

chanismus wie das Übereinkommen. Dies wird in der Literatur vielfach übersehen, mehr noch, der Berichtsmechanismus wird zudem noch als ‚schwach‘ angesehen.⁵¹ Diese Einschätzung zeugt davon, dass dem Autor das nahezu völlige Fehlen von Durchsetzungsverfahren im Humanitären Völkerrecht nicht bewusst ist; für den Menschenrechtsschutz mag der Berichtsmechanismus als schwach angesehen werden, für das Humanitäre Völkerrecht ist er ein enormer Fortschritt.⁵² Hier zeigen sich die positiven Auswirkungen der Konvergenz von Menschenrechten und dem Kriegsrecht. Erstmals sind die Mitgliedstaaten eines Menschenrechtsvertrages verpflichtet, über Aspekte der Umsetzung des Humanitären Völkerrechts zu berichten und sich einer Bewertung des Kinderrechtsausschusses zu unterziehen. Der Staatenbericht der USA vom 22. Juni 2007 ist dafür ein guter Beleg,⁵³ denn die USA gehören dem Kinderrechtsübereinkommen zwar nicht an, sind dem Protokoll aber beigetreten und berichteten dem Ausschuss mittlerweile bereits zweimal.⁵⁴ Die Berichte und Diskussionen im Ausschuss gaben einen guten Überblick über den von den USA betriebenen Schutz von Kindern in bewaffneten Konflikten, dabei sah der Ausschuss Vorteile und Nachteile. So wurde 2008 positiv der in verschiedenen Staaten geleistete Beitrag zur Reintegration von Kindersoldaten in Nach-Konflikt-Gesellschaften hervorgehoben. Weiterhin gelobt wurde die Information über die Erweiterung der Abschaffung der Todesstrafe im Bereich der Militärjustiz für Personen, die bei der Begehung der Tat jünger als 18 Jahre waren.⁵⁵ Hinsichtlich der Informationen im USA-Bericht schätzte der Ausschuss zu wesentlichen humanvölkerrechtlichen Fragen ein:⁵⁶ Bedauert wurden die Vorbehalte der USA zu dem Protokoll. Der Ausschuss nahm zu Kenntnis, dass die USA es vermeiden wolle, Soldaten

unter 18 Jahren direkt an Kampfhandlungen teilnehmen zu lassen. Gleichwohl wurde bedauert, dass in Afghanistan und Irak dennoch Freiwillige unter 18 Jahren an den Kämpfen direkt beteiligt waren. Kritisiert wurde auch, dass die freiwillige Rekrutierung von über 17-Jährigen oftmals ohne hinreichende Aufklärung erfolge. Auch dürften nicht speziell ethnische Gruppen und Familien mit geringem Einkommen angesprochen werden. Die USA wurden aufgefordert, den Zusatzprotokollen zu den Genfer Abkommen sowie dem Antipersonen-Minenübereinkommen beizutreten. Die Haltung zum Internationalen Strafgerichtshof solle überdacht werden. Allein die Liste der angesprochenen Fragen zeugt davon, dass im Rahmen dieses Durchsetzungsverfahrens grundlegende Probleme des Humanitären Völkerrechts angesprochen wurden. Damit handelt es sich um einen Weg, in einen Dialog mit den Mitgliedstaaten zu treten, der im Wege der Kooperation zu einer verbesserten Umsetzung führen kann. ■

⁵¹ S. Liebig, Das Fakultativprotokoll betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten, in: S. von Schorlemer (Hrsg.), Die Vereinten Nationen und die Entwicklung der Rechte des Kindes, Aachen 2004, S. 179.

⁵² B. Schäfer, Zum Verhältnis Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht, Studien zu Grund- und Menschenrechten, No. 13, Potsdam 2006, S. 10 ff.

⁵³ UN Committee on the Rights of the Child, UN Doc. CRC/C/OPAC/USA/1.

⁵⁴ UN Committee on the Rights of the Child, UN Doc. CRC/C/OPAC/USA/2, 31.10.2011.

⁵⁵ UN Committee on the Rights of the Child, UN Doc. CRC/C/OPAC/USA/CO/1, 25.06.2008, para. 4.

⁵⁶ *Id.*, paras. 6 ff.

Zum Verhältnis von Menschenrechten und Humanitärem Völkerrecht: Normative und methodische Grundlagen

Tim Rene Salomon*

1. Humanitäres Völkerrecht und Menschenrechte auf Kollisionskurs

Die Annäherung von Menschenrechten und Humanitärem Völkerrecht ist nach traditionellem Völkerrechtsverständnis ein unerhörter Vorgang. Nach hergebrachtem Verständnis sind Kriegsvölkerrecht und Friedensvölkerrecht strikt zu trennen. Der Satz, dass es zwischen Krieg und Frieden kein Mittleres geben kann,¹ war lange integraler Bestandteil des Fundaments der Völkerrechtsordnung. So unerhört der Vorgang aber nach der Völkerrechtstradition ist, so unvermeidbar war er nach den Erfahrungen im Zweiten Weltkrieg. Der Weltgemeinschaft wurde deutlich vor Augen geführt, dass das Kriegsvölkerrecht in seiner traditionellen Ausrichtung zu kurz griff und die nach dem heutigen Humanitären Völkerrecht geschützten Personen nur unzureichend schützte. Mit

* Der Verfasser ist Regierungsrat im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Verteidigung und Fellow am Zentrum für Sicherheit und Recht der Bucerius Law School sowie am Institut für Friedensforschung und Sicherheitspolitik an der Universität Hamburg. Der Beitrag basiert auf einem Vortrag des Verfassers anlässlich eines Workshops des Deutschen Instituts für Menschenrechte (DIMR) und des Instituts für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht im Juni 2015 in Berlin und auf einer Studie für das DIMR. Der Beitrag ist in privater Funktion verfasst worden und enthält lediglich die persönliche Auffassung des Verfassers.

¹ Der Satz ‚*inter pacem et bellum nihil est medium*‘ von Cicero wurde von H. Grotius, *De Iure Belli ac Pacis Libri Tres*, 1625, Version 2005, cap. XXI, Rn. 1 in die Völkerrechtswissenschaft eingeführt. Die Zitierteilung der Völkerrechtswissenschaft lässt sich bereits aus dem Titel von Grotius Werk ablesen. Dazu auch R. Kolb, Human Rights and Humanitarian Law, in: R. Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL), 2013, Rn. 12; A. Gebhardt, Menschenrechtsschutz oder Humanitäres Völkerrecht, in: M. Gillner / V. Stümke (Hrsg.), Kollateralschaden, Münster 2015, S. 57 ff.

den vier Genfer Abkommen (GA) von 1949 verschob sich der Fokus daher auf den effektiveren Schutz Einzelner und näherte sich damit der menschenrechtlichen Konzeption des Schutzes individueller Rechtsgüter an. Im besonderen Maße gilt dies für den gemeinsamen Artikel 3 der Genfer Abkommen, der in erster Linie – vergleichbar mit den Menschenrechten und anders als das traditionelle Kriegsvölkerrecht – das Verhältnis zwischen einem Staat und seinen Bürgerinnen und Bürgern regelt.²

Neben der rechtlichen Neuausrichtung des Humanitären Völkerrechts verschwammen nach 1945 auch auf tatsächlicher Ebene vermehrt die traditionellen Grenzen zwischen ‚Krieg‘ und ‚Frieden‘ durch die vermehrt auftretenden Bürgerkriege.³ Das Humanitäre Völkerrecht näherte sich nicht nur der menschenrechtlichen Konzeption an, es öffnete sich auch für die Menschenrechte selbst. Wenn etwa im Zusatzprotokoll (ZP) I anerkannt wird, dass ein Teil von dessen Bestimmungen nicht nur das VI. Genfer Abkommen, sondern auch ‚die sonstigen anwendbaren Regeln des Völkerrechts über den Schutz grundlegender Menschenrechte in einem internationalen bewaffneten Konflikt‘⁴ ergänzen, so geht damit in deutlichen Worten die Anerkennung einer Fortgeltung der Menschenrechte im bewaffneten Konflikt einher. Als Anfang dieser Entwicklung dürfte die (hoch umstrittene) Martens’sche Klausel gelten,⁵ die sich bereits seit der Haager Landkriegsordnung von 1899 in den Präambeln der humanitären Völkerrechtsverträge findet und wonach ‚[i]n Fällen, die von den geschriebenen Regeln des internationalen Rechts nicht erfasst sind, [...] Zivilpersonen und Kombattanten unter Schutz und der Herrschaft der Grundsätze des Völkerrechts [verbleiben], wie sie sich aus den feststehenden Gebräuchen, aus den Grundsätzen der Menschlichkeit und aus den Forderungen des öffentlichen Gewissens ergeben.‘

Parallel zu dieser Entwicklung schritt auch die Verrechtlichung der Menschenrechte nach den frühen Anrufungen in der Charta der Vereinten Nationen (UN)⁶ und der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Generalversammlung von 1948 voran. Das Fehlen einer expliziten normativen Verankerung der Menschenrechte im bewaffneten Konflikt war zu dieser Zeit nicht etwa einer verbreiteten Überzeugung geschuldet, dass diese im bewaffneten Konflikt keine Anwendung fänden. Vielmehr stand dem die Tatsache im Weg, dass die Menschenrechte als *ius contra bellum* gelten sollten.⁷ Es war schlichtweg die Friedensorientierung der UN, die es ihr verbat, sich direkt nach dem Zweiten Weltkrieg wieder mit Gewährleistungen in Kriegssituationen zu befassen, die es nie wieder geben sollte.⁸

