

22. Jahrgang  
1/2009

Volume 22  
1/2009

ISSN 0937-5414  
G 10364

# Humanitäres Völkerrecht Informationsschriften

Journal of International Law of Peace and Armed Conflict

Deutsches Rotes Kreuz 

Institut für Friedenssicherungsrecht  
und Humanitäres Völkerrecht



## **Herausgeber:**

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

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

## **ISSN 0937-5414**

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

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

## **Bezug:**

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

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

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

## **Verlag:**

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

## **Druck:**

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

## **Redaktion:**

Verantwortlicher Redakteur: **PD Dr. Hans-Joachim Heintze**  
**Dr. Math Noortmann, LL.M., MSc und Heike Montag, Bochum**

## **Ständige Mitarbeiter:**

**Dr. Cristina Churruca Muguruza**, Bilbao/Spanien; **Prof. Dr. Dennis T. G. Dijkzeul**, Bochum; **Prof. Dr. Wolff Heintschel v. Heinegg**, Frankfurt (Oder); **Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Knut Ipsen**, Bochum; **Prof. Dr. Claus Kreß LL.M.**, Köln; **Prof. Dr. Thilo Marauhn**, Gießen; **Dr. Sven Peterke M.A.**, Brasilia/Brasilien; **Dr. Michaela Schneider**, Bochum; **Gregor Schotten**, Berlin; **Dr. Heike Spieker**, Berlin; **Prof. Dr. Joachim Wolf**, Bochum; **Dr. Messeletch Worku LL.M.**, Bochum

## **Korrespondierende Mitarbeiter:**

**Dr. Knut Dörmann**, Genf; **Dr. Robert Heinsch LL.M.**, Berlin; **Dr. Avril J.M. McDonald M.A., LL.M.**, Den Haag; **Dr. Sascha Rolf Lüder**, Hagen

# Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften (HuV-I)

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

22. Jahrgang  
1/2009

Volume 22  
1/2009

## Editorial 3

## Das Thema / Topic

Die Terrorlistenpraxis verliert vor Gericht  
Das EuGH-Urteil und seine Folgen für die gezielten  
Sanktionen der VN  
**Patricia Schneider / Kathrin Peiffer** 4

Vorschlag für ein Übereinkommen über die Regelung der  
völkerrechtlichen Voraussetzungen einer humanitären  
Intervention  
**Christoph Henke** 15

## Beiträge / Notes and Comments

### Artikel / Articles

Revisiting the Definition of the Crime of Aggression  
**Sergey Sayapin** 22

Irakische Flüchtlinge in Deutschland:  
Aufnahme oder Widerruf der Flüchtlingseigenschaft?  
**Bernward Ostrop** 31

Völkerrechtliche Rechte und Pflichten im Bereich  
der humanitären Hilfe  
**Andreas Schüller** 35

## Panorama / Panorama

The observation mission of the European Union in Georgia:  
Functions assumed by this peacekeeping operation  
**Antonio Manrique de Luna Barrios** 41

Die Wurzeln des modernen Kriegsvölkerrechts  
als transatlantisches Erbe – Leben und Werk von  
Francis Lieber (1798–1872)  
**Roman Schmidt-Radefeldt** 44

Evaluation on the employment of sexual violence  
in the crisis of the DRC (1998–2006)  
**Birthe Steiner** 56

## Konferenzen / Conferences

21. Forum Globale Fragen: Der Rechtsstaat –  
Patentrezept für alle Welt?, Rechtsstaatsförderung  
in der Außenpolitik. Berlin 15. Januar 2009  
**Hans-Joachim Heintze** 61

## Buchbesprechungen / Book Reviews

Werner Scherer, Richard Alff und Alexander Poretschkin,  
Soldatengesetz  
**Birgit Kessler** 62

# 15. DRK-Kurs im Humanitären Völkerrecht

Berlin, 2. – 8. August 2009



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

Einführung in das Humanitäre Völkerrecht	Mittel und Methoden der Kampfführung – Waffenverbote und Abrüstung
Anwendungsbereiche des Humanitären Völkerrechts – Die Konflikttypen	Durchsetzung des Humanitären Völkerrechts
Internationale Hilfsaktionen des Deutschen Roten Kreuzes – Aktuelle Herausforderungen und Beispiele	Der Internationale Strafgerichtshof und das Völkerstrafrecht: Entwicklung, Stand, Perspektiven
Das Internationale Komitee vom Roten Kreuz und das Humanitäre Völkerrecht – Grundlagen und Einsatzfelder	Kriegsverbrecherprozesse – Fallbeispiele / Moot Court
Kombattanten und Nichtkombattanten – Der Kriegsgefangenenstatus	Das Humanitäre Völkerrecht und die Menschenrechte
Schutz der Zivilbevölkerung und ziviler Objekte	Die UN-Charta und das Humanitäre Völkerrecht

*(Änderungen von Programmpunkten sind kurzfristig möglich)*

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

Die **Teilnehmergebühr** für den Kurs beinhaltet Dokumentationsmaterial, Unterbringung in Doppelzimmern sowie Verpflegung und beträgt € 300,00.

Bewerbungen mit Lichtbild, die Angaben zur Person – insbesondere Nachweise über erbrachte Studien- bzw. Examensleistungen – enthalten, richten Sie bitte **bis 30. Mai 2009** an:

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

# Editorial

Aktuelle Geschehnisse, theoretische Fragestellungen und geschichtliche Aspekte um das humanitäre Völkerrecht prägen diese Ausgabe der „Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften“.

Ein besonders aktuelles Thema greifen Dr. *Patricia Schneider* und *Kathrin Peiffer* in einem Artikel zur Terroristenpraxis der Vereinten Nationen und der Europäischen Union auf. Sie kommen zu dem Schluss, dass durch das *Kadi*-Urteil des EuGH den Betroffenen zumindest innerhalb der Europäischen Gemeinschaft effektiver Rechtsschutz gewährt werde. Gleichwohl stellt sich nach wie vor die grundlegende und vieldiskutierte Frage, inwieweit der Sicherheitsrat an die Rule of Law gebunden ist. Theoretische und aktuelle Gesichtspunkte verbindet Dr. *Christoph Henke*, LL.M. in seinem Vorschlag für ein Übereinkommen zur Kodifizierung des rechtlichen Instituts einer humanitären Intervention. Neben dem Kodifizierungsvorschlag legt er auch Argumente für die Normierung sowohl aus Sicht des Interventionssubjekts als auch des -objekts dar.

*Sergey Sayapin*, LL.M. eröffnet die Rubrik „Beiträge“ mit der Analyse des Begriffs des Aggressionsverbrechens im Sinne des Rom-Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs. Anschließend an eine kritische Begriffsbestimmung argumentiert der Autor, die neuen Festlegungen sollten dazu dienen, die Kompetenzen des Internationalen Strafgerichtshofs zu erweitern. Als zwangsläufige Folge dessen würden auch die Funktionen des UN-Sicherheitsrats und des IGH beeinflusst. Im Weiteren beschäftigt sich *Bernward Ostrop*, LL.M. mit der Praxis des Widerrufs des Flüchtlingsstatus irakischer Flüchtlinge. Unter anderem wegen seiner anwaltlichen Erfahrungen kommt er zu dem Schluss, dass eine Änderung der deutschen Rechtspraxis wünschenswert sei und meint, der Europäische Gerichtshof werde sich der allgemeinen Staatenpraxis anschließen und den Flüchtlingsstatus von irakischen Flüchtlingen vorerst nicht widerrufen. *Andreas Schüller*, LL.M. untersucht die Pflichtenlage, die sich aus dem humanitären Völkerrecht und menschenrechtlichen Abkommen für die humanitäre Hilfe ergibt. Detailliert werden die Rechte der Bevölkerung, die Pflichten der Staaten und anderer Akteure dargestellt und insbesondere der Schutzanspruch humanitärer Helfer herausgearbeitet.

Das „Panorama“ beginnt mit einem Beitrag von Dr. *Antonio Manrique de Luna Barrios* zur Beobachtungsmission der Europäischen Union in Georgien. Das Thema ist durch den jüngsten bewaffneten Konflikt zwischen Russland und Georgien wieder in den Mittelpunkt des öffentlichen Interesses gerückt. Einen geschichtlichen Überblick zum Leben und Werk von Francis Lieber, der die Entwicklung des modernen humanitären Völkerrechts wesentlich beeinflusst hat, gibt im Folgenden PD Dr. habil. *Roman Schmidt-Radefeld*. Einem Thema, das die unmenschlichsten Aspekte der gegenwärtigen Kriegsführung betrifft, wendet sich *Birthe Steiner*, M.D., M.A. zu. Sie kritisiert und bewertet die systematische Anwendung sexueller Gewalt durch Kombattanten durch die Konfliktparteien in der Demokratischen Republik Kongo.

Sodann berichtet PD Dr. habil. *Hans-Joachim Heintze* vom 21. Forum Globale Fragen: Der Rechtsstaat – Patentrezept für alle Welt? Diese Tagung hat sich die Rechtsstaatsförderung zum Thema gemacht, die zwar überall gefordert wird aber zugleich nur schwer umzusetzen ist.

Mit dem jüngst veröffentlichten Kommentar zum Soldatengesetz beschäftigt sich Dr. *Birgit Kessler* im Rahmen einer Buchbesprechung und schließt damit diese Ausgabe.

Die Redaktion schließt diesen redaktionellen Auftakt mit dem Hinweis, dass die Inhalte der Beiträge nicht zwangsweise die Meinung der Redaktion widerspiegeln. Nun hoffen wir, dass sich Information und Lesevergnügen auch in dieser Ausgabe der HuV-I verbinden und wünschen Ihnen interessante Einblicke und Freude bei der Lektüre.

**Ihre HuV-I Redaktion**

# Die Terrorlistenpraxis verliert vor Gericht Das EuGH-Urteil und seine Folgen für die gezielten Sanktionen der VN

Patricia Schneider / Kathrin Peiffer\*

In September 2008 the European Court of Justice delivered a judgment concerning the terrorist blacklist of the UN. In this context it noted that decisions made by the Security Council need to be re-assessed by the courts of the European Community in order to ensure improved human rights protection for terror suspects. The article examines UN methods of listing and delisting people and organizations on the blacklist and subsequently deals with the EU's terrorist blacklisting procedures that have likewise come under scrutiny for possible breaches of basic human rights standards. Moreover, it provides examples of several relevant sentences pronounced by the international courts in terms of their consequences for the UN sanctions regime, i.e. smart sanctions and targeted sanctions. Finally, it examines the political processes surrounding these issues and presents numerous policy recommendations that have been put forward to date.

In dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im September 2008 über die Terrorlistenpraxis der Vereinten Nationen (VN) wurde festgestellt, dass auch EG-Verordnungen, die Entscheidungen des Sicherheitsrates der VN umsetzen, durch die Gemeinschaftsgerichte gerichtlich überprüfbar sind, um den Menschenrechtsschutz von Terrorverdächtigen zu stärken. In diesem Aufsatz wird das vom Gericht kritisierte Verfahren der Aufnahme („listing“) und des Streichens („delisting“) von Namen auf und von der Terrorliste durch die VN kritisch beleuchtet. Zudem werden die Terrorlisten der Europäischen Union (EU) behandelt, da auch diese Verfahren Zweifel an der Einhaltung der Grundrechtstandards aufkommen lassen. Einschlägige Urteile internationaler Gerichte werden vorgestellt, Auswirkungen auf das Sanktionsregime der VN der „targeted“ bzw. „smart sanctions“ untersucht, der politische Prozess beleuchtet und als abschließender Ausblick Handlungsempfehlungen gegeben.

## 1. Einleitung

Im September 2008 hat der EuGH ein Grundsatzurteil<sup>1</sup> mit weitreichenden Folgen für Menschenrechtsschutz, Terrorismusbekämpfung und die Legitimität von Sicherheitsrats-Entscheidungen der VN gefällt.

Anlass waren die Klagen einer Person und einer Organisation, die auf Grund eines Beschlusses eines Ausschusses des Sicherheitsrats auf die „Terrorliste“ der VN gesetzt worden waren. Der EuGH bemängelte insbesondere, dass es keine Möglichkeit einer rechtsstaatlichen Überprüfung gebe.

Mit diesem Urteil wird der Menschenrechtsschutz gestärkt, gleichzeitig aber auch ein Grundprinzip der VN-Charta in Frage gestellt. Nach Artikel 25 kommen die Mitglieder der VN überein, „die Beschlüsse des Sicherheitsrats im Einklang mit dieser Charta anzunehmen und durchzuführen.“ Eine Überprüfungsinstanz von Beschlüssen des Sicherheitsrats ist weder auf nationaler noch internationaler Ebene vorgesehen. Insbesondere im Bereich der Sanktionen eröffnet diese Machtbefugnis die Möglichkeit willkürlicher und politisch gefärbter Beschlüsse.

Das Urteil des EuGH stellt *de facto* fest, dass auch Entscheidungen des Sicherheitsrats von den Gemeinschaftsgerichten gerichtlich überprüft werden können, wenn der Sicherheitsrat selber keine geeigneten Überprüfungsverfahren einrichtet. Damit wird aber das Tor zu einer Aufweichung der internationalen Rechtsordnung, wie sie sich in den VN manifestiert, aufgestoßen. Einzelne Staaten könnten letztlich, über von ihnen gemachte Gesetze oder beeinflusste Gerichte selber entscheiden, ob sie Beschlüsse des VN-Sicherheitsrats umsetzen.

Letzteres wäre besonders problematisch im Bereich von Maßnahmen gegen den Terrorismus. Bekanntlich besteht hier erhebliche Uneinigkeit zwischen den Mitgliedstaaten sowohl über Grundfragen, wie die Definition des Terrorismus, als auch über die Einschätzung einzelner Gruppen und Personen. Die VN leisten mit ihren Beschlüssen einen wertvollen Beitrag für die internationale Koordination und Kooperation.

## 2. Sanktionen der VN gegen den Terrorismus

Bereits am 15. Oktober 1999 beschloss der VN-Sicherheitsrat die Resolution 1267<sup>2</sup>. Sie war ursprünglich nur dem Kampf gegen die Taliban in Afghanistan gewidmet und führte aus, dass die Gelder und sonstigen wirtschaftlichen Ressourcen, der im Anhang der Resolution aufgeführten Personen und Organisationen eingefroren werden.

\* Dr. phil. Patricia Schneider ist Wissenschaftliche Referentin am Institut für Friedensforschung und Sicherheitspolitik an der Universität Hamburg, <http://www.ifsh.de/>. Sie ist erreichbar unter: [schneider@ifsh.de](mailto:schneider@ifsh.de).

Kathrin Peiffer ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Universität Hamburg mit Schwerpunkt Europa- und Völkerrecht.

<sup>1</sup> EuGH, Urt. v. 3. September 2008, C-402/05 P und C-415/05 P, unter: <http://curia.europa.eu/en/content/juris/c2.htm#C-402/05>. (am 5. März 2009).

<sup>2</sup> UN Doc. S/Res/1267 v. 15. Oktober 1999, Resolutionen und Beschlüsse des Sicherheitsrats im Jahr 1999. Die Situation in Afghanistan, unter: [http://www.un.org/Depts/german/sr/sr\\_99/sr1267.pdf](http://www.un.org/Depts/german/sr/sr_99/sr1267.pdf). (am 5. November 2008).

„Der Sicherheitsrat [...] beschließt außerdem, daß [...] alle Staaten [...] Gelder und andere Finanzmittel, [...] die den Taliban gehören oder direkt oder indirekt ihrer Verfügungsgewalt [...] unterstehen, soweit von dem Ausschuss nach Ziffer 6 bezeichnet, einfrieren und sicherstellen werden, daß weder diese noch andere so bezeichnete Gelder oder Finanzmittel von ihren Staatsangehörigen oder von auf ihrem Hoheitsgebiet befindlichen Personen den Taliban oder einem Unternehmen im Eigentum der Taliban oder unter ihrer direkten oder indirekten Kontrolle unmittelbar oder zu deren Gunsten zur Verfügung gestellt werden, es sei denn, der Ausschuss genehmigt dies von Fall zu Fall aus humanitären Erwägungen.“  
Auszug aus der Resolution 1267 vom 15. Oktober 1999.

Zur Umsetzung der Resolution und weiteren Ausführung wurde auf VN-Ebene ein Sanktionsausschuss eingerichtet.

„Der Sicherheitsrat [...] beschließt, [...] einen aus allen Ratsmitgliedern bestehenden Ausschuss des Sicherheitsrats einzusetzen, mit dem Auftrag, die nachstehenden Aufgaben wahrzunehmen, dem Rat über seine Arbeit Bericht zu erstatten und Bemerkungen und Empfehlungen dazu vorzulegen“  
Auszug aus der Resolution 1267 vom 15. Oktober 1999.

Sanktionsausschüsse sind Nebenorgane des VN-Sicherheitsrates, die gemäß Artikel 29 der VN-Charta gegründet werden können.

Sie spiegeln in ihrer Zusammensetzung die jeweiligen Mitglieder des VN-Sicherheitsrats wider. Jeweils eines der nichtständigen Mitglieder übernimmt den Vorsitz des Ausschusses.<sup>3</sup> Momentan gibt es elf solcher Sanktionsausschüsse, u.a. zu Somalia, Kongo, Sudan und Iran.

Das auf der Resolution 1267 basierende Sanktionsregime wurde durch eine Vielzahl von Sicherheitsratsresolutionen erweitert und ist das erste, das keinen geographischen Fokus (mehr) hat, da nun auch Personen oder Vereinigungen sanktioniert werden können, die keinerlei Bezug zu Afghanistan haben.

Im vorliegenden Fall ist der Sanktionsausschuss insbesondere für die auf der Liste benannten Personen und Organisationen zuständig. Nach den Anschlägen vom 11. September 2001 wurde die Resolution auch für Personen oder Organisationen, die mit Al-Qaida in Verbindung gebracht werden, erweitert. Die beiden Kläger wurden am 19. Oktober 2001 der Liste hinzugefügt, da sie Verbindungen zu Al Qaida und Taliban haben sollen.

Diese gezielten VN-Sanktionen („targeted“ oder „smart sanctions“) sollen effektiver sein als allgemeine Sanktionen und die negativen humanitären Auswirkungen auf Unschuldige reduzieren. Während sich früher Handels- und Wirtschaftsembargos nur gegen Staaten richteten, sollen nun nicht nur Regime, sondern auch Personen unter ökonomischen und politischen Druck gesetzt werden.<sup>4</sup> Neben politischen und militärischen Führern von Kriegsparteien haben zunehmend auch Terrorverdächtige Eingang in solche Sanktionslisten gefunden. Gezielte Sanktionen sollen es sanktionierten Personen erschweren sich zu organisieren. Staaten werden dazu angehalten, Unterstützungsleistungen zu ver-

weigern, Reisen sollen verhindert und der Geldfluss durch Sperrung von Bankkonten gestoppt werden. Finanzielle Entschädigungen im Falle eines Irrtums sind nicht vorgesehen. Die vollständige VN-Terror-Liste (auch Schwarze Liste bzw. „blacklist“ genannt) ist im Internet frei zugänglich.<sup>5</sup> Auf ihr verzeichnet sind sowohl Einzelpersonen als auch Organisationen, u.a. Banken, Nichtregierungs- und Wohlfahrtsorganisationen. Derzeit befinden sich mehrere hundert Personen, sowie rund hundert Organisationen auf der Liste, die entweder mit den Taliban oder Al-Qaida in Verbindung gebracht werden.

*Beispiele für Listeneinträge sind:*

„[...]“

TI.W.82.01. Name: 1: ABDUL-HAQ 2: WASSIQ 3: na 4:

na; Name (original script): قيشو قرحال دبع

Title: Maulavi Designation: Deputy Minister of Security (Intelligence) of the Taliban regime DOB: Approximately 1975 POB: Central Ghazni province, Afghanistan Good quality a.k.a.: Abdul-Haq Wasseq Low quality a.k.a.: na Nationality: Afghan Passport no.: na National identification no.: na Address: na Listed on: 31 Jan. 2001 (amended on 3 Sep. 2003, 21 Sep. 2007, 3 Oct. 2008) Other information: na

[...]

QI.A.200.05. Name: 1: DIEMAN 2: ABDULKADIR IZZAT 3: na 4: na

Name (original script): تزغ رداقلا دبع ناميد

Title: na Designation: na DOB: 4 Jul. 1965 POB: Kirkuk, Iraq Good quality a.k.a.: Deiman Alhasenben Ali Aljabbari, born 4 Jul. 1965 Low quality a.k.a.: na Nationality: Iraqi Passport no.: German travel document (“Reiseausweise”) A 0141062 National identification no.: na Address: Nuremberg prison, Germany Listed on: 6 Dec. 2005 Other information: na

[...]

QI.G.259.08. Name: 1: FRITZ 2: MARTIN 3: GELOWICZ 4: na

Title: na Designation: na DOB: 1 Sep. 1979 POB: Munich, Germany Good quality a.k.a.: a) Robert Konars, born 10 Apr. 1979 in Liege, Belgium b) Markus Gebert Low quality a.k.a.: a) Malik b) Benzl c) Bentley Nationality: German Passport no.: German passport number 7020069907 issued in Ulm, Germany, valid until 11 May 2010. National identification no.: German Federal Identity Card number 7020783883 issued in Ulm, Germany, expired on 10 Jun. 2008. Address: a) In prison in Germany (since Sep. 2007). b) Böfinger Weg 20, 89075 Ulm, Germany (previous address) Listed on: 27 Oct. 2008 Other information: Associated with the Islamic Jihad Union (IJU), also known as the

<sup>3</sup> Vgl. Polixea, UN-Sanktionsausschuss, unter: [www.polixea-portal.de](http://www.polixea-portal.de) (am 21. Februar 2009).

<sup>4</sup> S. Schmahl, Effektiver Rechtsschutz gegen „targeted sanctions“ des UN-Sicherheitsrats?, in: *Europarecht* 4 (2006), S. 566-576.

<sup>5</sup> Vgl. United Nations (23. Dezember 2008): The Consolidated List established and maintained by the 1267 Committee with respect to Al-Qaida, Usama bin Laden, and the Taliban and other individuals, groups, undertakings and entities associated with them, unter: <http://www.un.org/sc/committees/1267/consolidatedlist.pdf>. (am 12. Januar 2009).

Islamic Jihad Group (listed under permanent reference number QE.I.119.05.) since at least the beginning of 2006. Associated with Daniel Martin Schneider (Q.I.S.260.08.) and Adem Yilmaz (Q.I.Y.261.08.). Trained in the manufacture and use of explosives. Arrested on 4 Sep. 2007 in Medebach, Germany, and in detention in Germany since 5 Sep. 2007 (as of Oct. 2008).

[...]

QE.B.34.01. Name: BANK AL TAQWA LIMITED  
A.k.a.: a) Al Taqwa Bank b) Bank Al Taqwa F.k.a.: na  
Address: a) P.O. Box N-4877, Nassau, Bahamas b) C/O Arthur D. Hanna & Company c) 10 Deveaux Street, Nassau, Bahamas Listed on: 9 Nov. 2001 Other information: na [...]"

Auszug der vollständigen Liste, <http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/consolidatedlist.pdf>.

### 3. Das umstrittene Listenverfahren

Während das Führen einer VN-Terrorliste an sich auf relativ wenig internationale Kritik stößt, wird das Verfahren der Aufnahme („listing“) und des Streichens („delisting“) von Namen durch eine große Zahl von Staaten, NGOs, den Generalsekretär und die Generalversammlung heftig kritisiert.<sup>6</sup> Im Januar 2006 fanden Expertentreffen statt, die von den Regierungen Deutschlands, der Schweiz und Schwedens unterstützt wurden und die im März 2006 in einer Studie mit detaillierten Empfehlungen zur Verbesserung des Verfahrens mündeten.<sup>7</sup> Während die Empfehlungen bezüglich der Einrichtung einer administrativen Anlaufstelle später umgesetzt wurden, wurden weitergehende Empfehlungen hinsichtlich einer rechtsförmigen Kontrolle der Entscheidungen durch einen Überprüfungsmechanismus nicht berücksichtigt (zum Vorschlag siehe Abb. 1 unten).

Durch die Sicherheitsrats-Resolutionen 1730<sup>8</sup> und 1735<sup>9</sup> vom 19. und 22. Dezember 2006 wurden die Rechte der auf der Liste geführten Personen und Organisationen erweitert. Es wurde eine Koordinierungsstelle („focal point“) eingerichtet und ein differenziertes Verfahren zur Listenstreichung festgelegt. Betroffene können jetzt einen Antrag auf Streichung direkt an den „focal point“ oder an ihren Wohnsitz- oder Staatsangehörigkeitsstaat richten. Der Antrag wird dann an die Regierung, die die Aufnahme in die Liste beantragt hatte, sowie die Regierungen des Wohn- und Staatsangehörigkeitsstaates weitergeleitet. Empfiehlt einer dieser Staaten die Listenstreichung, so wird der Antrag an den Sanktionsausschuss übergeben. Für einen Positiv-Bescheid ist dann Einstimmigkeit erforderlich, d.h. eine einzelne Stimme genügt um den Prozess des „delisting“ zu blockieren.

Lehnt die Regierung, die den Antrag zur Aufnahme der Person in die VN-Terrorliste gestellt hatte, oder der Heimatstaat nach Konsultation mit dem „focal point“ die Unterstützung des Listenstreichungsantrags ab, so wird der Sanktionsausschuss nur davon unterrichtet und es kommt nicht zu einer Befassung des Ausschusses. Der Betroffene hat keine Chance von der Liste gestrichen zu werden.

Eine echte Überprüfungsinstanz ist der „focal point“ also nicht. Denn er besitzt keine Kompetenz zur Änderung von Ausschussentscheidungen. Darüber hinaus erfolgt das

Verfahren unter Ausschluss der Öffentlichkeit. Die sanktionierten Personen und Vereinigungen erhalten keine Informationen über die Gründe des „listing“. Sie stehen vor der Herausforderung ihre Unschuld beweisen zu müssen, ohne das belastende Material zu kennen. Häufig handelt es sich um geheimdienstliche Informationen, die auch im Sanktionsausschuss nur in allgemeiner Form an die anderen Mitgliedstaaten weitergegeben werden.

Beim „focal point“ gingen seit seiner Gründung zehn Anfragen von Betroffenen ein, die die Streichung beantragt haben. Davon sind drei noch in Bearbeitung, zwei Personen wurden von der Liste entfernt und fünf Anträge abgelehnt.<sup>10</sup> Insgesamt wurden seit der Aufstellung der Liste 37 Personen oder Organisationen aus verschiedenen Gründen „delisted“. Eine Auflistung der Personen und Organisationen, die von der Liste entfernt wurden, sind auf der Internetseite des Sanktionsausschusses zwar zu finden, nicht aber aus welchen Gründen sie entfernt wurden.<sup>11</sup>

Da auch die neue Regelung die Kritiker nicht befriedigte, wurde der Völkerrechtler *Michael Bothe* von derselben Drei-Staaten-Initiative beauftragt, erneut Vorschläge zur Verbesserung für das „listing“ und „delisting“ zu machen. Kern der Empfehlungen ist ein Überprüfungsmechanismus, der von einer unabhängigen Stelle durchgeführt wird und die Anliegen und Beweise in angemessener Weise überprüft, zügig zur Entscheidung kommt und eine Veröffentlichung der Ergebnisse vorsieht (vgl. Abb. 2 unten).<sup>12</sup>

In der völkerrechtlichen und politischen Diskussion sind weitergehende Vorschläge gemacht worden. So schlägt *Thomas Meerpohl* als zentrale Verbesserungen vor, dass

<sup>6</sup> 56 Staaten sollen 2005 zu verstehen gegeben haben, dass Sie unter den gegebenen Umständen die Sanktionen nicht effektiv umsetzen könnten. Zu den Aktivitäten der Generalversammlung, des Generalsekretärs und des Sekretariats vgl. *T. Meerpohl*, Individualsanktionen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen. Das Sanktionsregime gegen die Taliban und Al-Qaida vor dem Hintergrund des Rechts der VN und der Menschenrechte, München 2008, S. 274 ff. und *C. Schaller*, in: *U. Schneckener* (Hrsg.), Chancen und Grenzen multilateraler Terrorismusbekämpfung, SWP-Studie (Juni 2007), S. 24 ff.

<sup>7</sup> Vgl. *T.J. Biersteker / S.E. Eckert*, Strengthening Targeted Sanctions through Fair and Clear Procedures, unter: [www.watsoninstitute.org](http://www.watsoninstitute.org). (am 11. November 2008).

<sup>8</sup> UN Doc. S/Res/1730 v. 19. Dezember 2006, Resolutionen und Beschlüsse des Sicherheitsrats v. 1. August 2006 bis 31. Juli 2007. Resolution 1730 (2006) v. 19. Dezember 2006, unter: [http://www.un.org/Depts/german/sr/sr\\_06-07/sr1730.pdf](http://www.un.org/Depts/german/sr/sr_06-07/sr1730.pdf). (am 5. November 2008).

<sup>9</sup> UN Doc. S/Res/1735 v. 22. Dezember 2006, Resolutionen und Beschlüsse des Sicherheitsrats v. 1. August 2006 bis 31. Juli 2007. Resolution 1735 (2006) v. 22. Dezember 2006, unter: [http://www.un.org/Depts/german/sr/sr\\_06-07/sr1735.pdf](http://www.un.org/Depts/german/sr/sr_06-07/sr1735.pdf). (am 5. November 2008).

<sup>10</sup> Vgl. VN-Sicherheitsrat, Focal Point for De-listing established pursuant to Security Council resolution 1730. UN Security Council Sanctions Committee, unter: [www.un.org](http://www.un.org). (am 5. November 2008).

<sup>11</sup> Vgl. United Nations, Individuals, groups, undertakings and entities that have been removed from the Consolidated List pursuant to a decision by the 1267 Committee, unter: [www.un.org](http://www.un.org). (am 5. November 2008).

<sup>12</sup> Vgl. *M. Bothe*, Targeted Sanctions and Due Process Initiative. Discussion Paper on Supplementary Guidelines for the Review of Sanctions Committee's Listing Decisions. Explanatory Memorandum, unter: [www.liechtenstein.li](http://www.liechtenstein.li). (am 5. November 2008); *M. Bothe*, Security Council's Targeted Sanctions against Presumed Terrorists. The Need to Comply with Human Rights Standards, in: *Journal of International Criminal Justice* 3 (2008), S. 541-555, auch unter: <http://jicj.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/6/3/541>. (am 5. November 2008).



erstens ein Antrag auf Löschung durch einfachen Mehrheitsbeschluss (statt im Konsens) beschlossen werden kann, um die Erfolgchancen zu erhöhen, und dass zweitens der Eintrag in der Liste nach zwei Jahren automatisch erlöschen sollte, insofern der Sanktionsausschuss sich nicht erneut mit dem Fall befasst und eine Fortsetzung der Sanktionen beschließt.<sup>13</sup>

Neben diesem Verfahren, bei dem die Betroffenen ausschließlich von einer Beurteilung durch die politischen Akteure abhängig sind, gibt es gegenwärtig auf der Ebene der VN keine gerichtliche Instanz, bei der Einzelne gegen den Akt des „listings“ vorgehen können. Daher gehen viele Verbesserungsvorschläge auf eine mögliche Einschaltung von internationalen Gerichten ein. Vor dem Internationalen Gerichtshof (IGH)<sup>14</sup> sind nur Staaten klagebefugt. Es könnte aber ein unverbindliches Rechtsgutachten über die Generalversammlung eingeholt werden.<sup>15</sup>

Ein anderer relevanter Vorschlag ist der eines Weltgerichtshofs für Menschenrechte für den z.B. *Manfred Nowak*, der VN-Sonderberichterstatter über Folter, eintritt. Damit soll 60 Jahre nach der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte eine wichtige Lücke im Menschenrechtsschutzsystem der VN geschlossen werden.<sup>16</sup>

Weiteren Fortschritten bei der Einführung rechtlicher Verfahren des „listing“ und „delisting“ verweigern sich vor allem die ständigen Mitglieder des VN-Sicherheitsrats, die einerseits eine Schwächung ihrer Macht und andererseits auch der Terrorismusbekämpfung fürchten. Die Konstruktion des Sicherheitsrats mit Vetorecht und Einstimmigkeit in Sanktionsausschüssen gibt ihnen erheblichen politischen Einfluss über die Verhängung und Durchführung von Sanktionen – Einfluss den sie nicht an andere Einrichtungen abgeben wollen.

Die Abneigung einiger wichtiger Mitglieder des VN-Sicherheitsrates gegen die Aufweichung der Entscheidungsmacht des Sicherheitsrates im Anti-Terrorismus-Regime ist auch eine Folge des mangelnden Engagements vieler Mitglieder der VN. Das drückt sich nicht nur dadurch aus, dass die gezielten Sanktionsmaßnahmen nur unzureichend umgesetzt werden, sondern auch darin, dass die „Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism“ von 1999 nicht ausreichend Unterstützung durch Ratifikationen erfährt. Schließlich kann bisher auch keine Einigung über eine allgemeine Konvention gegen den Terrorismus erreicht werden, die viele Einzelmaßnahmen zu einem stimmigen Konzept vereinen und Lücken schließen würde. Gründe dafür sind, dass man sich weder auf eine Definition von Terrorismus verständigen kann, noch darüber wie seine Wurzeln und Erscheinungsformen zu bekämpfen sind.<sup>17</sup>

#### 4. Das Urteil des EuGH

Die Entscheidung des EuGH<sup>18</sup> vom 3. September 2008 in zweiter Instanz bezieht sich auf die Umsetzung von VN-Sanktionen in Gemeinschaftsrecht. Der entscheidende Punkt des Urteils ist, dass nach Ansicht des Gerichts EG-Verordnungen, auch wenn sie lediglich VN-Sanktionen wiedergeben, der Überprüfbarkeit durch Gemeinschaftsgerichte unterliegen.

In seinem Urteil vom 21. September 2005<sup>19</sup> hatte das Europäische Gericht erster Instanz (EuG) die Klage als un-

begründet zurückgewiesen. Geklagt hatten *Jassin Abdullah Kadi* und die Al Barakaat International Foundation (eine in Schweden ansässige Organisation) gegen die EG-Verordnung Nr. 881/2002<sup>20</sup> vom 27. Mai 2002, mit der die VN-Sicherheitsrats-Resolution 1267 von 1999 in Gemeinschaftsrecht umgesetzt wurde. Die Kläger hatten auf Nichtigkeitsklärung der Verordnung geklagt, da der Europäische Rat für ihren Erlass nicht zuständig sei und sie mehrere Grundrechte der Kläger verletze.

In zweiter Instanz gab der EuGH den Klägern Recht. Er erklärte in seinem Urteil vom 3. September 2008 die besagte Verordnung, soweit sie die Kläger betrifft, für nichtig. Dem Europäischen Rat wird allerdings eine dreimonatige Frist eingeräumt, in der die Verordnung weiterhin Wirkung gegenüber den Klägern entfalten darf, um es dem Rat so zu ermöglichen, die festgestellten Verstöße zu heilen.

In der Entscheidung erklärte der EuGH den Europäischen Rat zwar für zuständig, sah aber Grundrechte der Kläger verletzt. Es ging dabei zunächst um die grundsätzliche Frage, ob ein Europäisches Gemeinschaftsgericht eine Verordnung, die zur Umsetzung einer VN-Sicherheitsrats-Resolution erlassen wird, überhaupt überprüfen darf.

Die Europäische Gemeinschaft ist formell kein Mitglied der VN. Unmittelbar völkerrechtlich verpflichtet werden daher als Mitglieder der VN nur die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft.<sup>21</sup> Die Gemeinschaft selbst trifft ledig-

<sup>13</sup> Vgl. *T. Meerpohl*, a.a.O. (Fn. 6), S. 299.

<sup>14</sup> Mit dem Sitz in Den Haag ist der IGH das Hauptrechtsprechungsorgan der VN. Alle Mitglieder der VN sind gleichzeitig Mitglieder des IGH-Statuts und damit diesem generell unterworfen. Damit der IGH ein Verfahren annehmen kann, müssen die betreffenden Staaten zustimmen. Dazu können die Staaten entweder eine generelle Unterwerfungsklausel hinterlegen oder sich die Zustimmung für jeden Einzelfall vorbehalten bzw. die Unterwerfungsklausel mit Vorbehalten versehen.

<sup>15</sup> *T. Meerpohl*, a.a.O. (Fn. 6), S. 36.

<sup>16</sup> Vgl. *M. Nowak*, Ein Weltgerichtshof für Menschenrechte. Eine utopische Forderung?, in: Vereinte Nationen 5 (2008), S. 205-211. Zum Thema Stärkung der Menschenrechtsgerichtsbarkeit siehe auch *P. Schneider*, in: *E. Müller / P. Schneider / K. Thony* (Hrsg.), Menschenrechtsschutz. Politische Maßnahmen, zivilgesellschaftliche Strategien, humanitäre Interventionen, Baden-Baden 2002, S. 321-369.

<sup>17</sup> Vgl. *L.M.H. Martínez*, The Legislative Role of the Security Council in its Fight Against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits, in: *The International and Comparative Law Quarterly* 2 (2008), S. 350 ff. Der Streit um die Terrorismusdefinition kreist hauptsächlich um die zwei Fragen: Wie zwischen terroristischen Akten und der Ausübung des Selbstbestimmungsrecht der Völker unterschieden werden kann sowie darum, ob Maßnahmen staatlicher Streitkräfte als Terrorakt begriffen werden können, vgl. *C. Schaller*, a.a.O. (Fn. 6), S. 15 ff.

<sup>18</sup> Der EuGH hat seinen Sitz in Luxemburg und ist der oberste Hüter des Europarechts. Er hat bereits häufig grundsätzliche Weichenstellungen für eine weitere Integration der europäischen Rechtsordnung gelegt. Problematisch ist die Vollstreckung von Urteilen, da es keine Maßnahmen gibt, um die europäischen Institutionen zur Umsetzung von Urteilen der Europäischen Gerichte zu zwingen. Zur Entlastung des EuGH ist ihm seit 1989 ein „Gericht erster Instanz“ (EuG) beigeordnet.

<sup>19</sup> EuG, Urt. v. 27. September 2005, T-315/01 und T-306/01, unter: <http://curia.europa.eu/en/content/juris/t2.htm>. (am 5. März 2009).

<sup>20</sup> Europäische Gemeinschaft (27. Mai 2002): Verordnung (EG) Nr. 881/2002 des Rates, in: *Amtsblatt der EU*. L 139, 9-22, unter: [http://www.zoll.de/e0\\_downloads/a1\\_vorschriften/a0\\_gesamliste\\_gesetz/vo\\_eg\\_881\\_2002.pdf](http://www.zoll.de/e0_downloads/a1_vorschriften/a0_gesamliste_gesetz/vo_eg_881_2002.pdf). (am 5. November 2008).

<sup>21</sup> Vgl. *S.L.-T. Heun-Rehn*, Kadi und Al Barakaat – Der EuGH, die Gemeinschaft und das Völkerrecht, in: *European Law Reporter* 10 (2008), S. 322–337; hier S. 329.

lich eine mittelbare Bindungswirkung.<sup>22</sup> Denn aufgrund des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue muss sie die völkerrechtlichen Pflichten ihrer Mitgliedstaaten beachten.

Der EuGH entschied nun, dass die VN-Sicherheitsrats-Resolution an sich nicht der Gerichtsbarkeit der Europäischen Gemeinschaft unterliegt, sehr wohl aber die Verordnung, die diese umsetzt. Damit eröffnet der EuGH den Weg zu einer inhaltlichen Prüfung der Verordnung anhand der Grundrechte des Gemeinschaftsrechts. Das EuG hatte die Prüfung noch auf zwingende Normen des Völkerrechts (*ius cogens*) beschränkt.

„326. Aus alledem ergibt sich, dass die Gemeinschaftsgerichte im Einklang mit den Befugnissen, die ihnen aufgrund des EG-Vertrags zustehen, eine grundsätzlich umfassende Kontrolle der Rechtmäßigkeit sämtlicher Handlungen der Gemeinschaft im Hinblick auf die Grundrechte als Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts gewährleisten müssen, und zwar auch in Bezug auf diejenigen Handlungen der Gemeinschaft, die wie die streitige Verordnung der Umsetzung von Resolutionen des Sicherheitsrats nach Kapitel VII der UN-Charta dienen sollen.“

Auszug aus dem Urteil des EuGH vom 3. September 2008.

Weiter wird ausgeführt, dass im konkreten Fall insbesondere das Recht auf Eigentum (nur in Bezug auf Herrn *Kadi*) sowie der Anspruch auf rechtliches Gehör und auf effektive gerichtliche Kontrolle den beiden Klägern nicht gewährt wurden. Das oben erwähnte Listenstreichungsverfahren reiche zur effektiven gerichtlichen Kontrolle nicht aus und könne nicht zu einer generellen Ablehnung der Zuständigkeit von Gemeinschaftsgerichten führen.

„321. Jedenfalls kann der Umstand, dass es im Rahmen des betreffenden Systems der Vereinten Nationen das Verfahren der Überprüfung vor dem Sanktionsausschuss gibt auch unter Berücksichtigung der kürzlich an ihm vorgenommenen Änderungen nicht zu einer generellen Nichtjustiziabilität im Rahmen der internen Rechtsordnung der Gemeinschaft führen.

322. Eine solche Nichtjustiziabilität, die eine erhebliche Abweichung von dem im EG-Vertrag vorgesehenen System des gerichtlichen Rechtsschutzes der Grundrechte darstellen würde, erscheint nämlich in Anbetracht dessen, dass das betreffende Verfahren der Überprüfung offenkundig nicht die Garantien eines gerichtlichen Rechtsschutzes bietet, nicht gerechtfertigt.“

Auszug aus dem Urteil des EuGH vom 3. September 2008.

So wurden den Betroffenen die Gründe, warum sie Ziel der erwähnten Sanktionen sind, nicht mitgeteilt. Dabei erkennt das Gericht an, dass die Betroffenen nicht vor Aufnahme auf die Liste informiert werden können. Nach erfolgreichem Einfrieren der Bankkonten müsse dies aber erfolgen. Darüber hinaus wurde den Klägern nicht mitgeteilt, wie sie sich gegen die Sanktionen zur Wehr setzen können.

Zur Heilung der Verordnung bezüglich der Kläger müsste der Europäische Rat u.a. feststellen, dass auch Verordnungen zur Umsetzung von völkerrechtlichen Pflichten der gerichtlichen Überprüfbarkeit unterliegen. Des Weiteren, etwa in Bezug auf das Eigentumsrecht, müsste er Herrn *Kadi* das Recht einräumen, sein Anliegen den zuständigen Stellen vortragen zu können. Denn der Eingriff in seine Eigentumsrechte kann generell gerechtfertigt sein, ist es nur im konkreten Fall nicht.

In der Presse<sup>23</sup> war zutreffend von weitreichenden Folgen des Urteils zu hören. So erklärt das Gericht die Verordnung zwar nur in Bezug auf die Kläger für nichtig, ebnet aber den Weg zu weiteren Klagen vor den europäischen Gerichten für jeden, der durch diese Art von VN-Sanktionen betroffen ist. Denn das Gericht hat sich grundsätzlich für zuständig erklärt und die Überprüfbarkeit auch von Verordnungen, die VN-Sanktionen umsetzen, festgestellt. Durch das Urteil wird Betroffenen erstmals effektiver Rechtsschutz gewährt.

Es ist zu vermuten, dass das EuGH-Urteil auch Auswirkungen auf die VN-Ebene haben wird.<sup>24</sup> Als besonders problematisch wird gesehen, dass bisher geheime Erkenntnisse der Sicherheitsratsmitglieder zumindest in Teilbereichen den Gerichten und den Betroffenen zu offenbaren wären. Eine Darlegungs- und Beweislast gehört zwar zu nahezu jeder freien Rechtsordnung. Öffentlich gemachte Geheimdienstinformationen werden einer Überprüfung aber vielleicht nicht standhalten können, da diese selten gerichtsfest sind. Die Informationen über einzelne terroristische Organisationen stammen auf VN-Ebene aus unterschiedlichen Rechtskreisen und sind letztlich politischer Natur. Dies könnte zum einen zu einer Einschränkung des Informationsaustausches führen und zum anderen für umsetzungsunwillige Staaten als Argument oder gar Vorwand (im Falle politischer oder wirtschaftlicher Nachteile) dienen, die Entscheidungen nicht nationalstaatlich umzusetzen und damit das Völkerrechtssystem zu gefährden.<sup>25</sup>

Die vom EuGH eingeräumte Frist zur Umsetzung gegen den Europäischen Rat lief bis Anfang Dezember 2008. Am 28. November 2008 hat die Europäische Kommission eine Verordnung<sup>26</sup> erlassen, die die Listung des Herrn *Kadi* und der Al Barakaat International Foundation bestätigt. In der Verordnung wird ausgeführt, dass eine vom Al-Qaida- und Taliban-Sanktionsausschuss der VN zur Verfügung gestellte Zusammenfassung der Gründe den beiden Betroffenen übermittelt wurde und ihnen Gelegenheit gegeben wurde, zu diesen Gründen Stellung zu nehmen. Die Kommission habe die

<sup>22</sup> Vgl. *T. Meerpohl*, a.a.O. (Fn. 6), S. 190 f.

<sup>23</sup> Vgl. *Süddeutsche Zeitung*, EU erhält Rüge von höchster Stelle; taz, EuGH stärkt Terror-Verdächtige; FAZ, Gericht verlangt Rechtsschutz bei Kontoeinfrierungen, alle v. 3. September 2008.

<sup>24</sup> Vgl. *R. Weinzierl*, in: *S. B. Gareis / G. Geiger* (Hrsg.), *Internationaler Schutz der Menschenrechte. Stand und Perspektiven im 21. Jahrhundert*, Opladen 2008, (i.E.).

<sup>25</sup> Vgl. *S.L.-T. Heun-Rehn*, a.a.O. (Fn. 21), S. 333 ff.

<sup>26</sup> S. Europäische Gemeinschaft (November 2008): Verordnung (EG) Nr. 1190/2008 der Kommission v. 28. November 2008 zur 101. Änderung der Verordnung (EG) Nr. 881/2002 des Rates über die Anwendung bestimmter spezifischer restriktiver Maßnahmen gegen bestimmte Personen und Organisationen, die mit Osama bin Laden, dem Al-Qaida-Netzwerk und den Taliban in Verbindung stehen, in: *Amtsblatt der EU*. L 322, 25-26, unter: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:322:0025:0026:DE:PDF>. (am 08. Januar 2009).

Stellungnahmen erhalten und überprüft und entschieden, dass aufgrund von Verbindungen zu dem Al-Qaida-Netzwerk eine Listung trotzdem gerechtfertigt ist. Es läuft jetzt eine zweimonatige Frist, bis zu der eine Klageerhebung gegen die Verordnung möglich ist. Bis jetzt ist noch keine Klage vor dem EuG anhängig. Ob dieses Vorgehen der Kommission dem EuGH-Urteil genügt, bleibt damit zunächst offen, weitere Entwicklungen sind abzuwarten.

## 5. Die Terror-Listen der EU

Von der besprochenen Liste des VN-Sicherheitsrats sind die Terrorlisten der EU zu unterscheiden. Der VN-Sicherheitsrat forderte seine Mitglieder in der Resolution 1373<sup>27</sup> vom 28. September 2001 auf, über die Liste des VN-Sanktionsausschusses hinaus, eigene Listen zum Einfrieren von Geldern von Personen und Organisationen, die mit terroristischen Handlungen in Verbindung gebracht werden, zu entwickeln. Dieser Aufforderung kam die EU am 27. Dezember 2001 durch den Gemeinsamen Standpunkt des Rates (2001/931/GASP)<sup>28</sup> und der EG-Verordnung 2580/2001<sup>29</sup> nach.

„Der Sicherheitsrat [...] beschließt, dass alle Staaten  
a) die Finanzierung terroristischer Handlungen verhüten und bekämpfen werden;  
[...]

c) unverzüglich Gelder und sonstige finanzielle Vermögenswerte oder wirtschaftliche Ressourcen von Personen, die terroristische Handlungen begehen, zu begehen versuchen oder sich an deren Begehung beteiligen oder diese erleichtern, sowie von Einrichtungen, die unmittelbar oder mittelbar im Eigentum oder unter der Kontrolle dieser Personen stehen, und von Personen und Einrichtungen, die im Namen oder auf Anweisung dieser Personen und Einrichtungen handeln, einfrieren werden, einschließlich der Gelder, die aus Vermögen stammen oder hervorgehen, das unmittelbar oder mittelbar im Eigentum oder unter der Kontrolle dieser Personen und mit ihnen verbundener Personen und Einrichtungen steht; [...]“  
Auszug aus der Sicherheitsrat-Resolution 1373 vom 28. September 2001.

Der Gemeinsame Standpunkt des Rates enthält eine Liste mit Personen und Organisationen, die an terroristischen Taten beteiligt waren. Auf der zuletzt gültigen Liste vom 26. Januar 2009 sind 59 Personen und 47 Organisationen aufgelistet (2009/67/GASP)<sup>30</sup>. Doch nur die hier nicht mit Sternchen versehenen Personen oder Organisationen sind auch Ziel der Finanzsanktionen. Sie werden gesondert noch einmal auf einer weiteren Liste aufgeführt (2009/62/EG)<sup>31</sup>. Am 26. Januar 2009 befanden sich 28 Personen und 29 Organisationen auf dieser, u.a. die PKK (Kurdische Arbeiterpartei), die PLF (Palästinensische Befreiungsfront) und die Hamas.

