

28. Jahrgang
4/2015

Volume 28
4/2015

ISSN 0937-5414
G 10364

Humanitäres Völkerrecht

Informationsschriften

Journal of International Law of Peace and Armed Conflict

**Zum Verhältnis des Humanitären Völkerrechts und der
Menschenrechte**

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, 44787 Bochum, Tel. (02 34) 32-2 73 66, Fax (02 34) 32-1 42 08, Internet: www.ifhv.de

ISSN 0937-5414

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

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

Bezug:

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

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

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

Verlag:

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

Druck:

Universal Medien GmbH, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon: (0 89) 54 82 17-0, Telefax: (0 89) 55 55 51, Internet: www.universalmedien.de

Redaktion:

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

Ständige Mitarbeiter:

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

Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften (HuV-I)

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

28. Jahrgang
4/2015

Volume 28
4/2015

Editorial 147

Das Thema / Topic

Veränderungen im Verhältnis von Humanitärem Völkerrecht und Menschenrechtsschutz
Hans-Joachim Heintze 149

Zum Verhältnis von Menschenrechten und Humanitärem Völkerrecht: normative und methodische Grundlagen
Tim Rene Salomon 153

Beiträge / Notes and Comments

Artikel / Articles

Menschenrechtsschutz in bewaffneten Konflikten. Zur Berichterstattung des Hochkommissariats für Menschenrechte der Vereinten Nationen
Wolfgang S. Heinz / Nato Abesadze 163

Kurden- und Tschetschenienfälle vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte
Çilem Şimşek 171

Von Distomo über Varvarin bis Kundus: Entschädigungsansprüche von Opfern bewaffneter Konflikte vor deutschen Gerichten
Tobias Ackermann 179

Panorama / Panorama

Fallstudien / Case Studies

Humanitäre Hilfe und Menschenrechtsverletzungen in bewaffneten Konflikten: Notizen aus der humanitären Praxis von Ärzten ohne Grenzen
Alfhild Böhringer, Corinna Ditscheid, Ulrike von Pilar 190

Urteilsbesprechungen / Jurisprudence Reviews

The Appeals Judgment in Serdar Mohammed v State Secretary for Defense
Simon Rau 197

Konferenzen / Conferences

Ein Querschnitt durch das Recht der bewaffneten Konflikte, 21. DRK-Sommerkurs im Humanitären Völkerrecht, 2.-8. August 2015 in Berlin
Ruth Effinowicz 199

Buchbesprechungen / Book Reviews

Viola Teubert, Völkerrechtliche Verpflichtungen nichtstaatlicher Gewaltakteure gegenüber Binnenvertriebenen, Duncker & Humblot, Berlin 2015
Elisabeth Meurer 201

Beiträge zum ausländischen
öffentlichen Recht und Völkerrecht
Veröffentlichungen des
Max-Planck-Instituts für
öffentliches Recht und Völkerrecht

Begründet von Viktor Bruns
Herausgeber:
A. von Bogdandy, A. Peters

Max-Planck-Institut für
ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 239

Isabelle Ley

Opposition im Völkerrecht

 Springer

Opposition im Völkerrecht

Isabelle Ley
Opposition im Völkerrecht

2015. XXIII, 452 S. Geb.
€ (D) 94,99 | € (A) 97,65 |
*sFr 118,50
ISBN 978-3-662-44451-1

- Eigenständige Analyse des völkerrechtlichen Legitimationsdefizits
- Theorie der Opposition im Völkerrecht
- Anwendung der Theorie in drei Fallbeispielen

Dieses mit der Otto-Hahn-Medaille der Max-Planck-Gesellschaft ausgezeichnete Werk entwickelt eine eigene These vom völkerrechtlichen Legitimationsdefizit: Völkerrechtlicher Rechtserzeugung fehlt es an Mechanismen institutionalisierter Opposition. Obwohl die Rechtserzeugungskompetenzen internationaler Institutionen zunehmen, fehlt es an Möglichkeiten, Regelungsalternativen und Änderungsvorschläge in völkerrechtlichen Verfahren zu artikulieren. „Opposition im Völkerrecht“ entwirft im Anschluss an Hannah Arendt und Claude Lefort eine Theorie des Konzepts der Opposition, die auch im Völkerrecht Anwendung finden kann.

€ (D) sind gebundene Ladenpreise in Deutschland und enthalten 7% MwSt. € (A) sind gebundene Ladenpreise in Österreich und enthalten 10% MwSt. Die mit * gekennzeichneten Preise sind unverbindliche Preisempfehlungen und enthalten die landesübliche MwSt. Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten.

Jetzt bestellen: springer.com

Editorial

Diese Sonderausgabe ist dem Verhältnis von Menschenrechten und dem humanitären Völkerrecht gewidmet. Sie nimmt einige der wissenschaftlichen Beiträge auf, wie sie am 16. Juni 2015 auf der gemeinsamen Konferenz des Deutschen Instituts für Menschenrechte (DIMR) und des Instituts für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) in Berlin („Menschenrechte im bewaffneten Konflikt: eine Unmöglichkeit?“) von einem interessierten Fachpublikum diskutiert wurden. Primäres Ziel dieser Ausgabe ist es, einen Beitrag zu der schwierigen aber wichtigen Frage zu leisten, wie beide (scheinbar widerstreitenden) Rechtsbereiche in der Praxis verschiedener Gerichte und anderer rechtlicher Akteure in Einklang gebracht werden. Denn beide Rechtsbereiche haben schließlich ein gemeinsames Anliegen, in gewissem Sinne dieselbe *Raison d'Être*: Sie wollen der Menschlichkeit auch im Recht Geltung verschaffen. Dennoch ist ihr Verhältnis spannungsgeladen, denn allzu lange wurde mit der traditionellen Separationstheorie vertreten, das humanitäre Völkerrecht gelte im bewaffneten Konflikt, während die Menschenrechte eben nur in Friedenszeiten Anwendung finden sollten. Eine Vermischung beider Rechtsbereiche sei strikt zu vermeiden. Diese Ansicht kann mittlerweile als überwunden gelten, da beide Rechtsgebiete bewegen sich deutlich spürbar aufeinander zu und beeinflussen sich gegenseitig. Dies wird insbesondere auch durch das zunehmende Auftreten innerstaatlicher Konflikte bedingt, für die im humanitären Völkerrecht nur lückenhafte Regelungen vorliegen.

Hans-Joachim Heintze argumentiert in seinem Beitrag, dass beide Rechtsbereiche sich zunehmend überschneiden und Menschenrechte diejenigen Lücken schließen, die das humanitäre Völkerrecht in Zeiten bewaffneter Konflikte offen lässt. Heintze verdeutlicht die zunehmende Überschneidung insbesondere unter Bezugnahme auf das Übereinkommen über die Rechte des Kindes. Er betont, dass trotz voranschreitender Überlappung der Vorrang des humanitären Völkerrechts unter Konfliktbedingungen durchaus weiter besteht. Heintze erörtert ebenfalls die zunehmende Bedeutung von Berichtsverfahren, die für das Gebiet der Menschenrechte schon in verschiedenen Formen existieren. Diese menschenrechtlichen Verfahren können laut Heintze positive Effekte auch für die Berichterstattung über das humanitäre Völkerrecht generieren und damit schlussendlich auch zu seiner verbesserten Umsetzung beitragen.

Tim Rene Salomon zeigt jüngere Tendenzen in der Rechtsprechung auf, die das Verhältnis von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht betreffen. Insbesondere weist er darauf hin, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zunehmend Wertungen aus dem humanitären Völkerrecht in seine Rechtsprechung miteinbezieht, was Salomon ausdrücklich begrüßt. Denn die Ausnahmesituation in Zeiten bewaffneter Konflikte könne nicht mit der Situation zu Friedenszeiten verglichen werden. Beide Rechtsgebiete wollten letztlich einen hohen normativen und zugleich faktischen Schutzstandard etablieren. Die Integration humanitär-völkerrechtlicher Wertungen in die Entscheidungspraxis menschenrechtlicher Gerichte sei als ein Schritt in diese Richtung zu verstehen.

Wolfgang Heinz befasst sich exemplarisch mit der Berichterstattung des Büros des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Menschenrechte zu bewaffneten Konflikten. Er fokussiert seine Analyse insbesondere auf die Beispiele Libyen, Syrien und der Ukraine. Heinz argumentiert, dass eine umfassende öffentliche Berichterstattung allein Gewaltkonflikte zwar nicht vermeiden kann. Allerdings könne eine solche Berichterstattung dazu beitragen, einseitige und interessengeleitete Narrative der Konfliktparteien zu dekonstruieren. Er hebt insofern die besondere Rolle menschenrechtlicher Beobachtungsmechanismen der Vereinten Nationen hervor und betont die möglichen positiven Effekte humanitär-völkerrechtlicher Monitoring-Verfahren, wie sie jüngst vom Internationalen Komitee des Roten Kreuzes in die Diskussion gebracht wurden.

Çilem Şimşek untersucht in ihrer Analyse das Verhältnis von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht anhand der Kurden- und Tschetschenienfälle vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Sie argumentiert, dass der Gerichtshof in den untersuchten Entscheidungen mit einer direkten Anwendung des humanitären Völkerrechts äußerst zurückhaltend ist. Die Richter wendeten vielmehr den Schutzstandard verschiedener Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention (etwa den des Rechts auf Leben oder den des Rechts auf Freiheit und Sicherheit) in vollem Umfang auf die kurdischen und tschetschenischen Konfliktsituationen an. Dieses Vorgehen berge sowohl Risiken als auch Chancen in sich.

Tobias Ackermann beleuchtet in seinem Beitrag die Schadensersatzklagen von Opfern bewaffneter Konflikte vor deutschen Gerichten. Während Reparationszahlungen traditionell als Angelegenheit zwischen Staaten gegolten hätten, seien deutsche Gerichte in den letzten Jahren zunehmend auch mit Individualklagen von Opfern bewaffneter Konflikte befasst gewesen. Dies sei keine überraschende Neuerung, sondern vielmehr als Ausdruck der allgemeinen Individualisierung des Völkerrechts zu verstehen, wie sie sich in vielen Bereichen zeige. Zwar betont Ackermann, dass Opfer bewaffneter Konflikte vor deutschen Gerichten bisher mit ihren Klagen nicht erfolgreich gewesen seien. Er sieht aber großes Potenzial für Klagen dieser Art in der Zukunft, denn anders als das Völkerrecht gewähre das deutsche Recht mit seinem Amtshaftungsrecht gerade auch einen individuellen Anspruch, der in Zeiten bewaffneter Konflikte grundsätzlich anwendbar sei. Eine umfassende gerichtliche Prüfung staatlichen Handelns auch im bewaffneten Konflikt (und eine damit mögliche Entschädigung der Opfer) hält Ackermann für begrüßenswert.

Editorial

An die genannten wissenschaftlichen Ausarbeitungen schließt sich ein Bericht aus der Praxis zur Frage des Verhältnisses der Menschenrechte und des humanitären Völkerrechtes von Alfhild Böhringer, Corinna Ditscheid und Ulrike von Pilar an. Die drei Autorinnen leisten einen wertvollen Beitrag aus praktischer Sicht von MSF, einer Organisation mit langjähriger Erfahrung im Spannungsfeld von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht in der Praxis der humanitären Hilfe.

In seiner Urteilsbesprechung behandelt Simon Rau den Fall „The Appeals Judgment in Serdar Mohammed v State Secretary for Defense“. Abgerundet wird die Sonderausgabe durch einen Konferenzbericht von Ruth Effinowicz über die DRK Sommerschule vom August 2015 in Berlin, sowie durch die Buchbesprechung von Elisabeth Meurer über Viola Teuberts „Völkerrechtliche Verpflichtungen nichtstaatlicher Gewaltakteure gegenüber Binnenvertriebenen“, das 2015 im Duncker & Humblot Verlag erschienen ist.

Wir hoffen, dass die ewig-junge Frage des Verhältnisses der Menschenrechte zum humanitären Völkerrecht Ihr Interesse findet. Die Konferenz in Berlin, die die Grundlage dieser Sonderausgabe bildet, hat zweifellos bei allen Teilnehmern zu vielen neuen Denkanstößen geführt – Denkanstöße, die durch die nun vorgelegten Beiträge hoffentlich weiter beflügelt werden.

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

Wir wünschen Ihnen interessante Einblicke und viel Freude bei der Lektüre des letzten Heftes im Jahr 2015 und wünschen Ihnen einen guten Jahreswechsel.

Pierre Thielbörger
Geschäftsführender Direktor des IFHV

Veränderungen im Verhältnis von Humanitärem Völkerrecht und Menschenrechtsschutz

Hans-Joachim Heintze*

1. Einleitung

Das Humanitäre Völkerrecht und der Menschenrechtsschutz sind zwei verschiedene Rechtskörper, die eine unterschiedliche Geschichte haben und mittels eigener Methoden der Herausbildung gekennzeichnet sind. Dies bedingt zweifellos eine Unterscheidbarkeit, die von den Experten besonders hervorgehoben wird, die der Separationstheorie anhängen.¹ Diese in der ferneren Vergangenheit recht häufig vertretene Theorie lehnt die Anwendung von Menschenrechtsnormen während bewaffneter Konflikte mit der Begründung ab, dass zwei unterschiedliche Normenbereiche nicht gleichzeitig Anwendung finden könnten.² Diese Herangehensweise wurde aber schon seinerzeit infrage gestellt. So meinte Bluntschli bereits 1872, dass die Kriegseröffnung die Rechtsordnung nicht aufhebe: „Im Gegenteil, wir erkennen an, dass es natürliche Menschenrechte gibt, die im Krieg wie im Frieden zu beachten sind [...]“³ Zugegebenermaßen bezog sich Bluntschli auf die moralische Kategorie der Menschenrechte, denn den völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz gab es seinerzeit noch nicht; gleichwohl ist beachtlich, dass das Konzept der Menschenrechte schon vor rund 150 Jahren in eine Verbindung zum Kriegsrecht gebracht wurde. Seither fand die Separationstheorie immer weniger Zustimmung, denn die Haager Landkriegsordnung stellte schon 1907 fest, die Vertragsparteien seien ‚von dem Wunsche beseelt‘, im äußersten Falle des Krieges „den Interessen der Menschlichkeit“ zu dienen.⁴ Dieser Ansatz macht deutlich, dass die Beachtung der Regeln der Menschlichkeit das gemeinsame Ziel von Menschenrechtsschutz und Humanitärem Völkerrecht ist.⁵

Dennoch führte diese Gemeinsamkeit zu einer gewissen Konkurrenzsituation, denn es stellte sich die Frage, welche Rechtsordnung dem Ziel der Sicherung der Menschlichkeit unter allen Umständen am besten diene, sodass sich das Verhältnis beider Regelungsbereiche über weite Strecken kompliziert gestaltete.⁶ Die Praxis ging aber über rechtstheoretische Erwägungen hinweg. Unabhängig von den Bedenken der Anhänger der Separationstheorie kam es im Rahmen der umfassenden Kodifizierung der Menschenrechte zwischen 1950 und 1990 zu einer Überwindung der scharfen Trennung von Menschenrechtsschutz und Humanitärem Völkerrecht; die Beziehung der beiden Rechtskörper zueinander hat sich grundlegend verändert, sodass man von einem Prozess der Verschmelzung reden kann.

2. Von der Segregation zur Verschmelzung

Das Verhältnis von Menschenrechtsschutz und Humanitärem Völkerrecht wandelte sich von einer Haltung der Segregation und des gegenseitigen Desinteresses⁷ hin zu einer Verschmelzung, die erhebliche praktische Konsequenzen hat. Augenscheinlich wurde die ursprünglich strikte Trennung nach der Gründung der Vereinten Nationen (UN), als nahezu

zeitgleich die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte⁸ (1948) und die Genfer Abkommen von 1949 am gleichen Ort ausgearbeitet wurden. Dennoch ignorierten die Verhandlungsdelegationen einander, was Kolb anschaulich erklärt: Das Humanitäre Völkerrecht wurde als militärisches Recht verstanden, welches das Interesse an einer technischen Regelung der Kampfhandlungen widerspiegelte. Demgegenüber waren die Menschenrechte ein Ausfluss des Gedankenguts der Aufklärung und der Menschenwürde. Die an der Kodifikation teilnehmenden Experten hatten wenig gemein, denn die Menschenrechtsverfechter in der UN befassten sich mit einer hoch politisierten Materie, während das Internationale Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) seine Neutralität und den Schutz der Kriegsoffer aller Kampfparteien in den Vordergrund stellte. Mehr noch, die UN wollte sich auch deshalb nicht mit einem Recht der bewaffneten Konflikte befassen, weil dies so ausgesehen hätte, als ob sie kein Vertrauen in ihre eigenen Kriegsverhütungsmechanismen hätten.⁹ Kurz und gut, die Herangehensweisen waren grundverschieden, obwohl sich beide Rechtskörper letztlich mit dem gleichen Schutzgut, dem Menschen, befassten. Unterschiedlich waren auch die Kodifikationsverfahren, denn für die Fortentwicklung des Humanitären Völkerrechts wird grundsätzlich das IKRK mandatiert.¹⁰ Demgegenüber obliegt die Schaffung

* Der Verfasser ist Professor am Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht.

¹ H.-J. Heintze, Theories on the Relationship Between International Humanitarian Law and Human Rights Law, in: R. Kolb / G. Gaggioli (Hrsg.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Cheltenham 2013, S. 53 ff.

² Vgl. die Nachweise bei O. Kimminich, *Schutz der Menschen in bewaffneten Konflikten*, München 1979, S. 28.

³ J. C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten*, Leipzig 1872, § 529.

⁴ RGBl. 1910, S. 107.

⁵ V. Gowlland-Debbas / G. Gaggioli, *The Relationship Between International Human Rights and Humanitarian Law: An Overview*, in: R. Kolb / G. Gaggioli (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 1), S. 77 ff.

⁶ M. Bothe, *The Historical Evolution of International Humanitarian Law, International Human Rights Law, Refugee Law and International Criminal Law*, in: H. Fischer *et al.* (Hrsg.), *Krisensicherung und Humanitärer Schutz*, Berlin 2004, S. 37 ff.

⁷ R. Kolb, *Human Rights and Humanitarian Law*, para. 44, in: R. Wolfrum (Hrsg.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://www.mpepil.com>. (zuletzt aufgerufen am 01.10.2015).

⁸ UN-Generalversammlung, *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte*, UN Doc. A/810, 10.12.1948, S. 71.

⁹ R. Kolb, *The Relationship Between International Humanitarian Law and Human Rights Law: A Brief History of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the 1949 Geneva Convention*, in: *International Review of the Red Cross* 324 (1998), S. 409 ff.

¹⁰ Das wurde bei den Zusatzprotokollen von 1977 deutlich. Vgl. G. H. Aldrich, *Some Reflections on the Origins of the 1977 Geneva Protocols*, in: C. Swinarski (Hrsg.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles*, Den Haag 1984, S. 131.

menschenrechtlicher Standards dem UN-Menschenrechtsrat im Rahmen des sogenannten Standardsetting. Dabei wurde eine solche Aktivität entwickelt, dass mittlerweile mahrende Stimmen laut werden, die von einem fragmentierten System voller ‚inconsistencies and conflicts within a disjointed legal order‘ sprechen.¹¹

Diese Befürchtung mag für das Gesamtsystem des Menschenrechtsschutzes zutreffen, für das Zusammenspiel von Humanitärem Völkerrecht und Menschenrechtsschutz ist diese Gefahr (noch) nicht gegeben, denn beide Rechtskörper ergänzen sich (bislang) und die Menschenrechte füllen sogar Lücken, die das Humanitäre Völkerrecht nicht auszufüllen vermochte. Die mangelnde Bereitschaft der Staaten, den Rechtsschutz für Menschen im bewaffneten Konflikt auszubauen, ist vor allem auf das Aufkommen der heutigen Formen des bewaffneten Konflikts zurückzuführen.¹² Hier stehen sich nicht mehr Staaten – also juristisch Gleiche – gegenüber, sondern im nicht-internationalen Konflikt auf der einen Seite Staaten und auf der anderen nichtstaatliche Akteure, denen grundsätzlich die Berechtigung zur Gewaltanwendung abgesprochen wird. Damit besteht keine juristische Gleichheit zwischen den Parteien, was Vereinbarungen außerordentlich kompliziert. Gleichwohl bedingt diese Konstellation aber eine zunehmende Ähnlichkeit bei der Kodifizierung von Menschenrechten und Humanitärem Völkerrecht, denn die Staaten willigen in beiden Fällen ein, Maßnahmen zugunsten von Rechtsunterworfenen zu ergreifen. Vor dem Hintergrund des Rückgangs der klassischen zwischenstaatlichen Kriege und der Zunahme der nicht-internationalen bewaffneten Konflikte stellt sich die Frage verschärft, welche Rechtsordnung in solchen Auseinandersetzungen anzuwenden ist. Sie konnte nur mit der Zusammenführung beider Rechtskreise beantwortet werden. Folglich kann die Rechtslage in heutigen bewaffneten Konflikten nur noch unter Heranziehung des Humanitären Völkerrechts und der Menschenrechte beurteilt werden.¹³ Diese Herangehensweise wird durch die Nuclear Weapons Advisory Opinion des Internationalen Gerichtshofs (IGH) bestätigt. In diesem Gutachten weist das Gericht ausdrücklich die Auffassung zurück, der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte¹⁴ (IPbPR) komme nur in Friedenszeiten zur Anwendung.¹⁵ Für die kumulative Anwendung des Humanitären Völkerrechts und der Menschenrechte spricht auch der Umstand, dass internationale Strafgerichte wie das Jugoslawien-Tribunal Menschenrechtsverträge und Entscheidungen internationaler Gerichte bei ihrer Rechtsprechung heranziehen.¹⁶

Diese Herangehensweise wird durch die relevanten menschenrechtlichen Verträge bestätigt. So gestattet Artikel 15 der Europäischen Menschenrechtskonvention¹⁷ (EMRK) im Falle der Bedrohung des Lebens einer Nation durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand, ‚von den in dieser Konvention vorgesehenen Verpflichtungen abzuweichen‘. Es dürfen in dem Maße Rechte eingeschränkt werden, wie dies die Lage unbedingt erfordert. Von einigen, ausdrücklich aufgezählten Rechten (unter anderem Recht auf Leben, Folterverbot, Glaubensfreiheit) darf allerdings nicht abgewichen werden, was impliziert, dass die nicht-derogierbaren Menschenrechte unter allen Bedingungen zu respektieren sind. Auch ein weiteres regionales Menschenrechtsinstru-

ment, die Amerikanische Konvention über Menschenrechte vom 22. November 1969¹⁸, listet in Artikel 27 nicht-derogierbare Rechte auf, die im Falle eines Krieges nicht außer Kraft gesetzt werden dürfen. Das Rechtsinstitut der nicht-derogierbaren Rechte ist auch in universellen Menschenrechtsverträgen verankert. In Artikel 4 des IPbPR ist eine Notstandsklausel festgeschrieben, die denen der regionalen Instrumente ähnelt. Die menschenrechtlichen Verträge belegen, dass die Menschenrechte Teil der Rechtsordnung des bewaffneten Konflikts sind.¹⁹ Diese Position wurde von der Völkerrechtswissenschaft bekräftigt, wie die ‚Turku Declaration‘²⁰ zeigt. Sie fordert dazu auf, rechtliche Grauzonen im Grenzbereich zwischen Friedens- und Kriegsrecht durch die kumulative Anwendung von Menschenrechten und Humanitärem Völkerrecht zu füllen und dadurch einen Minimalstandard zu garantieren.²¹

3. Zunehmende Überlappung von Menschenrechten und Humanitärem Völkerrecht

Am deutlichsten wird die Überlappung von Menschenrechtsschutz und Humanitärem Völkerrecht beim Übereinkommen über die Rechte des Kindes,²² das 1989 durch die UN-Generalversammlung angenommen wurde. Sein Artikel 38 Absatz 1 verpflichtet die Vertragsstaaten, die für sie verbindlichen Regeln des in bewaffneten Konflikten anwendbaren Humanitären Völkerrechts, die für das Kind Bedeutung haben, zu beachten und für deren Beachtung zu sorgen. Damit enthält ein menschenrechtlicher Vertrag Festlegungen für das Verhalten in Kriegszeiten. Weiterhin enthält Artikel 38 Bestimmungen bezüglich der Rekrutierung von Personen unter 18 Jahren – anwendbar in Friedens- und Konfliktzeiten – und der direkten Teilnahme von Kindern an Kampfhandlungen.

Die dort niedergelegten Standards wiederholen die, die 1977 im Artikel 77 Zusatzprotokoll (ZP) I festgeschrieben wurden.

¹¹ V. Mosoto, Institutional Cooperation and Norm Creation in International Organizations, in: T. Cottier *et al.* (Hrsg.), Human Rights and International Trade, Oxford 2005, S. 165.

¹² C. Droège, Elective Affinities? Human Rights and Humanitarian Law, in: International Review of the Red Cross 871 (2008), S. 502.

¹³ W. Kälin, Human Rights in Times of Occupation: The Case of Kuwait, Bern 1994, S. 79 f.

¹⁴ BGBl. 1993 II, S. 1553.

¹⁵ IGH, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 226, para. 26, 08.06.1996.

¹⁶ C. Kamardi, Die Ausformung einer Prozessordnung *sui generis* durch das ICTY unter Berücksichtigung des Fair-Trial-Prinzips, Berlin 2009, S. 148 ff.

¹⁷ BGBl. 1952 II, S. 686.

¹⁸ OAS Treaty Series No. 36.

¹⁹ C. M. Cerna, Human Rights in Armed Conflict: Implementation of International Humanitarian Law Norms by Regional Intergovernmental Human Rights Bodies, in: F. Kalshoven / Y. Sandoz (Hrsg.), Implementation of International Humanitarian Law, Genf 1989, S. 39.

²⁰ Declaration of Minimum Humanitarian Standards, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/55, 02.12.1990.

²¹ Vgl. A. Rossas / T. Meron, Combatting Lawlessness in Grey Zone Conflicts Through Minimum Humanitarian Standards, in: American Journal of International Law 89 (1995), S. 215 ff.

²² BGBl. 1992 II, S. 121.

Folglich sind die Rekrutierung und die direkte Teilnahme von Kindern ab einem Alter von 15 Jahren zulässig. Dieser Standard kann vor dem Hintergrund nicht akzeptiert werden, dass Artikel 3 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes das Wohl („best interest“) des Kindes in den Vordergrund stellt. Es dient gewiss nicht dem Wohl eines Kindes von 15 Jahren, als Soldat direkt an Kampfhandlungen teilzunehmen. Dieser Widerspruch wurde in der Literatur vielfach kritisiert und hinterfragt, warum in dem neueren Vertrag, der immerhin eine Dekade nach der Verabschiedung der Zusatzprotokolle zu den Genfer Abkommen und einer beachtlichen progressiven Kodifizierung des Individualschutzes ausgearbeitet wurde, kein über Artikel 77 ZP I hinausgehender Schutz festgeschrieben wurde.²³ Dieser Mangel ist umso gravierender als von den Gegnern der Verbesserung des diesbezüglichen Kinderschutzes (insbesondere die USA, Iran und Irak) seinerzeit keine schlüssige juristische Begründung gegen eine Verbesserung des Schutzes der Kinder gegen eine Teilnahme an Feindseligkeiten vorgebracht wurde. Zwar hatte die USA argumentiert, dass weder die Generalversammlung noch die Menschenrechtskommission als angemessene Foren zur Revision des bestehenden Humanitären Völkerrechts angesehen werden könnten,²⁴ was aber nicht zu überzeugen vermag; schließlich handelt es sich beim Übereinkommen über die Rechte des Kindes um einen neuen, eigenständigen Vertrag. Offensichtlich teilten die USA späterhin diese Position, denn sie traten 2002 dem von der UN-Generalversammlung verabschiedeten Fakultativprotokoll zur Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten²⁵ bei.²⁶ Das Protokoll verpflichtet die Mitgliedstaaten, alle durchführbaren Maßnahmen zu ergreifen, damit Kinder unter 18 Jahren nicht direkt an Kampfhandlungen teilnehmen können und nicht zwangsweise zu den Streitkräften rekrutiert werden. Der Vertrag trat am 12. Februar 2002 in Kraft, bis Herbst 2015 sind 161 Staaten beigetreten.²⁷ Zumindest für diese Staaten gilt nunmehr ein höherer Standard als der des Humanitären Völkerrechts.²⁸ Damit wurde durch ein Instrument des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes eine progressive Weiterentwicklung auch des Humanitären Völkerrechts erreicht, denn wenn sich bereits mehr als zwei Drittel der Staatengemeinschaft zu dem höheren Standard des Kinderschutzes im bewaffneten Konflikt bekennt, kann dies nicht ohne Einfluss auf die Herausbildung auch neuen Völkergewohnheitsrechts bleiben. So wird in der Literatur angesichts der breiten Akzeptanz des Fakultativprotokolls zutreffend von einer ‚Tendenz hin zu einem Konsens von 18 Jahren als allgemein gültiges Mindestalter‘ gesprochen.²⁹ Bestärkt wird diese Auffassung durch die 1990 erarbeitete Afrikanische Charta über die Rechte und das Wohl des Kindes³⁰, die die direkte Teilnahme an Feindseligkeiten von unter 18-Jährigen ebenso verbietet wie deren Rekrutierung.

4. Rechtsdogmatische Konsequenz

Das Beispiel der Rechte des Kindes im bewaffneten Konflikt zeigt nicht nur die Überlappung von Friedens- und Kriegerecht, sondern ist auch ein anschaulicher Beleg dafür, dass man bei der Ermittlung der Pflichtenlage eines Staates im Falle eines bewaffneten Konflikts nicht umhinkommt, den

völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz in Betracht zu ziehen.³¹ Dies findet seinen Niederschlag in verschiedenen Theorien. So spricht die Komplementaritätstheorie davon, dass die Rechtskörper der Menschenrechte und des Humanitären Völkerrechts nicht identisch sind, sich aber ergänzen und dennoch unterschiedlich bleiben.³² Folglich kommen die Menschenrechte dann in bewaffneten Konflikten zur Anwendung, wenn sich Lücken in den Regelungen des Humanitären Völkerrechts auftun. Die Menschenrechte werden somit im Sinne der Marten’schen Klausel angewendet, indem immer dann, wenn das Humanitäre Völkerrecht einen Sachverhalt nicht regelt, eine Person unter dem Schutz der Prinzipien der Humanität und der Forderungen des öffentlichen Gewissens verbleibt.³³

Demgegenüber geht die Konvergenztheorie³⁴ über die bloße Komplementarität hinaus und zielt auf den größtmöglichen effektiven Schutz der menschlichen Person durch die kumulative Anwendung der beiden Rechtskörper ab, sodass von einem einheitlichen Komplex der Menschenrechte unter verschiedenen institutionellen Dächern gesprochen werden kann.³⁵ Ein Blick in die Staatenpraxis belegt die tatsächliche Relevanz. Kälin weist die kumulative Anwendung unter den Bedingungen des Besatzungsregimes in Kuwait 1990/91, die ‚feasible and meaningful‘ gewesen sei, nach.³⁶

Aus praktischer Sicht ist die Hinwendung zum völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz sicher auch eine Folge des

²³ H.-J. Heintze, Die völkerrechtliche Stellung des Kindes im bewaffneten Konflikt – Verfestigung eines unbefriedigenden Standards durch die neue UN-Kinderkonvention, in: HuV-I 4 (1991), S. 92-98.

²⁴ UN Doc. E/CN.4/1989/SR.55/Add.1, S. 6.

²⁵ UN-Generalversammlung, Resolution 54/263, UN Doc. Res. A/54/263, 16.03.2001, https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_Res_54_263-E.pdf (zuletzt aufgerufen am 03.11.2015).

²⁶ OHCHR, Ratification of 18 International Human Rights Treaties, <http://indicators.ohchr.org> (letzter Aufruf 23.09.2015).

²⁷ Darunter Deutschland: BGBl. 1992 II, S. 121.

²⁸ Diesen Aspekt übersieht M. Happold, The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict, in: Yearbook of International Humanitarian Law 3 (2000), The Hague 2002, S. 242 f. bei der Einschätzung der Bedeutung dieses Protokolls.

²⁹ S. Liebig, Das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten, in: S. von Schorlemer (Hrsg.), Die Vereinten Nationen und die Entwicklung der Rechte des Kindes, Aachen 2004, S. 185.

³⁰ Afrikanische Union, Afrikanische Charta über die Rechte und das Wohl des Kindes, OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49, 11.07.1990.

³¹ Dies erfolgt in der Literatur auch regelmäßig, so z. B. C. Hamilton, Child Protection in Complex Emergencies, in: C. W. Greenbaum *et al.* (Hrsg.), Protection of Children During Armed Political Conflicts: A Multidisciplinary Perspective, Antwerpen 2006, S. 270 ff.

³² So spricht sich Gasser gegen ein ‚advocating a merger of the two bodies of international law‘ aus. H.-P. Gasser, International Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-International Armed Conflict: Joint Venture or Mutual Exclusion?, in: German Yearbook of International Law 45 (2002), S. 162.

³³ H.-J. Heintze, Terrorism and Asymmetric Conflicts – A Role for the Martens Clause?, in: T. Giegerich (Hrsg.), A Wiser Century?, Berlin 2009, S. 429 ff.

³⁴ G. Oberleitner, Human Rights in Armed Conflict, Cambridge 2015, S. 105 ff.

³⁵ T. Meron, Human Rights in Internal Strife: Their International Protection, Cambridge 1987, S. 28.

³⁶ W. Kälin (Hrsg.), a.a.O., (Fn. 13), S. 27.

vermehrten Auftretens innerstaatlicher Konflikte, die sich angesichts der geringen Regelungsdichte des Humanitären Völkerrechts in diesem Bereich vielfach in einer humanitär-völkerrechtlichen Grauzone abspielten.³⁷ Auf die praktische Bedeutung für die Konfliktparteien wies Fleck überzeugend hin.³⁸

Die kumulative Anwendung von Menschenrechten und Humanitärem Völkerrecht wirft die Frage nach dem wechselseitigen Verhältnis auf. Der IGH musste sie in der Nuclear Weapons Advisory Opinion³⁹ beantworten. Er stellt in seinem Gutachten fest, dass es sich bei Artikel 6 um ein nicht-derogierbares Recht handelt, welches folglich auch im bewaffneten Konflikt gilt. Auch während der Feindseligkeiten ist es somit untersagt, jemanden ‚willkürlich‘ seines Lebens zu berauben. Gleichwohl erkennt der IGH den Vorrang des Humanitären Völkerrechts im Kriege an und bezeichnet es als *lex specialis*. Das Begriffselement ‚willkürlich‘ ist demzufolge nach dem Humanitären Völkerrecht zu definieren. Auf diese Besonderheiten des Menschenrechtsschutzes unter Kriegsbedingungen weist Artikel 15 Absatz 2 EMRK ausdrücklich hin. Es heißt dort, dass Todesfälle in Folge rechtmäßiger Kriegshandlungen nicht als Verletzung des in Artikel 3 EMRK verankerten Rechts auf Leben anzusehen sind. Die *lex specialis*-Regel darf nicht dahingehend interpretiert werden, ‚as applying to the general relationship between the two branches of international law as such, but rather relation to specific rules in specific circumstances‘.⁴⁰ Damit wird der Vorrang des Humanitären Völkerrechts unter Konfliktbedingungen unterstrichen.⁴¹ Dennoch stellt sich die Frage nach dem *lex specialis derogat legis generalis*-Einwand. Darauf stellt Heintschel von Heinegg ab und will folglich aus rechtsdogmatischen und praktischen Gründen im bewaffneten Konflikt ausschließlich das Humanitäre Völkerrecht anwenden, letztendlich weil ‚it would not make much sense to complicate the situation by demanding [...] to the obligations provided for by human rights instruments‘.⁴² Es ist nicht ganz verständlich, warum die Anwendung von Menschenrechtsinstrumenten die Situation komplizieren soll, denn letztlich eröffnet selbst die sowohl völkervertraglich als auch völkergewohnheitsrechtlich akzeptierte Marten'sche Klausel⁴³ die Möglichkeit, die Bestimmungen des Kriegsvölkerrechts nicht als abschließende Regelung zum Schutz des Menschen anzusehen. Somit können sie durch die Normen des Menschenrechtsschutzes ergänzt werden.⁴⁴ Auch Artikel 72 ZP I zeugt von der ‚Offenheit des Kriegsvölkerrechts‘,⁴⁵ denn dort heißt es bezüglich der Behandlung von Personen, die sich in der Gewalt einer am Konflikt beteiligten Partei befinden: ‚Die Bestimmungen dieses Abschnitts ergänzen [...] die sonstigen anwendbaren Regeln des Völkerrechts über den Schutz grundlegender Menschenrechte in einem internationalen bewaffneten Konflikt.‘

5. Ein für das Humanitäre Völkerrecht neuer Durchsetzungsmechanismus

Seit Langem wird in der Literatur über Durchsetzungsmechanismen im Bereich des Humanitären Völkerrechts diskutiert.⁴⁶ Vor diesem Hintergrund wird darauf hingewiesen, dass der Menschenrechtsschutz mit dem Humanitären Völkerrecht nicht nur eine gemeinsame Philosophie teilt, son-

dern auch herangezogen werden kann, um die Defizite des Humanitären Völkerrechts wettzumachen.⁴⁷ Damit stellte sich die Frage nach den menschenrechtlichen Durchsetzungsverfahren, insbesondere den Staatenberichtsverfahren.⁴⁸ Sie bekommt insbesondere dadurch neue Nahrung als auf der Rotkreuz/Rothalbmondkonferenz 2015 ein Vorschlag für einen Mechanismus zur besseren Einhaltung des Humanitären Völkerrechts auf dem Tisch liegt. Bothe sieht das vorgeschlagene Berichtssystem als ein Instrument zur Verbesserung von Normen der innerstaatlichen Umsetzung des Humanitären Völkerrechts an.⁴⁹

In der Tat sind Berichts- und Informationspflicht Mechanismen, mit denen sich die Einhaltung sowohl menschenrechtlicher als auch humanitär-völkerrechtliche Verpflichtungen überprüfen lassen. Dies sieht auch der Menschenrechtsausschuss so: ‚When faced with situations of armed conflicts, both external and internal, which affect State Parties to the Covenant, the Committee will necessarily examine whether these parties are complying with all their obligations under the Covenant.‘⁵⁰

Angesichts dessen kommt dem oben genannten Fakultativprotokoll zur Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten eine besondere Bedeutung zu. Dies trifft auch auf seine rechtspolitische Konstruktion zu. Obwohl es sich bei dem Protokoll um einen eigenständigen und von dem Kinderrechtsübereinkommen unabhängigen Vertrag handelt, bedient sich das Protokoll des gleichen Durchsetzungsme-

³⁷ Vgl. T. Meron, The Humanization of Humanitarian Law, in: American Journal of International Law 94 (2000), S. 244.

³⁸ D. Fleck, Humanitarian Protection Against Non-State Actors, in: J. A. Frowein et. al. (Hrsg.), Verhandeln für den Frieden, Liber Amicorum Tono Eitel, Berlin 2003, S. 78 ff.

³⁹ IGH, a.a.O. (Fn.15), S. 226.

⁴⁰ C. J. Greenwood, Scope of Application of Humanitarian Law, in: D. Fleck (Hrsg.), The Handbook of International Humanitarian Law, 2. Aufl., Oxford 2008, S. 75, Rn. 256.

⁴¹ J. d'Aspremont / E. Tranchez, The Quest for a Non-conflictual Coexistence of International Human Rights Law and Humanitarian Law: Which Role for the *Lex Specialis* Principle?, in: R. Kolb / G. Gaggioli (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 1), S. 223 ff.

⁴² W. Heintschel von Heinegg, The Rule of Law in Conflict and Post Conflict Situations: Factors in War to Peace Transitions, in: Harvard Journal of Law and Public Policy 27 (2004) S. 869.

⁴³ H. Strebel, Martens' Clause, in: R. Bernhardt (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, 3. Aufl., Amsterdam 1997, S. 327 ff.

⁴⁴ Vgl. H. B. Reimann, Menschenrechtsstandards in bewaffneten Konflikten, in: C. Swinarski (Hrsg.), Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet, Genf/Den Haag 1984, S. 773.

⁴⁵ S. Vöneky, Die Fortgeltung des Umweltvölkerrechts in internationalen bewaffneten Konflikten, Berlin 2001, S. 286 f.

⁴⁶ M. Bothe (Hrsg.), Towards a Better Implementation of International Humanitarian Law, Berlin 2001, S. 8 ff.

⁴⁷ J. Gardam, The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law, in: Leiden Journal of International Law 14 (2001), S. 353.