Die Entwicklung der Menschenrechte schritt auf internationaler und regionaler Ebene in der Folgezeit voran und brachte neben einer stärkeren Ausdifferenzierung der Gewährleistungen auch die (hoch umstrittene) Anerkennung der Anwendbarkeit menschenrechtlicher Verpflichtungen bei der extraterritorialen Ausübung von Hoheitsgewalt mit sich.⁹ Diese Entwicklung lässt das heute allgegenwärtige Nebeneinander von Menschenrechten und Humanitärem Völkerrecht in Konfliktsituationen überhaupt erst entstehen.¹⁰

Die Anerkennung der Menschenrechtsgeltung im Falle bewaffneter Auseinandersetzungen ist nach alledem aber keine übermäßig progressive Deutung der Völkerrechtsentwicklung. Diese Anerkennung lag den Menschenrechtskonventionen

vielmehr von Beginn an zugrunde.¹¹ Bereits Artikel 15 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sowie Artikel 4 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) belegen, dass jedenfalls der menschenrechtliche Mindeststandard auch im Notstandsfall gewährleistet bleibt (jeweils Absatz 2). Dieser gilt damit, selbst wenn Staaten unter Einhaltung der formalen Mitteilungsanforderungen, im Notstand erklären, von den Menschenrechten im Übrigen abzuweichen (jeweils Absatz 3). Artikel 15 Absatz 1 EMRK gilt sogar explizit für den Fall ‚eines Krieges‘. Der Artikel wurde in den Verhandlungen zur EMRK nachgeschoben, nachdem ein früherer Entwurf ohne eine Notstandsregelung auskam.¹² Grund der nachgeholtten Ergänzung war gerade, dass die grundsätzliche Geltung der EMRK in Kriegssituationen abgeschwächt werden sollte.¹³ Daran wird deutlich, dass die grundsätzliche Fortgeltung der EMRK im bewaffneten Konflikt der Konvention von Beginn an zugrunde lag. Humanitäres Völkerrecht und Menschenrechte sollten im bewaffneten Konflikt parallel anwendbar sein.

2. Normative und methodische Grundlagen der parallelen Anwendung

Diese Feststellung bedeutet, dass die Anwendung menschenrechtlicher und humanitär-völkerrechtlicher Gewährleistungen im bewaffneten Konflikt fest in der modernen Völkerrechtsordnung verankert ist. Offen ist jedoch derzeit noch immer, wie sich diese parallele Anwendung vollzieht.

² C. Droegge, The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict, in: *Israel Law Review* 40(2) (2007), S. 313.

³ R. Kolb, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 12; G. Torreblanca, The ICRC and Human Rights Law, in: R. Kolb / G. Gaggioli (Hrsg.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Cheltenham / Northampton 2013, S. 553.

⁴ Art. 72 ZP I, siehe auch den (weniger expliziten) Verweis in Artikel 49 Abs. 4 ZP I, dazu etwa H.-J. Heintze, Theorien zum Verhältnis von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht, in: *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften (HuV-I)* 1 (2011), S. 4.

⁵ *Ibid.*; zum Prinzip der Menschlichkeit A. A. Cançado Trindade, Some Reflections on the Principle of Humanity in Its Wide Dimension, in: R. Kolb / G. Gaggioli (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 3), S. 188 ff.; kritisch Y. Dinstein, The Principle of Proportionality, in: K. M. Larsen *et al.* (Hrsg.), *Searching for a ‚Principle of Humanity‘ in International Humanitarian Law*, Cambridge 2013, S. 72 ff.

⁶ Siehe etwa G. Solis, *The Law of Armed Conflict*, New York 2010, S. 24 f.

⁷ H.-J. Heintze, a.a.O. (Fn. 4), S. 5; G. Torreblanca, a.a.O. (Fn. 3), S. 550.

⁸ *Ibid.*

⁹ Vgl. zur Rechtsprechung des EGMR statt vieler G. Oberleitner, *Human Rights in Armed Conflict*, Cambridge 2015, S. 158 ff.

¹⁰ Siehe etwa R. Wilde, *Human Rights Beyond Borders at the World Court*, in: *Chinese Journal of International Law* 12 (2013), S. 639 ff.

¹¹ Statt vieler G. Torreblanca, a.a.O. (Fn. 3), S. 551; a.A. wohl nur R. Ekins / J. Morgan / T. Tugendhat, *Clearing the Fog of Law*, 30.03.2015, <http://bit.ly/1G1t51A> (zuletzt aufgerufen am 09.10.2015); dazu zu Recht kritisch E. Borge, *The Fogmachine of War: A Comment of Report ‚Clearing the Fog of Law‘*, EJIL: Talk!, 13.04.2015, m. w. N., <http://www.ejiltalk.org/the-fogmachine-of-war-a-comment-on-the-report-clearing-the-fog-of-law/> (zuletzt aufgerufen am 09.10.2015).

¹² H. Krieger, *Notstand*, in: R. Grote / T. Marauhn (Hrsg.), *EMRK / GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Tübingen 2006, S. 379 m.w.N.

¹³ *Ibid.*

2.1. Stand der Wissenschaft

Die verschiedenen Auffassungen hierzu ‚reichen von der vollständigen Trennung der beiden Rechtsgebiete und damit der ausschließlichen Anwendbarkeit des Humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten bis hin zur Konvergenz‘.¹⁴ Die Extrempositionen erscheinen dabei wenig überzeugend. Der alleinigen Maßgeblichkeit des Humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten steht entgegen, dass den Menschenrechtskonventionen eben gerade auch die Anwendbarkeit in bewaffneten Konflikten zugrunde lag. Die Konvergenz, also der Gleichlauf beziehungsweise die Integration beider Rechtsgebiete zu einem einheitlichen Rechtskörper scheint derzeit noch eine Zukunftsvision zu sein.¹⁵

Der im Anschluss an den Internationalen Gerichtshof (IGH) weit verbreitete pauschale Hinweis auf den *lex specialis*-Vorrang des Humanitären Völkerrechts ist auf den zweiten Blick weniger hilfreich, als er zunächst scheint. Die Probleme beginnen schon damit, dass nicht gesichert ist, was der Spezialitätsvorrang des Humanitären Völkerrechts eigentlich bedeutet, welche Voraussetzungen er hat¹⁷ und was mit dem überlagerten beziehungsweise verdrängten Recht passiert.¹⁸ Mit dem Spezialitätsvorrang des Humanitären Völkerrechts ginge jedenfalls nicht einher, dass die gesamten Menschenrechte im Anwendungsbereich des Humanitären Völkerrechts verdrängt würden. Eine solche völlige Überlagerung vertreten (bis vor Kurzem) noch die USA¹⁹ und Israel²⁰. Diese Position basiert nicht auf *lex specialis*, denn dies führt allein dazu, dass die Anwendung einzelner Normen im Fall eines Normenkonflikts ausgeschlossen beziehungsweise diese verdrängt werden. Die vollständige Verdrängung des ganzen Rechtskörpers der Menschenrechte durch das Humanitäre Völkerrecht ließe sich nur vertreten, wenn man der (überkommenen²¹) Ansicht wäre, der sachliche Anwendungsbereich völkerrechtlicher Verträge sei implizit auf die Geltung in Friedenszeiten beschränkt. Dagegen sprechen jedoch, wie gezeigt, der explizite Wortlaut, die Systematik der Konventionen und deren Verhandlungsgeschichte.

Aber auch die Annahme, die relevanten Normen des Humanitären Völkerrechts verdrängten stets solche der Menschenrechte (sogenannte Spezialitätsthese) geht fehl. Aus dem hierfür stets angeführten Nuklearwaffengutachten des IGH²² geht dies gerade nicht hervor. Der IGH stellte darin fest, dass die Frage, ob eine willkürliche Entziehung des Lebens nach Artikel 6 IPbPR vorläge, im bewaffneten Konflikt nach dem Humanitären Völkerrecht als *lex specialis* zu klären sei.²³ Mit dieser Betrachtung erkennt der IGH aber gerade an, dass der Artikel 6 IPbPR nicht verdrängt wird, das Humanitäre Völkerrecht wird bloß – entscheidend – in die Auslegung des Willkürbegriffs von Artikel 6 IPbPR einbezogen.²⁴ Der *lex specialis*-Grundsatz hält also nur einen Teil der Antwort auf die Frage nach dem Verhältnis beider Rechtsgebiete bereit. Gerade auf Ebene der UN wird vorherrschend nicht mehr *lex specialis* herangezogen, sondern vertreten, dass zwischen den nebeneinander anwendbaren Normen der Menschenrechte und des Humanitären Völkerrechts ein Auslegungsverhältnis bestehe, wonach sich beide Rechtsgebiete gegenseitig ergänzten und bestärkten (sogenannte Komplementaritätsthese). Dies bedeute, die Menschenrechte hätten Wirkung bei der Auslegung des Humanitären Völkerrechts,

genau wie das Humanitäre Völkerrecht Wirkung auf die Auslegung der Menschenrechte haben solle.²⁵ Dabei werden beide Rechtskörper zum Teil als quasi gleichgewichtig angesehen.²⁶ Verbreiteter ist jedoch die Ansicht, dass zwar ein Interpretationsverhältnis zwischen den Rechtsnormen beider Rechtsgebiete besteht, die Normen des Humanitären Völker-

¹⁴ Bundesministerium der Verteidigung, Handbuch, ‚Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten‘, zugleich Zentrale Dienstvorschrift (ZDv) 15/2, 2013, Rn. 105. Siehe dazu auch B. Schäfer, Zum Verhältnis Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht, 2006, <http://bit.ly/1LD-WiXo> (zuletzt aufgerufen am 09.10.2015), S. 35 ff.; H.-J. Heintze, a.a.O. (Fn. 4), S. 4 ff.