*Beispielhafte Einträge/Auszug aus 2009/67/GASP vom 26. Januar 2009: [...]*

„7. ‚Aum Shinrikyo‘ (alias ‚AUM‘, alias ‚Aum Supreme Truth‘, alias ‚Aleph‘) [...]

13. \* ‚Euskadi Ta Askatasuna‘/‚Tierra Vasca y Libertad‘ — ‚E.T.A.‘ (‚Baskisches Vaterland und Freiheit‘; folgen-

de Organisationen gehören zur terroristischen Vereinigung ‚E.T.A.‘: ‚K.a.s.‘, ‚Xaki‘, ‚Ekin‘, ‚Jarrai-Haika Segi‘, ‚Gestoras pro-amnistía‘, ‚Askatasuna‘, ‚Batasuna‘ (alias ‚Herri Batasuna‘, alias ‚Euskal Herritarrok‘), ‚Acción Nacionalista Vasca‘ / ‚Euskal Abertzale Ekintza‘ (‚ANV‘ / ‚EAE‘), ‚Partido Comunista de las Tierras Vascas‘ / ‚Euskal Herrialdeetako Alderdi Komunista‘ (‚PCTV / EHAK‘), [...]

17. ‚Hamas‘ (einschließlich ‚Hamas-Izz al-Din al-Qassem‘)

18. ‚Hisbollah-Mudschaheddin‘ — ‚HM‘ [...]

25. ‚Kurdische Arbeiterpartei‘ — ‚PKK‘ (alias ‚KA-DEK‘, alias ‚KONGRA-GEL‘)

26. ‚Liberation Tigers of Tamil Eelam‘ — ‚LTTE‘ [...]

34. \* ‚Real IRA‘ (‚Wahre IRA‘) [...]

37. ‚Fuerzas armadas revolucionarias de Colombia‘ — ‚FARC (‚Revolutionäre Armee von Kolumbien‘) [...]“  
(Die Listeneinträge mit Sternchen werden als terroristische Organisationen geführt, unterliegen aber nicht den Sanktionsmaßnahmen.)

Der Rat aktualisiert die Listen regelmäßig, wozu Einstimmigkeit erforderlich ist.

Artikel 2 Absatz 3 der EG-Verordnung 2580/2001: „Der Rat erstellt, überprüft und ändert einstimmig [...] die Liste der dieser Verordnung unterfallenden Personen, Vereinigungen oder Körperschaften. [...]“

In der EG-Verordnung wird weiter ausgeführt, dass die zuständigen Behörden des jeweiligen Staates eine spezifische Genehmigung erteilen können, um die Verwendung des eingefrorenen Geldes zur Deckung der Grundbedürfnisse innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu ermöglichen. Betroffene werden mit Begründung davon in Kenntnis ge-

<sup>27</sup> UN Doc. S/Res/1373 v. 28. September 2001, unter: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/43/PDF/N0155743.pdf?OpenElement>. (am 5. März 2009).

<sup>28</sup> Europäische Gemeinschaft (Dezember 2001): Gemeinsamer Standpunkt des Rates v. 27. Dezember 2001 über die Anwendung besonderer Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus, in: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft. L 344, 93-96. URL: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:344:0093:0096:DE:PDF>. (am 5. November 2008).

<sup>29</sup> Europäische Gemeinschaft (Dezember 2001): Verordnung (EG) Nr. 2580/2001 des Rates v. 27. Dezember 2001 über spezifische, gegen bestimmte Personen und Organisationen gerichtete restriktive Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus, in: Amtsblatt der EU. L 344, 70-75, unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:344:0070:0075:DE:PDF>. (am 5. November 2008).

<sup>30</sup> Europäische Gemeinschaft (Juli 2008): The EU list of persons, groups and entities subject to specific measures to combat terrorism, in: European Union Factsheet. Brussels: Press, unter: [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/080715\\_combat%20terrorism\\_EN.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/080715_combat%20terrorism_EN.pdf). (am 5. November 2008).

<sup>31</sup> Europäische Gemeinschaft (Juli 2008): Beschluss des Rates v. 15. Juli 2008 zur Durchführung von Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr. 2580/2001 über spezifische, gegen bestimmte Personen und Organisationen gerichtete restriktive Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus und zur Aufhebung des Beschlusses 2007/868/EG, in: Amtsblatt der EU. L 188, 21-25, unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:188:0021:0025:DE:PDF>. (am 5. November 2008).

setzt, dass sie der Liste hinzugefügt wurden.<sup>32</sup> Einen Antrag, eine Person oder Organisation der Liste hinzuzufügen, kann jeder Mitgliedstaat sowie Drittländer stellen. Die Betroffenen können Anträge auf Streichung bei den entsprechenden Stellen aufgeben.

Doch diese ganze Prozedur bewegt sich häufig am Rande oder außerhalb der Rechtsstaatlichkeit. EU-Gerichte haben schon mehrmals in diesem Rahmen erfolgte Sanktionen für nichtig erklärt. Anders als bei der VN-Liste gibt es hier kein Zuständigkeitsproblem der Gerichte. Die Gerichte kritisierten u.a. unzureichende Begründungen. Am 4. Dezember 2008 entschied das EuG, dass die iranischen Volksmudschahedin (PMOI) zu Unrecht auf der Liste stehen. Die PMOI klagt bereits seit Jahren gegen ihre Listung und hatte bereits dreimal vom EuG Recht bekommen. Der Europäische Rat hatte sie trotzdem weiter auf der EU-Terrorliste aufgeführt. Er gab als Begründung an, dass das Gericht nur gerügt habe, dass der PMOI keine Gelegenheit zur Anhörung und Verteidigung gegeben wurde. Die Gründe für die Einstufung wurden der Organisation inzwischen dargelegt. Daher könne sie weiter als terroristische Vereinigung eingeordnet werden.<sup>33</sup> Denn nach den jeweiligen Entscheidungen des EuG wurden neue Versionen der Liste in einem Gemeinsamen Standpunkt verabschiedet und das Urteil von den EU-Mitgliedstaaten als überholt interpretiert.<sup>34</sup> Damit wurde der effektive Rechtsschutz ausgehöhlt und *ad absurdum* geführt.

Die PMOI ist eine Exil-Oppositionsgruppe, die gegen die aktuelle iranische Regierung arbeitet. Es bestand daher die Vermutung, dass die Organisation nur auf Druck des Iran weiter als Terrorvereinigung klassifiziert wird.<sup>35</sup>

Auch der *Bundestag* beschäftigt sich mit Anfragen bezüglich der EU-Terrorliste:

*Frage* vom Abgeordneten Dr. Rainer Stinner (FDP) am 13. Oktober 2008 im Bundestag:

„Für den Fall, dass die Bundesregierung die Einstufung der Volksmudschahedin (MKO) als terroristische Organisation durch die EU unterstützt, welche Belege liegen der Bundesregierung für diese Einschätzung vor, sollte sie dies nicht tun, welche Initiativen ergreift sie, um die Organisation aus der EU-Terrorliste zu streichen?“

*Antwort* des Staatsministers Dr. h. c. Gernot Erler vom 10. Oktober 2008:

„Der Rat der Europäischen Union hat am 15. Juli 2008 den Gemeinsamen Standpunkt 2008/586/GASP zur Aktualisierung des Gemeinsamen Standpunkts 2001/931/GASP über die Anwendung besonderer Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus sowie den Beschluss 2008/583/EG des Rates betreffend die Personen und Organisationen, die in der Liste im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 2580/2001 des Rates über spezifische, gegen bestimmte Personen und Organisationen gerichtete restriktive Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus aufgeführt sind, angenommen. Im Rahmen dieser halbjährlichen Überprüfung der Beschlüsse wurde dabei auch die Listung der Volksmudschahedin (MKO) bestätigt.“<sup>36</sup>

Erst am 26. Januar 2009 scheint dieser schier endlose Kreislauf ein Ende zu finden. Auf einem EU-Außenministertref-

fen wurde als Reaktion auf die Urteile des EuG die endgültige Streichung der PMOI beschlossen.<sup>37</sup>

*Terrorismus-Definition:* Laut *EU-Rahmenbeschluss zur Bekämpfung des Terrorismus* vom 13. Juni 2002 sind alle Akte terroristische Straftaten, die „mit dem Ziel begangen werden,

- die Bevölkerung auf schwer wiegende Weise einzuschüchtern oder
  - öffentliche Stellen oder eine internationale Organisation rechtswidrig zu einem Tun oder Unterlassen zu zwingen oder
  - die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Landes oder einer internationalen Organisation ernsthaft zu destabilisieren oder zu zerstören:
- a) Angriffe auf das Leben einer Person, die zum Tode führen können;
  - b) Angriffe auf die körperliche Unversehrtheit einer Person;
  - c) Entführung oder Geiselnahme;
  - d) schwer wiegende Zerstörungen an einer Regierungseinrichtung oder einer öffentlichen Einrichtung, einem Verkehrsmittel, einer Infrastruktur einschließlich eines Informatiksystems, einer festen Plattform, die sich auf dem Festlandsockel befindet, einem allgemein zugänglichen Ort oder einem Privateigentum, die Menschenleben gefährden oder zu erheblichen wirtschaftlichen Verlusten führen können;
  - e) Kapern von Luft- und Wasserfahrzeugen oder von anderen öffentlichen Verkehrsmitteln oder Gütertransportmitteln;
  - f) Herstellung, Besitz, Erwerb, Beförderung oder Bereitstellung oder Verwendung von Schusswaffen, Sprengstoffen, atomaren, biologischen und chemischen Waffen sowie die Forschung und Entwicklung im Zusammenhang mit biologischen und chemischen Waffen;
  - g) Freisetzung gefährlicher Stoffe oder Herbeiführen von Bränden, Überschwemmungen oder Explosionen, wenn dadurch das Leben von Menschen gefährdet wird;
  - h) Störung oder Unterbrechung der Versorgung mit Wasser, Strom oder anderen lebenswichtigen natürlichen

<sup>32</sup> Vgl. Europäische Gemeinschaft (Juli 2008): The EU list of persons, groups and entities subject to specific measures to combat terrorism, unter: [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/080715\\_combat%20terrorism\\_EN.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/080715_combat%20terrorism_EN.pdf). (am 5. November 2008).

<sup>33</sup> Vgl. Deutscher Bundestag (13. Juni 2007): Regierung: EU listet Volksmudschahedin zu Recht als Terrorgruppe, in: Meldung, Deutscher Bundestag, unter: [http://www.bundestag.de/aktuell/hib/2007/2007\\_159/01.html](http://www.bundestag.de/aktuell/hib/2007/2007_159/01.html) (am 5. November 2008).

<sup>34</sup> Vgl. P. Runner, EU terror list outpacing court rulings, unter: [www.euobserver.com](http://www.euobserver.com). (am 5. November 2008).

<sup>35</sup> B. Schweda, EU-Terrorliste auf dem Prüfstand, in: Das Parlament v. 19. Juni 2007, unter: [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de). (am 6. November 2008).

<sup>36</sup> Drucksache 16/10649, unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/106/1610649.pdf>. (am 15. November 2008).

<sup>37</sup> Vgl. aktuelle Liste der GASP bzw. EG v. 26. Januar 2009 ohne die PMOI: 2009/67/GASP, 2009/62/EG.

Ressourcen, wenn dadurch das Leben von Menschen gefährdet wird;  
i) Drohung, eine der in a) bis h) genannten Straftaten zu begehen.“ (Artikel 1)<sup>38</sup>

## 6. Der EGMR und der Europarat

Über die Verfahren vor den Europäischen Gemeinschaftsgerichten hinaus gab es bereits im Mai 2002 ein Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)<sup>39</sup> in Bezug auf die Organisationen Segi und Gestoras Pro-Amnistia.<sup>40</sup> Dieses Verfahren bezog sich aber auf eine Listung auf der EU-Liste.

In dem betreffenden Fall wies der EGMR die Klage ab, da die Organisationen von der EU nur als terroristische Vereinigung eingestuft, ihre Konten aber nicht eingefroren wurden. Sie seien damit in keinem ihrer Rechte verletzt. Und auch wenn ihre Konten eingefroren wären, so stünde den Klägern der Weg zu den Gerichten der Europäischen Gemeinschaft offen. Damit erklärt sich das EGMR im Prinzip für unzuständig, auch für weitere Klagen, die die EU-Liste betreffen.

*Auszug aus dem EGMR-Urteil vom 23. Mai 2002:*

„However, the applicants are not concerned by that regulation since, according to the list in the annex to the common position, they are subject only to Article 4. And even if they were affected, they could always apply to the Court of Justice of the European Communities.“

Die Parlamentarische Versammlung des Europarats, die auch schon die Verschleppung und geheime Inhaftierung von Terrorverdächtigen verurteilt hat, hat sich in einer Resolution<sup>41</sup> für verbesserten Menschenrechtsschutz beim „listing“ und „delisting“ eingesetzt. Sie sieht die Mitglieder des Europarats, insbesondere die EU-Mitglieder und diejenigen, die gleichzeitig ständige Mitglieder des VN-Sicherheitsrats sind, in der Pflicht, sich für eine Wahrung der Grundrechtsstandards in den Terrorlistenverfahren auf allen Ebenen einzusetzen.

*Parliamentary Assembly of the Council of Europe Recommendation 1824 (2008)*

„1. The Parliamentary Assembly, referring to its Resolution 1597 (2008) on United Nations Security Council and European Union blacklists, invites the Committee of Ministers to take up the issue of targeted sanctions and to invite:

1.1. the United Nations Security Council (UNSC) and the Council of the European Union to examine their targeted sanctions regimes and to implement procedural and substantive improvements aimed at safeguarding individual human rights and the rule of law, in the interest of the credibility of the international fight against terrorism, and in particular to implement an effective and comprehensive appeal mechanism against sanctions imposed by United Nations and European Union (EU) bodies;

1.2. those member states of the Council of Europe which are permanent or non-permanent members of the UNSC, or of the EU, to urgently use their influence in these international bodies in order to improve their respective targeted sanctions regimes so as to ensure respect for human rights and the rule of law;

1.3. those member states of the Council of Europe which are permanent or non-permanent members of the UNSC or of the EU to respect judicial decisions in relation to registration on blacklists, and to present the measures they have taken to put an end to the ongoing irregularities mentioned in the Assembly report.“

## 7. Klagen vor nationalen Gerichten

Fraglich ist, ob die Möglichkeit besteht vor nationalen Gerichten gegen eine Listung durch den VN-Sicherheitsrat zu klagen. Dies ist wegen des Vorrangs des Völkerrechts nur mittelbar möglich, etwa mit Hilfe eines Zivilverfahrens, in dem ein gelisteter Kontoinhaber seine Bank auf Auszahlung verklagt und diese sich dann auf den entgegenstehenden nationalen Umsetzungsakt beruft.<sup>42</sup> In der Europäischen Gemeinschaft kommt noch ein weiteres Problem hinzu, da die VN-Sicherheitsrats-Resolutionen mit Hilfe einer gesamteuropäischen Verordnung umgesetzt werden. Europäische Rechtsakte sind der europäischen Rechtsprechung vorbehalten, was auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in Deutschland grundsätzlich in der *Solange-II-Entscheidung* (vgl. BVerfGE 73, 339) anerkannt hat. Nach der besagten Entscheidung lebt die Prüfungskompetenz des BVerfG wieder auf, wenn die von ihnen aufgestellten Erwartungen an den Grundrechtsschutz durch die Europäische Gemeinschaft generell enttäuscht werden.<sup>43</sup> Zumindest solange die Gemeinschaftsgerichte keine Kompetenz für sich sahen, war es nach Ansicht von *Stefanie Schmahl* aus deutscher verfassungsrechtlicher Sicht rechtlich problematisch, Sicherheitsratsresolutionen anzuwenden, für die auf keiner Ebene Rechtsschutz vorhanden war: „*Insgesamt kann es jedenfalls nicht an-*

<sup>38</sup> Europäische Gemeinschaft (Juni 2002): Rahmenbeschluss des Rates v. 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung (2002/475/JI), unter: <http://www.auswaertigesamt.de/diplo/de/Aussenpolitik/Themen/TerrorismusOK/LinksDownloads/EU-Rahmenbeschl-Terror.pdf>. (am 13. November 2008).

<sup>39</sup> Mit Sitz in Straßburg wacht der EGMR über die Einhaltung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), der alle unterzeichnenden Staaten des Europarates verpflichtet sind. Der Europarat wurde 1949 in dem Bemühen, den europäischen Einigungsprozess voranzutreiben und den Frieden in Europa zu sichern, gegründet und umfasst 47 Mitgliedsstaaten. Die EMRK trat 1953 in Kraft und enthält einen Katalog von Menschen- und Grundrechten. Vor dem EGMR sind sowohl Individual- als auch Staatenklagen möglich.

<sup>40</sup> Vgl. EGMR, Entsch. v. 23. Mai 2002, unter: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.asp?sessionId=9266860&skin=hudocen&action=html&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=25544&highlight>. (am 13. November 2008).

<sup>41</sup> Europarat (23. Januar 2008): Parliamentary Recommendation of Assembly of the Council of Europe 1824: United Nations Security Council and European Union blacklists, unter: <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta08/erec1824.htm>. (am 5. November 2008).

<sup>42</sup> Vgl. *T. Meerpohl*, a.a.O. (Fn. 6), S. 19.

<sup>43</sup> Vgl. *S. Schmahl*, a.a.O. (Fn. 4), S. 570.

gehen, dass die Bundesrepublik Deutschland Kompetenzen auf die EG zur Umsetzung von Sicherheitsratsresolutionen überträgt, die Gemeinschaft sich aber von ihrer Verantwortung für die Umsetzung von Ratsentscheidungen freizeichnet, indem sie die Hauptverantwortung den Vereinten Nationen zuschiebt, die ihrerseits keinen effektiven Rechtsschutz bieten.“<sup>44</sup>

Nationale Gerichte haben weit mehr Erfahrung mit Maßnahmen gegenüber Terrorismusverdächtigen als die Gerichte der Europäischen Gemeinschaft.<sup>45</sup> So wird beispielsweise vorgeschlagen, dass pragmatischerweise der Rechtsschutz dort gesucht werden soll, wo die meisten Maßnahmen ihren Ursprung haben, nämlich in den USA. Denn diese haben die meisten Privatpersonen und Vereinigungen für die VN-Liste vorgeschlagen und durchgesetzt (ohne die entscheidungserheblichen Tatsachen den anderen Ausschussmitgliedern bekannt zu geben<sup>46</sup>). So müssten US-amerikanische Geheimdienste ihre Informationen nur US-amerikanischen Gerichten mitteilen.<sup>47</sup>

Am 14. Mai 2008 gab es laut dem „Monitoring Team“ des VN-Sanktionsausschusses zu den Terror-Listen 26 laufende Verfahren – in der EU, Pakistan, der Schweiz, Türkei und in den Vereinigten Staaten.<sup>48</sup>

Für Aufsehen sorgte eine Entscheidung vor dem höchsten türkischen Verwaltungsgericht vom 4. Juli 2006 zugunsten von *Jassin A. Kadi*, der im September 2005 mit seinem Anliegen des „delisting“ beim EuG gescheitert war. Das Gericht prüfte nicht seine Unschuld, sondern fällte sein Urteil, weil die Dokumente und Materialien, auf denen der Sanktionsausschuss seine Entscheidung gründete, nicht vorgelegt werden konnten. Eine Berufung wurde nach der politischen Intervention des türkischen Premierministers *Erdogan* zurückgenommen, der Herrn *Kadi* vor der Presse als glaubwürdigen Philanthropen charakterisierte.<sup>49</sup>

## 8. Zusammenfassung und Fazit

Zusammenfassend ist zu sagen, dass sich hier mit drei verschiedenen Listen auf zwei Ebenen befasst wurde. In dem EuGH-Urteil vom September 2008 ist die VN-Liste, umgesetzt auf EU-Ebene, kritisiert worden. Das Gericht hat sich für zuständig erklärt, und somit die Überprüfbarkeit von EG-Verordnungen, die UN-Sanktionen umsetzen, festgestellt. Damit wird den Betroffenen zumindest innerhalb der Europäischen Gemeinschaft effektiver Rechtsschutz gewährt. Darüber hinaus wurden die eigenen Listen der EU besprochen, die sie unabhängig von der VN-Liste erstellt. Eine Liste führt die Personen und Organisationen auf, die an terroristischen Handlungen beteiligt waren. Aber nur wer auch auf der zweiten Liste auftaucht, dessen Vermögen werden eingefroren. Die Zuständigkeit der EU-Gerichte bereitet hier keine Probleme, aber trotzdem sind Zweifel an der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens des Europäischen Rates angebracht.

Somit sollte sich auch die EU zu rechtsstaatlicherem Verhalten entschließen. Den Urteilen des EuGH ist unverzüglich Folge zu leisten. Das Verhalten gegenüber der PMOI ist und war nicht vertretbar, auch wenn die nun endlich beschlossene Streichung zu begrüßen ist. Eine Terrorismusbekämpfung auf EU-Ebene braucht nicht nur institutionelle Verfahren, die eine intensivierte sicherheitspolitische Kooperation ermöglichen,

sondern setzt auch Vertrauensbildung voraus.<sup>50</sup> Nur wenn diese Verfahren einer parlamentarischen oder rechtsförmigen Kontrolle unterliegen, kann das Vertrauen der Mitgliedstaaten sowie der Bürger gestärkt werden und somit zur Vertiefung des europäischen Integrationsprozesses beitragen.

Der Sicherheitsrat muss einen flexiblen Handlungsspielraum haben, um seine Aufgabe zur Wahrung der Sicherheit und des Friedens erfüllen zu können. Gleichzeitig muss er einen Kernbestand an Normen beachten. Dies ist auch in der VN-Charta in Artikel 24 festgelegt, in dem es heißt, dass der Sicherheitsrat „im Einklang mit den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen“ handeln muss. Solange auf VN-Ebene kein wirksamer Mechanismus zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Sicherheitsratsresolutionen existiert, wird er grundlegenden Verpflichtungen nicht gerecht, insbesondere dem Recht auf rechtliches Gehör nach Artikel 8 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte.

Ohne ein solches Verfahren besteht außerdem die Gefahr der zunehmenden Aufweichung von Beschlüssen des Sicherheitsrats und seiner Sanktionsausschüsse. Denn Gerichte in Mitgliedstaaten könnten verstärkt „listing“-Entscheidungen überprüfen. In der einschlägigen Literatur wird dies zunehmend als gerechtfertigtes letztes Mittel des Menschenrechtsschutzes angesehen.<sup>51</sup>

Der EuGH hat sich dieser Linie nun mit guten Gründen angeschlossen. „Listing“ und „delisting“ müssen überprüfbar sein. Die Gefahr, dass Personen aus politischen Erwägungen, die nicht auf der bloßen Erfüllung der festgelegten Kriterien zur Einstufung als Terror-Organisation beruhen, auf die Liste geraten, ist zu groß. Staaten können diese Listen zu gefährlichem Missbrauch nutzen, indem sie versuchen, ihre „Lieblingsfeinde“, z.B. oppositionelle Bewegungen, vorzuschlagen und sich gegenseitig nach dem Motto „eine Krähe hackt der anderen kein Auge aus“ ohne ernsthafte Rückfragen gewähren lassen. Zu leicht können so Unschuldige sanktioniert werden. Auch die Möglichkeit falscher Verdächtigungen beispielsweise durch nachrichtendienstliche Fehler oder gar Namensverwechslungen erfordert zwingend ein mehrstufiges rechtliches Verfahren. Das gilt auch schon für das „listing“. Denn die öffentliche Verdächtigung einer Person oder Organisation belegt diese mit einem sozialen Stigma, das nicht

<sup>44</sup> *Id.*, S. 574.

<sup>45</sup> Vgl. *S. Hörmann*, Die Befugnis der EG zur Umsetzung von Resolutionen des UN-Sicherheitsrates zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus, in: *Europarecht* 1 (2007), S. 120-133, hier S. 133.

<sup>46</sup> Vgl. *C. Schaller*, a.a.O. (Fn. 6), S. 28.

<sup>47</sup> *I. Ley*, Legal Protection Against the UN-Security Council. Between European and International Law: A Kafkaesque Situation?, in: *German Law Council*. Vol. 3, S. 279-294, hier S. 292.

<sup>48</sup> Vgl. United Nations (14. Mai 2008): Report of the Analytical Support and Sanctions Monitoring Team pursuant to resolution 1735 (2006) concerning Al-Qaida and the Taliban and associated individuals and entities, unter: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/341/88/PDF/N0834188.pdf?OpenElement>. (am 13. November 2008).

<sup>49</sup> Vgl. *T. Meerpohl*, a.a.O. (Fn. 6), S. 288 f.

<sup>50</sup> Vgl. *A. Bendiek*, in: *U. Schneekener*, a.a.O. (Fn. 6), S. 40 f.

<sup>51</sup> Vgl. *M. Payandeh*, Rechtskontrolle des UN-Sicherheitsrates durch Staatliche und überstaatliche Gerichte, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* Vol. 66 (2006), S. 65 f.

nur geschäftsschädigend<sup>52</sup> sein kann, sondern sich selbst auf die Privatsphäre negativ auswirken kann.<sup>53</sup>

Der Übergang der Überprüfung von Sanktionsbeschlüssen auf nationale Gerichte ist allerdings hochproblematisch. Sie birgt wiederum die Gefahr, dass Personen und Organisationen von Sanktionsbeschlüssen ausgenommen werden, auch wenn dies dem Sinn und Zweck einer Sanktion widerspricht, etwa weil sie mit den Behörden eines Landes zusammenarbeiten. Wie soll von Gerichten in Staaten wie Pakistan, Ägypten, Saudi-Arabien oder Libyen eingefordert werden, dass sie ihr Urteil ohne politische Einflussnahme nur auf die Rechtsstaatlichkeit eines „delisting“-Verfahrens konzentrieren?

Deshalb muss die Konsequenz des EuGH-Urteils die beschleunigte Entwicklung eines „listing“- und „delisting“-Verfahrens sein, das grundlegenden Menschenrechtsstandards entspricht.

Ein Überprüfungsmechanismus z.B. durch ein Schiedsgericht würde zwar dem Sanktionsausschuss in dem einen oder anderen Fall Fehler nachweisen können, die Autorität des Sicherheitsrats insgesamt aber nicht beschädigen.

Eine generelle Kontrollmöglichkeit des Sicherheitsrats – nicht nur hinsichtlich der Terrorliste – gilt angesichts seiner in den vergangenen Jahren gewachsenen Aufgaben und seiner Machtfülle vielen als wünschenswert. Es gilt, sich für die Herrschaft des Rechts einzusetzen. Diese Vorhaben sind bei allen Problemen, die sie aufwerfen können, sicher als langfristige Ziele für VN-Reformen im Blick zu behalten.

Böten die VN ausreichenden Rechtsschutz, würden wohl zukünftige Klagen vor dem EuGH scheitern. Der einzig ver-

nünftige Weg ist, sich weiterhin dafür einzusetzen, dass auf VN-Ebene ein neutraler Überprüfungsmechanismus eingeführt wird. Wenn deutlich wird, dass auch mit den jüngsten Änderungen das Sanktionsregime auf Ablehnung stößt und von den Mitgliedern (auch aufgrund von Gerichtsurteilen) nicht effektiv implementiert wird, dürften auch die Sicherheitsratsmitglieder durch politischen Druck zu einer Zustimmung zu bewegen sein. Dafür sollte auch die Bundesregierung in die Pflicht genommen werden.

Denn noch im Juli 2008 war die Bundesregierung der Ansicht „*dass eine Listung auf UN- oder auf EU-Ebene mit den jeweils einschlägigen grund- und menschenrechtlichen Instrumenten vereinbar ist.*“<sup>54</sup> In einer weiteren Stellungnahme versicherte sie nun am 12. September 2008 sich „*in den zuständigen EU-Gremien dafür ein[zusetzen], dass das Urteil des EuGH vollständig umgesetzt wird.*“<sup>55</sup> Es ist nun kritisch darauf zu achten, dass die Bundesregierung sich hier wirklich für den Menschenrechtsschutz einsetzt. ■

<sup>52</sup> Ein Beispiel ist eine der größten Firmen in Somalia, die in die Pleite getrieben wurde, ohne dass je gerichtsfeste Beweise gefunden wurden (vgl. *W. Vlcek, Acts to Combat the Financing of Terrorism: Common Foreign and Security Policy at the European Court of Justice*, in: *European Foreign Affairs Review* 2006, S. 491-507, S. 497 f.).

<sup>53</sup> Vgl. *S. Schmahl*, a.a.O. (Fn. 4), S. 568.

<sup>54</sup> Drucksache 16/10006, unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/100/1610006.pdf>. (am 15. November 2008).

<sup>55</sup> Drucksache 16/10284, unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/102/1610284.pdf>. (am 15. November 2008).

Abbildung 1: Vorschlag zum „delisting“-Verfahren mit Überprüfungsmechanismus nach T. J. Biersteker / S.E. Eckert, a.a.O. (Fn. 6), S. 57.

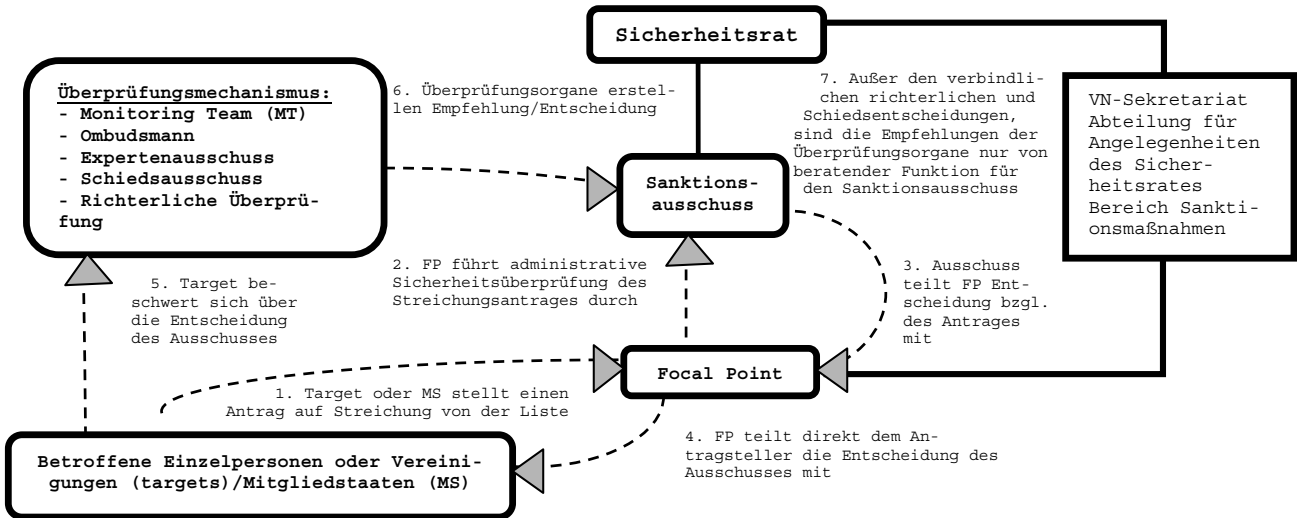
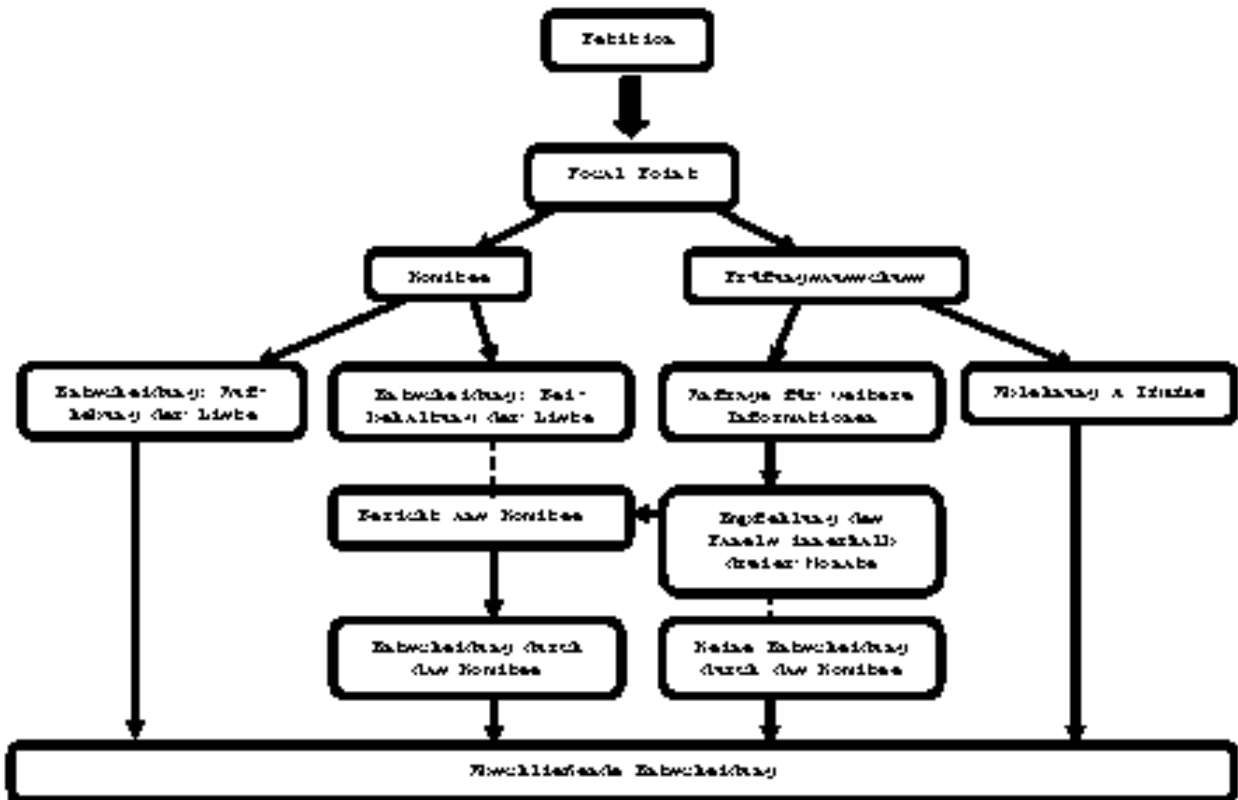


Abbildung 2: Vorschlag zur Veränderung des Listen-Verfahrens nach M. Bothe, a.a.O. (Fn. 11), S. 7.





# Vorschlag für ein Übereinkommen über die Regelung der völkerrechtlichen Voraussetzungen einer humanitären Intervention

Christoph Henke\*

The article tries to convince the reader of the suitability of an international convention in which the conditions of the so-called humanitarian intervention without mandate of the Security Council are regulated. Readers from potentially intervening states, as well as those from states in which it could come to humanitarian interventions, are addressed equally. Such a convention can be an advantage for all participating states. Legal standards show how one can behave in difficult situations, therefore lowering the decision costs. Legal standards also show how others will presumably behave and thereby lower information costs. In addition, legal standards increase protection from arbitrary actions. A convention draft is attached to this article which an appropriate convention could use as a guide. In the draft the contracting states agree, on the basis of mutuality and under tight legal conditions, to a humanitarian intervention when there is a substantial violation of human rights as defined by an international peremptory norm (*ius cogens*).

Der Beitrag versucht, von der Zweckmäßigkeit eines völkerrechtlichen Übereinkommens zu überzeugen, in welchem die Voraussetzungen der sog. humanitären Intervention (ohne Mandat des UN-Sicherheitsrats) normiert sind. Leser aus potentiell intervenierenden Staaten wie aus Staaten, in denen es zu humanitären Interventionen kommen könnte, sollen gleichermaßen angesprochen werden. Die Normierung eines zuvor nicht normierten Zustands kann bei richtiger Ausgestaltung für alle Beteiligten vorteilhaft sein. So zeigen Normen auf, wie man sich in bestimmten Situationen zu verhalten hat und senken dadurch die Entscheidungskosten. Ferner zeigen Normen auf, wie sich andere voraussichtlich verhalten und senken dadurch die Informationskosten. Normen erhöhen zudem den Schutz vor Willkürhandlungen. Dem Beitrag ist ein Übereinkommensentwurf beigelegt, an dem sich ein entsprechendes Übereinkommen orientieren könnte. Darin erklären sich die Vertragsstaaten auf der Basis der Gegenseitigkeit unter engen rechtlichen Voraussetzungen mit einer humanitären Intervention einverstanden, sofern ihnen Menschenrechtsverletzungen zuzurechnen sind, die in erheblicher Weise gegen völkerrechtliches zwingendes Recht (*ius cogens*) verstoßen.

## 1. Ziel

Mit dem vorliegenden Beitrag wird versucht, von der Zweckmäßigkeit eines völkerrechtlichen Übereinkommens zu überzeugen, in welchem die Voraussetzungen der sog. humanitären Intervention normiert sind. Leser aus potentiell intervenierenden Staaten wie aus Staaten, in denen es zu humanitären Interventionen kommen könnte, sollen gleichermaßen angesprochen werden. Dem Beitrag ist ein Übereinkommensentwurf angefügt, an dem sich ein entsprechendes Übereinkommen orientieren könnte. Darin erklären sich die Vertragsstaaten auf der Basis der Gegenseitigkeit unter engen rechtlichen Voraussetzungen mit einer humanitären Intervention einverstanden, sofern ihnen Menschenrechtsverletzungen zuzurechnen sind, die in erheblicher Weise gegen völkerrechtliches zwingendes Recht (*ius cogens*) verstoßen.

## 2. Definitionen

Der Begriff der humanitären Intervention wird im Folgenden verstanden als *„jede gegen die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines anderen Vertragsstaates gerichtete Anwendung oder Androhung von Gewalt, die nicht auf einem Mandat des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen beruht und die zum Ziel hat, Menschenrechtsverletzungen in einem anderen Staat an Staatsangehörigen des anderen Staates oder Staatenlosen zu unterbinden.“*<sup>1</sup> Beispiel ist der Kosovo-Konflikt im Jahr 1999. Der ebenfalls verwen-

dete Begriff der Intervention zum Schutz von Menschenrechten schließt über die humanitäre Intervention hinausgehend auch entsprechende Interventionen mit Mandat des Sicherheitsrats ein.

## 3. Völkerrechtliche Ausgangslage

Nach Art. 2 Ziff. 4 UN-Charta haben Mitglieder der Vereinten Nationen in ihren internationalen Beziehungen jede gegen die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines Staates gerichtete oder sonst mit den Zielen der Vereinten Nationen unvereinbare Androhung oder Anwendung von Gewalt zu unterlassen. Von diesem umfassenden Gewaltverbot gibt es zwei in Zusammenhang mit einer Intervention zum Schutz von Menschenrechten relevante Ausnahmen:

Zum einen kann der Sicherheitsrat nach Kapitel VII UN-Charta ein Mandat für die Anwendung von Gewalt erteilen. Gemäß Art. 42 UN-Charta kann er die zur Wahrung oder

\* Dr. Christoph Henke, LL.M. ist Richter am Landgericht Frankfurt a.M. Der Aufsatz gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

<sup>1</sup> Das Merkmal der Staatsangehörigen des anderen Staates und der Staatenlosen dient der Abgrenzung zur Intervention zwecks Rettung eigener Staatsangehöriger.

Wiederherstellung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit erforderlichen Maßnahmen durchführen. Auf Kapitel VII UN-Charta gestützt kam es etwa in Ruanda<sup>2</sup> und Somalia<sup>3</sup> zu Interventionen zum Schutz von Menschenrechten.

Zum anderen vertreten zahlreiche Staaten und Völkerrechtler die Auffassung, dass es über den Wortlaut der UN-Charta hinaus völkerrechtlich zulässig sein kann, schwerste Menschenrechtsverletzungen auch ohne Mandat des Sicherheitsrats durch eine humanitäre Intervention zu beenden.<sup>4</sup> Diese Ansicht ist vor allem in westlichen Staaten verbreitet (USA, Frankreich, Vereinigtes Königreich u.a.). Dabei werden unterschiedliche Begründungsansätze herangezogen. Unter anderem wird an den Umstand angeknüpft, dass schwerste Menschenrechtsverletzungen – wie Völkermord – einen Verstoß gegen völkerrechtlich zwingendes Recht (*ius cogens*) darstellen können, welches von allen Staaten zu respektieren ist und bei dessen Nichteinhaltung alle Staaten betroffen sind (*erga omnes*-Wirkung).<sup>5</sup> Ein ebenfalls nicht unbeträchtlicher Teil der Staatengemeinschaft (z.B. Russland, VR China) und der Völkerrechtler lehnt die Rechtmäßigkeit einer humanitären Intervention als Ausnahme vom Gewaltverbot dagegen ab.<sup>6</sup>

Daneben gibt es in Zusammenhang mit einer Intervention zum Schutz der Menschenrechte weitere Ausnahmen vom Gewaltverbot, die jedoch zumindest gegenwärtig weniger relevant sind: Eine Zustimmung des betreffenden Staates kann in bestimmten Fällen den Tatbestand des Gewaltverbots ausschließen (Intervention auf Einladung).<sup>7</sup> Mit Zustimmung zu einer Intervention ist allerdings bei einem Staat, in dessen Hoheitsgebiet Menschenrechtsverletzungen stattfinden, im Zweifel nicht oder nicht rechtzeitig zu rechnen. Völkerrechtliche Interventionsklauseln könnten unter bestimmten Voraussetzungen eine humanitäre Intervention regeln.<sup>8</sup> Sie sind jedoch ungebräuchlich. Nach überwiegender Auffassung kann auch eine Intervention zur Rettung eigener Staatsangehöriger eine Ausnahme vom Gewaltverbot darstellen.<sup>9</sup> Doch vermag ein Recht zur Rettung eigener Staatsangehöriger Menschenrechtsverletzungen, von denen Angehörige eines anderen Staates betroffen sind, nicht zu verhindern.

Die völkerrechtliche Ausgangslage kann in der Weise zusammengefasst werden, dass für eine weithin als völkerrechtskonform akzeptierte Intervention zur Verhinderung von Menschenrechtsverletzungen ein Mandat des Sicherheitsrats unter Beachtung der Voraussetzungen von Kapitel VII der UN-Charta vorliegen muss. Andernfalls bleibt in der Regel als Rechtfertigung nur der Rückgriff auf die humanitäre Intervention, welche aber von vielen nicht als Ausnahme vom Gewaltverbot anerkannt wird und die bislang nicht in einem Übereinkommen normiert ist.

#### 4. Allgemeine Vorteile einer Normierung

Die Normierung eines zuvor nicht normierten Zustands ist kein „Nullsummenspiel“, bei dem der eine verliert, was der andere gewinnt. Vielmehr kann sie für alle Beteiligten vorteilhaft sein.<sup>10</sup> So zeigen Normen auf, wie man sich in be-

stimmten Situationen zu verhalten hat, und senken auf diese Weise die Entscheidungskosten. Ferner signalisieren Normen, wie sich andere wahrscheinlich verhalten werden und reduzieren dadurch die Informationskosten. Normen erhöhen zudem den Schutz vor Willkürhandlungen. Diese Vorteile können allen Beteiligten zugute kommen. Im Folgenden soll aufgezeigt werden, dass für die Normierung der humanitären Intervention nichts anderes gilt und dass ein Übereinkommen über die Regelung der Voraussetzungen einer humanitären Intervention sowohl für potentielle Intervenienten wie Interventionsobjekte vorteilhaft sein kann.

#### 5. Vorteile einer Normierung für den potentiellen Intervenienten

In der Bevölkerung vieler Staaten ist der Wunsch verbreitet, schwerste Menschenrechtsverletzungen in anderen Staaten notfalls durch eine Intervention zu unterbinden, wenn dabei nicht zu viele Opfer unter den eigenen Soldaten zu erwarten sind. Dieser Gedanke kommt beispielhaft in der Formulierung zum Ausdruck: „*Braucht die Welt ... eine Polizei? Mir kommt das ... so vor, als würde man fragen, ob San Francisco oder New York eine Polizei brauchen.*“<sup>11</sup>

Die Bedeutung dieses in Teilen der Bevölkerung verbreiteten Wunsches lässt sich mit Hilfe folgender Überlegung quantifizieren: Wenn es der Bevölkerung der EU im Durchschnitt 10 € pro Person wert wäre, einen Völkermord in einem Drittstaat zu beenden, errechnet sich allein daraus für den Fall einer Beendigung des Völkermordes ein Nutzen für die EU in Höhe von knapp 5 Mrd. €. Zum Vergleich: Die jährlichen Pro-Kopf-Ausgaben für die öffentliche Entwicklungszusammenarbeit liegen in Deutschland bei gut 100 €. <sup>12</sup> Dieser potentielle Nutzen der Beendigung von Menschenrechtsverletzungen in einem anderen Staat kann im Wege von Verhandlungen, ggf. auch durch eine Intervention zum Schutz von Menschenrechten, realisiert werden – soweit ihr Nutzen aus Sicht der Bürger den Schaden übersteigt.

<sup>2</sup> UN Doc. S/1994/929 v. 22. Juni 1994.

<sup>3</sup> UN Doc. S/1992/794 v. 3. Dezember 1992.

<sup>4</sup> Vgl. M. Herdegen, Völkerrecht, 7. Auflage, München 2008, S. 136.

<sup>5</sup> Vgl. K. Doehring, Völkerrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2004, Rn. 1014.

<sup>6</sup> Vgl. M. Herdegen, a.a.O. (Fn. 4), S. 242.

<sup>7</sup> M. Bothe in: W. Graf von Vitzthum, Völkerrecht, 4. Auflage, Berlin 2007, S. 658.

<sup>8</sup> Vgl. A. Pauer, Die humanitäre Intervention. Militärische und wirtschaftliche Zwangsmaßnahmen zur Gewährleistung der Menschenrechte, Basel/Frankfurt 1985 (zugl. Diss. Basel 1984), S. 207.

<sup>9</sup> H.-G. Franzke, Schutz von deutschen Staatsbürgern im Ausland durch die Bundeswehr? Neue Zeitschrift für Wehrrecht 1996, S. 189 ff.

<sup>10</sup> P. Weise / W. Brandes / Th. Eger / M. Kraft, Neue Mikroökonomie, 5. Auflage, Heidelberg 2005, S. 483.

<sup>11</sup> M. Boot, Plädoyer für ein Empire, in: U. Speck / N. Sznajder, Empire Amerika. Perspektiven einer neuen Weltordnung, München 2003, S. 60.

<sup>12</sup> Die Ausgaben Deutschlands für die öffentliche Entwicklungszusammenarbeit (deutsche Netto-ODA) belief sich im Jahr 2006 auf ca. 8,3 Mrd. €; Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, 13. Entwicklungspolitische Bericht der Bundesregierung, Juni 2008, S. 230; www.bmz.de. (am 20. September 2008).

Der Realisierung eines solchen Nutzens kann aus Sicht des Intervenienten die völkerrechtliche Rechtslage im Wege stehen. Nicht selten werden im Sicherheitsrat Entscheidungen aus sachfremden Erwägungen blockiert. Zudem messen die Veto-Mächte Russland und die VR China dem Schutz der Menschenrechte eine andere Bedeutung zu als etwa die USA, Frankreich oder das Vereinigte Königreich. Dementsprechend kann es für einen Intervenienten unbefriedigend sein, auf den Sicherheitsrat angewiesen zu sein.

Setzt sich ein Intervenient über den Sicherheitsrat hinweg, steigen die Kosten der Intervention; zugleich sinkt ihr Nutzen. Denn da die humanitäre Intervention als Ausnahme vom Gewaltverbot umstritten ist, wird sie von einem Teil der Bevölkerung des Intervenienten, der Bevölkerung des Interventionsobjekts, der Staatengemeinschaft und der Völkerrechtler missbilligt. Dieser Legitimitätsverlust kann unter anderem den Widerstand im Interventionsobjekt stärken, die Terrorisierungsgefahr vergrößern und das Ansehen des Intervenienten in der Staatengemeinschaft verringern.

Die Völkerrechtslage kann sich vor diesem Hintergrund zugunsten eines potentiellen Intervenienten verbessern, wenn die humanitäre Intervention in einem Übereinkommen normiert ist. Der Intervenient ist dann nicht mehr auf den Sicherheitsrat angewiesen, besitzt aber gleichwohl eine weithin akzeptierte völkerrechtliche Legitimation. Zwar gehört der Kern des Gewaltverbots zum völkerrechtlichen *ius cogens*, welches der Dispositionsbefugnis der Vertragsparteien weitgehend entzogen ist. Ein Übereinkommen über die humanitäre Intervention darf gleichwohl geschlossen werden – zumindest soweit sich diese auf den Schutz des (menschrechtlichen) *ius cogens* beschränkt –, weil sie aufgrund der Kollision zweier Prinzipien des *ius cogens* nicht den Kern des Gewaltverbots betrifft, welcher der Dispositionshoheit der Vertragsstaaten entzogen ist.