⁴⁸ Vgl. K. Drewicki, The Possible Shape of a Reporting System for International Humanitarian Law: Topics to be Addressed, in: M. Bothe (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 46), S. 73 ff.

⁴⁹ M. Bothe, Warum wird humanitäres Völkerrecht eingehalten oder verletzt? Perspektiven der Durchsetzung des humanitären Völkerrechts – neue Entwicklungen und kritische Bilanz, in: HuV-I 28(2) (2015), S. 66.

⁵⁰ UN, Report of the Human Rights Committee, Vol. I, UN Doc. A/57/40, para. 29.

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁶ *Id.*, paras. 6 ff.

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

Tim Rene Salomon*

1. Humanitäres Völkerrecht und Menschenrechte auf Kollisionskurs

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Normative und methodische Grundlagen der parallelen Anwendung

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

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

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

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

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

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

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

⁸ *Ibid.*

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

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

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

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

¹³ *Ibid.*

2.1. Stand der Wissenschaft

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

Der im Anschluss an den Internationalen Gerichtshof (IGH) weit verbreitete pauschale Hinweis auf den *lex specialis*¹⁶-Vorrang des Humanitären Völkerrechts ist auf den zweiten Blick weniger hilfreich, als er zunächst scheint. Die Probleme beginnen schon damit, dass nicht gesichert ist, was der Spezialitätsvorrang des Humanitären Völkerrechts eigentlich bedeutet, welche Voraussetzungen er hat¹⁷ und was mit dem überlagerten beziehungsweise verdrängten Recht passiert.¹⁸ Mit dem Spezialitätsvorrang des Humanitären Völkerrechts ginge jedenfalls nicht einher, dass die gesamten Menschenrechte im Anwendungsbereich des Humanitären Völkerrechts verdrängt würden. Eine solche völlige Überlagerung vertreten (bis vor Kurzem) noch die USA¹⁹ und Israel²⁰. Diese Position basiert nicht auf *lex specialis*, denn dies führt allein dazu, dass die Anwendung einzelner Normen im Fall eines Normenkonflikts ausgeschlossen beziehungsweise diese verdrängt werden. Die vollständige Verdrängung des ganzen Rechtskörpers der Menschenrechte durch das Humanitäre Völkerrecht ließe sich nur vertreten, wenn man der (überkommenen²¹) Ansicht wäre, der sachliche Anwendungsbereich völkerrechtlicher Verträge sei implizit auf die Geltung in Friedenszeiten beschränkt. Dagegen sprechen jedoch, wie gezeigt, der explizite Wortlaut, die Systematik der Konventionen und deren Verhandlungsgeschichte.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. Methodische Grundsätze der parallelen Anwendung

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

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

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

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

Die grundsätzlich größere Sachnähe der humanitär-völkerrechtlichen Regelungen wirkt sich aber auch bereits bei der

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3. Andere Konstellationen

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

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

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

3. Anwendungspraxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und Reflektion

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

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

3.1. Die EMRK im internationalen bewaffneten Konflikt

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

3.1.1. Die Rechtsprechung des EGMR vor Hassan v. UK

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.1.2. Die Rechtsprechung des EGMR in Hassan v. UK

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

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

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

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

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

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

⁴⁸ *Id.*, S. 297.

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

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

⁵¹ *Id.*, Rn. 104.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Id.*, Rn. 105.

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

⁵⁵ EGMR, a.a.O. (Fn. 50), Rn. 106.

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

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

⁵⁸ EGMR, a.a.O. (Fn. 50), Rn. 107.

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

3.1.3. Übertragung der neuen Rechtsprechung auf Artikel 2 EMRK

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

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

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

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

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

3.2. Die EMRK im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt

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

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

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

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

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

⁶³ H. Krieger (Fn. 12), S. 379 m.w.N.

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

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

⁶⁶ Art. 57 Abs. 2 lit. c ZPI.

3.2.1. Das Verhältnis beider Rechtsgebiete im nicht-internationalen Konflikt

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁵ So auch die Position des IKRK, *Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges*, Opinion Paper, 2014, S. 6 f., <http://bit.ly/1L0KyeU> (zuletzt aufgerufen am 09.10.2015). Die Frage, ob das Humanitäre Völkerrecht im nicht-internationalen Konflikt eine Rechtsgrundlage für Freiheitsentziehungen beinhaltet oder ob es zusätzlich einer Rechtsgrundlage im nationalen Recht bedarf, ist stark umstritten. Siehe die aktuelle Rechtsprechung in der Sache *Serdar Mohamed*, High Court of Justice, *Serdar Mohammed -v- Ministry of Defence and Others*, [2014] EWHC 1369 (QB), 02.05.2014, insb. Rn. 228 ff. und Court of Appeals, *Mohammed and others -v- Secretary of State for Defence, Rahmatullah -v- MoD*, [2015] EWCA Civ 843, 30.07.2015. Eine detaillierte Auseinandersetzung etwa mit der Sache *Serdar Mohamed*, in der eine humanitärvölkerrechtliche Rechtsgrundlage für langfristige Freiheitsentziehungen verneint wurde, weil das insofern einschlägige Humanitäre Völkerrecht lediglich Schutznormen beinhaltet, geht über den Zuschnitt dieser Ausarbeitung hinaus. Das entscheidende Argument verfährt jedoch kaum. Der gemeinsame Art. 3 und das ZP II haben zwar den Rechtsgüterschutz zum Ziel, allerdings erkennen sie Freiheitsentziehungen als stetiges Phänomen im nicht-internationalen Konflikt an. Nach ganz herrschender Auffassung erlaubt der gemeinsame Art. 3 sogar letale Schädigungshandlungen für direkt an Feindseligkeiten teilnehmende Personen. Gestützt durch die gleichlautende Staatenpraxis (Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK), die eine auslegungsrelevante spätere Übung darstellt, liegt darin auch eine Rechtsgrundlage für Eingriffe in die Freiheit, siehe dazu und zum Ganzen etwa S. Aughey / A. Sari, a.a.O. (Fn. 70), S. 90, siehe darüber hinaus die kontroverse Diskussion mit weiteren Nachweisen auf andere Beiträge, M. Milanovic, *Some Thoughts on the Serdar Mohammed Appeals Judgment*, EJIL: Talk!, <http://bit.ly/1ROU2YY> (zuletzt aufgerufen am 09.10.2015).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸¹ EGMR, a.a.O. (Fn. 50), Rn. 104.

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

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

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

⁸⁵ *Id.*, Rn. 191.

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

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

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

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

4. Ausblick und Schlussfolgerungen

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

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

Menschenrechtsschutz in bewaffneten Konflikten. Zur Berichterstattung des Hochkommissariats für Menschenrechte der Vereinten Nationen

Wolfgang S. Heinz / Nato Abesadze*

International humanitarian law has developed a large number of legal standards especially for international armed conflict. The few monitoring mechanisms regarding respect for such standards play almost no role to date. Since the 1990s (Ex-Yugoslavia, Rwanda), human rights mechanisms are increasingly addressing volatile situations and armed conflict, for example Sudan, Libya, Syria, Ukraine. The paper starts with a brief discussion of the roles of humanitarian laws and human rights. It then examines the Office of the High Commissioner for Human Rights reporting on armed conflicts on Libya, Syria and Ukraine, focusing on how armed conflict and private armed groups figure in the reporting.

In concluding, it argues while certainly violent conflict cannot be solved just by comprehensive public reporting, it can play a considerable role in questioning one-sided and false narratives from conflict parties since it informs about violations of international law, the situation of the civilian population and even the treatment of members of conflict parties. Reporting is becoming an increasingly important factor for the Security Council in its deliberations and for governments developing their strategic considerations. United Nations human rights monitoring mechanisms can well be expected to play a major role in dialogues about armed conflict and strategies to find political solutions. Recent initiatives of the International Committee of the Red Cross and the Swiss government will hopefully help to set up monitoring methods in the medium term with the support of many States.

Das Humanitäre Völkerrecht hat eine große Zahl von Rechtsnormen vor allem für internationale bewaffnete Konflikte entwickelt. In der Beobachtung der Einhaltung der Normen gibt es leider bisher nur wenige Instrumente, die überdies kaum genutzt werden. Der Menschenrechtsschutz der Vereinten Nationen hat traditionell zu einem Spektrum von einer (weitgehend) friedlichen innenpolitischen Situation bis hin zu Unruhen und Ausnahmezustand gearbeitet. Seit den 90er Jahren (Ex-Jugoslawien, Ruanda) haben Berichtsmechanismen zunehmend auch bewaffnete Konflikte aufgenommen, beispielsweise Israel/Palästina, Sudan, Libyen, Syrien und Ukraine.

Der Beitrag beginnt mit einer kurzen Diskussion der Rolle des Humanitären Völkerrechts und des Menschenrechtsschutzes. Dafür wird exemplarisch die Berichterstattung des Büros des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Menschenrechte zu bewaffneten Konflikten anhand verschiedener Beispiele untersucht.

Abschließend wird die These vertreten, dass durch eine umfassende öffentliche Berichterstattung allein zwar kein Gewaltkonflikt gelöst werden kann, eine solche aber sehr wohl dazu beitragen kann, dass einseitige und offen wirklichkeitsfremde Narrative der Konfliktparteien immer weniger Glauben finden. Für die politische Beratung im Sicherheitsrat und bei strategischen Überlegungen von Regierungen kann diese zu einem wichtigen Einflussfaktor werden. Zukünftig ist weiterhin von einer zentrale Rolle der Beobachtungsmechanismen des Menschenrechtsschutzes der Vereinten Nationen auszugehen. Der vom Internationalen Komitee vom Roten Kreuz und von der Schweiz verfolgte Dialog unter den Staaten zu Monitoringverfahren wird hoffentlich zusätzliche Möglichkeiten eröffnen.

1. Einleitung

Seit den 1990er Jahren werden vom Internationalen Menschenrechtsschutz verstärkt auch Situationen bewaffneter Konflikte untersucht, in denen Humanitäres Völkerrecht und Menschenrechtsnormen zur Anwendung kommen. Als Akteur/-innen sind hier das Hochkommissariat für Menschenrechte der Vereinten Nationen (OHCHR), aber auch große Menschenrechtsorganisationen wie Amnesty International und Human Rights Watch zu nennen, die etwa zu den bewaffneten Konflikten in Afghanistan und Irak detailliert recherchiert haben und sich auch auf das Humanitäre Völkerrecht berufen. Häufig stützen sie sich auf lokale Menschenrechtsorganisationen, die unter beträchtlicher Gefahr für Leib und Leben vor Ort recherchieren.

Sie versuchen damit eine entscheidende Lücke in bewaffneten Konfliktsituationen zu schließen, eine möglichst fundierte unparteiische Berichterstattung zum Vorgehen der Konfliktparteien. Zwar gibt es hierzu eine vielfältige Me-

dienberichterstattung, aber im Humanitären Völkerrecht fehlt es an öffentlichen Monitoringverfahren.¹ In 2012 starteten das IKRK und die Schweiz diplomatische Verhandlungen

* Dr. phil. habil. Wolfgang S. Heinz ist Politologe und Senior Policy Adviser am Deutschen Institut für Menschenrechte und war Vorsitzender des Beratenden Expertenausschusses des UN-Menschenrechtsrates. Weiter ist er der 2. Vizepräsident des Europäischen Komitees zur Verhütung der Folter des Europarates (CPT) und Privatdozent für Politische Wissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag gibt die persönliche Ansicht des Autors wieder.

Nato Abesadze, LL.M. ist Juristin, die ihre Ausbildung in Leipzig, Berlin und Manchester absolvierte. Dabei legte sie ihren Schwerpunkt auf das Internationale und Europäische Recht sowie das Internationale Privat- und Öffentliche Recht.

¹ Zu seinen Instrumenten: K. Dörmann, Dissemination and Monitoring Compliance of International Humanitarian Law, in: W. Heintschel von Heinegg / V. Epping (Hrsg.), International Humanitarian Law Facing New Challenges. Symposium in Honour of Knut Ipsen, Berlin 2010, S. 227-248.

gen für die Verbesserung der internationalen Mechanismen² und somit für die bessere Einhaltung des Humanitären Völkerrechts.³

Im Humanitären Völkerrecht werden nur wenige der vorhandenen Möglichkeiten für eine Beobachtung der Praxis der Konfliktakteure und zur öffentlichen Reaktion auf Fehlentwicklungen genutzt. Eine der nicht genutzten Möglichkeiten stellt die Fact-finding Kommission nach Artikel 90 Zusatzprotokoll I, Zu den Genfer Abkommen dar.

Dagegen befinden sich die Mechanismen und Institutionen des Menschenrechtsschutzes mit mehr als 60 Akteuren in einer deutlich besseren Position, auch wenn sich nur einige mit bewaffneten Konflikten stärker befassen. Zudem mag es Kritik an Punkten wie personell schwachen Strukturen oder dem politisierten Umfeld im Menschenrechtsrat geben, aber hierfür liegt die Verantwortung bei den Regierungen.

Für eine überzeugende Berichterstattung muss Klarheit über die anzuwendenden Völkerrechtsnormen geschaffen werden. Der Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen (UN) hat zwar mehrfach Untersuchungen zu bewaffneten Konflikten durchgeführt, etwa zum Sudan (Darfur) (2006)⁴, zu Gaza (2009, 2014), zur Demokratischen Republik Kongo (1993 bis 2003, 2008), zu Libyen (2011–) und zu Syrien (2011–), jedoch wird das Thema über das anzuwendende Recht in keinem von diesen Berichten in Tiefe behandelt. Meistens wird diese Frage ganz offengelassen.

2. Humanitäres Völkerrecht und Menschenrechte

Das Kriegsvölkerrecht, heute Humanitäres Völkerrecht oder Recht des bewaffneten Konflikts, versucht mit einer großen Zahl von Normen bei zwischenstaatlichen Kriegen deren Auswirkungen zu begrenzen, insbesondere durch Vorschriften zum Schutz von Kriegsgefangenen, der Zivilbevölkerung, Verwundeten und Kombattant(inn)en, die sich ergeben haben; hinzu kommen Verbote besonders grausamer Mittel und bestimmter Methoden der Kriegsführung (Heimtücke). Dagegen gibt es für den innerstaatlichen bewaffneten Konflikt, der heute etwa neun von zehn Konflikten ausmacht, nur eine relativ kleine Zahl wenig detaillierter Normen.⁵

Lange Zeit wurden Humanitäres Völkerrecht und Menschenrechtsschutz als getrennte Rechtsbereiche begriffen (Separationsthese).⁶ Unterdessen hat sich mehrheitlich die Auffassung von einem sich gegenseitig ergänzenden Verhältnis (Komplementarität) durchgesetzt.⁷ Die Bewertung des Verhältnisses zwischen den beiden Rechtsbereichen ist von großer Bedeutung, weil völkerrechtliche Normen Grundlage unter anderem für Mandate für Auslandsmissionen und Einsatzregeln (Rules of Engagement) sind. Auch wurden sie bei der strafrechtlichen Beurteilung der Anwendung von Gewalt herangezogen, etwa bei Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, internationaler Strafgerichte, der Bewertung des Bombenabwurfs in Kundus/Afghanistan, der Check Point-Zwischenfälle der Bundeswehr in Afghanistan und bei (Vor-)Ermittlungen der Generalbundesanwaltschaft.⁸ Für die Frage der Einhaltung von Menschenrechten in bewaffneten Konflikten interessieren besonders Übereinstimmung und Unterschiede zwischen den beiden Normengruppen. Denn was bedeutet der Grundsatz der Komplementarität oder auch die bevorzugte Anwendung des Humanitären Völ-

kerrechts oder *lex specialis* normativ und praktisch? Besonders wichtig ist offensichtlich die Frage, ob es Spannungen, Schutzlücken und gegebenenfalls einen Bedarf zur Weiterentwicklung des Humanitären Völkerrechts gibt; und ob internationale Menschenrechtsnormen die Anwendung des Humanitären Völkerrechts ergänzen oder ob grundsätzlich immer Menschenrechtsnormen hinter die Standards des Humanitären Völkerrechts zurückweichen müssen.⁹

3. Beschränkte Eingriffsmöglichkeiten

Die Möglichkeiten der Institutionen des Menschenrechtsschutzes einzugreifen sind beschränkt; ein direktes Eingreifen ist in der Regel nicht möglich, außer etwa im Rahmen einer UN-Friedensmission beim Vorliegen eines Mandats zum Schutz der Zivilbevölkerung, das aber auch aktiv umgesetzt werden muss. Sie sind weitgehend beschränkt auf eine möglichst zuverlässige Berichterstattung zu Ländersituationen und ausgewählte Schwerpunktthemen. Dem Menschenrechtsrat wurde von den Staaten gerade nicht die Aufgabe übertragen, zur unmittelbaren Bearbeitung und Lösung von Gewaltkonflikten unterhalb oder jenseits der Grenze zu einem bewaffneten Konflikt beizutragen. Denn diese Aufgabe liegt beim UN-Sicherheitsrat (Situationen, die eine Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit

² Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten, Gemeinsame Initiative der Schweiz und des IKRK für die bessere Einhaltung des humanitären Völkerrechts, <https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/aussenpolitik/voelkerrecht/humanitaeres-voelkerrecht/schweizer-ikrk-initiativefuereineverbesserteinhaltungdeshumanit.html> (zuletzt abgerufen am 07.09.2015).

³ Für mehr Informationen siehe M. Bothe in: Warum wird Humanitäres Völkerrecht eingehalten oder verletzt? Perspektiven der Durchsetzung des Humanitären Völkerrechts – neue Entwicklungen und kritische Bilanz, in: Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 28 (2015), S. 55 ff.

⁴ Der Sicherheitsrat entsandte 2004 eine Untersuchungskommission nach Darfur/Sudan, um Berichte über einen möglichen Völkermord zu prüfen. Diese ‚situation‘ wurde 2005 dem Internationalen Strafgerichtshof überwiesen.

⁵ Gemeinsamer Artikel 3 der Genfer Konventionen vom 12.08.1949; Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll II) vom 08.06.1977.

⁶ H.-J. Heintze, Fortentwicklung des humanitären Völkerrechts Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte durch den Menschenrechtsschutz, in: H.-J. Heintze / K. Ipsen (Hrsg.), Heutige bewaffnete Konflikte als Herausforderungen an das humanitäre Völkerrecht, Bochum 2011, S. 165.

⁷ B. Fassbender, Militärische Einsätze der Bundeswehr, in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XI, Internationale Bezüge, Heidelberg 2013, S. 707, § 244.

⁸ Grundsätzlich statt vieler: G. Oberleitner, Human Rights in Armed Conflict: Law, Practice: Policy, Cambridge 2015; C. Johann, Menschenrechte im internationalen bewaffneten Konflikt: Zur Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention und des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte auf Kriegshandlungen, Berlin 2012; L. Doswald-Beck, Human Rights in Times of Conflict and Terrorism, Oxford 2011; D. Fleck (Hrsg.), The Handbook of International Humanitarian Law, Oxford 2013.

⁹ Hierzu die Beiträge von H.-J. Heintze und T. Salomon in diesem Heft.

darstellen)¹⁰ und bei der Generalversammlung (Diskussion von Ländersituationen, Weiterentwicklung des Völkerrechts)¹¹.

Indes ist der erste wichtige Schritt der Versuch, möglichst vollständig, unparteiisch und zeitnah zu berichten. In der Regel geschieht dies nicht durch die Konfliktparteien selbst, auch wenn manche Millionen, wenn nicht Milliarden, US-Dollar für die Kriegsführung ausgeben.¹² Es werden in der Regel keine Daten zu Opfern unter der Zivilbevölkerung und auch zur Untersuchung von Beschuldigungen, dass Zivilist(inn)en Opfer von Angriffen wurden, veröffentlicht.¹³ Die Medienberichterstattung steht vor erheblichen Problemen, mit dem Blick auf Möglichkeiten der Berichterstattung vor Ort, der Überprüfbarkeit von Informationen, und, bei manchen Medien, der freiwilligen oder unfreiwilligen Abhängigkeit vom politischen Standpunkt der Heimatregierungen.¹⁴ Umso wichtiger ist es aus Sicht des Völkerrechts, dass eine möglichst vollständige, unparteiische und zeitnahe Erfassung der Ereignisse angestrebt wird. Denn eine solche Berichterstattung erlaubt es, bei Klagen und problematischen Handlungen die Führung der Konfliktparteien darauf anzusprechen, Erklärungen zu fordern, und nicht zuletzt fragwürdige oder offensichtlich manipulative offizielle Erklärungen infrage zu stellen und Rechenschaft sowie die Bestrafung von Schuldigen zu fordern.

4. Das UN-Hochkommissariat für Menschenrechte

Es ist wichtig, zwischen der Rolle des UN-Hochkommissariats für Menschenrechte auf der einen Seite und des UN-Menschenrechtsrats, der aus 47 UN-Mitgliedsstaaten besteht, die von der UN-Generalversammlung für eine Periode von drei Jahren gewählt werden, auf der anderen Seite klar zu unterscheiden.

Das UN-Hochkommissariat für Menschenrechte (OHCHR) wurde 1993 gegründet. Seine Aufgaben wurden in der Resolution 48/141 der Generalversammlung bestimmt.¹⁵ Es soll unter anderem alle Menschenrechte in allen Teilen der Welt fördern und schützen; vorbeugende Maßnahmen gegen drohende Menschenrechtsverletzungen treffen; in einen Dialog mit den Regierungen eintreten, um sie bei der Umsetzung zu unterstützen; eine aktive Rolle dabei spielen, Hindernisse bei der Verwirklichung der Menschenrechte zu beseitigen; technische Zusammenarbeit und Beratungsdienste anbieten; die internationale Zusammenarbeit fördern; entsprechende Aufgaben innerhalb des UN-Systems koordinieren.

Das OHCHR trägt die Hauptverantwortung im UN-System für Menschenrechte unter der Leitung des derzeitigen Hohen Kommissars Zeid Ra'ad Zeid Al-Husseini (Jordanien).¹⁶

Es ist Teil des UN-Sekretariats und arbeitet in dieser Funktion dem UN-Menschenrechtsrat zu, ist ihm aber nicht unterstellt, sondern kann unabhängig agieren. Die Rolle des OHCHR im und gegenüber dem Menschenrechtsrat führt immer wieder zu politischen Diskussionen zwischen den Staaten – in Form von Fragen nach den Nationalitäten der Mitarbeitenden, des Budgets, bestimmter OHCHR Initiativen und besonders bei öffentlicher Kritik an Staaten.¹⁷

Als eine seiner Hauptaufgaben sieht das OHCHR das ‚Monitoring‘: Das OHCHR sammelt Informationen und überwacht Wahlen, Demonstrationen, Gerichtsverfahren und besucht

Gefängnisse und Flüchtlingscamps. Vor allem die Erhebung von Fakten und das Sammeln von Informationen ist ein wichtiger Bereich seiner Arbeit. Verlässliche Informationen sind eine Grundvoraussetzung, um Menschenrechtsverletzungen ansprechen zu können. Hierfür bekommt es Informationen aus erster Hand von den UN-Feldmissionen.¹⁸

Eine Beobachtung und Bewertung von Ereignissen während bewaffneter Konflikte erfolgt im Wesentlichen in folgenden Modalitäten:

In der Mehrzahl der UN-Friedensmissionen wird ein ausdrückliches Mandat mit Blick auf den Schutz der Zivilbevölkerung wahrgenommen, und es gibt institutionell eine Menschenrechtskomponente.¹⁹ Weiter hat der Menschenrechtsrat zu einer Reihe von Ländern die Berichterstattung durch einen Länderberichterstattenden oder durch das Hochkommissariat für Menschenrechte beauftragt.²⁰ Der Menschenrechtsrat hat zudem zu einzelnen Ländern, in denen ein bewaffneter Konflikt herrscht, sogenannte internationale Untersuchungskommissionen eingerichtet; sie werden durch das OHCHR fachlich unterstützt.²¹ Des Weiteren haben einige Länder- und Themenberichtersteller bei ihren Besuchen und durch öffentliche Erklärungen auch zu bewaffneten Konflikten Stellung bezogen.²² Im Rahmen des Allgemeinen Überprüfungsverfahrens aller UN-Mitgliedsstaaten wird ferner auch die Einhaltung des Humanitären Völkerrechts geprüft.²³ Schließlich hat das OHCHR auch selbst Monito-

¹⁰ Artikel 24 Charta der Vereinten Nationen.

¹¹ Artikel 10 Charta der Vereinten Nationen.

¹² Nach einer Studie des US-Congressional Research Service des US-Kongress kosteten die Einsätze in Afghanistan und Irak in den letzten 13 Jahren rd. 1,5 Billionen US-Dollar, A. Belasco, *The Cost of Iraq, Afghanistan, and Other Global War on Terror Operations Since 9/11*, 8. Dezember 2014.

¹³ Vgl. M. Gillner *et al.* (Hrsg.), *Kollaterelopfer. Die Tötung von Unschuldigen als rechtliches und moralisches Problem*, Baden-Baden 2014.

¹⁴ Statt vieler B. Gaus, *Frontberichte: Die Macht der Medien in Zeiten des Krieges*, Frankfurt/M. 2004; C. Büttner / J. von Gottberg (Hrsg.), *Der Krieg in den Medien*, Frankfurt/M. 2004; A. Hoskins / B. O' Loughlin, *War and Media. The Emergence of Diffused War*, London 2010.

¹⁵ UN-Generalversammlung, Resolution 48/141, UN Doc. A/RES/48/141, 20. Dezember 1993.

¹⁶ Zu Kommentaren und Erwartungen an die Arbeit des neuen Hochkommissars siehe D. Petrusek / A. Callamard, *New High Commissioner for Human Rights, Open Democracy*, <https://www.opendemocracy.net/openglobalrights/new-high-commissioner-for-human-rights> (zuletzt abgerufen am 15.08.2015).

¹⁷ W. S. Heinz / Z. Homburger, *Die Rolle des UN-Hochkommissariats für Menschenrechte (OHCHR) im UN-Menschenrechtsschutz – Entwicklungen, Probleme und Perspektiven*, in: P. Baeriswyl *et al.*, *Konzepte für die Reform der Vereinten Nationen*, Potsdam 2015, S. 69-98.

¹⁸ Zusammengefasst nach OHCHR, *OHCHR Management Plan 2014 bis 2017. Working for Your Rights*, Genf 2014, S. 22 (Übersetzung durch die Vf.).

¹⁹ Z. B. zu MONUC/Kongo, UNAMI/Irak und UNAMA/Afghanistan.

²⁰ Z. B. zu Mali, Palästina, Somalia, Syrien und Zentralafrikanische Republik.

²¹ Z. B. zu Libyen und Syrien.

²² Z. B. die UN-Sonderberichtersteller zur Einhaltung der Menschenrechte während der Terrorismusbekämpfung und zu außergerichtlichen Hinrichtungen.

²³ L. Zhu, *International Humanitarian Law in the Universal Periodic Review of the UN Human Rights Council*, in: *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 5 (2014), S. 187-212.

ring-Initiativen ergriffen und durch eine politische Mission mandatiert.²⁴

5. Länderbeispiele Libyen, Syrien und Ukraine

Zu den Erfahrungen mit internationalen Untersuchungskommissionen hat das OHCHR 2015 ein Handbuch zu Organisation, Ermittlungsfragen und rechtlichen Standards herausgegeben.²⁵ In diesem Handbuch werden im Anhang die bisherigen 50 Mandate zur Berichterstattung zu Verletzungen der Menschenrechte (und in den letzten Jahren zunehmend auch des Humanitären Völkerrechts) seit 1992 vorgestellt. Die Mandate erteilten in sieben Fällen der UN-Sicherheitsrat, in zwei Fällen die UN-Generalversammlung, in zwei Fällen die UN-Menschenrechtskommission, in 20 Fällen ihr Nachfolger, der UN-Menschenrechtsrat, in elf Fällen das OHCHR und in acht Fällen der UN-Generalsekretär. Mit Blick auf die praktische Umsetzung wurde in einem Fall das frühere UN-Menschenrechtszentrum beauftragt, in zwölf Fällen das OHCHR und in 37 Fällen Expert(inn)engruppen, denen das OHCHR regelmäßig zuarbeitet.

Die folgenden Beobachtungen beziehen sich auf die beiden Kategorien internationale Untersuchungskommissionen und OHCHR-Monitoring. Es wurden die drei besonders aktuellen Anwendungsfälle Libyen, Syrien und die Ukraine ausgewählt. Der Fokus liegt nicht auf der Wiedergabe einzelner Ereignisse in den Ländern, sondern auf der Frage nach dem Verhältnis zwischen Menschenrechten und Humanitärem Völkerrecht sowie auf der Kommentierung von Handlungen bewaffneter Oppositionsgruppen, die im internationalen Menschenrechtsschutz kaum beachtet wurden, da dieser in der Regel mit Staatenpflichten argumentiert.

5.1. Libyen

Zu Libyen gibt es Berichte der vom UN-Menschenrechtsrat mandatierten Internationalen Untersuchungskommission²⁶ und der vom Sicherheitsrat eingesetzten UN-Unterstützungsmmission zu Libyen (UNSMIL) welche mit dem OHCHR zusammen arbeitet.²⁷

UNSMIL und das OHCHR stufen den Konflikt als nicht-internationalen bewaffneten Konflikt ein.²⁸ Sie kritisieren die Regierung und die Oppositionsgruppen mit Blick auf Menschenrechtsverletzungen und empfehlen: ‘Desist from violations of international law, in particular all acts that may amount to war crimes or crimes against humanity, including indiscriminate attacks; attacks on medical facilities and ambulances; enforced disappearances; murder; hostage-taking; torture and other ill-treatment; and destruction of property.’²⁹ UNSMIL und OHCHR betonen, dass Menschenrechtsstandards auch in bewaffneten Konflikten Anwendung finden: ‘Libya is a State party to key human rights treaties, all of which continue to apply in times of conflict [...]’³⁰ Sie verweisen auf die Menschenrechtsverträge, die Libyen ratifiziert hat: ‘Parties engaged in the fighting in Libya are bound by relevant provisions of international human rights and humanitarian law.’³¹

Den Konfliktparteien wird empfohlen, öffentlich zu erklären ‘that acts amounting to violations and abuses of international human rights and humanitarian law will not be tolerated. All

armed groups must remove from active duty those among their members suspected of having committed such acts.’³²

Die Grundposition der Internationalen Untersuchungskommission zu Libyen (International Commission of Inquiry on Libya) unterscheidet sich nicht von der des OHCHR. Sie stellt gleich zu Beginn klar, dass Menschenrechte auf den gesamten von ihr zu untersuchenden Zeitraum Anwendung finden würde, räumt aber auch ein: ‘[...] The Commission looked into both violations of international human rights law and relevant provisions of international humanitarian law, the *lex specialis* that applies during armed conflict.’³³

In einem späteren Bericht zu unlawful killing führt sie aus: ‘The noted international human rights law standards differ to a degree from those applicable to fighters/combatants during an armed conflict under international humanitarian law. For example one would not expect soldiers to warn their enemies before an attack. Still, international human rights law obligations remain in effect and operate to limit the circumstances when a state actor – even a soldier during internal armed conflict – can employ lethal force. This is particularly the case where the circumstances on the ground are more akin to policing than combat.’³⁴

Hierdurch wird deutlich, dass die Kommission die Ansicht vertritt, dass die Anwendung des Humanitären Völkerrechts die Anwendung der Menschenrechte im bewaffneten Konflikt nicht ‘verdrängt’. Vielmehr finden beide Regime gleichzeitig Anwendung. Die Separationstheorie wird implizit abgelehnt.

Gleichzeitig erkennt die Kommission die Komplexität und die Schwierigkeit der Beziehung zwischen ihnen an: ‘The legal regimes applicable to the crimes and violations under review here comprise a complex arena of international law and the jurisprudence on some issues is not altogether settled.’³⁵

²⁴ Z.B. seit April 2014 zur Ukraine.

²⁵ OHCHR, Commissions of Inquiry and Fact-finding Missions on International Human Rights and Humanitarian Law. Guidance and Practice, New York/Genf 2015. Für einen guten, auch historischen, Überblick: C. Chinkin, U.N. Human Rights Council Fact-Finding Missions: Lessons from Gaza, in: M. Arsanjani *et al.* (Hrsg.) Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, Leiden 2010, S. 475-498 und C. Hellestveit, International Fact-Finding Mechanisms. Lighting Candles or Cursing Darkness?, in: C. M. Bailliet / K. M. Larsen (Hrsg.), Promoting Peace through International Law, Oxford 2015, S. 368-394.

²⁶ UN-Menschenrechtsrat (UNHRC), Report of the International Commission of Inquiry to Investigate All Alleged Violations of International Human Rights Law in the Libyan Arab Jamahiriya, UN Doc. A/HRC/17/44, 1. Juni 2011; UNHRC, Report of the International Commission of Inquiry on Libya, UN Doc. A/HRC/19/68, 8. März 2012.

²⁷ Zuletzt zum Thema: UNSMIL/OHCHR, Human Rights Defenders Under Attack, 25. März 2015.

²⁸ UNSMIL/OHCHR, Overview of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law During the on-going Violence in Libya, 4. September 2014, S. 10.

²⁹ UNSMIL/OHCHR, Update on Violations of International Human Rights and Humanitarian Law During the on-going Violence in Libya (revised), 23. Dezember 2014, S. 9.

³⁰ UNSMIL/OHCHR, a.a.O. (Fn. 28), S. 10.

³¹ UNSMIL/OHCHR, a.a.O. (Fn. 29), S. 9.

³² *Ibid.*

³³ UNHRC, UN Doc. A/HRC/17/44, a.a.O. (Fn. 26), S. 2.

³⁴ UNHRC, Report of the International Commission of Inquiry on Libya, a.a.O. (Fn. 26), S. 59.

³⁵ *Id.*, S. 29.

5.2. Syrien

Zu Syrien berichten seit 2011 die Unabhängige Internationale Untersuchungskommission (Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic) und der Länder-Sonderberichterstatte. Beide wurden vom UN-Menschenrechtsrat eingesetzt. Im Folgenden geht es um die Berichterstattung der Kommission.

Die Berichtsgliederung hat sich im Lauf der Zeit geändert. Ein Bericht von 2013 ist zum Beispiel in zwei große Abschnitte aufgeteilt. Der erste Abschnitt befasst sich mit Rechtsverletzungen gegenüber der Zivilbevölkerung und kampfunfähigen Soldat(inn)en (*hors de combat*), unter anderem an den Beispielen Massaker, willkürlicher Inhaftierung und erzwungenem Verschwindenlassens, Folter, sexueller Gewalt und Verletzung der Rechte von Kindern. Der zweite Abschnitt thematisiert Rechtsverletzungen während militärischer Aktivitäten wie rechtswidrige Angriffe, Übergriffe gegen speziell geschützte Personen und Einrichtungen sowie Zerstörung von Eigentum.³⁶ Zwei Jahre später wird in den Hauptabschnitten unterschieden nach dem Schutz der Opfer, der Verantwortung und Zurechenbarkeit für Rechtsverletzungen und der gemeinsamen Verantwortung für ein Ende des Krieges. Jeder Bericht enthält ein Kapitel mit Schlussfolgerungen und Empfehlungen.³⁷

In ihrem ersten Bericht vom 23. November 2011 kommt die Kommission zu dem Ergebnis, dass das Risiko eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts bestehe. Auf diesen fänden sowohl Menschenrechte als auch Humanitäres Völkerrecht Anwendung, wobei Letzteres als *lex specialis* heranzuziehen sei: ‚The Commission is concerned that the armed violence in the Syrian Arab Republic risks rising to the level of an ‘internal armed conflict’ under international law. Should this occur, international humanitarian law would apply. The commission recalls that the International Court of Justice has established that human rights law continues to apply in armed conflict, with the law of armed conflict applying as *lex specialis* in relation to the conduct of hostilities.’³⁸

Diese Position bestätigt die Kommission in ihrem Bericht im Februar 2012, wobei jedoch gewisse Unsicherheiten in der Verifizierung eingeräumt werden: ‚While the Commission is gravely concerned that the violence in certain areas may have reached the requisite level of intensity, it was unable to verify that the Free Syrian Army (FSA), local groups identifying themselves as such or other anti-Government armed groups had reached the necessary level of organization.’³⁹

Die Qualifizierung als nicht-internationaler bewaffneter Konflikt erfolgt erst in dem Bericht vom 16. August 2012. Die Kommission kündigte an, dass sowohl Menschenrechte als auch Humanitäres Völkerrecht Anwendung finden müssen: ‚In its previous reports, the commission did not apply international humanitarian law. During the present reporting period, the commission determined that the intensity and duration of the conflict, combined with the increased organizational capabilities of anti-government armed groups, had met the legal threshold for a non-international armed conflict. With this determination, the commission applied international humanitarian law in its assessment of the actions of the parties during hostilities.’⁴⁰

Indem die Kommission über die Menschenrechtsverletzungen *und* die Verletzungen des Humanitären Völkerrechts berichtet, wird deutlich, dass sie für die komplementäre Anwendbarkeit der beiden Rechtsformen plädiert. Sie betont wiederholt, dass Syrien an beide Regime gebunden ist und diese zu respektieren habe.

Tötungen und außergerichtliche Hinrichtungen von Zivilist(inn)en werden sowohl als Menschenrechtsverletzung als auch Verletzungen des Humanitären Völkerrechts eingestuft: ‚Anti-government armed groups killed persons who were either hors de combat fighters or civilians taking no active part in hostilities, thereby committing the war crime of murder. Such killings also breach international human rights law.’⁴¹ Beide Regime verbieten die (unterschiedslose) Tötung von Zivilist(inn)en.

Auch Folter und unmenschliche Behandlung werden sowohl als Verletzungen des Humanitären Völkerrechts als auch der Menschenrechte qualifiziert: ‚Torture and other forms of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment have been committed by the Syrian Government, in violation of its obligations under international human rights and international humanitarian law.’⁴²

Zur Tötung von Zivilist(inn)en durch Massaker wird folgende rechtliche Bewertung festgelegt: ‚An intentional mass killing of civilians not directly participating in hostilities, or hors de combat fighters, by organized armed forces or groups in a single incident, in violation of international human rights or humanitarian law.’⁴³

5.3. Ukraine

Seit März 2014 berichtet das OHCHR über Menschenrechtsverletzungen in der Ukraine. Hier handelte es sich um eine Eigeninitiative ohne Mandatierung durch den UN-Men-

³⁶ UNHRC, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, UN Doc. A/HRC/22/59, 5. Februar 2013.

³⁷ UNHRC, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, UN Doc. A/HRC/28/69, 5. Februar 2015.

³⁸ UNHRC, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, UN Doc. A/HRC/S-17/2/Add. 1, 23. November 2011, S. 18.

³⁹ UNHRC, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, UN Doc. A/HRC/19/69, 22. Februar 2012, S. 6.

⁴⁰ UNHRC, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, UN Doc. A/HRC/21/50, 16. August 2012, S. 6.

⁴¹ UNHRC, a.a.O. (Fn. 36), S. 13.

⁴² UNHRC, a.a.O. (Fn. 37), S. 44.

⁴³ UNHRC, a.a.O. (Fn. 36), S. 10.

schenrechtsrat.⁴⁴ In der concept note wird kurz die Entscheidung begründet.⁴⁵ OHCHR hat die Aufgabe ‘to promote and protect the enjoyment and full realization, by all people, of all rights established in the Charter of the United Nations and in international human rights laws and treaties.’⁴⁶ Die Gliederung der Berichte hat sich im Lauf des Berichtszeitrahmens verändert. Der letzte Bericht vom August 2015 ist neben der Zusammenfassung und den Schlussfolgerungen in folgende Kapitel gegliedert: (1) Recht auf Leben, Freiheit, Sicherheit und körperliche Unversehrtheit; (2) fundamentale Freiheiten; (3) wirtschaftliche und soziale Rechte; (4) Verantwortung und Justiz und (5) legislative Entwicklungen und Menschenrechte in der autonomen Republik Krim.⁴⁷

In dem ersten (April 2014) und zweiten Bericht (Mai 2014) berichtet das OHCHR ausführlich über Menschenrechtsverletzungen. Humanitäres Völkerrecht wird in diesem Zusammenhang nicht erwähnt.⁴⁸ Im dritten Bericht im Juli 2014 wird in einer Fußnote auf eine Pressemitteilung des IKRK verwiesen, welche die Situation als nicht-internationalen bewaffneten Konflikt bewertet.⁴⁹

Am 17. August 2014 ist von einer gleichzeitigen Verletzung von Menschenrechten und Humanitärem Völkerrecht die Rede.⁵⁰ Diese Aussage wird auch in dem nachfolgenden Bericht bestätigt: ‘It is critical for all those involved in the conflict to comply with international humanitarian and human rights law and to be fully aware of the consequences of their actions, and the concept of command responsibility.’⁵¹ Dieser Satz macht deutlich, dass beide Rechtsbereiche gleichzeitig für anwendbar gehalten werden. Die Akteure müssen sich sowohl menschenrechtskonform verhalten als auch die Vorgaben des Humanitären Völkerrechts beachten.