¹⁵ Siehe zur Konvergenz auch A. Orakhelashvili, The Interaction Between Human Rights and Humanitarian Law, in: European Journal of International Law 19 (2008), S. 161 ff; siehe auch H.-J. Heintze, Durchsetzung eines menschenrechtlichen Mindeststandards im bewaffneten Konflikt, in: Sicherheit und Frieden 2 (2007), S. 43 ff.

¹⁶ Generell zur Konfliktlösungsregel E. Vranes, *Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior*, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 65 (2005), S. 391 ff.

¹⁷ In der Wissenschaft ist (nicht zu Unrecht) angezweifelt worden, dass überhaupt ein Konflikt zwischen Humanitären Völkerrecht und Menschenrechten besteht, wenn man den Begriff des Normenkonflikts eng versteht (eine Norm gebietet ein Verhalten, welches eine andere verbietet), J. d’Aspremont / E. Tranchez, The quest for a Non-conflictual Coexistence of International Human Rights and Humanitarian Law: Which Role for the *Lex Specialis* Principle?, in: R. Kolb / G. Gaggioli (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 3), S. 231 ff.; siehe zudem generell Generalversammlung der Vereinten Nationen, Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13.04.2006; Office of the High Commissioner on Human Rights (OHCHR), International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflict, 2011, <http://bit.ly/1ixeDs2> (zuletzt aufgerufen am 09.10.2015), S. 59 f.

¹⁸ Zur Rechtsprechung des IGH ausführlich B. Schäfer, a.a.O. (Fn. 14), S. 43 ff.

¹⁹ Siehe dazu O. A. Hathaway *et al.*, Which Law Governs During Armed Conflict?, in: Minnesota Law Review 96 (2011-2012), S. 1896; anders wohl mittlerweile die Obama-Administration, Fourth Periodic Review of the USA to the UN committee on Human Rights concerning the ICCPR, 30.12.2011, Rn. 506 f.: ‚[...] a time of war does not suspend the operation of the Covenant to matters within its scope of application.‘

²⁰ IGH, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Gutachten, ICJ Reports 2004, S. 136, Rn. 102 (mit dem Zitat eines Berichts des Generalsekretärs), 09.07.2004; siehe O. A. Hathaway *et al.*, a.a.O. (Fn. 19), S. 1896.

²¹ Siehe Art. 3 der International Law Commission Draft articles on the effects of armed conflicts on treaties und den dazugehörigen Kommentar.

²² IGH, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Gutachten, ICJ Reports 1996, S. 226, 08.07.1996.

²³ IGH, a.a.O. (Fn. 22), S. 226, Rn. 25; zur Fortgeltung der Menschenrechte im bewaffneten Konflikt siehe auch IGH, a.a.O. (Fn. 20), Rn. 106.

²⁴ O. A. Hathaway *et al.*, a.a.O. (Fn. 19), S. 1894 ff. beschreiben die dahingehende Interpretation demnach richtigerweise auch als ‚aggressive reading‘ des IGH-Gutachtens.

²⁵ Siehe etwa auch Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26.05.2004, Rn. 11 und General Comment No. 29, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31.08.2001; dazu etwa W. Kälin, Universal Human Rights Bodies and International Humanitarian Law, in: R. Kolb / G. Gaggioli (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 3), S. 443.

²⁶ Siehe dahingehend etwa IGH, Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo, Urteil, ICJ Reports 2005, S. 168, Rn. 216, 19.12.2005; kritisch J. Tobin, Seeking Clarity in Relation to the Principle of Complementarity, in: Melbourne Journal of International Law 8 (2007), S. 356, der nachvollziehbar den geringen Detailgrad der menschenrechtlichen Prüfung bemängelt; ebenso N. K. Modirzadeh, The Dark Sides of Convergence, in: U.S. Naval War College International Law Studies 86 (2010), S. 368.

rechts aber wiederum im Einzelnen sachnäher und damit gewichtiger seien.²⁷

2.2. Methodische Grundsätze der parallelen Anwendung

Die Behauptung eines Interpretationsverhältnisses zwischen beiden Rechtsgebieten findet eine Stütze in dem Grundsatz der harmonisierenden Auslegung, wie er auch Artikel 31 Absatz 3 lit. c Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK) zugrunde liegt.²⁸ Dieser Grundsatz besagt, dass die Auslegung einer Norm unter Berücksichtigung anderer relevanter völkerrechtlicher Normen stattfinden muss.²⁹ Dahingehend hat auch der IGH seine Rechtsprechung fortentwickelt.³⁰

Die harmonisierende Auslegung setzt in logischer Hinsicht vor der Anwendung der *lex specialis*-Regel an. Artikel 31 Absatz 3 lit. c WVK liegt die Vermutung der Vereinbarkeit verschiedener völkerrechtlicher Regelungen für einen Sachverhalt zugrunde.³¹ Sie gibt demnach zunächst vor, einen eventuellen nachgelagerten Konflikt von Normen durch eine (harmonisierende) Auslegung unter wechselseitiger Berücksichtigung der verschiedenen Rechtsgebiete zu verhindern. Die *lex specialis*-Regel, die einen Normenkonflikt aber gerade voraussetzt, würde im Falle einer erfolgreichen Auslegung nach Artikel 31 Absatz 3 lit. c WVK daher nicht zur Anwendung kommen und damit leerlaufen.³²

Die Komplementaritätsthese beschreibt daher nichts anderes als den *de lege lata* methodisch vorrangigen Arbeitsschritt der harmonisierenden Auslegung nach Artikel 31 Absatz 3 lit. c WVK. Erst nachrangig, nämlich wenn ein Konflikt zwischen zwei Normen tatsächlich besteht, sich also im Wege der Auslegung nicht vermeiden lässt, kommt es zum Vorrang einer Norm nach dem völkergewohnheitsrechtlich anerkannten *lex specialis*-Grundsatz.³³ Die beiden stets als konkurrierend diskutierten Ansichten, Komplementaritätsthese und Spezialitätsthese, dürften damit weniger konkurrierende Positionen als vielmehr aufeinanderfolgende Arbeitsschritte bei der Auslegung und Bestimmung des anwendbaren Regelungsrahmens auf eine konkrete Situation im bewaffneten Konflikt sein.

Das bestätigt auch das Nuklearwaffengutachten des IGH bei genauerem Hinsehen. Wenn der IGH den Begriff der ‚Willkür‘ einer Tötung in Artikel 6 Absatz 1 Satz 3 IPbPR nach humanitärvölkerrechtlichen Maßstäben auslegt und zu dem Ergebnis kommt, ein humanitärvölkerrechtlich zulässiges Verhalten sei nicht ‚willkürlich‘ und daher sei Artikel 6 Absatz 1 Zivilpakt nicht verletzt, tut er nichts anderes als die beiden anwendbaren Regelungsregime harmonisierend auszulegen. Der IGH meint daher fälschlicherweise, er habe den *lex specialis*-Grundsatz angewandt, tatsächlich hat er nach Artikel 31 Absatz 3 lit. c WVK harmonisierend ausgelegt.³⁴ Erst wenn er dazu gekommen wäre, dass eine Berücksichtigung des Humanitären Völkerrechts bei der Auslegung nicht möglich gewesen wäre, sich beide Regelungen also derart gegenüberstünden, dass sie in Konflikt wären, wären die humanitärvölkerrechtlichen Regelungen in einem zweiten Arbeitsschritt als sachnähere, speziellere Regelungen vorrangig gewesen.³⁵

Die grundsätzlich größere Sachnähe der humanitärvölkerrechtlichen Regelungen wirkt sich aber auch bereits bei der

Auslegung nach Artikel 31 Absatz 3 lit. c WVK aus. Denn auch bei einer solchen haben die Wertungen des sachnäheren und spezielleren Rechts – und damit regelmäßig des Humanitären Völkerrechts³⁶ – im Vergleich zu denen des generelleren Rechts grundsätzlich ein größeres Gewicht. Dies lässt sich schon damit rechtfertigen, dass sich das speziellere Recht – sollte eine Auslegung nach Artikel 31 Absatz 3 lit. c WVK scheitern – als *lex specialis* durchsetzen würde, sodass dessen Wertungen bereits bei der Auslegung ein erhöhtes Gewicht zukommt.

Diese vorrangige Berücksichtigung des Humanitären Völkerrechts ist auch sachangemessen. Die Regeln des Humanitären Völkerrechts sind, anders als die Menschenrechte, spezifisch auf die Situation des bewaffneten Konflikts angepasst. Diese Normen können zudem ohne Weiteres in operatives Regelwerk wie Befehle, Weisungen, Rules of Engagement und Operationspläne übertragen werden. Die nicht handlungs-, sondern rechtsgutsbezogenen Menschenrechte dagegen schützen ein Gut umfassend vor allen denkbaren Eingriffen. Ein abstraktes Rechtsgut lässt sich aber nicht ohne Weiteres in konkrete Handlungsanweisungen übertragen. Hinzu kommt, dass das Humanitäre Völkerrecht auf Situationen angepasst ist, in denen schnelle Entscheidungen getroffen werden müssen und vom hoheitlichen Rechtsanwender die für Menschenrechte kennzeichnenden und in

²⁷ UN-Menschenrechtskommission, Resolution 2005/63 on Protection of the Human Rights of Civilians in Armed Conflicts, 20.04.2005; dazu OHCHR, a.a.O. (Fn. 17), S. 102 f.; zu den Äußerungen des Menschenrechtsrates generell und mit weiteren Nachweisen J. Tobin, a.a.O. (Fn. 26), S. 357; Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 31, a.a.O. (Fn. 25), Rn. 11.