Als weiterer Vorteil einer Normierung der humanitären Intervention tritt für den Intervenienten hinzu, dass Normen einen Anhalt dafür geben, wie man sich in diffusen Situationen verhalten sollte.<sup>13</sup> Dieses in Normen gespeicherte Wissen steht einem Intervenienten im Falle der humanitären Intervention bislang nur eingeschränkt zur Verfügung. Daher kann ein Intervenient unter dem Druck der öffentlichen Meinung, eine Eilentscheidung auf unvollkommener Informationsbasis zu treffen, ggf. die Orientierung verlieren. Unter Umständen kommt es auf diese Weise zu einer humanitären Intervention, die sich als nachteilig für den Intervenienten erweist. Dies gilt umso mehr, als der Intervenient häufig keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt, sondern als Ankläger, Richter und Vollstrecker zugleich tätig wird.

Rechtsnachteile sind mit einer Normierung der humanitären Intervention für den potentiellen Intervenienten nicht verbunden, wenn dieser davon ausgeht, dass die humanitäre Intervention ohnehin rechtmäßig ist. Wenn Staaten wie die USA, Frankreich oder das Vereinigte Königreich ihr Einverständnis zur humanitären Intervention in einem Übereinkommen erteilen, büßen sie keine Souveränität ein, sondern kodifizieren lediglich eine nach ihrer Auffassung bereits bestehende Einschränkung der Souveränität.

Möchte sich ein zu einer Intervention fähiger Staat von vornherein nicht auf die humanitäre Intervention berufen, hat das Übereinkommen für ihn nicht den Nutzen des Legitimitätszuwachses. Eine Normierung der humanitären Intervention bringt daher für potentielle Intervenienten wie die USA, Frankreich oder das Vereinigte Königreich mehr Vorteile mit sich als für Staaten wie Russland oder die VR China.

## 6. Vorteile einer Normierung für das potentielle Interventionsobjekt

Potentielle Interventionsobjekte lehnen regelmäßig die Auffassung ab, dass eine humanitäre Intervention völkerrechtlich zulässig ist. Bei einer Regelung der humanitären Intervention in einem Übereinkommen geben sie diese Rechtsansicht auf und erleiden dadurch einen Rechtsnachteil. Eine humanitäre Intervention wird darüber hinaus durch den aus dem Übereinkommen resultierenden Legitimitätszuwachs erleichtert. Zugleich bedeutet eine Regelung der humanitären Intervention auf der Basis der Rechtsauffassung des Interventionsobjekts eine zusätzliche Einschränkung seiner Souveränität. Im Folgenden soll aufgezeigt werden, dass diese Nachteile vielfach durch anderweitige Vorteile mehr als ausgeglichen werden.

Zunächst ist festzustellen, dass sich der genannte Rechtsnachteil nur dann zu einem tatsächlichen Nachteil auswächst, wenn ein Staat so massive Menschenrechtsverletzungen begehen möchte, dass eine humanitäre Intervention in Betracht kommt. Solange ein Staat das völkerrechtliche zwingende Recht beachtet, zu dessen Einhaltung er ohnehin verpflichtet ist, bringt eine Regelung der humanitären Intervention für ihn nach dem hier vertretenen Ansatz keinen tatsächlichen Nachteil mit sich. Möchte ein Staat massive Menschenrechtsverletzungen begehen, kann er zudem bereits gegenwärtig nicht sicher sein, dass Eingriffe von außen unterbleiben. Denn es besteht in diesen Fällen – wie die Erfahrung gezeigt hat – auch jetzt schon die Möglichkeit einer Intervention zum Schutz von Menschenrechten. Hierdurch werden die genannten Nachteile einer Normierung der humanitären Intervention für das potentielle Interventionsobjekt nicht beseitigt, aber in ihrer Bedeutung teilweise relativiert.

Eine Normierung der humanitären Intervention bringt für potentielle Interventionsobjekte vor allem den Vorteil höherer Rechtssicherheit mit sich. Wegen der fehlenden Normierung der humanitären Intervention kann es für potentielle Interventionsobjekte gegenwärtig unklar sein, welche rote Linie sie nicht überschreiten dürfen. Diese Ungewissheit kann weitere Nachteile nach sich ziehen. So kann ein potentielles Interventionsobjekt sich irrtümlich bedroht fühlen, obwohl es die rote Linie nicht überschritten hat, und als Folge davon die Ausgaben für die äußere Sicherheit zu hoch ansetzen, so dass weniger Ressourcen für andere Zwecke zur Verfügung stehen. Ein potentielles Interventionsobjekt kann auf-

<sup>13</sup> P. Weise / W. Brandes / Th. Eger / M. Kraft, a.a.O. (Fn. 10), S. 484.

grund der fehlenden Rechtssicherheit zudem versehentlich die rote Linie überschreiten und dadurch zu seinem eigenen Schaden eine Intervention verursachen, die bei höherer Rechtssicherheit unterblieben wäre.

Eine Regelung der humanitären Intervention erhöht daneben die Kosten einer unberechtigten humanitären Intervention. Interventionen beruhen zumeist auf einem Motivbündel, welches auch eigennützige Motive umfassen kann (Beispiel: Verhinderung von Flüchtlingsströmen, Versuch der Einflussnahme in der Region). In Staaten, die Opfer des Kolonialismus waren, ist häufig ein berechtigtes Misstrauen in die Ziele eines Intervenienten vorhanden. Derzeit sind die Voraussetzungen einer humanitären Intervention nicht normiert, sondern liegen in einer rechtlichen Grauzone. Daher besteht die Gefahr, dass ein Intervenient die Kriterien einer humanitären Intervention an seine aktuellen politischen Bedürfnisse anpasst. Im Falle der Normierung sind die Voraussetzungen einer humanitären Intervention transparent. Auf diese Weise kann leichter festgestellt werden, ob sie vorliegen, wodurch ein Missbrauch der humanitären Intervention erschwert wird.

Durch eine Normierung der humanitären Intervention kann auch dem Problem der lückenhaften gerichtlichen Kontrolle wirksam begegnet werden, wodurch die Missbrauchsgefahr nochmals verringert wird. Zwar ist der Internationale Gerichtshof (IGH) gemäß Art. 92 UN-Charta das Hauptrechtssprechungsorgan der Vereinten Nationen. Gleichwohl ist die gerichtliche Kontrolle humanitärer Interventionen lückenhaft. So hat sich Deutschland im Mai 2008 zwar der Gerichtsbarkeit des Internationalen Gerichtshofs unterworfen, Auslandseinsätze der Bundeswehr hiervon jedoch ausgenommen.<sup>14</sup> Dies verdeutlicht, dass bislang kein lückenloser völkerrechtlicher Rechtsschutz gegen potentielle Intervenienten gegeben ist. Im Falle einer Normierung der humanitären Intervention können sich die Vertragsstaaten der Gerichtsbarkeit des IGH unterwerfen, so dass das Problem der fehlenden gerichtlichen Kontrolle gelöst werden kann.

Ein weiterer Vorteil der Normierung liegt darin, dass das Interventionsobjekt mehr Einfluss auf den Verlauf der Intervention nehmen kann. Kommt es zu einer Intervention, ist dem Interventionsobjekt – wie sich bereits aus seiner Bezeichnung ergibt – eine Mitentscheidung in wesentlichen Bereichen entzogen. So ist ihm die Entscheidung darüber entzogen, welche Staaten intervenieren, unter welchen Voraussetzungen es zu einer Intervention kommen kann und wie lange ein Intervenient im Hoheitsgebiet des Interventionsobjekts verbleibt. Eine Normierung der humanitären Intervention erlaubt dem Interventionsobjekt im Vorfeld durch Mitwirkung an den Interventionskriterien eine gewisse Einflussnahme auf die Intervention.

Zudem erhöht ein Übereinkommen über die humanitäre Intervention die Anreize bei einem potentiellen Interventionsobjekt, schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen zu unterlassen. Es kann durchaus im Interesse der Regierung eines potentiellen Interventionsobjekts liegen, Folgeregierungen in

dieser Weise an den Schutz fundamentaler Menschenrechte zu binden und dadurch den Staat zu stabilisieren.

Für das potentielle Interventionsobjekt kann eine Normierung der humanitären Intervention nach dem Vorangegangenen insbesondere vorteilhaft sein, wenn es keine schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen begehen möchte, die gegen das völkerrechtliche zwingende Recht verstoßen. In diesem Fall wäre es bei einer Normierung der humanitären Intervention besser geschützt, als es gegenwärtig der Fall ist.

## 7. Fazit

Eine Normierung der humanitären Intervention hat bei richtiger Ausgestaltung für viele potentielle Intervenienten und Interventionsobjekte Vorteile. Sie führt zu einem Nutzengewinn, den Intervenient und Interventionsobjekt untereinander aufteilen können. Diese Vorteile sind für zwei Gruppen von Staaten besonders groß. Zum einen profitieren potentielle Intervenienten, welche die humanitäre Intervention bereits gegenwärtig für rechtmäßig halten, durch den Zugewinn an Legitimität. Dies betrifft vor allem westliche Staaten wie die USA, Frankreich oder das Vereinigte Königreich. Zum anderen profitieren potentielle Interventionsobjekte, die das völkerrechtliche zwingende Recht einhalten möchten, durch den verbesserten Schutz vor einem Missbrauch der humanitären Intervention. Weniger lohnend ist ein Übereinkommen für Staaten wie Russland und die VR China, die einerseits als Interventionsobjekt nicht in Betracht kommen und sich andererseits auch nicht auf die humanitäre Intervention berufen möchten. Auch Staaten, in denen die konkrete Gefahr von Menschenrechtsverletzungen unter Verstoß gegen das völkerrechtlich zwingende Recht besteht, werden kaum geneigt sein, ein entsprechendes Übereinkommen zu ratifizieren.

Ein sachgerechtes Übereinkommen kann am ehesten abgeschlossen werden, solange etwaige Menschenrechtsverletzungen noch nicht absehbar sind und ein „*Schleier des Nichtwissens*“<sup>15</sup> über den Vertragsparteien liegt. Es wäre daher zu begrüßen, wenn interessierte Staaten ein entsprechendes Übereinkommen ohne konkreten Anlass abschließen, dem im Laufe der Zeit weitere Staaten beitreten können. Auf diese Weise könnten sich das Geltungsgebiet des Übereinkommens und die Zone der Rechtssicherheit im Laufe der Zeit ausdehnen. Zwar wäre das Übereinkommen zunächst mit dem Makel behaftet, dass gerade diejenigen Staaten, in denen eine humanitäre Intervention am ehesten angebracht wäre, nicht beitreten. Bei diesen Staaten handelt es sich jedoch nicht um eine für alle Zeiten festgelegte Gruppe; vielmehr kann es hier zu Veränderungen kommen. Daher können auch diese Staaten über einen längeren Zeitraum betrachtet nacheinander einbezogen werden.

Wie ein Übereinkommen über die humanitäre Intervention

<sup>14</sup> BT-Drucks. 16/9218 v. 5. Mai 2008.

<sup>15</sup> Formulierung in Anlehnung an, J. Rawls, A Theory of Justice, Oxford 1972, und J. Rawls, Gerechtigkeit als Fairness, Frankfurt a.M. 2003.

inhaltlich ausgestaltet sein könnte, wurde an anderer Stelle begründet<sup>16</sup> und soll nicht wiederholt werden. Stattdessen soll der Entwurf eines entsprechenden Übereinkommens angeführt werden, an dem sich etwaig interessierte Staaten orientieren können.

– Entwurf –

### Übereinkommen über die Regelung der völkerrechtlichen Voraussetzungen einer humanitären Intervention

Die Vertragsstaaten dieses Übereinkommens –

bekräftigend, dass gemäß Artikel 2 Ziffer 4 der Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 in den internationalen Beziehungen jede gegen die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines Staates gerichtete oder sonst mit den Zielen der Vereinten Nationen unvereinbare Androhung oder Anwendung von Gewalt zu unterlassen ist,

in dem Bewusstsein, dass der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen gemäß Art. 39 der Charta der Vereinten Nationen feststellt, ob eine Bedrohung oder ein Bruch des Friedens oder eine Angriffshandlung vorliegt, Empfehlungen abgibt oder beschließt, welche Maßnahmen zu treffen sind, um den Weltfrieden und die internationale Sicherheit zu wahren oder wiederherzustellen,

in dem Wissen, dass es zwingende Normen des Völkerrechts gibt, die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt werden und von denen nicht abgewichen werden darf,

bekräftigend, dass zu diesen Normen die Verbote von Völkermord, Sklavenhandel, Folter und unmenschlicher Behandlung sowie willkürlicher Tötung gehören,

respektierend, dass unterschiedliche Rechtsauffassungen zu der Frage vertreten werden, ob Verletzungen dieser Normen ohne Mandat des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen durch eine humanitäre Intervention beendet werden dürfen,

von dem Wunsch geleitet, im Verhältnis zwischen den Vertragsstaaten auf der Basis der Gegenseitigkeit und unter Beibehaltung der unterschiedlichen Rechtsauffassungen eine Regelung der völkerrechtlichen Voraussetzungen einer humanitären Intervention zu treffen –

haben Folgendes vereinbart:

#### Artikel 1 Gegenstand des Übereinkommens

Dieses Übereinkommen regelt die völkerrechtlichen Voraussetzungen, unter denen eine humanitäre Intervention im Verhältnis zwischen den Vertragsstaaten zulässig ist.

#### Artikel 2 Definitionen

Für die Zwecke dieses Übereinkommens bedeuten:

1. Humanitäre Intervention: Jede gegen die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines anderen Vertragsstaates gerichtete Anwendung oder Androhung von Gewalt, die nicht auf einem Mandat des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen beruht und die zum Ziel hat, Menschenrechtsverletzungen in einem anderen Staat an Staatsangehörigen des anderen Staates oder Staatenlosen zu unterbinden.
2. Interventionsobjekt: Vertragsstaat oder Vertragsstaaten, gegen den oder die eine humanitäre Intervention gerichtet ist.
3. Intervenient: Vertragsstaat oder Vertragsstaaten, von dem oder von denen eine humanitäre Intervention angekündigt, vorbereitet oder durchgeführt wird.

#### Artikel 3 Einverständnis zur humanitären Intervention

- (1) Jeder Vertragsstaat erteilt den übrigen Vertragsstaaten sein Einverständnis zu einer humanitären Intervention für den Fall, dass die in diesem Übereinkommen festgelegten Voraussetzungen gegeben sind.
- (2) Eine humanitäre Intervention ist im Verhältnis zwischen den Vertragsstaaten nur unter den Voraussetzungen dieses Übereinkommens zulässig.
- (3) Die Rechtslage im Verhältnis zwischen Vertragsstaaten und anderen Staaten bleibt durch dieses Übereinkommen unberührt.

#### Artikel 4 Interventionsgrund (*iusta causa*)

- (1) Eine humanitäre Intervention setzt einen erheblichen Verstoß gegen zwingendes Völkerrecht (*ius cogens*) voraus.
- (2) Ein Verstoß gegen zwingendes Völkerrecht ist insbesondere in Fällen von Völkermord, Sklavenhandel, Folter und unmenschlicher Behandlung sowie willkürlicher Tötung gegeben.
- (3) Der Verstoß gegen das zwingende Völkerrecht ist erheblich, wenn mindestens 1.000 Menschen betroffen oder gefährdet sind.

<sup>16</sup> Ch. Henke, Die humanitäre Intervention. Völker- und verfassungsrechtliche Probleme unter besonderer Berücksichtigung des Kosovo-Konflikts, Diss. Münster 2002, S. 100 – 110; Ch. Henke, Beitrag zur neueren Lehre vom gerechten Krieg, in: Ch. v. Starck, Kann es heute noch gerechte Kriege geben?, Göttingen 2008, S. 109 – 157.

### **Artikel 5** **Verhältnismäßigkeit**

Eine humanitäre Intervention ist nur zulässig, soweit sie verhältnismäßig ist.

### **Artikel 6** **Intervenient (*legitima auctoritas*)**

- (1) Intervenient können ein Vertragsstaat oder mehrere Vertragsstaaten sein.
- (2) Eine Übertragung von Aufgaben vom Intervenienten an Private oder dritte Staaten setzt voraus, dass diesen lediglich untergeordnete Hilfsaufgaben übertragen werden, die wesentliche Entscheidungsbefugnis beim Intervenienten verbleibt und sichergestellt ist, dass die Privaten oder dritten Staaten mindestens diejenigen Verpflichtungen des *ius in bello* einhalten, an die der Intervenient gebunden ist.

### **Artikel 7** **Interventionsobjekt**

- (1) Eine humanitäre Intervention setzt voraus, dass die Verletzung des zwingenden Völkerrechts dem Interventionsobjekt zurechenbar ist.
- (2) Zurechenbarkeit liegt vor, wenn die Verletzung des zwingenden Völkerrechts im Hoheitsgebiet des Interventionsobjekts stattfindet oder von dessen Hoheitsgebiet ausgeht und das Interventionsobjekt nicht willens oder nicht in der Lage ist, die Verletzung zu beenden.

### **Artikel 8** **Ultima ratio-Prinzip**

- (1) Vor einer humanitären Intervention müssen alle Möglichkeiten für eine friedliche Konfliktbeilegung ausgeschöpft sein.
- (2) Eine humanitäre Intervention setzt voraus, dass der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen keine widersprechende Entscheidung getroffen hat.
- (3) Einer humanitären Intervention hat in der Regel ein erfolglos abgelaufenes Ultimatum gegenüber dem Interventionsobjekt voranzugehen.

### **Artikel 9** **Zeitpunkt der humanitären Intervention**

- (1) Eine humanitäre Intervention setzt voraus, dass die erhebliche Verletzung des zwingenden Völkerrechts gerade stattfindet oder unmittelbar bevorsteht.
- (2) Eine humanitäre Intervention ist insbesondere unzulässig, wenn die Verletzung des zwingenden Völkerrechts bereits beendet ist.

### **Artikel 10** **Motiv des Intervenienten (*recta intentio*)**

Die humanitären Motive des Intervenienten dürfen nicht vollständig durch andere Motive verdrängt werden.

### **Artikel 11** **Glaubhaftmachung**

Die in Artikel 4 bis 10 genannten Voraussetzungen für eine humanitäre Intervention müssen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gegeben sein, ohne dass alle theoretischen und vernünftigen Zweifel ausgeräumt zu sein bräuchten.

### **Artikel 12** **Einhaltung des *ius in bello***

Die Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Einhaltung des *ius in bello* bleibt von diesem Übereinkommen unberührt.

### **Artikel 13** **Aufrechterhaltung der Kommunikation**

- (1) Vor, während und nach der humanitären Intervention hat der Intervenient die Kommunikation mit dem Interventionsobjekt aufrechtzuhalten.
- (2) Der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen ist jederzeit vollständig über die Maßnahmen auf dem Laufenden zu halten, die seitens des Intervenienten getroffen oder in Aussicht genommen werden. Vor der humanitären Intervention ist der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen über die geplante Intervention so rechtzeitig zu unterrichten, dass er die Möglichkeit hat, eine eigene Entscheidung zu treffen. Während der humanitären Intervention ist der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen mindestens einmal wöchentlich über alle wesentlichen Umstände zu unterrichten. Der Intervenient hat nach Abschluss der humanitären Intervention dem Sicherheitsrat der Vereinten Nationen einen Abschlussbericht vorzulegen.

### **Artikel 14** **Wiederherstellung der Souveränität**

- (1) Nach Beendigung der humanitären Intervention sind territoriale Unversehrtheit und politische Unversehrtheit des Interventionsobjekts wiederherzustellen.
- (2) Der Intervenient ist berechtigt, Recht und Ordnung im Interventionsobjekt wiederherzustellen.
- (3) Eingriffe in die Souveränität des Interventionsobjekts sind auf das zur Durchsetzung des zwingenden Völkerrechts erforderliche Minimum zu beschränken.

### **Artikel 15** **Keine Interventionspflicht**

Keine Vorschrift in diesem Übereinkommen ist so zu verstehen, dass sie eine Verpflichtung zu einer humanitären Intervention begründet.

### **Artikel 16** **Schadensersatz**

- (1) Der Intervenient haftet gegenüber dem Interventionsobjekt im Falle einer dem Grunde nach rechtswidrigen Intervention für alle von ihm oder gemäß Artikel 6 Abs. 2 eingesetzten Privaten oder dritten Staaten verursachten Schäden.

(2) Der Intervenient haftet gegenüber dem Interventionsobjekt im Falle einer dem Grunde nach rechtmäßigen Intervention für alle rechtswidrig verursachten Schäden, die auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Intervenienten oder etwaiger gemäß Artikel 6 Abs. 2 eingesetzter Privater oder dritter Staaten beruhen.

(3) Eine etwaige Haftung gegenüber Dritten bleibt von diesem Übereinkommen unberührt.

#### **Artikel 17 Vorbehalte**

Vorbehalte zum Übereinkommen sind unzulässig.

#### **Artikel 18 Meinungsverschiedenheiten**

(1) Die Vertragsstaaten unterwerfen sich im Hinblick auf alle Streitigkeiten im Zusammenhang mit diesem Übereinkommen der Gerichtsbarkeit des Internationalen Gerichtshofs.

(2) Untersagt der Internationale Gerichtshof als vorsorgliche Maßnahme zur Sicherung der Rechte des Interventionsobjekts den Beginn oder die Fortsetzung einer humanitären Intervention, ist die humanitäre Intervention abzubrechen. Die Vertragsstaaten stimmen darin überein, dass andernfalls ein bewaffneter Angriff auf das Interventionsobjekt erfolgt und dass diesem das Recht zur individuellen oder kollektiven Selbstverteidigung zusteht, bis der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen die zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit erforderlichen Maßnahmen getroffen hat.

#### **Artikel 19 Ratifikation**

(1) Das Übereinkommen liegt für alle Staaten, die an den Verhandlungen zur Regelung der völkerrechtlichen Voraussetzungen der humanitären Intervention teilgenommen haben, zur Unterzeichnung auf.

(2) Es bedarf der Ratifikation, Annahme oder Genehmigung; die Ratifikations-, Annahme- oder Genehmigungsurkunden werden beim Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten des \_\_\_\_\_, dem Verwahrer des Übereinkommens, hinterlegt.

#### **Artikel 20 Beitritt anderer Staaten**

(1) Jeder andere Staat kann dem Übereinkommen beitreten, nachdem es gemäß Artikel 21 Absatz 1 in Kraft getreten ist.

(2) Die Beitrittsurkunde wird beim Verwahrer hinterlegt.

(3) Der Beitritt wirkt nur in den Beziehungen zwischen dem beitretenden Staat und den Vertragsstaaten, die innerhalb von sechs Monaten nach Eingang der in Artikel 23 Buchstabe b vorgesehenen Notifikation keinen Einspruch

gegen den Beitritt erhoben haben. Nach dem Beitritt kann ein solcher Einspruch auch von jedem Staat in dem Zeitpunkt erhoben werden, in dem er das Übereinkommen ratifiziert, annimmt oder genehmigt. Die Einsprüche werden dem Verwahrer notifiziert.

#### **Artikel 21 Inkrafttreten**

(1) Das Übereinkommen tritt am ersten Tag des Monats in Kraft, der auf einen Zeitabschnitt von drei Monaten nach der in Artikel 19 vorgesehenen Hinterlegung der dritten Ratifikations-, Annahme- oder Genehmigungsurkunde folgt.

(2) Danach tritt das Übereinkommen für jeden Staat in Kraft, der es später ratifiziert, annimmt oder genehmigt oder der ihm beitrifft, am ersten Tag des Monats, der auf einen Zeitabschnitt von drei Monaten nach Hinterlegung seiner Ratifikations-, Annahme-, Genehmigungs- oder Beitrittsurkunde folgt.

#### **Artikel 22 Kündigung**

(1) Jeder Vertragsstaat kann das Übereinkommen durch eine an den Verwahrer gerichtete schriftliche Notifikation kündigen.

(2) Die Kündigung wird am ersten Tag des Monats wirksam, der auf einen Zeitabschnitt von drei Jahren nach Eingang der Notifikation beim Verwahrer folgt. Ist in der Notifikation für das Wirksamwerden der Kündigung ein längerer Zeitabschnitt angegeben, so wird die Kündigung nach Ablauf des entsprechenden Zeitabschnitts nach Eingang der Notifikation wirksam.

#### **Artikel 23 Notifikationen**

Der Verwahrer notifiziert den Vertragsstaaten sowie den Staaten, die nach Artikel 20 beigetreten sind,

- a) jede Unterzeichnung, Ratifikation, Annahme und Genehmigung,
- b) jeden Beitritt und jeden Einspruch gegen einen Beitritt,
- c) den Tag, an dem das Übereinkommen in Kraft tritt,
- d) jede Kündigung.

Zu Urkund dessen haben die hierzu gehörig befugten Unterzeichneten dieses Übereinkommen unterschrieben.

Geschehen in \_\_\_\_\_ am \_\_\_\_\_ in englischer, französischer und deutscher Sprache, wobei jeder Wortlaut gleichermaßen verbindlich ist, in einer Urschrift, die im Archiv der Regierung des \_\_\_\_\_ hinterlegt und von jedem Staat, der an den Verhandlungen zur Regelung der völkerrechtlichen Voraussetzungen einer humanitären Intervention teilgenommen hat, auf diplomatischem Weg eine beglaubigte Abschrift übermittelt wird. ■

# Revisiting the Definition of the Crime of Aggression

Sergey Sayapin\*

Der Begriff des Aggressionsverbrechens im Sinne des Rom-Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs ist eine der wichtigsten Fragen des modernen Völkerstrafrechts. Die unter der Assembly of State Parties funktionierende Special Working Group on the Crime of Aggression hat zur Ausarbeitung von entsprechenden materiellen und strafverfahrensbezogenen Entwurfsnormen beigetragen, die sowohl das Verbrechen definieren als auch rationale Mechanismen der Interaktion zwischen dem UN-Sicherheitsrat und dem Internationalen Strafgerichtshof vorschlagen. In diesem Beitrag werden die Entwurfsnormen kritisch analysiert, und entsprechende Korrekturen werden empfohlen. Es wird anschließend vorgeschlagen, dass die neuen Normen – wenn sie auf der Review Conference in 2010 angenommen werden – imstande sein sollten, nicht nur die Kompetenz des Internationalen Strafgerichtshofs zu erweitern, sondern auch die Funktionen des UN-Sicherheitsrats und des IGH zu beeinflussen.

The definition of the crime of aggression for the purpose of the Rome Statute of the International Criminal Court remains a key issue of contemporary international criminal law. The work accomplished to date by the Special Working Group on the Crime of Aggression has resulted in promising draft amendments to the Rome Statute, which define the crime on the basis of relevant international law sources and suggest workable mechanisms of interaction between the Court and the United Nations Security Council. The article examines the draft amendments in a critical way and recommends according substantial and procedural improvements. It is suggested that the new rules of the Rome Statute, if duly recognised, should affect the practice of both the International Criminal Court and the Security Council, as well as other relevant United Nations bodies, such as the International Court of Justice.

## 1. Introduction

It is a paradox that now, sixty-three years after the establishment of the United Nations, there still exists no legally binding definition of a key concept of its Charter. It is a declared purpose of the United Nations to “take effective [...] measures [...] for the suppression of acts of aggression or other breaches of peace”<sup>1</sup> but not even Chapter VII of the UN Charter (*Action with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression*) defines aggression as a material term of international treaty law. The UN Security Council, as a body primarily responsible for the maintenance of international peace and security,<sup>2</sup> had been given power to “determine the existence of any [...] act of aggression”<sup>3</sup> but did not arguably have any agreed normative guidance as to what might constitute aggression until the adoption by the UN General Assembly, in 1974, of a resolution with a Definition of Aggression annexed to it.<sup>4</sup> Even then, the Definition adopted by the General Assembly could not become legally binding and allegedly had “no visible impact” on the deliberations of the Security Council.<sup>5</sup> Later, the International Criminal Court was given jurisdiction over the as yet undefined crime of aggression,<sup>6</sup> on the condition that this jurisdiction should be exercised “once a provision [of the ICC Statute] is adopted [...] defining the crime and setting out the conditions under which the Court shall exercise jurisdiction with respect to this crime”.<sup>7</sup> Importantly, this new provision should “be consistent with the relevant provisions of the Charter of the United Nations”,<sup>8</sup> e.g. with norms which set out predominantly *procedural* conditions for the determination of and dealing with acts of aggression.

As the First Review Conference of States Parties to the ICC Statute (Uganda, 2010) is approaching, the definition of aggression remains on the top of many international lawyers’ agendas.<sup>9</sup> The task of defining the crime of aggression for the

\* Sergey Sayapin graduated from the University of World Economy and Diplomacy’s International Law Department (Tashkent, Uzbekistan), in 1999. In 2001, he received an LL.M. in International Human Rights Law from the University of Essex (Colchester, UK). From 2000 until 2008, he worked at the ICRC Regional Delegation for Central Asia, most recently as Responsible for the Programme on the Implementation of International Humanitarian Law. He is now Dr. iur. candidate at the Humboldt-Universität zu Berlin for the Chair in German and International Criminal Law, Criminal Procedure and Contemporary Legal History. This article reflects the views of the author alone. The author thanks Mr Andrew Bell and Mr Pierre-Emmanuel Ducruet, ICRC staff members, and Ms Sevil Velieva, currently an LL.M. candidate at the University of Essex, for their helpful opinions on the text, and invites readers to send their comments on this article to: sergey.sayapin@yahoo.com.

<sup>1</sup> Charter of the United Nations (UN Charter), reprinted in: M.D. Evans, *Blackstone’s International Law Documents*, 4th ed., London, Blackstone Press Ltd., 1999, pp. 8–26, art. 1(1).

<sup>2</sup> *Ibid.*, art. 24(1).

<sup>3</sup> *Ibid.*, art. 39.

<sup>4</sup> General Assembly, Resolution 3314 (XXIX), 14 December 1974, GAOR 29th Sess., Supp. No. 31, 1974.

<sup>5</sup> M.C. Bassiouni / B.B. Ferencz, “The Crime against Peace”, in M.C. Bassiouni, *International Criminal Law*, 2nd ed., vol. I, New York, Transnational Press, 1999, at 313, 334.

<sup>6</sup> Rome Statute of the International Criminal Court (hereinafter – ICC Statute), UN Doc. A/CONF.183/9, 17 July 1998, art. 5(1); ILC, Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (1996), art. 8, second sentence, unter: [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/English/draft%20articles/7\\_4\\_1996.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/English/draft%20articles/7_4_1996.pdf). (5 March 2009).

<sup>7</sup> ICC Statute, art. 5(2), first sentence.

<sup>8</sup> *Ibid.*, second sentence.

<sup>9</sup> The work on the definition of the crime of aggression is being carried out by a Special Working Group on the Crime of Aggression under the Assembly of States Parties to the ICC Statute. An initial draft text was suggested in January 2007, and the Working Group met in three further sessions since then (in June and December 2007 and in June 2008). The outcomes of these sessions are reflected, respectively, in the following reports: ICC-ASP/6/SWGCA/INF.1, 25 July 2007, ICC-ASP/6/SWGCA/1, 13 December 2007 and ICC-ASP/6/SWGCA/2, 14 May 2008, cf. the website of the ICC: [http://www.icc-cpi.int/library/asp/Report\\_SWGCA\\_English.pdf](http://www.icc-cpi.int/library/asp/Report_SWGCA_English.pdf). (18 June 2008). Two further sessions are planned, respectively, for November 2008 and April, May or June 2009. In accordance with the Resolution ICC-ASP/5/Res.3, 1 December 2006, adopted by the Assembly of States Parties, the Working Group should conclude the drafting 12 months prior to the Review Conference.



purpose of the Statute is in fact more ambitious than it might seem at first glance. It is suggested that the formulation of an acceptable definition would actually have a broader effect than that of just amending the ICC Statute. It would arguably affect the subsequent practice of the UN Security Council as well, even if that indirect effect might, at least initially, be limited to the attitudes of two permanent Security Council members (United Kingdom and France) and those non-permanent ones who are also parties to the ICC Statute. This suggestion reasonably follows from the requirement that the sought definition is “consistent with the relevant provisions of the Charter of the United Nations”: if it is consistent with the UN Charter, there is no reason why the state parties to the Rome Statute should not also use its letter and spirit as an appropriate reference in their capacity of Security Council members.

This article seeks to examine the development of the notion of aggression as well as its principal constituent elements under current customary international law, and to ultimately suggest a possible doctrinal definition of the crime which could suit both the purposes of the ICC Statute and the action of the relevant main organs of the United Nations – first of all, of the Security Council and the International Court of Justice. While the Statute expressly and restrictively provides that none of its provisions relating to individual criminal responsibility should affect the responsibility of states under international law,<sup>10</sup> the attempted definition should necessarily take into account both aspects – elements of an individual crime committed by a state’s policy-making level official(s) and those of an according internationally wrongful act attributable to that state. Under current international law, the first would not exist without the second. Whilst the ICC Statute does not indeed concern itself with the conduct of states, it currently is the only international treaty of potentially universal application which provides space for defining the crime of aggression as a matter of treaty law, even if only for the specific purpose of criminal prosecution of individuals. It is suggested that this specific legal framework might allow for the production of a more comprehensive definition of aggression – a “great unknown” in contemporary international law.

## 2. Evolution of the Definition of Aggression: 1945 – 1996

The UN Charter was the first international treaty in history to decisively proscribe the threat or use of force in international relations: its article 2(4) stated that “[a]ll Members [should] refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations”. This norm was, from its inception, designed to be of a superior legal nature<sup>11</sup> and is now recognized to have acquired the character of customary international law. It is binding even for the few States which are not members of the United Nations.<sup>12</sup> By contrast, the UN Charter’s predecessor – the Covenant of the League of Nations<sup>13</sup> – required member states to refer matters of dis-

pute to arbitration or to the League of Nations Council, depending on the nature of the dispute,<sup>14</sup> but did not exclude resort to force whatsoever.<sup>15</sup> The prohibition of war – even of aggressive war – was not therefore subject to an unconditional prohibition under the Covenant.<sup>16</sup>

The UN Charter, however, confined itself to formulating the above general rule (article 2(4)) and two main exceptions to it – the inherent right of individual or collective self-defence against an armed attack (article 51) and collective security measures authorized by the Security Council (the entirety of Chapter VII) – without elaborating the rule any further. Hence, the 1974 Definition of Aggression had been conceived as a guide for the Security Council’s political determination of the existence of an act of aggression<sup>17</sup> and was widely (though not universally)<sup>18</sup> accepted.<sup>19</sup> The Definition contains a general part and gives an incomplete list of examples of acts of aggression. The general part of the Definition (article 1) reads as follows:

Aggression is the use of armed force by a state against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another state, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations, as set out in this Definition.

Y. Dinstein noted six essential distinctions between this relatively advanced formulation and the primary rule articulated in article 2(4) of the UN Charter: (1) the mere threat of force is excluded; (2) the adjective “armed” is interposed before the noun “force”; (3) “sovereignty” is mentioned together with the territorial integrity and the political independence of the victim state; (4) the victim is described as “another” (rather than “any”) state; (5) the use of force is proscribed whenever it is inconsistent with the UN Charter as a whole, and not only with the purposes of the United Nations; (6) a linkage is created with the rest of the definition.<sup>20</sup> Certainly, the adding of those complementary conditions to the definition of aggression was intended to raise the assessment threshold and to eliminate the possibility of invoking shooting “a few stray bullets across a boundary” as an act of ag-

<sup>10</sup> ICC Statute, art. 25(4).

<sup>11</sup> UN Charter, *supra* note 1, art. 103: “In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail”.

<sup>12</sup> P. Malanczuk, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, 7th ed., London/New York, Routledge, 1997, p. 309.

<sup>13</sup> Covenant of the League of Nations, reprinted in: M.D. Evans, *supra* note 1, pp. 26–36, art. 1(1).

<sup>14</sup> *Ibid.*, arts. 13, 15.

<sup>15</sup> *Ibid.*, art. 12(1), second sentence.

<sup>16</sup> I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 697; I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, pp. 55 *et seq.*

<sup>17</sup> J.I. Garvey, “The UN Definition of Aggression: Law and Illusion in the Context of Collective Security”, (1976–77) 17 *Virginia Journal of International Law* 177, 193–194.

<sup>18</sup> J. Stone, “Hopes and Loopholes in the 1974 Definition of Aggression”, (1977) 71 *American Journal of International Law* 224 – 246.

<sup>19</sup> Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 3rd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 115.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 116.

gression.<sup>21</sup> Article 2 of the definition further emphasized that alleged acts of aggression or their consequences should be of “sufficient gravity” and that minor incidents of the use of armed force might therefore not constitute aggression, subject to appreciation by the Security Council in accordance with the Charter. In concurrence with this provision, article 3 enumerates possible examples of acts of aggression, regardless of their being accompanied by a declaration of war:

- ”(a) The invasion or attack by the armed forces of a state of the territory of another state, of any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another state or part thereof;
- (b) Bombardment by the armed forces of a state against the territory of another state or the use of any weapons by a state against the territory of another state;
- (c) The blockade of the ports or coasts of a state by the armed forces of another state;
- (d) An attack by the armed forces of a state on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another state;
- (e) The use of armed forces of one state which are within the territory of another state with the agreement of the receiving state, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement;
- (f) The action of a state in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another state, to be used by that other state for perpetrating an act of aggression against a third state;
- (g) The sending by or on behalf of a state of armed hands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another state of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein.”

Out of these, only the last subparagraph was pronounced by the International Court of Justice to be declaratory of customary law.<sup>22</sup> Y. Dinstein argues, however, that possibly the other portions of article 3 may also be regarded as being indicative of “harder” international law than the General Assembly resolutions are as a rule.<sup>23</sup> Yet, the genuine problem about the international legal value of the 1974 Definition is that its article 3 is not exhaustive, and the Security Council may itself determine what other acts may amount to aggression,<sup>24</sup> which is in contravention of the fundamental principle of legality. This liberty of political judgment accorded to the Council is undoubtedly justified in light of its required operational flexibility as an international body primarily responsible for the maintenance of international peace and security. However, the legal qualification of situations as acts of aggression, in order for them to entail specific consequences for states and individuals under international law,<sup>25</sup> should involve more strictly defined assessment criteria and a less politicised procedure than the Security Council’s is.<sup>26</sup>

Importantly, the 1974 Definition of Aggression was the last international instrument which made a terminological distinction between “aggression” (which “gives rise to international responsibility”) and a “war of aggression” (which is “a

crime against international peace”).<sup>27</sup> In its turn, the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind already referred to “aggression” generically throughout the text,<sup>28</sup> and a similar approach was adopted by the drafters of the Rome Statute.<sup>29</sup> Article 16 of the Draft Code was a major departure (indeed one indicative of the progressive development of international law) in that it connected in one concise formulation the proscribed conduct of an aggressor state (internationally wrongful act) resulting from the criminal behaviour of individuals at that state’s policy-making level (individual crime):

An individual who, as leader or organizer, actively participates in or orders the planning, preparation, initiation or waging of aggression *committed by a state* shall be responsible for a crime of aggression [emphasis added].

According to the International Law Commission’s Commentary on article 16 of the Draft Code, “[t]he rule of international law which prohibits aggression [e.g. article 2(4) of the UN Charter] applies to the conduct of a state in relation to another state. Therefore, only a state is capable of committing aggression by violating this rule of international law which prohibits such conduct. At the same time, a state is an abstract entity which is incapable of acting on its own. A state can commit aggression only with the active participation of the individuals who have the necessary authority or power to plan, prepare, initiate or wage aggression [...] Thus, the violation by a state of the rule of international law prohibiting aggression gives rise to the criminal responsibility of the individuals who played a decisive role in planning, preparing, initiating or waging aggression. Individual responsibility for such a crime is intrinsically and inextricably linked to the commission of aggression by a state. The words ‘aggression committed by a state’ clearly indicate that such a violation of the law by a state is a *sine qua non* condition for the possible attribution to an individual of responsibility for a crime of aggression.”<sup>30</sup>

<sup>21</sup> B. Bross, “The Definition of Aggression”, (1977) 154 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* 346.

<sup>22</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA)*, Jurisdiction and Admissibility 27 June 1986, ICJ Reports 392, at 14, paras. 106 *et seq.*

<sup>23</sup> Y. Dinstein, *supra* note 19, p. 118.

<sup>24</sup> General Assembly, *supra* note 4, Annex, art. 4.

<sup>25</sup> Under art. 39 of the UN Charter, no difference is made as to recommendations or measures the Security Council may take with regard to threats to the peace, breaches of the peace or acts of aggression in accordance with arts. 41 or 42 of the Charter. However, given the exceptionally grave character of aggression as a crime against peace, it is submitted that its legal consequences for delinquent States and the individual perpetrators should be defined more specifically.

<sup>26</sup> For a critical overview of current draft amendments to the ICC Statute, see below, Section 2.

<sup>27</sup> General Assembly, *supra* note 4, Annex, art. 5(2).

<sup>28</sup> *Id.*, arts. 2(2), 8 (aggression is mentioned indirectly), 16.

<sup>29</sup> Strictly speaking, arts. 5(1) and 5(2) of the ICC Statute refer by name to the “crime of aggression”. As will be shown below, this formulation is indeed preferable with regard to acts committed by natural persons, while “aggression” is an act committed by States.

<sup>30</sup> Report of the ILC on the works of its forty-eighth session, in: GAOR, Fifty-first Session, Supplement No. 10, UN Doc. A/51/10, 6 May to 26 July 1996, p. 43.

The 1996 Draft Code of Crimes represents the current state of international law with respect to the definition of aggression, and our further argumentation should be consequently built upon its relevant provisions. It follows authoritatively from the passage quoted above that aggression has at least two characteristics. Firstly, it is an act of which only states are capable. Under current international law, alleged acts of aggression may be attributed only to states and not to any other subjects of international law (e.g. international organizations cannot be held guilty of committing aggression). Secondly, aggression constitutes a violation of a specific rule of international law, i.e. an internationally wrongful act as it is defined in article 2 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility.<sup>31</sup> This peremptory obligation consists of a requirement addressed to states to comply in good faith with article 2(4) of the UN Charter, i.e. in their refraining from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations. Theoretically, if a state violates that obligation, and the Security Council qualifies that violation as an act of aggression, the mechanism of the aggressor state's international responsibility should be automatically triggered,<sup>32</sup> and the aggressor state's officials responsible for the act of aggression should be held criminally responsible by a national or international criminal court (for example, the ICC). However, as will be seen below, the realities of the Security Council's practice are more complicated. In the next section, some essential difficulties of the Security Council's decision-making procedure relative to the subject-matter of this article will be considered, and possible solutions will be proposed.

### 3. The Determination of Acts of Aggression: Practices in the Past and Theories for the Future

*De lege lata*, the exclusive power to determine acts of aggression lies with the Security Council,<sup>33</sup> and no other body has a similar authority. However, too much space for subjectivity is left to the Council in the exercise of that power. Practically, from 1946 to 1986, during the period when dozens of international armed conflicts took place,<sup>34</sup> the Security Council passed only two decisions under article 39 that there was a "breach of the peace" – in the case of Korea in 1950<sup>35</sup> and with regard to the Falklands conflict in 1982.<sup>36</sup> During the same period, the Council referred to "aggression" only in the instances of Israel and South Africa, and determined no more than seven cases of "threat to international peace and security".<sup>37</sup> The rule contained in the first sentence of article 2 of the 1974 Definition of Aggression was thus consistently disregarded.<sup>38</sup> Naturally, the Soviet invasion in Afghanistan on 25 December 1979 was not regarded as an act of aggression,<sup>39</sup> and even the Iraqi invasion in Kuwait on 2 August 1990 was termed a breach of the peace and of international security.<sup>40</sup> Given the statistics of veto use in the Security Council between 1945 and 1992,<sup>41</sup> it is not surprising that acts of aggression were determined exceptionally rarely.

The conclusion is straightforward: since states' obligations under the UN Charter prevail over their obligations under

any other international agreement,<sup>42</sup> (including the Rome Statute) and three permanent members of the Security Council having veto power (China, Russia and the United States) not being parties to the Rome Statute, the presumably independent<sup>43</sup> International Criminal Court will remain entirely dependent on the Security Council in the exercise of jurisdiction over the crime of aggression,<sup>44</sup> unless (a) a workable mechanism of the Court's interaction with the Security Council is established or sound alternative mechanisms are put in place without amending the UN Charter, and (b) the to-be-made amendments to the Rome Statute arrive at an objective legal definition of aggression. Let us consider these two conditions in turn.

#### 3.1 Establishing a Workable Mechanism of Interaction with the Security Council and Proposals for Alternative Mechanisms

It is submitted that any proposal of amendment to the Rome Statute where the procedural role of the Security Council in the determination of acts of aggression were manifestly downgraded would not hold. If such a provision were adopted, and the International Criminal Court attempted, in the future, to indict someone on its basis against the Security Council's will, the Council would always have the power to defer investigation or prosecution.<sup>45</sup> Besides, as was noted above, the prosecution of

<sup>31</sup> General Assembly, Resolution 56/83, UN Doc. A/56/83, 12 December 2001, adopted at the 85th plenary meeting, Annex, Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, art. 2: "There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission:

(a) Is attributable to the State under international law; and  
(b) Constitutes a breach of an international obligation of the State".

<sup>32</sup> *Ibid.*, art. 1: "Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State".

<sup>33</sup> UN Charter, *supra* note 1, art. 39.

<sup>34</sup> For an overview of 160 international and non-international armed conflicts fought between 1945 and 1985, see U. Borchardt *et al.*, *Die Kriege der Nachkriegszeit*, 1986, p. 68.

<sup>35</sup> See J. Young / J. Kent, *International Relations Since 1945: A Global History*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 146–152.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 573.

<sup>37</sup> M. Koskeniemi, "The Place of Law in Collective Security", (1996) 17 *Michigan Journal of International Law* 455–490, at 458.

<sup>38</sup> General Assembly, *supra* note 4, Annex, art. 2 (first sentence): "The first use of armed force by a State in contravention of the Charter shall constitute prima facie evidence of an act of aggression [...]".

<sup>39</sup> J. Young and J. Kent, note that even friends of the USSR, such as India, were critical over the invasion. In the absence of a negative qualification by the Security Council, it was condemned by the UN General Assembly by 104 to 18 votes. See *supra* note 35, p. 493.

<sup>40</sup> Security Council, Resolution 660, UN Doc. S/660/1990, 2 August 1990.

<sup>41</sup> During the said period, the Soviet Union used its veto right 114 times; USA 69; United Kingdom 30; France 18; China 3. See A. Roberts / B. Kingsbury, *United Nations, Divided World: The UN's Roles in International Relations*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 10.

<sup>42</sup> UN Charter, *supra* note 1, art. 103.

<sup>43</sup> ICC Statute, 9th preambular paragraph.

<sup>44</sup> The assertion that "the Court [would not be] bound by a determination of an act of aggression by the Security Council or any other organ outside the Court" therefore seems to be incorrect. See document ICC-ASP/6/ICCWA/INF.1, *supra* note 9, para. 54.

<sup>45</sup> ICC Statute, art. 16: "No investigation or prosecution may be commenced or proceeded with under this Statute for a period of 12 months after the Security Council, in a resolution adopted under Chapter VII of the Charter of the United Nations, has requested the Court to that effect; that request may be renewed by the Council under the same conditions".

individuals for the crime of aggression would necessarily require an appropriate determination in accordance with international law,<sup>46</sup> (e.g. by the Security Council or in accordance with another appropriate procedure which remains to be defined) of an act of aggression committed by the respective state. It would therefore make no sense to adopt an idealistic mechanism endowing the International Criminal Court with a seeming power to “compete” with the Security Council, which *a priori* would be doomed to failure.

To solve the difficulty, a number of proposals were made with a view to harmonizing the UN Charter and the ICC Statute while the Statute was still being drafted.<sup>47</sup> None of them, however, were accepted at the Rome Conference in 1998, and the drafting efforts continued in the framework of a Special Working Group on the Crime of Aggression. The working text suggested to the Working Group in 2007, which is reproduced below, was quite realistic, since it provided for a variety of reasonable procedural options involving both the Security Council and alternative international bodies. The same text served as a basis for further discussions within the Working Group, which took place in 2008:<sup>48</sup>

- “1. The Court may exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with article 13, subject to the provisions of this article.
2. Where the Prosecutor concludes that there is a reasonable basis to proceed with an investigation in respect of a crime of aggression, he or she shall seek authorization by the Pre-Trial Chamber for the investigation in respect of this crime.
3. The Pre-Trial Chamber may, in accordance with the procedure contained in article 15, authorize the commencement of the investigation in respect of a crime of aggression,
  - (a) if the Security Council has determined that an act of aggression has been committed by the state referred to in article 8 *bis*; or
  - (b) if the Security Council has decided not to object to the investigation in respect of a crime of aggression; or
  - (c) if the General Assembly or the International Court of Justice has determined that an act of aggression has been committed by the state referred to in article 8 *bis*.
4. In the absence of such a determination or decision, the Pre-Trial Chamber shall notify the Secretary-General of the United Nations of the request submitted by the Prosecutor, including any relevant information and documents.
5. Where no such determination or decision is made within [xx] months after the date of notification, the Pre-Trial Chamber may authorize the commencement of the investigation in accordance with the procedure contained in article 15.
6. This article is without prejudice to the provisions relating to the exercise of jurisdiction with respect to other crimes referred to in article 5.”