Im Bericht vom 15. November 2014 zählt das OHCHR sehr detailliert die Rechtsverletzungen auf und ordnet sie entweder Regierungskräften oder der bewaffneten Opposition zu.⁵² Im Bericht vom 15. Juli 2015 bezieht sich die Kommission auf die Aussage des IKRK, welches den Konflikt in der Ukraine als einen nicht-internationalen bewaffneten Konflikt qualifiziert hatte: ‘On 23 July, the International Committee of the Red Cross (ICRC) issued a News Release calling the fighting in eastern Ukraine a ‘non-international armed conflict’ and urging all parties to comply with international humanitarian law. This requires to impose restrictions on the means and methods of warfare and to distinguish at all times between civilians and persons directly participating in the conflict.’⁵³ Für die gleichzeitige Anwendbarkeit des Humanitären Völkerrechts und der Menschenrechte spricht sich der Bericht vom August 2015 aus.⁵⁴

Schließlich wird zum Schutz von Journalist(inn)en festgehalten: ‘In addition to international human rights law, in the context of armed conflict, also international humanitarian law provides protection for journalists. In armed conflict, journalists are entitled to all the protections afforded to all other civilians. Journalists will lose this protection if they directly participate in hostilities for as long as they take direct part. It is therefore prohibited to target journalists who carry out their lawful professional activities.’⁵⁵

6. Zur Behandlung bewaffneter Oppositionsgruppen

In den Länderberichten werden nicht nur Rechtsverletzungen der Regierung aufgelistet, sondern auch der bewaffneten

Oppositionsgruppen. Völkerrecht gilt grundsätzlich zwischen den Staaten, jedoch wird heute anerkannt, dass auch Letztere an das Völkerrecht gebunden sind und es zu respektieren haben.⁵⁶ Unklarheit besteht indessen über den Umfang und die Reichweite der Bindung, zum Beispiel welche Standards binden sie, welche Einschränkungen durch reale Operationsbedingungen, besonders von Gruppen ohne territoriale Kontrolle, könnten zu berücksichtigen sein.⁵⁷

Zu Libyen wird gefordert: ‘All armed groups comply fully with international humanitarian law, specifically with the principles of distinction, proportionality and precaution in attack. In particular, they must immediately cease all attacks on civilians and must take steps to protect civilians and fighters hors de combat. All armed groups must also desist from violations of international human rights law and humanitarian law and abuses of human rights, and remove from active duty those suspected of such actions.’⁵⁸

In den Berichten zu Syrien wird den Oppositionsgruppen vorgeworfen für Tötungen, Vergewaltigungen, sexuellen Missbrauch, unmenschliche Behandlung, Geiselnahmen,

⁴⁴ Bisher sind 9 Berichte erschienen. ‘In March 2014, the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights deployed to Ukraine a Human Rights Monitoring Mission to evaluate and report on the human rights situation and to provide support to the Government of Ukraine in the promotion and protection of human rights. The Mission covers human rights development in the entire country, with human rights monitors based in Kyiv, Donetsk, Odesa, Kharkiv, and Lviv. As part of its work, the Mission prepares monthly reports describing the human rights situation and makes recommendations. These reports are public and are available in English with unofficial translations into the Ukrainian and Russian languages.’ UN, UN Human Rights Monitoring Mission in Ukraine, <http://www.un.org.ua/en/information-centre/news/1870> (zuletzt abgerufen am 24.11.15).

⁴⁵ ‘The deployment of an OHCHR team to Ukraine is fully consistent with the requirements of the Secretary-General’s Rights Up Front Plan of Action. The Plan of Action also aims to ensure that UN Country Teams are provided with the support they require to respond to the human rights context, including through the deployment of human rights expertise. OHCHR’s engagement, and provision of information and analysis of the human rights situation, will further allow the UN to undertake further steps to respond to an emerging crisis in Ukraine as set out in the Plan of Action.’ OHCHR, Report on the Human Rights Situation in Ukraine (im Folgenden: Report), 15. April 2014, Anhang, S. 1. Zuständig ist die Field Operations and Technical Cooperation Division des OHCHR.

⁴⁶ Siehe OHCHR, Who We Are, <http://www.ohchr.org/EN/AboutUs/Pages/Mandate.aspx> (zuletzt abgerufen am 07.09.2015).

⁴⁷ OHCHR, Report, 16. Mai – 15. August 2015.

⁴⁸ OHCHR, Report, 15. April 2014; OHCHR, Report, 15. Mai 2014.

⁴⁹ OHCHR, Report, 15. Juli 2014, S. 3, Fn. 3.

⁵⁰ OHCHR, Report, 17. August 2014, S. 4.

⁵¹ OHCHR, Report, 16. September 2014, S. 3.

⁵² OHCHR, Report, 15. November 2014.

⁵³ OHCHR, Report, 15. Juli 2015, S. 3.

⁵⁴ OHCHR, Report, 15. August 2014, S. 43.

⁵⁵ OHCHR, Report, 15. November 2014, S. 15.

⁵⁶ A. Peters, Jenseits der Menschenrechte. Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht, Tübingen 2014, S. 204.

⁵⁷ Themenheft ‘Gewaltakteure als private Rechte- und Pflichtenträger’, Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 26 (2013).

⁵⁸ UNHRC, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Situation of Human Rights in Libya and on Related Technical Support and Capacity-Building Needs, UN Doc. A/HRC/28/51, 12. Januar 2015, S. 16.

außergerichtliche Hinrichtungen und Folter verantwortlich zu sein.⁵⁹

In dem Bericht vom 13. August 2014 ist von lang andauernden Geiselnahmen und Entführungen von 200 Zivilist(inn)en die Rede.⁶⁰

Die Oppositionsgruppen werden auch beschuldigt, Humanitäres Völkerrecht zu verletzen: ‘Non-State armed groups increasingly targeted the lifelines of civilians, including power stations, electricity installations, and agricultural land. By attacking, destroying or rendering useless objects indispensable to the survival of the civilian population, armed groups have violated their obligations under international humanitarian law and infringed upon the rights of civilians.’⁶¹ Es werden in den Berichten viele detaillierte Fakten zusammengetragen, jedoch wird das Verhalten der Konfliktakteur(inn)en rechtlich erst gegen Ende des Berichtes, in der Schlussfolgerung, kurz eingeordnet.

Weitgehend ähnlich ist die Bewertung in den Länderberichten über die Ukraine. Die Bindung von Oppositionsgruppen an die Menschenrechte und das Humanitäre Völkerrecht wird auch in den Berichten über die Ukraine bejaht: ‘The armed groups fighting in the east must abide by international law [...]’⁶²

In den Berichten von April und Mai 2014 wird lediglich von Menschenrechtsverletzungen gesprochen, denn die Kommission ging zu diesem Zeitpunkt noch nicht von einem bewaffneten Konflikt aus. Somit werden die Tötungen, Verhaftungen und andere Rechtsverletzungen alle als Menschenrechtsverletzungen durch die bewaffneten Gruppen qualifiziert.⁶³ Erst in den Berichten ab dem 17. August 2014 über die Ukraine wird berichtet, dass sowohl Menschenrechte als auch Humanitäres Völkerrecht durch bewaffnete Gruppen verletzt wurden.⁶⁴

So heißt es in dem Bericht vom 15. November 2014: ‘[...] cases of serious human rights abuses by the armed groups continued to be reported, including torture, arbitrary and incommunicado detention, summary executions, forced labour, sexual violence, as well as the destruction and illegal seizure of property.’⁶⁵

Es wird auch Folgendes kritisiert: ‘Armed groups are locating their military assets in and conducting attacks from densely populated areas thereby putting the whole civilian population at risk. Locating military objectives within or near a densely populated area, and launching attacks from such areas may constitute a violation of international humanitarian law.’⁶⁶

Abschließend lässt sich im Hinblick auf die traditionelle Nicht-Behandlung von Aktivitäten privater Gewaltakteure ergänzen, dass der UN-Menschenrechtsschutz begonnen hat, eigene Berichte hierzu herauszugeben oder über Handlungen dieser Gruppen zusammen mit der Regierungspraxis zu berichten.⁶⁷ Dies ist eine neue Entwicklung, denn traditionell ist das System des internationalen Menschenrechtsschutzes fokussiert auf die Verpflichtung von Staaten, deren Rechenschaftspflicht und die öffentliche Diskussion im Rahmen des Menschenrechtsrates.

7. Schlussfolgerungen

7.1. Normative Fragen

Das OHCHR und die Untersuchungskommissionen des UN-Menschenrechtsrates vertreten durchgehend die Meinung, dass Menschenrechte im bewaffneten Konflikt anwendbar seien. Damit entscheiden sie sich deutlich gegen die These einer exklusiven Anwendbarkeit des Humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten. Häufig verweisen die Kommissionen auf die Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs, nach der im Fall des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts Menschenrechte anwendbar bleiben.⁶⁸ Ihre Argumentation wird indes nicht ausführlich begründet, wobei freilich zu berücksichtigen ist, dass Länderberichte keine vertieften völkerrechtlichen Analysen bieten können. Freilich gibt es einige Staaten wie die USA und Israel, die die Separationstheorie bevorzugen.

Ein weiteres normatives Problem ist die Frage nach den anzuwendenden völkerrechtlichen Normen unterhalb der Schwelle eines bewaffneten Konfliktes bei sogenannten inneren Unruhen (internal disturbances). Denn hier gelten nach dem Völkerrecht die Menschenrechte und noch nicht das Humanitäre Völkerrecht. Dies ist eine wichtige Frage, weil es keine Instanz gibt, die verbindlich während des Konflikts entscheiden könnte, wann die Schwelle zum bewaffneten Konflikt überschritten ist. Vielmehr müssen die (berichtenden, bewertenden) Akteur(inn)en dies selbst ermitteln. Und die von ihnen eingenommene Position ist natürlich politisch umstritten für den betreffenden Staat, der Gegner in der Regel als Kriminelle und Terrorist(inn)en darstellen möchte, nicht aber als eine Konfliktpartei mit Rechten und Pflichten.

7.2. Berichtsschwerpunkte

In den Berichten wird der Fokus auf Verletzungen des Rechts auf Leben, Folter und willkürliche Inhaftierung und erzwungenes Verschwinden gelegt. In zweiter Linie werden die

⁵⁹ UNHRC, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, UN Doc. A/HRC/27/60, 13. August 2014.

⁶⁰ *Id.*, S. 8.

⁶¹ UNHRC, a.a.O. (Fn. 37), S. 61.

⁶² OHCHR, Report, 15. Juli 2014, S. 7.

⁶³ OHCHR, Report, 15 April 2014; OHCHR, Report, 15. Mai 2014.

⁶⁴ OHCHR, Report, 17. August 2014, S. 4.

⁶⁵ OHCHR, Report, 15. November 2014, S. 5.

⁶⁶ OHCHR, Report, 15. Juli 2015, S. 8.

⁶⁷ Zum ‘Islamischen Staat’: UNHRC, Selected Testimonies from Victims of the Syrian Conflict, UN Doc. A/HRC/27/CRP.1, 16. September 2014; UNHRC, Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism, Ben Emmerson, UN Doc. A/HRC/29/51, 16. Juni 2015. Zu Boko Haram wurde im April 2015 die 23. Sondersitzung des UN-Menschenrechtsrats abgehalten, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/SpecialSessions/Session23/Pages/23rdSpecialSession.aspx> (zuletzt abgerufen am 24.11.15).

⁶⁸ Z. B. zu Syrien: ‘The Commission recalls that the International Court of Justice has established that human rights law continues to apply in armed conflict, with the law of armed conflict applying as *lex specialis* in relation to the conduct of hostilities.’ UNHRC, a.a.O. (Fn. 38), S. 18.

Menschenrechte auf Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit und Ähnliches angesprochen. Unter den besonders verletzlichen Gruppen figurieren Kinder, Frauen sowie Migranten(inn)en. Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte kommen nur in der Berichterstattung zur Ukraine vor.

In der Gliederung arbeiten die meisten Berichte mit einem Abschnitt zu Verletzungen des Völkerrechts, andere unterscheiden zwischen Verletzungen der Menschenrechte und des Humanitären Völkerrechts. Themen des letztgenannten Bereichs sind unter anderem Angriffe auf die Zivilbevölkerung, verbotene Waffen, Einsatz von Söldner(inen)n, sexuelle Gewalt und die Situation von Kindern.

7.3. Entscheidende politische Funktionen – und Grenzen⁶⁹

Die hier untersuchte Länderberichterstattung hat wichtige politische Funktionen. Sie dient der Orientierung für die internationale Gemeinschaft, welche Entwicklungen im Konfliktland stattfinden und wie Handlungen der Konfliktakteure völkerrechtlich zu bewerten sind (internationale Strafgerichtsbarkeit).⁷⁰ Sie sind nicht dazu da, um gerichtliche Entscheidungen zu ersetzen, tragen aber zur Diskussion und zu Entscheidungsprozessen bei den Vereinten Nationen bei und bieten interessante Beispiele für weitere Beratungen zur Entwicklung von ‚good practices‘.⁷¹

Die Vereinten Nationen fordern auf dieser Grundlage die betroffenen Regierungen und nicht-staatlichen Akteure auf, Menschenrechte und Humanitäres Völkerrecht zu beachten, Verletzungen vorzubeugen und Verantwortliche zur Rechenschaft zu ziehen. In den letzten Jahren dienten die Berichte nicht nur der Diskussion in der begrenzten Menschenrechtscommunity in Genf, sondern waren auch einflussreich bei entsprechenden Diskussionen im Sicherheitsrat und der Generalversammlung. Auch internationale Medien beziehen sich auf sie als glaubwürdige Informationsquelle.

7.4. Hindernisse und Risiken

Die politische Bewertung und daraus abgeleiteten Vorschläge für Maßnahmen erfolgen für die Regierungen meist im Kontext von nationaler Außenpolitik. Im Rahmen der Vereinten Nationen erfolgen sie im Kontext einer eher interventionsskeptischen Mehrheit von Mitgliedsstaaten. Da in aller Regel Informationen über Konfliktverläufe und Verletzungen des Völkerrechts, bei den beteiligten Akteuren um-

stritten sind, ist eine zeitnahe, hochwertige Berichterstattung mit dem Menschenrechtssiegel ein zentraler Faktor, um zu einer möglichst präzisen, vollständigen Beurteilung der Situation zu kommen. Eine solche stellt stark politisch-ideologisch geprägte Bewertungen der Konfliktakteure infrage und ermutigt zu einer ernsthaften politischen Diskussion. Sie setzt natürlich Menschenrechtsakteure/-akteurinnen dem politischen Druck – um nicht zu sagen: Angriffen – der Konfliktakteure/-akteurinnen aus, deren Strategien dadurch untermindert werden. Aber dies lässt sich nicht vermeiden.

7.5. Erwartungen

Die Weiterentwicklung eines guten Monitoring von bewaffneten Konflikten sollte dazu beitragen, frühzeitig klare Forderungen an Staaten und nichtstaatliche Akteure/akteurinnen als Konfliktparteien zu richten und dabei helfen, präventive und begleitende Arbeitsansätze auszuarbeiten. Dies kann sich positiv auf den Menschenrechtsschutz, das Flüchtlingsrecht und das Humanitäre Völkerrecht auswirken; ein wichtiger Punkt, solange sich die Gewaltkonflikte selbst nicht verhindern oder frühzeitig lösen lassen.

Für die Zukunft wird deutlich: Gelänge es dem Menschenrechtsschutz und anderen Akteur(inn)en, seine Berichterstattung weiter auszubauen, könnte dies den Einfluss auf die politische Bewertung und Entscheidungen von Regierungen, die UN und die Medienberichterstattung und damit den politischen Druck erhöhen. Erinnert sei hier nur an die internationalen Untersuchungskommissionen zu Libyen und Syrien, deren Berichte für die Arbeit des UN-Menschenrechtsrats und auch des Sicherheitsrates erhebliche Bedeutung gewonnen haben. ■

⁶⁹ Für eine breite Diskussion zu internationalen Fact-finding missions, auch zu möglichen Zielkonflikten, siehe C. Hellestveit, a.a.O. (Fn. 25).

⁷⁰ Inwieweit sie im Einzelfall unmittelbare politische Auswirkungen auf das Handeln der Konfliktakteure haben, ist eine andere Untersuchungsfrage.

⁷¹ Dieses Argument gewinnt an Bedeutung, wenn man an die aktuelle gemeinsame Initiative der Schweiz und des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz denkt, Staaten für die Berichterstattung über ihre Erfahrungen bei der Anwendung des Humanitären Völkerrechts zu gewinnen, die dann auch diskutiert werden könnten: IKRK/Schweiz, Joint Initiative by Switzerland and the ICRC on Strengthening Compliance with International Humanitarian Law.

Kurden- und Tschetschenienfälle vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

Çilem Şimşek*

The present article examines the relationship between human rights law and international humanitarian law in the context of the Kurdish and Chechen cases before the European Court of Human Rights. The article provides a brief overview of the doctrinal debate and goes on to examine the jurisprudence of the Court with regard to Turkey and Russia. The Court's practice shows that it has generally avoided applying international humanitarian law in cases that involved internal conflicts. It has rather fully applied the relevant Articles 2 and 5 of the European Convention on Human Rights to the situation of a conflict. This very particular approach of the Court does not only bear chances but also risks for the protection of human rights.

In diesem Aufsatz wird das Verhältnis von Menschenrechten und Humanitärem Völkerrecht im Kontext der Kurden- und Tschetschenienfälle vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte untersucht. Nach einem kurzen Überblick über die rechtsdogmatische Diskussion wird die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Türkei und zu Russland geprüft. Wie die Rechtspraxis verdeutlicht, vermeidet der Gerichtshof eine direkte Anwendung der Regeln des Humanitären Völkerrechts in Situationen bewaffneter Konflikte. Aus der Gesamtschau der Entscheidungen ergibt sich, dass der Gerichtshof die Konventionsstandards von Art. 2 und 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention voll auf diese Situationen anwendet. Diese Vorgehensweise bringt nicht nur Chancen, sondern auch Risiken für den Menschenrechtsschutz mit sich.

1. Einleitung

Die Frage nach dem Zusammenspiel von Humanitärem Völkerrecht und den Menschenrechten wurde in der Literatur bereits ausgiebig diskutiert.¹ Die rechtsdogmatische Diskussion konzentriert sich dabei im weitesten Sinne auf die Frage, ob das Verhältnis zwischen den beiden Rechtsgebieten die Möglichkeit einer Normenkollision umfasst, oder beide Rechtsgebiete derart unterschiedlich sind, dass es nicht zu Konflikten zwischen ihnen kommen kann. Der Theorienstreit zu dieser Frage wird maßgeblich von der separatistischen², komplementaristischen³ und integrationistischen Theorie⁴ sowie der *lex specialis*-Position des Internationalen Gerichtshofs⁵ geprägt.⁶ Während einige⁷ also bis heute eine strikte Trennung beider Regelungsregime befürworten, sprechen sich andere⁸ für eine gleichzeitige Anwendbarkeit von Humanitärem Völkerrecht und den Menschenrechten aus. Da das klassische Völkerrechtsverständnis im Sinne der Separationstheorie mittlerweile einhellig als überholt gilt,

wird in der Völkerrechtswissenschaft überwiegend vertreten, dass Menschenrechtsverträge auch in bewaffneten Konflikten grundsätzlich fortgelten müssen.⁹ Das Verhältnis zwischen Humanitärem Völkerrecht und den Menschenrechten

* Çilem Şimşek ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Internationale Angelegenheiten der Universität Hamburg.

¹ Siehe zum rechtsdogmatischen Theorienstreit auch die Ausführungen von H.-J. Heintze, Theorien zum Verhältnis von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht, in: *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* 24 (2011), S. 4-11.

² Die separatistische Theorie wird insbesondere vertreten von M. Muskhata, The Development of International Humanitarian Law and the Law of Human Rights, in: *German Yearbook of International Law* 21 (1978), S. 150-168; H. Meyrowitz, Le droit de la guerre et les droits de l'homme, in: *Revue du droit Public et de la science politique en France et à l'étranger* 88 (1972), S. 1059 ff.; K. D. Suter, An Inquiry into the Meaning of the Phrase 'Human Rights in Armed Conflict', in: *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre* 15 (1976), S. 393 ff.

³ Vertreter der komplementaristischen Theorie sind insbesondere É. David, *Principes de droit des conflits armés*, Brüssel 1994, S. 73-84; D. Schindler, *Le comité international de la Croix-Rouge et les droits de l'homme*, in: *Revue internationale de la Croix-Rouge* 715 (1979), S. 3-15. Vgl. dazu auch M. Bothe, The Historical Evolution of International Humanitarian Law, in: H. Fischer / U. Froissart / W. Heintschel von Heinegg / C. Raap (Hrsg.), *Krisensicherung und Humanitärer Schutz – Festschrift für Dieter Fleck*, Berlin 2014, S. 37, 41.

⁴ Bei der integrationistischen Theorie wird oftmals auf zwei Vertreter verwiesen: J. Pictet, *Die Grundsätze des humanitären Völkerrechts*, Genf 1967, S. 7 ff. sowie A. H. Robertson, *Humanitarian Law and Human Rights*, in: C. Swinarski (Hrsg.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genf/Den Haag 1984, S. 793-803. Andere Ansätze vertreten insbesondere S. McBride, *Human Rights in Armed Conflict: The Interrelationship Between the Humanitarian Laws and the Law of Human Rights*, in: *The Military Law and Law of War Review* 9 (1970), S. 373; G.I.A.D. Draper, *The Relationship Between the Human Rights Regime and the Law of Armed Conflict*, in: *Israel Yearbook on Human Rights* 1 (1971), S. 203; W. Kälin (Hrsg.), *Human Rights in Times of Occupation: The Case of Kuwait*, Bern 1994, S. 27.

⁵ Vgl. IGH, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8 July 1996, § 25; IGH, *The Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, § 106. Vgl. dazu die Ausführungen von B. Schäfer, *Zum Verhältnis Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht*, in: E. Klein / C. Menke (Hrsg.), *Studie zu Grund- und Menschenrechten*, Band 13, Potsdam 2006, S. 43.

⁶ Siehe dazu auch H.-J. Heintze, *Theories on the Relationship Between International Humanitarian Law and Human Rights Law*, in: R. Kolb / G. Gaggioli (Hrsg.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Cheltenham/Northampton 2013, S. 53-64.

⁷ Vgl. M. Muskhata, a.a.O. (Fn. 2), S. 150-168; H. Meyrowitz, a.a.O. (Fn. 2), S. 1059 ff. und K. D. Suter, a.a.O. (Fn. 2), S. 393 ff.

⁸ Vgl. J. Pictet, a.a.O. (Fn. 4), S. 793-803; S. McBride, a.a.O. (Fn. 4), S. 373; G.I.A.D. Draper, a.a.O. (Fn. 4), S. 203; W. Kälin, a.a.O. (Fn. 4), S. 27.

⁹ Angesichts der steigenden Anzahl asymmetrischer Kriege wird die Separationstheorie den Problemen der Einordnung dieser neuen Kriegsformen und der modernen Kriegsführung nicht mehr gerecht; der Trennungsansatz der Separationstheorie erscheint daher veraltet und ist daher abzulehnen. Für eine Anwendbarkeit beider Regelungsregime spricht im Übrigen die Bezugnahme zueinander: Die regionalen Menschenrechtsabkommen berücksichtigen bewaffnete Konflikte im Rahmen von Derogationsregelungen und das humanitäre Völkerrecht nimmt im internationalen bewaffneten Konflikt in Zusatzprotokoll I und im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt in Zusatzprotokoll II Bezug zu den Menschenrechten. Vgl. dazu M. Bothe, a.a.O. (Fn. 3), S. 37, 41 und R. Kolb, *Human Rights and Humanitarian Law*, in: R. Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law Online*, <http://www.mpepil.com> (alle zuletzt aufgerufen am 23. September 2015).

ist zwar nach wie vor umstritten, die Rechtstheorie wendet sich wohl aber immer mehr der Komplementaritätstheorie zu, die auch als herrschend anzusehen ist.¹⁰

Auch der Internationale Gerichtshof (IGH) geht von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit der Menschenrechtsverträge in Zeiten bewaffneter Konflikte aus.¹¹ Er vertritt die Ansicht, dass im Falle eines bewaffneten Konflikts das Humanitäre Völkerrecht das speziellere Recht sei.¹² Seine ‚Mauergutachten‘ und ‚Nuklearwaffengutachten‘ werden daher teilweise als Bestätigung der komplementaristischen Theorie gesehen.¹³

Die rechtsdogmatische Diskussion hat längst auch Eingang in die Rechtspraxis der internationalen Menschenrechtskonventionsorgane gefunden. Dies ist nicht überraschend, da sich beide Rechtskörper das Ziel des Schutzes und der Absicherung des Menschen unter allen Umständen teilen.¹⁴ Für die Menschenrechtskonventionsorgane stellt sich die konkrete Frage, ob sie die jeweiligen Menschenrechtsverträge im Falle eines bewaffneten Konfliktes anwenden dürfen oder auf die Regeln des Humanitären Völkerrechts zurückgreifen müssen.

Der Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen (UN)¹⁵, die Interamerikanische Menschenrechtskommission¹⁶ und der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte¹⁷ haben bereits – ausdrücklich oder indirekt – Stellung zu der Frage nach der Anwendbarkeit von Menschenrechten und Humanitärem Völkerrecht genommen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat bisher keine offizielle Position zum militärischen Charakter der Konflikte und die sich daraus ergebende Frage der Anwendbarkeit des Humanitären Völkerrechts bezogen. Auch hat er es strikt vermieden, eine Bewertung des Gesamtkonflikts in den jeweiligen Ländern vorzunehmen. Es wird der Eindruck vermittelt, dass sich der Gerichtshof der politischen Brisanz seiner Urteile durchaus bewusst ist und er die Entwicklungen in der Südosttürkei und im Nordkaukasus jedenfalls nicht aktiv beeinflussen möchte. Angesichts seiner passiven Haltung könnte daher gemutmaßt werden, dass er aus Gründen der politischen Rücksichtnahme auf eine Positionierung verzichtet.¹⁸ Die Frage nach der Anwendbarkeit von Humanitärem Völkerrecht und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) spielt aber auch für ihn eine bedeutende Rolle, da er eine Vielzahl von Individualbeschwerden zu entscheiden hatte, die die Tötung von Zivilisten durch staatliche Militäroperationen zum Gegenstand hatte.

In diesem Aufsatz wird die Rechtspraxis des Gerichtshofs zu den Kurden- und Tschetschenienfällen untersucht, da die militärischen Auseinandersetzungen in beiden Ländern vor allem wegen der gravierenden Auswirkungen auf die elementaren Rechte der EMRK Aufmerksamkeit auf sich gezogen haben. Wegen der schwerwiegenden Auswirkungen der Konflikte auf die Zivilbevölkerungen musste sich der Gerichtshof zum Verhältnis von Humanitärem Völkerrecht und den Rechten der Konvention äußern und dies hat er – wenn auch nur indirekt – auch getan.

Die Untersuchung befasst sich daher im weitesten Sinne mit der rechtsdogmatischen Frage, ob die EMRK im Falle eines nicht-internationalen Konflikts Anwendung findet oder die Regeln des Humanitären Völkerrechts Vorrang vor den Konventionsrechten genießen.

Die Untersuchung der Kurden- und Tschetschenienfälle wird sich im Wesentlichen auf drei Fragen konzentrieren:

1. Wie bewertet der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) die gegenwärtige Gewalt im Südosten der Türkei und in Tschetschenien? Stuft er die Situationen in den Ländern als nicht-internationale bewaffnete Konflikte ein?
2. Welchen generellen Einfluss hat das Humanitäre Völkerrecht bei der Anwendung der EMRK, welchen konkreten Einfluss bei der Auslegung der Konventionsrechte?
3. Lassen sich anhand der gefestigten und jüngsten Rechtsprechung Tendenzen hinsichtlich der Position des Gerichtshofs zu der rechtsdogmatischen Diskussion erkennen?

2. Länderprofile Türkei und Russland

Die Türkei und Russland nehmen nicht zuletzt aufgrund der hohen Beschwerdeeingänge und der Schwere der Konventionsverstöße außerordentliche Positionen im Europarat und beim Gerichtshof ein. Insofern erscheint ein genereller Überblick über beide Länder im Europarat und am Gerichtshof berechtigt.

2.1. Türkei

Die Türkei ist dem Europarat am 9. August 1949 beigetreten und hat die EMRK im Jahre 1954 ratifiziert. 1987 hat sie sich der Jurisdiktion der Kommission und ab 1990 des ‚alten‘ Gerichtshofs unterworfen.¹⁹ Bevor die Türkei das 11. Zusatzprotokoll am 11. Juli 1997 ratifiziert hat, gab sie ihre Unterwerfungserklärungen im Übrigen nur mit Vorbehalten ab.²⁰

¹⁰ Vgl. H.-J. Heintze, a.a.O. (Fn. 1), S. 11.

¹¹ *Id.*, S. 5.

¹² Vgl. IGH, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, a.a.O. (Fn. 5) und IGH, *The Legal Consequences of the Construction of a Wall*, a.a.O. (Fn. 5).

¹³ Vgl. die Ausführungen von B. Schäfer, a.a.O. (Fn. 5), S. 41.

¹⁴ Vgl. H.-J. Heintze, a.a.O. (Fn. 1), S. 5.

¹⁵ Vgl. dazu UN-Menschenrechtsausschuss, *General Comment Nr. 31, Nature of the General Legal Obligation on State Parties to the Covenant*, UN Doc. CCPR/C21/Rev.1/Add. 13, 26. Mai 2004, § 11.

¹⁶ Der Interamerikanische Gerichtshof hat sich in einer Reihe von Fällen zur Anwendbarkeit des Humanitären Völkerrechts geäußert; vgl. dazu Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte (IAGMR), *Avilán v. Colombia*, Case 11.142, Report No. 26/97, OEA/Ser.L./V/II.98, doc. 6rev., 13.04.1998, § 177-178; IAGMR, *Abella v. Argentina*, Case 11.137, Report No. 55/97, OEA/Ser.L./V/II.98, doc.6 rev., 18.11.1998, § 159 und § 161 und IAGMR, *Coard v. United States*, Case 10.951, Report No. 109/99, OEA/Ser.L./V/II.106 doc.6 rev., 29.09.1999, § 42.

¹⁷ Der Interamerikanische Gerichtshof hingegen hat im *Las Palmeras-Fall* deutlich gemacht, dass er nicht über die Kompetenzen verfügt, das humanitäre Völkerrecht und den gemeinsamen Art. 3 GK direkt anzuwenden; er berücksichtigt es bei der Auslegung des Rechts auf Leben; vgl. IAGMR, *Las-Palmeras*, 04.02.2000, OEA, Ser. C, Nr. 67, § 32-34, <http://www.refworld.org/docid/4f75c59e2.html>.

¹⁸ So auch gemutmaßt von H.-J. Heintze, *Zum Verhältnis von Menschenrechtsschutz und humanitärem Völkerrecht*, in: *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* 4 (2003), S. 187.

¹⁹ H.-J. Cremer, *Die Türkei vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*, in: *Bitburger Gespräche Jahrbuch* 2 (2005), München 2006, S. 154.

²⁰ *Ibid.* Vgl. zum Individualbeschwerderecht in der Türkei auch C. Rumpf, *Die Anerkennung des Individualbeschwerderechts gemäß Art. 25 EMRK durch die Türkei*, in: *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht* 47 (1987), Stuttgart 1987, S. 778-805.

Von 1987 bis 2014 sind insgesamt 3.095 Urteile gegen die Türkei ergangen, von denen in 2.733 Fällen mindestens eine Konventionsverletzung festgestellt wurde.²¹ Die Türkei ist dementsprechend regelmäßig in der Liste der sogenannten ‚highest case-count countries‘ vertreten.²² Gegenwärtig, also für das Jahr 2015, belegt sie mit 9000 anhängigen Fällen vor dem Gerichtshof den dritten Platz in dieser Liste.²³ Die Kanzlei, der Verwaltungsapparat des Gerichtshofs, verfügt derzeit über 46 Angestellte mit türkischer Staatsangehörigkeit.²⁴ Bei einer Mitarbeiterzahl von 664 gehören die türkischstämmigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu einer der größten länderspezifischen Gruppe am Gerichtshof.²⁵

Angesichts der hohen Beschwerdeeingänge beim Straßburger Gericht wurde in der Türkei lange und intensiv darüber diskutiert, die Verfassungsgerichtsstruktur zu reformieren; das türkische Verfassungsgericht, das bereits im Jahre 1961 eingerichtet wurde, sah bis zur Reform im Jahre 2012 keine Möglichkeiten für die Einrichtung eines Individualbeschwerdeverfahrens vor. Eine Verfassungsänderung ermöglichte ab dem 23. September 2012, erstmals in der türkischen Verfassungsgeschichte, die Einrichtung des Rechtsbehelfs des Individualantrags.²⁶ Sinn und Zweck dieser Verfassungsänderung war es, den Menschenrechtsschutz im innerstaatlichen Rechtsweg zu stärken und die Beschwerdeeingänge vor dem Straßburger Gericht zu reduzieren.²⁷

2.2. Russland

Russland ist dem Europarat am 28. Februar 1996 beigetreten und hat die EMRK am 5. Mai 1998 ratifiziert.²⁸ Für das Jahr 2015 belegt Russland mit 9100 anhängigen Fällen den zweiten Platz in der Liste der ‚highest case-count countries‘.²⁹ In der Kanzlei des Gerichtshofs sind derzeit 65 Angestellte mit russischer Staatsangehörigkeit beschäftigt.³⁰ Die russischstämmigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter stellen somit die größte länderspezifische Mitarbeitergruppe innerhalb der ‚highest case-count countries‘ dar.³¹

Von 1998 bis 2014 sind insgesamt 1.604 Urteile gegen die Russische Föderation ergangen; in 1.503 Fällen wurde eine Verletzung der Konvention festgestellt.³² Die hohen Beschwerdeeingänge und Verurteilungen beim Straßburger Gericht sind in Relation zur Bevölkerung Russlands zu sehen: Mit einer Bevölkerung von ca. 142 Millionen ist Russland der größte Mitgliedstaat des Europarates. Stellt man die Anzahl der Beschwerden in Relation zur Anzahl der Bürger, so ergibt sich im Ergebnis eine ähnliche Beschwerdelast wie bei der Türkei oder Rumänien.³³ Eine Vielzahl von Urteilen gegen Russland betreffen jedoch besonders gravierende Verstöße gegen das Verbot der Folter und unmenschliche Behandlung nach Artikel 3 EMRK sowie das Recht auf Leben nach Artikel 2 EMRK;³⁴ dies schlägt bei der Bewertung der Beschwerdeflut im Ergebnis negativ für Russland zu Buche.³⁵ Russland hat ferner lange gezögert, das 14. Zusatzprotokoll zur EMRK zu ratifizieren, da der Gerichtshof eine Vielzahl von politisch unbeliebten Entscheidungen getroffen hat.³⁶ Damit hat Russland die Reformprozesse lange verhindert.³⁷ Das Protokoll Nr. 14 ist seit der Ratifikation von Russland schließlich am 1. Juli 2010 in Kraft getreten.

3. Der Kurden- und Tschetschenienkonflikt vor dem EGMR

3.1. Übersicht zu den Kurden- und Tschetschenienfällen

Der EGMR hat insgesamt ca. 280 Urteile gegen die Türkei und 230 Urteile gegen Russland hinsichtlich der Konflikte im Südosten der Türkei und in Tschetschenien gesprochen und dabei zahlreiche Konventionsverletzungen zulasten beider Länder festgestellt.³⁸

²¹ EGMR, Violations by Article and by State – 1959 – 2014, Länderstatistik, http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2014_ENG.pdf, S. 7.

²² EGMR, Applications Pending Before a Judicial Formation 31/12/2014, Statistik des Gerichtshofs zu den anhängigen Fällen für 2014, http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_2014_ENG.pdf.

²³ EGMR, Pending Applications Allocated to a Judicial Formation, Statistik des Gerichtshofs zu den anhängigen Fällen für 2015, http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_month_2015_BIL.pdf.

²⁴ Vgl. das Länderprofil der Türkei, EGMR, Turkey, http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Turkey_ENG.pdf (23. September 2015).

²⁵ Die Kanzlei unterhält insgesamt drei Rechtsabteilungen mit türkischstämmigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, (sogenannte legal divisions) sowie eine Filtersektion. Siehe dazu den Organisationsplan des Gerichtshofs, EGMR, Organisation, http://www.echr.coe.int/Documents/Organisation_Chart_ENG.pdf.

²⁶ E. Göztepe, Eine Analyse der Verfassungsänderung in der Türkei vom 07.05.2010: Ein Schritt in Richtung mehr Demokratie?, in: Europäische Grundrechte Zeitschrift 22-23 (2010), S. 691.

²⁷ O. Can, Die Entwicklung der türkischen Verfassungsgerichtsbarkeit, <http://www.anayasa.gov.tr/ekisite/verfass.pdf>, S. 18.

²⁸ A. Nußberger / D. Marenkov, Russland vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Russlandanalysen 140 (2007), S. 2.

²⁹ Vgl. EGMR, a.a.O. (Fn. 23).

³⁰ Siehe dazu das Länderprofil der Russischen Föderation, EGMR, Russia, http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Russia_ENG.pdf.

³¹ Die Mitarbeiteranzahl ‚high case-count countries‘ in der Kanzlei des Gerichtshofs lautet wie folgt: Ukraine: 40; Rumänien: 38; Italien: 24; mit 124 Bediensteten stellen die französischstämmigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Übrigen die größte Gruppe in der Kanzlei des Gerichtshofs dar; die Mitarbeiterzahl ist für jeden Vertragsstaat abrufbar unter ‚press country profile‘.

³² Vgl. EGMR, a.a.O. (Fn. 21).

³³ A. Nußberger / D. Marenkov, a.a.O. (Fn. 28), S. 2.

³⁴ Folgende wichtige Urteile der großen Kammer ergingen in jüngster Zeit gegen Russland: EGMR, Svinarenko and Slvadnev v. Russia, Urt. v. 17.07.2014, Nrn. 32541/08 und 43441/08; EGMR, Janowiec and Others v. Russia, Urt. v. 21.10.2013, Nrn. 55508/07 und 29520/09; EGMR, Catan and Others v. Moldova and Russia, Urt. v. 19.10.2012, Nrn. 43370/04, 8252/05 und 18454/06, HUDOC Human Rights Documentation, <http://www.hudoc.echr.coe.int>.

³⁵ A. Nußberger / D. Marenkov, a.a.O. (Fn. 28), S. 2.

³⁶ Politisch besonders brisant sind die folgenden Entscheidungen: Die Staatenbeschwerde EGMR, Georgia v. Russia, Urt. v. 03.07.2014, Nr. 13255/07 und die Entscheidung EGMR, Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia, Urt. v. 08.07.2004, Nr. 48787/99. Die Staatenbeschwerde betraf die Ausweisung von ca. 4000 georgischen Staatsangehörigen im Jahr 2006. Der Gerichtshof verurteilte Russland auf der Grundlage von Art. 4 Prot. IV EMRK, Art. 5 Abs. 1 und Abs. 4, Art. 3, Art. 13, Art. 3 EMRK. Die zweite Beschwerde betraf die Beschwerde von Politikern, die von transnistrischen Separatisten verhaftet, ins Gefängnis gebracht und dort gefoltert wurden. Der Gerichtshof verurteilte Russland auf der Grundlage der Anwesenheit der russischen Truppen und ihrer ‚effektiven Kontrolle‘ in Transnistrien.

³⁷ A. Nußberger / D. Marenkov, a.a.O. (Fn. 28), S. 2.

³⁸ 350 Urteile sind bei Russland noch anhängig. Vgl. dazu EGMR, Bewaffnete Konflikte, Informationsblatt, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Armed_conflicts_DEU.pdf, S. 7, 13.