²⁸ Siehe näher L. Paulus / J. Leiß, Art. 103, in: B. Simma *et al.* (Hrsg.), The Charter of the United Nations, Vol. II, 3. Aufl., Oxford 2012, Rn. 17 ff.

²⁹ Jedenfalls der Grundsatz der in Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK verkörpert ‚harmonisierenden Auslegung‘ findet vorliegend Anwendung. Zur Vereinfachung der Darstellung wird im Folgenden direkt auf Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK abgestellt, auch wenn dessen direkte Anwendung teils bestritten wird. Letztlich ist diese Kontroverse theoretischer Natur, da sich dieselben Auslegungsergebnisse auch über die anerkannte Methode der ‚harmonisierenden Auslegung‘ erreichen lassen.

³⁰ IGH, a.a.O. (Fn. 20), Rn. 106; IGH, a.a.O. (Fn. 26), S. 168, Rn. 216, kritisch zur IGH-Rechtsprechung u. a. J. Tobin, a.a.O. (Fn. 26), S. 361.

³¹ L. Paulus / J. Leiß, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 17.

³² Dahingehend wohl auch R. Kolb, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 35 ff., der den *lex specialis*-Ansatz für zu unpräzise erachtet und stattdessen eine parallele Anwendung und einen Verweisungsansatz (‚Renvoi‘) propagiert.

³³ Dazu und zur völkergewohnheitsrechtlichen Anerkennung L. Paulus / J. Leiß, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 12 ff.

³⁴ So auch J. Paust, Human Rights on the Battlefield, in: George Washington International Law Review 47(4) (2015), S. 27 ff.

³⁵ Insofern ist die Schwäche des Komplementaritätsansatzes, die Hathaway *et al.* in der Annahme sehen, dass sich Konflikte stets mit Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK auflösen lassen, O. A. Hathaway *et al.*, a.a.O. (Fn. 19), S. 1901 f. Keine Schwäche, sondern einfach ein mögliches Ergebnis des ersten Arbeitsschrittes, dem die Anwendung der *lex specialis*-Regel logisch nachfolgt.

³⁶ Zugegebenermaßen ist im Einzelnen schwer zu bestimmen, welches Recht sachnäher bzw. spezieller ist. Weiterhelfen kann hier ein Blick auf den Anwendungsbereich einer Norm. Damit wäre das Humanitäre Völkerrecht grundsätzlich spezieller als die Menschenrechte. Ein Protokoll über die Rechte von Kindern im bewaffneten Konflikt wäre indes wiederum sachnäher und spezieller als das Humanitäre Völkerrecht, welches im Gewährleistungsbereich nicht auf Kinder beschränkt ist. Dies ist ein Beispiel für den (höchst seltenen) Fall, dass ein menschenrechtliches Rechtsinstrument im bewaffneten Konflikt sachnäher ist.

Friedenszeiten üblichen Abwägungsprozesse kaum gleichermaßen geleistet werden können. Es enthält traditionell klare Handlungsnormen, nach denen sich die handelnden Personen, etwa die kämpfende Truppe, auch in starken Stresssituationen richten können. Gerade dies begründet die Sachnähe und Spezialität des Humanitären Völkerrechts und damit dessen höheres Gewicht im Rahmen der harmonisierenden Auslegung menschen- und humanitär-völkerrechtlicher Normen.

2.3. Andere Konstellationen

Abweichend von dem zuvor Gesagten verhält sich das Verhältnis beider Rechtsregime, wenn völkerrechtliche Normen es anders vorgeben. Ginge etwa eine menschenrechtliche *ius cogens*-Norm in ihrem Gewährleistungsgehalt weiter als eine Regel des Humanitären Völkerrechts, so würde erstere sich dennoch – kraft ihres Status als zwingendes Recht – voll durchsetzen und ohne Einschränkungen anwendbar sein.³⁷ Freilich erscheint ein tatsächlicher Konflikt im strikten Sinne zwischen dem Humanitären Völkerrecht und einer dergestalt zwingenden Menschenrechtsschutznorm nur schwer vorstellbar. Eine humanitär-völkerrechtliche Norm müsste dafür einen *ius cogens*-Verstoß anordnen, jedenfalls aber erlauben. Zwingende Menschenrechte laufen aber meist parallel zu Normen des Humanitären Völkerrechts und stehen nur selten zu diesen in Widerspruch. Nimmt man etwa das Verbot der Folter als Schulbeispiel einer zwingenden Norm,³⁸ so findet sich dieses in beiden Rechtsgebieten gleichermaßen.³⁹

Ähnlich wie eine zwingende Rechtsnorm des *ius cogens* dürfte der sogenannte ‚Mindeststandard‘ der Menschenrechte zu behandeln sein. Dieser Standard umfasst diejenigen menschenrechtlichen Kerngewährleistungen, von denen eine Abweichung im Notstandsfall unzulässig wäre. Erkennt man an, dass die Menschenrechte im bewaffneten Konflikt, einem Beispiel eines möglichen Notstandsfalls, anwendbar sein sollen, so ist in dieser Situation auch deren notstandsfester Minimalstandard als solcher anwendbar.⁴⁰

Festzustellen ist also, dass die Modalitäten der parallelen Anwendung sich entweder – vorrangig – aus dem Völkerrecht selbst ergeben (zum Beispiel *ius cogens*, Artikel 53 WVK) oder, wenn dies nicht der Fall ist, aus den anerkannten Auslegungsregeln der harmonisierenden Auslegung und, einer solchen Auslegung nachgelagert, aus dem *lex specialis*-Grundsatz.

3. Anwendungspraxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und Reflektion

Angesichts aktueller Entwicklungen lohnt sich der Abgleich der dargelegten Grundsätze mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), der zur Einbeziehung des Humanitären Völkerrechts in die rechtliche Bewertung eines Falls über die Jahre gesehen bestenfalls einen inkonsistenten Kurs gefahren ist. Der Gerichtshof wird allerdings weiterhin Möglichkeiten erhalten, dies nachzubessern.⁴¹ Zum einen werden Menschenrechtsgerichte allgemein weiterhin regelmäßig mit Verfahren auf der Schnittstelle zwischen Humanitärem Völkerrecht und Menschenrechte betraut sein, weil das Recht des bewaffneten Konflikts keine gleichwertigen Foren vorsieht, vor denen

etwa Kompensation erlangt werden könnte.⁴² Zum anderen sorgt die Rechtsprechung des EGMR zur Anwendbarkeit der EMRK gemäß Artikel 1 EMRK, die mittlerweile sehr weit ist, dafür, dass der EGMR regelmäßig für Handlungen in bewaffneten Konflikten zuständig ist – jedenfalls solange diese einem Konventionsstaat zurechenbar sind.

3.1. Die EMRK im internationalen bewaffneten Konflikt

Eine einheitliche Linie des EGMR zur Einbeziehung des Humanitären Völkerrechts hat sich lange nicht herauskristallisiert. Die ehemalige Präsidentin des IGH Higgins sprach 2009 noch schmeichelhaft von ‚work in progress‘.⁴³ Oft zog der EGMR Humanitäres Völkerrecht nur dann heran, wenn das Verhältnis beider Rechtsgebiete zueinander nicht entscheidungserheblich war, etwa weil Humanitäres Völkerrecht im historischen Kontext betrachtet wurde oder aber da es mangels eines bewaffneten Konflikts unanwendbar war.⁴⁴

3.1.1. Die Rechtsprechung des EGMR vor Hassan v. UK

Fälle, die der EGMR hätte nutzen können, um das Verhältnis zwischen beiden Rechtsgebieten etwas klarer zu beleuchten, gab es dennoch bereits zu Anfang der Europäischen Menschenrechtsprechung, etwa mit *Cyprus v. Turkey*⁴⁵. In diesem Fall erkannte die Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR) die vorrangige Maßgeblichkeit des Humanitären Völkerrechts bei der Anwendung der EMRK in

³⁷ Art. 53 WVK; S. auch J. Paust, a.a.O. (Fn. 34), S. 13 ff., der aber die Menschenrechte gem. Art. 103 UN-Charta als vorrangig ansieht, soweit deren Gewährleistungen nicht generell unter dem Vorbehalt einer Abweichung im Notstandsfall stehen. Der Vorrang nach Art. 103 UN-Charta dürfte bereits daran scheitern, dass die UN-Charta keine spezifischen Menschenrechte in materiell verbindlicher Hinsicht verbietet. Die Verrechtlichung der Menschenrechte war vielmehr eine Entwicklung, die der Charta nachfolgte.

³⁸ Dazu etwa E. de Wet, *The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and its Implications for National and Customary Law*, in: *European Journal of International Law* 15 (2004), S. 97 ff.; Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2. Aufl., Cambridge 2010, S. 24 f.

³⁹ Siehe etwa Art. 2 Abs. 2 Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe und den gemeinsamen Art. 3 der Genfer Abkommen.

⁴⁰ Dazu etwa J. Paust, a.a.O. (Fn. 34), S. 15 ff.