Subparagraph 3(a) of Draft article 15 *bis* is rather clear and raises no objections. Clearly, if the Security Council determined that an act of aggression has been committed, the Pre-Trial Chamber would not be merely “allowed” but arguably compelled to authorize the investigation in respect of a crime of aggression. Importantly, this subparagraph entitles the Security Council to refer to the Court situations involving the

commission of alleged acts of aggression not only by states parties to the Rome Statute but, more generally, by any member of the United Nations.<sup>49</sup> Less unquestionably but still possibly, if the Security Council, in response to a direct inquiry from the Pre-Trial Chamber of the International Criminal Court (subparagraph 3(b)), decided not to object to the investigation of a crime of aggression,<sup>50</sup> it might be inferred that the Council did not resolutely exclude the qualification of the situation in question as an act of aggression and the Court might consequently proceed.

By contrast, some other provisions do raise questions of compatibility with the UN Charter and even the ICC Statute itself. Firstly, it follows from paragraph 1 of Draft article 15 *bis* that, in accordance with article 13 of the Statute, the Court should be able to exercise jurisdiction with respect to an alleged crime of aggression, if a situation in which the crime appears to have been committed is referred to the Prosecutor by either a state Party to the Statute or the Security Council, or if the Prosecutor has himself initiated an investigation in respect of such a crime in accordance with article 15. It is however suggested that it is not up to any state party to the Statute to refer allegations of aggression to the Prosecutor but only to a state party, which considers itself to be a victim of aggression committed by another state party, or by its successor state. The Commentary to article 8 of the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (“Establishment of Jurisdiction”) states that “[t]he determination by a national court of one state of the question of whether another state had committed aggression would be contrary to the fundamental principle of international law *par in parem imperium non habet*. Moreover, the exercise of jurisdiction by the national court of a state which entails consideration of the commission of aggression by another state would have serious implications for international relations and international peace and security”. So, if the judiciary of a state other than the victim state is precluded from assessing an allegation of aggression in accordance with a judicial procedure, one may ask why then the executive branch of power, whose designated bodies, although usually in charge of maintaining official communication with the Court,<sup>51</sup> should be empowered to make legally significant allegations to the effect. In the absence of a satisfactory answer to this question, and taking into account the Commentary to article 8 of the Draft Code quoted above, it seems proper that the right of referral by a state party be reserved exclusively to the victim state or to its successor(s).

<sup>46</sup> Report of the ILC on the works of its 48 session, *supra* note 30.

<sup>47</sup> For an overview of such proposals, see: F. Lattanzi / W. Schabas, *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ripa Fignano Alto, 1999, pp. 74–75, 98.

<sup>48</sup> Draft art. 15 *bis*, “Exercise of jurisdiction over the crime of aggression”, reproduced in the document ICC-ASP/6/SWGCA/INF.1, *supra* note 9, Annex III, at p. 20.

<sup>49</sup> On effects of the ICC Statute for “third States”, see W. Zhu, “On co-operation by states not party to the International Criminal Court”, (2006) 861 *International Review of the Red Cross* 87–110, especially at 90–92.

<sup>50</sup> Presumably, in this context, the verb “decide” should be interpreted as to signify an implicit decision not to block or defer the investigation, i.e. the absence of a relatively rapid Council resolution to the effect.

<sup>51</sup> Cf. ICC Statute, art. 87(1)(a).

Secondly, as regards paragraph 3(c), the General Assembly is not authorized under the UN Charter to determine the existence of an act of aggression. It may only “discuss any questions relating to the maintenance of international peace and security brought before it by any Member of the United Nations, or by the Security Council, or by a state which is not a Member of the United Nations [...] and, except as provided in article 12, may *make recommendations* with regard to any such questions to the state or states concerned or to the Security Council or to both. *Any such question on which action is necessary shall be referred to the Security Council by the General Assembly either before or after discussion*” (emphasis added).<sup>52</sup> The General Assembly does not have a decisive say in such matters. By contrast, article 12(1) of the Charter emphasizes the dominant role of the Security Council in the field of maintenance of international peace and security: “While the Security Council is exercising in respect of any dispute or situation the functions assigned to it in the present Charter, *the General Assembly shall not make any recommendation with regard to that dispute or situation unless the Security Council so requests*” (emphasis added). The reference to the General Assembly in paragraph 3(c) of current Draft article 15 *bis* thus constitutes an unsound attempt to circumvent the Security Council’s exclusive competence and should therefore not be maintained in the final draft.

On the other hand, the reference to the International Court of Justice made in the same draft paragraph seems to be quite appropriate. Article 36 of the Statute of the International Court of Justice provides that the jurisdiction of the Court comprises, *inter alia*, “all matters specially provided for in the Charter of the United Nations *or in treaties and conventions in force*” (emphasis added). In accordance with this provision, the Rome Statute may indeed be amended with a view to giving the International Court of Justice the power under article 36(2)(c) of its own Statute<sup>53</sup> to determine the commission by a state party to the Rome Statute of an act of aggression. More particularly, it is submitted that despite the absence of previous extensive jurisprudence on the subject, the International Court of Justice, as the principal judicial organ of the United Nations, should be competent to decide, as a matter of a legal dispute, whether an act committed by a state would constitute a breach of that state’s international obligation under article 2(4) of the UN Charter. It is certainly presumed that any state party to the Rome Statute considering the acceptance of the new article on the crime of aggression should also necessarily consider accepting, in relation to any other state party accepting the same obligation, the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice with regard to its competence to consider whether there exists a breach of an international obligation under article 2(4) of the UN Charter and, if so, whether that breach constitutes an act of aggression.

Again, in accordance with the Commentary on article 8 of the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, the right to institute proceedings with regard to an alleged act of aggression before the International Court of Justice should be reserved exclusively to states which con-

sider themselves as victims of aggression or to their successors.

In addition, it should be stressed that, unlike even the International Criminal Court, the International Court of Justice is independent from the Security Council in its decision-making. Nothing in the Statute of the International Court of Justice suggests that its judicial competence may be directly influenced by the Council. This circumstance is extremely important for the purpose of the future amendment to the ICC Statute: decisions of the Court have binding force for the parties to a particular case,<sup>54</sup> and judgments so passed among the parties to particular cases are final and without appeal.<sup>55</sup> Consequently, should the Court in the future determine that an act committed by a state constitutes a breach of that state’s international obligation under article 2(4) of the UN Charter, and that breach is of such gravity as to amount to aggression in accordance with the Rome Statute, the international responsibility of the delinquent state would arise as a matter of international law, irrespective of any subsequent reaction from the Security Council. The Security Council’s power is limited to deferring investigation or prosecution with regard to individuals<sup>56</sup> but such a deferral would not affect the international responsibility of the delinquent state.<sup>57</sup>

### 3.2 Proposal for an Objective Legal Definition of Aggression

At a meeting of the Special Working Group on the Crime of Aggression in January 2007, it was suggested to formulate the crime of aggression for the purpose of the Rome Statute by incorporating the text of articles 1 and 3 of the Definition of Aggression annexed to the United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) into the Statute. It was rightly asserted that this would be appropriate in light of the principle of legality, which requires a clear definition of the crime.<sup>58</sup> To comply with the principle, two alternative proposals were advanced. Both texts link an individual “crime of aggression” punishable under the Statute to the commission of an “act of aggression” by the respective state.

The first version of the text refers generically to the 1974 Definition of Aggression:

“2. For the purpose of paragraph 1, ‘act of aggression’ means an act referred to in [articles 1 and 3 of] United

<sup>52</sup> UN Charter, *supra* note 1, art. 11(2), emphasis added.

<sup>53</sup> Under this article, the Court has jurisdiction with regard to all legal disputes concerning “the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation”.

<sup>54</sup> ICJ Statute, art. 59.

<sup>55</sup> *Ibid.*, art. 60.

<sup>56</sup> *Ibid.*, art. Art. 16.

<sup>57</sup> It should be noted, for reasons of objectivity, that the document ICC-ASP/6/SWGCA/1, suggests that attributing such a function to the International Court of Justice should not be considered as establishing a “hierarchy” of international judicial bodies. See document ICC-ASP/6/SWGCA/1, *supra* note 9, p. 8.

<sup>58</sup> See document ICC-ASP/6/SWGCA/INF.1, *supra* note 9, Annex IV, at pp. 20–21.

Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974 [*sic!*].<sup>59</sup>

The second version is composite in that it contains an introductory formulation reproduced below and afterwards reproduces verbatim the text of article 3 of the 1974 Definition of Aggression, which we shall not repeat here, for the sake of space:

“2. For the purpose of paragraph 1, ‘act of aggression’ means the use of armed force by a state against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another state, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations, as set out in [articles 1 and 3 of] United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, in accordance with United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974, qualify as an act of aggression: [...]”

It seems generally that the second proposal better suits the format of the Rome Statute, since the *actus reus* of all other crimes within the jurisdiction of the International Criminal Court (genocide, war crimes, crimes against humanity) appears in the Statute in a detailed fashion, and there is no reason why the crime of aggression should not be formulated in the same comprehensive manner. However, before commenting on details of the draft, several general remarks should be made.

It is submitted that the definition of aggression formulated for the purpose of the Rome Statute should not contain any direct reference to the United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974, for at least two reasons. Firstly, all other crimes within the jurisdiction of the International Criminal Court are directly listed in the Statute, which leaves no space for interpreting the *rationae materiae* competence of the Court in an arbitrary manner. The elements of those other crimes were either specifically formulated for the purpose of the Statute (crimes against humanity), classified for its purpose (war crimes), or reproduced verbatim from a relevant international treaty (genocide).

Further, as was noted above, the list of acts enumerated in article 3 of the 1974 Definition of Aggression does not yet enjoy universal recognition. The Informal inter-sessional meeting of the Special Working Group of 11–14 June 2007 did not produce any unity of opinion either as to whether subparagraphs (a) to (g) of the 1974 Definition’s article 3 all represented current customary international law. Some participants took the view that this was only true for subparagraph (g), since its content had already been confirmed by the International Court of Justice. Other experts noted that most of the acts contained in the list were indeed reflected in the practice of the Security Council, while for some acts there was no Council practice.<sup>60</sup> It is therefore indispensable that state parties to the Rome Statute agree on a definition of aggression which would be widely acceptable and of an undoubted legal value.

As was seen above, the Security Council’s practice of determining acts of aggression was extremely rare. In most instances, even the manifestly hostile behaviour of states was not qualified by the Council as aggression. But one should likewise acknowledge that the motivation behind such a restrictive application of the concept was far from purely legal. The Security Council is a political body in whose action national interests of its members, especially of permanent members, prevail,<sup>61</sup> and the Council may not be expected to apply rules of international law in the same impartial way as a judicial body should have to apply them. It may thus be asserted with a good degree of certainty that the criteria for the determination of aggression listed in article 3 of the 1974 Definition were not often used by the Council due to political and procedural circumstances, and not necessarily due to the said article’s inherent substantive deficiencies. Consequently, should the International Court of Justice be in the future given authority to determine acts of aggression as a matter of international law (see above, under 2(i)), the substantive legal basis for the Court’s action – i.e. an according amendment to the Rome Statute – may indeed be drawn from subparagraphs (a) to (g) of article 3 of the 1974 Definition of Aggression. However, the new rule of the Rome Statute should not refer to the United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974 but simply reproduce the relevant provisions of the annexed definition as a matter of the Statute’s own content. The verbatim integration of those provisions in the Rome Statute would elevate them from the rank of “soft law” to the level of treaty law binding on the states parties.<sup>62</sup>

Further, both proposals made by the Special Working Group did not explicitly take account of at least three essential substantive aspects. Firstly, the drafters left out of the proposed text the substance of article 2 of the 1974 Definition, and the draft may not consequently seem to reflect the so-called problem of the first use of armed force. It should be reminded that, according to the 1974 Definition, the first use of armed force by a state in contravention of the Charter constitutes *prima facie* evidence of an act of aggression although the Security Council may, in conformity with the Charter, conclude that a determination that an act of aggression has been committed would not be justified in the light of other relevant circumstances, including the fact that the acts con-

<sup>59</sup> It is presumed, the drafters did not mean the General Assembly resolution 3314 (XXIX) itself but its Annex whose relevant provisions are discussed above at pp. 3–4.

<sup>60</sup> See document ICC-ASP/6/SWGCA/INF.1, *supra* note 9, para. 46.

<sup>61</sup> Cf. W. Link, *Die Neuordnung der Weltpolitik an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, München, Verlag C. H. Beck, 1998, p. 120; A. Chauprade, *Géopolitique: constantes et changements dans l’histoire*, Paris, Ellipses, 2003, p. 767.

<sup>62</sup> At the session of the Special Working Group on the crime of aggression, which took place in June 2008, another possible solution was suggested – one of including the text of the 1974 Definition of Aggression in an Annex to the ICC Statute. Cf. document ICC-ASP/6/SWGCA/2, *supra* note 9, p. 2. However, the legal force of such an Annex would seem unclear: would it be regarded as an integral part of the ICC Statute and have a legal force equal to that of the Statute’s norms? Should it be the case, why would the required norms not be integrated in the main body of the text? Should it not, a practical necessity of reconciling the status of such an Annex with art. 21 of the Statute (“Applicable law”) would arise.

cerned or their consequences are not of sufficient gravity. It seems though that the reference to the first use of armed force should be read in connection with the circumstance that follows, namely, that such use of armed force must be “in contravention of the Charter”. It is possible that the first use of armed force by a state is actually there but it is minor and leads to no graver consequences (for example, isolated cross-border shooting incident) but the target state resorts to comprehensive force in overreaction to the trivial incident and thus itself violates the Charter. In such a case, the target state itself might probably be found guilty of having committed aggression.<sup>63</sup> It may therefore be concluded that the key qualification of a first use of armed force – namely, its use in contravention of the UN Charter – is integrated within the second suggested draft definition and should be so maintained. It would then be up to the Security Council or the International Court of Justice to assess on a case-by-case basis whether the first actual use of armed force or a comprehensive response thereto would have been in contravention of the Charter and consequently would have constituted an act of aggression.

Secondly, following the requirement of the principle *nullum crimen sine lege*, the new norm should contain an exhaustive definition of aggression for the purpose of the Rome Statute. While the Security Council is authorised to “determine that other acts constitute aggression under the provisions of the Charter”,<sup>64</sup> the Rome Statute does not allow for extensive interpretation of crimes within its jurisdiction.<sup>65</sup> For an investigation or a prosecution to be possible, the conduct must be plainly listed in the Rome Statute as criminal, the given provision of the Statute must be in force for the concerned state at the time the conduct in question takes place, and no one may be indicted by analogy. Consequently, the new norm should contain a generic formulation of aggression (“*chapeau*” of the definition), provide a strictly defined list of acts constituting aggression for the purpose of the Rome Statute, and may not contain phrases like “such violations shall include, but not be limited to”,<sup>66</sup> “these violations shall include, but shall not be limited to”,<sup>67</sup> “these violations shall include”,<sup>68</sup> or the like.

Finally, it is suggested that the definition of an act of aggression should contain no direct reference to the declaration of war. Since the Second World War, such declarations have been very rare and, besides, they lost their legal significance with the adoption of the 1949 Geneva Conventions.<sup>69</sup> Presumably, the declaration of war was mentioned in the draft definition, albeit not quite correctly, with a view to emphasizing the important “threshold of gravity” of consequences an alleged act of aggression should entail – that is to say, the level of violence of an international armed conflict. Therefore, it is more appropriate to mention in the definition the non-recognition of the state of war by one or even both concerned states, instead of referring to a *declaration* thereof, which would not affect the characterisation of the difference which has arisen between them as a result of the alleged act of aggression as an armed conflict under international humanitarian law,<sup>70</sup> irrespective of the duration of that conflict.

#### 4. Conclusion

Since the adoption of the Rome Statute in 1998, a great deal of work has been done to have the crime of aggression defined adequately for the purpose of the Statute. Faced with the challenge of drafting workable procedural and material provisions which should potentially have a revolutionary effect on one of the central and most sensitive concepts of contemporary international law, the drafters made appropriate use of pre-existing sources and contributed skilfully to the progressive development of international law. Importantly, the drafters were conscious, throughout the drafting process, about the need to make the new norms compatible with the rest of relevant international law, especially, with the UN Charter. The draft texts arrived at by mid-2008 are indeed very promising and, it is hoped, have chances for adequate recognition in the future by the state parties to the Rome Statute, provided that some fine-tuning corrections are made by the Special Working Group on the Crime of Aggression in the final draft.

The improvements still to be made are few but significant. The draft article 15 *bis* laying out the mechanism of establishment of the International Criminal Court’s jurisdiction over the crime of aggression should be revised, with a view to adjusting the respective roles of victim states, the International Court of Justice and the Security Council.<sup>71</sup> As was argued above, the reference to the General Assembly should be deleted from the current paragraph 3(c).

<sup>63</sup> Y. Dinstein, *supra* note 19, p. 117.

<sup>64</sup> General Assembly, *supra* note 4, Annex, art. 4.

<sup>65</sup> ICC Statute, art. 22 “Nullum crimen sine lege”:

“1. A person shall not be criminally responsible under this Statute unless the conduct in question constitutes, at the time it takes place, a crime within the jurisdiction of the Court.

2. The definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy. In case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted.

3. This article shall not affect the characterization of any conduct as criminal under international law independently of this Statute.”

<sup>66</sup> Cf. ICTY Statute, art. 3.

<sup>67</sup> Cf. ICTR Statute, art. 4.

<sup>68</sup> Cf. Statute of the Special Court for Sierra Leone, art. 3.

<sup>69</sup> Art. 2(1) common to all Geneva Conventions of 1949 reads: “[...] the present Convention shall apply to *all cases of declared war or of any other armed conflict* which may arise between two or more of the High Contracting Parties, *even if the state of war is not recognized by one of them*” (emphasis added).

<sup>70</sup> According to the Commentary to the First Geneva Convention of 1949, “[a]ny difference arising between two States and leading to the intervention of armed forces is an armed conflict [...] even if one of the Parties denies the existence of a state of war [...]”. See J.S. Pictet, *Commentary of the First Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, ICRC, Geneva, 1952, p. 32.

<sup>71</sup> With due regard to comments made earlier in this article, this writer suggests the following formulation of art. 15 *bis*:

“1. The Court may exercise jurisdiction over the crime of aggression referred to in article [number of the article] in accordance with the provisions of this article if:

(a) A situation in which one or more of such crimes appears to have been committed is referred to the Prosecutor by a State Party, which considers itself to be a victim of aggression, or by its successor State, and in respect of which situation the International Court of Justice has made a decision to the effect;

A practical problem that would remain partially unresolved even after the entry into force of the proposed amendments to the Rome Statute concerns the legal consequences entailed by acts of aggression committed by state parties to the Rome Statute against non-state parties. In such a situation, the prosecution of individuals for the crime of aggression would only be possible if the Security Council determined that the act in question indeed constitutes an act of aggression or if the victim state, although not being a party to the Rome Statute, recognises the jurisdiction of the International Court of Justice either on a permanent basis or with regard to that particular case in accordance with article 36 of the Statute of the Court and the Court decides that an act of aggression has indeed been committed.

As concerns the draft definition of aggression, the most recent text elaborated by the Special Working Group by the end of 2008 seems to be nearly final.<sup>72</sup> However, as was argued above, the deletion of the direct reference to the General Assembly resolution 3314 (XXIX) from the draft article should help avoid ambiguity with regard to that resolution's legal force, while the substance of the 1974 Definition of Aggression annexed to the resolution may indeed appear in the Rome Statute as a matter of its own content.

Nevertheless, however good the final draft may be, there is no guarantee for the prospective definition to quickly become universal. Firstly, the Rome Statute still has considerably fewer states parties than are, e.g. members of the United Nations,<sup>73</sup> and even a definition agreed upon among 108 states might not probably be regarded as representative of customary international law. Secondly, given the restrictive conditions of article 121(5) of the Statute,<sup>74</sup> it is probable that a definition of the crime of aggression – provided one could already be successfully agreed upon at the First Review Conference in 2010 – might not immediately be ratified by a majority of the states parties to the Statute. It is hoped, though, that the new rules would be able to earn recognition, at least, at a pace comparable to that of their “parent treaty” – the Rome Statute – and become binding on a majority of its state parties within a few years. ■

(b) A situation in which one or more of such crimes appears to have been committed is referred to the Prosecutor by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations; or

(c) The Prosecutor has submitted to the Pre-Trial Chamber a request for authorization of an investigation in respect of such a crime in accordance with art. 15, following which the Pre-Trial Chamber notified the Security Council through the intermediary of the Secretary-General of the United Nations of the request submitted by the Prosecutor, and the Security Council, upon consideration of the situation, determined that an act of aggression had been committed by the concerned State party to this Statute.

2. Where the Security Council fails to make a decision on the substance of a notification made to it under subparagraph 1(c) of this article within [xx] month(s) after the date of the notification, the Pre-Trial Chamber may authorize the commencement of the investigation in accordance with the procedure laid down in art. 15.

3. The referrals of situations to the Prosecutor as well as [all] other formal communications provided for in this article shall be accompanied by all relevant supporting documentation.

4. This article is without prejudice to the provisions relating to the exercise of jurisdiction with respect to other crimes referred to in art. 5.”

<sup>72</sup> This writer suggests the following definition of the crime of aggression for the purpose of the ICC Statute:

“1. In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for the crime of aggression, if that person, having acted in his official or any other capacity giving that person sufficient political, military, economic, social or other substantial authority in a State Party to the present Statute of which he is a national, has actively contributed to the planning, preparation, initiation or commission of an act of aggression by that State against another State.

2. For the purpose of paragraph 1, ‘act of aggression’ means the comprehensive use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner manifestly inconsistent with the Charter of the United Nations, even if [either / any] of [those / the] States [referred to in this subparagraph] denies the existence of a state of war. Any of the following acts shall qualify as an act of aggression:

(a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, of any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof;

(b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State;

(c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State;

(d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State;

(e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement;

(f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State;

(g) The sending by or on behalf of a State of armed hands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein.

3. This article shall not affect the characterization of any act as an act of aggression independently of this Statute.

<sup>73</sup> As of 3 February 2009, the ICC Statute has 108 States parties. For ratification status, see: <http://www.icc-cpi.int/statesparties.html>. (10 January 2009).

<sup>74</sup> Art. 121(5) of the ICC Statute reads: ‘Any amendment to articles 5, 6, 7 and 8 of this Statute shall enter into force for those States Parties which have accepted the amendment one year after the deposit of their instruments of ratification or acceptance. In respect of a State Party which has not accepted the amendment, the Court shall not exercise its jurisdiction regarding a crime covered by the amendment when committed by that State Party’s nationals or on its territory.’”



# Irakische Flüchtlinge in Deutschland: Aufnahme oder Widerruf der Flüchtlingseigenschaft?

Bernward Ostrop\*

In Germany, recognised refugees from Iraq are faced with the withdrawal of their refugee status. The German Federal Agency for Refugees and Migration (BAMF) first launched this procedure after *Saddam Hussein* was ousted in 2003.

BAMF's widespread revocation procedures were based on the assumption that the initial reason for fleeing Iraq was no longer valid. Initially, the German Federal Administrative Court supported this position and argued that no other dangers in the home country except the initial reason for fleeing would be relevant to the question of terminating refugee status. As a result of the EU Qualification Directive, however, the Federal Court was obliged to refer these questions to the European Court of Justice. The main question presented to the EU court was whether the restoration of effective protection in the country of origin is a prerequisite for revoking refugee status.

By contrast to the German interpretation, the UNHCR's position is unambiguous and maintains that as long as effective protection is not restored, withdrawal of refugee status remains in violation of the Geneva Refugee Convention. The European Court of Justice has yet to decide on this issue of paramount importance to Iraqi refugees in Germany.

In Deutschland sind anerkannte Flüchtlinge aus dem Irak derzeit mit dem Widerruf ihres Flüchtlingsstatus konfrontiert. Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge begann nach dem Sturz *Saddam Husseins* im Jahr 2003 mit der Einleitung von Widerrufsverfahren.

Die umfassende Einleitung von Widerrufsverfahren durch das Bundesamt gründete auf der Annahme, dass der ursprüngliche Grund für die Flucht aus dem Irak nicht mehr gültig wäre.

Anfangs wurde diese Rechtsauffassung durch das Bundesverwaltungsgericht gestützt und damit begründet, dass für die Aufrechterhaltung des Flüchtlingsstatus nur die Gefahren zu berücksichtigen seien, die ursprünglich zur Flucht führten.

Durch die Umsetzung der EU-Qualifikationsrichtlinie in deutsches Recht war das Bundesverwaltungsgericht jedoch gezwungen, die damit einhergehenden Fragen dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vorzulegen. Dabei war die wesentliche Frage, die dem EuGH vorgelegt wurde, inwieweit die Wiederherstellung von effektivem Schutz im Herkunftsland Voraussetzung für den Widerruf des Flüchtlingsstatus ist.

Im Unterschied zur deutschen Auslegung ist die Position des UNHCR in dieser Frage unmissverständlich und stellt fest, dass solange kein effektiver Schutz durch den Staat wiederhergestellt ist, ein Widerruf der Flüchtlingseigenschaft eine Verletzung der Genfer Flüchtlingskonvention darstellt. Eine Entscheidung des EuGH über diese Fragen, die von elementarer Bedeutung für irakische Flüchtlinge in Deutschland ist, steht noch aus.

## 1. Einleitung: Flüchtlingskatastrophe Irak

Im Nahen Osten findet derzeit die größte Flüchtlingskatastrophe seit 1948 statt<sup>1</sup>. Über 4 Millionen Iraker befinden sich auf der Flucht vor kriegerischer Gewalt, Folter und Verfolgung aufgrund ihrer ethnisch-konfessionellen Zugehörigkeit. Rund die Hälfte sind Binnenflüchtlinge, die anderen haben überwiegend in den Nachbarstaaten Aufnahme gefunden<sup>2</sup>.

In Deutschland wurde zwischenzeitlich eine Diskussion über die freiwillige Aufnahme von irakischen Flüchtlingen geführt. Dabei sollte jedoch die Aufnahme von irakischen Christen im Vordergrund stehen. Nachdem Bundesinnenminister *Schäuble* zunächst eine Aufnahme im Herbst 2008 versprochen hatte<sup>3</sup>, wurde dann unter Rücksicht auf die irakische Regierung, die sich für die Rückkehr aller Iraker einsetzt, die Entscheidung ausgesetzt und verschoben. Der irakische Ministerpräsident *Maliki* hatte bei einem Besuch in Deutschland darum gebeten abzuwarten, wie sich die Situation im Irak entwickelt, da für den Wiederaufbau des Irak alle Iraker gefragt seien, auch die Flüchtlinge, insbesondere die mit hohem Bildungsniveau<sup>4</sup>. Nachdem jedoch auch die EU-Innenminister von der Schützbedürftigkeit ausgegangen waren und sich auf eine Aufnahme einigten<sup>5</sup>, wird in

Deutschland davon ausgegangen, dass die ersten Flüchtlinge im März in Deutschland ankommen werden.

## 2. Deutsche Verwaltungsebene und Gerichte zum Widerruf der Flüchtlingsanerkennung

In der deutschen Verwaltungspraxis und Rechtsprechung ist jedoch gerade ein Thema aktuell, das nicht nur völkerrechtliche und europarechtliche Fragen aufwirft, sondern auch konträr zur Aufnahme von Flüchtlingen aus dem Irak zu stehen scheint.

\* *Bernward Ostrop*, LL.M., Rechtsanwalt in Berlin.

<sup>1</sup> *M. Asseburg*, Falsche Signale in der Diskussion über Irak-Flüchtlinge, unter: <http://www.swp-berlin.org>. (am 12. März 2009).

<sup>2</sup> Syrien beispielsweise hat allein über einer Million Flüchtlingen vorübergehend Zuflucht gewährt – eine enorme Belastung für das 20 Millionen Einwohner zählende Land, insbesondere für seine kostenfreien Gesundheits- und Bildungseinrichtungen.

<sup>3</sup> *Schäuble*: Irakische Flüchtlinge kommen im Herbst, in: FAS v. 12. Juli 2008.

<sup>4</sup> Streit über Flüchtlinge – Iraker? Jetzt nicht, in: FAS v. 26. Juli 2008.

<sup>5</sup> EU will 10.000 Iraker aufnehmen, in: Süddeutsche v. 27. November 2008.

## 2.1. Praxis Widerrufsverfahren

Nach dem Sturz des irakischen Diktators *Saddam Hussein* im März 2003 wurde in Deutschland durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, gestützt auf die Vermutung, dass durch den Sturz die Verfolgungsgründe weggefallen sind, begonnen, Widerrufsverfahren durchzuführen. Zwischen November 2003 und Dezember 2006 wurde von nahezu 18.000 irakischen Staatsangehörigen die Flüchtlingsanerkennung widerrufen, obwohl sich die Situation im Irak seit März 2003 deutlich verschlechterte<sup>6</sup>. Seit Mai 2007 hat sich das Bundesamt aufgrund von Kritik und einer Neubewertung der Sicherheits- und Verfolgungssituation im Irak entschlossen, Widerrufsverfahren zumindest gegenüber Angehörigen nichtmuslimischer Minderheiten aus dem Irak sowie Irakern aus dem Großraum Bagdad in der Regel ohne Widerruf einzustellen.

Für die Einleitung des Widerrufsverfahrens der Flüchtlingsanerkennung war nach deutscher Interpretation ausreichend, dass die damalige Gefährdung, die zur Anerkennung geführt hatte, nicht mehr bestand<sup>7</sup>.

In der deutschen Rechtsprechung waren Widerrufsverfahren von gesamten Flüchtlingsgruppen bis dato unüblich, obwohl das Gesetz den Widerruf der Asyl- oder Flüchtlingsanerkennung gem. § 73 Abs. 1 AsylVfG bereits vorsah<sup>8</sup>. Mit der Einführung des Zuwanderungsgesetzes<sup>9</sup> wurde eine obligatorische bzw. Regelwiderrufsprüfung eingefügt (vgl. § 73 Abs. 2 a AsylVfG). Danach ist das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge dazu verpflichtet, spätestens nach Ablauf von drei Jahren seit Anerkennung, den Fortbestand der Anerkennungsvoraussetzungen zu prüfen. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen durch Einführung der obligatorischen Widerrufsprüfung „die Vorschriften über den Widerruf und die Rücknahme, die in der Praxis bislang weitgehend leer gelaufen sind, an Bedeutung gewinnen“<sup>10</sup>.

## 2.2. Bundesverwaltungsgericht

Das Bundesverwaltungsgericht hatte bereits am 1. November 2005 über die Frage des Widerrufs der Flüchtlingsanerkennung in Bezug auf Afghanistan ein Verfahren zu entscheiden. Dabei stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Flüchtlingsanerkennung zu widerrufen ist, wenn sich die zum Zeitpunkt der Anerkennung maßgeblichen Verhältnisse nachträglich erheblich und nicht nur vorübergehend so verändert haben, dass bei einer Rückkehr des Ausländers in seinen Herkunftsstaat eine Wiederholung der für die Flucht maßgeblichen Verfolgungsmaßnahmen auf absehbare Zeit mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen ist und nicht aus anderen Gründen erneut Verfolgung droht.

Zusätzlich hatte es festgestellt, dass die deutsche Vorschrift ihrem Inhalt nach Artikel 1 C Nr. 5 Satz 1 Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) entspricht<sup>11</sup>.

Ob dem Ausländer wegen allgemeiner Gefahren im Herkunftsstaat eine Rückkehr unzumutbar ist, wäre jedoch nicht beim Widerruf der Asyl- und Flüchtlingsanerkennung nach § 73 Abs. 1 AsylVfG zu prüfen, sondern im Rahmen der all-

gemeinen ausländerrechtlichen Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes zu berücksichtigen.

Bezogen auf die Situation im Irak bedeutet das nach dem OVG Münster<sup>12</sup>, dass das Regime *Saddam Husseins* seine politische und militärische Herrschaft über den Irak durch die im März 2003 begonnene Militäraktion unter Führung der USA endgültig verloren habe. Eine Rückkehr des Regimes sei nach den aktuellen Machtverhältnissen ebenso ausgeschlossen wie die Herausbildung einer Struktur, die vom früheren Regime als Gegner angesehene Personen erneut (wiederholend) verfolge. Irakern drohe auch nicht aus anderen Gründen mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit erneut eine – wie auch immer geartete – Verfolgung. Greifbare Anhaltspunkte für asylerbliche Übergriffe von Seiten der neu gebildeten irakischen Regierung oder dem irakischen Staat sonst zurechenbarer Kräfte einschließlich der multinationalen Streitkräfte und der kurdischen Parteien im Nordirak ließen sich den aktuellen Erkenntnissen nicht entnehmen. Dabei könne auf sich beruhen, ob mit der neuen Regierung ein zu politischer Verfolgung fähiges Machtgebilde in dem Sinne entstanden sei, dass es eine gewisse Stabilität aufweise und die Fähigkeit zur Schaffung und Aufrechterhaltung einer übergreifenden Friedensordnung besitze. Soweit es nach wie vor insbesondere zu terroristischen Anschlägen und fortgesetzten offenen Kampfhandlungen zwischen militanter Opposition sowie regulären Sicherheitskräften und Koalitionsstreitkräften komme, sei nicht erkennbar, dass dieses Geschehen bezogen auf zurückkehrende Iraker an asylerbliche Merkmale anknüpfe.

<sup>6</sup> Vgl. N. Trosien, Widerruf des Schutzstatus in Altfällen, in: Asylmagazin 6 (2008), S. 4 ff., unter: [http://www.asyl1.net/Magazin/Themen\\_6\\_2008.htm](http://www.asyl1.net/Magazin/Themen_6_2008.htm). (am 12 März 2009).

<sup>7</sup> Mit besonderer Priorität wurden beim Widerruf Personengruppen bearbeitet, wie Straftäter (konkreter Anfangsverdacht ausreichend), Personen, die sich in jüngerer Vergangenheit oder wiederholt im Irak aufgehalten haben, Einbürgerungsbewerber oder Personen, die einen Antrag auf Familiennachzug gestellt hatten (vgl. BAMF Dienstanweisung Asylverfahren Stand 10/04).

<sup>8</sup> § 73 AsylVfG Widerruf und Rücknahme  
(1) Die Anerkennung als Asylberechtigter und die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft sind unverzüglich zu widerrufen, wenn die Voraussetzungen für sie nicht mehr vorliegen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Ausländer nach Wegfall der Umstände, die zur Anerkennung als Asylberechtigter oder zur Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft geführt haben, es nicht mehr ablehnen kann, den Schutz des Staates in Anspruch zu nehmen, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, oder wenn er als Staatenloser in der Lage ist, in das Land zurückzukehren, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

Satz 2 gilt nicht, wenn sich der Ausländer auf zwingende, auf früheren Verfolgungen beruhende Gründe berufen kann, um die Rückkehr in den Staat abzulehnen, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt oder in dem er als Staatenloser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

<sup>9</sup> Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern v. 5. August 2004, BGBl. I S. 1950.

<sup>10</sup> Bundestagsdrucksache 15/420 S. 112.

<sup>11</sup> BVerwG, Urt. v. 1. November 2005 – BVerwG 1 C 21.04, in: NVwZ (2006), S. 707 = AuAS 2006, S. 92.

<sup>12</sup> OVG Münster, Beschl. v. 27. Juli 2006, Az: 16 A 4354/05.A, unter: <http://www.bundesverwaltungsgericht.de/files/af65c232e558cdcdf363fd3301b1c32/6217/10c33-b-07.pdf>. (am 12. März 2009).

### 2.3. Rolle des UNHCR

Das Bundesverwaltungsgericht hatte zwar festgestellt, dass die deutsche Widerrufsvorschrift in § 73 AsylVfG entsprechend Artikel 1 C Nr. 5 Satz 1 GFK ausgestaltet ist, es war jedoch in seiner Afghanistan-Entscheidung zum Widerruf ausdrücklich nicht der Auslegung des UNHCR gefolgt<sup>13</sup>. Zwar hat der UNHCR auch nach dem deutschen Asylverfahrensgesetz eine Sonderstellung, seine Aufgabe beschränkt sich jedoch darauf, Entscheidungen oder Informationen vom Bundesamt zu erhalten oder Stellungnahmen abzugeben (vgl. § 9 AsylVfG). Dementsprechend konnten deutsche Gerichte bislang die Genfer Flüchtlingskonvention auslegen, ohne dabei auf die Auslegung des UNHCR oder auf die internationale Staatenpraxis Bezug zu nehmen oder seiner Auslegung zu folgen<sup>14</sup>.

Auch war bislang auf europäischer Ebene nur begrenzt eine Kontrolle deutscher Gerichte im Bereich des Flüchtlingsrechts möglich. Durch in Kraft treten der EU-Qualifikationsrichtlinie (QRL) und die Umsetzung in Deutschland<sup>15</sup> ist es nun bei der Flüchtlingsanerkennung und -aberkennung möglich, den EuGH zur Auslegung von Rechtsfragen anzurufen. Aufgrund der Spezialvorschrift des Artikel 68 Abs. 1 EGV, der für den Titel IV Visa, Asyl und Einwanderung gilt, beschränkt sich die Vorlagemöglichkeit jedoch nur auf letztinstanzliche Entscheidungen<sup>16</sup>.

### 2.4. Vorlagebeschluss BVerwG

Das Bundesverwaltungsgericht hat als letztinstanzliches Gericht nun von der Möglichkeit der Vorlage zum EuGH Gebrauch gemacht. Der vom Bundesverwaltungsgericht vorgelegte Vorabentscheidungsbeschluss betrifft im Kern die Frage in Bezug auf den Irak, ob die Anwendbarkeit von Artikel 11 Abs. 1 e QRL<sup>17</sup> (der der „Wegfall der Umstände“-Klausel der Genfer Flüchtlingskonvention entspricht) entgegen der bisher vom Bundesamt und der obergerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Auffassung neben dem Wegfall konkreter Verfolgungsgefahren auch die Wiederherstellung effektiven Schutzes durch den Herkunftsstaat gegen sonstige schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen voraussetzt und welcher Wahrscheinlichkeitsmaßstab bei der Beurteilung der im Zeitpunkt des Widerrufsverfahrens möglicherweise noch immer drohenden Gefahren anzuwenden ist. Diese Fragen sind für die materielle Rechtmäßigkeit von Widerrufsentscheidungen gegenüber irakischen, aber auch anderen Flüchtlingen von außerordentlicher Relevanz.

### 3. Reaktion Bundesamt für Migration und Flüchtlinge

Das Bundesamt hat nunmehr vor dem Hintergrund der offenen Fragen zu den materiellrechtlichen Voraussetzungen der Anwendbarkeit der „Wegfall der Umstände“-Klausel beschlossen, im Falle irakischer Flüchtlinge alle ausschließlich auf § 73 Abs. 1 AsylVfG gestützten Widerrufsverfahren ohne Widerruf einzustellen und diejenigen irakischen Flüchtlinge, die gegen den Widerruf ihrer Asylberechtigung bzw. ihres

Flüchtlingsstatus gerichtlichen Rechtsschutz gesucht haben, klaglos zu stellen<sup>18</sup>.

Eine solche Entscheidung des Bundesamtes kam überraschend, da grundsätzlich keine unmittelbare Verpflichtung der Verwaltungsbehörden besteht, Entscheidungen abzuändern, bevor eine Leitentscheidung durch den EuGH getroffen ist. Es ist jedoch zu begrüßen, da aus der Praxis bekannt ist, dass ein schwebendes Widerrufsverfahren für den Flüchtling eine große psychische Belastung darstellt<sup>19</sup>. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Einstellung der Widerrufsverfahren gegenüber irakischen Staatsangehörigen auch dem Interesse an einer verlässlichen dauerhaften Lösung der hiervon begünstigten Flüchtlinge entspricht. Im Gegensatz dazu ist bei einem erfolgten Widerruf der Flüchtlingsanerkennung zwar nicht mit einer direkten Abschiebung zu rechnen, eine solche könnte jedoch erfolgen, wenn noch keine Niederlassungserlaubnis erreicht wurde.

Bis Ende 2007 waren bereits 8380 Fälle von irakischen Widerrufsfällen rechts- oder bestandskräftig abgeschlossen.

### 4. Stellungnahme des UNHCR zum „Wegfall der Umstände“

Der UNHCR hat aufgrund des Vorlagebeschlusses des Bundesverwaltungsgerichts eine Stellungnahme zu der „Wegfall der Umstände“-Klausel der EU Qualifikationsrichtlinie herausgegeben<sup>20</sup>.

Dabei wird hervorgehoben, dass der UNHCR in mehrfacher Hinsicht ein besonderes Interesse an der Klärung dieser Fragen hat. Zum einen, da es die originäre Zuständigkeit des UNHCR betrifft, da der Organisation von der UN Generalversammlung die Verantwortung zum internationalen Flüchtlingschutz übertragen wurde. Zum anderen, da dem

<sup>13</sup> BVerwG, Urt. v. 1. November 2005 – BVerwG 1 C 21.04, unter: [http://www.bundesverwaltungsgericht.de/enid/2e153ed64d549c747fa5c06079be7d28.beceb37365617263685f646973706c6179436f6e7461696e66572092d0936333130093a095f7472636964092d09353733/Entscheidung\\_ssuche/Entscheidungssuche\\_8o.html](http://www.bundesverwaltungsgericht.de/enid/2e153ed64d549c747fa5c06079be7d28.beceb37365617263685f646973706c6179436f6e7461696e66572092d0936333130093a095f7472636964092d09353733/Entscheidung_ssuche/Entscheidungssuche_8o.html). (am 12. März 2009).

<sup>14</sup> Bezeichnenderweise findet sich in dem Urteil des BVerwG v. 1. November 2005 ein Hinweis auf eine andere Auslegung des UNHCR, auf entgegenstehende internationale Praxis wird jedoch nicht verwiesen (vgl. *id.* Rn. 24).

<sup>15</sup> Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union v. 19. August 2007, BGBl. I S. 1970.

<sup>16</sup> Anders als nach der allgemeinen Vorschrift in Art. 234 EGV, wonach jedes Instanzengericht vorlagebefugt ist.

<sup>17</sup> Art. 11 (1) QRL: Ein Drittstaatsangehöriger oder ein Staatenloser ist nicht mehr Flüchtling, wenn er (...)

e) nach Wegfall der Umstände, aufgrund deren er als Flüchtling anerkannt worden ist, es nicht mehr ablehnen kann, den Schutz des Landes in Anspruch zu nehmen, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt.

<sup>18</sup> Ausgenommen sind hiervon Straftäter, „Gefährder“ sowie Personen unbekanntes Aufenthaltes.

<sup>19</sup> Dem Autor sind aus seiner anwaltlichen Praxis zahlreiche Fälle bekannt, in denen die Einleitung eines Widerrufsverfahrens zum Wiedererleben der damaligen Verfolgungssituation geführt hat.

<sup>20</sup> UNHCR Statement on the “Ceased Circumstances” Clause of the EC Qualification Directive, August 2008, unter: [www.unhcr.org/refworld/](http://www.unhcr.org/refworld/) (am 12. März 2009).

UNHCR innerhalb der EU eine besondere Rolle zugeordnet wurde<sup>21</sup>. Darüber hinaus hat der UNHCR auch praktische Erfahrung mit der Beendigung von Flüchtlingseigenschaften. Seit 1973 hat der UNHCR den „Wegfall der Umstände“ in 25 Flüchtlingssituationen erklärt<sup>22</sup>. Ein wichtiges Kriterium war dabei stets, dass ein effektiver Schutz im Heimatland wiederhergestellt sein muss.

Der UNHCR stützt sich in seiner Auslegung von Artikel 1 C (5) GFK nicht nur auf das UNHCR Handbuch<sup>23</sup>, sondern auch auf Beschlüsse des Executive Committee (ExCom)<sup>24</sup>. Dementsprechend kommt der UNHCR zu dem Schluss, dass der Widerruf der Flüchtlingseigenschaft bei irakischen Flüchtlingen voreilig wäre, da die gefährliche, unstete Sicherheitslage aufgrund von Gewalt und schweren Menschenrechtsverletzungen verbunden mit Massenflucht keine Anhaltspunkte für einen effektiven Schutz von Rückkehrern bieten würde.

## 5. Überblick Staatenpraxis

Eine Staatenpraxis in Bezug auf Widerruf der Flüchtlingseigenschaft für irakische Flüchtlinge zu erkennen, fällt schwer, da eine solche bislang nicht festzustellen ist. Bislang hat noch kein Staat außer Deutschland die Situation im Irak für angemessen gehalten, um den Flüchtlingsstatus von irakischen Flüchtlingen zu widerrufen<sup>25</sup>.

Auch sind nicht viele Widerrufsentscheidungen zum „Wegfall der Umstände“-Klausel in anderen Staaten bekannt. Vorliegend soll auf eine Grundsatzentscheidung der schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) vom 5. Juli 2002 eingegangen werden, die mit der Beschwerde eines jugoslawischen Staatsangehörigen albanischer Volkszugehörigkeit aus dem Kosovo gegen eine an ihn gerichtete Widerrufsentscheidung zu befassen hatte<sup>26</sup>. Rechtsgrundlage für die Widerrufsentscheidung war Artikel 63 Abs. 1 b des schweizerischen Asylgesetzes vom 26. Juni 1998, der auf die Widerrufsgründe der GFK verweist. Die Voraussetzungen für eine Anwendung der „Wegfall der Umstände“-Klausel des Artikel 1 C 5 GFK sah die ARK im damaligen Zeitpunkt hinsichtlich der Situation im Kosovo nicht als gegeben an. In grundsätzlichen Erwägungen zur Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft schließt sich die ARK vollumfänglich der Position des UNHCR an und führt unter Bezugnahme auf das Handbuch des UNHCR Folgendes aus (EMARK 2002 Nr. 8, S. 61):

*„Zu beachten ist dabei, dass die Beendigungsklauseln erschöpfend aufgezählt sind und daher restriktiv angewendet werden sollten. Gemäß UNHCR dürfen keine Gründe analog zur Rechtfertigung der Zurücknahme des Flüchtlingsstatus herangezogen werden (...). Die Zurückhaltung beim Widerruf einer einmal zuerkannten Flüchtlingseigenschaft beruht darauf, dass Flüchtlinge im Hinblick auf eine erfolgreiche Integration im Aufenthaltsstaat die Sicherheit haben müssen, dass ihr Status nicht ständig und ohne triftigen Grund neu beurteilt wird.“*

Nach einem kurzen Überblick über die politische Situation in der Bundesrepublik Jugoslawien und dem Kosovo kommt

die ARK sodann zu folgendem Ergebnis (EMARK 2002 Nr. 8, S. 64, 65):

*„Doch auch für dieses Teilgebiet ist vorab festzustellen, dass jedenfalls so lange nicht von einer grundlegenden Verbesserung der Lage im Sinne der Praxis ausgegangen werden kann, als es nach Meinung der Vereinten Nationen einer internationalen Schutzmacht bedarf. Wohl haben Albaner – der Beschwerdeführer gehört zu dieser Ethnie – im Teilgebiet Kosovo zum heutigen Zeitpunkt dank der internationalen Präsenz in der Regel keine Verfolgung seitens der serbischen Machthaber zu befürchten (...). Bekanntlich werden aber nach ständiger schweizerischer Praxis und der einschlägigen Doktrin (...) Asylgewährung und Widerruf einander nicht als spiegelbildliche Akte gegenübergestellt, sondern es sind ‚an die den Widerruf rechtfertigenden Verhältnisse im Heimatstaat höhere Anforderungen zu setzen‘ und es muss ‚die Stabilisierung einer neuen politischen Situation abgewartet werden‘ (...). Nun ist aber die allgemeine Sicherheitslage im Kosovo nach wie vor unbefriedigend (...). Damit teilt sie (...) die (...) Einschätzung, dass der Zeitpunkt für eine systematische Überprüfung des Asylwiderrufs betreffend aller kosovarischer Flüchtlinge noch nicht gekommen ist.“*

Im Jahre 2005 hat sich auch das House of Lords mit der „Wegfall der Umstände“-Klausel befasst<sup>27</sup>. Auch diese Entscheidung befasst sich mit den Klagen von Kosovo-Albanern, die vor ihrer Ausreise Ende 1998 bzw. Anfang 1999 schwerste Misshandlungen einschließlich Vergewaltigung durch serbische Soldaten bzw. Polizisten erfahren hatten. Die Lordrichter befassen sich ausführlich mit Artikel 1 C (5) GFK und erkennen einen wesentlichen Unterschied zwischen solchen Flüchtlingen, denen bereits einmal förmlich der Flüchtlingsstatus zuerkannt wurde, und anderen – noch nicht förmlich anerkannten – Flüchtlingen. Die Konvention unterscheidet nach Auffassung der Lordrichter streng zwischen beiden Arten von Flüchtlingen. Unter Bezugnahme auf Ziffer 112 des Handbuches des UNHCR wird betont, dass das Verfahren betreffend die Anerkennung von Flüchtlingen einerseits und betreffend die Beendigung der Flüchtlingseigenschaft getrennte und unterschiedliche Verfahren darstellen, die nicht miteinander verwechselt werden dürfen. Sei ein Flüchtling erst einmal als solcher förmlich anerkannt wor-

<sup>21</sup> Z.B. Vertrag von Amsterdam, Declaration on Article 73 k, „consultations shall be established with UNHCR on matters relating to asylum policy“.

<sup>22</sup> Z.B. seit 1999 in vier Fällen: Eritrea (für bestimmte Gruppen), Osttimor, Tadschikistan und Sierra Leone.

<sup>23</sup> UNHCR Handbuch über Verfahren und Kriterien zu Feststellungen zur Flüchtlingseigenschaft, unter: [www.unhcr.de](http://www.unhcr.de). (am 12. März 2009).