Die Konventionsverletzungen sind in beiden Ländern nahezu identisch; mithin betreffen sie Artikel 2, 3, 5, 8, 13 und 14 EMRK sowie Artikel 1 Prot. I EMRK. Unterschiedlich ist lediglich die Konzentration der Konventionsverstöße auf unterschiedliche Konventionsrechte; so betreffen beispielsweise 60 Prozent der Beschwerden gegen Russland das ‚Verschwindenlassen‘ von Personen.³⁹ Im Übrigen befassen sich die Beschwerden am häufigsten mit dem Tod oder der Verletzung von Zivilpersonen, der Zerstörung von Hab und Gut sowie dem Fehlen von wirksamen nationalen Rechtsmitteln.⁴⁰

3.2. Die offiziellen Positionen beider Länder zur Tschetschenien- sowie Kurdenfrage

Trotz der zahlreichen Verurteilungen ist an dieser Stelle klarzustellen, dass weder die Türkei noch Russland die Konflikte in ihren Ländern als nicht-internationale bewaffnete Konflikte anerkannt haben;⁴² Russland stuft die Vorfälle in der Tschetschenischen Republik als Anti-Terror-Operationen ein und die Türkei wehrt sich ebenfalls mit Nachdruck gegen eine Einstufung der Situation im Südosten des Landes als nicht-internationalen bewaffneten Konflikt. Auch sie bewertet die dortigen Militäroperationen als innerstaatliche Anti-Terror-Einsätze.⁴³

Trotz der zahlreichen Verurteilungen haben sich beide Länder nicht auf Artikel 15 EMRK berufen, obgleich dessen Absatz 2 eine Tötung aufgrund rechtmäßiger Kriegshandlungen grundsätzlich zulässt und sie sich – unter der Annahme der Rechtmäßigkeit der Kriegshandlungen – die zahlreichen Verurteilungen dadurch hätten ersparen können.⁴⁴

Die fehlende Bezugnahme kann unter Umständen damit begründet werden, dass die Bezugnahme auf die Ausnahme nach Artikel 15 Absatz 2 EMRK die Anerkennung eines bewaffneten Konflikts gemäß Artikel 15 Absatz 3 EMRK voraussetzt.⁴⁵ Die Türkei und Russland müssten demnach anerkennen, dass die Situationen in der Südosttürkei und in der Tschetschenischen Republik nicht-internationale bewaffnete Konflikte darstellen; dies hätte zur Folge, dass sie die gegnerische Seite als ‚andere Partei‘ anerkennen müssten.

Untersucht man die oben ausgeführten Positionen beider Länder im Lichte ihrer Beitritte zu den Genfer Konventionen und ihrer Zusatzprotokolle (ZP), so ist Folgendes erwähnenswert: Russland hat die Genfer Konventionen (GK) von 1949 am 10. Mai 1954 und die für das Humanitäre Völkerrecht wichtigen Zusatzprotokolle I und II von 1977 am 29. September 1989 ratifiziert. Grundsätzlich verneint es jedoch die Anwendbarkeit des gemeinsamen Artikel 3 des Zusatzprotokolls II und lehnt eine gewohnheitsrechtlich begründete Anwendbarkeit ebenfalls ab.⁴⁶ Die Türkei hat zwar die Genfer Konventionen am 10. Februar 1954 ratifiziert, weder aber das Zusatzprotokoll I, noch das Zusatzprotokoll II.⁴⁷ Mithin stellen sich beide Länder auch gegen eine völkerrechtliche Bejahung der Situationen als nicht-internationale bewaffnete Konflikte.⁴⁸

4. Die Kurdenfälle vor dem EGMR

4.1. Ergi gegen die Türkei

Der Fall Ergi gegen die Türkei⁴⁹ wurde am 28. Juli 1998 entschieden und betraf inhaltlich das Versagen der Streitkräfte,

die Zivilbevölkerung bei der Ausführung von Militäroperationen zu schützen. Der Beschwerdeführer Muharrem Ergi und seine Schwester Havva Ergi, beide Zivilisten, lebten zur Zeit der fraglichen Ereignisse im Südosten der Türkei. Als im September 1993 die türkischen Streitkräfte eine Militäroperation ausführten, kam es zu einem heftigen Schusswechsel zwischen den Streitkräften und Mitgliedern der Arbeiterpartei Kurdistans (PKK). Dabei wurde die Schwester Havva Ergi durch einen Gewehrschuss getötet. Der Sachverhalt ist etwas umstritten, da der Gerichtshof nicht abschließend klären konnte, ob das Geschoss von den türkischen Sicherheitskräften oder von Mitgliedern der PKK abgefeuert wurde.⁵⁰ Der Gerichtshof stellte dennoch eine Verletzung von Artikel 2, 8, 13, 14 EMRK fest, und zwar auf der Grundlage, dass die Gewaltanwendung nach Artikel 2 Absatz 2 EMRK nicht unbedingt erforderlich gewesen sei.⁵¹ Die türkischen Streitkräfte hätten zudem unzureichende Maßnahmen zum Schutz des Lebens der Zivilbevölkerung getroffen.⁵²

³⁹ Vgl. EGMR, *Armed Conflicts*, Informationsblatt, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Armed_conflicts_ENG.pdf, S. 7.

⁴⁰ *Id.*, S. 3, 7.

⁴¹ W. Abresch, *A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya*, in: *The European Journal of International Law* 16(4) (2005), S. 756.

⁴² *Id.*, S. 754.

⁴³ Siehe auch D. Turns, *At the ‘Vanishing Point’ of International Humanitarian Law: Methods and Means of Warfare in Non-International Armed Conflicts*, in: *German Yearbook of International Law* 45 (2002), S. 115-148.

⁴⁴ Art. 15 Abs. 2 EMRK umfasst die Ausnahme, dass bei Todesfällen infolge rechtmäßiger Kriegshandlungen von Art. 2 EMRK abgewichen werden darf; für die Prüfung der EMRK bedeutet dies, dass zum einen das Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK und zum anderen das Recht auf Freiheit und Sicherheit nach Art. 5 EMRK in den Fokus der Untersuchung geraten. Im nächsten Abschnitt wird Art. 2 Abs. 1 EMRK erläutert. Der EGMR hat bisher noch keine Möglichkeit gehabt, über Fälle zu entscheiden, die die Inhaftierung von Zivilpersonen in bewaffneten Konflikten – und somit Art. 5 EMRK – betreffen. Vgl. dazu J. Frowein / W. Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar*, Kehl 2009, Art. 15 EMRK, Rn. 14.

⁴⁵ Wortlaut Art. 15 Abs. 3 EMRK lautet wie folgt: ‚Jede Hohe Vertragspartei, die dieses Recht auf Abweichung ausübt, unterrichtet den Generalsekretär des Europarats umfassend über die getroffenen Maßnahmen und deren Gründe. Sie unterrichtet den Generalsekretär des Europarats auch über den Zeitpunkt, zu dem diese Maßnahmen außer Kraft getreten sind und die Konvention wieder volle Anwendung findet.‘ Siehe EGMR, *Die Europäische Menschenrechtskonvention*, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_DEU.pdf.

⁴⁶ Siehe dazu L. Moir, *The European Court of Human Rights and International Humanitarian Law*, in: R. Kolb / G. Gaggioli, a.a.O. (Fn. 6), S. 481.

⁴⁷ A. Arnaud, *Völkerrecht*, 2. Auflage, Heidelberg 2012, S. 485.

⁴⁸ Siehe dazu E. Strüwer, *Zum Zusammenspiel vom humanitärem Völkerrecht und den Menschenrechten am Beispiel des Targeted Killing*, Frankfurt/M. 2010, S. 79.

⁴⁹ EGMR, *Ergi v. Turkey*, Urt. v. 28.07.1998, Nr. 23818/94.

⁵⁰ *Id.*, para. 79.

⁵¹ Vgl. J. Frowein / W. Peukert, a.a.O. (Fn. 44), Art. 2 EMRK, Rn. 1. Die EMRK gibt nach Art. 2 Abs. 2 EMRK drei Ausnahmen vom Recht auf Leben. Es ist klar, dass sich die drei Ausnahmen auch auf die unbeabsichtigte Tötung durch Schusswaffengebrauch beziehen. Für alle drei Ausnahmen gilt aber, dass Gewaltanwendung absolut notwendig sein muss, um das zulässige Ziel zu erreichen.

⁵² EGMR, a.a.O. (Fn. 49), para. 81.

Humanitäres Völkerrecht

Informationsschriften

Inhaltsübersicht Jahrgang 28, 2015

Thema / Topic

„150 Jahre Genfer Konventionen“
Geschichte und Gegenwart des Humanitären Völkerrechtes

Karl-Heinz Kreams

2015, Nr. 2, S. 52

Warum wird Humanitäres Völkerrecht eingehalten oder verletzt? Perspektiven der Durchsetzung des Humanitären Völkerrechtes – neue Entwicklungen und kritische Bilanz

Michael Bothe

2015, Nr. 2, S. 55

Anwendung militärischer Gewalt in dicht besiedelten Gebieten

Stefanie Haumer / Katja Schöberl

2015, Nr. 3, S. 100

Völkerrechtliche Pflichten im Vorfeld militärischer Gewaltanwendung – aktuelle Entwicklungen bei der Prüfung neuer Waffen und Methoden der Kriegführung

Stefan Sohm

2015, Nr. 3, S. 104

Gewalt – um Gottes willen. Bibeltheologisch-exegetische Anmerkungen

Thomas R. Eißner

2015, Nr. 3, S. 111

Veränderungen im Verhältnis von Humanitärem Völkerrecht und Menschenrechtsschutz

Hans-Joachim Heintze

2015, Nr. 4, S. 149

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

Tim Rene Salomon

2015, Nr. 4, S. 153

Beiträge / Notes and Comments

Artikel / Articles

Protest and its Suppression in the Occupied Palestinian Territories and in Turkey

Shlomit Stein / Felix Petersen

2015, Nr. 1, S. 4

Private Military and Security Companies and Counter-Piracy – A Comparison of (National) Legislation on the Use of Armed Guards on Board of Merchant Ships

Tassilo Singer

2015, Nr. 1, S. 13

Neuere Entwicklungen im Humanitären Völkerrecht

Katja Schöberl

2015, Nr. 2, S. 67

Zur Weiterentwicklung des Gesamtsystems aus Zivilschutz, Katastrophenschutz und Gefahrenabwehr durch die Neufassung des Rettungsgesetzes Nordrhein-Westfalen

Sascha Rolf Lüder

2015, Nr. 2, S. 73

Strafverfolgung von Kriegsverbrechen – aktuelle Verfahren in Deutschland und vor dem Internationalen Strafgerichtshof

Andreas Schüller

2015, Nr. 3, S. 115

Non-State Armed Actors and International Humanitarian Law – A Demanding relationship?

Stefanie Haumer

2015, Nr. 3, S. 120

Menschenrechtsschutz in bewaffneten Konflikten.
Zur Berichterstattung des Hochkommissariats für
Menschenrechte der Vereinten Nationen

Wolfgang S. Heinz / Nato Abesadze

2015, Nr. 4, S. 163

Kurden- und Tschetschenienfälle vor dem Europäischen
Gerichtshof für Menschenrechte

Çilem Şimşek

2015, Nr. 4, S. 171

Von Distomo über Varvarin bis Kundus: Entschädigungs-
ansprüche von Opfern bewaffneter Konflikte vor deutschen
Gerichten

Tobias Ackermann

2015, Nr. 4, S. 179

Panorama / Panorama

Fallstudien / Case Studies

On The Lawfulness of the Use of Ukrainian Military
in the Initial Phase of the Anti-Terrorist Operation in
the East

Stan Starygin

2015, Nr. 1, S. 24

Haiti nach dem Erdbeben – Politische Instrumentalisierung
versus humanitäre Prinzipien

Bernward auf dem Kampe

2015, Nr. 2, S. 77

Gefangenenbesuche und Restoring Family Links-
Tätigkeiten. Das IKRK und die Suchdienste der
Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung

Dorota Dziwoki

2015, Nr. 3, S. 125

Communicating Climate Risks. A Case Study on the Inter-
national Red Cross / Red Crescent Movement

Kerstin Rosenow-Williams

2015, Nr. 3, S. 130

Humanitäre Hilfe und Menschenrechtsverletzungen
in bewaffneten Konflikten: Notizen aus der humanitären
Praxis von Ärzten ohne Grenzen

Alfhild Böhringer / Corinna Ditscheid / Ulrike von Pilar

2015, Nr. 4, S. 190

Urteilsbesprechungen / Jurisprudence Reviews

Compensation Claims of Individuals for Violations
of Rules on Conduct of Hostilities. Comment on a
Judgment of the District Court Bonn (Germany)

Nele Achten

2015, Nr. 1, S. 34

Serdar Mohammed v State Secretary of Defence
and Hassan v the United Kingdom: News on the
Relationship between the European Convention on
Human Rights and International Humanitarian Law

Simon Rau

2015, Nr. 2, S. 80

The Appeals Judgment in Serdar Mohammed v State
Secretary for Defense

Simon Rau

2015, Nr. 4, S. 197

Konferenzen / Conference Reports

Verbreitung des Humanitären Völkerrechts – Tagung des
DRK-Landesverbandes Berlin am 5. Dezember 2014

Yaroslava Sychenkova / Simon Rau

2015, Nr. 1, S. 42

Organizational Perspectives on Environmental Migration.
International Expert Workshop, Rome, 7-8 November 2014

Kerstin Rosenow-Williams

2015, Nr. 1, S. 43

150 Jahre Genfer Konvention – Zusammenarbeit von
Verbreitungsarbeit und Rotkreuzmuseen

Christian Schad

2015, Nr. 1, S. 46

Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition
2015 – The Case Concerning East Agnostica

**Clara Bredenbrock / Raphael Geßwein / Michael Iordache /
Sarah Kampe / Rafaela Knäpper**

2015, Nr. 2, S. 88

Konferenz ‚Dehumanization of Warfare‘, 13.-14. Februar
2015, Europa-Universität Viadrina, Frankfurt/Oder

Konrad Neugebauer

2015, Nr. 3, S. 139

Ein Querschnitt durch das Recht der bewaffneten Konflikte,
21. DRK-Sommerkurs im Humanitären Völkerrecht,
2.-8. August 2015 in Berlin

Ruth Efficowicz

2015, Nr. 4, S. 199

Buchbesprechungen / Book Reviews

Stephan Hobe, Einführung in das Völkerrecht, Narr Franck
Attempo Verlag(e) / UTB, Tübingen/Basel 2014

Manuel Brunner

2015, Nr. 1, S. 47

Christoph Safferling / Stefan Kirsch (Hrsg.), Völkerstraf-
rechtspolitik, Praxis des Völkerstrafrechts, Springer Verlag,
Heidelberg 2014

Sabine Swoboda

2015, Nr. 2, S. 89

Philipp Dann / Stefan Kadelbach / Markus Kaltenborn (Hrsg.), Entwicklung und Recht. Eine systematische Einführung, Nomos, Baden-Baden 2014

Jana Hertwig

2015, Nr. 2, S. 91

Robin Borrmann, Autonome unbemannte bewaffnete Luftsysteme im Lichte des Rechts des internationalen bewaffneten Konflikts – Anforderungen an das Konstruktionsdesign und Einsatzbeschränkungen, Duncker & Humblot, Berlin 2014

Karim Agdouche

2015, Nr. 2, S. 92

Johannes Varwick (Hrsg.), Die Vereinten Nationen: Herausforderungen, Chancen und Reformkonzepte, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2014

Sascha Rolf Lüder

2014, Nr. 2, S. 94

Sascha Rolf Lüder, Recht und Praxis der nicht polizeilichen Gefahrenabwehr, Berlin 2014

Tobias Ackermann

2015, Nr. 3, S. 141

Anne Peters, Jenseits der Menschenrechte – Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2014

Katrin Fenrich

2015, Nr. 3, S. 143

Viola Teubert, Völkerrechtliche Verpflichtungen nicht-staatlicher Gewaltakteure gegenüber Binnenvertriebenen, Duncker & Humblot, Berlin 2015

Elisabeth Meurer

2014, Nr. 4, S. 201

Für die Frage nach dem Zusammenspiel von Humanitärem Völkerrecht und der EMRK ist das Urteil aus folgenden Gründen relevant:

Erstens untersucht der Gerichtshof die Planung und Durchführung der Operation im Hinblick auf den Schutz des Lebens nach Artikel 2 EMRK. Er macht folgende Ausführungen dazu: ‘The responsibility of a State is not confined to circumstances where there is significant evidence that miscredited fire from agents of the State has killed a civilian. It may also be engaged where they fail to take all feasible precautions in the choice of means and methods of a security operation mounted against an opposing group with a view to avoiding and, in any event, to minimising, incidental loss of civilian life.’⁵³ Bemerkenswerterweise gibt der Gerichtshof mit dieser Formulierung nahezu identisch den Wortlaut des Artikel 57 II a ii des ZPI zu den Vorsichtsmaßnahmen beim Angriff wieder;⁵⁴ er ersetzt das Wort ‘attack’ lediglich mit dem Begriff ‘security operation’.⁵⁵ Die Wahl der Formulierung bei den Anforderungen an die Vorsichtsmaßnahmen deutet darauf hin, dass der Gerichtshof die Regeln des Humanitären Völkerrechts zumindest bei der Auslegung des Rechts auf Leben nach Artikel 2 EMRK berücksichtigt und mithin indirekt anwendet.

Zweitens macht der Gerichtshof im Rahmen seiner Ausführungen zur Planung und Durchführung der Operation deutlich, dass er die Mitglieder der PKK als Terroristen einstuft.⁵⁶ Im vorliegenden Fall wären die kriegsvölkerrechtlichen Normen für den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt zur Anwendung gekommen. Hierzu zählt insbesondere der gemeinsame Artikel 3 GK, der einen Minimalstandard für nicht-internationale Konflikte bietet. Auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt gibt es Regeln hinsichtlich der Wahl der Methoden und Mittel der Kriegsführung: Es gilt das Unterscheidungsprinzip zwischen Kombattanten und an den Kampfhandlungen Unbeteiligten⁵⁷, die Beschränkung der militärischen Angriffe ausschließlich auf militärische Ziele⁵⁸ sowie das Gebot der militärischen Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit.⁵⁹ Der Gerichtshof prüft vorliegend zwar die Operation der türkischen Streitkräfte im Hinblick auf die Wahl ihrer Methoden und Mittel, seine Vorgehensweise in Bezug auf die Mitglieder der PKK ist aber von Ungenauigkeiten geprägt: Allein aus der Bezeichnung der PKK-Mitglieder als Terroristen kann kein Rückschluss dahingehend gezogen werden, dass der Gerichtshof sie als legitime Angriffsziele ansieht. Auch äußert sich der Gerichtshof nicht dazu, ob die Tötung der Mitglieder der PKK absolut notwendig gewesen sei.⁶⁰ Letztlich mag der Gerichtshof ungeachtet der zutreffenden Ergebnisse an dieser Stelle nicht mit seiner Stellungnahme überzeugen.

4.2. Güleç gegen die Türkei

Der Fall Güleç gegen die Türkei⁶¹ betrifft den unverhältnismäßigen Schusswaffengebrauch durch die türkischen Sicherheitskräfte während einer nicht-genehmigten Demonstration in der Provinz Şirnak. Die türkischen Polizisten versuchten, die gewaltsame Demonstration durch Gebrauch von Feuerwaffen mit scharfer Munition aufzulösen. Der 15-jährige Sohn des Beschwerdeführers war Teilnehmer dieser Demon-

stration und wurde durch die Schüsse, abgefeuert aus einem Schützenwagen, tödlich verletzt.

Der Gerichtshof äußert sich zur Rechtmäßigkeit des Angriffsziels und der Verhältnismäßigkeit des Angriffs nach Artikel 2 Absatz 2 lit. c EMRK.⁶² Auf dieser Grundlage stellte der Gerichtshof die Unverhältnismäßigkeit des Schusswaffeneinsatzes und mithin eine Verletzung von Artikel 2 EMRK fest.

Im Absatz 81 des Urteils stellt der Gerichtshof die ‘security situation’ in der Provinz fest und untersucht die staatlichen Schutzpflichten am Maßstab von Artikel 2 EMRK. Die Ausführungen des Gerichtshofs lauten dabei wie folgt: ‘Loss of life is unfortunately a frequent occurrence in south-east Turkey in view of the security situation there [...] However, neither the prevalence of violent armed clashes nor the high incidence of fatalities can displace the obligation under Article 2 to ensure that an effective, independent investigation is conducted into deaths arising out of clashes involving the security forces, or, as in the present case, a demonstration, however illegal it may have been.’⁶³

⁵³ *Id.*, para. 79.

⁵⁴ Der Wortlaut von Art. 57 II a ii ZPI lautet wie folgt: ‘2. With respect to attacks, the following precautions shall be taken: (a) those who plan or decide upon an attack shall: (ii) take all feasible precautions in the choice of means and methods of attack with a view to avoiding, and in any event to minimizing, incidental loss or civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects.’ Zur Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im humanitären Völkerrecht z.B. S. Oeter, *Kampfmittel und Kampfmethoden*, in: D. Fleck (Hrsg.), *Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, München 1994, S. 119.

⁵⁵ C. Byron, *A Blurring Boundaries: The Application of International Human Rights Law by Human Rights Bodies*, in: *Virginia Journal of International Law* 47 (2007), S. 839-896.

⁵⁶ So beschreibt der Gerichtshof die Vorfälle rund um die Militäroperation folgendermaßen: ‘[...] It was to be anticipated that PKK terrorists could have approached the village either following the path from the north or proceeding down the river bed to the north-east and in the latter event, they would have been able to penetrate to the edge of the village without being seen by the security forces to the north-west.[...] In these circumstances, the villagers had been placed at considerable risk of being caught in cross-fire between security forces and any PKK terrorists who had approached from the north or north-east. Even if it might be assumed that the security forces would have responded with due care for the civilian population in returning fire against terrorists caught in the approaches to the village, it could not be assumed that the terrorists would have responded with such restraint.’ Vgl. EGMR, a.a.O. (Fn. 49), para. 80. Der Gerichtshof bezeichnet die Mitglieder der PKK auch an anderer Stelle im Urteil als Terroristen, vgl. dazu paras. 13, 23, 25, 39, 43.

⁵⁷ H. P. Gasser, *Das Humanitäre Völkerrecht*, in: H. Haug (Hrsg.), *Menschlichkeit für alle*, 3. Auflage, Bern 1995, S. 598.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Da es sich bei dem Beschwerdeführer als auch bei der getöteten Schwester um Zivilisten handelte, durfte der Gerichtshof diese politisch brisante Frage auch offenlassen. Vgl. auch E. Strüwer, a.a.O. (Fn. 48), S. 202 f.

⁶¹ EGMR, *Güleç v. Turkey*, Urt. v. 27.07.1998, Nr. 54/1997/838/1044.

⁶² Art. 2 Abs. 2 lit. c EMRK ermöglicht den Schusswaffengebrauch bei Aufständen. Ein ‘Aufstand’ im Sinne des Art. 2 EMRK liegt dann vor, wenn von einer größeren Menschenmenge Gewalttaten begangen werden oder solche drohen. Der Einsatz der Schusswaffe ist aber nur rechtmäßig, wenn er absolut notwendig ist, um die öffentliche Ordnung wiederherzustellen. Siehe dazu J. Frowein / W. Peukert, a.a.O. (Fn. 44), Art. 2 EMRK, Rn. 15.

⁶³ EGMR, a.a.O. (Fn. 61), para. 81.

Die Ausführungen des Gerichtshofs sind aus zwei Gründen wichtig:

Erstens hatte die Türkei bereits zum Zeitpunkt der Ereignisse den Notstand in der Provinz Şirnak ausgerufen. Die besonderen Umstände im Notstandsgebiet hätten hier die Anwendung des Humanitären Völkerrechts durch den Gerichtshof gemäß Artikel 15 EMRK sehr nahegelegt.⁶⁴ Darauf hat der Gerichtshof jedoch nicht zurückgegriffen. Vielmehr wählt er einen ähnlichen Ansatz wie im Fall Ergi gegen die Türkei: Er wendet denselben Schutzstandard nach Artikel 2 EMRK an, wie er es bei den üblichen Fällen der tödlichen Gewaltanwendung nach Artikel 2 EMRK getan hat. Mithin nimmt er eine klassische Verhältnismäßigkeitsprüfung am Maßstab von Artikel 2 EMRK vor.⁶⁵

Zweitens stuft der Gerichtshof die Situation im Südosten des Landes als ‚security situation‘ ein. Man könnte annehmen, er räume damit indirekt einen internen bewaffneten Konflikt im Südosten des Landes ein.⁶⁶ Der Gerichtshof kritisiert die Türkei zwar diesbezüglich explizit für den Verlust von zahlreichen Menschenleben im Südosten des Landes, stuft die Situation aber dennoch nicht ausdrücklich als nicht-internationalen bewaffneten Konflikt ein.⁶⁷ Bemerkenswerterweise benutzt er das Wort ‚conflict‘ nämlich nur einmal im ganzen Urteil. In den übrigen Absätzen umschreibt er die Situation beispielsweise als ‚clash‘ oder ‚armed clash‘.⁷⁰

4.3. Bewertung

Die Situation in der Südosttürkei wurde in der Wissenschaft vielfach im Hinblick auf die Anwendbarkeit des gemeinsamen Artikel 3 der Genfer Konventionen diskutiert.

Abresch bewertet die Situation beispielsweise folgendermaßen: ‚Even at its peak in the early 1990s, the conflict between Turkey’s government and the Workers party of Kurdistan (PKK) probably would not have qualified as a Protocol II conflict – even had Turkey acceded to Protocol II. [...] The numerous violent engagements between the Turkish military and the PKK do indicate the existence of an armed conflict, but one subject only to common Article 3. This characterization was not adopted by either party.‘⁷¹ Abresch geht also davon aus, dass beim Kurdenkonflikt lediglich die humanitärrechtlichen Normen für den nicht-internationalen Konflikt Anwendung gefunden hätten und präzisiert seine Aussage dahingehend, dass er die Anwendbarkeit ausschließlich auf den gemeinsamen Artikel 3 GK beschränkt hätte. Die Regelungen des II. Zusatzprotokolls lehnt Abresch angesichts des Charakters der Auseinandersetzungen zwischen den türkischen Streitkräften und der PKK ab. Mit dieser Ansicht steht er nicht alleine dar.⁷²

Die beiden oben ausgeführten Fälle wurden in der Wissenschaft aufgrund der frappierenden Nähe zum humanitärrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebot diskutiert.

Orakhelashvili geht in beiden Fällen nicht davon aus, dass der Gerichtshof das Humanitäre Völkerrecht direkt anwendet. Er argumentiert, dass der Gerichtshof beim Recht auf Leben nach Artikel 2 EMRK auch in internen bewaffneten Konflikten seine etablierten Standards wie zum Beispiel die Prüfung eines legitimen Zwecks, der Geeignetheit und Erforderlichkeit der staatlichen Maßnahme anwende und darin im Ergebnis letztlich den gleichen Ausgang erziele, als wenn

der Gerichtshof eine konsistente Anwendung der Zusatzprotokolle von 1977 vornähme.⁷³ Mithilfe dieses Ansatzes käme er im Ergebnis zu fundierten Entscheidungen, ohne seine Kompetenzen zu überschreiten.⁷⁴

Auch Moir geht davon aus, dass der Gerichtshof in beiden Fällen keinerlei Versuche vorgenommen hat, das Humanitäre Völkerrecht anzuwenden. Sie sieht in der Vorgehensweise des Gerichtshofs einen Versuch, das ‚law enforcement‘-Modell der Menschenrechte durchzusetzen.⁷⁵

Anhand einer Gesamtschau wird deutlich, dass der Gerichtshof keine ausdrückliche Stellung zum Verhältnis dieser beiden Rechtsgebiete zueinander nimmt. Vielmehr beachtet er die humanitärrechtlichen Prinzipien der Unterscheidung, Verhältnismäßigkeit, des Eingreifens von Vorsichtsmaßnahmen sowie der militärischen Notwendigkeit des Angriffs⁷⁶, ohne die Regeln des Humanitären Völkerrechts direkt anzuwenden; er vermeidet es stringent, die Situation in der Südosttürkei als bewaffneten Konflikt einzustufen. Es kann daher geschlussfolgert werden, dass der Gerichtshof das Humanitäre Völkerrecht bei der Auslegung des Rechts auf Leben nach Artikel 2 EMRK im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung heranzieht.

5. Die Tschetschenienfälle vor dem EGMR

5.1. Isayeva u. a. gegen Russland

In dem Fall Isayeva u. a. gegen Russland⁷⁷ feuerte die russische Luftwaffe Raketen auf einen 12 km langen Flüchtlingskonvoi in Tschetschenien ab, der Zivilisten umfasste, die aus ihren Dörfern nahe Grozny geflohen waren. Bei dem Angriff kamen zahlreiche Zivilisten ums Leben und die Angehörigen der Getöteten brachten den Vorfall unter Bezugnahme auf Artikel 2 EMRK vor den Gerichtshof. Der Gerichtshof stellte eine Verletzung von Artikel 2, 3 und 13 EMRK sowie Artikel 1 ZP I fest.⁷⁸

⁶⁴ Der Gerichtshof hätte hier also die Regelungen über die Mittel und Methoden der Kriegsführung für die Interpretation des Art. 2 EMRK heranziehen und die Reichweite der menschenrechtlichen Verpflichtung nach Art. 2 EMRK explizit im Lichte des Humanitären Völkerrechts interpretieren können. Als Grundlage für die Anwendung des Humanitären Völkerrechts wären Art. 15 Abs. 1 und 2 EMRK heranzuziehen.

⁶⁵ A. Orakhelashvili, *The Interaction Between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism or Convergence?*, in: *European Journal of International Law* 19(1) (2008), S. 171.

⁶⁶ E. Strüwer, a.a.O. (Fn. 48), S. 203.

⁶⁷ Siehe insbesondere L. Moir, a.a.O. (Fn. 46), S. 484. Moir merkt hierzu jedoch an, dass man die Kritik des Gerichtshofs auch als Hinweis auf das Vorliegen eines bewaffneten Konflikts hindeuten kann.

⁶⁸ Der Gerichtshof stellt Folgendes fest: ‚There was no information to indicate that any steps or precautions had been taken to protect the villagers from being caught up in the conflict.‘ Vgl. EGMR, a.a.O. (Fn. 49), para. 80.

⁶⁹ *Id.*, paras. 19, 25.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ W. Abresch, a.a.O. (Fn. 41), S. 755.

⁷² Vgl. L. Moir, a.a.O. (Fn. 46), S. 481.

⁷⁴ *Id.*, S. 174.

⁷⁵ L. Moir, a.a.O. (Fn. 46), S. 485.

⁷⁶ E. Strüwer, a.a.O. (Fn. 48), S. 207.

⁷⁷ EGMR, *Isayeva, Yusupova und Bazayeva v. Russland*, Urt. v. 24.02.2005, Nrn. 57947/00, 57948/00 und 57949/00.

⁷⁸ Zum Zeitpunkt des Abwurfs im Jahr 1999 stuften viele Stimmen die Auseinandersetzungen als nicht internationalen bewaffneten Konflikt ein. Siehe dazu z.B. Abresch, a.a.O. (Fn. 41), S. 756 f.

5.2. Isayeva gegen Russland

Der Fall Isayeva gegen Russland⁷⁹ betrifft ebenfalls den Abwurf von Raketen durch die russische Luftwaffe und zwar in dem Gebiet Kayr-Yurt. Obwohl die Raketen einen Zerstörungsradius von mehr als 1000 Metern hatten, unterließen die russischen Streitkräfte eine Evakuierung der Zivilbevölkerung. Der Gerichtshof stellte daher eine Verletzung von Artikel 2 und 13 EMRK fest.

5.3. Bewertung

Anders als die Situation in der Südosttürkei wird die Situation in Tschetschenien überwiegend als nicht-internationaler bewaffneter Konflikt eingestuft.⁸⁰ Tatsächlich deuten die beiden Urteile gegen Russland ebenfalls darauf hin, dass der Gerichtshof die Situation in Tschetschenien als bewaffneten Konflikt bewertet. In den Absätzen 178 im Fall Isayeva u. a. und 191 im Fall Isayeva formuliert der Gerichtshof einen identischen Satz: 'The Court accepts that the situation that existed in Chechnya at the relevant time called for exceptional measures by the State in order to regain control over the Republic and to suppress the illegal armed insurgency. Given the context of the conflict in Chechnya at the relevant time, those measures could presumably include the deployment of army units equipped with combat weapons, including military aviation and artillery.'⁸¹ Mit diesem Satz macht der Gerichtshof deutlich, dass er, wenn auch indirekt, das Vorliegen eines bewaffneten Konflikts in der Tschetschenischen Republik annimmt. Auch räumt er die Erforderlichkeit von militärischen Mitteln in dieser Ausnahmesituation ein.

In der Wissenschaft wird diese Vorgehensweise unterschiedlich bewertet. Abresch sieht in der Verwendung ähnlicher Begriffe wie bei den Regeln des Humanitären Völkerrechts grundsätzlich noch keinen direkten Zusammenhang zum Humanitären Völkerrecht.⁸² Er geht davon aus, dass die Anwendung dann zu bejahen sei, wenn der Gerichtshof die dahinterstehenden humanitärrechtlichen Standards und Prinzipien auch tatsächlich anwende.⁸³ Krieger hingegen sieht jedenfalls bei der Anwendung der Maßstäbe zur Kriegsführung eine konkrete Anwendung der *lex specialis*-Regel und mithin eine Anwendung des Humanitären Völkerrechts.⁸⁴ Die Herangehensweise des Gerichtshofs deutet in der Tat darauf hin, dass er die einschlägigen Bestimmungen des Humanitären Völkerrechts heranzieht, so dass tatsächlich von einer konkreten Anwendung der *lex specialis*-Regelung gesprochen werden kann.

Folgt man der Ansicht, der Gerichtshof nehme einen bewaffneten Konflikt an, stellt sich an dieser Stelle die Frage, ob er nicht sodann die Regeln des Humanitären Völkerrechts hätte anwenden müssen. Jedenfalls hätte man erwartet, dass er das Verhältnis von Humanitärem Völkerrecht und der EMRK ein für alle Mal klarstellt.

Der Gerichtshof äußert sich jedoch zu keinem dieser beiden Punkte. In der Sache wendet der Gerichtshof zwar grundlegende Kategorien des Humanitären Völkerrechts an, ohne sich aber explizit darauf zu berufen. Er nimmt vielmehr eine klassische Verhältnismäßigkeitsprüfung vor, indem er untersucht, ob die Tötung der Zivilisten absolut notwendig war. Bemerkenswerterweise tut er dies, obwohl sich die Be-

schwerdeführer explizit auf Artikel 3 der Genfer Abkommen bezogen haben.⁸⁵

6. Nachfolgefälle

6.1. Nachfolgefälle gegen die Türkei

Die jüngste Rechtsprechung gegen die Türkei zeigt eine ähnliche Vorgehensweise wie die bereits untersuchten Fälle Ergi und Güleç vom Jahre 1998. Im Fall Orhan gegen die Türkei⁸⁶ bezieht sich der Gerichtshof beispielsweise ausführlich auf die Notstandslage in den Provinzen in der Südosttürkei: 'Since approximately 1985 serious disturbances have raged in the south-east of Turkey between the security forces and the members of the PKK (Workers' Party of Kurdistan). This confrontation has, according to the Government, claimed the lives of thousands of civilians and members of the security forces. By 1996 the violence had claimed the lives of 4,036 civilians and 3,884 members of the security forces. Since 1987 ten of the eleven provinces of south-eastern Turkey have been the subject of emergency rule.'⁸⁷

Er spricht jedoch erneut lediglich von 'the situation in south-east Turkey'⁸⁸, ohne konkret einen bewaffneten Konflikt anzunehmen.⁸⁹ Der Fall Er u. a. gegen die Türkei⁹⁰ betrifft das Verschwinden eines in staatlichem Gewahrsam befindlichen Familienvaters und seines Bruders nach einer Militäroperation in ihrem Dorf im Südosten der Türkei. Zwar spricht der Gerichtshof beim 'Verschwindenlassen' von Menschen in der Südosttürkei von 1992 bis 1996 von einem Muster.⁹¹ Erneut bezieht er sich jedoch nur auf die generelle Situation in der Südosttürkei.⁹² Im Fall Meryem Celik u. a. gegen die Türkei⁹³ kritisierte der EGMR die Verhaftungs- und Dokumentierungspraxis der türkischen Sicherheitskräfte.⁹⁴ Unter

⁷⁹ EGMR, Isayeva v. Russia, Urt. v. 24.02.2005, Nr. 57959/00.

⁸⁰ Siehe dazu beispielsweise W. Abreschs Ausführungen, a.a.O. (Fn. 41), S. 754.

⁸¹ EGMR, Isayeva v. Russia, a.a.O. (Fn. 79), para. 178 und EGMR, Isayeva and others v. Russia, a.a.O. (Fn. 77), para. 198.

⁸² W. Abresch, a.a.O. (Fn. 41), S. 746.

⁸³ *Id.*, S. 746.

⁸⁴ H. Krieger, A Conflict of Norms: the Relationship Between Humanitarian Law and Human Rights Law in the ICRC Customary Law Study, in: Journal of Conflict & Security Law 11(2) (2006), S. 265.

⁸⁵ Vgl. EGMR, Isayeva and others v. Russia, a.a.O. (Fn. 77), para. 157 und EGMR, Isayeva v. Russia, a.a.O. (Fn. 79).

⁸⁶ EGMR, Orhan v. Turkey, Urt. v. 18.06.2002, Nr. 25656/94. Der Fall behandelt die Zerstörung eines kurdischen Dorfes im Südosten der Türkei durch staatliche Sicherheitskräfte im Mai 1994, die Festnahme und das Verschwinden der Brüder und des Sohnes des Beschwerdeführers und über die Unzulänglichkeit der Ermittlungen zu diesen Geschehnissen.

⁸⁷ *Id.*, para. 249.

⁸⁸ *Id.*, para. 330.

⁸⁹ Siehe dazu auch EGMR, a.a.O. (Rn. 38), S. 4.

⁹⁰ EGMR, Er and others v. Turkey, Urt. v. 31.07.2012, Nr. 23016/04.

⁹¹ *Id.*, para. 77.

⁹² *Id.*, para. 78.

⁹³ EGMR, Meryem Celik and others v. Turkey, Urt. v. 16.04.2013, Nr. 3598/03. Der Fall betrifft den Angriff eines kurdischen Dorfes in der Südosttürkei durch türkische Sicherheitskräfte im Juli 1994, bei welchem 13 Menschen verschwanden.

⁹⁴ *Id.*, para. 52.

Bezugnahme auf das Verschwinden von Personen nach Inge-
wahrnehmung macht der Gerichtshof erneut auf ein gängi-
ges Problem in der Südosttürkei zu Beginn der 90er Jahre
aufmerksam; er definiert aber sodann lediglich die Schutz-
pflichten des Staates im Kontext von Artikel 2 Absatz 2
EMRK. Im Fall Benzer u. a. gegen die Türkei⁹⁵ machte der
EGMR unter Bezugnahme auf seine im Isayeva-Urteil fest-
gestellten Prinzipien („principles“) deutlich, dass eine unter-
schiedslose Bombardierung von Zivilisten und ihrer Dörfer
in einer demokratischen Gesellschaft nicht akzeptabel sei.⁹⁶
Interessanterweise leitet der EGMR diese Schlussfolgerung
zwar hauptsächlich aus Artikel 2 Absatz 2 EMRK ab, zieht
aber auch das völkergewohnheitsrechtlich anerkannte huma-
nitäre Völkerrecht heran.

6.2. Nachfolgefälle gegen Russland

Der EGMR verurteilte Russland in einer Reihe von Fällen, in
denen russische Staatsbedienstete Angehörige der Beschwer-
deführer außergerichtlich getötet hatten beziehungsweise für
die Tötung verantwortlich gemacht wurden.⁹⁷ In einem
weiteren relevanten Urteil, Abuyeva u. a. gegen Russland⁹⁸,
bezog sich der EGMR explizit auf seine eigene Rechtspre-
chung und stellte fest, dass die spezifischen Schlussfolgerun-
gen im bindenden Urteil Isayeva gegen Russland nicht be-
achtet wurden. Der Fall Tashukhadzhiyev gegen Russland⁹⁹
stellt erneut das Verschwinden von Angehörigen in den Vor-
dergrund.