⁴¹ Siehe etwa das laufende Verfahren EGMR, *Georgia v. Russia* (No. II), Appl. No. 38263/08.

⁴² Dazu E. Schwager, *Reparations for Individual Victims of Armed Conflict*, in: R. Kolb / G. Gaggioli (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 3), S. 628 ff.; S. Krähenmann, *Positive Obligations in Human Rights Law During Armed Conflict*, in R. Kolb / G. Gaggioli (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 3), S. 170 ff.

⁴³ M. Higgins, Rede vom 30. Januar 2009, abgedruckt in: EGMR, *Annual Report 2009*, Straßburg 2010, S. 43; siehe dazu L. Moir, *The European Court of Human Rights and International Humanitarian Law*, in: R. Kolb / G. Gaggioli (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 3), S. 480.

⁴⁴ G. Oberleitner (Fn. 9), S. 309 mit den Beispielen EGMR, *Kononov v. Latvia*, Appl. No. 36376/04, Urteil der Großen Kammer vom 17.05.2010 und EGMR, *Engel et al. v. Netherlands*, Appl. Nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, Urteil vom 08.06.1976.

⁴⁵ EGMR, *Cyprus v. Turkey*, Appl. Nos. 6780/74 und 6950/75, Entscheidung vom 10.07.1976.

bewaffneten Konflikten an. Die EKMR hatte in diesem Fall Handlungen im Rahmen der türkischen Besetzung von Teilen Zyperns 1974 zu beurteilen. Sie vermied zwar hier, wie auch später⁴⁶, die Einordnung der Situation als Besetzung, sah die Handlungen der Türkei aber als Ausübungen von Hoheitsgewalt im Sinne von Artikel 1 EMRK an. Die Gefangennahme von Kriegsgefangenen beurteilte die Kommission nur kurz mit der Feststellung, dass beide Staaten an das III. Genfer Abkommen gebunden seien und sich eine Prüfung des Artikel 5 EMRK insoweit erübrige.⁴⁷ Damit ordnete die Kommission das Humanitäre Völkerrecht offenkundig als vorrangiges Recht ein.

Fälle, die zwischenzeitlich materiell eine Äußerung zum Verhältnis EMRK und Humanitäres Völkerrecht hätten hervorrufen müssen (etwa Bankovic und Issa⁴⁸) kamen nicht zu einer materiellen Prüfung. In der Rechtssache Al Jeddah v. UK (Sicherheitsgewahrsam in Basrah zwischen 2004 und 2007), die erstmalig eine Möglichkeit der Klarstellung bot, wählte der Gerichtshof ein kaum verständliches Vorgehen. Er prüfte, inwiefern Humanitäres Völkerrecht als Rechtsgrundlage für die Freiheitsentziehung dienen könnte, schloss dies aber mit der nicht nachvollziehbaren Argumentation aus, dass das Humanitäre Völkerrecht jedenfalls keine Verpflichtung zur Ingewahrsamnahme vorsehe und damit nicht als Rechtsgrundlage dienen könne.⁴⁹ Immerhin deutete der Gerichtshof damit an, dass er jedenfalls in Fällen von (seltenen und kaum praxisrelevanten) tatsächlichen Normenkonflikten, also einer Verpflichtung nach Humanitärem Völkerrecht zu einem Verhalten, welches in Menschenrechte eingreift, dem Humanitären Völkerrecht den Vorrang als *lex specialis* einräumen würde.

3.1.2. Die Rechtsprechung des EGMR in Hassan v. UK

Mit dem Urteil in der Rechtssache Hassan v. UK gelang dem EGMR nun ein verhältnismäßig großer Wurf. Darin hatte der EGMR eine freiheitsentziehende Maßnahme der Streitkräfte des Vereinigten Königreichs im Irak gegenüber einem Iraker im Camp Bucca zu beurteilen. Eine Notstandsabweichung gemäß Artikel 15 EMRK war seitens des Vereinigten Königreichs nicht erklärt worden. Nach Humanitärem Völkerrecht war die Freiheitsentziehung rechtmäßig. Problematisch war aber, dass das Humanitäre Völkerrecht nicht im Katalog des Artikel 5 Absatz 1 EMRK, der die Gründe für eine Freiheitsentziehung abschließend aufzählt, enthalten war. Der EGMR entschied, dass im internationalen bewaffneten Konflikt auch ohne eine formell erklärte Notstandsabweichung⁵⁰ die Menschenrechtskonvention nur mit der Maßgabe angewandt werde, dass sie vor dem Hintergrund der Regeln des Humanitären Völkerrechts interpretiert werden müsse.⁵¹ Danach müsse im internationalen Konflikt neben dem Katalog des Artikel 5 Absatz 1 EMRK auch eine humanitärvölkerrechtlich zulässige Freiheitsentziehung gegenüber Kriegsgefangenen und Zivilisten, die zur Sicherheit in Gewahrsam genommen wurden, im Einklang mit der EMRK möglich sein,⁵² jedenfalls solange der grundlegende Zweck („fundamental purpose“)⁵³ des Artikel 5 EMRK gewahrt bleibe. Eine Modifikation denkt der Gerichtshof auch hinsichtlich Artikel 5 Absatz 4 EMRK an, wo er die Ersetzung des dem Wortlaut nach erforderlichen ‚Gerichts‘ für die Überprüfung der

Freiheitsentziehung durch einen ‚competent body‘⁵⁴ für möglich hält, soweit weitergehende Voraussetzungen eingehalten werden.⁵⁵

Damit eröffnet der EGMR sich auch für künftige Fälle – jedenfalls im internationalen bewaffneten Konflikt – die Möglichkeit der anerkannten Interpretation der EMRK nach Artikel 31 Absatz 3 lit. c WVK. Gleichmaßen lehnt er den strikten *lex specialis*-Vorrang des Humanitären Völkerrechts ab, da er die Anwendung des Humanitären Völkerrechts wiederum unter den Vorbehalt der Wahrung des ‚Kerngehalts‘ der menschenrechtlichen Gewährleistung stellt. Damit sieht er beide Rechtsregime als komplementär zueinander an.⁵⁶ Mit diesem Urteil, welches eine gelungene harmonisierende Auslegung darstellt, hat der EGMR sich jedenfalls aus seiner selbst auferlegten Unzuständigkeit befreit und wird zukünftig nicht mehr die Augen vor den Wertungen des Humanitären Völkerrechts verschließen. Das Urteil ist daher zu begrüßen, auch wenn die neue Vorgehensweise Fragen im Detail aufwirft.⁵⁷

Methodisch nicht nachvollziehbar ist allerdings die Herangehensweise des Gerichtshofs, Humanitäres Völkerrecht nur zu prüfen, wenn eine Partei dessen Geltung darlegt („only where this is specifically pleaded by the respondent State“).⁵⁸ Dies verlangt der Gerichtshof, da es nicht die Aufgabe des Gerichts sei, zu erkennen, ob ein Konventionsstaat seine Verpflichtungen modifizieren wolle, ohne dass dieser es klar zu erkennen gäbe. Auf die objektiv-rechtliche Bewertung eines Sachverhalts durch das Gericht dürfte die Argumentation eines Staates aber kaum einen Einfluss haben. Ein fehlendes Vorbringen zu einer Rechtsfrage berechtigt den Gerichtshof nicht, diese auszublenden. Entweder die Verpflichtung aus Artikel 5 EMRK ist in einem Fall verletzt oder sie wird aufgrund der Umstände (eines bewaffneten Konfliktes) abwei-

⁴⁶ Siehe etwa EGMR, *Loizidou v. Turkey*, Appl. No. 15318/89, Preliminary Objections, Urteil vom 23.03.1995, Rn. 52, dazu kritisch das abweichende Sondervotum von Richter Pettiti.

⁴⁷ EGMR, a.a.O. (Fn. 45), Rn. 313, siehe dazu G. Oberleitner, a.a.O. (Fn. 9), S. 296.

⁴⁸ *Id.*, S. 297.

⁴⁹ EGMR, *Al Jeddah v. UK*, Appl. No. 27021/08, Urteil, 07.07.2011, Rn. 107; ausführlich dazu J. Pejic, *The European Court of Human Rights' Al-Jeddah Judgment*, in: *International Review of the Red Cross* 93(883) (2011), S. 842 ff.

⁵⁰ Er tat dies allerdings mit fragwürdigem Verweis auf die Staatenpraxis, keine Derogation gem. Art. 15 EMRK zu erklären, EGMR, *Hassan v. UK*, Urteil, Appl. No. 29750/09, 16.09.2014, Rn. 101. Das ist eine negative Praxis, die kaum Rechtsüberzeugung ausdrückt und ihren Grund eher in der nicht gewünschten Anerkennung der extraterritorialen Geltung der EMRK durch die Konventionsstaaten hat, dazu das Sondervotum der Richter Spano, Nicolaou, Bianku und Kalaydjieva, Rn. 12.

⁵¹ *Id.*, Rn. 104.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Id.*, Rn. 105.

⁵⁴ Vgl. Art. 43, 78 IV. Genfer Abkommen.

⁵⁵ EGMR, a.a.O. (Fn. 50), Rn. 106.

⁵⁶ Dazu auch H. Birkenkötter, *Zum Verhältnis von humanitärem Völkerrecht und der EMRK – alle Macht dem EGMR*, Verfassungsblog, 18. September 2014, http://www.verfassungsblog.de/zum-verhaeltnis-von-humanitaerem-voelkerrecht-und-der-emrk-alle-macht-dem-egmr/#.Vi9_g26J2Ds (zuletzt aufgerufen am 09.10.2015).