<sup>24</sup> Das Exekutivkomitee des Programms des Hochkommissars (ExCom) wurde 1958 eingerichtet und wirkt als ein Suborgan der UN-Generalversammlung. Seine Aufgabe ist, dem UNHCR beratend zur Seite zu stehen. Dazu gehört insbesondere Erklärungen zu Fragen des Internationalen Flüchtlingsschutzes herauszugeben. Da die ExCom Conclusions mit Konsens der Mitgliedstaaten des ExCom herbeigeführt werden, werden sie allgemein als standardsetzend oder -reflektierend in Bezug auf internationalen Flüchtlingsschutz angesehen.

<sup>25</sup> Vgl. ECRE Iraqi Guidelines 2007, unter: [www.ecre.org](http://www.ecre.org). (am 12. März 2009).

<sup>26</sup> ARK, Grundsatzentscheid v. 5. Juli 2002 – EMARK 2002 Nr. 8, S. 53–73, unter: [www.ark-cra.ch](http://www.ark-cra.ch). (am 12. März 2009).

<sup>27</sup> United Kingdom House of Lords, Hoxha & Anor v Secretary of State for the Home Department, (2005) UKHL 19, 10. März 2005, unter: [www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2005/19.html](http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2005/19.html). (am 12. März 2009).

den, so unterliege er einem besonderen Schutz. Der Entzug des Flüchtlingsstatus stelle einen belastenden Eingriff in die Rechtsposition des Flüchtlings dar und unterliege daher besonderen Voraussetzungen. Wiederum unter Bezugnahme auf das Handbuch des UNHCR, das Expertengespräch in Lissabon und die Richtlinien wird ausgeführt, dass der Entzug des Flüchtlingsstatus nur in Betracht kommt, wenn es zu einem grundlegenden Wandel der Umstände im Herkunftsland gekommen ist. Die Behörden des Aufnahmelandes tragen die Beweislast dafür, dass die Veränderungen in der Tat fundamental und dauerhaft seien. Die Regelungen der Beendigungsklauseln seien abschließend und eng auszulegen.

## 6. Fazit/Ausblick EuGH- Flüchtlingsaufnahme in Deutschland

Es bleibt abzuwarten, ob der Europäische Gerichtshof bei der Vergemeinschaftung des Flüchtlingsrechts der deutschen Extremposition in Bezug auf den Widerruf der Flüchtlingseigenschaft folgt. Sollte das Gericht hingegen dem UNHCR

und den oben zitierten Leitentscheidungen folgen, würde er damit gleichzeitig die leitende Rolle des UNHCR für den Flüchtlingsschutz stützen.

Auch wenn auf den ersten Blick die politisch zu entscheidende Flüchtlingsaufnahme von Kontingenten in Europa und der rechtlich zu entscheidende Widerruf der Flüchtlingsanerkennung keinen direkten Zusammenhang haben, besteht ein erheblicher Wertungswiderspruch zwischen der Aufnahmediskussion irakischer Flüchtlinge aus dem Nahen Osten und der Beendigung der Flüchtlingseigenschaft in Deutschland lebender Iraker.

Politisch wäre daher wünschenswert, dass die deutsche Bundesregierung in einer humanitären Geste notleidende irakische Flüchtlinge aufnimmt und damit die Anteilnahme Europas an dem Schicksal irakischer Flüchtlinge zeigt und gleichzeitig damit zu erkennen gibt, dass eine Rückkehr anerkannter Flüchtlinge aus dem Irak angesichts der schwierigen Lage im Irak derzeit nicht zur Debatte steht. Eine solche Geste würde einen Beitrag zur Linderung der größten Flüchtlingskatastrophe im Nahen Osten darstellen. ■

# Völkerrechtliche Rechte und Pflichten im Bereich der humanitären Hilfe

Andreas Schüller\*

This article examines the various rights and duties under international humanitarian law, but also under human rights law, in the field of humanitarian aid. On the one hand, this article deals with the right of the population to receive humanitarian aid and, on the other hand, it deals with the duty of states and other actors to allow and facilitate humanitarian aid. Finally, the protection of humanitarian relief personnel under international law in crises situation is scrutinized.

Dieser Artikel untersucht die verschiedenen Rechte und Pflichten nach humanitärem Völkerrecht, aber auch aus menschenrechtlichen Abkommen, im Bereich der humanitären Hilfe. Es geht zum einen um das Recht der Bevölkerung, humanitäre Hilfe zu erhalten und zum anderen um die Pflicht für Staaten oder andere Akteure, humanitäre Hilfe zu gewähren oder zu erleichtern. Schließlich geht dieser Artikel kurz auf den Schutz humanitärer Helfer in Krisensituationen unter internationalem Recht ein.

## 1. Einleitung

Weltweit treten immer wieder Situationen auf, in denen ein Staat oder eine nicht-staatliche Gruppe den Zugang von humanitärer Hilfe an die Not leidende Bevölkerung verweigert. Dabei ist zuallererst der Staat oder auch die ein Gebiet kontrollierende Gruppe für das Wohlergehen der dort lebenden Bevölkerung verantwortlich.<sup>1</sup> Je nach Situation gibt es sogar ein Recht der Bevölkerung auf Zugang und Erhalt der humanitären Hilfe. Dabei ist zu unterscheiden, ob die humanitäre Hilfe aufgrund eines bewaffneten Konflikts oder aufgrund einer Naturkatastrophe, einer medizinischen Katastrophe oder eines anderen Unfalls, etwa atomarer oder chemischer Art, notwendig geworden ist. Je nach Ursache sind unterschiedliche Rechtsvorschriften anwendbar. Des Weiteren spielt die Frage eine Rolle, wer alles ein solches Recht be-

sitzt, da neben der betroffenen Bevölkerung in manchen Fällen auch humanitäre Hilfsorganisationen selbst ein Recht auf Zugang ihrer humanitären Hilfe haben. Auf Ebene der Vereinten Nationen erarbeitet die „International Law Commission“ zurzeit einen Entwurf, der bestehende Regelungen verdeutlichen soll und progressive Entwicklungen im internationalen Recht berücksichtigen will, um einen rechtlichen Rah-

\* LL.M. (adv.) Public International Law & International Criminal Law (Leiden). Der Verfasser ist zurzeit Rechtsreferendar beim Kammergericht Berlin. Dieser Artikel entstand während der Verwaltungsstation beim Arbeitsstab Humanitäre Hilfe des Auswärtigen Amtes, dem der Verfasser mit diesem Artikel seinen Dank ausdrücken möchte. Alle Meinungen stellen gleichwohl einzig die persönliche Sicht des Verfassers dar.

<sup>1</sup> General Assembly, International Law Commission (ILC), protection of persons in the event of disasters, UN Doc. A/CN.4/590 v. 11. Dezember 2007, Ziff. 250.

men zur Durchführung von internationalen humanitären Tätigkeiten zu verdeutlichen.<sup>2</sup>

## 2. Was ist humanitäre Hilfe und wie ist diese mit den völkerrechtlichen Grundsätzen der staatlichen Souveränität und des Interventionsverbots vereinbar?

Eine einheitliche und eindeutige Definition humanitärer Hilfe gibt es nicht. Nach einem Ansatz ist die humanitäre Hilfe die internationale Unterstützung, das heißt die Bereitstellung und Verteilung von Versorgungsgütern, an eine Gruppe von Personen, die selbst nicht fähig ist die grundlegende Versorgung zu erreichen, etwa bei Naturkatastrophen, medizinischen Katastrophen oder in bewaffneten Konflikten.<sup>3</sup> Das Büro der Vereinten Nationen zur Koordinierung humanitärer Hilfe (OCHA) beschreibt humanitäre Hilfe wie folgt:

*“Aid that seeks, to save lives and alleviate suffering of a crisis-affected population. Humanitarian assistance must be provided in accordance with the basic humanitarian principles of humanity, impartiality and neutrality, as stated in General Assembly Resolution 46/182. In addition, the UN seeks to provide humanitarian assistance with full respect for the sovereignty of States. Assistance may be divided into three categories – direct assistance, indirect assistance and infrastructure support – which have diminishing degrees of contact with the affected population.”<sup>4</sup>*

Zu den genannten Prinzipien der humanitären Hilfe – Menschlichkeit, Neutralität und Unparteilichkeit – kommen im Kontext der internationalen humanitären Aktionen solche Prinzipien wie das der Nichtdiskriminierung, der Kooperation sowie der territorialen Souveränität und der Vorsorge hinzu.<sup>5</sup>

Als eine rechtliche Grenze für die humanitäre Hilfe wird häufig das zwischenstaatliche Interventionsverbot in innere Angelegenheiten eines anderen Staates nach Artikel 2 Nr. 1 der UN-Charta angeführt. Die humanitäre Hilfe würde einen Eingriff in die staatliche Souveränität bedeuten.

Der Internationale Gerichtshof (IGH) in Den Haag hat in seinem Urteil im Nicaragua Fall festgestellt, dass humanitäre Hilfe an sich keine völkerrechtswidrige Intervention in die Angelegenheiten eines anderen Staates ist, wenn diese nach der erprobten Praxis des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz (IKRK) erfolgt und nicht diskriminierend in Bezug auf Nationalität, Rasse, religiöse Überzeugungen, Klasse oder politische Meinung erfolgt.<sup>6</sup>

*“[...] not only must it [humanitarian assistance, AS] be limited to the purposes hallowed in the practice of the Red Cross, namely ‘to prevent and alleviate human suffering’ and ‘to protect life and health and to ensure respect for the human being’; it must also, and above all, be given without discrimination to all in need [...]”<sup>7</sup>*

Das Problem des Rückgriffs auf die IKRK Praxis ist, dass mittlerweile sehr viele unterschiedliche Organisationen im

Bereich der humanitären Hilfe tätig sind und damit auch die Einhaltung von Standards einer einzelnen Organisation durch andere nicht gewährleistet ist. Die Abweichungen von der IKRK Praxis darf daher nicht zu groß werden, um nicht die Kriterien des IGH zum Interventionsverbot zu verletzen. Zudem unterliegt der Begriff der staatlichen Souveränität im heutigen Völkerrecht Einschränkungen. Eine Einschränkung liegt in demjenigen Bereich vor, in dem ein „humanitarian operating environment“ (auch bekannt als „humanitarian space“) zur Gewährleistung humanitärer Hilfe geschaffen und errichtet wurde. Ein solches humanitär-operatives Umfeld existiert unabhängig von jeglichem militärischen oder politischen Einfluss und ist Voraussetzung dafür, dass humanitäre Hilfe gemäß den Prinzipien der Neutralität und Unparteilichkeit geleistet werden kann, um die leidende Bevölkerung überall wo nötig zu unterstützen. Nur durch ein solches Umfeld können humanitäre Hilfsorganisationen ihrer Aufgabe, humanitäre Hilfe wirksam und sicher zu verteilen, gerecht werden.<sup>8</sup> Dieser „humanitarian space“ stammt aus den Prinzipien der Menschlichkeit, der Unparteilichkeit, der Neutralität sowie der Unabhängigkeit und dient der Verwirklichung dieser Prinzipien.<sup>9</sup>

Dabei grenzt sich die humanitäre Hilfe auch von der humanitären Intervention ab, da letztere immer Zwangselemente in sich trägt. Damit geht zumeist der Einsatz von Friedenstruppen oder anderem Militär einher. Eine solche humanitäre Intervention verstößt sowohl gegen das Interventionsverbot als auch den Grundsatz staatlicher Souveränität.

Humanitäre Hilfe selbst stellt jedoch, sofern diese unter Berücksichtigung und Einhaltung der oben genannten humanitären Prinzipien und der vom IGH erwähnten Praxis des IKRK vorgenommen wird, keinen Verstoß gegen das Interventionsverbot und die staatliche Souveränität dar.

## 3. Die Pflicht auf Durchführung humanitärer Hilfe und freien Durchlasses humanitärer Hilfe nach Vorschriften des humanitären Völkerrechts

Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Vorschriften des humanitären Völkerrechts ist das Vorliegen eines bewaffneten Konflikts. Je nachdem, ob der Konflikt internationaler

<sup>2</sup> UN General Assembly, ILC, preliminary report on the protection of persons in the event of disasters, UN Doc. A/CN.4/598 v. 5. Mai 2008, Ziff. 59; siehe auch ILC, protection of persons in the event of disasters, a.a.O. (Fn. 1).

<sup>3</sup> Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, Is there a right to humanitarian access? – A review of the debate, Recorded Seminar v. 17. Oktober 2008, unter: <http://ihlforum.ning.com>. (am 10. Februar 2009).

<sup>4</sup> OCHA, Glossary of humanitarian terms in relation to the protection of civilians in armed conflict, 2003, S. 13.

<sup>5</sup> ILC, protection of persons in the event of disasters, a.a.O. (Fn. 1), Ziff. 16–27.

<sup>6</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v. United States of America (Nicaragua Fall), ICJ Rep. 1986, Ziff. 242; D. Thürer, Dunant’s pyramid: thoughts on the “humanitarian space”, in: International Review of the Red Cross 89 (2007), S. 52 f.

<sup>7</sup> IGH, Nicaragua Fall, *id.*, Ziff. 243.

<sup>8</sup> OCHA, Glossary, a.a.O. (Fn. 4), S. 14; D. Thürer, a.a.O. (Fn. 6), S. 54.

<sup>9</sup> D. Thürer, a.a.O. (Fn. 6), S. 56 ff.

oder nichtinternationaler Art ist, sind unterschiedliche Vorschriften des humanitären Völkerrechts anwendbar.

Die zwei wichtigsten Grundprinzipien des humanitären Völkerrechts im Hinblick auf die humanitäre Hilfe sind die Pflicht zur Unterscheidung von Zivilisten und Kombattanten sowie die Pflicht, Respektierung, Schutz sowie menschliche Behandlung von Personen, die nicht länger an den Feindseligkeiten teilnehmen, sicherzustellen. Diese Pflichten ergeben sich auch aus dem humanitär-völkerrechtlichen Prinzip der Menschlichkeit.

### 3.1 Internationaler bewaffneter Konflikt und besetzte Gebiete

Im Falle eines internationalen bewaffneten Konflikts ergibt sich aus Artikel 23 des Vierten Genfer Abkommens (GA IV) die Pflicht für Staaten, Sendungen von Arzneimitteln und Sanitätsmaterial sowie unentbehrlichen Lebensmitteln, Kleidung und Stärkungsmitteln, die Kindern unter 15 Jahren, schwangeren Frauen und Wöchnerinnen vorbehalten sind, freien Durchlass zu gewähren. Außerdem werden Hilfsorganisationen nach Artikel 142 Absatz 1 GA IV alle notwendigen Erleichterungen gewährt, um Hilfssendungen zu verteilen.

Ergänzend zu den Artikeln 23 und 142 GA IV bestimmt Artikel 70 Absatz 1 des Ersten Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen (ZP I), dass ohne jede nachteilige Unterscheidung unparteiische humanitäre Hilfsaktionen mit Zustimmung der am Konflikt beteiligten betroffenen Parteien durchzuführen sind. Dabei wird festgestellt, dass Hilfsangebote weder als Einmischung in den bewaffneten Konflikt noch als unfreundlicher Akt gelten. Die Zustimmung muss in Fällen gewährt werden, in denen ansonsten ein Verstoß gegen Vorschriften des Völkerstrafrechts vorliegen würde oder eine verbindliche Resolution des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen besteht.<sup>10</sup> Zudem verpflichtet Artikel 70 Absatz 2 und 4 ZP I alle vom Konflikt beteiligten Parteien, den schnellen und ungehinderten Durchlass und die Verteilung von Hilfssendungen, -ausrüstungen und -personal zu genehmigen und zu erleichtern sowie den Schutz der Hilfssendungen zu gewährleisten. Schließlich fördern und erleichtern alle vom Konflikt betroffenen Parteien eine wirksame internationale Koordinierung der Hilfsaktionen.<sup>11</sup> Die am Konflikt beteiligten Parteien selbst dürfen technische Einzelheiten für einen Durchlass sowie die Durchsuchung selbst festlegen und die Verteilung von Hilfsgütern unter die örtliche Aufsicht der Schutzmacht stellen.<sup>12</sup>

Die Beteiligung des Hilfspersonals hängt gemäß Artikel 71 ZP I von der Zustimmung der das Einsatzgebiet kontrollierenden Partei ab, welche nach Zustimmung das Hilfspersonal soweit irgend möglich bei der Erfüllung des Hilfsauftrags unterstützen muss. Das Hilfspersonal muss geschont und geschützt werden, darf aber andererseits seinen Auftrag unter keinen Umständen überschreiten. Im Fall zwingender militärischer Notwendigkeit darf auch dessen Tätigkeit begrenzt oder die Bewegungsfreiheit eingeschränkt werden.

Im Falle besetzter Gebiete gibt es zusätzliche Pflichten für die Besatzungsmacht der dortigen Zivilbevölkerung gegenüber. Artikel 55 GA IV enthält die Pflicht, die Versorgung

der Bevölkerung mit Lebens- und Arzneimitteln sicherzustellen. Dazu zählt insbesondere die Einfuhr solcher Mittel, falls diese nicht im besetzten Gebiet selbst in ausreichendem Maße vorhanden sind. Artikel 69 ZP I ergänzt Artikel 55 GA IV dahingehend, dass neben den bereits genannten Mitteln auch die Pflicht besteht, Kleidung, Material für die Übernachtung, Notunterkünfte und andere für das Überleben der Zivilbevölkerung des besetzten Gebiets wesentlichen Versorgungsgüter und Kultgegenstände bereitzustellen.

Sollte die Besatzungsmacht zur Erfüllung der gerade genannten Verpflichtungen nicht im Stande sein, so hat diese gemäß Artikel 59 GA IV Hilfsaktionen, insbesondere bestehend aus Lebensmittel-, Arznei- und Kleidungssendungen, zugunsten der Bevölkerung durch andere Staaten oder unparteiische humanitäre Organisationen zu gestatten und erleichtern.

Mittlerweile ist ein Verstoß gegen einige der oben dargelegten Pflichten der am Konflikt beteiligten Parteien mit Strafe bedroht. Artikel 8 Absatz 2 (b) (xxv) des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (RS-ISTGH) stellt

*„das vorsätzliche Aushungern von Zivilpersonen als Methode der Kriegsführung durch das Vorenthalten der für sie lebensnotwendigen Gegenstände, einschließlich der vorsätzlichen Behinderung von Hilfslieferungen, wie sie nach den Genfer Abkommen vorgesehen sind“*

als Kriegsverbrechen in internationalen bewaffneten Konflikten unter Strafe. Dies betrifft die individuelle Strafbarkeit von Personen, weshalb folglich nicht nur staatliche, sondern auch nichtstaatliche Akteure unter Strafandrohung verpflichtet sind, dieses Verbot zu beachten.

Das humanitäre Völkergewohnheitsrecht enthält die Regel,

*“the parties to the conflict must allow and facilitate rapid and unimpeded passage of humanitarian relief for civilians in need, which is impartial in character and conducted without any adverse distinction, subject to their right of control.”<sup>13</sup>*

Diese Regel verpflichtet jede Konfliktpartei gleichermaßen. Aufgrund ihres ungeschriebenen Charakters ist sie gleichwohl umstritten. Sie enthält Elemente sowohl von Artikel 23 GA IV als auch Artikel 70 Absatz 2 ZP I und zeigt dabei die grundsätzlichen Inhalte an, die von allen Akteuren beachtet werden müssen.

Die oben genannte Regel des humanitären Völkergewohnheitsrechts gilt auch in nichtinternationalen bewaffneten Konflikten.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Siehe auch J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Cambridge 2005, Volume I: Rules, S. 197.

<sup>11</sup> Art. 70 Abs. 5 ZP I.

<sup>12</sup> Art. 70 Abs. 3 ZP I.

<sup>13</sup> J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck, a.a.O. (Fn. 10), S. 193 ff.; siehe auch L. Doswald-Beck, Humanitarian Assistance in Armed Conflict, Conference of the Luxembourg Group, in: International Review of the Red Cross 86 (2004), S. 897 f.

<sup>14</sup> J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck, a.a.O. (Fn. 10), S. 193 ff.

### 3.2 Nichtinternationaler bewaffneter Konflikt

Im Falle eines nichtinternationalen bewaffneten Konflikts ist der gemeinsame Artikel 3 der GA anwendbar. Dieser Artikel enthält einige Grundprinzipien, die in jeder Art von Konflikt einzuhalten sind.<sup>15</sup> Bezogen auf die humanitäre Hilfe zählt dazu die Pflicht der am Konflikt beteiligten Parteien, alle Personen unter allen Umständen mit Menschlichkeit und diskriminierungslos zu behandeln. Dabei sind insbesondere Angriffe auf das Leben und die Person verboten, ebenso wie die Beeinträchtigung der persönlichen Würde durch erniedrigende und entwürdigende Behandlung. Gegen diese Grundprinzipien ist ein Verstoß durch eine der am Konflikt beteiligten Parteien sowohl durch eigene Handlung als auch durch Unterlassen möglich.<sup>16</sup>

Als ein Fall des Unterlassens darf die Blockade von Hilfslieferungen demnach nicht dazu führen, dass Personen in Konfliktgebieten unter lebensbedrohlichen Umständen wegen mangelnder Versorgung leiden oder ohne medizinische und sanitäre Hilfe auskommen müssen. Bevor eine solche Situation entsteht, ist ein freier Durchlass von Hilfslieferungen vergleichbar mit der oben genannten Pflicht in internationalen bewaffneten Konflikten zu gewähren.

Das Zweite Zusatzprotokoll zu den GA (ZP II) enthält eine spezielle Vorschrift zur Pflicht humanitäre Hilfsaktionen durchzuführen. Der Anwendungsbereich des Protokolls ist jedoch nochmals eingeschränkter als der des gemeinsamen Artikels 3 der Genfer Abkommen. Zum einen haben nicht alle Staaten das Protokoll unterzeichnet und ratifiziert, zum anderen ist es nur in nichtinternationalen bewaffneten Konflikten anwendbar, die bereits eine gewisse Intensität der Auseinandersetzung erreicht haben.<sup>17</sup>

Artikel 18 Absatz 2 ZP II enthält die Pflicht der Konfliktparteien im Falle des Erleidens der Zivilbevölkerung von übermäßigen Entbehrungen infolge Mangels an lebensnotwendigen Versorgungsgütern, wie Lebensmitteln und Sanitätsmaterial, Hilfsaktionen rein humanitärer unparteiischer Art zugunsten der Zivilbevölkerung ohne jede nachteilige Unterscheidung durchzuführen. Die Durchführung kann sowohl durch Drittstaaten als auch durch humanitäre Hilfsorganisationen erfolgen, bedarf jedoch der Zustimmung der betroffenen Konfliktpartei. Diese Zustimmung darf dann nicht verweigert werden, wenn, wie oben dargelegt, Leben und persönliche Würde der betroffenen Personen gefährdet sind.

Verstöße gegen die oben genannten Verbote des gemeinsamen Artikels 3 der GA sind gemäß Artikel 8 Absatz 2 (c) RS-ISTGH als Kriegsverbrechen mit Strafandrohung sanktioniert. Zusätzlich bedroht Artikel 8 Absatz 2 (e) (iii) RS-ISTGH in nichtinternationalen bewaffneten Konflikten vorsätzliche Angriffe auf Personal, Einrichtungen, Material, Einheiten oder Fahrzeuge, die an einer humanitären Hilfsmission beteiligt sind, mit Strafe.

### 3.3 Innerstaatliche Unruhen und Aufstände unterhalb eines bewaffneten Konflikts

In Situationen, in denen ein Staat gegen die eigene Bevölkerung vorgeht, mangels intensiver Gewalt oder einer zweiten Konfliktpartei aber noch kein nichtinternationaler Konflikt vorliegt, so dass humanitäres Völkerrecht noch nicht an-

wendbar ist, zeigt der gemeinsame Artikel 3 der GA, dass es einen Kern fundamentaler Rechte gibt, von dem kein Staat derogieren kann.<sup>18</sup> Gerade im Verbund mit entsprechenden menschenrechtlichen Normen ist also auch in Situationen innerer Unruhen der Standard des Artikels 3 gegeben. Hilfsaktionen sind daher auch in einem solchen Fall zuzulassen, auch wenn Verstöße gegen Artikel 3 in einem solchen Fall zumindest nicht als Kriegsverbrechen unter dem RS-ISTGH mit Strafe bedroht sind.

### 4. Das Recht auf humanitäre Hilfe nach menschenrechtlichen Vorschriften

Das Recht auf humanitäre Hilfe nach menschenrechtlichen Vorschriften betrifft nicht nur Situationen bewaffneter Konflikte. Die menschenrechtlichen Vorschriften sind neben bewaffneten Konflikten auch in Fällen von Naturkatastrophen, medizinischen Katastrophen wie Pandemien oder auch schwersten technischen Unfällen atomarer oder chemischer Art anwendbar.

Im Zentrum steht aus menschenrechtlicher Sicht zunächst das Recht auf Leben.<sup>19</sup> Dieses ist durch jeden Staat gegenüber allen Personen auf seinem Territorium und unter seiner Herrschaftsgewalt zu respektieren und zu gewährleisten.<sup>20</sup> Das Recht auf Leben darf weder durch eine direkte Handlung, noch durch ein Unterlassen verletzt werden. Folglich müssen Staaten in Notsituationen nicht nur Blockaden von Hilfslieferungen unterlassen, sondern selbst auch alle notwendigen Schritte unternehmen, um Verstöße gegen das Recht auf Leben zu vermeiden. Dabei ist zum einen die Pflicht für Staaten zu nennen, humanitäre Hilfe zu gewähren und zum anderen, sollten sie nicht in der Lage sein, humanitäre Hilfe bereitzustellen, Dritten dies zu erlauben.

Des Weiteren gewährt das Recht auf Leben jedem Opfer einer humanitären Katastrophe einen Anspruch auf Erhalt lebenswichtiger Hilfe, die durch Dritte angeboten wird. Dabei ist zu beachten, dass die humanitäre Hilfe normalerweise ganze Gruppen betrifft und ein Verstoß gegen das individuelle Recht auf Leben auch gegen solche Gruppen in ihrer Gesamtheit begangen werden kann.

Auch hier ist ein solcher Verstoß wieder, wie schon bei den Vorschriften des humanitären Völkerrechts, mit Strafe unter dem RS-ISTGH bedroht. In diesem Fall könnte es ein Verbre-

<sup>15</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Nuklearwaffengutachten), ICJ Rep. 1996, Ziff. 22; *R.A. Stoffels*, Legal regulation of humanitarian assistance in armed conflict: Achievements and gaps, in: International Review of the Red Cross 86 (2004), S. 519-520.

<sup>16</sup> *R.A. Stoffels, id.*, S. 519.

<sup>17</sup> Art. 1 ZP II; 164 Mitgliedsstaaten (am 10. Februar 2009), allerdings haben einige Staaten, die direkt vom ZP II betroffen wären bzw. sein könnten, dieses bislang nicht ratifiziert: Afghanistan, Indien, Indonesien, Irak, Iran (gleichwohl unterzeichnet), Israel, Marokko (gleichwohl unterzeichnet), Pakistan (gleichwohl unterzeichnet), Somalia, Sri Lanka, Syrien, Türkei, USA (gleichwohl unterzeichnet), unter: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/CONVPRES?OpenView>. (am 10. Februar 2009).

<sup>18</sup> IGH, Nuklearwaffengutachten, a.a.O. (Fn. 15); *R.A. Stoffels*, a.a.O. (Fn. 15), S. 520.

<sup>19</sup> Siehe z.B. Art. 6 IPbpR; Art. 6 KRK; Art. 2 EMRK; Art. 4 Afr. Ch. HPR; Art. 4 Am. MRK.

<sup>20</sup> Art. 2 Abs. 1 IPbpR; *R.A. Stoffels*, a.a.O. (Fn. 15), S. 517.



chen gegen die Menschlichkeit gemäß Artikel 7 Absatz 1 (b) i.V.m. Absatz 2 (b) sowie Absatz 1 (k) RS-ISTGH darstellen, Personen den Zugang zu Nahrungsmitteln und Medikamenten vorzuenthalten oder andere unmenschliche Handlungen, mit denen vorsätzlich große Leiden oder eine schwere Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der geistigen oder körperlichen Gesundheit verursacht werden, zu begehen.

Zudem kann die vorsätzliche Auferlegung von Lebensbedingungen für eine nach Artikel 6 des RS-ISTGH bestimmte Gruppe, die geeignet sind, ihre körperliche Zerstörung ganz oder teilweise herbeizuführen, den Tatbestand des Völkermordes nach Artikel 6 (c) RS-ISTGH erfüllen.

Ein weiteres Menschenrecht, das Staaten verpflichtet, humanitäre Hilfe zu gewähren oder durch Dritte zu erlauben, ist insbesondere Artikel 11 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR). Artikel 11 beinhaltet das Recht auf einen angemessenen Lebensstandard einschließlich ausreichender Ernährung, Bekleidung und Unterbringung sowie das Recht eines jeden, vor Hunger geschützt zu sein. Hinzu kommen das Recht auf Nahrungsmittel, das Recht auf medizinische Dienste sowie das Recht auf Wasser.<sup>21</sup> Von diesen Rechten kann ein Staat auch nicht in Krisenzeiten derogieren.

Nach Artikel 22 Absatz 1 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes von 1989 (KRK) hat jeder Staat die Pflicht angemessenen Schutz und humanitäre Hilfe für Kinder bis 18 Jahre im Falle der Flucht sicherzustellen.

Für die Frage, ob sich neben den genannten Menschenrechten mittlerweile ein eigenes Recht auf humanitäre Hilfe im Völkergewohnheitsrecht herausgebildet hat, fehlt es wohl an der entsprechenden Praxis der Staaten.<sup>22</sup> Auch in völkerrechtlichen Verträgen lässt sich ein solches Recht nicht unmittelbar finden. Es bedarf daher der Heranziehung einzelner gesonderter Menschenrechte, die in ihrer Gesamtheit einzelne Aspekte eines Rechts auf humanitäre Hilfe abdecken.

## 5. Rechte und Pflichten im Bereich humanitärer Hilfe

Jeder einzelne Betroffene – und damit letztlich die Not leidende Bevölkerung als Ganzes – hat ein positiv-rechtlich garantiertes Recht auf Leben, auf angemessenen Lebensstandard, auf Nahrungsmittel und Gesundheitsversorgung.

Staaten und – mit Einschränkungen – am Konflikt beteiligte Parteien haben die Pflicht, humanitären Hilfslieferungen freien Durchlass zu gewähren und humanitäre Hilfsaktionen durchzuführen bzw. durch Dritte, Staaten oder Hilfsorganisationen, zu erlauben. Dazu gehört insbesondere die Pflicht, Einfuhr und Transport von humanitärer Hilfe zu autorisieren und dann nicht zu behindern, ebenso wenig wie deren Verteilung. Zudem müssen der schnelle und ungehinderte Transport sowie die Verteilung von Hilfsgütern erleichtert und gegebenenfalls humanitäre Organisationen und Helfer durch den Gaststaat unterstützt werden. Schließlich müssen die Sicherheit der Hilfsgüter sowie der Helfer garantiert sein. Humanitärer Zugang bedeutet insgesamt eine aktive Tätigkeit, die einen direkten Zugang zu den Opfern ermöglicht. Die Zustimmung und der Dialog mit dem Gaststaat oder der

das Territorium kontrollierenden Gruppe ist außerordentlich wichtig, da ansonsten der Zugang zu gefährlich wäre und wenig Nutzen hätte. Zur Erleichterung des Zugangs gehören vor allem Fragen der Arbeiterlaubnis und der Visumserteilung, der Lande- und Anlegegenehmigungen, der Bewegungsfreiheit im Land sowie des Zolls und der Steuern.<sup>23</sup>

Die Verbindung von Grundprinzipien und grundlegenden Vorschriften des humanitären Völkerrechts und der Menschenrechte führt zu dem Schluss, dass das Recht auf humanitäre Hilfe eine so genannte Verpflichtung *erga omnes* ist. Eine solche Verpflichtung *erga omnes* ist eine Pflicht, die angesichts ihrer fundamentalen Bedeutung schlechthin gilt, das heißt, dass im Einzelfall tatsächlich ein Interesse „der internationalen Gemeinschaft als Ganzer“ festgestellt werden kann, so dass alle Staaten ein rechtliches Interesse an ihrer Erfüllung haben.<sup>24</sup> Die internationale Gemeinschaft als Ganzes hat ein rechtmäßiges Interesse daran, humanitäre Hilfe jedem Einzelnen anzubieten, der diese benötigt. Ein solches Angebot auch ohne Zustimmung des Gaststaates stellt daher keine völkerrechtswidrige Handlung dar. Vielmehr besteht eine Verpflichtung eines jeden Staates, aber auch durch humanitäres Völkerrecht mandatierter Organisationen wie dem IKRK, humanitäre Hilfe anzubieten.<sup>25</sup> Auf der anderen Seite begründet die Verpflichtung *erga omnes* auch die Pflicht des Gaststaates gegenüber der internationalen Gemeinschaft, den Zugang humanitärer Hilfe zu gewähren und zu erleichtern. Dies bedeutet zudem, dass jeder Staat unabhängig davon, ob er von dem Völkerrechtsbruch betroffen bzw. dem zugrunde liegenden Vertrag beigetreten ist oder nicht, die Pflichtverletzung sanktionieren und unter Umständen gerichtlich vor dem IGH gegen eine Verletzung vorgehen kann.<sup>26</sup>

Das Angebot der humanitären Hilfe durch Drittstaaten oder humanitäre Hilfsorganisationen muss teilweise durch die am Konflikt beteiligten Parteien angenommen werden, da diese ansonsten gegen Vorschriften des humanitären Völkerrechts, des Völkerstrafrechts oder der Menschenrechte verstoßen würden. Daher gibt es in besonderen Situationen die Pflicht für Staaten, die erforderliche Zustimmung zum Zugang humanitärer Hilfe zu geben.

<sup>21</sup> Siehe z.B. Art. 11, 12 IPwskR, Art. 14 Abs. 2 (h) Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Art. 24 Abs. 2 (c) KRK.

<sup>22</sup> R.J. Hardcastle / A.T.L. Chua, Humanitarian assistance: towards a right of access to victims of natural disasters, in: International Review of the Red Cross 325 (1998), S. 589-609.

<sup>23</sup> ILC, protection of persons in the event of disasters, a.a.O. (Fn. 1), Ziff. 81.

<sup>24</sup> W. Graf Vitzthum, in: ders., Völkerrecht, 4. Aufl., Berlin 2007, 1. Abschn. III. Rn. 120.

<sup>25</sup> R.A. Stoffels, a.a.O. (Fn. 15), S. 533-534.

<sup>26</sup> W. Graf Vitzthum, a.a.O. (Fn. 24), 1. Abschn. III. Rn. 120.

## 6. Der rechtliche Schutz humanitärer Helfer

Humanitäre Helfer sind wie alle anderen Zivilisten in bewaffneten Konflikten geschützt.<sup>27</sup> Die Genfer Abkommen inklusive ihrer Zusatzprotokolle enthalten keine besonderen Vorschriften für humanitäre Helfer. Der besondere Schutz für Sanitätspersonal betrifft nur solches, das die Truppen begleitet und der militärischen Führung untersteht. Dazu zählen humanitäre Helfer und Hilfsorganisationen nicht.<sup>28</sup> Einige wenige ausdrückliche Regelungen, unter deren Anwendungsbereich auch humanitäre Helfer gefasst werden, gibt es dennoch. So ist Hilfsorganisationen nach Artikel 17 Absatz 2 ZP I Schutz zu gewähren, wenn diese durch eine Konfliktpartei aufgefordert wurden zu helfen. Dieser Schutz besteht fort, sollte das Gebiet von einer anderen Konfliktpartei übernommen werden. Diese Regelung gilt für alle internationalen bewaffneten Konflikte.

Generelle Regelungen trifft das humanitäre Völkergewohnheitsrecht. Diese Regelungen gelten zwar für alle Konfliktparteien, sind jedoch umstritten, da die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht nur sehr schwierig festzustellen ist.<sup>29</sup> Der Grundsatz lautet für alle Arten von Konflikten: „*Humanitarian relief personnel must be respected and protected*“.<sup>30</sup> Danach dürfen humanitäre Helfer weder angegriffen oder entführt, noch festgenommen oder festgehalten werden.<sup>31</sup> Schließlich stellt das RS-ISTGH eine Vielzahl von Verhaltensweisen, die gegen humanitäres Völkerrecht verstoßen, unter Strafe.<sup>32</sup> Humanitäre Helfer werden dadurch insofern geschützt, als dass spezielle Angriffe gegen diese strafrechtlich sanktioniert sind und daher erhebliche Folgen für die Täter nach sich ziehen können.<sup>33</sup>

## 7. Zusammenfassung

In internationalen Abkommen gibt es eine Vielzahl von Vorschriften, die auch den Bereich der humanitären Hilfe betreffen. Allerdings findet sich kein allgemein verbindliches Dokument, das Rechte und Pflichten im Bereich der humanitären Hilfe zum Inhalt hat. Diese Aufgabe, ein solches Dokument zu erarbeiten, liegt in den nächsten Jahren bei der

„International Law Commission“. Dennoch bleibt festzuhalten, dass es schon eine ganze Reihe von anwendbaren Vorschriften gibt. Zu unterscheiden ist dabei zwischen humanitärer Hilfe in bewaffneten Konflikten und solcher im Falle von Natur- oder anderen Katastrophen. In beiden Fällen darf die Verweigerung nicht dazu führen, dass das menschenrechtliche Recht auf Leben verletzt wird. Dazu zählt insbesondere das Vorenthalten und Verhindern des Zugangs von lebenswichtigen Nahrungsmitteln und Medikamenten.

Im Falle eines bewaffneten Konflikts, gleich welcher Art, besteht eine Pflicht den freien Durchlass der humanitären Hilfe zu gewähren und zu erleichtern. Ebenso muss in Notsituationen die Durchführung humanitärer Hilfe durch Dritte – Staaten, Vereinte Nationen, IKRK oder humanitäre Hilfsorganisationen – zugelassen werden, falls der Staat selbst nicht in der Lage ist, humanitäre Hilfe zu leisten. Außerdem sind Angriffe auf Personal, Einrichtungen, Materialien, Einheiten oder Fahrzeuge, die an einer humanitären Hilfsmission beteiligt sind, strafrechtlich sanktioniert. Damit wird zugleich der Schutz humanitärer Helfer umrissen, der in allen Situationen zu gewährleisten ist.

Diese Vorschriften bilden den Kern des anwendbaren Rechts. Hinzu kommen je nach Situation zusätzliche Rechte und Pflichten, die aus verschiedenen Abkommen und Erklärungen hergeleitet werden können oder dem Völkergewohnheitsrecht entstammen. Diese können jedoch nicht ohne Weiteres allgemein benannt werden, sondern sind einzelfallabhängig oder bedürfen einer ausführlicheren Analyse. ■

<sup>27</sup> K. Mackintosh, Beyond the Red Cross: the protection of independent humanitarian organizations and staff in international humanitarian law, in: International Review of the Red Cross 89 (2007), S. 118.

<sup>28</sup> M. Schneider-Enk, Der völkerrechtliche Schutz humanitärer Helfer in bewaffneten Konflikten, Hamburg 2008, S. 81.

<sup>29</sup> K. Mackintosh, a.a.O. (Fn. 27), S. 121.

<sup>30</sup> J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck, a.a.O. (Fn. 10), Regel 31, S. 105 ff.

<sup>31</sup> Id., S. 108; M. Schneider-Enk, a.a.O. (Fn. 28), S. 93 f.; K. Mackintosh, a.a.O. (Fn. 27), S. 121.

<sup>32</sup> Siehe z.B. Art. 8 Abs. 2 (e) (iii) RS-ISTGH.

<sup>33</sup> K. Mackintosh, a.a.O. (Fn. 27), S. 118.

# The observation mission of the European Union in Georgia: Functions assumed by this peacekeeping operation

Antonio Manrique de Luna Barrios\*

Am 15. September haben die Außenminister der Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Entsendung einer zivilen Mission von 200 Beobachtern in die im georgischen Staatsgebiet gelegene Sicherheitszone in der Gegend von Südossetien und Abchasien formell genehmigt, um einen Beitrag zur Schaffung von Frieden und Sicherheit in dieser Gegend zu leisten, die unlängst zum Schauplatz eines Konflikts wurde, der auf mehreren komplexen Gesichtspunkten beruht.

Dadurch erhofft sich die Europäische Union, die Beobachter vor dem 1. Oktober zu entsenden, um den für den 11. Oktober geplanten Abzug der russischen Truppen aus den zwei Sicherheitszonen zu beaufsichtigen die auf georgischem Territorium um die beiden Separatistenregionen herum errichtet worden waren und um diese Truppen zu ersetzen, sobald sie den Rückzug aus dieser Gegend angetreten haben.

On 15 September the foreign affairs ministers of the member States of the European Union formally approved the emission of a civil mission of 200 civil observers to the security zone situated in the Georgian territory in the area of South Ossetia and Abkhazia in order to contribute to the establishment of peace and security in this area which recently has become the setting of a conflict based on a number of complex factors. This way the European Union hopes to send out this observation mission before 1 October to assure the withdrawal of Russian troops which is planned for 11 October, from the two security zones, that had been established in Georgia around the two secessionist regions. The European Union also hopes to replace these troops once they have pulled back from this area.

## 1. Introduction

Considering this, it has to be pointed out that the European Union will fulfil its observation mission in Georgia, a traditional role of carrying out a peacekeeping operation (PKO), which is characterized by the distribution of military observers or units of civil personnel in order to supervise the fulfilment of ceasefire agreements. It will also contribute to guarantee for “the long-term stability in the whole of Georgia and its adjoining regions”, as it is foreseen in the common text of action as adopted by the Council of Ministers.<sup>1</sup> To reach this objective other tasks need to be met such as supervision, analysis and information gathering about the situation in combination with the process of stabilization, centred in the total fulfilment of the agreement consisting of six points developed by France which aim at the finalization of the hostile conflict between Georgia and Moscow.

With respect to the mandate taken over by the mission of observers of the European Union, this supranational organization will have to act in a completely complex setting, given the rejecting attitude of Russia towards the idea of having third parties entering in what they consider their own zone of influence. That means, even though the distribution of civil members has been permitted in order to supervise the completion of this process of pacification, it is necessary to say that the members of this mission will only be sent to exclusively Georgian territories and that its presence in South Ossetia and Abkhazia has not been declared in the mandate so far.

Also, in realizing this mission the European Union is facing the Challenger another time to enter in an internal conflict outside of its member states, just like it did before in the Democratic Republic of Congo, when it carried out the

police mission of the European Union in Kinshasa. However, in this new setting it would have to overcome new obstacles such as Russia being opposed to the activities of the European Union in the territories of South Ossetia and Abkhazia (Georgia), since it considers this area part of its own influential zone. It is precisely this Russian policy that only has accepted the execution of PKOs of the United Nations or of the Organization for Security and Cooperation in Europe in this zone in a limited way.

Regardless of the obstacles mentioned above, the mission of observation of the European Union plays an important role. Its role is to contribute to the separation of the forces that had been in conflict before. Since it carries out means of protection of the civil population and gives humanitarian assistance in order to re-establish peace and security in this zone, it restores the normality of daily activities for the people living before or during the conflict in the area of South Ossetia or Abkhazia.

## 2. Protection of civilians

The PKOs have taken over responsibility for the monitoring of the fulfillment of peace treaties in order to protect the civil population. Therefore the subscribing parties can ask the United Nations, regional organizations or the states to send a

\* Dr. A. Manrique de Luna Barrios is lecturer for Spanish Law at the University of Osnabrück.

<sup>1</sup> Vid. A. Manrique de Luna Barrios, “Der Konflikt in der Separatistenregion von Südossetien (Georgien)”, BOFAXE No. 325D, Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV), 15 August 2008.

peacekeeping mission of multi-national forces in order to control the ceasefire<sup>2</sup>, the withdrawal of troops out of a determined zone<sup>3</sup> and/or certain protected areas.<sup>4</sup>

In this context and in order to fulfil the completion of the dispositions of the agreement, which was promoted by France and which puts an end to the hostilities between Georgia and Moscow, the observers of the European Union base their main mandate on the drawback of the Russian troops and will therefore distribute their personnel in different phases in the region – starting with adjoined regions to the separatist areas – and will thus control the drawback of the Russian troops before 10 October.

But the mission of observers of the European Union, which consists of police staff, military experts, and specialists in humanitarian law coming mainly from France, Germany, Italy, Poland, and Spain – that basically represent the majority of states from the European Union – will also give attention to the compliance of human rights in zones they are allocated. This actuation corresponds to an objective of the PKOs which aims at the protection of minorities in zones of conflict, suffering from discrimination and abuses during ethnical conflicts and civil wars. Counting on local peacekeeping troops, they can actually be better protected in certain states and geographical areas<sup>5</sup> of conflict. Another regional organization dedicated to the protection and supervision of human rights and fundamental liberties that should be pointed out in this context, is the European Organization for Security and Cooperation that acted in areas like Kosovo and Georgia before.<sup>6</sup>

On the other hand, PKOs can use precautionary displacements in order to protect life and fundamental rights of people in a certain area of conflict. This way the reinitiating of conflicts or the escalating of violence can be avoided, as well as the extension of conflicts to other countries or neighboring geographical areas. By that means, circumstances shall be anticipated, as happened in the civil war of Sierra Leone, which in 1991 extended towards Liberia where rebels of the Revolutionary United Front (RUF) got in contact with the National Patriotic Front of Liberia (NPFL) in order to obtain arms in exchange for diamonds. As a result the Economic Community of West African States (ECOWAS) organized a preventive displacement to avoid an extension of this conflict to other countries.<sup>7</sup> It seems, that these experiences from other conflicts are taken in account in the conflict in South Ossetia, since efforts are made to avoid an expansion of the conflict to Abkhazia.

In respect of the protection of the civil population, the PKOs of the European Union, have taken over a number of activities to separate the parties in conflict, to demobilize them and to collect and destroy the arms in possession of these parties. By doing so, one of the most complex tasks in order to achieve long-lasting peace is being carried out, since this actuation leads to elimination of combat and battle resources of conflictive parties. However, the main barrier hindering the objective being achieved, is the existence of paramilitary forces and irregular militia which usually do not cooperate in the peacekeeping process. In these cases the alternative to the

activities of the peacekeeping forces is to realize the constitution of police activities and the defense of protected areas or simply to force the disarmament of these fractions, notwithstanding the risks of these activities. To achieve these results a strong cooperation between the parties is crucial; the peacekeeping staff must be duly capacitated and equipped; facilities must be given to realize investigations; the mandate to establish the PKO must be clear.<sup>8</sup>

### 3. The humanitarian assistance

The mandate of the mission of observers of the European Union is also in charge of supervising the compliance of international humanitarian law. In that sense it can be said that, this mission as well takes over a series of functions to offer protection to organizations that give humanitarian aid (humanitarian aid agencies and NGOs) and to facilitate the delivery of humanitarian aid to the victims of the conflict. However, this kind of help offered by the peace-keeping organizations to humanitarian missions, constitutes a new and

<sup>2</sup> Between the United Nations and the African Union for example a PKO was initiated, in order to control the ceasefire in the Democratic Republic of Congo which was based on an agreement subscribed in Lusaka (Zambia) on 10 July 1999 between the government of this country, the Congolese Coalition for Democracy and the movement for the Liberation of Congo. The text of this ceasefire-agreement can be found in UN Doc. S/1999/815, 23 July 1999.

<sup>3</sup> In reference to the draw-back of troops from a conflictive territory in a peacekeeping mission, special mention should be given to the case of a group of observers from the United Nations in the strip of Aouzou. This group had been established to control the draw-back of Libyan administration as well as its troops from this strip according to the decision taken on 3 February 1994 by the International Court of Justice. *Territorial dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, ICJ Reports (1994) at 6.

<sup>4</sup> The United Nations have established “areas of security” and “secure areas” in different PKOs in order to protect the civil population suffering from the conflict and to facilitate them the access to humanitarian aid. It is appropriate to show, that according to the TPIY “the presence of those actively involved in the conflict should not impede the characterization of population as a civil population” (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, IT-95-16-T, 14 January 2000, para. 549, at: <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>. (11 March 2009)) and therefore the population should always be protected, according to its civil nature. In contrary to “neutralized areas” or “demilitarized areas” as foreseen in the norms of International Humanitarian Right and which is based on the acceptance and cooperation of the parties of the conflict, the “areas of security” of North Iraq, Bosnia-Herzegovina and Rwanda were only created by the Security Council of the United Nations. See: Report of the General Secretary of the Security Council of the United Nations about the humanitarian assistance and refugees and others involved in conflicts (Security Council, Report, UN Doc. S/1998/883, 22 September 1998, para. 22) See also: B. Oswald, “The creation and control of places of protection during United Nations Operations”, (1999) 844 *International Review of the Red Cross* 1013-1035.

<sup>5</sup> J.L. Gómez, *Operaciones de mantenimiento de la paz. Presencia en el terreno de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos*, Cuadernos Deusto De Derechos Humanos, 1998, pp. 9-88.

<sup>6</sup> OSCE, Annual Report 2001 on OSCE Activities, 26 November 2001; A. Manrique de Luna Barrios, *supra* note 1.

<sup>7</sup> “Sierra Leone”, (1998) 3 *Africa Research Bulletin*.

