären Ansatz, der neben rechtsdogmatischen Erwägungen auch politische und historische Argumente zulässt, können die mit der Ausbildung einer internationalen Strafrechtsordnung verbundenen Herausforderungen nicht gemeistert werden.

- Aktuelle Darstellung und umfassender Überblick
- Beiträge hochqualifizierter Expertinnen und Experten

2014. XXIX, 470 S. Geb.

ISBN 978-3-642-28933-0 ► € (D) 99,99 | € (A) 102,79 | \*sFr 124,50

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

015402x