⁵⁷ *Ibid.*; J. Paust, a.a.O. (Fn. 34), S. 42 ff.

⁵⁸ EGMR, a.a.O. (Fn. 50), Rn. 107.

chend ausgelegt, weil der Sachverhalt gleichzeitig auch in den Regelungsbereich anderer völkerrechtlicher Regeln (hier: des Humanitären Völkerrechts) fällt. Die Auslegung einer menschenrechtlichen Verpflichtung nach Artikel 31 Absatz 3 lit. c WVK hängt nicht von dem prozessualen Parteivorbringen ab, sondern ist alleinige Aufgabe des Gerichts. Dies verkennt der Gerichtshof.

3.1.3. Übertragung der neuen Rechtsprechung auf Artikel 2 EMRK

Im Rahmen einer Prüfung des Artikel 2 EMRK, dem Recht auf Leben, dürfte nach der neuen Rechtsprechung des EGMR ähnlich zu verfahren sein. Eine unmodifizierte Anwendung menschenrechtlicher Maßstäbe auf Schädigungshandlungen im bewaffneten Konflikt unter Zugrundelegung des strikten menschenrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hätte zur Folge, dass das Humanitäre Völkerrecht völlig überlagert und irrelevant werden würde. Nicht nur ist dies rechtspolitisch gefährlich, es ist auch rechtlich unverträglich. Denn eine derartige Verdrängung eines spezielleren Rechts durch ein allgemeineres wäre kaum mit der gängigen Auslegungsmethodik vereinbar.

Vielmehr ersetzt das sachnähere Humanitäre Völkerrecht den bei den Menschenrechten geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch wegen der Besonderheiten des bewaffneten Konflikts durch das Exzessverbot. Dieses verbietet Angriffe auf militärische Ziele, bei denen mit Verlusten an Menschenleben unter der Zivilbevölkerung, der Verwundung von Zivilpersonen oder Schäden an zivilen Objekten zu rechnen ist, die exzessiv im Verhältnis zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil sind.⁵⁹ Diese Abwägung ist das anerkannte Mindestmaß, mit dem das Humanitäre Völkerrecht einen Ausgleich zwischen den Geboten der Menschlichkeit und der Berücksichtigung militärischer Notwendigkeiten und der Umstände schafft.⁶⁰ Das Exzessverbot ist damit auch der Maßstab, der bei der Prüfung des Artikel 2 EMRK im bewaffneten Konflikt bei Schädigungshandlungen maßgeblich ist.

Um dieses Ergebnis zu erreichen bedarf es – im Gleichlauf mit der EGMR-Herangehensweise in *Hassan v. UK* und entgegen der verbreiteten Annahme – keiner Notstandserklärung. Zwar sieht die Notstandsklausel nach Artikel 15 Absatz 2 EMRK eine Abweichung von Artikel 2 EMRK bei ‚Todesfällen infolge rechtmäßiger Kriegshandlungen‘ vor.⁶¹ Sie versperrt aber nicht die Möglichkeit, das Humanitäre Völkerrecht darüber hinaus in die Auslegung des Artikel 2 EMRK einzubeziehen. Dem wurde entgegengehalten, die Existenz des Artikel 15 Absatz 2 EMRK bedeute, dass eine Berücksichtigung des Humanitären Völkerrechts nur durch Abweichungserklärungen erreicht werden sollte, sodass sich die Systematik gegen eine Berücksichtigung außerhalb von Notstandsabweichungen sperre.⁶² Artikel 15 EMRK war aber nie als Auslegungssperre gedacht, sondern sollte lediglich die Geltung der EMRK in Kriegssituationen abschwächen und die Notstandsfestigkeit von Artikel 2 EMRK regeln, von der ‚rechtmäßige Kriegshandlungen‘ ausgenommen sind.⁶³ Selbst wenn ein Staat keinen Notstand gemäß Artikel 15 EMRK erklärt, so besteht daher in konsequenter Fortführung der neuen Rechtsprechung des EGMR die Mög-

lichkeit (und Notwendigkeit), das Humanitäre Völkerrecht in die Auslegung des Artikel 2 EMRK direkt einzubeziehen und eine humanitärvölkerrechtlich zulässige Maßnahme nicht als Verletzung von Artikel 2 EMRK anzusehen.⁶⁴

Dabei stellt sich die bisher ungeklärte Frage, inwieweit die jeweilige Schädigungshandlung wirklich vollständig mit dem Humanitären Völkerrecht übereinstimmen muss, um nicht als Verletzung von Artikel 2 EMRK angesehen zu werden. Parallel zu der Situation der Strafbarkeit von Soldaten im Auslandseinsatz nach dem Strafgesetzbuch⁶⁵ dürfte diese Frage unter anderem in Fällen relevant werden, in denen vom Humanitären Völkerrecht zum Schutz von Zivilisten angeordnete Vorkehrungen, wie etwa eine Warnung vor einem Luftangriff mit Gefährdung von Zivilpersonen⁶⁶, außer Acht gelassen werden, im Endeffekt aber ausschließlich Kombattanten von einem Angriff betroffen sind. Hier bietet es sich im Strafrecht wie auch bei der menschenrechtlichen Beurteilung an, die zugrundeliegende humanitärvölkerrechtliche Wertung des Schädigungsrechts und den Schutzzweck der jeweils verletzten Norm zu ermitteln. Der Überflug dient etwa dem Schutz von Zivilisten, die in dem genannten Beispiel nicht zu Schaden gekommen sind, sodass wegen fehlenden Erfolgsunrechts insoweit keine Verletzung des Rechts auf Leben anzunehmen wäre. Nicht alle Verstöße gegen Humanitäres Völkerrecht führen demnach auch zur Menschenrechtswidrigkeit der Handlung.

3.2. Die EMRK im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt

Die Anwendung der EMRK im nicht-internationalen Konflikt wird weitverbreitet als ungleich problematischer angesehen. Daran ist wahr, dass die Situation durch eine geringere Regelungsintensität des Humanitären Völkerrechts im nicht-internationalen Konflikt eine andere Dynamik hat. Durch die besondere Praxisrelevanz von nicht-internationalen Konflikten sind die Unsicherheiten bei der Handhabung der Menschenrechte hier auch besonders folgenreich. Die anzuwendenden Grundsätze bleiben aber dieselben.

⁵⁹ J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, Cambridge 2005, Rule 14, S. 46 ff.; Art. 51 Abs. 5 lit. b ZPI. Die deutsche – nicht autoritative – Sprachfassung ist unglücklich, da sie den erforderlichen Exzess nicht aufnimmt, sondern es bei der schwammigen Formulierung belässt, die Schäden dürften nicht ‚in keinem Verhältnis‘ zum erwarteten militärischen Vorteil stehen.

⁶⁰ Zu diesem Ausgleich etwa Bundesministerium der Verteidigung, a.a.O. (Fn. 14), Rn. 103.

⁶¹ Siehe dazu auch R. Ekins *et al.*, a.a.O. (Fn. 11), S. 28; J. Paust, a.a.O. (Fn. 34), S. 32 ff.

⁶² So etwa A. Gebhardt, a.a.O. (Fn. 1), S. 67; M. Milanovic, *Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law*, in: O. Ben-Naftali (Hrsg.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford 2011, S. 24; so auch das abweichende Sondervotum des Richters Spano, unter Beiritt der Richter Nicolaou, Bianchi und Kalaydjieva in *Hassan v. UK*, EGMR, a.a.O. (Fn. 50), Rn. 16.

⁶³ H. Krieger (Fn. 12), S. 379 m.w.N.

⁶⁴ S. auch J. Paust, *The Right to Life in Human Rights Law and the Law of War*, in: *Saskatchewan Law Review* 65 (2002), S. 419 f.

⁶⁵ Dazu ausführlich S. Sohm / T. R. Salomon, *Völkerrechtsakzessorietät des StGB beim Einsatz deutscher Streitkräfte*, in: *Neue Zeitschrift für Wehrrecht* 2014, S. 133 ff.

⁶⁶ Art. 57 Abs. 2 lit. c ZPI.