<sup>8</sup> The Mission of the United Nations in Liberia (UNMIL) carried out the recollection and the destruction of arms and munitions found in possession of the conflictive parties. See Security Council, Resolution 1509, UN Doc. S/RES/1509, 19 September 2003.

heavily discussed aspect<sup>9</sup> which generates different problems within the coordination and cooperation of the members of the PKO and the humanitarian missions, since they possess different principles and priorities in their operations.<sup>10</sup> The main problem in accomplishing this function within a PKO is to determine, how peacekeeping forces can be used in order to assist humanitarian missions without being affected in their neutrality, nor narrowed in their function. Apparently peacekeeping missions could conciliate the application of force with a humanitarian mandate, by asking for authorization in the Security Council of the United Nations and by receiving acceptance of all parties involved in the conflict.

It has to be mentioned, that humanitarian aid is offered by organizations specialized in giving it; primary peacekeeping missions offer first aid to fight humanitarian emergencies and give medical support, shelter, water, food, clothes, etc. to the population living in an area affected by the conflict.<sup>11</sup> For this purpose it is indispensable that the peace-keeping staff which realizes these activities can count on the necessary equipment and that it is prepared for a quick intervention in geographical areas with difficult access and great insecurity. This way, the population calling for immediate attention can be protected most appropriately.

At the same time PKOs have to realize mine deactivation activities since anti-personnel- and anti-tank mines frequently continue to cause great damage among the civilian population after the culmination of armed conflicts.<sup>12</sup> In deactivating these mines, an important factor for reestablishing normal life and for reactivating economic stability in the area of the former conflict is contributed. Refugees and displaced people can return to their homes and the phase of peace-consolidating can begin.<sup>13</sup> To achieve this mission, the peace-keeping personnel carries out activities such as deactivating mines and capacitating, educating and sensitizing the civilian population in order to show them how to recognize and to avoid terrestrial mines which could affect their physical inviolability. These activities are realized in cooperation with a great number of NGOs specialized in these matters, like the International Red Cross or the Red Crescent.<sup>14</sup>

#### 4. Conclusion

PKOs played and still play an important role in missions all over the world trying to reestablish peace and order in conflictive regions. Although are legally based on the *Charter of the United Nations*, we should not forget that these operations are a product of the experience of several operations and the needs that are caused by completing such tasks as the real protection of civilians. It is precisely for this reason, that

the PKOs of the European Union, called Mission of Observers of the European Union in Georgia, did not only have to take over its traditional role and main function, which is the interposition between the forces of a conflict, but it also had to adapt its mandate to new and different circumstances which demands a different type of action within its functions. For this reason the PKOs have received a new legal background for the execution of their activities, which is mainly based on multi-functional mandates. These mandates are broader and more complex, since they assume new functions which have to be taken over by the peacekeeping forces, such as the protection and the acceptance of human rights, the offering of humanitarian aid (since the organizations specialized in these matters, they are often overwhelmed with the hostile behaviour of the conflicting parties) and the fighting for the respect of a constitutional state. In constantly adapting the mandates of the PKOs according to new experiences and functions, they not only have to become more sophisticated, but they also have helped to be able to defend the victims of the conflicts more effectively and to assure the protection of their fundamental rights and liberties. ■

<sup>9</sup> Considering the increase of civil confrontations and ethnic and religious conflicts in different areas of the world, the PKO's had to assume the role of protecting humanitarian operations in the same areas where they operated. More information: F. Mezzalama, "Investigation of the Relationship Between Humanitarian Assistance and Peacekeeping Operations", (1995) JIU/REP/95/6.

<sup>10</sup> In countries where political institutions have collapsed and where the humanitarian assistance has been authorized without the consent of all parties participating in the conflict and where the violence has not stopped, yet, military presence is indispensable in order to offer an adequate protection to the people offering directly humanitarian help. See C. Stahn, "NGOs and international peacekeeping-issues, prospects and lessons learned", (2001) *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 379-402.

<sup>11</sup> The conceptual and formal separation, which existed for a long time between the functions that should assume a PKO and the humanitarian assistance, is based on the fact that the mandates of the PKO did not consider humanitarian assistance. However, in the beginning of the 1990s, it was started to explicitly mention the humanitarian function of the PKO in mandates. For more information see L. Peral, *Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*, S.A. Madrid, Trotta Ed., 2001, pp. 315-354.

<sup>12</sup> The Convention about the prohibition of use, storage, production and transfer of anti-personnel mines and about their destruction, which was signed in Ottawa on 4 December 1997, was ratified by 143 countries in August 2004. While the other countries, which had not signed it, had expressed their political agreement for a future elimination of all anti-personnel mines.

<sup>13</sup> Security Council, resolution 1244, UN Doc. S/RES/1244, 10 June 1999.

<sup>14</sup> United Nations, *Handbook on United Nations multidimensional peacekeeping operations*, DPKO, 2003, pp. 71-81.

# Die Wurzeln des modernen Kriegsvölkerrechts als transatlantisches Erbe – Leben und Werk von Francis Lieber (1798–1872)

Roman Schmidt-Radefeldt\*

The German-American *Francis Lieber* (1798–1872) who made a remarkable career from a German student rebel to a military advisor of the *Lincoln*-administration, is supposed to be the father of modern humanitarian law. *Lieber's* main work, the so called *Lieber Code*, drawn up in 1863 as field instruction for the Union forces in the American Civil War, is considered the precursor of the „Hague Law“. The objective of these field instructions was to systematise the rules under the law of land warfare which had been developed especially in the thinking of European philosophers of the Enlightenment and historians alike, but until then had only existed under customary law. The *Lieber Code* consists of 157 rules concerning for example the treatment of Prisoners of War, the principle of Military Necessity and sanctions for violations of humanitarian law. Although drafted for civil war-situations, the *Lieber Code* considered it possible to subject all forms of armed conflict to *humanitas*.

Der Deutsch-Amerikaner *Franz Lieber* (1798–1872), der es vom Freiheitskämpfer im deutschen Vormärz zum militärischen Berater der *Lincoln*-Administration brachte, gilt neben *Henri Dunant* als Vater des modernen Kriegsvölkerrechts. Die sog. *Lieber Codes* – 1863 als Feldinstruktionen für die amerikanischen Unionsstreitkräfte im Sezessionskrieg verfasst – waren Wegbereiter für das „Haager Recht“. In diesem Kodex wurden erstmals die in den europäischen Traditionslinien der Aufklärung wurzelnden, aber bis *dato* nur unsystematisch überlieferten Gebräuche, Gesetze und Gewohnheiten des Krieges in einer Reihe von Vorschriften für die Truppen im Felde niedergelegt. Der Kodex enthält u.a. detaillierte Regelungen zum Kriegsgefangenenrecht, zur Begrenzung des Kriegsführungsrechts und zur Sanktionierung von Kriegsverbrechen. Obwohl für die Situation im Bürgerkrieg konzipiert, zielt der insoweit „revolutionäre“ *Lieber Code* darauf ab, sämtliche Formen bewaffneter Konflikte der *humanitas* zu unterwerfen.

## 1. Die deutsch-amerikanischen Beziehungen Ende des 18. Jahrhunderts

*Guantánamo* und *Abu Ghraib* sind zum Menetekel einer US-amerikanischen Anti-Terror-Politik geworden, die auch im „alten Europa“ auf unverblümete Ablehnung gestoßen ist. In die berechtigte Sorge der Europäer über die Aufweichung zivilisatorischer Mindeststandards während der *Bush*-Ära mischte sich stets auch eine gewisse Überheblichkeit, mit der man sich hierzulande die Errungenschaften des humanitären Völkerrechts als *europäisches Erbe* an die Brust heftet.

Dabei wird gern vergessen, dass wesentliche Grundsätze des modernen Kriegsvölkerrechts aus der Feder eines Deutsch-Amerikaners stammen: *Franz / Francis Lieber*. Diese Gelehrtenpersönlichkeit, die es vom studentischen Freiheitskämpfer im deutschen Vormärz zum militärischen Berater der *Lincoln*-Administration und Lehrstuhlinhaber in New York brachte, konnte jedoch im Schatten seines jüngeren Zeitgenossen, des Friedensnobelpreisträgers und Gründers des Roten Kreuzes *Henri Dunant* (1828–1910), außerhalb der Fachwelt nie so recht von sich reden machen. Dabei gilt *Liebers* Hauptwerk, die sog. *Lieber Codes*, die er 1863 im Auftrag von Präsident *Abraham Lincoln* als Feldinstruktionen für die amerikanischen Unionsstreitkräfte im Sezessionskrieg verfasst hat, als Vorläufer des Haager Rechts.

Dem Wirken *Liebers* geht seit Ende des 18. Jahrhunderts ein traditionell enger Austausch zwischen Preußen und dem jungen Amerika in wichtigen kulturellen, militärischen und humanitären Fragen voraus.<sup>1</sup> So genoss etwa *Friedrich der Große* (1712–1786) als „Philosoph von Sanssouci“ jenseits

des Atlantiks zeitlebens außerordentliche Popularität. Gebildete Amerikaner – allen voran der erste amerikanische Botschafter in Berlin und spätere US-Präsident *John Quincy Adams* (1735–1826) – begeisterten sich im friderizianischen Berlin der Jahrhundertwende für *Fichte*, *Schleiermacher* und *Hegel*. Im Gegenzug wuchs das Interesse Europas, insbesondere des republikanischen Frankreichs, an der jungen Demokratie Amerika: In der (Reise-)Tradition des Generals *Marquis de Lafayette* (1757–1834) und des Politikers *de Chateaubriand* (1768–1848) bereiste 1831 der Staatsdenker *Alexis de Tocqueville* (1805–1859) im Auftrag der französischen Regierung die Neue Welt, um den Strafvollzug vor Ort zu studieren und bei dieser Gelegenheit die demokratische Gesellschaft und das amerikanische Regierungssystem kennen zu lernen – 1840 erschien *De la Démocratie en Amérique*. Auch auf militärischem Gebiet blühte der Austausch: Im amerikanischen Bürgerkrieg (1861–1865) bekleideten Offiziere deutscher Herkunft (z.B. *Carl Schurz* oder *Franz Sigel*) hohe Generalsränge im amerikanischen Militär

\* Regierungsdirektor Priv.-Doz. Dr. iur. habil. Der Autor lehrt Staats- und Völkerrecht an der Universität Mannheim sowie an der Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung – Fachbereich Bundeswehrverwaltung.

<sup>1</sup> Überblicksartig *P. Schäfer*, Facetten des europäischen Amerikabildes um 1830, in: *P. Schäfer / K. Schmitt* (Hrsg.), *Franz Lieber und die deutsch-amerikanischen Beziehungen im 19. Jahrhundert*, Weimar, Köln 1993, S. 155–184.

und setzten sich dabei auch für Sklavenbefreiung, Menschenrechte und Demokratie ein.<sup>2</sup>

Schon während des amerikanischen Unabhängigkeitskrieges trat der preußische Offizier *Friedrich Wilhelm Baron von Steuben* (1730–1794), Adjutant im Stab *Friedrichs des Großen*, auf Empfehlung von *Benjamin Franklin* (damals US-Botschafter in Paris) in den Dienst Amerikas und wurde 1778 vom Kongress zum Generalinspekteur der US-Streitkräfte und Generalstabschef *George Washingtons* ernannt.<sup>3</sup> *Steuben* gilt als Architekt der amerikanischen Unabhängigkeit in militärischer Hinsicht, da es ihm gelang, die desolaten und untereinander zerstrittene Truppe der Amerikaner taktisch und operativ aufzubauen und in eine disziplinierte und schlagkräftige Armee umzuwandeln.<sup>4</sup> *Steuben* allein oblag als Generalinspekteur die Verantwortung für Ausbildung, Disziplin, Exerzitiu sowie den Zustand von Material und Ausrüstung der gesamten US-Streitmacht. Als Grundlage für diese Aufgabe diente ein von *Steuben* verfasstes Exerzier- und Ausbildungsreglement (*Regulation for the Order and Discipline of the Troops of the United States*, 1779), das unter der Bezeichnung „Blue-Book“ (nach der Farbe des Einbandes) bis ins 19. Jahrhundert hinein in Gebrauch war.<sup>5</sup> Zwar orientierten sich die *Regulations* am preußischen Reglement; sie waren jedoch keineswegs eine Kopie desselben. *Steuben* kreierte vielmehr eine in Europa damals unbekannt Truppengattung: Die *leichte Infanterie*, die der in Indianerschärmützen erprobten Kampfweise der Amerikaner sowie dem waldreichen Terrain vor Ort am besten entsprach. Bewegten sich die europäischen Streitkräfte damals vor allem in geschlossenen Truppenverbänden auf freiem Gelände, so fand die von *Steuben* geschaffene leichte Infanterie auf Betreiben *Friedrichs des Großen* bald in Gestalt der „Jäger“- (Bataillone) Eingang in das preußische Heer. Diese blieben auch in der Bundeswehr bis heute erhalten.

War das „Blaue Buch“ *Steubens* das wichtigste militärische und disziplinarrechtliche *Manual* des amerikanischen Unabhängigkeitskrieges, so wurden die von *Francis Lieber* verfassten *Lieber Codes* zur kriegsvölkerrechtlichen Grundlage im amerikanischen Bürgerkrieg und gaben Anstoß für die europäische Völkerrechtentwicklung im ausgehenden 19. Jahrhundert. Beide Werke sind – wirtschaftlich gesprochen – gewissermaßen das Ergebnis eines preußisch-amerikanischen „Zusammengehens“, bei dem europäische Geistes- und Militärtraditionen für den amerikanischen „Bedarf“ verarbeitet und dann als transatlantisches Produkt „reimportiert“ wurden.

Dieser Beitrag zeichnet das bewegte Leben von *Francis Lieber* im Europa und Amerika des 19. Jahrhunderts nach (II) und widmet sich anschließend seinem Hauptwerk – den *Lieber Codes* (III). Besonderes Augenmerk gilt dabei den geistigen Grundlagen und europäischen Traditionslinien, die diesen militärischen Kodex prägten; zum anderen geht es um dessen Wirkung auf das europäische Kriegsvölkerrecht im 19. und 20. Jahrhundert (IV).

## 2. *Franz Lieber: Ein Leben für Recht und Freiheit in Deutschland, Europa und Amerika*

### 2.1. Student und Freiheitskämpfer im deutschen Vormärz (1798–1826)

*Francis Lieber* wird am 18. März 1798 als das neunte von zwölf Kindern eines Berliner Eisenwarenhändlers in einem „zutiefst national empfindenden“ Elternhaus geboren.<sup>6</sup> Als Kind erlebt er 1806 den Einzug napoleonischer Truppen in Berlin als eine Schmach, die freiheitlich-patriotische Gefühle in ihm weckt. Als Schüler gerät er ab 1811 in den nationalbewussten Anhängerkreis von „Turnvater“ *Jahn*; als Student wird er später durch die Vorlesungen *Schleiermachers* in seinem protestantisch-humanistischen Wertekanon gefestigt. Seine älteren Brüder nehmen an den Napoleonischen Kriegen teil; seine Mutter pflegt zu Hause verwundete Soldaten.<sup>7</sup> Im Alter von 16 Jahren nimmt *Lieber* selbst als Freiwilliger in einem Kolberger Regiment unter *Blücher* am Kampf gegen den aus Elba zurückkehrenden Napoleon teil und wird in der Schlacht bei Namur nahe Waterloo schwer verwundet.<sup>8</sup> Die traumatischen Kriegserfahrungen waren ausschlaggebend für *Liebers* lebenslangen Einsatz im Dienste einer Humanisierung des Krieges; Jahre später prägen die Eindrücke vom Schlachtfeld von Solferino (1859) auch *Henri Dunant* und seine Bemühungen um eine Verbesserung des Loses verwundeter Militärpersonen.

Als Verfechter eines freien deutschen Nationalstaates verkehrt *Lieber* in den burschenschaftlichen Kreisen des deutschen Vormärzes um den Jenaer Theologiestudent *Karl Sand*. 1819 werden *Lieber* und sein Mentor, Turnvater *Jahn*, inhaftiert und erleben *Metternichs* Restaurationspolitik („Karlsbader Beschlüsse“) hautnah.<sup>9</sup> Nach seiner Freilassung verbleibt *Lieber* unter „polizeilicher Observation“; die Immatrikulation an allen preußischen Universitäten wird ihm verwehrt. Diese Unterdrückung hat *Lieber* niemals vergessen; sie ist ursächlich für seine lebenslange Abneigung gegen den preußischen Obrigkeitsstaat und sie bestärkt seinen Entschluss zum Auswandern.

<sup>2</sup> *J. Dick*, Deutsche Demokraten im Amerikanischen Bürgerkrieg, in: Militärgeschichte 1 (2006), S. 10–13. *R. Geiger*, Der deutsche Amerikaner. Carl Schurz – Vom deutschen Revolutionär zum amerikanischen Staatsmann, Gernsbach 2007, S. 168 ff.

<sup>3</sup> Zur Biographie vgl. *A. Brandt*, Friedrich Wilhelm von Steuben. Preußischer Offizier und amerikanischer Freiheitsheld, Halle 2006.

<sup>4</sup> *A. Brandt*, *id.*, S. 135 f. beschreibt den Zustand des amerikanischen Militärs wie folgt: *Kein Regiment war regelmäßig formiert; die Zahl der Mannschaften war zu verschieden, um innerhalb eines Großverbandes irgendein Manöver auszuführen. Jeder Oberst hatte sein eigenes Exerziersystem – der eine bediente sich der englischen, der andere der französischen oder der deutschen Sprache. Das Exerzieren war dem Reihemarsch der Indianer nachempfunden. Auch Ausrüstung und Waffen waren desolat: Als Uniform dienten z.T. Schlaftröcke; moderne Waffen waren unbekannt. Der amerikanische Soldat benutzte sein Bajonett höchstens dazu, um sein Beefsteak daran zu braten.*

<sup>5</sup> Vgl. *id.*, S. 141 ff.

<sup>6</sup> *K. Schmitt*, Alma Mater als Transit: Franz Lieber in Jena, in: *P. Schäfer / K. Schmitt* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 1), S. 9–29 (14).

<sup>7</sup> *B. Röben*, Johann Caspar Bluntschli, Francis Lieber und das moderne Völkerrecht 1861–1881, Baden-Baden 2003, S. 16.

<sup>8</sup> *F. Freidel*, Franz Lieber: Nineteenth-Century Liberal, Baton Rouge 1947, S. 25.

<sup>9</sup> *K. Schmitt*, a.a.O. (Fn. 6), S. 16.

Nach erfolglosen Bewerbungen an verschiedenen süddeutschen Universitäten immatrikuliert sich *Lieber* 1820 an der herzoglichen Landesuniversität in Jena – der Wiege der national-liberalen Burschenschaftsbewegung. Mit einem mathematischen Thema wird er zum Dr. phil. promoviert.<sup>10</sup> Im Winter 1821/22 begibt er sich nach Dresden und schließt sich der gerade entstehenden Bewegung der Philhellenen an. Voller Begeisterung greifen damals Hunderte von jungen Männern zu den Waffen, um „Hellas“ von der türkischen Besatzung zu befreien. Von Abenteuerlust getrieben schiff *Lieber* sich nach Griechenland ein. Dort erlebt er, wie die Türken griechische Kriegsgefangene in die Sklaverei verkaufen<sup>11</sup>, und er entwickelt Sympathien für die Anti-Sklaverei-Bewegung in Nordamerika.<sup>12</sup>

Ende März 1822 gelangt *Lieber* völlig mittellos nach Rom und erhält dort eine Stelle als Hauslehrer im Hause des berühmten Historikers und preußischen Gesandten beim Vatikan *Barthold Georg Niebuhr* (1776–1831). Dieser ermöglicht ihm 1823 die Rückkehr nach Berlin, kann aber *Liebers* erneute Verhaftung nicht verhindern. Nach Verbüßen seiner diesmal zehn Monate währenden Haft wird *Lieber* kurzzeitig Hauslehrer beim Grafen v. *Bernstorff*, doch seine Entscheidung zur Emigration steht fest: Zu groß ist die Sehnsucht nach einem freien und fortschrittlichen Land; zu tief sitzt seine Abneigung gegen die „verblendete, engherzige Polizeipolitik“ Preußens im Besonderen und gegen die deutsche Kleinstaaterei im Allgemeinen.<sup>13</sup>

## 2.2. Enzyklopädist in Boston (1827–1835)

Über London, wo *Lieber* 1826 seine spätere Ehefrau *Matilda Oppenheimer* kennen lernt,<sup>14</sup> gelangt er 1827 nach Boston; fünf Jahre später wird er in der Neuen Welt eingebürgert. *Lieber* startet zunächst außerhalb des akademischen oder politischen Betriebes als Direktor einer Turnhalle; ab 1829 wird er Herausgeber der ersten *Encyclopedia Americana*, einer 13-bändigen amerikanischen Ausgabe des Brockhaus-Lexikons, das als Standard-Nachschlagewerk in der akademischen Welt große Anerkennung findet.<sup>15</sup> Die speziell auf amerikanische Belange zugeschnittene Enzyklopädie ist mehr als eine Übersetzung des deutschen Konversationslexikons: Nach dem Willen ihres Herausgebers dient sie vor allem der Verbreitung der Botschaft von Amerikas Stärke. Die Herausgeberschaft öffnet *Lieber* die Türen zum amerikanischen Ostküsten-Establishment:<sup>16</sup> So schreibt der befreundete Supreme Court-Richter und Harvard-Professor *Joseph Story* (1779–1845) fast alle juristischen Beiträge des Lexikons.

Die Sammlung, methodische Einordnung und wissenschaftliche Kategorisierung einer ungeheuren Stoff- und Materialfülle, verbunden mit der „induktiven Methode“, d.h. der Fähigkeit, historische Beispiele zu vernetzen und aus Einzelfällen Grundsätze abzuleiten, werden zum Merkmal von *Liebers* wissenschaftlichem Schaffen.<sup>17</sup>

## 2.3. Professor in South Carolina (1835–1856)

*Liebers* akademische Laufbahn beginnt 1835 mit seiner Berufung auf eine Professur für Geschichte, Staatsphilosophie und Ökonomie am South Carolina College (heute: *University*

*of South Carolina*), wo er bis 1856 lehrt. Hier entstehen seine Hauptwerke zur politischen Ethik und zur Staatslehre, mit denen er die deutsche Staatstheorie in die amerikanische Geschichtswissenschaft „importiert“. Mit seinem ersten Werk *Legal and Political Hermeneutics, or principles of Interpretation and Construction in Law and Politics* (1837) legt er ein Standardwerk zur juristischen Auslegung vor.<sup>18</sup> Die Hauptlehrsätze von *Liebers* „Hermeneutik“ wurden Teil der amerikanischen Rechtsprechung.

In seinem zweibändigen *Manual of Political Ethics* (1838/39) legt er die philosophische Begründung des modernen freien Verfassungsstaates im Gegensatz zum Königtum von Gottes Gnaden sowie das Rechts- und Sittenverhältnis zwischen Bürger und Staat dar. Danach habe der Staat die Aufgabe, die Lebenszwecke des Einzelnen zu fördern, sofern diese nicht aus eigener Kraft befriedigt werden können. Das Werk übte einen starken Einfluss auf die Entwicklung der amerikanischen Sozialwissenschaften aus.<sup>19</sup> Im letzten seiner großen Werke, dem ins Deutsche übersetzten *On Civil Liberty and Self-Government* (1853), untersucht *Lieber* den französischen und englischen Freiheitsbegriff und schließt daraus, welche Einrichtungen und Gewohnheiten zur Erreichung und Begründung von bürgerlicher Freiheit erforderlich sind. Viele der von *Lieber* behandelten Themen sind neu und kontrovers – doch schon dreißig Jahre später werden seine Einsichten von Fachkollegen als so selbstverständlich angesehen, dass man darüber den Urheber vergaß.<sup>20</sup>

Neben seiner Tätigkeit als Autor tritt *Lieber* als Übersetzer und Kommentator von *Beaumonts* Werk über das Gefängniswesen in Amerika<sup>21</sup> in Erscheinung. Der preußische Emigrant informiert *de Tocqueville* persönlich über die Zustände in amerikanischen Zuchthäusern, deren Neuorganisation ihm als sozialreformerisches Projekt am Herzen liegt.<sup>22</sup> Auch ein Teil seines umfangreichen Briefwechsels mit dem Heidelberger Strafrechtsprofessor *Mittermaier* aus den Jahren 1832–1867 behandelt die Reform des Gefängniswesens. Auf *Liebers* Deutschlandreisen (1844 und 1848) steht ein Besuch

<sup>10</sup> *Id.*, S. 25.

<sup>11</sup> *F. Freidel*, a.a.O. (Fn. 8), S. 31 f.

<sup>12</sup> *Id.*, S. 323; *R. S. Hartigan*, *Lieber's Code and the Law of War*, Chicago 1983, S. 7; *B. Röben*, a.a.O. (Fn. 7) zitiert in Anm. 28 einen entsprechenden Brief *Liebers* an *Sumner* vom 28. Juli 1870.

<sup>13</sup> *B. Röben*, *id.*, S. 19 mit Zitaten aus *Liebers* Tagebuch: *Ich ziehe es vor, in ein Land des Fortschritts auszuwandern, wo sich die Zivilisation ein Haus baut, während wir in Europa kaum mehr wissen, ob wir uns vorwärts oder rückwärts bewegen.*

<sup>14</sup> Geheiratet wurde 1829 in New York; aus der Ehe gehen drei Söhne hervor.

<sup>15</sup> *P. W. Becker*, *Francis Liebers wissenschaftliche Leistungen in den USA*, in: *P. Schäfer / K. Schmitt* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 1), S. 31–43 (35). *De Tocqueville* erwähnt das Lexikon in seiner Schrift *De la Démocratie en Amérique* und *Mittermaier* rezensiert es wohlwollend.

<sup>16</sup> Z.B. Senator *Charles Sumner* (1811–1874), seit 1868 Vorsitzender des außenpolitischen Ausschusses des US-Senats oder der Historiker und spätere US-Gesandte in Berlin *George Bancroft*.

<sup>17</sup> *B. Röben*, a.a.O. (Fn. 7), S. 23.

<sup>18</sup> Vgl. ausführlich *P. W. Becker*, a.a.O. (Fn. 15), S. 39 f.

<sup>19</sup> Vgl. näher *id.*, S. 40.

<sup>20</sup> *F. W. Holls*, *Francis Lieber: Sein Leben und seine Werke*. Vortrag gehalten vor dem Deutschen Gesellig-Wissenschaftlichen Verein von New York am 6.12.1882, zitiert bei *P. W. Becker*, a.a.O. (Fn. 15), S. 39.

<sup>21</sup> *G. de Beaumont*, *On the Penitentiary System in the United States*, Philadelphia 1833.

<sup>22</sup> Näher dazu *P. W. Becker*, a.a.O. (Fn. 15), S. 37.



bei *Mittermaier* (damals Präsident des Frankfurter Vorparlaments und Mitglied der Nationalversammlung) an. Aufgrund seines vorausseilenden wissenschaftlichen Rufes wird *Lieber* 1844 auch vom preußischen König *Friedrich Wilhelm IV.* empfangen und rehabilitiert; eine Rückkehr nach Deutschland als königlicher Berater lehnt *Lieber* jedoch ab und bemerkt sinngemäß: Ein großes Problem in Deutschland scheint darin zu bestehen, dass die gelehrte Aristokratie die Wissenschaft für entwürdigt hält, wenn man ihr einen Zweck beilegt.

Seine 26 Jahre im amerikanischen Süden betrachtet *Lieber* als politisches und gesellschaftliches Exil – zu eng verbunden fühlt er sich als „Unionist“ der Anti-Sklaverei-Bewegung des Nordens, dessen intellektuelle Gesellschaft er regelmäßig in den Sommermonaten aufsucht. Anfang 1857 kommt es endgültig zum Bruch mit „seiner“ Universität und zur Umsiedlung nach New York.

#### 2.4. Militärischer Berater und Publizist in New York und Washington (1857–1872)

In der Stadt am Hudson wird *Lieber* mit 59 Jahren auf einen Lehrstuhl für Politische Geschichte und Politische Ökonomie an das Columbia College (heute: *Columbia University*) berufen; ab 1860 bis zu seinem Tode 1872 hat er an der dortigen Juristischen Fakultät den ersten amerikanischen Lehrstuhl für Politikwissenschaft inne.

Am 12. April 1861 begann der amerikanische Sezessionskrieg mit dem Angriff der Südstaaten auf das Zeughaus in Fort Sumter, South Carolina. Präsident *Lincoln* erklärt daraufhin die Blockade aller südstaatlichen Häfen. Für die völkerrechtliche Beurteilung, ob dadurch der Kriegszustand zwischen den Bürgerkriegsparteien eingetreten sei, holt der US-Generalanwalt *Bates* Rat bei *Francis Lieber* ein. Die Regierung in Washington will die Konföderierten nicht als legitime Kriegsgegner anerkennen, sondern als aufständische Rebellen behandelt wissen. Ungeachtet fehlender rechtlicher Regelungen plädiert *Lieber* aus humanitären Erwägungen für die Anwendung der kriegsrechtlichen Normen auf den internen Konflikt, insbesondere für die Behandlung von Gefangenen aus dem konföderierten Lager als echte Kriegsgefangene.<sup>23</sup> Die Vorstellung einer Übertragung des zwischenstaatlichen Kriegsrechts auf Bürgerkriegssituationen mochte den Amerikanern revolutionär erscheinen – gleichwohl war sie ansatzweise bereits von dem Deutsch-Schweizer Völkerrechtler *Emer de Vattel / Emrich von Vattel* (1714–1767) formuliert worden.<sup>24</sup> Englands baldige Anerkennung der Südstaaten-Konföderation als Kriegspartei klärt schließlich die Situation völkerrechtlich im Sinne *Liebers*.<sup>25</sup> Auf Wunsch eines Fachkollegen, General *Henry W. Halleck*, seines Zeichens *Lincolns* Oberkommandierender der Unionstruppen und Verfasser eines Völkerrechtslehrbuchs,<sup>26</sup> schreibt *Lieber* 1862 einen Beitrag zu *Guerilla Parties considered with Reference to the Laws and Usages of War*.<sup>27</sup> In der Folge drängt *Lieber* seinen Freund *Halleck*, die kriegsrechtlichen Regeln zu kodifizieren – nicht zuletzt um den durchweg schlecht ausgebildeten und von unerfahrenen Offizieren geführten Freiwilligen- und Söldnertruppen der Union Instruktionen für den geregelten Umgang mit Gefangenen oder mit Eigentum des Gegners zu geben. Überdies sollten

durch eine Kodifizierung des Kriegsrechts die schlimmsten Gräueltaten, von denen immer wieder berichtet wurde, verhindert werden.<sup>28</sup> *Liebers* Eintreten für eine Humanisierung des Bürgerkrieges ist motiviert durch seine familiäre Situation und das Schicksal seiner Söhne, die auf verschiedenen Seiten am Kriegsgeschehen teilnehmen: Sohn *Oscar* (1830–1862), der schon 1848 auf den Berliner Barrikaden gekämpft hat, fällt 1862 als Soldat der Südstaaten-Armee in der Schlacht von Williamsburg. Die Söhne *Hamilton* (1835–1876) und *Norman* (1827–1923) dienen in den Truppen der Nordstaaten; Letzter verliert in der Schlacht um *Fort Donelson* 1862 einen Arm.<sup>29</sup>

Im Wintersemester 1861/62 hält *Lieber* eine Vorlesungsreihe am Columbia College über *Law and Usages of War*. Ein Jahr später ist es soweit: Auf Initiative von *Halleck* und *Lieber* setzt das *War Department* im Dezember 1862 einen mit hochrangigen Offizieren besetzten Sonderausschuss ein, dem *Lieber* als einziger Zivilist angehört.<sup>30</sup> Unter Vorsitz von General-in-Chief *Halleck* verfasst der Ausschuss in nur wenigen Monaten die berühmten *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, prepared by Francis Lieber*, die als *General Order No. 100* durch US-Präsident *Lincoln* am 24. April 1863 in Kraft gesetzt werden. Sie gehen als sog. *Lieber Codes* in die Geschichte des humanitären Völkerrechts ein.<sup>31</sup> Kurz darauf wird die *General Order No. 100* an die Südstaaten übermittelt und akzeptiert. Nach dem Ende des Bürgerkrieges wird *Lieber* zum Archivar der beschlagnahmten Dokumente der Konföderation ernannt; sein letztes offizielles Staatsamt bekleidet er 1872 als Schiedsrichter für die USA/Mexiko *Claims-Commission*, die über Ansprüche gegen die US-Regierung aus dem mexikanisch-amerikanischen Krieg von 1848 zu entscheiden hat. *Liebers* Traum von einem diplomatischen Amt oder einer Teilnahme als US-Gesandter an den Beratungen über die Genfer Konvention im Jahre 1864 (an denen die USA nicht teilnehmen) bleiben unerfüllt. So tritt *Lieber* – wenn auch nicht mit der gleichen Bekanntheit wie sein Landsmann *Carl*

<sup>23</sup> Vgl. Art. 152 f. *Lieber Codes*.

<sup>24</sup> Näher *K.-H. Ziegler*, *Völkerrechtsgeschichte*, München 1994, S. 199.

<sup>25</sup> In der Geschichte des Völkerrechts wurden Aufständische nur in Ausnahmefällen als Kriegsführende anerkannt, mit der Folge, dass die Regeln des internationalen bewaffneten Konflikts für beide Konfliktparteien Anwendung finden.

<sup>26</sup> *H. W. Halleck*, *International Law; or, Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War*, New York 1861.

<sup>27</sup> Vgl. *E. Root*, *Francis Lieber and General Order 100*, in: *AJIL* 7 (1913), S. 453; *R. S. Hartigan*, a.a.O. (Fn. 12), S. 9 f.

<sup>28</sup> Am 13. November 1862 schreibt *Lieber* an *Halleck* (zitiert bei *R. S. Hartigan*, *id.*, S. 13): *Ever since the beginning of our present War, it has appeared clearer and clearer to me, that the President ought to issue a set of rules and definitions providing for the most urgent cases, occurring under the Laws and Usages of War, and on which our Articles of War are silent. The last phases of our war, and the things which have come to light by the recent inquiries into the conduct of certain officers, have at length induced me to write to you on this subject. I address you as a jurist, no less than as the soldier.* Zur Entstehung des Kodex vgl. *B. Röben*, a.a.O. (Fn. 7), S. 199 f.

<sup>29</sup> *R. S. Hartigan*, a.a.O. (Fn. 12), S. 6 f.

<sup>30</sup> Dazu ausführlich *F. Freidel*, a.a.O. (Fn. 8), S. 332 ff.

<sup>31</sup> *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field* v. 24. April 1863, Washington 1898, Reprint New York 2005; abgedr. als Anhang zum Werk von *J. C. Bluntschli*, *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, 2. Auflage, Nördlingen 1878, S. 483 ff.

Schurz (1829–1906), der es zum Bürgerkriegsgeneral und US-Innenminister bringen sollte<sup>32</sup> – in seinen letzten Lebensjahren vornehmlich als Redner und Publizist in Erscheinung. *Lieber* verkörpert dabei den Typus des wissenschaftlich fundierten, vielseitigen Publizisten,<sup>33</sup> der aber kein Fachgebiet vertritt (als Völkerrechtler ist *Lieber* wissenschaftlich kaum ausgewiesen), sondern der sein Hauptanliegen in der politischen und gesellschaftlichen „Einmischung“ sieht. Greift *Lieber* in seiner Jugend noch zu den Waffen, so bleiben ihm im hohen Alter die Feder und das Wort. Stellung bezieht er vor allem gegen die Sezessionsabsichten der Südstaaten; als Verfechter der Einheitsidee versucht er, amerikanische Sympathien für *Bismarck* zu wecken. *De Tocqueville* gegenüber hatte er einst erklärt, die Einheit sei wichtiger als die Freiheit, denn ein geeintes Volk werde schon beizeiten seine Freiheit finden.<sup>34</sup> So wird *Lieber* in der Retrospektive zum Teil als liberaler Freiheitskämpfer, zum Teil aber auch als konservativer Vertreter eines starken zentralistischen Staates gesehen.<sup>35</sup> Wahrscheinlich war er beides. Angesichts der politischen Entwicklung im deutschen Vormärz war das junge Amerika die Projektionsfläche seines Traums von Einigkeit und Recht und Freiheit. Zumindest in dieser Hinsicht ist *Lieber* nicht nur Amerikaner geworden, sondern immer auch Deutscher geblieben. *Lieber* stirbt am 2. Oktober 1872 in New York an einem Herzinfarkt.

### 3. Die *Lieber Codes*: Ansätze zu einer rechtlichen Zivilisierung des Krieges

#### 3.1. Rechtscharakter und Bedeutung des Kodex

Die *Lieber Codes* von 1863 behandeln in 10 Abschnitten und 157 Artikeln die spezifischen Rechte und Pflichten der Kriegsführenden, darunter die Behandlung der Zivilbevölkerung in besetzten Gebieten, das Recht der Kriegsgefangenen, den Schutz des Eigentums und der Kulturgüter, den Umgang mit Spionen und Verrätern, den Gefangenen austausch sowie den Waffenstillstand bzw. die Kapitulation. Bei den 157 Artikeln handelt es sich um ein amtliches, wenngleich völkerrechtlich nicht bindendes<sup>36</sup> militärisches Handbuch (*Military Manual*) zur Instruktion von Soldaten der Nordstaaten als Kriegsführende.<sup>37</sup> Ziel dieser Feldinstruktionen war es einerseits, die Unions-Armee zu einer effektiveren Streitmacht zu machen.<sup>38</sup> Andererseits galt es, jene landkriegsrechtlichen Regeln zu systematisieren, die im Denken und in den Schriften der europäischen Völkerrechtler, Philosophen und Historiker entwickelt worden waren, aber bis dahin nur gewohnheitsrechtlich, d.h. in der Staatenpraxis, existierten. Insoweit lässt sich nicht behaupten, *Lieber* hätte das Kriegsvölkerrecht „erfunden“. Schon zu *Liebers* Zeiten haben sich die weitgehend disziplinierten, d.h. in geschlossenen Reihen operierenden europäischen Streitkräfte an bestimmte Usancen und Beschränkungen in der Kriegsführung gehalten. Die immer wieder zu beobachtende Nachsicht gegenüber Wehrlosen, Verwundeten oder der Zivilbevölkerung war indes nicht das Resultat einer verbindlich geltenden und präzise eingehaltenen Kriegsrechtsordnung – vielmehr war sie Ausfluss eines tradierten Ehrenkodex der Ritterlichkeit und der fairen Kampfführung.<sup>39</sup> Der Wert der *Lieber Codes* be-

stand also darin, die damals praktizierten Gebräuche des Landkrieges mit wissenschaftlicher Sorgfalt zusammenzustellen und – erstmals in der Völkerrechtsgeschichte – in einer komprimierten und für die Truppen verständlichen Form zu formulieren.<sup>40</sup> Damit schlossen die *Lieber Codes* die „Lücke“ zwischen Theorie und Praxis bzw. zwischen Gewohnheitsrecht und geschriebenem Recht. Ihr größter „Verdienst“ bestand in der Form und dem sprachlichen Ausdruck: *Lieber* übertrug die gewohnheitsrechtliche Praxis seiner Zeit nicht einfach in eine „trockne“ Verwaltungsvorschrift oder eine militärisch-völkerrechtliche Dienstanweisung, sondern benutzte die kraftvolle Sprache des revolutionären Freiheitskämpfers: Das Ergebnis war *a concise and careful rendering of international legal theory and practice* in Form eines *persuasively written essay on the ethics of conducting war; a somewhat idealistic, neochivalric statement*.<sup>41</sup>

#### 3.2. Anwendungsbereich des Kriegsrechts

Obwohl für die Unionstruppen im Bürgerkrieg geschrieben, sind die *Lieber Codes* nicht auf innerstaatliche Konflikte zugeschnitten, sondern befassen sich weitgehend mit dem Recht des „öffentlichen Krieges“ (*public war*) – definiert als *state of armed hostility between sovereign nations or governments* (Art. 20). Fortschrittlich für *Liebers* Zeit war die Vorstellung, dass öffentliche Kriege nicht notwendigerweise eine formelle Kriegserklärung voraussetzen; die Parteien befänden sich vielmehr schon dann in einem *state of war*, wenn sie in bewaffnete Auseinandersetzungen verwickelt werden, welche die Schwelle von vereinzelt militärischen „Zwischenfällen“ (heute würde man von *measures short of war* sprechen) überschreiten.<sup>42</sup> *Liebers* Begriff des *public war* stimmt also mit dem seit den Genfer Konventionen (GK) gebräuchlichen Begriff des „internationalen bewaffneten Konflikts“ überein.

Gleichwohl hält es *Lieber* für möglich, das zwischenstaatliche Kriegsrecht auch auf Bürgerkriegssituationen und Rebellen anzuwenden, sofern *humanity induces their adoption* (Art. 152). Die Vorstellung, sämtliche Formen bewaffneter Konflikte der *humanitas* zu unterwerfen, erscheint im 19. Jahrhundert revolutionär. Verwirklicht wird dieser Rechtsgedanke erst mit dem gemeinsamen Art. 3 der GK von 1949, der für jeden bewaffneten Konflikt einen Mindeststandard an Humanität zugunsten aller Betroffenen fordert. Der

<sup>32</sup> Umfassend die Biographie von *R. Geiger*, a.a.O. (Fn. 2), S. 272 ff.

<sup>33</sup> *K. Krakau*, Francis Liebers Beitrag zur Entwicklung des Landkriegsrecht, in: *P. Schäfer / K. Schmitt* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 1), S. 45–72 (47).

<sup>34</sup> Zum Verhältnis zwischen *Lieber* und *de Tocqueville* vgl. *L. Kühnhardt*, Zwei Transatlantiker: Bezüge und Perspektiven zwischen Alexis de Tocqueville und Franz Lieber, in: *P. Schäfer / K. Schmitt* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 1), S. 135–153.

<sup>35</sup> *R. S. Hartigan*, a.a.O. (Fn. 12), S. 6 m.w.N. in Anm. 10.

<sup>36</sup> *F. Freidel*, a.a.O. (Fn. 8), S. 334.

<sup>37</sup> *R. S. Hartigan*, a.a.O. (Fn. 12), S. 1.

<sup>38</sup> *F. Freidel*, a.a.O. (Fn. 8), S. 323.

<sup>39</sup> *R. S. Hartigan*, a.a.O. (Fn. 12), S. 5.

<sup>40</sup> *R. Baxter*, The First Modern Code of Law of War, in: *International Review of the Red Cross* 1963, S. 170–192 (187 f.).

<sup>41</sup> *R. S. Hartigan*, a.a.O. (Fn. 12), S. 15; *F. Freidel*, a.a.O. (Fn. 8), S. 327.

<sup>42</sup> Auf das Erfordernis einer Kriegserklärung verzichtet die Staatenpraxis durchweg erst nach dem 2. Weltkrieg.

Internationale Gerichtshof (IGH) bezeichnet die in Art. 3 der GK verankerten Standards als *elementary considerations of humanity*.<sup>43</sup>

Ebenso wendet sich *Lieber* gegen einen „diskriminierenden“ (ideologisierten) Kriegsrechtsbegriff, der dem Aggressor den Schutz des humanitären Völkerrechts entziehen will, weil dieser nicht auf derselben moralischen Ebene agiert wie der Angegriffene. Für *Lieber* macht es hinsichtlich der Bindung an das Kriegsrecht keinen Unterschied, ob es sich um einen gerechten oder einen ungerechten Krieg (sprich: einen Angriffs- oder Verteidigungskrieg) handelt – das *Prinzip der Gleichbehandlung*, von dem der gemeinsame Art. 2 der GK von 1949 ausgeht, ist in den *Lieber Codes* bereits verwirklicht. Diese aus der Tradition des europäischen Vernunftrechts entspringende Position wird von dem Schweizer Völkerrechtler *Bluntschli* 1872 in einer immer noch aktuellen Begründung auf den Punkt gebracht: *Würde man (...) etwa gegen die Kriegspartei, welcher man vorwirft, sie habe keinen Rechtsgrund für sich, strengere oder grausamere Maßnahmen ergreifen oder ihr nicht dieselben Rechte zugestehen, so würde der Krieg überhaupt wieder barbarischer werden. Das Kriegsrecht zivilisiert den gerechten und ungerechten Krieg ganz gleichmäßig. Nur weil es diese Unterscheidung nicht wirken läßt, sichert es seine allgemeine Anwendung*.<sup>44</sup>

*Liebers* Auffassung konnte sich indes nicht lange behaupten: Seit dem 1. Weltkrieg entwickelten sich in den USA starke Strömungen, die für einen den Aggressor „pönalisierenden“ Kriegsrechtsbegriff plädierten. Der „Krieg gegen den Terrorismus“ im 21. Jahrhundert, der die Anwendung des Kriegsrechts zugunsten von Terroristen auszuhebeln trachtet, treibt diese moralisch begründete „Ideologisierung“ des Krieges auf die Spitze.

### 3.3. Entstehungsgeschichtlicher Hintergrund der *Lieber Codes*

#### 3.3.1. Geistesgeschichtliche Quellen

In einem Brief an *Halleck* vom 20. Februar 1863 äußert sich *Lieber* zu den Grundlagen und Quellen seines Kodex: *(Y)ou, well-read in the literature of this branch of international law, know that nothing of the kind exists in any language. I had no guide, no groundwork, no text-book ... Usage, history, reason, and consciousness, a sincere love of truth, justice and civilisation have been my guides*.<sup>45</sup>

Ein Akt freier Rechtsschöpfung waren die *Lieber Codes* freilich nicht. Vielmehr war *Lieber* geprägt durch die europäischen Geistesströmungen der damaligen Zeit. Mit der idealistischen Philosophie der Spätaufklärung im geistigen Gepäck fand er genügend Anhaltspunkte, um die aus der europäischen Tradition der Antike, der christlichen Moraltheologie und der Aufklärungsphilosophie tradierten Regeln und Gebräuche des Krieges zusammenzutragen. Aufgrund seiner enzyklopädischen Vorarbeiten und Erfahrungen bei der Herausgabe der amerikanischen Brockhaus-Ausgabe schien *Lieber* zweifelsohne der richtige Mann für diese Aufgabe. So

konnte der New Yorker Professor bei der Abfassung seines Kodex auf Vorarbeiten europäischer Völkerrechtler zurückgreifen, wie etwa auf den Niederländer *Hugo Grotius* (1583–1645), aber auch auf Zeitgenossen wie den Berliner Professor und Königl. Tribunalsrat *August Wilhelm Heffter* (*Europäisches Völkerrecht*, 1855) oder den preußischen General *Carl von Clausewitz* (*Vom Kriege*, 1834).<sup>46</sup> Gleichwohl zitiert der Kodex keine dieser Autoritäten ausdrücklich. Geistige Grundlage für die *Lieber Codes* waren auch eine völkerrechtliche Abhandlung von US-General *Halleck* aus dem Jahre 1861 (*International Law, Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War*) sowie *Liebers* eigene Vorarbeiten und Überlegungen zur Kriegsproblematik im *Manual of Political Ethics* (1838/39) und seine unveröffentlichten Vorlesungen am Columbia College zu *Laws and Usages of War* (1862/62).<sup>47</sup>

Besonderen Einfluss auf die Arbeiten *Liebers* hatte das Werk des in der Tradition des Hallenser Aufklärungsphilosophen *Christian Wolff* (1679–1754) stehenden Schweizer Völkerrechtlers *Emer de Vattel*. Zu *Liebers* Zeiten war *Vattel* in der amerikanischen Fachwelt der am häufigsten als Autorität zitierte Völkerrechtsautor – sein Werk *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle* (1758)<sup>48</sup> erlebte zahlreiche Auflagen in englischer Sprache.<sup>49</sup> Legt man den *Lieber Code* als Kontrastfolie über die „Klassiker“ des europäischen Völkerrechts der damaligen Zeit, so wird deutlich, dass *Lieber* in vielem (nur) das zusammenfasste, was in der Völkerrechtslehre über Jahrzehnte als geltendes Recht wiedergegeben worden war. Auf dem geistesgeschichtlichen „Umweg“ über die Naturrechtslehre der Aufklärung (*Vattel*) fanden die seit dem Mittelalter überlieferten Ideale der Ritterlichkeit via *Liebers* Kodex Eingang in das Kriegsführungsrecht des 19. Jahrhunderts.

#### 3.3.2. Das Recht zum Kriege in den europäischen Traditionslinien und im Denken *Liebers*

Von alters her finden sich in allen Kulturkreisen Regelungen zur Begrenzung gewaltsamer Auseinandersetzungen – Regeln, die zum Teil in großen literarischen Werken Nieder-

<sup>43</sup> United Kingdom v. Albania (Korfu Kanal-Fall), Merits, ICJ Rep. 1949, S. 4.

<sup>44</sup> J. C. Bluntschli, a.a.O. (Fn. 31), § 519.

<sup>45</sup> Zitiert bei R. S. Hartigan, a.a.O. (Fn. 12), S. 10.

<sup>46</sup> R. Baxter, a.a.O. (Fn. 40), S. 234; F. Freidel, a.a.O. (Fn. 8), S. 333 (mit Anm. 38).

<sup>47</sup> R. Baxter, id., S. 176; R. S. Hartigan, a.a.O. (Fn. 12), S. 13. Auf dieser Vorlesung basierten auch die *Twenty-Seven Definitions and Elementary Positions Concerning the Laws and Usages of War*, die zum Teil in der *New York Times* veröffentlicht wurden. Beide Manuskripte befinden sich im Besitz der John Hopkins University, Baltimore.