In seinen jüngsten Urteilen zum Tschetschenien-Konflikt
nimmt der Gerichtshof deutlich Bezug zum Humanitären Völ-
kerrecht. Im Fall Esmukhambetov u. a. gegen Russland¹⁰⁰ zählt
der EGMR Artikel 13, 14 sowie 17 der Genfer Konventionen
(Part IV) als ‚relevant international and domestic law and prac-
tice‘ auf und stuft die Bombardierung des tschetschenischen
Dorfes als unterschiedslose Bombardierung ein.¹⁰¹ Im Fall
Inderbiyeva gegen Russland und Kadirova u. a. gegen Russ-
land¹⁰² spricht der EGMR ausdrücklich von einem Konflikt in
der tschetschenischen Republik.¹⁰³ Auch in Aslakhanova u. a.
gegen Russland¹⁰⁴ bezieht sich der Gerichtshof ausdrücklich
auf das Humanitäre Völkerrecht, indem er die Beweislastregel
für den Tod, die Verletzung oder das Verschwinden von Indi-
viduen in Fällen von bewaffneten Konflikten dem Staat auf-
bürdet.¹⁰⁵ Der EGMR bezieht sich somit ausdrücklich auf
einen bewaffneten Konflikt in Tschetschenien.¹⁰⁶

7. Bewertung und Schlussbetrachtung

Die Begutachtung der Rechtspraxis zu den Kurden- und
Tschetschenienfällen verdeutlicht Folgendes: Der Gerichts-
hof stuft die Situationen in der Südosttürkei und der Tschet-
schenischen Republik nicht explizit als nicht-internationale
bewaffnete Konflikte ein. Er berücksichtigt zwar die huma-
nitärrechtlichen Prinzipien der Unterscheidung, Verhältnis-
mäßigkeit, des Ergreifens von Vorsichtsmaßnahmen sowie
der militärischen Notwendigkeit des Angriffs, dies tut er je-
doch nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung von
Artikel 2 Absatz 2 EMRK. Im Ergebnis nimmt er damit nur
indirekt Bezug auf das Humanitäre Völkerrecht.¹⁰⁷ Diese
Vorgehensweise hat den Gerichtshof nie dazu veranlasst,
sich explizit zum Verhältnis dieser beiden Rechtsgebiete zu-

einander zu äußern. Die Auswertung der Nachfolgefälle
bestätigt letztlich dieses Bild; in seinen jüngsten Urteilen
bezeichnet der Gerichtshof zwar zumindest die Situation in
Tschetschenien explizit als Konflikt, berücksichtigt die Regeln
des Humanitären Völkerrechts jedoch nach wie vor lediglich
bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Artikel 2 Absatz 2
EMRK. Diese Vorgehensweise weist er auch in seinen jün-
gsten Urteilen gegen die Türkei auf. Anhand der Rechtspraxis
des Gerichtshofs zu den Kurden- und Tschetschenienfällen
kann damit eine parallele Anwendbarkeit von EMRK und
Humanitärem Völkerrecht geschlussfolgert werden. Da der
Gerichtshof grundsätzlich am Maßstab der EMRK prüft, wohl
aber anhand der Prinzipien des Humanitären Völkerrechts die
Anwendung von Artikel 2 Absatz 2 EMRK ergänzend präzi-
siert, würde diese Vorgehensweise am ehesten der Komple-
mentaritätstheorie entsprechen. Da der Gerichtshof mit seiner
Vorgehensweise eine gleichzeitige Anwendung von EMRK
und Humanitärem Völkerrecht aber umgeht, stellt sich die
Frage, wie es sich auf den Menschenrechtsschutz auswirkt,
dass der Gerichtshof in Kriegs- und Friedenszeiten allein den
Standard von Artikel 2 Absatz 2 EMRK anwendet. Mit diesem
Ansatz könnten die strengen Konventionsstandards in tragba-
rerer Weise durchgesetzt werden, ohne dass eine direkte An-
wendung von Humanitärem Völkerrecht erforderlich ist.¹⁰⁸
Andererseits könnte es bei diesem Weg aber auch zu einer
Verschlechterung des allgemeinen Schutzniveaus kommen, da
damit nur eine vermittelnde Position im Verhältnis von Men-
schenrechten und Humanitärem Völkerrecht eingenommen
wird. Es bleibt abzuwarten, ob der Gerichtshof diese Vorge-
hensweise beibehält. ■

⁹⁵ EGMR, Benzer v. Turkey, Urt. v. 12.11.2013, Nr. 23502/06. Der Fall be-
trifft die Bombardierung von zwei Dörfern in der Südosttürkei im Jahr
1994, bei welcher 30 der nahen Verwandten der Beschwerdeführer getö-
tet wurden. Der Sachverhalt ist etwas umstritten, da die türkische Regie-
rung diesen Angriff nicht den türkischen Streitkräften, sondern der PKK
zugeordnet hat.

⁹⁶ *Id.*, para. 184.

⁹⁷ EGMR, Khashiyev and Akayeva v. Russia, Urt. v. 24.02.2005,
Nrn. 57942/00 und 57945/00; EGMR, Musayev and others v. Russia,
Urt. v. 26.07.2007, Nrn. 57941/00, 58699/00 und 60403/00; EGMR,
Amuyeva u. a. v. Russia, Urt. v. 25.11.2010, Nr. 17321/06.

⁹⁸ EGMR, Abuyeva and others v. Russia, Urt. v. 02.12.2010, Nr. 27065/05.

⁹⁹ EGMR, Tashukhadzhiyev v. Russia, Urt. v. 25.10.2011, Nr. 33251/04.
Der Fall behandelt das Verschwinden eines Mannes in Tschetschenien,
nachdem Militäranghörige ihn im Jahr 1996 festgehalten hatten.

¹⁰⁰ EGMR, Esmukhambetov and others v. Russia, Urt. v. 29.03.2011,
Nr. 2345/03. Der Fall betrifft einen Luftangriff des russischen Militärs
auf ein Dorf in Tschetschenien im September 1999, bei dem fünf Men-
schen getötet sowie Häuser und Eigentum zerstört worden waren.

¹⁰¹ *Id.*, para. 148.

¹⁰² EGMR, Inderbiyeva v. Russia and Kadirova and others v. Russia, Urt.
v. 27.03.2012, Nrn. 56765/08 und 5432/07. Der Fall betrifft die ver-
meintliche Tötung von vier Zivilistinnen durch russische Soldaten im
Rahmen einer Sicherheitsoperation im Jahre 2000.

¹⁰³ *Id.*, para. 97.

¹⁰⁴ EGMR, Aslakhanova and others v. Russia, Urt. v. 18.12.2012, Nrn.
2944/06 8300/07, 50184/07, 332/08 und 42509/10.

¹⁰⁵ *Id.*, para. 97.

¹⁰⁶ *Id.*, para. 101.

¹⁰⁷ E. Strüwer, a.a.O. (Fn. 48), S. 203.

¹⁰⁸ In politischer Hinsicht ist eine direkte Anwendung äußerst brisant. So
auch vertreten von W. Abresch, a.a.O. (Fn. 41), S. 767 und A. Orak-
helashvili, a.a.O. (Fn. 65), S. 170.

Von Distomo über Varvarin bis Kundus: Entschädigungsansprüche von Opfern bewaffneter Konflikte vor deutschen Gerichten

Tobias Ackermann*

Traditionally, States have settled the issue of reparations after armed conflicts exclusively among themselves. Today, in the context of the increasing individualisation of international law, the spotlight shifts to an individual's claim for damages caused by unlawful military actions. Proceedings before German courts, though unsuccessful, show that the pursuit of compensation is not futile. This article analyses the relevant German case law, concluding that German courts now follow an approach that, ultimately, deserves approval. While public international law does not (yet) grant the individual a right to compensation, it is the national law of public liability that gives a chance to receive indemnity for military wrongdoing. The legal hurdles are not low, but especially the latest decision in the Kundus case shows that a judicial in-depth scrutiny of military action is possible. This can only strengthen the rule of law and enhance compliance with international humanitarian law.

Reparationszahlungen nach bewaffneten Konflikten wurden traditionell ausschließlich von den Staaten untereinander ausgehandelt. Mit der zunehmenden Individualisierung des Völkerrechts rückt jedoch die Frage nach einem Schadensersatzanspruch des Individuums im Falle der Verletzung des Humanitären Völkerrechts in den Blickpunkt. Entsprechende Klagen vor deutschen Gerichten blieben bislang zwar erfolglos. Dennoch ist das gerichtliche Streben nach Wiedergutmachung nicht aussichtslos. Dieser Artikel analysiert die einschlägigen Entscheidungen deutscher Gerichte, denen im Ergebnis zu folgen ist. Während das geltende Völkerrecht (noch) keinen Schadensersatzanspruch für den Einzelnen bereitstellt, bietet der nationale Amtshaftungsanspruch eine Möglichkeit, Ausgleich für hoheitliches Unrecht auch im bewaffneten Konflikt zu erhalten. Die rechtlichen Hürden hierfür sind nicht niedrig. Gerade das jüngste Urteil im Kundus-Fall zeigt jedoch, dass eine umfängliche gerichtliche Überprüfung militärischer Handlungen der Bundeswehr möglich ist. Dies kann den Rechtsstaat und die Durchsetzung des Humanitären Völkerrechts nur stärken.

1. Einleitung

Nicht mehr nur im Kontext von Kriegsverbrechen während des Zweiten Weltkrieges wie im Distomo-Fall, sondern auch bei aktuellen bewaffneten Auslandseinsätzen der Bundeswehr wird die Frage nach einer Haftung der Bundesrepublik für rechtswidrige Militärhandlungen relevant. Geschädigte beziehungsweise ihre Hinterbliebenen verlangen verständlicherweise Wiedergutmachung und Ersatz der ihnen entstandenen Schäden. Dieser Artikel untersucht die rechtlichen Rahmenbedingungen entsprechender Klagen vor deutschen Gerichten. Nach einer kurzen Vorbemerkung zu den prozessualen Hintergründen von Klagen gegen die Bundesrepublik (2.), werden die Sachverhalte der drei entscheidenden Fälle – Distomo, Varvarin und Kundus – vorgestellt (3.). Anschließend wird der Frage nachgegangen, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf Schadensersatz bestehen kann. Dabei sind zwei mögliche Anspruchsgrundlagen zu trennen: einerseits das (Humanitäre) Völkerrecht selbst (4.) und andererseits das nationale Amtshaftungsrecht (5.).

2. Der rechtliche Rahmen von Klagen gegen die Bundesrepublik

Wenn deutsche Soldaten im Ausland Personen schädigen, stellt sich zunächst die Frage, wo und in welchem rechtlichen Rahmen möglicherweise bestehende Ansprüche geltend gemacht werden können.

Rechtswidrige Maßnahmen der Bundeswehr können Anlass für Ansprüche aufgrund unerlaubter Handlungen geben. Naheliegender wäre es dann, dass Geschädigte in Übereinstimmung mit dem internationalen Zivilverfahrensrecht die

Gerichte des Tatortes anrufen.¹ Dem steht jedoch der Grundsatz der staatlichen Immunität entgegen, der es Staaten und ihren Gerichten verwehrt, Hoheitsakte (*acta iure imperii*) eines anderen Staates gerichtlich zu überprüfen (*pars in partem non habet imperium*).² Eine Ausnahme für schwerwiegende Verletzungen zwingender Menschenrechte (*ius cogens*), wie im Distomo-Fall von griechischen und italienischen Gerichten angenommen,³ wurde vom Internationalen Gerichtshof (IGH) abgelehnt: Mangels entsprechender Pra-

* Dipl.-Jur. Tobias Ackermann ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) der Ruhr-Universität Bochum. Der Autor dankt Frau Dipl.-Jur. Katrin Fenrich und Herrn Dipl.-Jur. Sebastian Wuschka, LL.M., für ihre hilfreichen Anmerkungen.

¹ Vgl. z. B. Artikel 7 Nr. 2 Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO), 12.12.2012, OJ L351/1.

² Vgl. Artikel 2 Nr. 1 Charta der Vereinten Nationen, 26.06.1945, United Nations Treaty Series (UNTS) 1 (1946-1947), S. XVI; IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), Urteil, 03.02.2012, ICJ Reports 2012, S. 99, Rn. 59-60; A. von Arnald, Völkerrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2014, Rn. 320; M. N. Shaw, International Law, 7. Aufl., Cambridge 2014, S. 514-519.

³ LG Livadia (Griechenland), Präfektur Voiotia/Deutschland, Nr. 137/1997, Urteil, 30.10.1997, besprochen von I. Bantekas, International Decisions: Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, in: American Journal of International Law 92 (1998), S. 765; Aeropag (Oberster Gerichtshof, Griechenland), Präfektur Voiotia/Deutschland, Nr. 11/2000, Urteil, 04.05.2000, teilweise abgedruckt in: Kritische Justiz 32 (2000), S. 472; Corte Suprema di Cassazione (Oberster Kassationsgerichtshof, Italien), Präfektur Voiotia/Deutschland, Nr. 14199, Urteil, 29.05.2008, abgedruckt in: beck-online Rechtsprechung Nr. 36840 (2008). Siehe auch Corte Suprema di Cassazione, Ferrini/Deutschland, Nr. 5044/2004, Urteil, 11.03.2004, abgedruckt in: International Law Reports 128 (2006), S. 658.

xis und Rechtsüberzeugung sei eine solche Ausnahme völkergewohnheitsrechtlich nicht akzeptiert.⁴

Folglich sind Klagen gegen Staaten vor ausländischen Gerichten nach wie vor unzulässig – sie sind einzig im mutmaßlichen ‚Täterstaat‘ selbst, also in Deutschland, anhängig zu machen.

Da es sich bei einer möglichen Haftung der Bundesrepublik um eine Frage der Staatshaftung handelt, ist gemäß Artikel 34 Satz 3 Grundgesetz (GG) und § 40 Absatz 2 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) der Zivilrechtsweg einschlägig und gemäß § 71 Absatz 2 Nr. 2 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) erstinstanzlich das Landgericht streitwertunabhängig zuständig. Aufgrund des Hauptsitzes des Bundesverteidigungsministeriums ist dies für Fälle, die Handlungen der Bundeswehr betreffen, stets das Landgericht (LG) Bonn.

Aus der staatlichen Souveränität folgt zudem, dass die Rechtmäßigkeit von Hoheitsakten nicht am Maßstab eines fremden Rechtssystems zu messen ist. Deutsche Gerichte haben nicht das Tatortrecht,⁵ sondern das deutsche (und Völker-)Recht⁶ anzuwenden.⁷

3. Die maßgeblichen Fälle

Von den Fällen, in denen die Bundesrepublik auf Entschädigung wegen (mutmaßlich) völkerrechtswidriger Handlungen während bewaffneter Konflikte verklagt wurde, sind drei von besonderem Interesse: Die Fälle Distomo, Varvarin und Kundus.

Während des Zweiten Weltkriegs, am 10. Juni 1944, verübte eine in die Wehrmacht eingegliederte Einheit der Waffen-SS einen Angriff auf das griechische Dorf Distomo. Als ‚Sühne-maßnahme‘ für griechische Partisanenüberfälle bezeichnet, wurden 300 Zivilisten getötet und das Dorf niedergebrannt. An der eklatanten Völkerrechtswidrigkeit (vgl. Artikel 23, 46 und 50 Haager Landkriegsordnung [HLKO]⁸) dieses Massakers bestehen keine Zweifel.⁹ Da die Bundesrepublik rechtlich identisch mit dem Deutschen Reich ist und für dessen Schulden einstehen müsste,¹⁰ verklagten zwei Geschwister, deren Eltern unter den Ermordeten waren, die Bundesrepublik auf Schadensersatz. Der Distomo-Fall beschäftigte dabei nicht nur die deutsche, sondern auch die griechische und italienische Justiz sowie den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und den IGH.¹¹

Der zweite Fall betrifft den erstmaligen Kriegseinsatz der Bundeswehr am – insbesondere weil ohne Mandat des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen (UN) erfolgten – umstrittenen Kosovokrieg.¹² Im Zuge der North Atlantic Treaty NATO-Luftoperation ‚Allied Force‘ gegen die Bundesrepublik Jugoslawien wurde am 30.05.1999 eine Brücke bei Varvarin im jetzigen Serbien zerstört. Zehn Menschen wurden getötet und 30 weitere verletzt. Da weder die Brücke noch die sämtlich zivilen Opfer militärische Ziele darstellten, wird man den Angriff nur als völkerrechtswidrig (vgl. Artikel 48, 51 und 57 Zusatzprotokoll I zu den Genfer Abkommen [ZP I]¹³) bewerten können.¹⁴ Die genauen Einzelheiten des Angriffs, insbesondere die Identität der maßgeblichen Akteure, bleiben bis heute unklar. Geklärt ist allerdings, dass zwar keine deutschen Kampf-, wohl aber Aufklärungsflugzeuge am Angriffstag im Einsatz waren. Aus diesem Grunde

verklagten Opfer und Hinterbliebene die Bundesrepublik Deutschland auf Schadensersatz und Schmerzensgeld. Ob und wie die Bundeswehr den Angriff tatsächlich unterstützt hatte, blieb allerdings bis zuletzt umstritten.¹⁵

Ein von dem damaligen Bundeswehr-Oberst Kommandeur des sogenannten ‚Provincial Reconstruction Team‘ in Kundus (Afghanistan), Georg Klein, befehligter Luftangriff bildet den dritten und aktuellsten Fall. Der am 04. September 2009 erfolgte Bombenabwurf auf zwei von Taliban entführten und auf einer Sandbank steckengebliebenen Tanklastwagen wurde aufgrund der hohen Anzahl ziviler Opfer – die

⁴ IGH, a.a.O. (Fn. 2), Urteil, Rn. 96 f.; ebenso bereits EGMR, Kalogeropoulou u. a./Griechenland und Deutschland, Nr. 59021/00, Urteil, 12.12.2002, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 57 (2004), S. 273 f.; vgl. C. Appelbaum, Der Fall Distomo – Die Staatenimmunität Deutschlands gegenüber Klagen wegen Wehrmachtsverbrechen in Griechenland, in: HuV-I 17 (2004), S. 190; K. Oellers-Frahm, State Immunity vs. Human Rights: Observations Concerning the Judgment of the ICJ in the Jurisdictional Immunities of the States Case (Germany v. Italy), in: D. Hanschel *et al.* (Hrsg.), Mensch und Recht: Festschrift für Eibe Riedel zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 389; sowie allgemein zur Diskussion A. von Arnould, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 330; M. N. Shaw, a.a.O. (Fn. 2), S. 519-522.

⁵ Vgl. Artikel 40 Abs. 1 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB); Artikel 4 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Rechte (Rom II), 31.07.2007, OJ L199/40.

⁶ Zur Stellung des Völkerrechts in der deutschen Rechtsordnung A. v. Arnould, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 504-522.

⁷ LG Bonn, Kundus, Az. 1 O 460/11, Urteil, 11.12.2013, Rn. 45 (alle Randnummerangaben bei deutschen Gerichtsentscheidungen zitiert nach juris); G. Hohloch, Artikel 40 EGBGB, in: B. Grunewald / G. Maier-Reimer / H. P. Westermann (Hrsg.), Erman BGB: Kommentar, 14. Aufl., Köln 2014, Rn. 20.

⁸ Ordnung der Gesetze und Gebräuche des Landkriegs (HLKO), Anlage zum Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs (IV. Haager Abkommen [HA IV]), 18.10.1907, Reichsgesetzblatt (RGBl.) I (1910), S. 107.

⁹ OLG Köln, Distomo, Az. 7 U 167/97, Urteil, 27.08.1998, Rn. 46 (Artikel 23 HLKO); C. Appelbaum, a.a.O. (Fn. 4), S. 190 (nur Artikel 46 und 50 HLKO; Artikel 23 HLKO nicht [auch] bei Okkupation anwendbar); N. Paech, Wehrmachtsverbrechen in Griechenland, in: Kritische Justiz 32 (1999), S. 380, 385 (Artikel 23, 46 und 50 HLKO). Deutlich auch die Vertreter Deutschlands vor dem IGH, siehe IGH, a.a.O. (Fn. 2), Memorial of the Federal Republic of Germany, 12.06.2009, Rn. 33.

¹⁰ Grundlegend BVerfG, Grundlagenvertrag, Az. 2 BvF 1/73, Urteil, 31.07.1973, BVerfGE 36, 1, 16; BGH, Distomo, Az. III ZR 245/98, Urteil, 26.06.2003, in: NJW 56 (2003), S. 3488 f.

¹¹ Zur (langen) Prozessgeschichte und zum Sachverhalt siehe IGH, a.a.O. (Fn. 2), Urteil, Rn. 30-36.

¹² Als Beispiele für die (deutsche) Völkerrechtsdiskussion siehe z. B. P. Dreist, Humanitäre Intervention – Zur Rechtmäßigkeit der NATO-Operation ALLIED FORCE, in: HuV-I 15 (2002), S. 68; K. Ipsen, Der Kosovo-Einsatz – Illegal? Gerechtfertigt? Entschuldigbar?, in: Die Friedens-Warte 74 (1999), S. 19; D. S. Lutz (Hrsg.), Der Kosovo-Krieg: Rechtliche und rechtsethische Aspekte, Baden-Baden 2000.

¹³ Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte, 08.06.1977, UNTS 1125 (1986), S. 3.

¹⁴ B. Graefrath, Schadensersatzansprüche wegen Verletzung humanitären Völkerrechts, in: HuV-I 14 (2001), S. 110, 112-113; S. Kirchner / K. Geler-Noch, Compensation for Violations of the Laws of War – The Varvarin Case before German and International Courts, in: Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review 62(3) (2014), S. 5, 6-8.

¹⁵ Sachverhalt nach BVerfG, Varvarin, Az. 2 BvR 2660/06, 2 BvR 487/07, Nichtannahmebeschluss, 13.08.2013, Rn. 1-5.

genaue Zahl ist selbst nach umfangreichen Untersuchungen unklar geblieben¹⁶ – stark kritisiert und seine Rechtmäßigkeit angezweifelt. Hinterbliebene verklagten die Bundesrepublik Deutschland auf Ersatz der entstandenen Schäden und Schmerzensgeld.¹⁷

Aus Perspektive der Opfer und Hinterbliebenen sind die Ergebnisse dieser drei Verfahren ernüchternd. Stets wurden die Klagen als unbegründet abgewiesen¹⁸ und die jeweiligen Verfassungsbeschwerden hatten keinen Erfolg.¹⁹ Das kürzlich ergangene Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) Köln im Kundus-Fall ist hiervon keine Ausnahme, es ist allerdings noch nicht rechtskräftig – eine Revision zum Bundesgerichtshof (BGH) ist zu erwarten. Stets machten die Kläger Ansprüche aus dem Völker- sowie aus dem nationalen Recht geltend. Ob eine entsprechende Anspruchsgrundlage aber besteht, ist umstritten.

4. Anspruch nach Völkerrecht?

Ein Anspruch auf Schadensersatz für Opfer völkerrechtswidriger Kampfhandlungen könnte sich, jedenfalls für internationale bewaffnete Konflikte, direkt aus dem humanitären Völkerrecht ergeben. Nach Artikel 3 des IV. Haager Abkommens (HA IV) und Artikel 91 ZP I ist eine Konfliktpartei, welche die jeweiligen Bestimmungen des humanitären Völkerrechts verletzt, zum Schadensersatz verpflichtet. Ausdrücklich sprechen die Normen vom Staat als Verpflichteten, lassen die Identität des Berechtigten aber offen. Ausgehend vom Völkerrecht als zwischenstaatlichem Recht könnten hieraus einerseits nur Staaten schadensersatzberechtigt sein – andererseits aber lässt es der unscharfe Wortlaut der Normen ebenfalls zu, auch Individuen als unmittelbar anspruchsberechtigt anzusehen.

4.1. Durchsetzungsmechanismus als Voraussetzung?

Teilweise wird eine völkerrechtliche Berechtigung – hier die Berechtigung des Einzelnen, von einem Staat Schadensersatz zu verlangen – jedoch an die Existenz eines völkerrechtlichen Durchsetzungsmechanismus geknüpft. Andernfalls könne es sich allenfalls um einen bloßen, den Einzelnen begünstigenden Reflex staatlicher Rechte und Pflichten, nicht aber um einen individuellen Rechtsanspruch handeln.²⁰ Mangels Erfüllung dieser Vorbedingung im Humanitären Völkerrecht kommt so das LG Bonn in Varvarin zu dem Ergebnis, ein Schadensersatzanspruch könne von vornherein nicht bestehen.²¹

Diese Ansicht ist jedoch nicht überzeugend. Der IGH verzichtete auf dieses Kriterium, als er in LaGrand unmittelbare Rechte aus dem Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen²² ableitete,²³ und auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) scheint dem nicht zu folgen, wenn es einen individuellen Primäranspruch auf Einhaltung des Humanitären Völkerrechts anerkennt.²⁴ Die Koppelung der materiellen Berechtigung an dessen prozessuale Durchsetzungsmöglichkeit ist auch vor dem Hintergrund wenig überzeugend, dass die Staaten mangels einer universellen obligatorischen Gerichtsbarkeit selbst unter einem ‚Effektivitätsmangel der Uneinklagbarkeit‘ leiden.²⁵ Ferner haben sie individuelle Rechte durch die universellen Menschenrechtsverträge be-

gründet, ohne zwingende Durchsetzungsmechanismen zur Verfügung zu stellen.²⁶ Ein Durchsetzungsverfahren ist damit keineswegs eine Voraussetzung, sondern bloßes Indiz für eine Individualberechtigung.²⁷

4.2. Anspruchsberechtigter

Mithin kommt es für die Ermittlung des Anspruchsberechtigten einzig darauf an, ob Artikel 3 HA IV und Artikel 91 ZP I individualberechtigend auszulegen sind.²⁸

Artikel 3 Satz 1 HA IV lautet: ‚Die Kriegspartei, welche die Bestimmungen der bezeichneten Ordnung [der HLKO] verletzen sollte, ist gegebenenfalls zum Schadenersatz verpflichtet.‘ Fast gleichlautend heißt es in Artikel 91 Satz 1 ZP I: ‚Eine am Konflikt beteiligte Partei, welche die [Genfer] Abkommen oder dieses Protokoll verletzt, ist gegebenenfalls zum Schadenersatz verpflichtet.‘

Die Auslegung dieser Normen richtet sich, von den deutschen Gerichten durchweg vernachlässigt, nach den Arti-

¹⁶ Vgl. insb. BT-Drs. 17/7400, 25.10.2011, S. 206. Das OLG Köln ging von vermutlich 74 getöteten Zivilisten aus, OLG Köln, Kundus, Az. I-7 U 4/14, 7 U 4/14, Urteil, 30.04.2015, Rn. 3.

¹⁷ Sachverhalt nach *id.*, Rn. 1-4.

¹⁸ Die jeweils einschlägigen Urteile sind, chronologisch geordnet, namentlich LG Bonn, Distomo, Az. 1 O 358/95, Urteil, 23.06.1997; OLG Köln, Distomo, a.a.O. (Fn. 9); BGH, Distomo, a.a.O. (Fn. 10); LG Bonn, Varvarin, Az. 1 O 361/02, Urteil, 10.12.2003, in: NJW 57 (2004), 525; OLG Köln, Varvarin, Az. 7 U 8/04, Urteil, 28.07.2005, in: NJW 58 (2005), S. 2860; BGH, Varvarin, Az. III ZR 190/05, Urteil, 02.11.2006; LG Bonn, Kundus, a.a.O. (Fn. 7); OLG Köln, Kundus, a.a.O. (Fn. 16).

¹⁹ BVerfG, Distomo, Az. 2 BvR 1476/03, Nichtannahmebeschluss, 15.02.2006, in: NJW 59 (2006), S. 2542; BVerfG, Varvarin, a.a.O. (Fn. 15).

²⁰ V. Epping, Das Individuum als Völkerrechtssubjekt, in: K. Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Aufl., München 2014, S. 308, Rn. 5; H. Kelsen, Principles of International Law, New York 1952 (Nachdruck 2003), S. 140; C. Raap, Staatshaftungsansprüche im Auslandseinsatz der Bundeswehr, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 32 (2013), S. 552 f.; A. Verdross / B. Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl., Berlin 1984, § 424.

²¹ LG Bonn, Varvarin, a.a.O. (Fn. 18), S. 526.

²² Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen, 24.04.1963, UNTS 596 (1969), S. 261.

²³ IGH, LaGrand (Germany v. United States of America), Urteil, 27.06.2001, ICJ Reports 2001, S. 466, Rn. 77; bestätigt durch IGH, Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Urteil, 31.03.2004, ICJ Reports 2004, S. 12, Rn. 40.

²⁴ BVerfG, Distomo, a.a.O. (Fn. 19), S. 2543.

²⁵ A. Peters, Jenseits der Menschenrechte: Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht, Tübingen 2014, S. 42. Ähnlich P. Dreist, Individuum (Rechtsstellung), in: B. Schöbener (Hrsg.), Völkerrecht: Lexikon zentraler Begriffe und Themen, Heidelberg 2014, S. 182, 189.

²⁶ M. Breuer, Die Begründung individueller Rechte in völkerrechtlichen Verträgen nichtmenschentlicher Art, in: G. H. Gornig *et al.* (Hrsg.), *Iustitia et Pax*: Gedächtnisschrift für Dieter Blumenwitz, Berlin 2008, S. 87, 99 f.

²⁷ *Id.*, S. 100; O. Dörr, Anmerkung zu LG Bonn, Urteil v. 10.12.2003 – 1 O 361/02, in: Juristenzeitung 59 (2004), S. 574 f.; S. Gorski, Individuals in International Law, in: R. Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford 2015, Rn. 13; R. Higgins, Problems and Process: International Law and How We Use It, Oxford 1994, S. 53 f.; A. Peters, a.a.O. (Fn. 25), S. 42; M. Terwiesche, Kriegsschäden und Haftung der Bundesrepublik Deutschland, in: NVwZ 23 (2004), S. 1324 f. Vgl. auch schon H. Lauterpacht, The Subjects of the Law of Nations (Part I), in: Law Quarterly Review 63 (1947), S. 438.

²⁸ Vgl. allgemein P. Dreist, a.a.O. (Fn. 25), S. 187, 189.

keln 31-33 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK).²⁹ Nach Artikel 31 Absatz 1 WVK ist ein Vertrag ‚nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen‘.

4.2.1. Der Wortlaut

Jede Auslegung hat am Wortlaut anzusetzen. Zwar nennen die beiden Vorschriften den Berechtigten nicht, nach Meinung des BVerfG könnten Artikel 3 HA IV und Artikel 91 ZP I aber schon deshalb nicht individualberechtigend verstanden werden, weil diese aufgrund ihres einschränkenden Zusatzes („gegebenenfalls“) nicht ‚self-executing‘ seien.³⁰ Eine Norm des Völkerrechts kann ein Recht des Einzelnen, auf das er sich ohne Weiteres vor Gericht berufen kann, nur begründen, wenn kein Umsetzungsakt in das nationale Recht nötig ist. Die Völkerrechtsnorm muss konkret genug und damit unmittelbar anwendbar („self-executing“) sein.³¹ Ähnlich wie das BVerfG lehnt auch die US-amerikanische Rechtsprechung die unmittelbare Anwendbarkeit von Artikel 3 HA IV und Artikel 91 ZP I ab.³² Sie ist allerdings ohnehin gegenüber der unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkerrechtsnormen sehr zurückhaltend.³³

Dem ist nicht zu folgen. Der Zusatz der Normen ist nicht in dem Sinne zu verstehen, dass die Haftungsfrage *per se* eingeschränkt oder ein Umsetzungsspielraum etabliert wird. Vielmehr soll ausdrücken, dass Schadensersatz nach allgemeinen Regeln nur dann zu leisten ist, wenn, erstens, überhaupt ein Schaden entstanden ist, da die Verletzung des Humanitären Völkerrechts an sich nicht genügt,³⁴ und wenn, zweitens, vorrangige Formen der Wiedergutmachung nicht möglich sind.³⁵ So verstanden steht eine fehlende unmittelbare Anwendbarkeit einer individualberechtigten Lesart von Artikel 3 HA IV und Artikel 91 ZP I jedenfalls nicht entgegen.³⁶ Die Wortlautauslegung allein ist damit unergiebig.

4.2.2. Der Zusammenhang und Sinn und Zweck

Für die Auslegung sind, neben der fraglichen Norm selbst, auch die übrigen Normen des Vertrages relevant.

Der bloße Verweis auf Artikel 2 HA IV hilft allerdings nicht weiter. Hiernach finden HA IV und HLKO ‚nur zwischen den Vertragsmächten Anwendung und nur dann, wenn die Kriegsführenden sämtlich Vertragsparteien sind‘. Teilweise leitet die Rechtsprechung hieraus ab, dass Individuen *ab initio* nicht durch Artikel 3 HA IV berechtigt werden könnten. Denn Artikel 2 HA IV erkläre das Abkommen ausschließlich zwischen den staatlichen Vertragsparteien und gerade nicht auch im Verhältnis zum Individuum für anwendbar.³⁷

Dieses Argument vermag jedoch nicht zu überzeugen. Artikel 2 HA IV ist eine sogenannte Allbeteiligungs- oder *si omnes*-Klausel. Die Abkommen werden nur für anwendbar erklärt, wenn alle Parteien des bewaffneten Konflikts auch Vertragsmitglieder sind.³⁸ Die Wendung ‚nur zwischen den Vertragsmächten‘ sollte somit lediglich klarstellen, dass ein Vertragsstaat an das Abkommen nicht gebunden ist, wenn eine Konfliktpartei nicht selbst Mitglied des Abkommens ist. Hieraus den Ausschluss des Einzelnen vom Anwendungsbe-

reich des Abkommens abzuleiten, überdehnt den Sinn und Zweck der Norm.

Nach Artikel 31 Absatz 3 lit. c WVK gehört zur systematischen Auslegung auch die Berücksichtigung aller anderen relevanten Völkerrechtsnormen, die in den Beziehungen zwischen den Vertragsstaaten anwendbar sind.

Hieran und an teleologische Gesichtspunkte anknüpfend will mittlerweile eine nicht unerhebliche Anzahl von Stimmen in der Literatur³⁹ Artikel 3 HA IV und Artikel 91 ZP I dyna-

²⁹ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, 23.05.1969, UNTS 1155 (1987), S. 331.

³⁰ BVerfG, Distomo, a.a.O. (Fn. 19), S. 2543; BVerfG, Varvarin, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 46. Ebenso z. B. N. Achten, Compensation Claims of Individuals for Violations of Rules on Conduct of Hostilities – Comment on a Judgment of the District Court Bonn, Germany – LG Bonn I O 460/11, 11 December 2013, in: HuV-I 28 (2015), S. 34, 38. Anderer Ansicht (unmittelbar anwendbar), aber ohne nähere Begründung M. Terwiesche, a.a.O. (Fn. 27), S. 1325.

³¹ A. von Arnould, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 503; M. Breuer, a.a.O. (Fn. 26), S. 99.

³² Vgl. U.S. District Court of the Central District of California, Handel v. Artukovic, Urteil, 31.01.1985, 601 F. Supp. 1421, 1425 (bzgl. HA IV); US. Court of Appeals for the Fourth Circuit, Goldstar (Panama) S.A. v. United States, Urteil, 16.06.1992, 967 F.2d 965, 968-969 (bzgl. Artikel 3 HA IV); US Court of Appeals for the Fourth Circuit, Hamdi v. Rumsfeld, Urteil, 08.01.2003, 316 F.3d 450, 468-469 (bzgl. den Genfer Abkommen).

³³ Kritisch N. Petersen, Abkehr von der internationalen Gemeinschaft? Die aktuelle Rechtsprechung des US Supreme Court zur innerstaatlichen Wirkung von völkerrechtlichen Verträgen, in: Reprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods 5 (2009), S. 11.

³⁴ J. de Preux, Artikel 91 Protocol I, in: C. Pilloud *et al.* (Hrsg.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Genf 1987, S. 1053, Rn. 3655.

³⁵ F. Francioni, Access to Justice as a Human Right, Oxford 2007, S. 116; J. de Preux, a.a.O. (Fn. 34), Rn. 3655; N. Ronzitti, Reparation and Compensation, in: N. D. White / C. Henderson, Research Handbook on International Conflict and Security Law, Cheltenham 2013, S. 638, 649.; vgl. Ständiger Internationaler Gerichtshof, The Factory at Chorzów (Claim for Indemnity), Urteil, 13.09.1928, PCIJ Series A, No. 17, S. 4, 47; Artikel 34-37 der Artikel über die Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen, Anlage zu UN-Generalversammlung, Resolution 56/83, UN Doc. A/RES/56/83, 12.12.2001.

³⁶ So auch R. P. Mazzechi, Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview, in: Journal of International Criminal Justice 1 (2003), S. 339, 345.

³⁷ BGH, Distomo, a.a.O. (Fn. 10), S. 3491; LG Bonn, Varvarin, a.a.O. (Fn. 18), S. 526. In diese Richtung wohl auch S. Schmahl, Amtshaftung für Kriegsschäden, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 66 (2006), S. 699, 702.

³⁸ M. Terwiesche, a.a.O. (Fn. 27), S. 1325; N. Matthiesen, Wiedergutmachung für Opfer internationaler bewaffneter Konflikte: Die Rechtsposition des Individuums bei Verletzungen des humanitären Völkerrechts, Berlin 2012, S. 268; S. Watts, Reciprocity and the Law of War, in: Harvard International Law Journal 50 (2009), S. 365, 397.

³⁹ So z. B. S. Baufeld, Individuelle Ersatzansprüche bei kriegsrechtswidrigen Schädigungen: Zugleich eine Besprechung des Distomo-Urteils des BGH (III ZR 245/98), in: HuV-I 17 (2004), S. 93, 97; A. Fischer-Lescano, Subjektivierung völkerrechtlicher Sekundärregeln: Die Individualrechte auf Entschädigung und effektiven Rechtsschutz bei Verletzungen des Völkerrechts, in: Archiv des Völkerrechts 45 (2007), S. 299, 377; B. Graefrath, a.a.O. (Fn. 14), S. 114; F. Kalshoven, State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces, in: International and Comparative Law Quarterly 40 (1991), S. 827, 833, 837; N. Matthiesen, a.a.O. (Fn. 38), S. 335; E. Schwager, Reparation for Individual Victims of Armed Conflict, in: R. Kolb / G. Gaggioli (Hrsg.), Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law, Cheltenham 2013, S. 628, 634; E. Schwager, The Right to Compensation for Victims of an Armed Conflict, in: Chinese Journal of International Law 4 (2005), S. 417, 422-427.; M. Terwiesche, a.a.O. (Fn. 27), S. 1325.

misch⁴⁰ auslegen. Im Lichte insbesondere der menschenrechtlichen Entwicklungen seien die Normen individualberechtigend zu interpretieren. Es könne nicht angehen, einerseits Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht nebeneinander anzuwenden, andererseits aber Opfer einer Menschenrechtsverletzung einen Schadensersatzanspruch zuzubilligen, während Opfer einer Verletzung des humanitären Völkerrechts leer ausgingen.⁴¹

Selbst wenn diese Parallelität wünschenswert ist, sprechen entscheidende Gesichtspunkte gegen diese Argumentation. Menschenrechte und Humanitäres Völkerrecht sind – bei aller Annäherung – zu trennen.⁴² Zwar hat das Individuum nach Ansicht der Rechtsprechung einen Primäranspruch auf Einhaltung der Verbote des humanitären Völkerrechts und zwar sind Artikel 3 HA IV und Artikel 91 ZPI auch dem Schutz des Einzelnen bestimmt und damit ‚mittelbar menschenrechtsschützender Natur‘.⁴³ Nur weil aber in einigen Verträgen neben Primär- auch individuelle Sekundärrechte begründet wurden, folgt hieraus nicht ein Zwang zur dynamischen Auslegung anderer, originär zwischenstaatlicher Verträge.⁴⁴ Im Gegenteil zeigt die Kodifizierung eines Schadensersatzrechts im Menschenrechtsschutz⁴⁵ – im Übrigen genauso wie in Artikel 75 des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs⁴⁶ –, dass individuelle Rechtsansprüche positiv festgelegt werden müssen und, in Ermangelung einer solchen Festlegung, gerade nicht bestehen.⁴⁷ Im Humanitären Völkerrecht gibt es eine zum Menschenrechtsschutz parallele Entwicklung auf der Sekundärebene aber gerade nicht.⁴⁸

Maßgeblich bestätigt wird dieser Befund durch die den Vertragsschlüssen nachfolgende Staatenpraxis (vgl. Artikel 31 Absatz 3 lit. b WVK). Diese zeigt bis heute ein eindeutiges Bild der Ablehnung individueller Schadensersatzansprüche im Humanitären Völkerrecht:⁴⁹ Gerichte haben entsprechende Ansprüche in aller Regel verneint⁵⁰ und, wenn Zahlungen an Opfer militärischer Gewalt erfolgt sind, geschah dies *ex gratia*, das heißt ohne Anerkennung einer juristischen Schuld.⁵¹ Die von der Gegenansicht vorgebrachten vereinzelt Ausnahmen hiervon stellen keine Verdichtung zu einer allgemeinen Praxis dar.⁵²

4.2.3. Die Entstehungsgeschichte

Anhänger der individualberechtigenden Lesart verweisen zur Untermauerung ihrer Interpretation auf einen deutschen Teilnehmer und einen Beschluss der Haager Friedenskonferenz, die sich für eine unmittelbare Individualberechtigung aus Artikel 3 HA IV ausgesprochen hätten.⁵³ Da Artikel 91 ZPI dieser Vorschrift nachvollzogen sei, müssten beide Normen entsprechend verstanden werden.