3.2.1. Das Verhältnis beider Rechtsgebiete im nicht-internationalen Konflikt

Nach diesen Grundsätzen finden Humanitäres Völkerrecht und Menschenrechte nebeneinander Anwendung. Bei Überschreiten der Anwendbarkeitsschwelle des gemeinsamen Artikel 3 steht dieser neben den Menschenrechten.⁶⁷ Er verdrängt oder modifiziert diese nicht, denn Artikel 3 der Genfer Konventionen soll ersichtlich nicht den Maximalschutzstandard, sondern die jedenfalls anwendbaren Mindestgarantien definieren (‘each Party [...] shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions’).⁶⁸ Ist der gemeinsame Artikel 3 also anwendbar, tritt er neben die weiterhin anwendbaren Menschenrechte.⁶⁹

Aber auch im nicht-internationalen Konflikt ist das Humanitäre Völkerrecht spezieller und sachnäher. Soweit es Regelungen trifft oder ihm Wertungen zu entnehmen sind, sind diese bei der Auslegung der Menschenrechte daher (entscheidend) heranzuziehen. Ein Beispiel ist das in der Völkerrechtspraxis im nicht-internationalen Konflikt anerkannte Schädigungsrecht staatlicher Truppen gegenüber kämpfenden Personen. Artikel 3 der Genfer Abkommen von 1949 schützt nur ‚Personen, die nicht direkt an den Feindseligkeiten teilnehmen, einschließlich der Mitglieder der bewaffneten Streitkräfte, welche die Waffen gestreckt haben, und der Personen, die [...] außer Kampf gesetzt wurden‘. Hierauf und auf Artikel 13 des ZP II fußt die verbreitete Rechtsansicht, dass solange ‚Personen auf Seiten einer nichtstaatlichen Konfliktpartei unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen‘,⁷⁰ sie ihren Schutz als Zivilpersonen verlieren und mit militärischen Mitteln bekämpft werden dürfen, also zum zulässigen militärischen Ziel werden, ohne indes selbst als Kombattanten privilegiert zu sein. Gleiches soll gelten, wenn sich Personen ‚[...] bei den gegnerischen Kräften dauerhaft an den Feindseligkeiten beteiligen [...] und damit auch außerhalb der Teilnahme an konkreten Feindseligkeiten zulässiges militärisches Ziel sind‘⁷¹ (sogenannte ‚continuous combat function‘). Diese Rechtsansicht ist zwar nicht unangreifbar,⁷² aber das Schädigungsrecht gegenüber den von Artikel 3 und dem ZP II nicht geschützten Personen ist in Wissenschaft und Praxis gleichermaßen anerkannt.⁷³ Schon aufgrund dieser außerordentlich einheitlichen Staatenpraxis die gemäß Artikel 31 Absatz 3 lit. b WVK auslegungsrelevant ist, sprechen die besseren Argumente für die Annahme eines solchen Schädigungsrechts. Dieses ist in die Auslegung der EMRK einzubeziehen, sodass letale Schädigungshandlungen auch im nicht-internationalen Konflikt folglich zwar Eingriffe in den eröffneten Schutzbereich des Artikel 2 EMRK sind, soweit diese aber humanitärvölkerrechtskonform erfolgen, sind diese Eingriffe gerechtfertigt.

Hinsichtlich der stark umstrittenen Freiheitsentziehungen sind im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt nicht die Garantien des III. Genfer Abkommens anwendbar, sondern grundsätzlich die der ‚Menschlichkeit und der Menschenrechte‘.⁷⁴ Darüber hinaus finden aber insbesondere der gemeinsame Artikel 3 und Artikel 4, 5 und 6 des ZP II Anwendung, welche unter anderem die Begleitgarantien bei Freiheitsentzug durch Internierung oder Haft regeln und damit – im Einklang mit der ganz einheitlichen Staatenpraxis – die Möglichkeit einer Freiheitsentziehung im nicht-internationalen

Konflikt voraussetzen.⁷⁵ Auch die im nicht-internationalen Konflikt bestehende grundsätzliche Möglichkeit der Ingewahrsamnahme einer Person dürfte also als Grundentscheidung des Humanitären Völkerrechts bei der Auslegung der menschenrechtlichen Gewährleistung zu berücksichtigen sein.⁷⁶

Gleiches gilt für die umfangreichen Begleitgarantien, die die Menschenrechte für Freiheitsentziehungen vorsehen, wie etwa die Garantie der unverzüglichen Richtervorführung, Artikel 5 Absatz 3 EMRK oder die der gerichtlichen Überprüfung nach Artikel 5 Absatz 4 EMRK. Abermals finden die dargestellten Grundsätze Anwendung. Für internationale Konflikte hat sich der EGMR in der Sache *Hassan v. UK* offen gezeigt, Begleitgarantien bei Freiheitsentziehungen zu modifizieren und etwa die Vorführung vor ein competent

⁶⁷ Siehe stellvertretend G. Solis, a.a.O. (Fn. 6), S. 237.

⁶⁸ Vgl. Bundesministerium der Verteidigung, a.a.O. (Fn. 14), Rn. 1308.

⁶⁹ Vertiefend A. Cullen, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, New York 2010, S. 29 ff.

⁷⁰ Dazu N. Melzer, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, Mai 2009, <http://bit.ly/1WjvRb3> (zuletzt aufgerufen am 09.10.2015); siehe auch Bundesministerium der Verteidigung, a.a.O. (Fn. 14), Rn. 1308; ausführlich auch S. Aughey / A. Sari, *Targeting and Detention in Non-International Armed Conflict*, in: *International Law Studies* 91 (2015), S. 98 ff.

⁷¹ N. Melzer, a.a.O. (Fn. 70), S. 33 ff.

⁷² Zum Ganzen auch M. Sassöli / L. Olson, *The Relationship Between International Humanitarian and Human Rights Law Where It Matters*, in: *International Review of the Red Cross* 90(871) (2008), S.610 ff.

⁷³ Zum Ganzen mit weiteren Nachweisen *id.*, S. 599 ff.

⁷⁴ So auch Bundesministerium der Verteidigung, a.a.O. (Fn. 14), Rn. 1308; E. Crawford, *The Treatment of Combatants and Insurgents under the Law of Armed Conflict*, Oxford 2010, S. 129 ff.

⁷⁵ So auch die Position des IKRK, *Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges*, Opinion Paper, 2014, S. 6 f., <http://bit.ly/1LOKyeU> (zuletzt aufgerufen am 09.10.2015). Die Frage, ob das Humanitäre Völkerrecht im nicht-internationalen Konflikt eine Rechtsgrundlage für Freiheitsentziehungen beinhaltet oder ob es zusätzlich einer Rechtsgrundlage im nationalen Recht bedarf, ist stark umstritten. Siehe die aktuelle Rechtsprechung in der Sache *Serdar Mohamed*, High Court of Justice, *Serdar Mohammed -v- Ministry of Defence and Others*, [2014] EWHC 1369 (QB), 02.05.2014, insb. Rn. 228 ff. und Court of Appeals, *Mohammed and others -v- Secretary of State for Defence, Rahmatullah -v- MoD*, [2015] EWCA Civ 843, 30.07.2015. Eine detaillierte Auseinandersetzung etwa mit der Sache *Serdar Mohamed*, in der eine humanitärvölkerrechtliche Rechtsgrundlage für langfristige Freiheitsentziehungen verneint wurde, weil das insofern einschlägige Humanitäre Völkerrecht lediglich Schutznormen beinhaltet, geht über den Zuschnitt dieser Ausarbeitung hinaus. Das entscheidende Argument verfährt jedoch kaum. Der gemeinsame Art. 3 und das ZP II haben zwar den Rechtsgüterschutz zum Ziel, allerdings erkennen sie Freiheitsentziehungen als stetiges Phänomen im nicht-internationalen Konflikt an. Nach ganz herrschender Auffassung erlaubt der gemeinsame Art. 3 sogar letale Schädigungshandlungen für direkt an Feindseligkeiten teilnehmende Personen. Gestützt durch die gleichlautende Staatenpraxis (Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK), die eine auslegungsrelevante spätere Übung darstellt, liegt darin auch eine Rechtsgrundlage für Eingriffe in die Freiheit, siehe dazu und zum Ganzen etwa S. Aughey / A. Sari, a.a.O. (Fn. 70), S. 90, siehe darüber hinaus die kontroverse Diskussion mit weiteren Nachweisen auf andere Beiträge, M. Milanovic, *Some Thoughts on the Serdar Mohammed Appeals Judgment*, EJIL: Talk!, <http://bit.ly/1ROU2YY> (zuletzt aufgerufen am 09.10.2015).

⁷⁶ Mit einer solchen Lösung wäre das oft diskutierte Problem abgemildert, dass die Anwendung der Menschenrechte gerade in diesem Bereich im bewaffneten Konflikt kaum möglich wäre, dazu R. Ekins *et al.*, a.a.O. (Fn. 11), S. 27; M. Sassöli, *The Rule of Human Rights and International Humanitarian Law in New Types of Armed Conflicts*, in: O. Ben-Naftali (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 62), S. 93; eingehend M. Sassöli / L. Olson, a.a.O. (Fn. 72), S. 616 ff. m.w.N.

body statt vor ein Gericht genügen zu lassen. Dies lässt sich auch im nicht-internationalen Konflikt begründen. Artikel 5 Absatz 1 ZP II, der den humanitär-völkerrechtlichen Mindeststandard bei Freiheitsentziehungen im nicht-internationalen Konflikt enthält, beinhaltet keine justiziellen Begleitgarantien. Selbst der weniger verbindliche Artikel 5 Absatz 2 ZP II mit seinen weitergehenden Garantien nennt diese nicht. Diese Regelungen versuchen nämlich in erster Linie das im Umfeld eines bewaffneten Konflikts häufig bedrohte Leben und Wohlbefinden der Betroffenen zu schützen. Darin lässt sich eine im bewaffneten Konflikt angemessene Prioritätensetzung erkennen, die das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit in diesen Sondersituationen vorrangig vor dem Recht auf den gesetzlichen Richter schützen soll. Auch diese rechtliche Wertung kann bei der Auslegung des menschenrechtlichen Rechts auf Freiheit und der justiziellen Rechte berücksichtigt werden.