<sup>48</sup> E. de Vattel, *Le droit des Gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. Das Völkerrecht oder Grundsätze des Naturrechts, angewandt auf das Verhalten und die Angelegenheiten der Staaten und Staatsoberhäupter, 1758; Deutsche Übersetzung von W. Euler; Einl. von P. Guggenheim, *Klassiker des Völkerrechts* Band 3, Tübingen 1959.

<sup>49</sup> K.-H. Ziegler, Zur Entwicklung von Kriegsrecht und Kriegsverhütung im Völkerrecht des 19. und frühen 20. Jahrhunderts, in: *Archiv des Völkerrechts* 42 (2004), S. 271–293 (274).

schlag gefunden haben.<sup>50</sup> Die Frage nach einer Humanisierung des Krieges war von Anfang an untrennbar verknüpft mit dem aus der römischen Antike (*Cicero*) über die Lehren der lateinischen Kirchenväter (*Augustinus, Thomas von Aquin*) in das neuzeitlich-spanische Völkerrechtsdenken (*Francisco de Vitoria, Balthasar von Ayala*) gelangten Topos des „gerechten Krieges“ (*bellum iustum*).<sup>51</sup> Doch erst die „Verstaatlichung“ des Krieges im 17. und 18. Jahrhundert, d.h. die Ausbildung des neuzeitlichen Staates und die Errichtung stehender und gut ausgebildeter Heere als Instrumente der souveränen Fürsten, war entscheidende Voraussetzung für die zunehmende „Verrechtlichung“ der nunmehr ausschließlich zwischen souveränen Staaten geführten kriegerischen Auseinandersetzungen. In der Völkerrechtslehre und Staatenpraxis des 18. und 19. Jahrhunderts ging man daher folgerichtig von einem Recht (des Souveräns) zum Kriege (*ius ad bellum*) aus.

Auch *Lieber* stellt dieses „Recht zum Kriege“ nicht in Frage: In Art. 67 seines Kodex konstatiert er lapidar: *The law of nations allows every sovereign government to make war upon another sovereign state* und begründet dies historisch: Seit der Entstehung des modernen Staates und dem Aufkommen der *great national wars* sei Krieg anerkannt als *the means to obtain great ends of state* (Art. 30). Im *Manual of Political Ethics* setzt *Lieber* sich ausführlicher mit diesen Fragen auseinander. Er handelt dort alle traditionellen Einwände gegen das *ius ad bellum* ab, die sich auf kollektive und individuelle Moral, auf christliche Ethik oder auf rationalistisch-naturrechtliche Grundlagen stützen. Der Krieg als soziales Phänomen erscheint in seinen Wirkungen auf die individuelle und gesellschaftliche Moral durchaus positiv besetzt.<sup>52</sup> Der gerechte Krieg verbessere, reinige, veredele den individuellen und gesellschaftlichen Charakter – wie umgekehrt ein langer Frieden ihn letztlich schwäche. Der Krieg produziere *some of the choicest pages of history, testifying to every glowing bosom the nobleness of human nature*.<sup>53</sup> So beklagenswert die Opfer seien – man dürfe die Menschen nicht nur in ihrer Individualität, sondern müsse sie als *social beings* sehen. Dann aber entfalte der Krieg im Menschen *all ... that is noblest in man, is connected with his sociality, his denial of self, and his living and striving closely united with others*.<sup>54</sup> Der Verzicht auf Krieg als Verteidigung des Rechts führe zur *abolition of all magistracy and of the institution of the state itself*.<sup>55</sup> Hier schimmert offensichtlich das deutsche Staatsrechtsdenken des 19. Jahrhunderts durch: Nach deutscher Staatsrechtstradition war das *ius armorum et belli* (das „Recht der Armatur“) immer schon begrifflicher Bestandteil einer sich nach innen und außen selbst behauptenden Staatsgewalt, ohne dass hierfür eine nähere Begründung gegeben wurde.<sup>56</sup>

In seiner flammend-patriotischen Begeisterung für den Krieg ist *Lieber* ganz ein Kind seiner Zeit. Von den philosophischen Ansätzen einer Einhegung des Krieges durch eine völkerbundähnliche Organisation, wie sie *Immanuel Kant* 1795 in seinem Werk *Zum Ewigen Frieden* formuliert hat, hält *Lieber* offenbar wenig – Kants Werk *belongs certainly to the weaker productions of that philosopher*, schreibt *Lieber* despektierlich in seinem *Manual*. Krieg war im 19. Jahrhundert eine rechtlich zulässige Form der zwischenstaatlichen Auseinandersetzung – oder um mit *Clausewitz* zu sprechen: eine

„Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln“. <sup>57</sup> Erst die Ächtung des Krieges im *Briand-Kellog-Pakt* von 1928 setzte dem *ius ad bellum* völkerrechtliche Grenzen.

Aus dieser nüchtern-rationalen Betrachtungsweise des Krieges folgt allerdings, dass bewaffnete Auseinandersetzungen nur als *ultima ratio*, d.h. nicht um ihrer selbst willen geführt werden dürfen. Als legitimes Ziel eines (gerechten) Krieges galt bereits in der römischen Antike die Durchsetzung eines (gerechten) Friedens.<sup>58</sup> Diese Auffassung teilt auch *Lieber*, wenn er in Art. 29 seines Kodex formuliert: *Peace is their (Anm: der Staaten) normal condition; war is the exception. The ultimate object of all modern war is a renewed state of peace*. Die Annahme, dass Frieden das ultimative Ziel eines Krieges sein muss, entfaltet eine *mäßigende Wirkung* auf die Kriegsführung. Legitimes Mittel der Kriegsführung ist allein die Schwächung der militärischen Macht des Gegners, nicht dagegen dessen Vernichtung. *Vattel* begründet dies mit den naturrechtlichen Pflichten der Kriegsführenden: „Das legitime Ziel gibt ein wahres Recht nur auf die zur Erreichung dieses Ziels notwendigen Mittel; alles was darüber hinausgeht, wird durch das Naturrecht missbilligt und ist vor dem Gewissen fehlerhaft und verwerflich“. <sup>59</sup> In Art. 68 der *Lieber Codes* heißt es dazu: *Modern wars are not internecine wars, in which the killing of the enemy is the object. The destruction of the enemy in modern war, and, indeed, modern war itself, are means to obtain that object of the belligerent which lies beyond the war. Unnecessary or revengeful destruction of life is not lawful*.

Für die Wiederherstellung des künftigen Friedens bedarf es nach *Liebers* Überzeugung eines gegenseitigen Vertrauens unter den Kriegsparteien.<sup>60</sup> Dieser aus dem römischen Recht stammende Gedanke (*fides etiam hosti servanda*) war zu

<sup>50</sup> Z.B. das indische Epos *Mahābhārata* (um 400 v. Chr.), der Ehrenkodex der Kriegskunst im japanischen *Bushido* oder der babylonische *Codex Hammurabi* (1728–1686 v. Chr.). Zur Geschichte des humanitären Völkerrechts vgl. *H.-P. Gasser*, *Humanitäres Völkerrecht. Eine Einführung*, Zürich 2007, S. 33 ff. sowie *Ch. Greenwood*, *Geschichtliche Entwicklung und Rechtsgrundlagen*, in: *D. Fleck* (Hrsg.), *Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, München 1994, Rn. 105 ff.

<sup>51</sup> *D. Janssen / M. Quante* (Hrsg.), *Gerechter Krieg*, Paderborn, 2003; *K. Ziolkowski*, *Gerechtigkeitspostulate als Rechtfertigung von Kriegen*, Baden-Baden 2008, S. 37 ff.; *W. Benziger*, *Zwischen bellum iustum und modernem Völkerrecht. Überlegungen zum Denken über Krieg und Frieden am Ende des Mittelalters*, in: *MGZ* 65 (2006), S. 131–151; *J.-A. Schulze*, *Der Irak-Krieg 2003 im Lichte der Wiederkehr des gerechten Krieges*, Berlin 2005, S. 31 ff.

<sup>52</sup> *F. Lieber*, *Manual of Political Ethics*, Boston 1838/39, S. 645 ff.

<sup>53</sup> *Id.*, S. 633.

<sup>54</sup> *Id.*, S. 644.

<sup>55</sup> *Id.*, S. 637.

<sup>56</sup> *J. St. Pütter*, *Anleitung zum Teutschen Staatsrechte*, Göttingen 1793, § 378; *H. Zoepfl*, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts*, 1863, S. 767 f.

<sup>57</sup> *C. v. Clausewitz*, *Vom Kriege*, Berlin 1832–34, Buch I, Kapitel 1, Abschnitt 24.

<sup>58</sup> *Cicero*, *De Officiis*. *Vom pflichtgemäßen Handeln*. Übersetzt, kommentiert und hrsg. von *H. Gerner*, Stuttgart 1976, Kapitel 1, 11, 35 und 1, 23, 80.

<sup>59</sup> *E. de Vattel*, a.a.O. (Fn. 48), Buch III, Kapitel VIII, § 137.

<sup>60</sup> *F. Lieber*, a.a.O. (Fn. 52), S. 661. Art. 11 *Lieber Codes*: *The law of war does not only disclaim all cruelty and bad faith concerning engagements concluded with the enemy during the war, but also the breaking of stipulations solemnly contracted by the belligerents in time of peace, and avowedly intended to remain in force in case of war between the contracting powers*.

Liebers Zeiten bereits gewohnheitsrechtlich verbürgt.<sup>61</sup> Vertrauen aber lässt sich nur durch eine strikte Einhaltung kriegsrechtlicher Regeln gewinnen – ein Kriegsführender, der die Regeln der Kriegsführung missachtet, zerstört auch die Grundlagen des künftigen Friedens.

Seit *Grotius* haben sich bestimmte Usancen und Beschränkungen im Umgang mit feindlichen Staaten herausgebildet und sich im Zuge der Aufklärung zu einem veritablen gewohnheitsrechtlichen „Recht im Kriege“ verfestigt. Während die christliche Morallehre zur Begründung dieser (Rechts-) Pflichten (noch) auf das *Gebot der Sittlichkeit* und der *Nächstenliebe* abstellt, so erscheint die Einhaltung bestimmter Regeln und Formen der Kriegsführung im Zeichen des Natur- und Vernunftrechts der Aufklärungsära als Akt der *politischen* und *militärischen Klugheit*, der rational begründet werden kann.<sup>62</sup>

### 3.4. Regelungsgehalt der Lieber Codes

Entscheidenden Anstoß für die Herausbildung des *ius in bello* gab das Gedankengut *Jean Jacques Rousseau* (1712–1778). Der aus Genf stammende Aufklärungsphilosoph hatte in seinem Werk *Le Contrat Social* (1762) erklärt: *Der Krieg ist keineswegs eine Beziehung von Mensch zu Mensch, sondern eine Beziehung von Staat zu Staat, wo die einzelnen Menschen nur aus Zufall Feinde sind, und zwar nicht als Menschen oder Bürger, sondern als Soldaten.*<sup>63</sup> *Rousseau* fährt folgerichtig fort, dass Soldaten nur so lange bekämpft werden dürfen, wie sie selber kämpfen und kampffähig sind – legen diese aber ihre Waffen nieder oder ergeben sich, so würden sie wieder einfache Menschen und müssten geschont werden. Wortgleich formuliert zur gleichen Zeit *Vattel* in seinem *Völkerrecht* (1758): *Sobald sich ein Feind ergibt und die Waffen ausliefert, darf man ihm nicht das Leben nehmen* (§ 140). Aus der konsequenten Betrachtung des bewaffneten Konflikts als einer Beziehung zwischen Staaten entwickelten sich die Grundprinzipien des humanitären Kriegsvölkerrechts, die *Lieber* 100 Jahre später in seinem Kodex verarbeitet.

#### 3.4.1. Unterscheidung zwischen Kombattanten und Nichtkombattanten

Grundgedanke *Rousseaus* war Unterscheidung zwischen der bewaffneten Macht des Gegners (Kombattanten) und Nichtkombattanten, insbesondere der unbewaffneten Zivilbevölkerung (vor allem Frauen, Kinder, Greise und Kranke), die nicht bekämpft oder getötet werden dürfen. *Vattel* schrieb dazu in seinem *Völkerrecht* (1758): *Es gibt heute keine gesittete Nation, die sich diesem gerechten und humanen Grundsatz verschließt.* Heute ist dieser Grundsatz in Art. 48 des I. Zusatzprotokolls (1977) (ZP I) zu den GK niedergelegt.<sup>64</sup> In den *Lieber Codes* heißt es: *All enemies in regular war are divided into two general classes – that is to say, into combatants and noncombatants, or unarmed citizens of the hostile government* (Art. 155). *Nevertheless, as civilization has advanced during the last centuries, so has likewise steadily advanced (...) the distinction between the private individual belonging to a hostile country and the hostile country itself, with its men in arms. The principle has been more and more*

*acknowledged that the unarmed citizen is to be spared in person, property, and honor as much as the exigencies of war will admit* (Art. 22).

Freilich gilt der Schutz gegenüber der Zivilbevölkerung nur solange diese nicht selber zu den Waffen greift und an den Kampfhandlungen teilnimmt. So führt bereits *Vattel* einschränkend aus: *Wenn die Frauen verschont bleiben wollen, so müssen sie sich verhalten, wie es ihrem Geschlecht zukommt, und sich nicht in das Handwerk der Männer einmengen, indem sie etwa auch zu den Waffen greifen.*<sup>65</sup>

#### 3.4.2. Menschliche Behandlung von Kriegsgefangenen

Zu den Grundüberzeugungen des Naturrechts gehört die Pflicht zur menschlichen Behandlung von (Kriegs-)Gefangenen. Die rechtlich privilegierte Stellung der Kriegsgefangenen als Teil der staatlichen Streitkräfte folgt aus der konsequenten Betrachtung des Krieges als eines Konflikts zwischen Staaten. Kriegsgefangene wurden demnach als Gefangene des Staates, d.h. nicht als persönliche Gefangene des Festnehmenden angesehen.<sup>66</sup> Der Grund für die Kriegsgefangenschaft besteht allein darin, die *Rückkehr des Feindes in den feindlichen Staat und eine fernere Theilnahme an den Kriegsunternehmungen zu verhindern.*<sup>67</sup> Demnach ist die Kriegsgefangenschaft keine Bestrafung des Soldaten für seine Teilnahme an den Kampfhandlungen.

Dass man mit Kriegsgefangenen nicht nach Belieben verfahren darf, wurde lange Zeit nicht als eine echte Rechtsregel verstanden.<sup>68</sup> Erst seit dem 18. Jahrhundert gewinnt das Recht der Kriegsgefangenen, das heute in der 3. Genfer Konvention sowie in Art. 75 ZP I (1977) verankert ist, allmählich Konturen. *Vattel* schreibt in seinem *Völkerrecht*: *Sobald unser Feind entwaffnet und in unserer Gewalt ist, haben wir kein Recht mehr, ihm das Leben zu nehmen, es sei denn, dass er uns ein Recht hierzu durch eine neue Tat gibt. Es war also ein fürchterlicher Irrtum und eine ungerechte und barbarische Rechtsanmaßung, die Kriegsgefangenen töten zu lassen.* 100 Jahre später ist das Recht der Kriegsgefangenen fast ähnlich ausdifferenziert wie in der 3. Genfer Konvention. Im

<sup>61</sup> A. W. Heffter, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, Berlin 1855, § 122: *Das Recht auf Achtung kann selbst dem Feinde nicht abgesprochen werden und wird im neueren Kriegsgebrauche, besonders unter den Souveränen nicht bei Seite gesetzt. Treue und Glauben darf man auch unter den Waffen fordern.*

<sup>62</sup> Eine wichtige Rolle spielt in diesem Zusammenhang der Gedanke der *Reziprozität*: Die Gewissheit, dass die eigenen Soldaten als Kriegsgefangene in die Hand des Feindes fallen können, bietet nach rationaler Überlegung genügend Anreize, durch eine korrekte Behandlung feindlicher Kriegsgefangener oder der gegnerischen Zivilbevölkerung das Leben und die Gesundheit der eigenen Landsleute nicht zu gefährden. Der Gedanke der *Reziprozität* fließt damit als regulierender Faktor in die militärische Planung ein.

<sup>63</sup> J. J. Rousseau, *Le Contrat Social*, 1762, Livre I, Chap. IV.

<sup>64</sup> Art. 48 ZP I /GK lautet: *Um Schonung und Schutz der Zivilbevölkerung und ziviler Objekte zu gewährleisten, unterscheiden die am Konflikt beteiligten Parteien jederzeit zwischen der Zivilbevölkerung und Kombattanten sowie zwischen zivilen Objekten und militärischen Zielen.*

<sup>65</sup> E. de *Vattel*, a.a.O. (Fn. 48), § 145. Dieser Grundsatz ist heute in Art. 51 Abs. 3 ZP I zu den GK niedergelegt.

<sup>66</sup> Art. 74 *Lieber Codes* lautet: *A prisoner of war, being a public enemy, is the prisoner of the government, and not of the captor.*

<sup>67</sup> A. W. Heffter, a.a.O. (Fn. 61), § 129.

<sup>68</sup> *Id.*, § 127.

*Lieber Code* heißt es: *A prisoner of war is subject to no punishment for being a public enemy, nor is any revenge wreaked upon him by the intentional infliction of any suffering, or disgrace, by cruel imprisonment, want of food, by mutilation, death, or any other barbarity* (Art. 56). *Prisoners of war shall be fed upon plain and wholesome food, whenever practicable, and treated with humanity. They may be required to work for the benefit of the captor's government, according to their rank and condition.* (Art. 76).

Schon damals verstieß es gegen den *usage of modern war*, kein Pardon zu geben („to give no quarter“).<sup>69</sup> Dieser Grundsatz ist heute nicht nur geltendes Kriegsvölkerrecht (Art. 40 ZP I), sondern der Befehl, kein Pardon zu geben, wird überdies nach dem IStGH-Statut als Kriegsverbrechen geahndet.<sup>70</sup> Auf eine noch ältere (ritterliche) Tradition kann wohl die „Freilassung gegen Ehrenwort“ zurückblicken: *Nach einer Übung, die den Anstand und die Menschlichkeit der Europäer in helles Licht setzt, läßt man einen kriegsgefangenen Offizier auf Ehrenwort frei*, schreibt *Vattel*.<sup>71</sup> Diese Übung ist als geschriebene Regel des Kriegsvölkerrechts später zugunsten aller Kriegsgefangenen ausgedehnt worden.<sup>72</sup>

Die Pflicht zur menschlichen Behandlung von Kriegsgefangenen schließt deren strafrechtliche Verantwortlichkeit für etwaige Kriegsverbrechen nicht aus. Die strafrechtliche Verfolgung der Betroffenen ist primär Angelegenheit des Herkunftsstaates. Art. 59 der *Lieber Codes* lautet: *A prisoner of war remains answerable for his crimes committed against the captor's army or people, committed before he was captured, and for which he has not been punished by his own authorities.*

### 3.4.3. Begrenztes Kriegsführungsrecht – Grundsatz der militärischen Notwendigkeit

Nach *Liebers* Verständnis vom Krieg zwingt der Friedenswunsch zur Einhaltung der kriegsrechtlichen Regeln. Dieser Gedanke tritt im Kodex mehrfach zu Tage. Auf der anderen Seite aber – und hierin liegt das Paradoxe in *Liebers* Gedankenführung – soll der Friedenswunsch die Intensivierung und Verschärfung der Kriegsführung rechtfertigen. Sowohl im *Manual of Political Ethics* als auch im Kodex betont *Lieber* mehrfach die Notwendigkeit *to resort to all means of destruction* aus Gründen der Humanität.<sup>73</sup> Denn: *The more vigorously wars are pursued, the better it is for humanity. Sharp wars are brief* (Art. 29 *Lieber Code*). Diese „Logik“ – je härter, desto kürzer, desto humaner – gehört zu den problematischen Ambivalenzen, die *Liebers* kriegsvölkerrechtliche Positionen kennzeichnen.<sup>74</sup> Welche Wirkung entfaltet sie auf die humanitären Ansätze in der Kriegsführung? Der Schlüsselbegriff ist die *militärische Notwendigkeit* (*military necessity*), die *Lieber* in Art. 14 bis 16 seines Kodex konkretisiert.<sup>75</sup> Sie legitimiert alle kriegerischen Maßnahmen gegen Personen und Sachen des Feindes *which are indispensable for securing the ends of war*. In Art. 16 heißt es: *Military necessity does not admit of cruelty – that is, the infliction of suffering for the sake of suffering or for revenge, nor of maiming or wounding except in fight, nor of torture to extort confessions. It does not admit of the use of poison in any way, nor of the wanton devastation of a district. It admits of deception, but disclaims acts of perfidy; and, in general,*

*military necessity does not include any act of hostility which makes the return to peace unnecessarily difficult.* Die Grundstruktur von *Liebers* Argumentation lautet also: Keine unnötige Zerstörung. Daraus folgt eine allgemeine Begrenzung des Schädigungsrechts des Feindes (*principle of limitation*).

Während im 17. Jahrhundert – etwa bei *Grotius*<sup>76</sup> – noch ein weitgehend *unbeschränktes* Schädigungsrecht der Staaten gegenüber dem Feind bestand, dessen Eigentum dem Gegner ohne Weiteres anheim fiel,<sup>77</sup> hat sich im 19. Jahrhunderts das fundamentale Prinzip der begrenzten Schädigung herausgebildet. Der Schweizer Völkerrechtler *Bluntschli* formuliert diesen Grundsatz wie folgt: *Die Kriegsgewalt darf alles das thun, was die militärische Nothwendigkeit erfordert, d.h. soweit ihre Maßregeln als nöthig erscheinen, um den Kriegszweck mit Kriegsmitteln zu erreichen und in Uebereinstimmung sind mit dem allgemeinen Recht und dem Krieggebrauch der civilisierten Völker.*<sup>78</sup> Auch zu *Liebers* Zeiten war der Grundsatz der begrenzten Schädigung schon fester Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts;<sup>79</sup> er wurde später in Art. 22 der Haager Landkriegsordnung (1907) (HLKO) sowie in den Art. 35 und 51 ZP I zu den GK verankert.<sup>80</sup>

Die zentrale Frage, ob die militärische Notwendigkeit durch die humanitären Kriegsregeln eingegrenzt wird oder ob die militärische Notwendigkeit ihrerseits das humanitäre Völkerrecht einschränkt, beantwortet *Lieber* jedoch nicht. Die Antwort wird vom Grundverständnis des Krieges abhängen: Geht man wie im 19. Jahrhundert davon aus, dass der Krieg grundsätzlich ein erlaubtes Mittel der zwischenstaatlichen Auseinandersetzung ist, dann wird die Entscheidung tendenziell zugunsten der militärischen Notwendigkeit ausfallen. Heute versteht man den Topos der „militärischen Notwendigkeit“ dagegen eher als eine (eng auszulegende und nur bedingt justitiable) „Schrankenbestimmung“, die einen Eingriff

<sup>69</sup> Art. 60 *Lieber Codes*; ebenso *E. de Vattel*, a.a.O. (Fn. 48), § 140.

<sup>70</sup> Art. 8 Abs. 2 b) xii) IStGH-Statut.

<sup>71</sup> *E. de Vattel*, a.a.O. (Fn. 48), § 150. Ähnlich Art. 78 *Lieber Codes*.

<sup>72</sup> Art. 10 HLKO (1907); Art. 21 Abs. 2 des III. Genfer Abkommens (1949).

<sup>73</sup> *F. Lieber*, a.a.O. (Fn. 52), S. 661.

<sup>74</sup> So auch *K. Krakau*, a.a.O. (Fn. 33), S. 59.

<sup>75</sup> Art. 14 lautet: *Military necessity, as understood by modern civilized nations, consists in the necessity of those measures which are indispensable for securing the ends of the war, and which are lawful according to the modern law and usages of war.*

<sup>76</sup> *H. Grotius*, *De Iure Belli ac Pacis Libri Tres*. Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens, Paris 1625. Deutsche Übersetzung von *W. Schätzel*, Tübingen 1950, Buch 1, Kapitel I, III.

<sup>77</sup> *A. W. Heffter*, a.a.O. (Fn. 61), § 130, beschreibt die ältere Rechtslage wie folgt: *Nach dem Geiste des älteren Kriegsrechts, welches jeden Krieg als Vernichtungskrieg, und jeden Feind als rechtlos behandelte, war es eine natürliche Konsequenz, dass auch alles feindliche Eigenthumsrecht an Sachen, welche in die Gewalt des anderen Theiles gerieten, hinfällig und wirkungslos wurde und dem Sieger die Aneignung dieser Sachen mit allen Wirkungen des Eigenthums anheimfiel. (...) Was er nicht behalten wollte, unterlag willkürlicher Zerstörung.*

<sup>78</sup> *J. C. Bluntschli*, a.a.O. (Fn. 31), § 549.

<sup>79</sup> *S. Vöney*, *Der Lieber's Code und die Wurzeln des modernen Kriegsvölkerrechts*, in: *ZaöRV* 62 (2002), S. 423–460 (434). So waren nach dem damaligen Kriegsvölkerrecht z.B. Waffen verboten, die unnötige Schmerzen zufügen. Untersagt war das Töten von Soldaten, die keinen Widerstand mehr leisten oder verwundet sind (*A. W. Heffter*, a.a.O. (Fn. 61), § 126).

<sup>80</sup> *H.-P. Gasser*, a.a.O. (Fn. 50), S. 167 f.

in die rechtlich verbürgten Positionen des humanitären Völkerrechts lediglich zu rechtfertigen vermag.

*Lieber* dagegen bejaht den Krieg emphatisch – und sucht doch seine Wirkungen aus humanitären Motiven zu begrenzen. Darin liegt sein Dilemma. Im Hinblick auf die humanitären Begrenzungen der Kriegsführung bleibt er skeptischer Realist. So stecken denn auch die *Lieber Codes* voller Relativierungen. Gefangene müssen zwar menschlich behandelt werden, dürfen aber in extremen Situationen getötet werden (Art. 60). Der Kodex kennt nur wenige *absolute* Grenzen oder Verbote der Kriegsführung, die *Lieber* von *Vattel* übernommen hat – dazu zählt etwa die Vergiftung von Brunnen oder Waffen.<sup>81</sup> Diese Verbote wurden 1907 in der HLKO verankert.<sup>82</sup>

*Liebers* Sichtweise zeigt sich auch in seiner differenzierenden Haltung zur Tötung im Kriege: Die Tötung eines Feindes sei kein Verbrechen, wenn sie einem militärischen Zweck diene.<sup>83</sup> Im Krieg dürfe also der Feind nur als Angehöriger der gegnerischen Streitmacht – nicht dagegen als „Privatmann“ getötet oder verletzt werden.<sup>84</sup> Jede unnötige Herbeiführung von Leiden sei wie eine Straftat (unter Privaten) zu bewerten; jede Kriegshandlung zu *privaten* Zwecken oder *persönlicher* Bereicherung sei daher verbrecherisch.<sup>85</sup> Zu unterscheiden sei ferner zwischen der völkerrechtswidrigen (*privaten*) Rache („revenge“) und der Repressalie („retaliation“), die bei völkerrechtswidrigen Handlungen des Feindes ihrerseits zulässig sind, um diesen zur Einhaltung des Völkerrechts zu bewegen (Art. 28). *Lieber* zieht also eine deutliche Grenze zwischen völkerrechtlich erlaubten, d.h. militärisch notwendigen, und völkerrechtlich verbotenen, weil auf persönliche Bereicherung oder Rache gerichteten Schädigungshandlungen.

### 3.5. Sanktionierung von Verstößen gegen das Kriegsvölkerrecht

Die kriegsrechtlichen Regeln entfalten ihre volle Wirkung nur durch ihre *strafbewehrte* Verbindlichkeit. Auch wenn der Begriff des Kriegsverbrechens („war crime“) erst im 20. Jahrhundert aufkam,<sup>86</sup> so war es doch zu *Liebers* Zeiten schon geltendes Gewohnheitsrecht, dass Verletzungen des Kriegsvölkerrechts die individuelle Strafbarkeit der Rechtsbrecher nach sich ziehen und dass die Staaten *berechtigt* sind, solche Übertretungen der eigenen (ggf. auch der gegnerischen) Truppen zu sanktionieren.<sup>87</sup> Bereits im Mittelalter gab es Verurteilungen wegen Verletzungen der Kriegsregeln.<sup>88</sup> *Grotius* weist darauf hin, dass Vergewaltigungen schon im Altertum verboten waren und mit Strafe bedroht wurden.<sup>89</sup> Die *Lieber Codes* gehen über das Recht zur Bestrafung hinaus, wenn sie in Art. 11 Abs. 3 eine regelrechte *Pflicht des Staates zur Ahndung von Verstößen gegen das Kriegsvölkerrecht* begründen: *Offenses to the contrary shall be severely punished, and especially so if committed by officers.*

Die Pflicht zur Bestrafung von Kriegsverbrechen in Art. 11 der *Lieber Codes* bezieht sich systematisch nur auf die im zweiten Absatz der Norm genannten Verstöße der persönlichen Bereicherung und der privaten Rache. Geahndet werden sollen nach dem Wortlaut der Regelung insbesondere Verstöße höherrangiger Soldaten. Der Grund dafür liegt

wohl darin, dass gerade kriegsrechtliche Verfehlungen von militärischen Führern die militärische Disziplin der Truppe untergraben, diese zu völkerrechtswidrigem Handeln verleiten und dadurch weitere Verstöße gegen das Kriegsvölkerrecht provozieren können. Ziel der Bestrafung von Kriegsverbrechen ist neben der Einhaltung der Völkerrechtsordnung also auch die Aufrechterhaltung der militärischen Disziplin, die wiederum Voraussetzung für die Einhaltung des Kriegsvölkerrechts ist.

Im Gegensatz zu dem schon damals unbestrittenen *Recht* der Staaten zur Ahndung von Kriegsverbrechen lässt sich eine entsprechende *Rechtspflicht* Mitte des 19. Jahrhunderts kaum anführen. Die *Lieber Codes* betreten hier insoweit völker(straf)rechtliches „Neuland“. Zwar greift bereits *Bluntschli* 1872 das *Lieber'sche* Postulat auf,<sup>90</sup> doch erst 30 Jahre später finden sich Anklänge einer solchen *Rechtspflicht* in der HLKO.<sup>91</sup> Die Pflicht zur Bestrafung von Verstößen gegen das Kriegsvölkerrecht wurde dann in den GK von 1949 verankert<sup>92</sup> und gipfelte schließlich in der rechtsverbindlichen Normierung von Kriegsverbrechen im Statut über die Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofs (1998).<sup>93</sup>

*Lieber* überantwortete die völkerstrafrechtliche Aburteilung der Kriegsverbrecher einem Militärtribunal, welches beim Vollzug der Todesstrafe zudem an gewisse Verfahrensgarantien gebunden ist.<sup>94</sup> Bestimmte militärgerichtliche Verfahrensgarantien, wie sie den Gefangenen in *Guantánamo* bis

<sup>81</sup> *E. de Vattel*, a.a.O. (Fn. 48), § 156: *Dennoch ist der Gebrauch vergifteter Waffen durch das Naturrecht verboten. Denn es ist nicht gestattet, die Übel des Krieges ins Unendliche auszuweiten.* § 157: *Es ist verboten, das Wasser zu vergiften.* Art. 70 *Lieber Codes* lautet: *The use of poison in any manner, be it to poison wells, or food, or arms, is wholly excluded from modern warfare. He that uses it puts himself out of the pale of the law and usages of war.*

<sup>82</sup> Art. 23a HLKO verbietet die Verwendung von Gift oder vergifteter Waffen. Art. 23d verbietet die Erklärung, dass kein Pardon gegeben wird. Art. 23e verbietet den Gebrauch von Waffen oder Stoffen, die geeignet sind, unnötig Leiden zu verursachen. Verboten sind weiterhin Akte der persönlichen Bereicherung in einem Krieg, wie z.B. die Zerstörung feindlichen Eigentums, soweit dies nicht dringend militärisch notwendig erscheint (Art. 23g HLKO).

<sup>83</sup> Art. 57 *Lieber Codes* lautet: *So soon as a man is armed by a sovereign government and takes the soldier's oath of fidelity, he is a belligerent; his killing, wounding, or other warlike acts are not individual crimes or offences.*

<sup>84</sup> *F. Lieber*, a.a.O. (Fn. 52), S. 658.

<sup>85</sup> Die Konkretisierung dieses Grundsatzes erfolgt in den Art. 11 Abs. 2, 14 bis 16, 44, 56, 72 und 75 der *Lieber Codes*.

<sup>86</sup> Erstmals verwendet wurde er in dem Lehrbuch von *L. Oppenheim*, *International Law*, Volume II, War, 1906, S. 263.

<sup>87</sup> *S. Vöney*, a.a.O. (Fn. 79), S. 450 m.w.N.

<sup>88</sup> Fälle *Barbasan* (1420) und *v. Hagenbach* (1474), zitiert bei *ibid.*

<sup>89</sup> *H. Grotius*, a.a.O. (Fn. 76), Buch III, Kapitel IV, XIX, 2.

<sup>90</sup> *J. C. Bluntschli*, a.a.O. (Fn. 31), § 575: *Die Kriegsgewalt ist verpflichtet (...), wenn solche Missthaten von Soldaten verübt werden, die Thäter zu bestrafen.*

<sup>91</sup> Gem. Art. 56 Abs. 2 HLKO ist jede absichtliche Zerstörung von Kulturgut in besetzten Gebieten *untersagt und soll geahndet werden.*

<sup>92</sup> Vgl. Art. 49 GK I; Art. 50 GK II; Art. 129 GK III; Art. 146 GK IV.

<sup>93</sup> Römisches Statut über den Internationalen Strafgerichtshof vom 17. Juli 1998, BGBl. II 2000, 1393. Näher *K. Ambos*, *Internationales Strafrecht*, München 2006.

<sup>94</sup> Art. 12 *Lieber Codes*: *Whenever feasible, Martial Law is carried out in cases of individual offenders by Military Courts; but sentences of death shall be executed only with the approval of the chief executive, provided the urgency of the case does not require a speedier execution, and then only with the approval of the chief commander.*



vor kurzem vorenthalten wurden, gehörten schon Ende des 19. Jahrhunderts zum kriegsvölkerrechtlichen Standard. So schreibt *Bluntschli* 1872: *Auch die standrechtlichen Kriegsgerichte dürfen nicht nach Willkür und nicht leidenschaftlich verfahren, sondern sind verpflichtet, die Fundamentalgesetze der Gerechtigkeit zu beachten. Insbesondere sollen sie den Angeschuldigten freie Vertheidigung gestatten, keine Tortur anwenden, den Thatbestand wenn auch summarisch doch unparteiisch prüfen und nur eine verhältnismäßige Strafe über den Schuldigen erkennen.*<sup>95</sup>

Gem. Art. 13 der *Lieber Codes* entscheidet die militärische Gerichtsbarkeit sowohl aufgrund der (Landes-)Gesetze, als auch aufgrund des Kriegsvölkerrechts, sofern landesgesetzlich nichts geregelt ist.<sup>96</sup> *Lieber* ging also im Einklang mit dem anglo-amerikanischen Rechtsverständnis davon aus, dass das Kriegsvölkerrecht *unmittelbare Grundlage* für die Bestrafung von Personen sein kann.<sup>97</sup> In Deutschland besteht eine vergleichbare Rechtslage erst seit Inkrafttreten des Völkerstrafgesetzbuches vom 26. Juni 2002.<sup>98</sup>

#### 4. Wirkungen der *Lieber Codes* auf das moderne Kriegsvölkerrecht

##### 4.1. *Field Manuals* und Rechtslehre

Eingang in die deutschsprachige Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts fanden die *Lieber Codes* durch das wirkmächtige Werk *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten* (1868) des Schweizer Völkerrechtlers *Johann Caspar Bluntschli* (1808–1881). Dieser mit *Lieber* eng befreundete Gelehrte stützte seine Abhandlung zum Kriegsvölkerrecht in weiten Teilen auf den *Lieber Code*, welcher als Anhang abgedruckt ist; statt eines Vorworts enthält *Bluntschlis* Werk einen *Brief an Professor Franz Lieber in New York*, welcher sich mit den Schwächen des Völkerrechts der damaligen Zeit befasst.

Wie von *Lieber* vorausgesehen,<sup>99</sup> zeigt sich die Wirkung und Vorbildfunktion seiner Feldinstruktionen schon bald nach ihrer Veröffentlichung im europäischen Raum. So erließen eine Reihe von (west)europäischen (und späteren NATO-)Staaten wenige Jahre nach den *Lieber Codes* ähnliche Armee-Reglements: Die preußische Armee übernahm den Kodex als Leitlinie für ihre Truppen im Deutsch-Französischen Krieg von 1870/71; die Niederlande veröffentlichten 1871 einen entsprechenden *Manual*; eine Nachahmung in Frankreich erfolgte 1877, in der Schweiz 1878, in Spanien 1882, in Portugal 1890 und in Großbritannien 1884.<sup>100</sup> Nach Art. 1 der IV. Haager Konvention von 1907 sind die Staaten sogar völkerrechtlich verpflichtet, ihren Landheeren „Verhaltensmaßregelungen“ zu geben, welche den Regeln der HLKO entsprechen. Die Bundesrepublik Deutschland kommt dieser Verpflichtung durch das Handbuch für Humanitäres Völkerrecht von 1992 nach.<sup>101</sup>

In den Vereinigten Staaten von Amerika blieb der *Lieber Code* bis 1914 in Kraft, und auch das ihn ablösende *Manual of Land Warfare* beruhte in zentralen Punkten auf *Liebers* Text. Heute existieren für die US-Streitkräfte je nach Waffengattung und militärischer Operationsführung eine Vielzahl von *Field Manuals* (FM).<sup>102</sup> Viele von ihnen unterliegen

allerdings der militärischen Geheimhaltung, wie z.B. FM 34–52, welches sich mit den Verhörmethoden von Kriegsgefangenen in bewaffneten Konflikten befasst.

#### 4.2. Internationale Kodifikation des Kriegsvölkerrechts

Die nach dem amerikanischen Bürgerkrieg einsetzenden internationalen Bemühungen zur Kodifikation des Kriegsvölkerrechts knüpften bewusst an die *Lieber Codes* an – allen voran das vom *Institut de Droit International* im Jahre 1880 verfasste (und auf seiner Oxforder Tagung angenommene) *Manuel des lois de la guerre sur terre*.<sup>103</sup> Die in den *Lieber Codes* und dem *Oxford Manuel* niedergelegten gewohnheitsrechtlichen Überzeugungen zum Kriegsvölkerrecht gewannen in den *Staatsverträgen* der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ihren positivistisch-verbindlichen Ausdruck. Die dadurch angestoßene Rechtsentwicklung firmiert unter der Bezeichnung „Haager Recht“, weil die Hauptverträge zum Kriegsführungsrecht auf den Friedenskonferenzen in Den Haag 1899/1907 geschlossen wurden.<sup>104</sup> Viele der vertraglich festgelegten kriegsrechtlichen Bestimmungen lassen *Liebers* Handschrift erkennen. Dazu gehören vor allem die *Konvention betreffend die Linderung des Loses der im Felddienste verwundeten Militärpersonen* (1864) sowie die *St. Petersburger Deklaration betreffend das Verbot der Verwendung explodierender Geschosse unter 400 Gramm* (1868).<sup>105</sup> Das in den *Lieber Codes* niedergelegte Völkergewohnheitsrecht bildet die Grundlage für die (rechtlich allerdings unverbindlich gebliebene) Deklaration der Brüsseler Konferenz von 1874 und wirkt fort in den Regelungen der

<sup>95</sup> *J. C. Bluntschli*, a.a.O. (Fn. 31), § 548. Diese grundlegenden Garantien sind in den gemeinsamen Art. 3 der vier GK verankert.

<sup>96</sup> Art. 13 lautet: *Military jurisdiction is of two kinds: First, that which is conferred and defined by statute; second, that which is derived from the common law of war. Military offences under the statute law must be tried in the manner therein directed; but military offences which do not come within the statute must be tried and punished under the common law of war.*

<sup>97</sup> Dazu *R. Baxter*, a.a.O. (Fn. 40), S. 236. Der englische Völkerrechtler *Blackstone* prägte 1765 die Formel: *International law is part of the law of the land.*

<sup>98</sup> BGBl. I 2002, S. 2254.

<sup>99</sup> Brief von *Lieber* an *Halleck* vom 20. Mai 1863.

<sup>100</sup> *R. S. Hartigan*, a.a.O. (Fn. 12), S. 22; *J. Garner*, General Order 100 Revisited, in: *Military Law Review* 27 (1965), S. 5–44 (5).

<sup>101</sup> Bundesministerium der Verteidigung (Hrsg.), Abt. Verwaltung und Recht II 3, August 1992.

<sup>102</sup> [www.globalsecurity.org/military/library/policy/army/fm/](http://www.globalsecurity.org/military/library/policy/army/fm/). (am 19. Februar 2009).

<sup>103</sup> Das 1873 in Gent gegründete Institut – das erste völkerrechtswissenschaftliche Institut überhaupt – erhielt im Jahre 1904 den Friedensnobelpreis. Autor des *Oxford Manuals* war der Präsident des Internationalen Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) *Gustave Moynier*. Das *Oxford Manuel* definierte und bestätigte eine Reihe von grundlegenden Prinzipien der Kriegsführung. Ebenso wie die *Lieber Codes* wurde auch das *Oxford Manuel* fortgeschrieben. Das im Jahre 1994 beschlossene *San Remo Manual* über das bei bewaffneten Konflikten auf See geltende internationale Recht kann als modernisierte Ausgabe des *Oxford Manuals* von 1913 angesehen werden.

<sup>104</sup> Demgegenüber bezeichnet das sog. „Genfer Recht“ die durch *Henri Dunant* und das Internationale Komitee vom Roten Kreuz in Gang gesetzte Kodifikation der Regeln zum Schutze der Verwundeten, Kranken und Kriegsgefangenen in den GK.

<sup>105</sup> Vgl. zu den beiden Abkommen *H.-P. Gasser*, a.a.O. (Fn. 50), S. 15 und *Ch. Greenwood*, a.a.O. (Fn. 50), Rn. 118 f.



Haager Landkriegsordnungen von 1899 und 1907 sowie den Genfer Konventionen von 1929 und 1949.<sup>106</sup> Nimmt man jede der genannten Konventionen für sich, so geht Liebers Kodex in gewisser Weise darüber hinaus: Indem er die Regelungen zum Kriegsführungsrecht („Haager Recht“) und zum Schutze der Kriegsoffer („Genfer Recht“) in einem Dokument zusammenführt und ferner auch Bürgerkriegssituationen einbezieht, antizipiert der Kodex einen Entwicklungsstand des humanitären Völkerrechts, der erst 1977 durch die beiden Zusatzprotokolle zu den GK überholt wurde.

### 4.3. Fazit

Zentrale Elemente aus dem *Lieber Code* beweisen erstaunliche Modernität und Vitalität und bewahren in Zeiten des Antiterrorkampfes ihre unbedingte Aktualität.<sup>107</sup> Lieber bezeichnete seinen Kodex einmal als *contribution by the U.S. to the stock of common civilisation*. Seine zentrale humanitäre Aussage bleibt als kategorischer Imperativ des Kriegesrechts für alle Zeiten lebendig: *Men who take up arms against one another in public war do not cease on this account to be moral beings, responsible to one another and to God* (Art. 15). Hier paraphrasiert Lieber ein Diktum Vattels, dem er sich als Humanist geistig verbunden fühlte. Vattel schrieb der Völkergemeinschaft 250 Jahre vor *Guantánamo* Folgen-

des ins Stammbuch: *Vergessen wir niemals, dass unsere Feinde Menschen sind! Trotz der unerfreulichen Zwangslage, unser Recht mit Waffengewalt verfolgen zu müssen, sollen wir uns doch nicht der Nächstenliebe entäußern, die sich mit dem Menschengeschlecht verbindet. Auf diese Weise werden wir die Rechte des Vaterlandes beherzt verteidigen, ohne die Rechte der Menschheit zu verletzen. Möge unsere Tapferkeit nicht durch Grausamkeit befleckt werden, möge der Glanz des Sieges nicht durch unmenschliche und brutale Taten verdunkelt werden!*<sup>108</sup>

Wenn sich Europa und Amerika in der Ära *Obama* wieder über Fragen von Krieg und Völkerrecht verständigen, so gemahnen gerade die *Lieber Codes* an einen transatlantischen Dialog, der von geistigem Austausch und gegenseitiger Wertschätzung getragen ist. ■

<sup>106</sup> K. Ipsen (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Auflage, München 2004, §2 Rn. 59; H.-P. Gasser, *id.*, S. 14; S. Vöney, a.a.O. (Fn. 79), S. 425 m.w.N.

<sup>107</sup> Zu den aktuellen Problemen vgl. D. Zechmeister, *Die Erosion des humanitären Völkerrechts in den bewaffneten Konflikten der Gegenwart*, Baden-Baden, 2007, S. 155 ff.

<sup>108</sup> E. de Vattel, a.a.O. (Fn. 48), § 158.

# Evaluation on the employment of sexual violence in the crisis of the DRC (1998–2006)

Birthe Steiner\*

*Einleitung:* Im Zuge des Konfliktes in der Demokratischen Republik Kongo (DRK) haben Kombattanten beider Seiten, sowohl die regulären Streitkräfte, als auch irreguläre Kampfgruppen, vermehrt sexuelle Gewalt ausgeübt. Eine systematische Anwendung sexueller Gewalt wurde in diesem Konflikt postuliert. *Methodologie:* Dieser Artikel enthält einen Literaturüberblick und bewertet verfügbare Informationen über die Methoden sexueller Gewaltanwendungen im DRK-Konflikt. *Ergebnisse des Literaturberichts:* Anhand verfügbarer Quellen wird nachgewiesen, dass die Intentionen der Täter über die unmittelbaren Konsequenzen für die Opfer hinausgingen und darauf abzielten, feindliche Kombattanten und deren Gemeinden zu schwächen. Militärische und politische Autoritäten haben wenig Interesse und teilweise sogar Gleichgültigkeit gezeigt, die sexuellen Gewalttaten in der DRK-Krise strafrechtlich zu verfolgen. *Diskussion:* Das Thema sexuelle Gewalt wird innerhalb eines sozioökonomischen Rahmens und krimineller Gerichtsbarkeit der DRK diskutiert. Es wird untersucht, ob passive Toleranz von Staats- und Militärorganen gegenüber der weit verbreiteten konfliktassoziierten Sexualgewalt eine strategische Qualität angenommen hat. *Fazit:* Es handelt sich um eine strategische Ausübung sexueller Gewalt im DRK-Konflikt. Die weitläufige Straflosigkeit begünstigt eine strategische Anwendung sexueller Gewalt.

*Introduction:* During the conflict in the Democratic Republic of the Congo (DRC), combatants of both, the regular army and irregular armed groups, have perpetrated sexual violence on a large scale. A systematic appliance of sexual violence in this conflict has been widely postulated. *Methodology:* This article comprises a literature review assessing available information on the methods of inflicting sexual violence in the DRC conflict. *Findings of literature review:* Evidence verifies that the perpetrators' intentions have reached *beyond* the immediate consequences for the victims and aimed at harming enemy combatants and, ultimately, entire communities. Military and political authorities have displayed little interest, and sometimes reluctance, in investigating and penalizing sexual violence occurring in the crisis. *Discussion:* Sexual violence is discussed within the socio-economic setting and criminal jurisdiction of the DRC. It is examined whether passive tolerance of widespread sexual violence by state and military organs amounts to strategy. *Conclusion:* Patterns of strategic employment of sexual violence in the DRC conflict have been identified. The climate of impunity endorses a strategic pattern of sexual violence.

## 1. Introduction

The conflict in the Democratic Republic of the Congo (DRC), more or less ongoing since 1996, has been characterized by “extreme violence, mass population displacements, widespread rape, and a collapse of public health services”.<sup>1</sup> The total death toll (1998-2007) was estimated at 5,4 million,<sup>2</sup> thus making the DRC conflict the “deadliest since World War II”.<sup>3</sup> Despite various peace agreements and, in 2006, Congo’s first free parliamentary and presidential elections in more than 40 years, human rights reports indicate that the conflict is still ongoing.<sup>4</sup> The public administration is further “unable to provide the most rudimentary social services”.<sup>5</sup> With the government lacking control over its national territory, militias still rule vast parts of the Congo, especially in the East. National accountability mechanisms are absent and juridical institutions are weak, which consequently gives rise to a climate of impunity for perpetrating all sorts of crimes including sexual violence. It has been widely reported that combatants of the regular army and irregular armed groups have committed sexual violence on a large scale.<sup>6</sup> A systematic appliance of sexual violence in this conflict has been widely postulated.<sup>7</sup>

However, accurate information on sexual violence is extremely difficult to obtain. The majority of cases go unre-

\* M.D., M.A.

<sup>1</sup> B. Coghlan / R.J. Brennan / P. Ngoy / D. Dofara / B. Otto / M. Clements / T. Stewart, “Mortality in the Democratic republic of Congo: a nationwide survey”, (2006) 367 *The Lancet* 44-51.