Angesichts der eindeutigen Handhabung der Vorschriften mag bereits angezweifelt werden, ob auf historische Argumente überhaupt zurückgegriffen werden kann, um eine andere Ansicht zu belegen (vgl. Artikel 32 WVK). Die eindeutige Auslegungspraxis sticht eine historisch anders intendierte Auslegung im Zweifel aus.⁵⁴

Aber auch sonst überzeugt die Gegenansicht nicht.⁵⁵ Individuen waren zum Zeitpunkt der Zweiten Haager Friedenskonferenz im Jahre 1907 nicht als Völkerrechtssubjekte anerkannt – das Prinzip der ausschließlichen Staatenberechtigung herrschte vor.⁵⁶ Hiervon gehen auch die Gerichte aus:

Hauptakteure der Völkerrechtsordnung sind Staaten, Individuen dagegen (jedenfalls damals) bloße Objekte, die durch ihren Heimatstaat ‚mediatisiert‘ werden.⁵⁷ Die Schaffung von Individualrechten – zumal ohne dies besonders hervorzuheben – liegt daher fern. Hätten die Staaten später, im Jahre 1977, bei der Verabschiedung des ZP I eine direkte

⁴⁰ Zur dynamischen Auslegung vgl. IGH, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 21.06.1971, ICJ Reports 1971, S. 16, Rn. 53; J. Arato, Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences, in: Law & Practice of International Courts and Tribunals 9 (2010), S. 465.

⁴¹ A. Fischer-Lescano, a.a.O. (Fn. 39), S. 302-303. Vgl. auch R. Hofmann, Durchsetzung von Ansprüchen von Kriegsoffizieren – Sind wir heute weiter als 1949?, in: H.-J. Heintze / K. Ipsen (Hrsg.), Heutige bewaffnete Konflikte als Herausforderungen an das humanitäre Völkerrecht: 20 Jahre Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht – 60 Jahre Genfer Abkommen, Berlin 2011, S. 133, 135 („zumindest *de lege ferenda*“) und 150. Zum Verhältnis von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht generell, siehe T. R. Salomon, Zum Verhältnis von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht: Normative und methodische Grundlagen (Beitrag in diesem Heft).

⁴² Vgl. A. Huhn, Amtshaftung im bewaffneten Auslandseinsatz, Frankfurt/M. 2010, S. 57.

⁴³ BVerfG, Distomo, a.a.O. (Fn. 19), S. 2543.

⁴⁴ M. Breuer, a.a.O. (Fn. 26), S. 109. Vgl. LG Bonn, Varvarin, a.a.O. (Fn. 18), S. 526; OLG Köln, Varvarin, a.a.O. (Fn. 18), S. 2861. Zustimmung C. Raap, a.a.O. (Fn. 20), S. 553.

⁴⁵ Vgl. Artikel 41 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), 04.11.1950, BGBl. II (1952), S. 685; Artikel 63 Abs. 1 Amerikanische Menschenrechtskonvention (22.11.1969), UNTS 1144 (1987), S. 123; Artikel 14 Abs. 6 und 9 Abs. 5 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, 16.12.1966, UNTS 999 (1983), S. 171; sowie UN-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on State Parties to the Covenant, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 29.03.2004, Rn. 16.

⁴⁶ Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, 17.07.1998, UNTS 2187 (2004), S. 3.

⁴⁷ P. Stammeler, Der Anspruch von Kriegsoffizieren auf Schadensersatz, Berlin 2009, S. 115.

⁴⁸ BVerfG, Distomo, a.a.O. (Fn. 19), S. 2543; BVerfG, Varvarin, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 46.

⁴⁹ M. Frulli, When Are States Liable Towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The Marković Case, in: Journal of International Criminal Justice 1 (2003), S. 418-421; J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules, Cambridge 2005, S. 541-545; R. Hofmann, a.a.O. (Fn. 41), S. 136-138; R. Hofmann / F. Riemann, Compensation for Victims of War, International Law Association Background Report, 2004, S. 14; P. Stammeler, a.a.O. (Fn. 47), S. 115.

⁵⁰ Vgl. etwa zur Gerichtspraxis in Japan A. Peters, a.a.O. (Fn. 25), S. 188-189 m.w.N.; zur Praxis in den USA vgl. die Nachweise in Fn. 32; vgl. ferner J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck, a.a.O. (Fn. 49), S. 544 f.

⁵¹ So auch im Kundus-Fall, vgl. BT-Drs. 17/8120, 12.12.2011, S. 1 f.

⁵² So BVerfG, Varvarin, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 43 (bzgl. Völkergewohnheitsrecht); vgl. zu den Ausnahmen z. B. S. Baufeld, a.a.O. (Fn. 39), S. 97; S. Baufeld, Die schadensersatzrechtliche Stellung ziviler Opfer von militärischen Operationen, in: Juristenzeitung 62 (2007), S. 502, 505-506.

⁵³ So insb. F. Kalshoven, a.a.O. (Fn. 39), S. 831, 834, an den viele Vertreter dieser Ansicht anknüpfen.

⁵⁴ Vgl. M. Breuer, a.a.O. (Fn. 26), S. 103; sowie zur historischen Auslegung allgemein O. Dörr, Artikel 32, in: O. Dörr / K. Schmalenbach (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary, Berlin 2012, Rn. 27-38.

⁵⁵ So auch P. Stammeler, a.a.O. (Fn. 47), S. 115 f. m.w.N.

⁵⁶ V. Epping, a.a.O. (Fn. 20), Rn. 1-4; S. Schmahl, a.a.O. (Fn. 37), S. 703; P. Stammeler, a.a.O. (Fn. 47), S. 116.

⁵⁷ Vgl. BGH, Varvarin, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 6.

völkerrechtliche Berechtigung von Individuen gewollt – sie hätten es angesichts der bisherigen Handhabe ausdrücklich aufgenommen und nicht lediglich den Wortlaut von Artikel 3 HA IV ohne größere Diskussion wiederholt.⁵⁸ Auch historisch sind beide Vorschriften damit als bloße Kodifizierungen der allgemeinen Haftungsverpflichtung zwischen den staatlichen Vertragsparteien zu verstehen.⁵⁹

4.3. Ergebnis

Nach alledem muss der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung⁶⁰ gefolgt werden.⁶¹ Die Aufwertung der völkerrechtlichen Stellung des Individuums kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass letztlich die Staaten über die Verleihung individueller völkerrechtlicher Rechte und Pflichten entscheiden.⁶² Die Staatenpraxis steht einem völkervertraglichen und im Übrigen auch einem völkergewohnheitsrechtlichen⁶³ Schadensersatzanspruch im Humanitären Völkerrecht noch eindeutig entgegen.

Dies ist richtigerweise nicht auf ewig in Stein gemeißelt. Eine Entwicklung hin zu einem individuellen Sekundäranspruch wäre ein weiterer, logischer Schritt in der Individualisierung des Völkerrechts.⁶⁴ Diese könnte durch eine, des offenen Wortlauts wegen mögliche, dynamische Lesart von Artikel 3 HA IV und Artikel 91 ZP I und einem entsprechenden Wandel in der Praxis und Rechtsüberzeugung der Staaten erreicht werden. Tendenzen in diese Richtung, wie insbesondere die Verabschiedung der ‚Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law‘ durch die UN-Generalversammlung, in der explizit auf Artikel 3 HA IV und Artikel 91 ZP I Bezug genommen wird,⁶⁵ sind zweifellos erkennbar.⁶⁶

De lege lata aber ‚stehen sekundärrechtliche Schadensersatzansprüche wegen völkerrechtswidriger Handlungen eines Staates gegenüber fremden Staatsangehörigen grundsätzlich nach wie vor nur dem Heimatstaat zu.‘⁶⁷

5. Anspruch nach deutschem Amtshaftungsrecht?

Wenn nicht das Völkerrecht einen Anspruch für Opfer von völkerrechtswidrigen Kriegshandlungen gewährt, könnte gleichwohl das nationale Recht eine Wiedergutmachung ermöglichen. Die Existenz zwischenstaatlicher Ansprüche des Heimatstaates schließt das Bestehen eines innerstaatlichen Individualanspruchs jedenfalls nicht im Sinne einer völkerrechtlichen Exklusivität aus – beide Ansprüche können parallel bestehen.⁶⁸ Allerdings stellt sich die Frage, ob der in Betracht kommende Amtshaftungsanspruch nach § 839 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) in Verbindung mit Artikel 34 GG im Kontext bewaffneter Konflikte sachlich überhaupt anwendbar ist.

5.1. Anwendbarkeit des Amtshaftungsrechts

Im Distomo-Fall wurde dies verneint. Hier hatten die Gerichte allerdings, des historischen Sachverhalts wegen, den Grundsatz des intertemporalen Rechts zu beachten.⁶⁹ Somit hatten sie ihrer Entscheidung nicht § 839 BGB und Arti-

kel 34 GG, sondern Artikel 131 Weimarer Reichsverfassung⁷⁰ und die 1944 herrschende Rechtsauffassung zugrunde zu legen. Vor diesem Hintergrund entschieden das OLG Köln und der BGH, dass die (Friedens-)Rechtsordnung in Kriegszeiten weitgehend suspendiert gewesen sei. Krieg sei in erster Linie als kollektiver Gewaltakt angesehen worden, der als ‚Verhältnis von Staat zu Staat‘ aufgefasst wurde.⁷¹ Das Kriegsvölkerrecht habe folglich das Amtshaftungsrecht überlagert, ein Anspruch bestehe nicht.⁷²

Allerdings wurde die somit zugeschlagene Tür wieder einen Spalt geöffnet, indem der BGH hinzufügte, dass dahinstehen könne, ‚[o]b nach dem heutigen Amtshaftungsrecht [...] im Lichte des Grundgesetzes und der Weiterentwicklungen im internationalen Recht ähnliches gelten würde.‘⁷³ Das BVerfG

⁵⁸ Vgl. BVerfG, Varvarin, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 47; A. Huhn, a.a.O. (Fn. 42), S. 54; P. Stammer, a.a.O. (Fn. 47), S. 114 ff.

⁵⁹ Siehe nur BVerfG, Varvarin, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 46 mit Verweis auf Artikel 1 der Artikel über die Verantwortlichkeit der Staaten, a.a.O. (Fn. 35).

⁶⁰ Vgl. neben den Urteilen in den Fällen Distomo, Varvarin und Kundus z. B. BVerfG, Az. 2 BvR 1379/01, Beschluss, 28.06.2004, in: NJW 57 (2004), S. 3257, 3258. Einzige Ausnahme bildet OVG Münster, Az. III A 1279/51, Urteil, 09.04.1952, in: NJW 5 (1952), S. 1030 f.

⁶¹ So auch z. B. R. Hofmann, a.a.O. (Fn. 41), S. 142; A. Huhn, a.a.O. (Fn. 42), S. 55 m.w.N.; S. Schmahl, a.a.O. (Fn. 37), S. 705; P. Stammer, a.a.O. (Fn. 47), S. 111; C. Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 3. Aufl., Oxford 2014, S. 414.

⁶² So auch die Rechtsprechung, wenn sie erklärt, der Grundsatz der Mediatisierung bestehe fort, vgl. OLG Köln, Distomo, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 50; LG Bonn, Varvarin, a.a.O. (Fn. 18), S. 525; BGH, Varvarin, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 8. Vgl. M. Breuer, a.a.O. (Fn. 26), S. 102.

⁶³ Statt vieler R. P. Mazzeschi, a.a.O. (Fn. 36), S. 347; A. Peters, a.a.O. (Fn. 25), S. 193; C. Tomuschat, a.a.O. (Fn. 61), S. 414. Anderer Ansicht aber z. B. S. Baufeld, a.a.O. (Fn. 52), S. 506; A. Fischer-Lescano, a.a.O. (Fn. 39), S. 331; E. Schwager, a.a.O. (Fn. 39), S. 430 (die ‚the emergence of a general right of individuals to compensation in cases where there is a violation of their rights‘ sieht).

⁶⁴ Positiv auch z. B. A. Peters, a.a.O. (Fn. 25), S. 193 m.w.N.; P. Stammer, a.a.O. (Fn. 47), S. 111; kritisch C. Tomuschat, a.a.O. (Fn. 61), S. 414; vgl. IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 09.07.2004, ICJ Reports 2004, S. 136, Rn. 152, wo der IGH Verletzungen von humanitärem Völkerrecht und Menschenrechten feststellt und erklärt, Israel habe eine Schadensersatzpflicht gegenüber den betroffenen Einzelpersonen. Ob schon heute ein Individualanspruch nach Völkerrecht besteht hat der IGH ausdrücklich offengelassen, vgl. IGH, a.a.O. (Fn. 2), Urteil, Rn. 108.

⁶⁵ UN-Generalversammlung, Resolution 60/147, UN Doc. A/RES/60/147, 16.12.2005, Annex, Präambel und Rn. 11.

⁶⁶ N. Achten, a.a.O. (Fn. 30) S. 37; J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck, a.a.O. (Fn. 49), S. 541; J. de Preux, a.a.O. (Fn. 34), Rn. 3657; vgl. auch M. Frulli, a.a.O. (Fn. 49), S. 422-426.

⁶⁷ BVerfG, Distomo, a.a.O. (Fn. 19), S. 2543. Genauso BGH, Varvarin, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 8; BVerfG, Varvarin, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 41; OLG Köln, Kundus, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 22.

⁶⁸ BVerfG, Zwangsarbeit, Az. 2 BvL 33/93, Beschluss, 13.05.1996, BVerfGE 94, 315, 330-331; BGH, Distomo, a.a.O. (Fn. 10), S. 3492. Vgl. hierzu S. Schmahl, a.a.O. (Fn. 37), S. 705-707.

⁶⁹ BGH, Distomo, a.a.O. (Fn. 10), S. 3490. Vgl. Ständiger Schiedshof, *Island of Palmas*, Schiedsspruch, 04.04.1928, ZaöRV 1 (Teil 1) (1929), S. 3, 24.

⁷⁰ Die Verfassung des Deutschen Reichs, 11.08.1919, RGBl. (1919), S. 1383.

⁷¹ BGH, Distomo, a.a.O. (Fn. 10), S. 3492.

⁷² OLG Köln, Distomo, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 59; BGH, Distomo, a.a.O. (Fn. 10), S. 3492; ähnlich bereits OVG Münster, Az. 14 A 362-93, Urteil, 19.11.1997, in: NJW 51 (1998), S. 2302, 2305.

⁷³ BGH, Distomo, a.a.O. (Fn. 10), S. 3493.

zweifelte gar an, „ob eine solche Überlagerung der Notwendigkeit gerecht wird, die Einhaltung der Regeln des humanitären Kriegsvölkerrechts auch in nationalen Rechtsordnungen durch parallele Sanktionsmöglichkeiten zu sichern.“⁷⁴ BGH und BVerfG ebneten damit die Möglichkeit einer abweichenden Argumentation für Fälle, die nach dem Zweiten Weltkrieg spielen.

Während das LG Bonn diese ‚Steilvorlage‘⁷⁵ im Varvarin-Fall nicht nutzte und an der Überlagerungstheorie festhielt,⁷⁶ stellte das OLG Köln im Berufungsurteil klar, dass eine absolute Überlagerung heute ‚überholt und [...] nicht mehr zu rechtfertigen‘ sei.⁷⁷ Alles andere widerspräche ‚unserem heutigen Verständnis staatlichen Handelns in eklatanter Weise. [...] Eine Suspendierung der Regelung würde [...] bedeuten, jeglichen Anspruch des einzelnen Menschen für jedes noch so schwerwiegende unrechtmäßige staatliche Handeln zu verneinen, ihm jegliche individuelle Rechtsgewährung zu verweigern und ihn auf den (ungesicherten) Weg des diplomatischen Schutzes zu verweisen. Dies entspricht nicht dem Menschenbild und dem Anspruch auf Rechtsgewährung des Grundgesetzes.“⁷⁸

Während damit das OLG Köln die grundsätzliche Anwendbarkeit des Amtshaftungsanspruchs bejahte, ließen der BGH und das BVerfG die Frage bedauerlicherweise ausdrücklich offen, da dessen Voraussetzungen im Varvarin-Fall jedenfalls nicht vorgelegt hätten.⁷⁹

Im nachfolgenden Kundus-Fall ging nun auch das LG Bonn von der Anwendbarkeit des Amtshaftungsrechts aus und das OLG Köln bekräftigte seine in Varvarin gefundene Auffassung.⁸⁰

Gleichwohl bislang noch nicht höchstrichterlich bestätigt, ist im Ergebnis von der Anwendbarkeit des Amtshaftungsrechts in heutigen bewaffneten Auslandseinsätzen der Bundeswehr auszugehen.⁸¹ Wie vom OLG Köln in Varvarin überzeugend hergeleitet, ist dies verfassungsrechtlich geboten: Wenn auch im bewaffneten Konflikt die Bundeswehr an Recht und Gesetz gebunden ist (Artikel 1 Absatz 3 und 20 Absatz 3 GG)⁸² und der Einzelne einen Anspruch auf Rechtsgewährung hat (Artikel 19 Absatz 4 GG), führt an der Anwendung des Amtshaftungsanspruchs aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten kaum ein Weg vorbei.⁸³

Bedenken der Gegenansicht⁸⁴ greifen nicht durch: Die Befürchtung einer Überforderung der Gerichte im Angesicht militärischer Sachverhalt ist durch die Fälle Varvarin und Kundus weitgehend widerlegt.⁸⁵ Eine Flut von Schadenersatzklagen ist für heutige bewaffnete Konflikte zudem nicht zu erwarten.⁸⁶ Abgesehen davon sind diese Argumente ausschließlich an praktischen Gesichtspunkten orientiert, die den verfassungsrechtlichen Erwägungen kaum etwas entgegensetzen können.⁸⁷ Auch ist der Ansatz einer Überlagerung des Amtshaftungsrechts überholt. Einerseits sieht das Grundgesetz selbst für den Verteidigungsfall lediglich sehr eingeschränkte, Artikel 19 Absatz 4 und 34 GG nicht betreffende, Suspendierungsmöglichkeiten vor (vgl. Artikel 115c Absatz 2 GG).⁸⁸ Andererseits wird auch im Völkerrecht nicht (mehr) von einer pauschalen Suspendierung der Friedensrechtsordnung ausgegangen.⁸⁹

Es bleibt zu hoffen, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung bei der nächsten Gelegenheit schon im Sinne der Rechtssicherheit⁹⁰ Stellung beziehen und die Anwendbarkeit

des Amtshaftungsrechts bejahen wird. Die Aussagen in Distomo deuten in eine entsprechende Richtung. Gerichte anderer Staaten sollten diesem Ansatz gerade in Ermangelung einer völkerrechtlichen Regelung folgen.⁹¹ Die Anwendung des Amtshaftungsrechts hat zudem den Vorteil, problemlos auf internationale wie nicht-internationale Konflikte anwendbar zu sein – dies würde sich bei einer Verankerung eines völkerrechtlichen Anspruchs in Artikel 3 HA IV und Artikel 91 ZP I als schwieriger darstellen, da diese grundsätzlich nur im internationalen bewaffneten Konflikt Anwendung finden.

⁷⁴ BVerfG, Distomo, a.a.O. (Fn. 19), S. 2543. Das BVerfG musste diese Frage nicht abschließend klären, da der Anspruch aus anderen Gründen ausgeschlossen war.

⁷⁵ So P. Stammer, Paradigmenwechsel im deutschen Staatshaftungsrecht – OLG Köln läutet das Ende der ‚Nachkriegsrechtsprechung‘ ein, in: HuV-I 18 (2005), S. 292, 295.

⁷⁶ LG Bonn, Varvarin, a.a.O. (Fn. 18), S. 526.

⁷⁷ OLG Köln, Varvarin, a.a.O. (Fn. 18), S. 2862.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ BGH, Varvarin, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 20; BVerfG, Varvarin, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 52.

⁸⁰ LG Bonn, Kundus, a.a.O. (Fn. 7), Rn. 47; OLG Köln, Kundus, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 27.

⁸¹ Zustimmend O. Dörr, § 839 BGB, in: B. Gsell, W. Krüger, S. Lorenz / J. Mayer (Hrsg.), beck-online.Großkommentar, München 2014, Rn. 414; A. Dutta, Amtshaftung wegen Völkerrechtsverstößen bei bewaffneten Auslandseinsätzen deutscher Streitkräfte, in: Archiv für öffentliches Recht 133 (2008), S. 192, 211; A. Huhn, a.a.O. (Fn. 42), S. 52; P. Meinert / F. Strauß, Amtshaftung der Bundeswehr für Rechtsverletzungen im Rahmen von UN-Friedensmissionen, in: Jura 33 (2011), S. 321, 323; S. Schmahl, a.a.O. (Fn. 37), S. 712; C. Stein / P. Itzel / K. Schwall, Praxishandbuch des Amts- und Staatshaftungsrechts, 2. Aufl., Berlin 2012, Rn. 756; M. Terwiesche, a.a.O. (Fn. 27), S. 1326.

⁸² Vgl. ausführlich A. Werner, Die Grundrechtsbindung der Bundeswehr bei Auslandseinsätzen, Frankfurt/M. 2006.

⁸³ Ebenso z. B. P. Meinert / F. Strauß, a.a.O. (Fn. 81), S. 329 („zwingende Konsequenz des Rechtsstaatsprinzips“).

⁸⁴ H.-J. Papier, Artikel 34 GG, in: R. Herzog *et al.* (Hrsg.), Maunz / Dürig: Grundgesetz Kommentar, München 2014, Rn. 288a (*lex specialis*); C. Raap, a.a.O. (Fn. 20), S. 554.

⁸⁵ Ähnlich P. Stammer, a.a.O. (Fn. 47), S. 213.

⁸⁶ A. Huhn, a.a.O. (Fn. 42), S. 46 f.; C. Johann, Amtshaftung und humanitäres Völkerrecht: Zur Möglichkeit eines Anspruches auf Schadenersatz bei Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht nach § 839 BGB in Verbindung mit Artikel 34 GG, in: HuV-I 18 (2004), S. 86, 91; A. Peters, a.a.O. (Fn. 25), S. 195 f.; S. Schmahl, a.a.O. (Fn. 37), S. 716.

⁸⁷ A. Huhn, a.a.O. (Fn. 42), S. 47. Ebenso F. Selbmann, Kriegsschäden ohne Folgen? Zu den Konsequenzen aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Verfahren ‚Brücke von Varvarin‘, in: Die Öffentliche Verwaltung 67 (2014), S. 272, 280.

⁸⁸ S. Schmahl, a.a.O. (Fn. 37), S. 712.

⁸⁹ Vgl. etwa Artikel 3 Draft articles on the effects of armed conflicts on treaties, UN-Generalversammlung, Resolution 66/99, UN Doc. A/RES/66/99, 09.12.2011, Annex.

⁹⁰ Entsprechende Unsicherheiten finden sich in den jüngsten Kundus-Urteilen, wenn beide Gerichte zwar von der Anwendbarkeit des Amtshaftungsrechts ausgehen, diese Frage aber sicherheitshalber offenlassen, vgl. LG Bonn, Kundus, a.a.O. (Fn. 7), Rn. 47; OLG Köln, Kundus, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 27.

⁹¹ In einem britischen Urteil wurde auf der Grundlage des nationalen Amtshaftungsrechts ein Schadenersatzanspruch für Handlungen britischer Soldaten im Rahmen der UN-Friedensmission im Kosovo zugebilligt, High Court of Justice (Queen’s Bench Division), Mohamet Bici and Skender Bici v. Ministry of Defence, Case No. LS 290157, Urteil, 07.04.2004, [2004] EWHC 786. Vgl. hierzu C. McLachlan, Foreign Relations Law, Cambridge 2014, S. 291-293.

5.2. Voraussetzungen des Amtshaftungsanspruchs in bewaffneten Konflikten

Die Anwendbarkeit des Amtshaftungsrechts beantwortet freilich noch nicht die Frage, ob im Einzelfall Schadensersatz zu gewähren ist. Anspruchsvoraussetzung von § 839 BGB in Verbindung mit Artikel 34 GG ist, dass ein Beamter im haftungsrechtlichen Sinne in Ausübung eines öffentlichen Amtes eine drittbezogene Amtspflicht schuldhaft verletzt und dadurch ein zurechenbarer Schaden entsteht.⁹² § 839 BGB in Verbindung mit Artikel 34 GG etabliert damit keine unmittelbare, sondern eine mittelbare Staatshaftung, die an die persönliche Haftung des Amtswalters anknüpft (§ 839 BGB) und diese auf den Staat überleitet (Artikel 34 Satz 1 GG).⁹³

5.2.1. Ausübung eines öffentlichen Amtes

Die fragliche Handlung muss zunächst von einem sogenannten Beamten im haftungsrechtlichen Sinne – das heißt jedem, dem öffentliche Gewalt anvertraut worden ist⁹⁴ – ‚in Ausübung‘ seines öffentlichen Amtes und nicht bloß ‚bei Gelegenheit‘ erfolgt sein. Dies ist danach zu beurteilen, ob zwischen der schädigenden Handlung und dem Ziel der hoheitlichen Tätigkeit ein enger äußerer und innerer Zusammenhang besteht.⁹⁵ Bei Militärhandlungen von Bundeswehrsoldaten im bewaffneten Auslandseinsatz ist dies grundsätzlich der Fall.⁹⁶ Der Zurechnungszusammenhang zur Bundesrepublik wird wohl in der Regel auch nicht dadurch unterbrochen, dass Bundeswehrsoldaten im Rahmen von NATO- oder UN-Einsätzen tätig werden.⁹⁷

5.2.2. Amtspflichtverletzung

Jeder Beamte ist insbesondere verpflichtet, sich an die einschlägigen (völker-)rechtlichen Vorgaben zu halten (Artikel 20 Absatz 3 GG), sein Ermessen fehlerfrei auszuüben und verhältnismäßig zu handeln.⁹⁸ Spezifische Amtspflichten ergeben sich im Kontext von Auslandseinsätzen der Bundeswehr vor allem aus den Regeln des Humanitären Völkerrechts.⁹⁹

Der Punkt der Amtspflichtverletzung stellte sich in Varvarin als problematisch dar. Der Brückenangriff selbst war nicht durch deutsche Soldaten verursacht worden. Eine Zurechnung der Kampfhandlungen anderer NATO-Staaten hätte nach dem Deliktsrecht nur begründet werden können, wenn deutsche Soldaten durch Unterstützungshandlungen Gehilfen oder Mittäter gewesen wären (§ 830 BGB). Eine darüber hinausgehende Zurechnung ist der personellen Konstruktion des Amtshaftungsrechts fremd: Stets muss an das Fehlverhalten eines deutschen Amtsträgers angeknüpft werden.¹⁰⁰ Als zweiter Anknüpfungspunkt kam die Nichtausübung des Vetorechts deutscher Vertreter bei der Aufnahme der Varvariner Brücke in die NATO-Zielliste in Betracht. Das OLG Köln und der BGH hatten hierbei der Bundesregierung noch einen weiten, nicht justiziablen Spielraum eingeräumt und der Entscheidung nur eine Willkürprüfung unterzogen.¹⁰¹ Dem widersprach das BVerfG mit Recht und stellte klar, dass die im Raum stehende Entscheidung sehr wohl vollständig auf mögliche Verletzungen des humanitären Völkerrechts

überprüft werden kann.¹⁰² Die Brücke hätte jedoch theoretisch ein militärisches Ziel sein können, weshalb die abstrakte Aufnahme in die Zielliste richtigerweise keine Verletzung des Völkerrechts darstellte.¹⁰³

Die damit bekräftigte volle Justiziabilität nahmen sich das LG Bonn und das OLG Köln im Kundus-Fall offenbar zu Herzen. Diese prüften ausführlich eine Reihe von Ge- und Verboten des humanitären Völkerrechts, namentlich die Durchführung von Vorsichtsmaßnahmen bei einem Angriff (vgl. Artikel 57 ZP I), das Verbot des unterschiedslosen Angriffs (vgl. Artikel 51 Absatz 4 und 5 ZP I) und das Verbot des Angriffs gegen Zivilpersonen (vgl. Artikel 13 Absatz 2 Satz 1 Zusatzprotokoll II zu den Genfer Abkommen [ZP II]¹⁰⁴). Ob das ZP I überhaupt auf den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt in Afghanistan anwendbar war, muß angezweifelt werden, wurde vom Landgericht Bonn jedoch bejaht und vom OLG Köln offengelassen.¹⁰⁵ Jedenfalls sind die genannten Vorschriften des ZP I völkergewohnheitsrechtlich auch im nicht-internationalen Konflikt anwendbar.¹⁰⁶ Betrachtet man die hohe Zahl ziviler Opfer, wird man

⁹² Auf letzteren Punkt wird im Rahmen dieses Artikels nicht näher eingegangen, vgl. hierzu B. Tremml / M. Karger / M. Luber, *Der Amtshaftungsprozess*, 4. Aufl., München 2013, Rn. 167-174.

⁹³ F. Ossenbühl / M. Cornils, *Staatshaftungsrecht*, 6. Aufl., München 2013, S. 12; H.-J. Papier, *Staatshaftung*, in: J. Isensee *et al.* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VIII, 3. Aufl., Heidelberg 2010, S. 649, Rn. 11, 13; S. Wienhues, *Ansprüche auf Schadensersatz*, in: M. Baldus / B. Grzeszick / S. Wienhues, *Staatshaftungsrecht: Das Recht der öffentlichen Ersatzleistungen*, 4. Auflage, Heidelberg 2013, Rn. 98.

⁹⁴ P. Reinert, § 839 BGB, in: H. G. Bamberger / H. Roth (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, München 2015, Rn. 3.

⁹⁵ BGH, *Fluglotsenstreik*, Az. III ZR 179/75, Urteil, 16.06.1977, in: NJW 30 (1977), S. 1875; B. Tremml / M. Karger / M. Luber, a.a.O. (Fn. 92), Rn. 51, 72; W. Zimmerling, § 839 BGB, in: M. Herberger *et al.* (Hrsg.), *juris Praxiskommentar BGB*, Band 2, 7. Aufl., Saarbrücken 2014, Rn. 37.

⁹⁶ Vgl. generell zum Soldaten als Amtsträger BGH, Az. III ZR 18/68, Urteil, 25.11.1968, in: NJW 22 (1969), S. 421 f.; B. Tremml / M. Karger / M. Luber, a.a.O. (Fn. 92), Rn. 53a; H. Wöstmann, § 839 BGB, in: J. v. Staudinger *et al.* (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Buch 2*, Berlin 2013, § 839, Rn. 734.

⁹⁷ Dies kann hier aus Platzgründen nicht weiter ausgeführt werden. Siehe ausführlich A. Dutta, a.a.O. (Fn. 81), S. 227-229; A. Huhn, a.a.O. (Fn. 42), S. 203-212; P. Meinert / F. Strauß, a.a.O. (Fn. 81), S. 324-327. Offen gelassen von OLG Köln, Kundus, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 28-32. Vgl. aber EGMR, *Al-Skeini u. a. / Vereinigtes Königreich*, Nr. 55721/07, Urteil, 07.07.2011, in: NJW 65 (2012), S. 283.

⁹⁸ Vgl. hierzu B. Tremml / M. Karger / M. Luber, a.a.O. (Fn. 92), Rn. 74-84.

⁹⁹ Ausführlich A. Huhn, a.a.O. (Fn. 42), S. 91-122. Zu Amtspflichten aus den (nur modifiziert anwendbaren) Grundrechten vgl. *id.*, S. 70-89; A. Werner, a.a.O. (Fn. 82).

¹⁰⁰ BGH, *Varvarin*, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 30. Anderer Ansicht B. Graefrath, a.a.O. (Fn. 14), S. 120 (gesamtschuldnerische Verantwortlichkeit aller beteiligten NATO-Staaten).

¹⁰¹ BGH, *Varvarin*, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 25-27; OLG Köln, *Varvarin*, a.a.O. (Fn. 18), S. 2864.

¹⁰² BVerfG, *Varvarin*, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 53-55; so auch A. Dutta, a.a.O. (Fn. 81), S. 224; A. Huhn, a.a.O. (Fn. 42) S. 184-186.

¹⁰³ BVerfG, *Varvarin*, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 56.

¹⁰⁴ Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht-internationaler bewaffneter Konflikte, 08.06.1977, UNTS 1125 (1986), S. 610.

¹⁰⁵ LG Bonn, *Kundus*, a.a.O. (Fn. 7), Rn. 54; OLG Köln, *Kundus*, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 35; ablehnend F. Selbmann, a.a.O. (Fn. 87), 274.

¹⁰⁶ Vgl. OLG Köln, *Kundus*, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 39; J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck, a.a.O. (Fn. 49), S. 3.68.

in Kundus von einer objektiven Amtspflichtverletzung ausgehen müssen.¹⁰⁷ Das allein reicht freilich noch nicht zur Bejahung einer Haftung aus.

5.2.3. Drittgerichtetheit

Die Verletzung einer Amtspflicht darf nicht nur im Interesse der Allgemeinheit, sondern muss – zumindest auch – im Interesse des konkret Geschädigten stehen.¹⁰⁸

Die Rechtsprechung hatte diese Drittgerichtetheit für ältere Regeln des humanitären Völkerrechts teilweise mit dem Argument verneint, diese schützten lediglich die Zivilbevölkerung als solche, nicht aber die konkret geschädigte Einzelperson.¹⁰⁹ Mittlerweile hat sie jedoch anerkannt, dass jedenfalls neuere Vorschriften im Einzelfall gerade auch den Schutz des Einzelnen bezwecken und damit drittschützend sein können.¹¹⁰ Dies gilt etwa für die im Kundus-Fall geprüften Vorschriften, die jeweils ausdrücklich von der Zivilbevölkerung und ‚(einzelnen) Zivilpersonen‘ sprechen (vgl. Artikel 51 und 57 ZP I, Artikel 13 ZP II).¹¹¹

Während damit das *ius in bello* drittgerichtete Amtspflichten aufstellen kann, gilt dies nicht für das *ius ad bellum*. Das Gewaltverbot (Artikel 2 Nr. 4 UN-Charta) schützt ausschließlich die territoriale Integrität des Staates, nicht auch den Einzelnen. Mithin könnten Ansprüche nicht allein darauf gestützt werden, dass es sich um einen völkerrechtswidrig geführten internationalen bewaffneten Konflikt handelt.¹¹² Es kommt stets auf die Militärhandlung im Einzelfall an.

5.2.4. Verschulden

Die Verletzung einer drittgerichteten Amtspflichtverletzung allein löst noch keinen Amtshaftungsanspruch aus. § 839 BGB ordnet die persönliche Haftung eines Amtsträgers an, die gemäß Artikel 34 Satz 1 GG auf den Staat übergeleitet wird. Deshalb bedarf es stets eines Verschuldens – Vorsatz oder Fahrlässigkeit (§ 276 BGB) – des Beamten. Ansonsten haftet der Staat nicht.¹¹³ Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (§ 276 Absatz 2 BGB). Der Fahrlässigkeitsmaßstab ist der Ort, an dem den besonderen Umständen in der Extremsituation des bewaffneten Konflikts Rechnung getragen werden kann.¹¹⁴ So wird die Sorgfaltseinhaltung aus *ex ante*-Perspektive beurteilt, weshalb einzig die Kenntnisse und Fähigkeiten im Zeitpunkt der fraglichen Handlung entscheiden.¹¹⁵

Deshalb kann – wie in Kundus – der Fahrlässigkeitsvorwurf entfallen, wenn das (Nicht-)Vorliegen bestimmter Tatsachen dem Handelnden nicht erkennbar oder die Folgen seines Handelns nicht vorhersehbar oder unvermeidbar waren.¹¹⁶ Was erkennbar, vorhersehbar und vermeidbar ist, bestimmt sich wiederum, wie der Sorgfaltsmaßstab insgesamt, maßgeblich nach dem humanitären Völkerrecht, das zum Beispiel konkrete Vorsichtsmaßnahmen im Vorfeld eines Angriffs vorschreibt (Artikel 57 ZP I). Die Vermutungsregeln des Artikel 50 Absatz 1 Satz 2 und 52 Absatz 3 ZP I können die Sorgfaltspflicht weiter erhöhen. Hieraus kann etwa geschlossen werden, dass der irrtümliche Angriff auf zivile Opfer schwerer zu entschuldigen sein wird als die irrtumsbedingte Verursachung unverhältnismäßiger Kollateralschäden.¹¹⁷

Die Gerichte konnten in Varvarin und Kundus keine schuldhaften Amtspflichtverletzungen feststellen.

In Varvarin traf die Soldaten, die die Bombardierung der Brücke wohlmöglich unterstützt hatten, kein Verschulden, da diese jedenfalls keine Kenntnis über den konkreten Angriff und dessen Umstände hatten. Deutschland konnte sich erfolgreich auf den in der NATO geltenden Grundsatz des ‚Need to Know‘ berufen: Einsatzdetails werden nur insoweit weitergegeben, wie es für den jeweiligen Akteur auch unbedingt nötig ist.¹¹⁸

Auch im Kundus-Fall lehnten das LG Bonn und das OLG Köln eine Haftung ab. Der befehlshabende Oberst habe nicht in dem Bewusstsein gehandelt, dass es sich bei dem Angriffsziel um Zivilpersonen handelte, und zuvor alle praktisch möglichen Aufklärungsmaßnahmen getroffen.¹¹⁹ Dies steht in einer Linie mit der Mehrheitsauffassung des Untersuchungsausschusses des Bundestages zur sogenannten Kundus-Affäre.¹²⁰ Hieran äußerten die Oppositionsfraktionen in ihren Sondervoten allerdings erhebliche Zweifel und die SPD-Fraktion sah im Ergebnis ‚sogar gewichtige Gründe für die Völkerrechtswidrigkeit des Angriffs‘ und einen eindeutigen Sorgfaltsverstoß.¹²¹ Wem letztlich zuzustimmen ist, kann hier nicht geklärt werden. Es ist jedoch festzuhalten, dass sich die Gerichte intensiv mit der rechtlichen Bewertung des Luftangriffs bei Kundus auseinandergesetzt und so wohl zum ersten Mal eine Militäraktion der Bundeswehr umfassend überprüft haben.

¹⁰⁷ Vgl. auch BT-Drs. 17/7400, 25.10.2011, S. 211 (militärisch nicht angemessen).

¹⁰⁸ BGH, Az. III ZR 117/95, Urteil, 16.01.1997, in: NVwZ 16 (1997), S. 714, 716; BGH, Az. III ZR 48/01, Urteil, in: NJW 58 (2005), S. 742, 743 f.

¹⁰⁹ OVG Münster, a.a.O. (Fn. 72), S. 2304; OLG Köln, Distomo, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 59. Anderer Ansicht auch für die HLKO BGH, Distomo, a.a.O. (Fn. 10), S. 3492 (‚zwangsläufig‘ drittgerichtet).

¹¹⁰ OLG Köln, Az. 7 U 222/97, Urteil, 03.12.1998, in: NJW 52 (1999), S. 1555, 1556; LG Bonn, Kundus, a.a.O. (Fn. 7), Rn. 57; OLG Köln, Kundus, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 34. Zustimmend P. Meinert / F. Strauß, a.a.O. (Fn. 81), S. 327; S. Schmahl, a.a.O. (Fn. 37), S. 714; F. Selbmann, a.a.O. (Fn. 87), S. 281; ausführlich A. Huhn, a.a.O. (Fn. 42), S. 131-149; kritisch O. Dörr, a.a.O. (Fn. 27), S. 575-576; D. Beck, Auslandseinsätze deutscher Streitkräfte, Hamburg 2008, S. 329; ablehnend C. Raap, a.a.O. (Fn. 20), S. 554 f.

¹¹¹ OLG Köln, Kundus, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 34.

¹¹² O. Dörr, a.a.O. (Fn. 27), S. 575; B. Graefrath, a.a.O. (Fn. 14), S. 111; B. Kessler / T. R. Salomon, Die Klagebefugnis aufgrund Völkergewohnheitsrechts im Verwaltungsprozess am Beispiel des Gewaltverbots, in: Die Öffentliche Verwaltung 67 (2014), S. 283-285; C. Johann, a.a.O. (Fn. 86), S. 92; P. Stammler, a.a.O. (Fn. 47), S. 81.

¹¹³ C. Stein / P. Itzel / K. Schwall, a.a.O. (Fn. 81), Rn. 137.

¹¹⁴ S. Schmahl, a.a.O. (Fn. 37), S. 716.

¹¹⁵ H. Unberath, § 839 BGB, in: H. G. Bamberger / H. Roth (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 94), Rn. 28.

¹¹⁶ A. Huhn, a.a.O. (Fn. 42), S. 159-60; H. Unberath, a.a.O. (Fn. 115), Rn. 28-32.

¹¹⁷ A. Fischer-Lescano / S. Kommer, Entschädigung für Kollateralschäden? Rechtsfragen anlässlich des Luftangriffs bei Kundus im September 2009, in: Archiv des Völkerrechts 50 (2012), S. 156, 168; A. Huhn, a.a.O. (Fn. 42), S. 160-161.