Das soll selbstredend nicht heißen, dass die wichtigen Verfahrensgarantien gänzlich verschwinden, sie unterliegen aber einer Modifikation, wie auch von den Kopenhagen-Prinzipien (Copenhagen Principles on the Handling of Detainees in International Military Operations⁷⁷) vorgesehen. Die Kopenhagen-Prinzipien sind zwischen 2007 und 2012 durch eine Vielzahl von Staaten⁷⁸ erarbeitete Handlungsleitlinien zu Freiheitsentziehungen in nicht-internationalen Konflikten. Prinzip 12 sieht vor, dass statt einem Gerichtsverfahren direkt nach der Ingewahrsamnahme ein ‚prompt initial review‘-Verfahren vor einer ‚impartial and objective authority‘⁷⁹ durchgeführt werden soll. Die Existenz dieses Prinzips spricht jedenfalls für eine dokumentierte Rechtsüberzeugung vieler Staaten, die bei der Auslegung der menschenrechtlichen Normen zu berücksichtigen ist. Eine solche Lösung kommt womöglich auch dem Gewährleistungsgehalt der Menschenrechtsnormen und dem faktischen Schutz des Einzelnen entgegen: Die Richtervorführung nach Artikel 5 Absatz 3 EMRK und das gerichtliche Überprüfungsverfahren nach Artikel 5 Absatz 4 EMRK sind an keine festen Fristen gebunden, sondern ‚unverzüglich‘ beziehungsweise ‚in kurzer Frist‘ durchzuführen. Bei der Fristbemessung kommt es aber auf die Umstände des Einzelfalls an.⁸⁰ Im bewaffneten Konflikt könnte daher im Einzelfall auch ein längerer Zeitablauf noch menschenrechtskonform sein. Dem Rechtsgüterschutz wäre dann eher genüge getan, wenn unmittelbar nach Ingewahrsamnahme ein Überprüfungsverfahren vor einer unabhängigen Instanz durchgeführt wird, als wenn der Betroffene lange Zeit auf eine Vorführung vor einen Richter warten muss, weil dies in der konkreten Situation im Einzelfall gerade nicht möglich ist.

3.2.2. Rechtsprechung des EGMR in Bezug auf den nicht-internationalen Konflikt

Der EGMR zeigt sich bisher noch sehr zögerlich was die Berücksichtigung des Humanitären Völkerrechts im nicht-internationalen Konflikt anbetrifft. In *Hassan v. UK* signalisierte er, die strikte menschenrechtliche Prüfung im nicht-internationalen Konflikt beizubehalten.⁸¹ Mit nicht-internationalen Konflikten befasste sich der EGMR zunächst vor allem im Rahmen des Tschetschenien-Konflikts, zu dem er eine erhebliche Anzahl von Fällen zu entscheiden hatte.⁸² Als

er etwa ein großflächig wirksames Bombardement, welches sich gegen tschetschenische Kämpfer richtete, die sich in einer eng besiedelten Gegend festgesetzt hatten, beurteilte,⁸³ erkannte der EGMR zwar die Ausnahmesituation Russlands,⁸⁴ ordnete diese Situation aber nicht in humanitär-völkerrechtliche Kategorien ein. Vielmehr unterstrich er, dass der ‚normal legal background‘ (also die Menschenrechte) als Maßstab zu verwenden sei, da Russland keinen Gebrauch von Artikel 15 EMRK gemacht habe.⁸⁵ Er ordnete die Maßnahme damit faktisch als ‚law enforcement‘ ein und wandte – ohne auf das Humanitäre Völkerrecht einzugehen – die EMRK unmodifiziert an.⁸⁶ In *Abuyeva v. Russia*, einem Fall, dem dasselbe Bombardement zugrunde lag, kritisierte das (im Ergebnis) zustimmende Sondervotum des Richters Malinverni, dass der Gerichtshof den eigentlich anwendbaren Maßstab aus dem gemeinsamen Artikel 3 und dem ZP II ignoriert habe.⁸⁷

Eine methodisch befriedigende Lösung für die Berücksichtigung des Humanitären Völkerrechts hat der Gerichtshof für den nicht-internationalen Konflikt noch nicht gefunden. Interessant ist jedoch die Ankündigung des EGMR in *Jaloud v. UK* bei der menschenrechtlichen Prüfung ‚reasonable allowances‘ für die schwierige Situation des Konventionsstaats in bewaffneten Konflikten zu machen.⁸⁸ Sollte die Einhaltung der Menschenrechte in der konkreten Situation erheblich erschwert sein, könnte dies bei der menschenrechtlichen Beurteilung des Sachverhalts durch den EGMR daher zukünftig Berücksichtigung finden. Diese Rechtsprechung wird der EGMR (richtigerweise) nicht zu einem generellen Freischein für die Nichtbefolgung der Menschenrechte durch staatliche Akteure in bewaffneten Konflikten ausformen. Er scheint aber bereit, in Fällen substantiiert vorgetragener Probleme, etwa bei der Befolgung der genannten Begleitgarantien bei Freiheitsentziehungen, im begründeten Einzelfall den Schutzstandard der EMRK zurückzufahren. Mit dieser grundsätzlich begrüßenswerten Rechtsprechung garantiert er einerseits den Rechtsschutz der Betroffenen, hält sich aber gleichzeitig offen, im Einzelfall flexibel auf die Ausnahme-

⁷⁷ The Copenhagen Process on the Handling of Detainees in International Military Operations, The Copenhagen Process: Principles and Guidelines, <http://bit.ly/1j9CUFw> (zuletzt aufgerufen am 09.10.2015).

⁷⁸ *Ibid.*, siehe die Liste der den Kopenhagen-Prinzipien vorangestellten beteiligten Staaten.

⁷⁹ Siehe auch EGMR, a.a.O. (Fn. 50), Rn. 106.

⁸⁰ Vgl. EGMR, *Medvedyev v. France*, Appl. No. 3394/03, Urteil, 29.03.2010, Rn. 105 ff.

⁸¹ EGMR, a.a.O. (Fn. 50), Rn. 104.

⁸² Eine detailliertere Übersicht findet sich bei G. Oberleitner, a.a.O. (Fn. 9), S. 302 ff.; dazu auch W. Abresch, A Human Rights Law of Internal Armed Conflict, in: *European Journal of International Law* 16(4) (2005), S. 741 ff.

⁸³ Mit detaillierterer Beschreibung G. Oberleitner, a.a.O. (Fn. 9), S. 304.

⁸⁴ EGMR, *Isayeva v. Russia*, Urteil, Appl. No. 57950/00, 24.02.2005, Rn. 180.

⁸⁵ *Id.*, Rn. 191.

⁸⁶ G. Oberleitner, a.a.O. (Fn. 9), S. 304.

⁸⁷ EGMR, *Abuyeva et al. v. Russia*, Urteil, Appl. No. 27065/05, 02.12.2010, Sondervotum Malinverni, Rn. 3.

⁸⁸ EGMR, *Jaloud v. Netherlands*, Urteil, Appl. No. 47708/08, 20.11.2014, Rn. 226.

situationen eines bewaffneten Konflikts zu reagieren und ermöglicht sich damit, die Augen nicht vor der Realität verschließen zu müssen.

4. Ausblick und Schlussfolgerungen

In den mittlerweile jahrzehntealten Streit um das Verhältnis von Humanitärem Völkerrecht und den Menschenrechten scheint bei näherer Betrachtung Bewegung zu kommen. Die Tendenzen des EGMR, die besonderen Umstände von staatlichen Akteuren in bewaffneten Konflikten bei der menschenrechtlichen Beurteilung eines Sachverhalts zu berücksichtigen und humanitär-völkerrechtliche Wertungen einzubeziehen, sind begrüßenswert. Nicht etwa, weil im bewaffneten Konflikt ein Schutz durch Menschenrechte nicht willkommen ist, sondern weil die normativen Maßstäbe nicht völlig an der Realität vorbeigehen dürfen. Die Situation im bewaffneten Konflikt ist mit der Verwaltung im Frieden nicht vergleichbar. Das Humanitäre Völkerrecht trifft Regeln, die selbst in solchen Extremsituationen für die Berücksichtigung grundlegender Prinzipien sorgen sollen. Es darf bei der menschenrechtlichen Beurteilung einer Handlung in einem bewaffneten Konflikt schon daher nicht übergangen werden. Ziel der Menschenrechte und des Humanitären Völkerrechts ist es, einen hohen normativen und faktischen Schutzstandard zu ermöglichen. Beide Rechtsgebiete leben

von der Umsetzung und benötigen daher eine Balance zwischen hohen normativen Standards auch im bewaffneten Konflikt und der Umsetzbarkeit sowie der Akzeptanz dieser Regeln in der Praxis. Das bedeutet aber auch, dass Wege gefunden werden müssen, die anwendbaren schutzintensiven Gewährleistungen der Menschenrechte in der Ausnahmesituation eines bewaffneten Konflikts, für dessen Regelung es ein spezifisches Rechtsgebiet gibt, handhabbar anzuwenden und die Wertungen des Humanitären Völkerrechts nicht zu übergehen. Die hier zugrunde gelegte methodische Vorgehensweise ermöglicht dies. Der EGMR scheint diesbezüglich auf dem richtigen Weg zu sein. Dieser sollte unbedingt weiter beschritten werden – auch von Staaten und Zivilgesellschaft, die durch Initiativen wie den ‚Kopenhagen Process‘ ihren Teil tun können, um das Zusammenspiel beider Rechtsgebiete zu klären, aber auch mitzugestalten. Diese Initiativen sind zwar nicht unmittelbar verbindlich, sie sind aber Ausdruck einer verbreiteten Rechtsüberzeugung, die durchaus Auslegungsrelevanz hat. Durch solche Schritte können unsicherheitsbehaftete, aber praxisrelevante Problembereiche bereits abstrakt im Vorfeld eines konkreten Einsatzes geklärt werden. Das wäre zum einen ein wichtiger Gewinn für den Schutz von Rechtsgütern in bewaffneten Konflikten, zum anderen aber auch ein Gewinn an dringend nötiger Rechtssicherheit in diesem Regelungsreich. ■