<sup>2</sup> B. Coghlan / P. Ngoy / F. Mulumba / C. Hardy / V. Nkamgang Bemo / T. Stewart / J. Lewis / R. Brennan, “Mortality in the Democratic Republic of Congo – an ongoing crisis” (2007), [http://www.theirc.org/resources/2007/2006-7\\_congomortalitysurvey.pdf](http://www.theirc.org/resources/2007/2006-7_congomortalitysurvey.pdf). (accessed 14 January 2009).

<sup>3</sup> V. Hawkins, “History repeating itself – the DRC and the UN Security Council” (2006) 12 *African Security Review* 4.

<sup>4</sup> Human Rights Watch, “Seeking Justice: The Prosecution of Sexual Violence in the Congo War”, (2005) *Human Rights Watch* 8.

<sup>5</sup> International Crisis Group, “Congo: Consolidating the Peace”, (2007) 128 *Africa Report*.

<sup>6</sup> Amnesty International, “Democratic Republic of Congo – Mass rape: Time for remedies” (2004a), <http://web.amnesty.org/library/index/ENGAFR620222004>. (accessed 14 January 2009); Amnesty International, “Democratic Republic of Congo: HIV - the longest lasting scar of war” (2004b), <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGAFR620262004?open&of=ENG-COD>. (accessed 14 January 2009); Médecins Sans Frontières, “I have no joy, no peace of mind. Medical, psychosocial, and socio-economic consequences of sexual violence in eastern DRC” (2004), [http://www.doctorswithoutborders.org/publications/reports/2004/sexualviolence\\_2004.pdf#search=%22%21%20have%20no%20joy%22%22](http://www.doctorswithoutborders.org/publications/reports/2004/sexualviolence_2004.pdf#search=%22%21%20have%20no%20joy%22%22). (accessed 14 January 2009); Human Rights Watch, “The war within the war: Sexual Violence against women and girls in Eastern Congo”, (2002) *Human Rights Watch*; N. Dahrendorf, “Mirror images in the Congo: sexual violence and conflict” (2005), [http://www.opendemocracy.net/democracy-resolution\\_1325/congo\\_2964.jsp](http://www.opendemocracy.net/democracy-resolution_1325/congo_2964.jsp). (accessed 14 January 2009).

<sup>7</sup> M. Bosmans, “Challenges in Aid to Rape Victims: the Case of the Democratic Republic of the Congo”, (2007) 4 *Essex Human Rights Review* 1-12; N. Dahrendorf, *ibid.*; Human Rights Watch (2002), *ibid.*; Médecins Sans Frontières, *ibid.*

ported since rape survivors fear social stigmatization;<sup>8</sup> many also live in remote areas where health services or other institutions that may help register the incidents are unavailable. Additionally, in conflict situations, security threats for staff impede research.<sup>9</sup> Therefore, no precise estimates exist on the scope of sexual violence happening and there is only little information on the characteristics and surrounding circumstances of sexual violence in DRC. Available data typically derives from project proposals and reports of humanitarian organisations that lack methodological consistency and comparability. Considering these difficulties and possible sources for bias, this paper attempts to explore whether sexual violence has been a matter of orchestrated policy in the DRC conflict.

## 2. Methodology

For this article, I conducted a literature review on sexual violence in the DRC crisis. I was interested in assessing available information on the methods of inflicting sexual violence in the DRC conflict, and in particular if there is conclusive evidence that sexual violence has been employed in a systematic way.

For the literature review, I defined sexual violence as a non-consensual penetrative sexual act which is also commonly known as rape.<sup>10</sup> (Other aspects of gender-based violence such as genital mutilation and prostitution were hence excluded). Databases that were searched included Pubmed as well as those of the Overseas Development Institute, the World Health Organization (WHO), and other United Nations (UN) agencies such as the UN High Commissioner of Refugees (UNHCR), the UN Office for Coordination of Humanitarian Affairs (UNOCHA), and the UN International Children Emergency Fund (UNICEF). Using various key terms to identify papers that dealt with the topic of sexual violence in DRC crisis, database searches were done with one or more combinations of the following terms: “sexual violence”, “rape”, “crisis”, “conflict”, “war”, “Congo”, “DRC”, “systematic”, “strategic”, and “weapon of war”. Once papers were selected, their reference lists were searched to identify other papers. There was no limitation as to the year of publication.

In order to discuss sexual violence in context, a lot more general reading about the concepts of sexuality and sexual coercion on the African continent was necessary so as to put the findings of the literature review in perspective. Not all of this literature has been explicitly mentioned in the reference list.

## 3. Findings of literature review

Several sources affirm that sexual violence has been repeatedly used as a means for demonstrating military dominance on DRC territory.<sup>11</sup> According to Human Rights Watch, combatants inflicted sexual violence “as part of their effort to win and maintain control over civilians and the territory they inhabited”.<sup>12</sup> In interviews carried out by Congolese-based humanitarian organisations, combatants confirmed intentions

to “assert their superiority by ‘marking’ the territory”.<sup>13</sup> Sexual violence in the context of military confrontations has been described as pursuing the aim to “scare the civilian population into submission” by breaking spirit and morals.<sup>14</sup> Revenge has also been identified as an objective for sexual violence in the DRC conflict. The UN acknowledged that Congolese women have been punished for allegedly supporting enemy forces.<sup>15</sup> One perpetrator was quoted in saying: “You look after the men who kill us, so you too are our enemy”.<sup>16</sup> According to Human Rights Watch, perpetrators “found little to rob from people who had been repeatedly attacked, and wanted to punish them as a result for their perceived lack of support”.<sup>17</sup>

Sexual violence in the DRC conflict may have taken on an ethnic dimension as well. Combatants were described to specifically target “persons of ethnic groups seen as the enemy”,<sup>18</sup> singling out their victims from among an opposing ethnic group.<sup>19</sup> Congolese women interviewed by *Réseau des femmes pour un développement associatif* expressed their belief that sexual violence was ultimately “aimed at destroying women’s identity by means of ‘ethnic cleansing’”<sup>20</sup>. They asserted that perpetrators deliberately impregnated women so as to “produce non-Congolese babies”.<sup>21</sup> Perpetrators reckon that integration of these children will be extremely challenging, because in patriarchal societies such as the Congolese, children belong to the fathers’ – hence the perpetrators’ – ethnic group. Stigmatization and social rejection of children born out of rape are common.<sup>22</sup> Pratt and Werchick report that “children suspected or known to derive from rape are teased at school and called ‘Hutus’” (in reference to the ethnic origin of their biological fathers).<sup>23</sup>

<sup>8</sup> M.P. Koss, “The under-detection of rape: methodological choices influence incidence estimates”, (1992) 48 *Journal of Social Issues* 61; R. Jewkes / P. Sen / C. Garcia-Moreno, “Sexual Violence”, in E. Krug / L. Dahlberg / J.A. Mercy / A.B. Zwi / R. Lozano, *World Report of Violence and Health*, Geneva, World Health Organisation, 2002, at 150.

<sup>9</sup> Human Rights Watch (2002), *supra* note 6, at 8.

<sup>10</sup> R. Jewkes / P. Sen / C. Garcia-Moreno, *supra* note 8, at 149.

<sup>11</sup> Human Rights Watch (2002), *supra* note 6, at 56; M. Bosmans, *supra* note 7, at 4; Amnesty International, *supra* note 6, at 8.

<sup>12</sup> Human Rights Watch (2002), *supra* note 6, at 23.

<sup>13</sup> Réseau des Femmes pour un Développement Associatif (RFDA), Réseau des Femmes pour la Défense des Droits et la Paix (RFDP) and International Alert, “Women’s Bodies as a Battleground: Sexual Violence Against Women and Girls During the War in the Democratic Republic of Congo” (2005), p.48, <http://www.international-alert.org/pdf/sexual-violence-congo-english.pdf>. (accessed 14 January 2009).

<sup>14</sup> Human Rights Watch (2005), *supra* note 6, at 8.

<sup>15</sup> ECOSOC, Resolution 2002/52, UN Doc. E/CN.4/2003/75/Add.2, 27 February 2003, p. 12.

<sup>16</sup> RFDA, *supra* note 13, at 48.

<sup>17</sup> Human Rights Watch (2002), *supra* note 6, at 33.

<sup>18</sup> *Ibid.*, at 7.

<sup>19</sup> Amnesty International (2004a), *supra* note 6, at 8.

<sup>20</sup> RFDA, *supra* note 13, at 49.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> *Ibid.*, at 43.

<sup>23</sup> M. Pratt / L. Werchick, “Sexual Terrorism: Rape as a Weapon of War in Eastern Democratic Republic of Congo. An assessment of programmatic responses to sexual violence in North Kivu, South Kivu, Maniema, and Orientale Provinces”, Kinshasa, USAID/DCHA Assessment Report (2004), p.12, [www.peacewomen.org/resources/DRC/USAIDDCHADRC.pdf](http://www.peacewomen.org/resources/DRC/USAIDDCHADRC.pdf). (accessed 14 January 2009).

Because Congolese women's value is traditionally "closely associated with virginity, wifehood, and bearing children",<sup>24</sup> sexual violence has profound effects on Congolese society. Raped women are often subjected to stigmatization and social exclusion.<sup>25</sup> Several humanitarian organizations affirm that perpetrators intend through the women's injury and humiliation to terrorize their families and communities.<sup>26</sup> Humiliation and debasement of the victim are maximised in the presence of others. "Many cases feature the rapes of mothers and daughters in front of their family, of mass rapes, rapes in public, or forcing victims to have sex with family members."<sup>27</sup> This is regarded as evidence of the perpetrators' intention to ruin the social fabric of Congolese society.<sup>28</sup> Indirect negative effects of sexual violence have even included the interruption of children's education in the sense that the way to school was considered too dangerous so they were kept at home.<sup>29</sup>

When combined with looting and abduction, as it has often been reported, sexual violence has helped sustain combatants' livelihood. "Rape is a means of obtaining access both to produce intended for the market and to the harvest, which is mainly controlled by the women".<sup>30</sup> In this way, sexual violence has been associated with economic violence in the DRC conflict. "Fear of sexual violence has at least partially [been] responsible for malnutrition in some areas [of the Congo]"<sup>31</sup> as women have left their fields unattended.

In absence of salaries, sexual violence has also served as a means of "payment" for combatants, and as a reward for bravery.<sup>32</sup>

There is evidence suggesting that the objective of sexual violence has included the deliberate transmission of sexually transmittable diseases (including HIV/AIDS).<sup>33</sup> Falling ill in DRC is potentially life-threatening as medical services are commonly unavailable and people die of otherwise "easily" curable diseases. Therefore, when perpetrators consciously infect women, it can be argued that they intend (or at least accept) their death. This is congruous with the finding of a recent Congolese-led study in which more than half of the interviewed women were convinced that there was a plan to destroy and exterminate the Congolese people.<sup>34</sup>

#### 4. Discussion

Sexual violence needs to be explored in its cultural and socio-economic setting. A universally valid concept of sexual violence does not exist, considering that social and economic determinants ultimately shape sexual behaviour.<sup>35</sup> The multi-faceted and deeply intertwined realities of sexual violence in the African continent obscure definition and complicate assessment of the phenomenon. In parts of Africa, as well as in many other parts of the world, females grow up with the feeling of being unable to control their own sexuality in ultimate instance. It is not uncommon that sex is occasionally not actively pursued by the women (but rather: men initiate sex, and women reluctantly accept). Rodriguez writes: "Any man in the extended family or in the community [in DRC] can have access to her without the woman being able to refuse."<sup>36</sup> Also, men frequently reward their female sex partners with some money or food as if to acknowledge

the hardships of life. Bosmans argues accordingly that coerced sex is condoned since the "line between giving gifts for sex and buying sex has become blurred".<sup>37</sup> Dire living circumstances may require women to engage in survival sex from time to time which may restrain them from developing a firm inner concept about their own sexual boundaries. Human Rights Watch elaborates on the relationship between unfavourable living conditions and sexuality in the DRC: "The burden of trying to survive and assure that others in the family survive falls heavily on women. As the socio-economic situation worsens, more women and girls are resorting to trading sex [...] Sometimes women and girls in these situations are raped, but often they accept the sexual relationship reluctantly as a way of surviving."<sup>38</sup> In the context of social and economic struggle, aggression also translates more easily into sexual violence. "Survival sex creates a context in which abusive sexual relationships are more accepted, and in which many men – whether civilian or combatant – regard sex as a 'service' easy to get with the use of pressure."<sup>39</sup> When women grow up with vague and often challenged concepts about their own sexuality, it may be indeed more difficult to demarcate consent from coercion. It has been argued that in the context of the Democratic Republic of the Congo, "blurred lines of 'consent' add to women's vulnerability" and furthermore, that the notion of consent is "non-existent".<sup>40</sup>

Another factor blurring the line between consent and coercion may be the high levels of domestic violence which have existed on a large scale in the DRC already prior to the war. Congolese women have traditionally been subjected to sexual, physical and psychological violence.<sup>41</sup> "Domestic vio-

<sup>24</sup> M.L. Penn / R. Nardos, *Overcoming Violence against Women and Girls: An International Campaign to Eradicate a Worldwide Problem*, Lanham (MD), USA, Rowman & Littlefield Publisher, 2003, p. 57, cited in *ibid*.

<sup>25</sup> RFDA, *supra* note 13, at 42.

<sup>26</sup> Human Rights Watch (2005), *supra* note 4, at 23; RFDA, *supra* note 13, at 48; Amnesty International (2004a), *supra* note 6, at 8.

<sup>27</sup> *Ibid*.

<sup>28</sup> Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH), "Crimes of sexual violence: Overcoming taboos, ending stigmatisation, fighting impunity" (2007), <http://www.fidh.org/spip.php?article4846> (accessed 11 March 2009); ECOSOC, Resolution 2002/52, UN Doc. E/CN.4/2003/75/Add.1, 27 February 2003, pp. 43-46; Amnesty International (2004a), *supra* note 6.

<sup>29</sup> M. Pratt / L. Werchick, *supra* note 22, at 13.

<sup>30</sup> RFDA, *supra* note 13, at 46.

<sup>31</sup> M. Pratt / L. Werchick, *supra* note 22, at 13.

<sup>32</sup> RFDA, *supra* note 13, at 47.

<sup>33</sup> Refugee Council, "A guide to Congolese cultural and social norms" (2004), <http://www.refugeecouncil.org.uk/OneStopCMS/Core/CrawlerResourceServer.aspx?resource=F370F137-A389-4F4C-90D3-D3F1A37D831F&mode=link&guid=2bb06d9deb40437ab2bc147612276dc> (accessed 16 January 2009); Amnesty International (2004a), *supra* note 6, at 38.

<sup>34</sup> RFDA, *supra* note 13, at 48.

<sup>35</sup> K. Wellings / M. Collumbien / E. Slaymaker / S. Singh / Z. Hodges / D. Patel / N. Bajos, "Sexual behaviour in context: a global perspective", (2006) 9548 *The Lancet* 1706-1728.

<sup>36</sup> C. Rodriguez, "Sexual violence in South Kivu, Congo", (2007) 27 *Forced migration review* 45-47.

<sup>37</sup> M. Bosmans, *supra* note 7, at 9.

<sup>38</sup> Human Rights Watch (2002), *supra* note 6, at 21.

<sup>39</sup> *Ibid*.

<sup>40</sup> C. Rodriguez, *supra* note 35, at 45.

<sup>41</sup> RFDA, *supra* note 13, at 28.

lence against women, including rape, is common [in DRC]<sup>42</sup> the UN confirms. Violence against women is facilitated by Congolese laws and traditional practices that “perpetuate the subservience of women”.<sup>43</sup> Article 444 of the Family Code reads: “[H]is wife owes her obedience to her husband.”<sup>44</sup> Lately, the state has intensified efforts to promote the status of women, for example by establishing the Ministry of Social Affairs and the Family which has *inter alia* conducted sensitization campaigns on sexual violence. A concerted initiative on sexual violence brings together the UN, the Congolese Government and NGOs in trying to address sexual violence on all levels. Regarding criminal jurisdiction, rape is punishable by a prison sentence of five to twenty years according to the Congolese Penal Code.<sup>45</sup> In July 2006 the Congolese Parliament passed the Law on the Suppression of Sexual Violence, which anticipates strengthened penalties and more effective criminal procedures. For example, article 42 *bis* and 42 *ter* specify that “regardless of the offender’s rank, hierarchical order or the command of a legitimate civil or military authority cannot exonerate his penal responsibilities”.<sup>46</sup> The State’s duty to eliminate sexual violence has been emphasised. Sexual violence has been included in the mandate of the Truth and Reconciliation Commission, which has been regarded as a promising step in the fight against impunity.<sup>47</sup>

An international normative framework is also in place. The DRC is party to several human rights treaties that address women’s rights, such as the Convention for the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW, 1979),<sup>48</sup> and the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC, 1998).<sup>49</sup> The DRC Military Penal Code encompasses international humanitarian law principles and classifies acts of sexual violence according to the Rome Statute of the ICC. Articles 7.1.g and 8.2.b.xxii recognise rape (and other forms of sexual violence such as sexual slavery and enforced pregnancy) as both a crime against humanity and a war crime.<sup>50</sup> However, this only applies to acts “committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack”.<sup>51</sup>

So now, does the evidence support the *strategic* appliance of sexual violence in the DRC conflict? One must not automatically assume a strategic motivation beneath the great dimension of sexual violence in the armed conflict of DRC. As Shanks pointed out, “individual episodes of rape, although widespread, must be distinguished from the systematic rape of women and children”.<sup>52</sup> Conflict-related sexual violence may represent individually motivated acts that have arisen out of favourable occasion. It is only as part of an overarching strategy that the widespread employment of rape becomes an element of warfare, a “weapon of war”. We have portrayed evidence that reveals patterns of coherent strategy in the sense that perpetrators’ intentions have been demonstrated to reach *beyond* the immediate consequences for victims - aiming at harming enemy combatants and, ultimately, whole communities. Ideally, patterns of direct chain of command in the military or paramilitary framework are identified in order to prove the strategic employment of sexual violence. In protracted and obscured conflicts such as DRC, however, they are difficult to verify. One statement of a for-

mer combatant unveils active involvement of commanders: “Sometimes they brought us women and girls to rape. The commanding officers didn’t justify why they did that. Every time they captured somewhere, they would get the *kadogos* [child soldiers] to do these things in front of the adult soldiers, as if it was a show [...]. The scene held no interest for us, but they would beat us if we refused.”<sup>53</sup>

Order-giving as the most immediate of strategic elements can rarely be proven for the reason that chains of command are characteristically obscured within paramilitary groups, and combatants deny involvement in strategic sexual violence because they know that this makes them eligible for prosecution for a war crime. To the author’s knowledge, Congolese military commanders have not elaborated on military strategies involving rape so far. They have instead denied being responsible for any acts of violence against civilians.<sup>54</sup> However, Human Rights Watch argues that rape in the DRC has been planned at least by smaller units of militia groups and that superiors have, if not encouraged, then at least not commanded a halt to this practice.<sup>55</sup> Card argues that coherent strategic patterns emerge already the moment military authorities refuse to investigate and penalize these acts. “A combatant may rape because he was ordered, or because he felt like it,” Card writes. “Superior officers, on the other hand, may look the other way because of the martial purposes such rapes serve”.<sup>56</sup> It is therefore the climate of impunity on the side of military or political authorities that reveals an element of systematic appliance. Out of the few cases in which perpetrators have been put to trial, Human Rights Watch recounts several incidents in which military superiors and judicial investigating officers have shown reluctance to pursue the perpetrator or have released the suspect without proper trial.<sup>57</sup> As regards expansive impunity for perpetrators by reason of a weakened and/or biased DRC judi-

<sup>42</sup> ECOSOC (Add.1), *supra* note 27, at 45.

<sup>43</sup> RFDA, *supra* note 13, at 27.

<sup>44</sup> ECOSOC (Add.1), *supra* note 27, at 43.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> World Organisation Against Torture, African Association for the Defence of Human Rights, and Réseau Action Femmes, “Violence Against Women in the Democratic Republic of Congo (DRC), Alternative report prepared for the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, 36th session, (7–25 August 2006)” (2006), at 23, [http://reliefweb.int/rw/RWFiles2006.nsf/FilesByRWDocUNIDFileName/YAOI-6SQ5Q5-omct-cod-15aug.pdf/\\$File/omct-cod-15aug.pdf](http://reliefweb.int/rw/RWFiles2006.nsf/FilesByRWDocUNIDFileName/YAOI-6SQ5Q5-omct-cod-15aug.pdf/$File/omct-cod-15aug.pdf). (accessed 20 January 2009).

<sup>47</sup> M. Bosmans, *supra* note 7, at 12.

<sup>48</sup> General Assembly, Resolution 34/180, UN Doc. A/34/180, 18 December 1979, Convention for the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.

<sup>49</sup> General Assembly, Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/9, 17 July 1998, Rome Statute of the International Criminal Court.

<sup>50</sup> *Ibid.*, art. 7.1.g and 8.2.b.xxii.

<sup>51</sup> *Ibid.*, art. 7.1.

<sup>52</sup> L. Shanks / M.J. Schull, “Rape in war: the humanitarian response”, (2000) 9 *Journal de l’ Association médicale canadienne* 1153.

<sup>53</sup> Amnesty International (2004a), *supra* note 6, at 8.

<sup>54</sup> L. Shanks / M.J. Schull, *supra* note 51, at 1154; Human Rights Watch (2005), *supra* note 4, at 12.

<sup>55</sup> Human Rights Watch (2005), *supra* note 4, at 7.

<sup>56</sup> C. Card, “Rape as a weapon of war”, (1996) 4 *Hypatia* 4–18, <http://www.iupress.indiana.edu/journals/hypatia/hyp11-4.html>. (accessed 14 January 2009).

<sup>57</sup> Human Rights Watch (2005), *supra* note 4, at 39.

ciary system, the state may be held complicit to the strategic employment of sexual violence.

Our line of argumentation is in accordance with various international bodies that have also concluded that the practice of widespread sexual violence in DRC amounts to strategy. The World Health Organization confirms that in the DRC “[s]exual violence against women and girls continues to be used as one tactic/element of warfare by most of the armed parties involved in the conflict”.<sup>58</sup> Médecins Sans Frontières states that “sexual violence has been so clearly linked to the military strategy of warring parties and has occurred in such a systematic way that it is wrong to think of it as a side effect of war”.<sup>59</sup> UNHCR condemned “the widespread recourse to sexual violence against women and children, including as a means of warfare”,<sup>60</sup> and Amnesty international denounced “systematic rape and sexual assault committed by combatant forces.”<sup>61</sup> However, research into the topic has been relatively little and data is frequently lacking methodological consistency and comparability, so that much more thorough research will be necessary in order to identify and better understand the patterns of sexual violence in the DRC conflict.

## 5. Conclusion

We have identified patterns of strategic employment of sexual violence in the DRC conflict. Firstly, evidence verifies that the perpetrators’ intentions reached *beyond* immediate consequences for the victims and were aimed at harming enemy combatants and, ultimately, communities. Secondly, bearing in mind that this may be partly due to the mal-functioning of the Congolese judiciary system because of inadequate resources and war-related constraints, military and

political authorities have showed little interest – maybe even reluctance - to investigate and penalize sexual violence occurring in the crisis.<sup>62</sup> We join Card’s line of argumentation that the climate of impunity reveals a strategic pattern of sexual violence.<sup>63</sup>

Counteracting impunity has therefore been identified as one priority in preventing sexual violence in DRC.<sup>64</sup>

The ICC prosecutor is currently investigating crimes that have occurred in the DRC conflict.<sup>65</sup> It remains to be seen whether sexual violence as occurring in the DRC conflict will be considered in international jurisdiction, and, if so, whether this added dimension of the crime will be designated and prosecuted as a crime against humanity. ■

<sup>58</sup> World Health Organization and Global Coalition on Women and AIDS, “Responding to Sexual and Gender-Based Violence in the Democratic Republic of the Congo” (2005), <http://www.who.int/hac/crises/cod/2pager.pdf>. (accessed 14 January 2009).

<sup>59</sup> Médecins Sans Frontières, *supra* note 6, at 16.

<sup>60</sup> UNHCR, Commission on Human Rights Resolution 2003/15, UN Doc. E/CN.4/RES/2003/15, 17 April 2003, Situation of human rights in the Democratic Republic of the Congo, para. 3 f., [http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.RES.2003.15.En?Opendocument](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.RES.2003.15.En?Opendocument). (accessed 16 January 2009).

<sup>61</sup> Amnesty International (2004a), *supra* note 6, at 1.

<sup>62</sup> *Ibid.*, at 19.

<sup>63</sup> See C. Card, *supra* note 55.

<sup>64</sup> M. Bosmans, *supra* note 7, at 1.

<sup>65</sup> Human Rights Watch (2005), *supra* note 4, at 2.

## 21. Forum Globale Fragen: Der Rechtsstaat – Patentrezept für alle Welt?, Rechtsstaatsförderung in der Außenpolitik. Berlin 15. Januar 2009

Hans-Joachim Heintze\*

Das bei Zivilgesellschaft und Wissenschaft wohlgeleitete Forum Globale Fragen des Auswärtigen Amtes, das nun schon zum 21. Male einberufen wurde, erlebte in diesen kalten Januartagen einen echten Höhepunkt: noch nie zuvor hatten sich mehr Interessenten angemeldet, und waren trotz Eis und Schnee auch gekommen. Die Folge war ein überfüllter Konferenzraum, viele Zuhörer folgten der Debatte stehend. Diese Rahmenbedingungen weisen auf das Interesse hin, das die Förderung der Rechtsstaatlichkeit als Moment der Friedenskonsolidierung erfährt. Aber sie spielt nicht nur im außenpolitischen Zusammenhang eine Rolle, sondern wird auch national rege diskutiert. Dies mag mit dem schillernden Begriff der Rechtsstaatlichkeit zu tun haben, für den die Juristen sehr oft verschiedene Definitionen hervorbringen. Es mag aber auch darauf zurückzuführen sein, dass die gegenwärtigen Herausforderungen, insbesondere der Terrorismus, den Rechtsstaat infrage stellen können. Außerdem mag es damit zu tun haben, dass der wünschenswerte Export des Rechtsstaates nach Afghanistan oder in den Irak offensichtlich doch nicht kurzzeitig machbar ist. Für das Interesse gab es somit gute Gründe. Die Erwartungen der Teilnehmer wurden erfüllt, denn die Referenten hielten ausgezeichnete Vorträge und die Diskussion war rege. Auf die deutschen Versuche zur Förderung des Aufbaus von Rechtsstaaten und die damit verbundenen Schwierigkeiten wies einleitend *Reinhard Silberberg* (Staatssekretär des Auswärtigen Amtes) hin. Ihm folgte Prof. *Dieter Grimm* (Richter am Bundesverfassungsgericht a.D.) mit einem Impulsreferat zur Einführung in das Thema. Der brillante Vortrag und die exakte Strukturierung waren dazu angetan, Klarheit in eine verwirrende Debatte zu bringen. Demnach hieß Rechtsstaatlichkeit, dass der Staat nach Regeln und durch Regeln funktioniere. Die Regeln existierten unabhängig vom Anwendungsfall und wür-

den in gleichen Situationen gleich angewendet. Damit sei Willkür ausgeschlossen, durch Zuständigkeiten und Verfahren würden die Regeln durchgesetzt. Obwohl der Staat der Urheber der Regeln sei, müsse er sie aber auch befolgen. Die oberste Staatsgewalt sei ebenso gebunden wie die Verwaltung und die Gerichte.

Der Redner bezeichnete die Rechtsstaatlichkeit als Wert an sich, denn das staatliche Handeln werde damit kalkulierbar. Gleichwohl sei die Verwirklichung der Rechtsstaatlichkeit auch kompliziert und könne unerwartete Folgen haben, wie das Beispiel der unter Folter erzielten Beweise zeige. Sie dürften bei der Rechtsfindung nicht verwendet werden, was die materielle Gerechtigkeit zwangsläufig behindere. Unter solchen Umständen könne die Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit durchaus unpopulär sein.

Da die Bindung durch das Gesetz erfolgen müsse, sei es Aufgabe des Staates, Gesetze zu erlassen. Der Staat brauche die Ermächtigung durch das Gesetz, da anders keine Grundrechte eingeschränkt werden dürften. Die Regelung müsse aber hinreichend konkret sein, da eine Blankovollmacht – z.B. die Ermächtigung der Polizei, alles tun zu dürfen, um die öffentliche Ordnung aufrechtzuerhalten – nicht rechtsstaatlich wäre. Dies habe allerdings zur Folge, dass mit der Zunahme der Detailregelungen auch die Lücken zunähmen.

Rechtsstaatlichkeit könne formal auch existieren, wenn die Gesetze Unrecht verkörpern. Diese Lehren aus der Weimarer Republik im Übergang zur Nazi Herrschaft hätten dazu geführt, dass Rechtsstaatlichkeit auch die Bindung an das gerechte Gesetz erforderlich mache, d.h. die in der Verfassung niedergelegten Grundrechte wären zu berücksichtigen. Zudem sei heute auch das Sozialstaatsprinzip, das die materielle Anwendung der Grundrechte absichere, bei der Gesetzgebung zu beachten. Diese Bindung des Gesetzgebers schließe ein, dass der Staat auch bei Bedrohungen durch andere als den Staat einschreiten müsse, denn die Bürger hätten einen Schutzanspruch.

Die Rechtsstaatlichkeit sei leichter erreichbar für pluralistische Staaten, die auf dem Konsensprinzip basierten. Schwieriger sei dies bei Staaten, die auf Wahrheiten aufbauten. Das zeige sich daran, was passiere,

wenn das Recht verletzt werde. Hier sei Kontrolle nötig, die nur in Common law-Staaten immer gegeben sei. In Kontinentaleuropa erweise sich dies als komplizierter, wenn die Staaten sich auf Wahrheiten beriefen. Da nicht alle kontinentaleuropäischen Staaten über eine der deutschen ähnlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit verfügten, könne daraus nur ein der Kontrolle beraubter schwacher Rechtsstaat entstehen. Rechtsstaatlichkeit mache auch die Rechtsbindung des Gesetzgebers nötig. Eben deshalb sei die Verfassungsgerichtsbarkeit als Bestandteil unverzichtbar.

Auf den Titel der Veranstaltung verweisend meinte Prof. *Grimm*, der Rechtsstaat sei deshalb kein Patentrezept für alle Welt, weil oft die Voraussetzungen dafür fehlten. Gleichwohl sei es aber wünschenswert, wenn sich Rechtsstaatlichkeit ausdehne. Jede Stufe auf diesem Weg sei ein Fortschritt, weil dadurch Willkürherrschaft überwunden werde. Mehr noch, es bestehe ein universelles Bedürfnis nach der Überwindung von Willkür. Zudem gebe es auch ein Eigeninteresse des Staates an Rechtsstaatlichkeit, z.B. wenn er Investitionen ins Land holen wolle. Dennoch stießen Schritte in diese Richtung dann an Grenzen, wenn Ordnungen als gottgewollt angesehen würden.

Als weiteres Problem wurde das Verhältnis von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie angesprochen. Verwiesen wurde darauf, dass einerseits Rechtsstaatlichkeit ohne Demokratie denkbar sei, und dass andererseits Demokratie auch ohne den Rechtsstaat auskomme, dann nämlich, wenn es sich um eine Diktatur der Mehrheit handle. Das bedeute aber in jedem Fall, dass der Staat nicht durch die gesamte Bevölkerung getragen werde. Erst wenn die Demokratie zur Rechtsstaatlichkeit dazukomme, sei dieser komplett.

An das Impulsreferat schlossen sich Kurzvorträge an. Dr. *Nadjma Yassari* (Max Planck Institut Hamburg) äußerte sich zu den Schwierigkeiten des Rechtsstaatsexports am Beispiel Afghanistans. Was solle man exportieren, wenn es gar keine Rechtsordnung im Zielland gebe, warf sie in die Runde. Die dortige Rechtsordnung sei ein Flickenteppich von Regeln, die durch die Bevölkerung akzeptiert würden. Die regionalen Machthaber ihrerseits seien aber nicht an einer einheitlichen Rechtsordnung interessiert, da sie Machteinbußen befürchteten. Prof. *Rüdiger Wolfrum* (Max Planck Institut Heidelberg) war demgegenüber optimistischer. Er unterstrich einleitend das Interesse Westeuropas am Rechtsstaatsexport in andere Kulturen, weil dies dem internationalen Frieden diene. Er machte dies am Beispiel des Sudan deutlich, denn dort habe der Westen die Friedensverhandlungen und Ausarbeitung der neuen Verfas-

\* Dr. habil. *Hans-Joachim Heintze* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) an der Ruhr-Universität Bochum.

sung unterstützt. Die Verfassung enthalte nunmehr alle Kriterien der Rechtsstaatlichkeit, angefangen vom Schutz der Würde des Menschen, über die *Rule of law* bis hin zur Gewaltenteilung. Es gebe mehrstufige Gerichtsverfahren bis hin zur Verfassungsgerichtsbarkeit. Diese Regelungen wären möglich geworden, weil sie von beiden Konfliktparteien als Element der Friedenskonsolidierung gewünscht worden waren. Formal erfülle Sudan damit die Kriterien der Rechtsstaatlichkeit. Die Realität sei freilich eine andere. Der sudanesischer Machthaber sehe sie als ein lästiges Übel an und der Süden rufe das Verfassungsgericht nicht an, weil er einer juristischen Lösung durch ein nationales Gericht nicht traue. Dabei müsse die Entscheidung durch das Verfassungsgericht gefällt werden, zu welchem Landesteil eine ölfreiche Provinz gehöre. Da dieser Weg aber nicht begangen werde, wolle man nun ein internationales Gericht mit dem Fall betrauen.

Letztlich plädierte Prof. *Wolfrum* dafür, einen formalen Rechtsstaat unter Anlehnung an das lokale Recht zu schaffen. Dies demonstrierte er am Beispiel Afghanistans. Dort seien mit Hilfe Deutschlands 1.600 Juristen in der Landessprache ausgebildet worden, wobei das Rechtsstaatsprinzip, die Menschenrechte und die Sharia einbezogen würden. Die richtige Mischung dieser Komponenten sei der entscheidende Weg zum Erfolg, der in der Akzeptanz der Regeln bei Richtern, Polizisten und den Machthabern liege. Letztlich diene diese Ausbildung der Friedenssicherung in den Staaten selbst und in der Region, und zwar durch die Bindung des Staates an das Recht. Alle Formen der rechtsstaatlichen Ausbildung müssten auf Konsens beruhen. Die Konditionalisierung von Hilfe sei möglich, aber man sollte keine Kooperationsmöglichkeiten von vornherein ausschließen. Der Adressat der Hilfe sollte stets der Bürger sein; somit sollte die Hilfe nicht nur der deutschen Industrie dienen.

Dr. *Sam Muller* (The Hague Institute for the Internationalisation of Law) führte aus, dass das Recht der Gegenstand einer ständigen Diskussion sei und sich den Erfordernissen anpassen müsse. Dabei komme es nicht so sehr auf Definitionen an, sondern mehr auf eine praktikable Herangehensweise. So sei es wichtig, die *Rule of law* zu erreichen, Rechtsverletzungen zu überwinden, eine funktionierende Verwaltung zu schaffen, das menschliche Kapital zu nutzen und die Bürgerrechte zu stärken. Es sei immer nötig ein Feedback zu bekommen, Interdisziplinarität zu sichern und weniger Juristen zu entsenden. Das Völkerrecht sei ein normativer Anker und die Durchsetzung nicht mehr nur eine innere Angelegenheiten. In der Praxis beginne die Arbeit aber auf dem niedrigsten Level, bei-

spielsweise im Radio mit lokalen Sendungen über die *Rule of law*.

Prof. *Jan Helgesen* (Venedig-Kommission) berichtete im Anschluss an die Initiativen der Venedig-Kommission und des Europarates. Herausgearbeitet wurde, dass der Europarat als Werteorganisation Hilfe beim Aufbau der Rechtsstaatlichkeit leiste und dass er sich im Zeitalter des *War on Terror* zahlreichen Herausforderungen gegenübersehe.

In der turbulenten Diskussion wurde darauf hingewiesen, dass die theoretischen Forderungen nach einem zivilgesellschaftlichen Engagement vielfach Wunschenken seien. Kritisiert wurde zudem, dass westliche Hilfe sehr oft nur in die Zentren und an die Elite gehe, während die Mehrheit der Bevölkerung auf dem Lande lebe und dort nach traditionellem Recht entschieden werde. Sudan wurde als untaugliches Beispiel für den Aufbau von Rechtsstaatlichkeit bezeichnet; bezüglich Afghanistan wurde angeführt, dass die traditionellen Strukturen die einzig stabilen seien. Damit glitt die Diskussion stark ins Politische ab. Deshalb war das Nachmittagsprogramm gut aufgebaut, denn nun kamen verschiedene Interessengruppen zu Wort und es wurden Beispielfälle (Balkan und Afghanistan) diskutiert. Besonders eindrucksvoll war der Beitrag von *Jerzy Montag* (MdB), der erläuterte,

wie sich Parlamentarier an der Rechtsstaatsförderung beteiligen. Motiviert sei dies durch das Ziel der Friedenssicherung und des Menschenrechtsschutzes, aber auch durch das Interesse an Handel, Wirtschaft und Wohlstand. Gleichwohl stelle sich die Frage stets, ob man mit allen Regimen kooperieren oder Bedingungen stellen solle, denn letztlich gehe es auch um die Frage der Glaubwürdigkeit. Dies umso mehr, als die Gesprächspartner in den Dialogen durchweg Fachleute seien, die die westliche Seite mit Argusaugen beobachteten und herausfinden wollten, ob man sich denn selbst an das halte, was man von ihnen fordere. An Beispielen belegte der Redner, dass es selbst in der EU Schwierigkeiten bei der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen in Strafsachen gebe, dass Verpflichtungen aus Abkommen über Korruptionsbekämpfung nicht erfüllt würden und dass sich Deutschland auf dem Wege zum Überwachungsstaat befände.

Insgesamt zeigte die Veranstaltung, dass der Rechtsstaat durchaus zur Diskussion herausfordert. Das betrifft die deutsche und europäische Innenpolitik, ebenso wie die internationale Zusammenarbeit in Post-Konflikt-Situationen. Viele Fragen sind noch offen; gleichwohl war aber auch der Fortschritt nicht zu übersehen, der mittlerweile erreicht wurde. ■

## Werner Scherer, Richard Alff und Alexander Poretschkin, Soldatengesetz, München 2008, 673 Seiten, € 75

Birgit Kessler\*

Der Standardkommentar zum Soldatenrecht ist in neuer, überarbeiteter Auflage erschienen. *Alexander Poretschkin*, *Jörg Orth* und *Ulrich Lucks* führen das Werk fort und tragen dabei den seit 2002 erfolgten Entwicklungen des Gesetzestextes und seiner Anwendung in der Praxis Rechnung.

Das Soldatengesetz, 1956 mit Einführung der Bundeswehr erlassen, regelt das Dienstrecht der Soldaten und ist damit Kernstück des Soldatenrechts. Es enthält neben Regelungen zur Ernennung und Entlassung insbesondere auch die soldatischen Pflichten und Rechte als Kernstück des soldatischen Dienstrechts.

Ausgehend von dem Gedanken des Staatsbürgers in Uniform, dem genauso viele Rechte und Pflichten zukommen wie jedem anderen Bürger, legt das Soldatengesetz den Soldaten zusätzliche Pflichten auf, um

die Erfüllung des militärischen Auftrags sicherzustellen. So sind Soldaten unter anderem zur Tapferkeit verpflichtet, zum Gehorsam, zur Kameradschaft, aber auch, sofern sie Vorgesetzte sind, zur Erteilung rechtmäßiger Befehle. Schwerpunkt des Kommentars in diesem Bereich ist es, die Balance zwischen der Funktionsfähigkeit der Streitkräfte und dem Schutz der Freiheitsrechte des einzelnen Soldaten herauszuarbeiten.

Das Soldatenrecht ist nicht statisch, sondern Veränderungen unterworfen. Sie ergeben sich aus Gesetzesänderungen, aber auch aus Entwicklungen in der praktischen

\* Dr. *Birgit Kessler* ist Rechtsberaterin und Wehrdisziplinaranwältin bei der 1. Panzerdivision.



Anwendung des Gesetzes. Hier zeigt sich, dass das Soldatengesetz nicht isoliert zu betrachten ist. Es ist eingebettet in die durch das Grundgesetz geprägte nationale Rechtsordnung, die auch für den Bereich des Soldatenrechts zusätzlich durch das europäische Recht ergänzt wird. Darüber hinaus beeinflussen auch außerrechtliche Entwicklungen das Soldatengesetz, seien es neue Formen öffentlichen Handelns, gesellschaftliche Entwicklungen, wie die Intensivierung des Nichttraucherschutzes, und nicht zuletzt die Erweiterung des Aufgabenspektrums der Streitkräfte.

Änderungen des Gesetzestextes seit der letzten Auflage des Kommentars sind hauptsächlich dem Streitkräftenneuerordnungsgesetz geschuldet, mit dem die neue Reservistenkonzeption umgesetzt wurde, und an das Wehrpflichtgesetz angelehnte Dienstleistungspflichten sowie deren Behandlung eingeführt wurden. Ebenfalls ein Novum ist die gesetzlich begründete Möglichkeit, als Soldat den Dienst in Form einer Teilzeitbeschäftigung zu leisten. Die Bearbeiter gehen darüber hinaus sogar auf die wesentlichen Regelungen des Wehrrechtsänderungsgesetzes ein, das sich bei der Drucklegung des Kommentars noch im Gesetzgebungsverfahren befand.

Neue Formen öffentlichen Handelns haben ebenfalls ihren Niederschlag im Soldatenrecht gefunden. Dies gilt beispielsweise für öffentlich-rechtliche Verträge oder auch für

das Handeln mittels öffentlich-privater Partnerschaften, die zunehmend Eingang in den Bereich der Bundeswehr gefunden haben. Hier stellt sich die Frage der Einbettung der militärischen Hierarchie in zivile Strukturen, da das Soldatengesetz lediglich die Stellung nationaler militärischer Vorgesetzter regelt. Die Bearbeiter werfen insbesondere die Frage auf, wie die Beschäftigung eines Soldaten in einer zivil geleiteten Dienststelle mit seinen soldatischen Rechten und Pflichten zu vereinbaren ist. Sie vertreten, dass ein Soldat aufgrund seiner einschneidenden Pflichten aus dem Soldatengesetz Anspruch darauf habe, dass auch sein Vorgesetzter seinerseits den Pflichten des Soldatengesetzes unterliegt. Die Bearbeiter gehen aber nicht so weit, *per se* die Zulässigkeit der Verwendung eines Soldaten in zivilen Dienststellen, insbesondere solcher der Wehrverwaltung, auszuschließen.

Den besonderen Schwerpunkt haben die Bearbeiter auf die Auslandseinsätze der Bundeswehr gelegt. Die Teilnahme an friedenssichernden Auslandseinsätzen ist mittlerweile Normalität für die Bundeswehr geworden; sie hat jedoch eine Reihe rechtlicher Fragen aufgeworfen, die einer Klärung bedürfen, auch im Bereich des Soldatengesetzes. Dies betrifft zum Beispiel die Frage, welche soldatischen Pflichten gegenüber einem ausländischen Kommandeur im Rahmen eines internationalen

Unterstellungsverhältnisses gelten. Wie bei zivilen Dienststellen handelt es sich um eine Konstellation, die im auf nationale Vorgesetzte fokussierenden Wehrrecht nicht geregelt wurde. Im Rahmen der soldatischen Pflichten untersuchen die Bearbeiter auch, welcher Maßstab allgemein an das Verhalten deutscher Soldaten im Ausland anzulegen ist. Ebenfalls sehr ausführlich gehen sie auf die rechtliche Regelung einer Repatriierung ein, d.h. der vorzeitigen Beendigung eines Auslandseinsatzes.

Positiv ist schließlich hervorzuheben, dass die Bearbeiter, sofern es dem besseren Verständnis dient, auch auf mit der Regelungsmaterie zusammenhängende Rechtsgebiete eingehen, wie etwa das Beamtenrecht oder die Wehrdisziplinarordnung. Selbst bei scheinbar rein nationalen Aspekten gelingt es ihnen, den Zusammenhang zum internationalen Recht aufzuzeigen, beispielsweise für das Institut des Disziplinarvorgesetzten, mit Hilfe dessen gleichzeitig völkerrechtliche Anforderungen an Streitkräfte in Form einer verantwortlichen Führung sowie eines wirksamen Disziplinarsystems erfüllt werden.

Zusammenfassend eine gelungene Fortsetzung des bewährten Standardwerks, dessen weitere Aktualität nunmehr erfreulicherweise sichergestellt ist und damit weiterhin Wehrrechtlern und am Wehrrecht Interessierten zur Verfügung steht. ■



## International Human Right to Conscientious Objection to Military Service and Individual Duties to Disobey Manifestly Illegal Orders

H. Takemura, Fukuoka, Japan

International human rights law grants individuals both rights and responsibilities. In this respect international criminal and international humanitarian law are no different. As members of the public international law family they are charged with the regulation, maintenance and protection of human dignity. The right and duty to disobey manifestly illegal orders traverses these three schools of public international law.

This book is the first systematic study of the right to conscientious objection under international human rights law. Understanding that rights and duties are not mutually exclusive but complementary, this study analyses the right to conscientious objection and the duties of individuals under international law from various perspectives of public international law.

2009. Approx. 400 p. Hardcover

ISBN 978-3-540-70526-0 ► **€ 129,95 | £98.00**

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

# Humanitäres Völkerrecht



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

The journal is unique among German publications, but its effects reach much further due to the fact that it also features articles in English. Thus, it was recognised in projects of the United Nations (UN) and the International Committee of the Red Cross (ICRC), as well as in publications in Germany, Austria and Switzerland. The content of the journal mainly consists of scientific essays on the implementation of international humanitarian law, human rights and peace-keeping law. It is addressed to lawyers, people interested in the political scene and members of humanitarian organizations. The board of editors is composed of members of the Institute: Dr. habil. Hans-Joachim Heintze, Prof. Dr. Joachim Wolf, Dr. Math Noortmann, LL.M., MSc and Heike Montag.

One of the aims of the journal is to combine academic examination and practical usefulness for the dissemination of international humanitarian law.

Every issue focuses on recent debates in international humanitarian law, case studies and case law, as well as the dissemination work of the German Red Cross. Further contributions are reviews of conferences and new books.

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

### annual subscription:

national  
**35,- EUR\***

abroad  
**44,50 EUR\***

### Main topics were and are:

- the Gulf war
- the conflict in former Yugoslavia
- the development of international criminal justice
- September 11th and its effects
- the wars in Iraq, Afghanistan and Lebanon, as well as the fight against international terrorism

## Institute for International Law of Peace and Armed Conflict



### Editorial office:

Dr. habil. Hans-Joachim Heintze  
Dr. Math Noortmann, LL.M., MSc  
Heike Montag  
Email: [lfhv-publications@rub.de](mailto:lfhv-publications@rub.de)  
Tel.: 0234/ 3228259  
Fax: 0234/ 3214208

## German Red Cross

Subscription-service and publishing company:

DRK-Service GmbH  
Berliner Straße 83  
13189 Berlin  
Email: [verlag@drkservice.de](mailto:verlag@drkservice.de)  
Tel.: 030/ 47900450  
Fax: 030/ 47900454

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

# RELIGIONEN UND WELTANSCHAUUNGEN

WERTE, NORMEN, FRAGEN

IN JUDENTUM, CHRISTENTUM, ISLAM, HINDUISMUS/BUDDHISMUS,  
ESOTERIK UND ATHEISMUS

## Ein Lehrbuch für Unterricht, Schule, Studium und Unterrichtsvorbereitung Herausgegeben von Karl E. Grözinger

Dies ist die erste eigens für den religionskundlichen schulischen Werteunterricht und das zugehörige Studium erarbeitete Einführung in fünf Religionen und den Atheismus. Jeder der sechs Bände behandelt eine der sechs Religionen beziehungsweise Weltanschauungen nach denselben strengen Strukturvorgaben, Themen und Fragestellungen, so dass sie für den synoptischen Vergleich nebeneinander gestellt werden können. Hier wird ein Religionsvergleich ermöglicht, wie er bisher in keinem Lehrbuch geboten wurde.

- ▶ Band 1 Karl E. Grözinger  
**Judentum**  
2009, 152 S., kart., 19,- €, 978-3-8305-1594-4
- ▶ Band 2 Susanne Talabardon  
**Christentum**  
2009, 163 S., kart., 19,- €, 978-3-8305-1595-1
- ▶ Band 3 Hans-Michael Haußig  
**Islam**  
2009, 172 S., kart., 19,- €, 978-3-8305-1596-8
- ▶ Band 4 Christiane Willers  
**Hinduismus/Buddhismus**  
2009, 158 S., kart., 19,- €, 978-3-8305-1597-5
- ▶ Band 5 Stefan Rademacher  
**Esoterik**  
2009, 182 S., kart., 19,- €, 978-3-8305-1598-2
- ▶ Band 6 Marie-Luise Raters  
**Atheismus**  
2009, 176 S., kart., 19,- €, 978-3-8305-1599-9



Alle sechs Bände zusammen für nur 98,- €  
statt 114,- € im Einzelkauf. 978-3-8305-1600-2



**BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG**

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

E-Mail: [bwv@bwv-verlag.de](mailto:bwv@bwv-verlag.de)

Internet: <http://www.bwv-verlag.de>