¹¹⁸ BVerfG, Varvarin, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 66.

¹¹⁹ OLG Köln, Kundus, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 59, 65.

¹²⁰ BT-Drs. 17/7400, 25.10.2011, S. 211.

¹²¹ BT-Drs. 17/7400, 25.10.2011, S. 266-267; vgl. ferner die Sondervoten der Fraktion Die Linke, *id.*, S. 303-363 und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, *id.*, S. 364-414.

5.3. Erleichterungen für Kläger

Im Rahmen der Amtshaftung kann es für den Einzelnen äußerst schwierig sein, das Vorliegen der dargelegten Anspruchsvoraussetzungen, d. h. insbesondere die konkreten Sorgfaltsverstöße des Verantwortlichen, darzulegen.¹²² Anders als im Verwaltungs- gilt beim Amtshaftungsverfahren vor den Zivilgerichten nicht der Amtsermittlungs- (vgl. § 86 VwGO), sondern der Beibringungsgrundsatz. Somit ist es Sache der Parteien, die relevanten Tatsachen vorzutragen.¹²³ Den Kläger trifft dabei die Beweislast, die anspruchsbegründenden Umstände zu beweisen.¹²⁴

5.3.1. ‚Objektivierung‘ und ‚Entindividualisierung‘ des Verschuldens

Diese Beweislastverteilung kann insbesondere bei der Frage eines individuellen Verschuldens des jeweiligen Amtsträgers erhebliche Beweisschwierigkeiten mit sich bringen. Um dem Geschädigten die Durchsetzung seines Anspruchs zu erleichtern, hat die Rechtsprechung Grundsätze entwickelt, nach denen das Verschulden ‚objektiviert‘ und ‚entindividualisiert‘ und damit einfacher nachweisbar wird.¹²⁵ Erstens kommt es nicht auf den konkret handelnden Amtsträger, wie etwa Oberst Klein in Kundus, an, sondern auf die Idealfigur des pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten und dessen Kenntnisse und Fähigkeit – der Sorgfaltsmaßstab ist damit objektiv-abstrakt.¹²⁶ Zweitens ist ein sogenanntes Organisationsverschulden anerkannt. Der Anspruchsteller muss grundsätzlich nicht den konkret Verantwortlichen benennen, sondern der Nachweis eines amtspflichtwidrigen Gesamtverhaltens der Verwaltung genügt.¹²⁷

5.3.2. *Ex post*-Betrachtung?

Für bewaffnete Konflikte werden allerdings darüber hinausgehende Erleichterungen gefordert. Bei einer *ex ante*-Betrachtung können (unvermeidbare) Irrtümer eine Haftung ausschließen, obwohl die fragliche Handlung objektiv rechtswidrig war. Um die Möglichkeit, Schadensersatz auch in diesen Fällen zu erlangen, wird zuweilen vorgeschlagen, die Haftungsfrage *ex post* zu beantworten.¹²⁸

Hierbei wird einerseits auf das Völkerrecht verwiesen, das ein Verschulden nicht notwendigerweise voraussetzt.¹²⁹ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass gerade im humanitären Völkerrecht zuweilen ebenfalls auf die *ex ante*-Perspektive abgestellt wird,¹³⁰ und dass im Übrigen eine solche Argumentation deutsches Amtshaftungs- und Völkerrecht auf unzulässige Weise vermischt.

Andererseits wird argumentiert, dass ein objektiver Standard angewandt werden sollte, da es nicht um die individuelle strafrechtliche Verantwortung oder die Rechtmäßigkeit als solche, sondern um die nachgelagerte Frage einer Haftung des Staates gehe.¹³¹ Hierzu wird eine Analogie zum deutschen Polizeirecht bemüht: Nach herrschender Meinung wird dort die Frage, ob auf Tatbestandsebene eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung vorliegt, im Interesse einer effektiven Gefahrenabwehr *ex ante* beurteilt.¹³² Die Frage, ob der Staat oder aber der Inanspruchgenommene die resultierenden Kosten zu tragen hat, beurteilt sich aber

objektiv, also *ex post*.¹³³ So handelt der Polizeibeamte, der irrig, aber unverschuldet vom Vorliegen einer Gefahr ausgeht, zwar rechtmäßig, gleichwohl kann dem Inanspruchgenommenen aber ein Schadensersatzanspruch zustehen.¹³⁴ Übertragen auf die hier einschlägigen Fälle sei demnach auf Primärebene die Rechtmäßigkeit aus *ex ante*-Perspektive zu entscheiden, während auf Sekundärebene über die Schadenstragung *ex post* zu urteilen sei.¹³⁵

Eine solche Analogie ist jedoch nach geltendem Recht ausgeschlossen. Sie widerspräche der Grundstruktur der Haftung nach § 839 BGB in Verbindung mit Artikel 34 GG. Während die polizeirechtliche Regelung eine unmittelbare Staatshaftung darstellt und bei (objektiv) rechtswidrigem Handeln gerade kein Verschulden voraussetzt,¹³⁶ ist und bleibt der Amtshaftungsanspruch eine auf den Staat übergeleitete persönliche Haftung des handelnden Amtswalters.¹³⁷ Für dessen und damit für die staatliche, verschuldensabhängige Haftung kann es nur auf eine *ex ante*-Perspektive ankommen. Gesetzesänderungen sind bis auf Weiteres nicht zu erwarten. Eine Reform des Staatshaftungsrechts, die eine unmittelbare und teilweise verschuldensunabhängige Haftung

¹²² Vgl. B. Tremml / M. Karger / M. Lubert, a.a.O. (Fn. 92), Rn. 48.

¹²³ *Id.*, Rn. 595; C. Stein / P. Itzel / K. Schwall, a.a.O. (Fn. 81), Rn. 254 f.

¹²⁴ B. Tremml, M. Karger / M. Lubert, a.a.O. (Fn. 92), Rn. 609 f.

¹²⁵ F. Ossenbühl / M. Cornils, a.a.O. (Fn. 93), S. 78; H.-J. Papier, § 839 BGB, in: F. J. Säcker / R. Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 6. Aufl., München 2013, Rn. 292 f.; B. Tremml / M. Karger / M. Lubert, a.a.O. (Fn. 92), Rn. 48, 153.

¹²⁶ B. Tremml / M. Karger / M. Lubert, a.a.O. (Fn. 92), Rn. 150, 153-154; S. Wienhues, a.a.O. (Fn. 93), Rn. 161.

¹²⁷ BGH, Az. III ZR 83/62, Urteil, 30.09.1963, in: NJW 17 (1964), S. 41, 44; A. Staudinger, § 839, in: R. Schulze *et al.* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar, 8. Aufl., Baden-Baden 2014, Rn. 45; B. Tremml / M. Karger / M. Lubert, a.a.O. (Fn. 92), Rn. 154.

¹²⁸ So N. Achten, a.a.O. (Fn. 30), S. 39-40; A. Fischer-Lescano / S. Kommer, a.a.O. (Fn. 117), S. 166; E. V. Henn, The Development of German Jurisprudence on Individual Compensation for Victims of Armed Conflicts: The Kunduz Case, in: Journal of International Criminal Justice 12 (2014), S. 615, 632 f.

¹²⁹ Vgl. zur generellen Staatenverantwortlichkeit UN-Völkerrechtskommission, Yearbook of the International Law Commission 2001, Band 2 (Part II), New York 2007, S. 34. Im Rahmen von Entschädigungsansprüchen nach Artikel 41 EMRK kommt es schon nach dem Wortlaut nicht auf ein Verschulden der staatlichen Organe an. Vgl. ferner N. Achten, a.a.O. (Fn. 30), S. 40.

¹³⁰ Vgl. BT-Drs. 11/6770, 22.03.1990, S. 113. Die Bundesregierung hat eine entsprechende Interpretationserklärung zum ZP I abgegeben, *id.*, S. 132 (Anlage 3, Nr. 4). Vgl. ferner A. Huhn, a.a.O. (Fn. 42), S. 160 f.; Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien, Trial Chamber I, Prosecutor v. Stanislav Galić, Case No. IT-98-29-T, Urteil, 05.12.2003, Rn. 58.

¹³¹ E. V. Henn, a.a.O. (Fn. 128), S. 632.

¹³² D. Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., Berlin 2012, S. 96, 103; F. Ossenbühl / M. Cornils, a.a.O. (Fn. 93), S. 505

¹³³ D. Kugelmann, a.a.O. (Fn. 132), S. 96, 103; F. Ossenbühl / M. Cornils, a.a.O. (Fn. 93), S. 505.

¹³⁴ D. Kugelmann, a.a.O. (Fn. 132), S. 102 f., 294 f.; F. Ossenbühl / M. Cornils, a.a.O. (Fn. 93), S. 503-507.

¹³⁵ N. Achten, a.a.O. (Fn. 30), S. 39 f.; A. Fischer-Lescano / S. Kommer, a.a.O. (Fn. 117), S. 166; E. V. Henn, a.a.O. (Fn. 128), S. 632 f.

¹³⁶ Vgl. D. Kugelmann, a.a.O. (Fn. 132), S. 291 m.w.N. zu den einschlägigen Landespolizeigesetzen.

¹³⁷ Vgl. T. Mayen, § 839 BGB, in: B. Grunewald / G. Maier-Reimer / H. P. Westermann (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 7), Rn. 1; H.-J. Papier, a.a.O. (Fn. 93), Rn. 11.

vorsah,¹³⁸ wurde vom BVerfG wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz des Bundes für nichtig erklärt.¹³⁹ Seitdem gab es außer Absichtserklärungen in Koalitionsverträgen keine ernstzunehmenden Reformversuche.¹⁴⁰

5.3.3. Beweisrecht

Während an einer *ex ante*-Betrachtung damit *de lege lata* kein Weg vorbeiführt, kann dem Kläger immerhin auf prozessualer Ebene bei der Beweiserbringung weiter entgegengekommen werden.

Wie dargestellt, trifft den Kläger grundsätzlich die volle Darlegungslast. Das BVerfG hat – neben der Entscheidung zur vollen Justiziabilität – jedoch eine weitere Weichenstellung in Varvarin vorgenommen: Dass Opfer militärischer Gewalt nicht in militärische oder politische Entscheidungsabläufe blicken könnten und deshalb oftmals unter einer ‚Beweisnot‘ litten, sei nicht von der Hand zu weisen.¹⁴¹ Grundsätzlich hat der Beklagte zwar keine Pflicht, Informationen zur Verfügung zu stellen, die der Kläger zur Beweisführung benötigt.¹⁴² Eine Ausnahme hiervon kommt hier jedoch nach Ansicht des BVerfG in Betracht: Die Bundesrepublik könne als Beklagte eine sogenannte sekundäre Darlegungslast treffen und im Einzelfall käme darüber hinaus eine (partielle oder vollständige) Beweislastumkehr in Betracht.¹⁴³ Die Einzelheiten dieser Vorgaben des Verfassungsgerichts sind auch im Kundus-Fall unklar geblieben und werden von der Rechtsprechung in zukünftigen Verfahren zu klären sein.¹⁴⁴ Wie die Gerichte das Spannungsfeld zwischen berechtigter Aufklärung und notwendiger Geheimhaltung, das auch in zukünftigen Fällen eine Rolle spielen wird,¹⁴⁵ auflösen werden, bleibt abzuwarten. Im Einzelfall wird es angebracht sein, Zweifel zulasten der Bundesrepublik zu werten und eine Haftung gegebenenfalls zu bejahen. Mithilfe einer sachgerechten Verteilung von Darlegungs- und Beweislast könnte den Klägern so eine große Hürde auf dem Weg zu Entschädigungsansprüchen genommen werden.

6. Bewertung und Ausblick

Die besprochenen Verfahren, unabhängig von ihrem konkreten Ausgang, sind im Ergebnis wichtige und richtige Schritte auf dem Weg zur Klärung der Haftungsfrage in bewaffneten Konflikten.

Wie dargestellt, entspricht der traditionelle Lösungsweg der Rechtsprechung dem geltenden Völkerrecht. Den Gerichten ist allerdings der Vorwurf zu machen, sich in den Urteilsbegründungen zuweilen zu wenig mit den völkerrechtlichen Spezifika und den aktuellen Diskussionen in der (auch nicht-deutschen!) Völkerrechtswissenschaft zu beschäftigen. So haf-

tet der im Ergebnis zwar zutreffenden Ablehnung eines völkerrechtlichen Anspruchs dennoch der Hauch des Verstaubten an. Solange die Staaten einen völkerrechtlichen Schadensersatzanspruch nicht anerkennen, eröffnet die Anwendung des ausdifferenzierten Amtshaftungsrechts die einzige Möglichkeit, Militärhandlungen gerichtlich voll überprüfen zu lassen und gegebenenfalls einen Schadensersatzanspruch zu erlangen. Mag die Aufarbeitung des Unrechts des Zweiten Weltkrieges dem Amtshaftungsrecht noch ‚systemfremd‘ gewesen sein¹⁴⁶ – die Anwendbarkeit des Amtshaftungsrechts auf heutige Konflikte ist rechtsstaatlich geboten und so geradezu systemimmanent. Eine abschließende Klärung durch BGH oder BVerfG steht zwar noch aus. Beide Gerichte werden sich den Argumenten für eine Anwendbarkeit aber nicht entziehen können. Ansonsten würde hoheitliches Handeln der Bundeswehr – entgegen dem Rechtsgewährungsanspruch des Einzelnen und dem Bedürfnis nach einer sanktionsbewährten Durchsetzung des humanitären Völkerrechts – außerhalb einer individuellen Verfolgung nach dem Völkerstrafgesetzbuch gerichtlich nicht überprüfbar sein. Dies entspricht nicht der Grundausrichtung des Grundgesetzes.

Detailfragen, gerade im Beweisrecht, werden noch zu klären sein. Dies ist Aufgabe der Rechtsprechung. Der Ruf nach einer Gesetzesnovelle dagegen sollte mit Vorsicht geäußert werden. Er trägt immer auch das Risiko in sich, mit einem – dann allerdings aus rechtsstaatlicher Perspektive fragwürdigen – Ausschlussstatbestand für Militärhandlungen beantwortet zu werden.¹⁴⁷

Die aufgezeigte Entwicklung in der deutschen Rechtsprechung hin zu einer gesteigerten gerichtlichen Überprüfbarkeit auch komplexer militärischer Sachverhalte sowie zu der Möglichkeit individueller Schadensersatzansprüche ist aus rechtsstaatlicher Sicht nur zu begrüßen. Sie kann – jedenfalls in Ermangelung spezieller völkerrechtlicher Mechanismen – der Einzelfallgerechtigkeit wie auch der Einhaltung des humanitären Völkerrechts insgesamt nur zuträglich sein. ■

¹³⁸ Staatshaftungsgesetz, 26.06.1981, BGBl. I (1981), S. 553. Hierzu H.-J. Papier, a.a.O. (Fn. 84), Rn. 89-99.

¹³⁹ BVerfG, Az. 2 BvF 1/81, Urteil, 19.10.1982, BVerfGE 61, 149.

¹⁴⁰ F. Ossenbühl / M. Cornils, a.a.O. (Fn. 93), S. 753.

¹⁴¹ BVerfG, Varvarin, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 65.

¹⁴² B. Tremml / M. Karger / M. Luber, a.a.O. (Fn. 92), Rn. 597.

¹⁴³ BVerfG, Varvarin, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 65.

¹⁴⁴ Vgl. OLG Köln, Kundus, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 54-56; BVerfG, Varvarin, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 65.

¹⁴⁵ Vgl. F. Selbmann, Entschädigungsansprüche bei Verstößen gegen das Völkerrecht, in: Neue Justiz 61 (2007), S. 102, 104 f.

¹⁴⁶ So OLG Köln, Distomo, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 59.

¹⁴⁷ Dies fordert etwa C. Raap, a.a.O. (Fn. 20), S. 555.

Humanitäre Hilfe und Menschenrechtsverletzungen in bewaffneten Konflikten: Notizen aus der humanitären Praxis von Ärzte ohne Grenzen

Alfhild Böhringer, Corinna Ditscheid, Ulrike von Pilar*

1. Einführung

Humanitäre Helfer werden durch ihre Arbeit und den direkten Kontakt mit der unter Gewalt und Konflikten leidenden Bevölkerung regelmäßig Zeugen schwerwiegender Verletzungen der Menschenrechte und des Humanitären Völkerrechts. Das oberste Ziel von Ärzte ohne Grenzen ist es, in Konflikten Leben zu retten und Leid zu lindern. Gleichzeitig erheben wir, wo immer möglich, medizinische Daten – unter anderem, um die Qualität unserer Arbeit zu evaluieren und gegebenenfalls zu verbessern. Und wir sammeln die Erfahrungen und Berichte unserer Patienten, denen unsere Mitarbeiter in den Projekten hautnah begegnen. Die Patienten teilen uns immer wieder mit, wie wichtig es ihnen sei, dass wir ihnen zuhören und, wenn möglich, der Weltöffentlichkeit von ihrem Leid und ihren Erfahrungen berichten. Es stellt sich dann die Frage, wie Ärzte ohne Grenzen mit diesen Erkenntnissen umgeht und wann und wie die Organisation damit an die Öffentlichkeit geht und Missstände und Menschenrechtsverletzungen anprangert. Dieser Frage und damit zusammenhängenden internen Reflexionsprozessen möchten wir im Folgenden skizzenhaft und anhand einiger Beispiele aus der humanitären Praxis von Ärzte ohne Grenzen nachgehen.

2. Praxisbeispiele

Ein typisches Beispiel für die aus unserer Sicht häufig falsche oder vereinfachende Sicht auf unsere Aufgabe als humanitäre Organisation, das mir (Ulrike von Pilar) persönlich stark in Erinnerung geblieben ist, bietet die Jahrespressekonferenz 2001. Als damalige Geschäftsführerin der Deutschen Sektion stellte ich auf der Konferenz unter anderem einen kurzen Bericht zu unserer Arbeit im damals noch von den Taliban beherrschten Afghanistan vor. Wir beklagten vor allem die unzureichende medizinische Grundversorgung im Land, die hohe Müttersterblichkeit und die Folgen einer außerordentlich harten Dürre für die Bevölkerung. Daraufhin protestierte ein Teilnehmer der Konferenz gegen unsere Ausführungen: Er warf Ärzte ohne Grenzen erbittert vor, dass wir nichts zu den Menschenrechtsverletzungen der Taliban und insbesondere zu den unterdrückten Rechten der Frauen gesagt hätten – was wir nicht konnten und zudem andere Organisa-

tionen gründlich taten. Aber Ärzte ohne Grenzen hätte nicht Dutzende medizinische Programme, auch für Frauen, durchführen können, wenn wir gleichzeitig in den allgemeinen, gelegentlich oberflächlichen Tenor der Taliban-Verurteilung vonseiten der westlichen Länder eingestimmt hätten. Macht uns das zu Komplizen?

Die Liste solcher Beispiele ist lang, und die Erwartungen an Ärzte ohne Grenzen bezüglich öffentlicher Stellungnahmen und Bewertungen der politischen und menschenrechtlichen Situation in den Einsatzländern sind nicht immer mit unserer Arbeitsweise als humanitäre Organisation vereinbar.

Ein anderes Beispiel: Im August 2013 berichtete Ärzte ohne Grenzen in einer Pressemitteilung, dass etwa 3.600 Patienten in einigen von uns unterstützten Krankenhäusern in Syrien neurotoxische Symptome zeigten,¹ mehr als 300 von ihnen starben. Die Nachricht war die erste ihrer Art aus dem Krieg in Syrien und machte Schlagzeilen. Die Reaktionen reichten von der Forderung nach einer westlichen militärischen Intervention, weil Syrien mit dem Einsatz chemischer Waffen eine ‚rote Linie‘ überschritten habe (vonseiten der US-Regierung) bis hin zu dem Vorwurf, Ärzte ohne Grenzen habe mit der Meldung seine Neutralität aufgegeben, was problematisch sei für eine humanitäre Organisation (vonseiten einiger Mitglieder der Partei Die Linke, im Frühjahr 2015).

Pressemitteilung betonte eindeutig, dass die Ursache für die Vergiftungserscheinungen von uns nicht wissenschaftlich nachgewiesen werden konnte. Zudem wiesen wir darauf hin, dass wir keine Aussage darüber treffen können, wer für den Einsatz des Gifts verantwortlich sei. Dennoch hatte die Nachricht Sensationscharakter, weil wir als erster ausländischer Beobachter von Patienten mit Giftsymptomen in Syrien berichteten. Die heftigen Reaktionen von allen politischen Seiten waren demnach vorhersehbar gewesen. Vorausgegangen war unserer öffentlichen Stellungnahme aber eine ebenso heftige interne Diskussion: Können wir öffentlich darüber sprechen? Müssen wir das sogar? Was sind die möglichen Folgen – des Schweigens wie der öffentlichen Äußerung? Werden wir weiterhin in Syrien arbeiten und den Menschen beistehen können – oder werden die ohnehin schwierigen Zugangsvoraussetzungen durch eine öffentliche Stellungnahme noch erschwert?

Syrien war für uns ein außergewöhnliches Beispiel, weil wir nicht mit eigenen Mitarbeitern vor Ort waren – eigentlich eine Grundvoraussetzung für eine öffentliche Stellungnahme von Ärzte ohne Grenzen. Da wir aber die Krankenhäuser regelmäßig mit Material und Medikamenten versorgten und in Kontakt mit den dortigen Medizinerinnen standen, entschieden wir, dass wir diese schwerwiegenden Vorkommnisse nicht verschweigen konnten. In dem Fall zeigen sich einige wesentliche Elemente der komplexen Entscheidungen, die Ärzte ohne Grenzen im Einzelfall treffen muss, wenn wir Zeuge schwerer Menschenrechtsverletzungen werden: Unsere erste Verpflichtung ist es, medizinische Hilfe für Menschen in Not zu leisten. Wie genau wir diese Verpflichtung definieren, und in welchen Fällen wir schwere Menschenrechtsverletzungen und Verletzungen des Humanitären Völkerrechts öffentlich machen – und in welchen nicht – bleibt eine äußerst schwer zu entscheidende Frage und ist letztendlich eine Frage des Einzelfalls.

3. Die medizinische Nothilfe von Ärzten ohne Grenzen

Als humanitäre medizinische Organisation setzt sich Ärzte ohne Grenzen seit mehr als 40 Jahren für eine qualitativ möglichst hochwertige und effektive Gesundheitsversorgung in Ländern ein, in denen das Überleben von Menschen durch Konflikte, Epidemien oder Naturkatastrophen gefährdet ist. Unser vorrangiges Ziel ist es, Überlebenshilfe zu leisten und Leid zu lindern; dabei versuchen wir, möglichst die Bedürf-

* Dr. Ulrike von Pilar ist Leiterin der Advocacy Unit der deutschen Sektion von Ärzte ohne Grenzen und ist seit 1991 für die Organisation tätig.

Corinna Ditscheid, M.A. ist unsere freiberufliche Redakteurin. Sie arbeitet seit 2008 für Ärzte ohne Grenzen.

Alfhild Böhringer, M.A. ist seit 2012 für Ärzte ohne Grenzen tätig und hat für die Organisation bereits in der Demokratischen Republik Kongo und auf Haiti gearbeitet. Ein besonderer Dank an Sarah Hammerl für ihre großartige Hilfe.

¹ Siehe Ärzte ohne Grenzen, Syrien: Tausende Patienten mit neurotoxischen Symptomen in von Ärzten ohne Grenzen unterstützten Krankenhäusern behandelt, <https://www.aerzte-ohne-grenzen.de/presse/syrien-tausende-patienten-mit-neurotoxischen-symptomen-von-aerzte-ohne-grenzen> (alle zuletzt aufgerufen am 12.10.2015).

tigsten und Verletzlichsten zu erreichen. Die konkrete Arbeit ist sehr vielfältig – über eine medizinische Erstversorgung für Flüchtlinge, Impfprogramme und Geburtshilfe reicht das Spektrum bis zu Cholera- und Ebola-Bekämpfung und umfasst ebenso chirurgische Programme wie solche zur Behandlung von HIV/Aids oder Tuberkulose. Die konkreten Projekte unterscheiden sich je nach Ausgangslage und den konkreten Bedürfnissen der Patienten.

Ärzte ohne Grenzen wird dann aktiv, wenn das nationale Gesundheitssystem nicht mehr willig oder in der Lage ist, den Betroffenen zu helfen. Dies ist oft der Fall bei bewaffneten Konflikten sowie den Folgen von Flucht und Vertreibung. Weil viele Konflikte lange anhalten, beispielweise in Afghanistan, in der Demokratischen Republik Kongo oder in der Zentralafrikanischen Republik, sind unsere Teams in manchen Regionen über Jahre im Einsatz. Lebensrettende Aktivitäten stehen im Mittelpunkt der Hilfe; gleichwohl gehört gesundheitliche Vorsorge, wo immer möglich, zu unseren Aktivitäten. Und obwohl Ärzte ohne Grenzen vorrangig medizinisch arbeitet, verteilen die Mitarbeiter auch Hilfsgüter und Nahrungsmittel, stellen Trinkwasser zur Verfügung oder bauen Latrinen. All dies geschieht fast immer in extrem schwierigen Umständen – sowohl bezüglich der Sicherheit als auch der logistischen Herausforderungen.

Im Jahr 2014 leistete Ärzte ohne Grenzen medizinische Nothilfe in 63 Ländern mit einem Gesamtbudget von 1,066 Millionen Euro. Mehr als die Hälfte der Projekte fand in sogenannten ‚instabilen Kontexten‘ statt. Zu den größten Einsätzen der Organisation – gemessen am Jahresbudget – zählen unter anderem die Projekte in Afghanistan, Irak, der Demokratischen Republik Kongo, dem Südsudan und der Zentralafrikanischen Republik – alles Länder, in denen Konflikte seit vielen Jahren anhalten und den Alltag der Zivilbevölkerung bestimmen.

Gemessen an der Not der Bevölkerung müssten auch Länder wie Syrien oder Somalia zu den größten Einsatzgebieten von Ärzten ohne Grenzen zählen, dies ist aber nicht der Fall. In Syrien leistet Ärzte ohne Grenzen zwar seit Beginn des Konflikts Hilfe, doch der Mehrheit der Bevölkerung im Zentrum des Konflikts können wir nicht direkt beistehen, weil uns keine Genehmigung seitens der Assad-Regierung erteilt wurde, in dem von ihr kontrollierten Gebiet zu arbeiten. Zudem können wir aufgrund der Sicherheitslage nicht in allen Teilen des Landes tätig werden. Immer wieder werden in dem Land Gesundheitseinrichtungen gezielt zerstört, medizinisches Personal wird angegriffen, festgehalten oder vertrieben. In Somalia musste Ärzte ohne Grenzen im August 2013

nach 22 Jahren sämtliche Projekte schließen, da wir Dutzende, zum Teil sehr gewalttätige Angriffe auf unsere Mitarbeiter und medizinischen Einrichtungen erlebt hatten; 16 unserer Mitarbeiter wurden getötet.

Die Beispiele Syrien und Somalia machen deutlich: Um inmitten von Krieg und Gewalt Leben zu retten und Leid zu lindern, müssen humanitäre Organisationen von allen Konfliktparteien als humanitäre Akteure, die ausschließlich humanitäre Interessen vertreten, akzeptiert werden. In der Theorie, nach den Genfer Konventionen, müssen humanitäre Organisationen von allen Konfliktparteien akzeptiert werden und über den Zugang zu der Zivilbevölkerung verhandeln können. In Wirklichkeit ist dies aber oft mit erheblichen Schwierigkeiten und Missverständnissen behaftet.

4. Unabdingbar: Unparteilichkeit, Unabhängigkeit, Neutralität und die medizinische Ethik

Die Idee der humanitären Hilfe klingt einfach und im Grunde ist sie es auch: Nothilfe rettet Leben und lindert Leid inmitten von Krieg und Gewalt. Auf dieses Minimum an Menschlichkeit haben sich fast alle Staaten weltweit in den Genfer Konventionen und ihren Zusatzprotokollen geeinigt. Im Artikel 3 Absatz 2 der allgemeinen Bestimmungen der Genfer Abkommen von 1949 heißt es: ‚Eine unparteiische humanitäre Organisation, wie das Internationale Komitee vom Roten Kreuz, kann den am Konflikt beteiligten Parteien ihre Dienste anbieten.‘² Diese Regel verankert das Prinzip der sich rein an den Bedürfnissen orientierenden Hilfe im Humanitären Völkerrecht. Weil humanitäre Nothilfe darauf zielt, den Betroffenen konkret und direkt beizustehen, spielen der generelle Schutz der Menschenrechte sowie die öffentliche Kritik an Menschenrechtsverletzungen in Konfliktgebieten im Prinzip eine nachgeordnete Rolle für humanitäre Organisationen.

In den 1990er Jahren haben sich die meisten international tätigen humanitären Organisationen darauf geeinigt, den Kern des international anerkannten ‚Code of Conduct‘ der Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung gemeinsam als Grundprinzipien anzuerkennen: Unparteilichkeit, Unabhängigkeit und Neutralität.³ Diese drei Aspekte sollen im Folgenden kurz erläutert werden, denn für Ärzte ohne Grenzen bilden sie wichtige Leitlinien für die humanitäre Hilfe.

4.1. Unparteilichkeit

Die Unparteilichkeit ist der Kern der humanitären Hilfe. Sie besagt, dass die Hilfe ohne Diskriminierung und nur nach Maßgabe der Bedürftigkeit geleistet werden

muss. Ethnische, politische, ökonomische oder andere Bevorzugungen sind nicht zulässig. Strikt unparteiliche Organisationen haben eher eine Chance sowohl von der betroffenen Bevölkerung als auch von den jeweiligen Machthabern als glaubwürdig sowie auf das Wohl der Patienten fokussiert angesehen und deshalb in Konfliktgebieten akzeptiert zu werden. Zur Unparteilichkeit gehört auch die Verhältnismäßigkeit. Da die Hilfe auf Grundlage der Bedürftigkeit geleistet wird, müssen Menschen, die am dringendsten Hilfe benötigen, zuerst versorgt werden.⁴ Des Weiteren bedeutet Unparteilichkeit, dass die Hilfeleistung nicht an Bedingungen gebunden sein darf – etwa an Wohlverhalten oder die Einhaltung der Menschenrechte.

4.2. Unabhängigkeit

Um unparteiisch handeln zu können, muss eine Organisation so weit wie möglich unabhängig sein – von politischen Vorgaben, militärischen Verbänden oder staatlichen Geldern. Ärzte ohne Grenzen achtet aus diesem Grund zum Beispiel sehr auf die finanzielle Unabhängigkeit der Arbeit, die Projekte werden zu fast 90 Prozent durch private Spenden finanziert. In vielen Konfliktgebieten finanziert die Organisation die Hilfe sogar ausschließlich aus privaten Spenden und nimmt keinerlei Gelder von Regierungen an.

4.3. Neutralität

Die Neutralität schließlich ist ein wichtiges Instrument, das humanitären Organisationen in Konfliktgebieten die Akzeptanz der Konfliktparteien ermöglichen soll. Für die Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung ist das folgendermaßen definiert: ‚Um sich das Vertrauen aller zu bewahren, enthält sich die Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung der Teilnahme an Feindseligkeiten wie auch, zu jeder Zeit, an politischen, rassistischen, religiösen oder ideologischen Auseinandersetzungen.‘⁵ Neutralität beschreibt

² Genfer Abkommen (IV) über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten, 12. August 1949.

³ IKRK, Code of Conduct for the International Red Cross and Red Crescent Movement and Non-Governmental Organizations (NGOs) in Disaster Relief, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/publication/p1067>.

⁴ J. Pictet (Hrsg.), Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949 Relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva 1958, S. 834.

⁵ Deutsches Rotes Kreuz, Die Grundsätze des Roten Kreuzes und Roten Halbmondes, <http://www.drk.de/ueber-uns/auftrag/grundsatzetze.html>.

also die Handlungen und Positionen einer Organisation, nicht die Haltung der individuellen Helfer. Allerdings ist es in der humanitären Praxis kompliziert und oft ein tägliches Ringen, die Konfliktparteien und Verhandlungspartner davon zu überzeugen, dass die humanitäre Hilfe keiner Seite oder Gruppe einen inakzeptablen Vorteil verschafft.

4.4. Medizinische Ethik

Zudem bildet auch die medizinische Ethik eine wichtige Grundlage der humanitären Nothilfe von Ärzte ohne Grenzen. Diese fordert unter anderem, dass alle Patienten das Recht auf Vertraulichkeit und Privatsphäre haben, dass sie das Recht und die Möglichkeit haben, frei über ihre Behandlung zu entscheiden, und dass ihre Menschenwürde geachtet wird. Wenn Patienten in Konfliktgebieten unseren Mitarbeitern von Menschenrechtsverletzungen berichten, müssen wir behutsam mit diesen Informationen umgehen, auch wenn wir Symptome behandeln, die die Erfahrungen der Menschen belegen und somit selber Zeuge einer Verletzung der Menschenrechte werden. In jedem Fall dürfen wir Informationen über unsere Patienten nur dann verwenden, wenn die Betroffenen ausdrücklich und angstfrei zustimmen. Angesichts der großen Abhängigkeit der Menschen von der Versorgung durch humanitäre Organisationen ist allein das oft problematisch.

5. Ärzte ohne Grenzen und die Idee des ‚témoignage‘ – die Ursprünge der Organisation

Anders als das Internationale Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) hat Ärzte ohne Grenzen nie striktes Stillschweigen gelobt. Im Gegenteil: ‚Soigner et témoigner‘ (behandeln und bezeugen) war von Anfang an der Wahlspruch der Gruppe von Ärzten und Journalisten, die im Dezember 1971 die Organisation ‚Médecins Sans Frontières‘ gründeten. Aufgrund der Erfahrungen im Biafra-Konflikt (1967–1970) hatten sie sich vorgenommen, eine Organisation mit doppeltem Ziel zu gründen: Zum einen sollte sie international agieren und für schwere Notsituationen in Ländern mit kollabierender oder ungenügender Gesundheitsversorgung medizinisch ausgerüstet sein; dabei sollte die Hilfe – entsprechend der in den Genfer Konventionen verankerten Prinzipien – unabhängig von den Regierungen sein und nur dem Interesse der betroffenen Bevölkerung dienen. Zum anderen aber sollte die neue Organisation nicht dem Schweigegebot und der strikten Neutralität des IKRK unterworfen sein, sondern öf-

fentlich Position beziehen, wenn die politischen Ereignisse dies erforderlich machen. Das war damals neu in der humanitären Hilfe und wurde vor allem von Menschenrechtsorganisationen begrüßt. Gleichzeitig definiert jedoch der Slogan ‚soigner et témoigner‘ auch ein Spannungsverhältnis – wenn nicht in den Augen vieler gar einen Widerspruch – zwischen der allgemein von humanitären Organisationen geforderten Neutralität und dem selbstgewählten Anspruch, wenn nötig auch öffentlich das Erlebte und Gesehene zu bezeugen.

Vor allem in den 1980er Jahren, in den Zeiten des Kalten Krieges, hat Ärzte ohne Grenzen immer wieder öffentlich Stellung bezogen und vor allem den Missbrauch humanitärer Hilfe, ihre Manipulation in Flüchtlingslagern (beispielsweise in Pakistan, Thailand) und die Unterdrückung von Zivilbevölkerungen, die meist unter totalitären kommunistischen Regimen litten, angeklagt.

Während der großen Hungersnot in Äthiopien Mitte der 1980er Jahre zum Beispiel mussten die Teams von Ärzte ohne Grenzen feststellen, dass ein Teil der internationalen Hilfe von der Mengistu-Regierung dazu eingesetzt wurde, unliebsame Bevölkerungsgruppen zwangsweise umzusiedeln. Den Deportierten wurden Nahrungsmittel vorenthalten und sie wurden Gewalt und extrem harschen Lebensbedingungen ausgesetzt. Zigtausende starben.⁶ Die französische Sektion von Ärzte ohne Grenzen protestierte gegen die Deportationen und wurde daraufhin des Landes verwiesen – doch der durch die internationale Aufmerksamkeit erfolgte Druck bewirkte, dass die wichtigsten Geberländer ihre Gelder sperren wollten, sollten die Zwangsumsiedlungen nicht gestoppt werden. Anfang 1986 gab das Mengistu-Regime schließlich nach. Im sowjetisch-besetzten Afghanistan Anfang der 1980er Jahre arbeitete Ärzte ohne Grenzen nur in von der Opposition gehaltenen Regionen. Als sowjetische Flugzeuge gekennzeichnete Kliniken bombardierten, klagte Ärzte ohne Grenzen dies öffentlich an und zögerte auch nicht, die furchtbaren Lebensbedingungen der Menschen, die unter sowjetischer Gewalt litten, anzuprangern. Die Organisation half zudem, Journalisten ins Land zu bringen, um eine unabhängige Berichterstattung zu ermöglichen.

Diese und andere öffentliche Stellungnahmen von Ärzte ohne Grenzen waren in der Periode des Kalten Krieges oft alles andere als neutral; so Fabrice Weissman: ‚To the MSF leadership, in the context of the Cold War, making politicians face up to their responsibility, meant calling upon the liberal democracies to redouble their efforts in the fight against communism.‘⁷

6. Neue Herausforderungen seit den 1990er Jahren

Für die internationalen Beziehungen bedeuteten der Fall der Mauer 1989 und der Kollaps der Sowjetunion 1991/92 eine radikale Zäsur: Der fast 50 Jahre bestehende Antagonismus der Großmächte wurde von neuen Konstellationen abgelöst. Es begann damit unter anderem eine Zeit der militärischen Interventionen, die humanitär begründet werden.

Ihren Anfang nahm diese Entwicklung mit dem Krieg im Irak 1991, der unter anderem zu einer massenhaften Flucht der kurdischen Bevölkerung in die Nordtürkei und in den Iran führte. Mit der Resolution 688 der Vereinten Nationen (UN) wurde unter dem Namen ‚Provide Comfort‘ erstmals eine bewaffnete Intervention als ‚humanitäre‘ bezeichnet. Eine zweite als humanitär bezeichnete Intervention folgte 1992 in Somalia (‚Restore Hope‘). Die westlichen Mächte erklärten zum einen den Schutz der Zivilbevölkerung zum Ziel dieser Interventionen. Zum anderen erwies sich die Bezeichnung ‚humanitär‘, besonders in Deutschland, als innenpolitisch nützlich, da sie militärische Eingriffe in eine Linie mit der allseits anerkannten humanitären Hilfe brachte. So wurde diese – zumindest rhetorisch – Teil einer zunehmend militarisierten Außenpolitik. Ende der 1990er Jahre kulminierte diese Entwicklung im sogenannten ‚humanitären Krieg‘ im Kosovo: Hier wurden Argumente, die sich auf den Schutz der Menschenrechte und die Sicherung des Rechts auf humanitäre Hilfe beriefen, als Rechtfertigung für militärisches Handeln herangezogen. Bundeskanzler Gerhard Schröder erklärte damals, die NATO habe mit Luftschlägen gegen militärische Ziele in Jugoslawien begonnen, um ‚weitere schwere und systematische Verletzungen der Menschenrechte [zu] unterbinden und eine humanitäre Katastrophe im Kosovo [zu] verhindern‘.⁸

⁶ Ärzte ohne Grenzen, Famine and Forced Relocations in Ethiopia 1984–1986, <http://speakingout.msf.org/en/famine-and-forced-relocations-in-ethiopia>.

⁷ F. Weissman, Silence Heals ... from the Cold War to the War on Terror, MSF Speaks Out: A Brief History, in: C. Magone / M. Neuman / F. Weissman (Hrsg.), Humanitarian Negotiations Revealed: The MSF Experience, London 2011, S. 181.

⁸ M. Schwab-Trapp, Kriegsdiskurse: Die Politische Kultur des Krieges im Wandel 1991 bis 1999, Wiesbaden 2002, S. 294

Parallel veränderte sich im Zuge der 1990er Jahre die Landschaft der Hilfsorganisationen. Zum einen begannen viele Menschenrechtsorganisationen damit, ihr Tätigkeitsfeld auszuweiten – vor allem um die Berichterstattung über die Einhaltung von Menschenrechtsstandards in bewaffneten Konflikten.⁹ Zum anderen wuchs die Anzahl, Größe und Reichweite der humanitären Organisationen – darunter auch der sogenannten ‚multi-mandate‘-Organisationen, die humanitäre Hilfe, langfristige Entwicklungszusammenarbeit und den Schutz der Menschenrechte verbinden. Oft benutzen oder berufen sich diese Organisationen auf Erkenntnisse von Ärzte ohne Grenzen und die öffentlichen Stellungnahmen der Organisation.

In den 1990er Jahren, zum Teil von der neuen westlichen Außen- und Sicherheitspolitik getrieben, wuchsen die Budgets ebenso wie die Anzahl der Mitarbeiter der humanitären Hilfe zudem enorm an, und viele Hilfsorganisationen nahmen den Menschenrechtsdiskurs ihrer Regierungen gerne auf; manche feierten ihn sogar als Fortschritt. Dies zusammen mit der Militarisierung der Außenpolitik brachte die humanitäre Hilfe in eine gefährliche Gemengelage.

Schließlich hat auch die Ausweitung des internationalen Strafvollzugssystems im Laufe der 1990er Jahre Auswirkungen auf die Arbeit der Hilfsorganisationen. Nach den Völkermordverbrechen in Ruanda und Bosnien wurden die *Ad-hoc*-Tribunale Internationaler Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien und der Internationale Strafgerichtshof für Ruanda eingerichtet, um Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen sowie Genozide in Kriegs- und Konfliktsituationen strafrechtlich zu verfolgen. Im Jahr 1998 wurde der Internationale Strafgerichtshof (IStGH) geschaffen, der im Juli 2002 in Den Haag seine Tätigkeit mit dem Ziel aufnahm, Delikte des Völkerstrafrechts wie Völkermorde und Verbrechen gegen die Menschlichkeit strafrechtlich zu verfolgen. Von den humanitären Organisationen wurde dabei erwartet, dass sie ihre oft unmittelbaren und einzigartigen Beobachtungen ohne Einschränkung dem IStGH mitteilen würden. Während die Errichtung des IStGH fast überall bei den humanitären Organisationen auf Zustimmung stieß und viele Organisationen die Zusammenarbeit mit dem IStGH selbstverständlich fanden, begannen manche humanitäre Organisationen damit, systematisch Informationen über gravierende Menschenrechtsverletzungen zu sammeln und dem IStGH zu übermitteln. Dass diese Praxis mitunter dem Mandat der humanitären Hilfe zuwiderläuft, fand – und findet in Teilen immer noch – sehr wenig Beachtung.

7. Auswirkungen auf die humanitäre Praxis aus Sicht von Ärzten ohne Grenzen

Ärzte ohne Grenzen sieht die Auswirkungen der oben geschilderten Entwicklungen der 1990er Jahre auf die humanitäre Hilfe insgesamt sehr kritisch. Dabei wurde der Organisation selbst erst spät klar, dass die oft teilweise unbewusste eigene Positionierung auf Seiten der liberalen Demokratien des Westens und das Engagement für die Menschenrechte, die während des Kalten Krieges fast unhinterfragt auch den Rahmen für die Stellungnahmen von Ärzten ohne Grenzen bildeten, für eine humanitäre Organisation so nicht mehr vertretbar waren. Die praktischen Erfahrungen in den Konfliktgebieten seit den 1990er Jahren, die veränderten Konfliktdynamiken und -zusammensetzungen sowie die oben geschilderten veränderten Rahmenbedingungen haben bei Ärzten ohne Grenzen einen internen Reflexionsprozess angestoßen, der uns dazu gebracht hat, unser Selbstverständnis als Organisation zu überdenken und einige grundlegende Richtlinien in Rahmendokumenten festzuhalten, die intern als Erklärungen von Chantilly (1997) und La Mancha (2006) bekannt sind.¹⁰ Diese gelten bis heute und bilden neben der Charta von Ärzten ohne Grenzen die wichtigsten internen Leitlinien der Organisation.

Aus heutiger Sicht lässt sich festhalten: Die Instrumentalisierung der humanitären Hilfe hat es zwar immer gegeben, aber die gegenwärtige Rhetorik und auch die Praxis der westlichen Politik sind aus humanitärer Sicht zynisch und schwer erträglich. Sie haben dazu beigetragen, dass humanitäre Hilfe immer stärker als verlängerter Arm einer westlichen Interessenpolitik wahrgenommen wird. Eine Konsequenz ist oft der erheblich erschwerte oder unmögliche Zugang zu vielen Konfliktgebieten.

Wie fatal es sein kann, wenn westliche Staaten die humanitäre Hilfe als Teil ihrer politischen und militärischen Strategie sehen, zeigt unter anderem unser Einsatz in Afghanistan. Mitarbeiter von Ärzten ohne Grenzen wurden dort wiederholt gezielt angegriffen und bedroht. Im Jahr 2004 mussten wir das Land aus Sicherheitsgründen vorübergehend verlassen, nachdem fünf Mitarbeiter getötet worden waren. Doch wenn helfen zu gefährlich wird, geraten nicht nur unsere Mitarbeiter in Gefahr – letztlich zahlt die betroffene Zivilbevölkerung den Preis, weil sie ohne adäquate medizinische Hilfe zurück bleibt.

Im Jahr 2009 kehrte Ärzten ohne Grenzen nach Afghanistan zurück, nachdem der Konflikt erneut eskalierte. Die Organisation leistet bis heute medizinische Hilfe in dem Land und verhandelt dafür mit allen

Konfliktparteien. Diese dürfen sich nicht in die medizinischen Projekte einmischen und die Gesundheitseinrichtungen nicht angreifen. Im Gegenzug garantiert Ärzten ohne Grenzen, dass die Ressourcen nur für medizinische Projekte eingesetzt werden und keiner Kriegspartei zugutekommen. Am 3. Oktober dieses Jahres allerdings wurde das Ärzte ohne Grenzen-Krankenhaus in Kundus mehrfach bombardiert, 14 Mitarbeiter und mindestens 10 Patienten waren unter den 30 Toten, viele weitere Menschen wurden verletzt. Seitdem ist das Krankenhaus geschlossen, und so gibt es heute wiederum keine funktionierende medizinische Einrichtung dieser Art mehr in dieser Region Afghanistans.

Selbstverständlich instrumentalisieren nicht nur westliche Staaten die humanitäre Hilfe für ihre Zwecke. Ärzten ohne Grenzen ist auch in einer Reihe von Konfliktgebieten tätig, in denen westliche Akteure kaum oder gar nicht präsent sind – zum Beispiel in Pakistan oder im Tschad. Auch dort missachten die Konfliktparteien wiederholt das Humanitäre Völkerrecht und die humanitären Prinzipien, ist der Missbrauch der Hilfe verbreitet und der Zugang zu der Zivilbevölkerung schwierig. Zudem kämpfen in den heutigen Konflikten neben staatlichen auch nicht-staatliche Akteure – sie missbrauchen und instrumentalisieren immer wieder die humanitäre Hilfe und schränken den Zugang zu der Zivilbevölkerung entsprechend ihrer Interessen ein. Dennoch lässt sich seit den 1990er Jahren eindeutig die Tendenz westlicher Staaten beobachten, humanitäre Hilfe als Instrument ihrer Außen- und Sicherheitspolitik einzusetzen – und dies hat wesentlich dazu beigetragen, dass Helfer nicht mehr neutral wahrgenommen werden.

Aus Sicht von Ärzten ohne Grenzen trägt zudem nicht nur die Politik Verantwortung dafür, dass humanitäre Akteure immer weniger neutral wahrgenommen werden. Auch die Menschenrechtsorganisationen haben sich für politische Zwecke vereinnahmen lassen und somit die Arbeit der humanitären Helfer erschwert. Und auch das Bestreben der ‚multi-mandate‘ Organisationen, Nothilfe mit rechtsbasierten und entwicklungspolitischen Zielen zu verbinden, hat dazu beigetragen, dass die humanitäre Hilfe – zumindest in der Wahrnehmung – an Neutralität eingebüßt hat. Auch Stephen Hopgood zeigt, wie Menschenrechtsorganisationen sich von ver-

⁹ S. Hopgood, *The Endtimes of Human Rights*. London 2013, S. 120.

¹⁰ Ärzten ohne Grenzen, *La Mancha Agreement*, 2006, <http://association.msf.org/node/5632>; Ärzten ohne Grenzen, *Principes de Chantilly*, 1997, <http://association.msf.org/fr/node/85450>.

schiedenen Akteuren vereinnahmen lassen, um größeren politischen Einfluss zu gewinnen.¹¹ Dadurch haben sie mit dazu beigetragen, dass die Menschenrechte als universell gültiges Konzept unglaubwürdig geworden sind und zum Bestandteil einer westlichen Macht- und Interessenpolitik wurden. Und auch Alex de Waal zeigt, wie selektiv die Anklage der Verletzung von Menschenrechtsstandards *de facto* häufig erfolgt. Sie wird dadurch heute oft mit politischen Interessen konnotiert und erscheint deswegen zumindest in der Wahrnehmung nicht neutral.¹²

Hugo Slim beschreibt zudem das ethische Dilemma, das entsteht, wenn humanitäre und entwicklungspolitische Zielsetzungen miteinander vermischt werden: ‚Ethical tensions within mixed humanitarian and development mandates are not new. [...] But in today’s armed conflicts these ethical tensions are often rendered more extreme by the fact that political liberalism dominates today’s development orthodoxy, and is contested as a main cause of liberal-islamist conflicts. In other words, contemporary wars are actually about different views of development, just as they were during the cold war. This means that operating a liberal development mandate, like most multi-mandate agencies, can play right into the dynamic of conflict.‘¹³

Hinzu kommt, dass auch wenn Ärzte ohne Grenzen die Achtung der Menschenrechte als wichtiges Ziel erachtet – wir sehen darin weder unsere Hauptaufgabe noch unsere Verantwortung. Die La Mancha-Erklärung drückt dies folgendermaßen aus: ‚MSF actions coincide with some of the goals of human rights organizations; however, our goal is medical-humanitarian action rather than the promotion of such rights.‘¹⁴ Menschenrechtsorganisationen berufen sich in ihrer Arbeit auf die unteilbaren Menschenrechte und erachten im Prinzip die Verwirklichung aller Rechte als Voraussetzung für die volle Entfaltung eines jeden Menschen. Somit sehen sie letztlich in der Verwirklichung aller Rechte das Ziel ihrer Arbeit. Und auch die meisten Organisationen, die entwicklungspolitische Ziele verfolgen, berufen sich in ihrer Arbeit auf die vollständige Gewährleistung aller Menschenrechte – weil ihrer Ansicht nach nur gleichberechtigte Teilhabe und die Abwesenheit von Diskriminierung eine faire und nachhaltige Entwicklung ermöglichen.¹⁵

Humanitäre Organisationen haben einen bescheideneren Ansatz in Bezug auf die Gewährleistung der Rechte von Hilfsempfängern – sie beschränken sich darauf, Überlebenshilfe zu leisten. Diese definiert die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung zum Beispiel wie folgt: ‚Ziel der humanitären Hilfe

ist es, während und nach Naturkatastrophen und von Menschen verursachten Krisen Leben zu retten, Leid zu lindern und die Würde des Menschen zu wahren, aber auch Vorsorge und Prävention im Hinblick auf künftige Katastrophen zu leisten. [...] Humanitäre Hilfe schließt auch den Schutz der Zivilbevölkerung und der nicht mehr an Kampfhandlungen Beteiligten ein. Die Hilfe umfasst die Bereitstellung von Nahrung, Wasser, sanitären Anlagen, Unterkunft, Gesundheitsdiensten und anderen Hilfsleistungen zugunsten der betroffenen Menschen mit dem Ziel, zu einem normalen Leben zurückzukehren und die Lebensgrundlagen wiederherzustellen.‘¹⁶ Humanitäre Organisationen sehen demnach ihre Aufgabe nicht darin, für den Schutz aller Menschenrechte einzutreten und beispielsweise durch den Aufbau einer good governance-Struktur dazu beizutragen. Vielmehr werden sie in erster Linie daran gemessen, wie schnell und kompetent sie bedrohten Menschen konkrete Hilfe leisten und beistehen.

Doch nicht nur die Zielsetzung, auch die Arbeitsweise von Menschenrechts- und humanitären Organisationen unterscheiden sich erheblich. Erstere sind in der Regel wesentlich weniger ‚nah dran‘ an den betroffenen Bevölkerungen und übernehmen damit weniger direkte Verantwortung für die konkrete Lebenssituation der Menschen. Sie sind mit weniger Mitarbeitern in den Konfliktgebieten präsent; häufig haben sie keine ständige Präsenz vor Ort, sondern reisen nur kurzzeitig ein, um Menschenrechtsverletzungen zu dokumentieren. Ärzte ohne Grenzen hingegen ist in vielen Konfliktgebieten über Jahre hinweg mit tausenden Mitarbeitern aktiv und leistet dabei tagtäglich medizinische Hilfe für hunderttausende, wenn nicht Millionen Menschen. In manchen Konfliktgebieten – zum Beispiel in der Zentralafrikanischen Republik oder im Südsudan – ersetzen wir *de facto* die öffentlichen Gesundheitsbehörden, die aufgrund anhaltender Konflikte und Instabilität vollständig zerrüttet sind. Die daraus resultierende Nähe zu den Patienten und Verantwortung für ihre Gesundheit und ihr Überleben macht es unerlässlich, das Vertrauen aller zu erringen. Die Glaubwürdigkeit der Organisation muss jeden Tag neu erworben werden, um die Sicherheit unserer Mitarbeiter vor Ort zu gewährleisten, und um den Menschen weiter beistehen zu können. Kurz gesagt: Der Preis ist höher und die Auswirkungen sind massiver, wenn wir aufgrund einer öffentlichen Stellungnahme oder Anklage eines Landes verwiesen werden, als wenn eine Menschenrechtsorganisation dies tut. Diese Überlegungen prägen auch das Verhältnis von Ärzten ohne Grenzen zum inter-

nationalen Strafvollzugssystem. Grundsätzlich bekennt sich die Organisation zu demokratischen Werten, zu Gerechtigkeit, Menschenrechten und der Strafbarkeit schwerer Verbrechen. Diese Werte sind auch in den Erklärungen von Chantilly und La Mancha enthalten; dort heißt es: ‚MSF calls for respect for human rights and International Humanitarian Law‘¹⁷ und ‚justice is essential‘¹⁸. Gleichzeitig unterscheidet sich auch die Arbeits- und Funktionsweise der Akteure für die juristische Strafverfolgung maßgeblich von denen einer humanitären Organisation. Aus Sicht von Ärzten ohne Grenzen darf die humanitäre Hilfe nicht strafrechtlichen Überlegungen untergeordnet werden; die Erklärung von La Mancha besagt hierzu: ‚MSF differs from justice organizations by not taking on the responsibility for the development of international justice and does not gather evidence for the specific purpose of international courts or tribunals.‘¹⁹

Dabei unterscheiden Francoise Saulnier und Fabien Dubuet in ihrer Untersuchung des Umgangs von Ärzten ohne Grenzen mit strafrechtlichen Ermittlungen und Prozessen zwischen humanitärem Zeugnis und juristischem Zeugnis.²⁰ Wenn Ärzte ohne Grenzen in seinen Projekten direkt Zeuge vom Missbrauch humanitärer Hilfe und schwerer Verbrechen wird, wird die Organisation diese Missstände wenn möglich öffentlich anprangern mit dem Ziel, die

¹¹ S. Hopgood, a.a.O. (Fn. 9).

¹² A. De Waal, *Advocacy in Conflict. Critical Perspectives on Transnational Activism*, London 2015.

¹³ H. Slim / M. Bradley, *Principled Humanitarian Action & Ethical Tensions in Multi-Mandate Organizations in Armed Conflict*, März 2013, <http://interagencystandingcommittee.org/other/documents-public/principled-humanitarian-action-ethical-tensions-multi-mandate-organizations>, S. 21.

¹⁴ Ärzte ohne Grenzen, *La Mancha Agreement*, a.a.O. (Fn. 10).

¹⁵ Vgl. A. Sen, *Poverty and Famines. An Essay on Entitlement and Deprivation*, Oxford 1981; A. de Waal, *Famine Crimes: Politics and the Disaster Relief Industry in Africa*, Oxford 1997.

¹⁶ Global Humanitarian Assistance, *Defining Humanitarian Assistance*, 2012, <http://www.globalhumanitarianassistance.org/data-guides/defining-humanitarian-aid>.

¹⁷ Ärzte ohne Grenzen, *Principes de Chantilly*, a.a.O. (Fn. 10).

¹⁸ Ärzte ohne Grenzen, *La Mancha Agreement*, a.a.O. (Fn. 10).

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ F. Bouchet-Saulnier / F. Dubuet, *Legal or Humanitarian Testimony? History of MSFs Interactions with Investigations and Criminal Proceedings*, Paris 2007.

Situation für die betroffenen Menschen sofort oder schnellstmöglich zu ändern. Die Erklärung von La Mancha hält diesen Grundsatz wie folgt fest: 'In the case of massive and neglected acts of violence against individuals and groups, we should speak out publicly, based on our eyewitness accounts, medical data and experience. However, through these actions we do not profess to ensure the physical protection of people that we assist.'²¹

Dies steht im Gegensatz zu juristischen Zeugenaussagen: Ärzte ohne Grenzen wird in aller Regel nicht als Zeuge vor einem Gericht aussagen. Zum einen muss die Organisation die Unabhängigkeit in Bezug auf das operationelle Vorgehen wahren – das heißt, sie muss nach den Bedürfnissen der Menschen entscheiden können, wo und wie sie medizinische humanitäre Nothilfe leistet. Diese Entscheidung darf nicht von politischen oder juristischen Erwägungen beeinflusst werden,²² denn das Ziel, Hilfe für die Betroffenen zu leisten, hat immer Vorrang. Zum anderen könnten, wie bereits geschildert, der Zugang zu den Menschen in Not stark eingeschränkt und die Sicherheit der Mitarbeiter beeinträchtigt werden, wenn Ärzte ohne Grenzen im Ruf stünde, Informationen und Beweise über Verbrechen an internationale Strafgerichte weiterzuleiten.

Ärzte ohne Grenzen hat deswegen entschieden, die Zusammenarbeit mit dem IStGH und anderen juristischen Instanzen stark einzugrenzen. Wie Saulnier und Dubuet zeigen, hat Ärzte ohne Grenzen nur in solchen Fällen eine Aussage gemacht, 'in which [MSF] alone possessed crucial evidence establishing the guilt or innocence of a person accused of particularly serious crimes, and only if such evidence could under no circumstances be obtained from other sources'.²³ Einzelnen Mitarbeitern von Ärzten ohne Grenzen hingegen ist es nicht untersagt, eine Aussage vor einem internationalen Gericht als Privatperson zu treffen. Anders als bei Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen des IKRK und der UN müssen Mitarbeiter von Ärzten ohne Grenzen keine Verschwiegenheitsklausel unterzeichnen. Sie dürfen jedoch weder auf die Organisation Bezug nehmen, noch die Identitäten anderer Mitarbeiter offenlegen oder interne Dokumente weitergeben.²⁴

8. Entscheidungen treffen von Fall zu Fall – im Interesse der Menschen in Not

Fest steht: Es gibt heute mehr humanitäre Hilfe als jemals zuvor, doch ist sie sehr ungleich verteilt – immer weniger Hilfe kommt dort an, wo sie jetzt und heute am dringendsten gebraucht wird.²⁵ Das liegt –

wenn auch nicht ausschließlich – daran, dass in vielen der komplexesten heutigen Konflikte immer weniger Akteure Zugang zu der notleidenden Bevölkerung haben, zum Beispiel in Somalia, Syrien oder der Zentralafrikanischen Republik.

Ärzte ohne Grenzen ist durch die Erfahrungen der vergangenen zwei Jahrzehnte generell vorsichtiger geworden mit öffentlichen Stellungnahmen. Das Bestreben, sich als Organisation neutral zu positionieren, hat zugenommen, und die Organisation grenzt sich bewusst von einer politisierten Menschenrechtspolitik ab und hält eine klare Distanz zu Regierungen (einschließlich des Militärs), zu Organisationen der Vereinten Nationen und zu Koordinierungsplattformen, um die eigene Unabhängigkeit zu unterstreichen.

Fakt ist aber auch: Trotz der veränderten Rahmenbedingungen und neuen Herausforderungen bleibt die doppelte Zielsetzung von Ärzten ohne Grenzen bis heute bestehen: Menschen in Not behandeln und über ihr Leid berichten sind nach wie vor die Kernziele unserer Arbeit. Unsere Charta hat dies festgelegt, und die Erklärungen von Chantilly und La Mancha haben diesen Grundsatz bestätigt. In der Erklärung von Chantilly heißt es demnach: 'Medical aid and witnessing remain inseparable – these two elements are twinned together both in the interest of the victims and to achieve our overall goals.'²⁶ Zudem betont die Erklärung von La Mancha: 'Our basic principles remain those expressed in the Charter and Chantilly documents.'²⁷

Wenn wir Zeuge von Menschenrechtsverletzungen werden, müssen wir letztlich von Fall zu Fall abwägen und entscheiden, ob wir uns an die Öffentlichkeit wenden und über das, was wir vor Ort erleben, berichten. Die Erklärung von La Mancha betont deswegen weiter: 'These principles should be referred to when taking and reviewing decisions, with the acknowledgement that every decision is a singular act and not made by the mechanical application of principles.'²⁸

Das heißt auch wenn die Prinzipien der Unparteilichkeit, Unabhängigkeit und Neutralität für unsere praktische Arbeit unerlässlich sind, wollen wir uns nicht hinter Konzepten oder theoretischen Szenarien verschanzen. Rony Brauman, langjähriger Präsident der französischen Sektion von Ärzten ohne Grenzen und bis heute für die Organisation tätig, hat dies wie folgt ausgedrückt: 'Mit vorgefertigten Meinungen an die Zukunft [heranzugehen], [...] versperrt den Blick für die Wirklichkeit. Stattdessen müssen wir uns selbst kritisch im Blick behalten. Wie treffen wir Entscheidungen? Wie sind unsere Prozesse? Handeln wir schnell genug und reagieren wir angemessen

auf die Bedürfnisse der Menschen, auch wenn diese sich verändern? Flexibel und reaktiv zu sein: Das war schon immer der Ansatz von Ärzten ohne Grenzen. Und diese Flexibilität bleibt unerlässlich.'²⁹

Um im Einzelfall flexibel und im Interesse der Menschen entscheiden zu können, muss Ärzten ohne Grenzen in Konfliktgebieten mit allen Akteuren verhandeln – teilweise sind schwierige bis schmutzige Kompromisse notwendig, und manchmal müssen wir das Risiko eingehen, des Landes verwiesen zu werden. Fabrice Weissman spricht in diesem Zusammenhang von pragmatisch geschlossenen 'Gelegenheitsbündnissen': 'Experience has shown that [MSF] can only succeed with the support of political and diplomatic coalitions of convenience, rallied through an engagement in the public space, without which humanitarianism is only a passive instrument in the service of power.'³⁰

Es sollte deutlich geworden sein, dass wir unsere Erfahrungen und Entscheidungen regelmäßig evaluieren und offen dafür bleiben, unser Selbstverständnis einer kritischen Reflexion zu unterziehen, wenn neue Rahmenbedingungen oder veränderte Bedürfnisse vonseiten der Menschen in Not dies erforderlich machen. In der Erklärung von La Mancha legen wir deswegen fest, dass sie ein 'reference document' ist: 'The issues it raises will be regularly reviewed.' Um zu zeigen, wie diese Entscheidungen im Einzelfall aussehen können, und welche

²¹ Ärzte ohne Grenzen, La Mancha Agreement, a.a.O. (Fn. 10).

²² Ärzte ohne Grenzen, Doctors Without Borders/Médecins Sans Frontières' (MSF) Position Regarding the International Criminal Court's Prosecutor's Case Against the President of Sudan, 29. Juli 2008, <http://www.doctorswithoutborders.org/news-stories/speechopen-letter/doctors-without-bordersmsf%20%C3%A9decins-sans-fronti%C3%A8res-msf-position>.

²³ F. Bouchet-Saulnier / F. Dubuet, a.a.O. (Fn. 20), S. 35.

²⁴ So hat ein Mitarbeiter vor dem Ruanda-Tribunal ausgesagt und eine Mitarbeiterin vor dem Jugoslawien-Tribunal. Ärzte ohne Grenzen stellt in solchen Fällen juristische Unterstützung bereit und berät die betroffenen Mitarbeiter.

²⁵ Global Humanitarian Assistance, Global Humanitarian Assistance Report 2015.

²⁶ Ärzte ohne Grenzen, Principes de Chantilly, a.a.O. (Fn. 10).

²⁷ Ärzte ohne Grenzen, La Mancha Agreement, a.a.O. (Fn. 10).

²⁸ *Ibid.*

²⁹ R. Brauman, „Unsere Flexibilität ist unerlässlich.“, in: 20 Jahre deutsche Außenpolitik aus humanitärer Sicht. Konferenz-Broschüre von Ärzten ohne Grenzen, 2013, S. 17.

³⁰ F. Weissman, a.a.O. (Fn. 7), S. 197.

Überlegungen darin eine Rolle spielen, folgen zum Schluss noch einige Beispiele.

Zwischen Oktober 2004 und Februar 2005 behandelte Ärzte ohne Grenzen in Darfur fast 500 Opfer sexueller Gewalt; ein Großteil der betroffenen Mädchen und Frauen berichtete unseren Mitarbeitern, dass die Übergriffe von Mitgliedern der Nationalen Armee und regierungsnahen Milizen begangen worden seien.³¹ Angesichts des dramatischen Ausmaßes der Übergriffe veröffentlichte die holländische Sektion von Ärzten ohne Grenzen im März 2005 den Bericht: ‚The Crushing Burden of Rape. Sexual Violence in Darfur‘, der die verheerende Lage der sudanesischen Flüchtlinge und die Häufigkeit von sexueller Gewalt gegen Frauen und Mädchen öffentlich machte. Es war explizites Ziel des Berichts, die internationale Gemeinschaft auf die Verbrechen in Darfur aufmerksam zu machen. Die Veröffentlichung hatte zur Folge, dass die sudanesischen Behörden den Landesdirektor von Ärzten ohne Grenzen und den damaligen Projektkoordinator in Khartoum verhafteten.³² Ihnen wurden Spionage, Veröffentlichung falscher Information³³ und Gefährdung der nationalen Sicherheit vorgeworfen. Auf Druck der Vereinten Nationen und anderer Organisationen wurden sie nach zwei Tagen Haft wieder freigelassen. Auch wegen der Verhaftung unserer Mitarbeiter erhielt der Bericht über die sexuelle Gewalt in Darfur große Aufmerksamkeit in den internationalen Medien, und er verließ dadurch der Stimme der Opfer weltweit Gehör. Allerdings stand die holländische Sektion von Ärzten ohne Grenzen in den folgenden Jahren unter strenger Beobachtung der sudanesischen Behörden und wurde im Jahr 2008, im Zuge der Anklage von Präsident Bashir vor dem Internationalen Strafgerichtshof, des Landes verwiesen. Die medizinische Hilfe für viele Tausend Flüchtlinge konnte nicht fortgeführt werden. Unter anderem deswegen gab es eine heftige interne Debatte darüber, ob die Veröffentlichung des Berichts richtig war.

Im Jahr 2006 kehrte Ärzten ohne Grenzen nach drei Jahren Abwesenheit nach Sri Lanka zurück, weil in dem Land erneut Konflikte zwischen der singhalesischen Regierung und der Tamilischen Befreiungsbewegung ausbrachen und sich zuspitzten. Die Organisation versuchte zunächst, die nötigen Verfügungen und Visa zu erhalten, um neben drei Projekten in Regierungsgebieten auch Aktivitäten in den von den Tamilischen Tigern beherrschten Regionen durchzuführen. Die Regierung warf der Organisation jedoch vor, die tamilische Befreiungsbewegung zu unterstützen und weigerte sich deswegen, die nötigen Papiere auszustellen. Stattdessen

sollte Ärzten ohne Grenzen innerhalb von 14 Tagen das Land verlassen. Um angesichts dieser Ausgangslage und der katastrophalen humanitären Situation dennoch den Menschen weiter beistehen zu können, ließ sich Ärzten ohne Grenzen auf einen Kompromiss mit der Regierung ein: Die Organisation würde ihre Arbeit auf drei von der Regierung bestimmte Orte beschränken und keine weiteren Programme starten. Damit gab Ärzten ohne Grenzen das Prinzip der freien Wahl der medizinischen Einsatzorte auf, die sich ausschließlich nach den Bedürfnissen der Menschen richtet, um weiter auf Sri Lanka medizinische Hilfe leisten zu können. In diesem Fall kam die Organisation zu dem Schluss, dass ihre Anwesenheit eventuell doch zum Schutz der bedrohten Bevölkerung beitragen könnte, wenn auch nur in geringem Ausmaß. Im weiteren Verlauf des Konflikts gewannen die Regierungstruppen immer mehr die Kontrolle über ehemals durch die tamilischen Tiger regierten Gebiete: Es kam zu massiven Bombardierungen von Zivilisten und von zivilen und humanitären Einrichtungen;³⁴ zudem zwang die Regierung Hunderttausende zur Umsiedlung in bewachte Lager. Die Lage der Menschen in diesen Lagern war verheerend: Um ihnen beistehen zu können, verhandelte Ärzten ohne Grenzen weiter mit der Regierung und verpflichtete sich, strenge Geheimhaltung über die geleistete Hilfe einzuhalten und keine öffentliche Aussage ohne die Zustimmung des Ministeriums für Gesundheit zu treffen. Unter diesen Bedingungen konnten drei weitere medizinische Projekte eröffnet werden; eines davon diente der Behandlung von Patienten in einem der größten Lager, Menik Farm. Ärzten ohne Grenzen war sich seiner Rolle in dem Konflikt bewusst: Die bewachten Lager sollten das Wiederaufflammen einer tamilischen Widerstandsbewegung unterbinden. Dennoch kam die Organisation zu dem Schluss, dass die Hilfeleistung für die Opfer wichtiger sei. Heute sieht die Organisation diese Entscheidung als großen Fehler.

Seit Anfang der 2000er Jahre engagiert sich Ärzten ohne Grenzen in einigen besonders katastrophalen Situationen auch in langfristigen Gesundheitsprogrammen. Auch dies kann durchaus Auswirkungen auf unsere Möglichkeit haben, uns im Falle von massiven Menschenrechtsverletzungen an die Öffentlichkeit zu wenden. Unsere umfangreichen HIV/Aids-Programme sind hierfür ein Beispiel: Die Ausbreitung des HI-Virus seit den 1990er Jahren hatte katastrophale Folgen für die Gesundheit der Menschen in vielen Ländern, in denen die Gesundheitsbehörden nicht in der Lage waren (oder bis heute sind), für eine angemessene Behandlung zu sorgen. Um das Überleben der

Menschen zu sichern, startete Ärzten ohne Grenzen deswegen HIV/Aids-Programme in vielen Ländern, zum Beispiel in Südafrika und Myanmar. Wenn nun in einem Land, in dem wir Hunderttausende Menschen mit langjährigen HIV/Aids-Therapien versorgen, Konflikte ausbrechen oder massive Menschenrechtsverletzungen zu Tage treten, müssen wir abwägen: Gehen wir an die Öffentlichkeit und riskieren somit, des Landes verwiesen zu werden? Allzu oft gibt es keine andere Organisation, die die Programme übernehmen könnte oder wollte. In solchen Fällen gibt es keine richtige Lösung: Entweder Ärzten ohne Grenzen macht sich potenziell ein Stück weit zum Komplizen schlimmster Verfolgungen und Übergriffe oder die Organisation zieht sich aus der medizinischen Hilfe zurück und setzt die Gesundheit der Patienten und der betroffenen Bevölkerung aufs Spiel.

Im Falle der Menschenrechtsverletzungen in Afghanistan zur Zeit des Taliban-Regimes vor 14 Jahren lässt sich sagen, dass wir damals durch unsere medizinische Arbeit ganz konkret zur Linderung eines (wenn auch kleinen) Teils des Leids der Zivilbevölkerung beigetragen haben – besonders durch unseren Schwerpunkt auf Geburtshilfe und Mutter-Kind-Versorgung. Zudem haben zu jener Zeit unzählige Menschenrechtsorganisationen sowie viele Regierungen das Taliban-Regime angeprangert. Eine öffentliche Stellungnahme unsererseits hätte in diesem Fall nichts Neues oder Wesentliches dazu beigetragen, und wir wären mit einer öffentlichen Stellungnahme ohne guten Grund das Risiko eingegangen, den Zugang zur Zivilbevölkerung zu verlieren und die Menschen im Stich lassen zu müssen.

Im Fall der Giftgasattacken in Syrien ging es um eine schwerwiegende Verletzung des Humanitären Völkerrechts, möglicherweise ein Kriegsverbrechen. Die behandelnden syrischen Ärzte arbeiteten damals mit unserer direkten Unterstützung sowie mit von uns gelieferten Medikamenten. Wir

³¹ Ärzten ohne Grenzen, The Crushing Burden of Rape. Sexual Violence in Darfur, Briefing Paper, 8. März 2005, <http://www.doctors-withoutborders.org/sites/usa/files/sudan03.pdf>.

³² Ärzten ohne Grenzen, MSF Shocked by Arrest of Head of Mission in Sudan – Charged with Crimes Against the State, Pressemitteilung, 31. Mai 2005, <http://www.msf.org/article/msf-shocked-arrest-head-mission-sudan-charged-crimes-against-state>.

³³ Dieser Vorwurf wurde erhoben, da Ärzten ohne Grenzen sich weigerte, die Identitäten der behandelten Personen an die Autoritäten weiterzugeben.

³⁴ International Crisis Group, War Crimes in Sri Lanka, Asia Report No. 191, 17. Mai 2010.

entschieden in diesem Fall, dass Schweigen unverantwortlich war. Da dies zudem einer der sehr seltenen Fälle war, in dem wir öffentlich von etwas berichtet haben, das unsere eigenen Mitarbeiter nicht direkt erlebt hatten, stellte dies eine sehr schwere und innerhalb der Organisation umstrittene Entscheidung für Ärzte ohne Grenzen dar. Hätten die USA nach unserer Meldung Angriffsflüge auf Syrien gestartet, wären wir vermutlich dafür mitverantwortlich gemacht worden – für Ärzte ohne Grenzen eine schwer erträgliche Vorstellung. Viele weitere Beispiele aus der Geschichte von Ärzten ohne Grenzen zeigen, wie schwer die Entscheidungen oft sind, wenn

es darum geht, Menschenrechtsverletzungen in unseren Einsatzländern öffentlich anzuprangern. Die Konsequenzen sind meist nur schwer abzusehen – und negative Auswirkungen gibt es immer, gleichgültig wie eine Entscheidung ausfällt. Ein klares ‚richtig‘ oder ‚falsch‘ gibt es nur selten. Auch deswegen ist es so wichtig, dass wir unsere Erfahrungen und Entscheidungen regelmäßig evaluieren und offen dafür bleiben, sie einer kritischen Reflexion zu unterziehen – nicht als Selbstzweck, sondern im Interesse der Menschen in Not. Ärzte ohne Grenzen macht diese Entscheidungs- und Reflexionsprozesse auch öffentlich zugänglich: Auf der Webseite, MSF Speaking

out‘ sind eine Reihe von Studien veröffentlicht,³⁵ in denen die Organisation offen die eigenen Handlungen und Entscheidungen im Falle öffentlicher Stellungnahmen dokumentiert und analysiert. Ebenso wie der vorliegende Beitrag sollen diese informieren und Debatten anstoßen. Denn angesichts der großen Herausforderungen für die humanitäre Hilfe sind offene Diskussionen, kritische Bestandsaufnahmen und genaue Analysen der humanitären Praxis und ihrer Konsequenzen dringend notwendig. ■

³⁵ Ärzte ohne Grenzen, MSF Speaking Out, <http://speakingout.msf.org>.

The Appeals Judgment in *Serdar Mohammed v State Secretary for Defense*

Simon Rau*

1. Introduction

On 30 July 2015, the Civil Division of the Court of Appeal in London released its judgment in *Serdar Mohammed v State Secretary of Defense (SM v SSD)*.¹ This much discussed case² has a bearing on important questions of international law and especially on the interplay between international humanitarian law (IHL) and the European Convention on Human Rights (ECHR). The claimant had been arrested as a suspected member of the Taliban by UK forces acting as part of the International Security Assistance Force (ISAF) in the non-international armed conflict (NIAC) between the Afghan government, its allies and the Taliban. Serdar Mohammed (SM) was detained for 110 days without charges. His claim was joined with similar claims of other detainees from Iraq and Afghanistan³ which I will not discuss separately. SM claimed that his detention had violated Article 5 ECHR that is part of UK law via the human rights act. The British Ministry of Defense (MoD) responded that his detention was not attributable to the UK but to the United Nations (UN) and that it had been authorized by the UN Security Council resolutions (UNSCRs) authorizing ISAF which would prevail over ECHR obligations. The MoD argued further that the detention had been authorized by IHL as *lex specialis* which ‘displaced or modified’ Article 5 ECHR.⁴ At first instance, it was found that SM’s detention had exceeded the authority to detain under the

UNSCRs and that, due to a lack of legal basis to detain under IHL, the unaltered Article 5 ECHR applied.⁵

I aim to point out and analyze interesting aspects of the appeals judgment which fully upheld the first instance decision.⁶ I focus on the relationship between IHL and the ECHR. Of particular note is that between first instance and the appeals decision the European Court of Human Rights (ECtHR) released its judgment in *Hassan v UK* which concerned detention on the basis of the Geneva Conventions (GCs) in international armed conflict (IAC) under Article 5 ECHR,⁷ so that the Court of Appeal had to distinguish that judgment from the NIAC case of *SM v SSD*.⁸

2. Applying the ECHR ‘to the battlefield’ Attribution of Serdar Mohammed’s Detention and UN Immunity

Remarkably, after concluding that the ECHR applied to SM’s detention,⁹ the court expressed its ‘significant reservations in respect of [...] extending the ECHR to the battlefield [...]’,¹⁰ as ‘[d]ifficult questions, both legal and practical, will undoubtedly arise as to how the ECHR protections, designed to regulate the domestic

¹ Court of Appeal (Civil Division), *Serdar Mohammed v State Secretary for Defense/Yunus Rahmatullah & the Iraqi Civilian Claimants v Ministry of Defense and Foreign and Commonwealth Office*, [2015] EWCA Civ 843, 30 July 2015.

² See e.g.: M. Milanovic, *Some Thoughts on the Serdar Mohammed Appeals Judgment*, EJIL: Talk!, 10 August 2015, <http://www.ejiltalk.org/some-thoughts-on-the-serdar-mohammed-appeals-judgment/> (accessed on 5 September 2015); R. Goodman, *Authorization versus Regulation of Detention in Non-International Armed Conflicts*, in: *International Law Studies* 91 (2015), pp. 154-170; S. Aughey / A. Sari, *Targeting and Detention in Non-International Armed Conflict: Serdar Mohammed and the Limits of Human Rights Convergence*, in: *International Law Studies* 91 (2015), pp. 60-118.

³ Court of Appeal (Civil Division), *supra* note 1, paras. 11-27.

⁴ *Id.*, paras. 6, 109.

⁵ High Court of England and Wales, *Serdar Mohammed v Ministry of Defence*, [2014] EWHC 1369 (QB), 2 May 2014.

⁶ Court of Appeal (Civil Division), *supra* note 1, para. 9.

⁷ ECtHR, *Hassan v UK*, Appl. No. 29750/09, 16 September 2014.

⁸ For a comparative analysis of the first instance judgment and *Hassan v UK* see: S. Rau, *Serdar Mohammed v State Secretary of Defense and Hassan v the United Kingdom: News on the Relationship between the European Convention on Human Rights and International Humanitarian Law*, in: *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict* 28 (2)(2015) pp. 80-87.

⁹ Court of Appeal (Civil Division), *supra* note 1, paras. 105 f.

¹⁰ *Id.*, para. 8.

* Simon Rau holds an LL.M. in Human Rights Law (distinction) from the University of Nottingham. He works as assistant to the General Secretary of the European Center for Constitutional and Human Rights (Berlin).

exercise of State power, are to be applied in the very different context of extra-territorial military operations'.¹¹ This concern is best understood in light of the debate as to whether the ECHR imposes unrealistic limitations on the UK military.¹²

In the light of *Al Jedda v UK*,¹³ it is no surprise that the Court of Appeal dismissed the claim that SM's detention was attributable to the UN and not the UK, as effective control lay with the UK.¹⁴ The MoD also argued that the UN's immunity barred the court from hearing the claim, but when informed, the UN Secretary General clarified that UN immunity did not apply to missions authorized by an UNSCR but conducted by UN member states like ISAF.¹⁵

3. The Interplay between IHL and Article 5 ECHR

The Court of Appeal then turned to the interplay between IHL and the ECHR, which was decisive because Article 5(1)(a)-(f) ECHR enshrines an exhaustive list of permissible grounds for detention that does not include detention on the basis of IHL. Without much discussion, it held that '[i]n certain circumstances international humanitarian law operates as a *lex specialis* so as to require the modification of general rules of human rights law'.¹⁶ This is striking because the adequacy of *lex specialis* to resolve norm conflicts between IHL and human rights law (HRL) has been called into question, a scepticism shared at first instance.¹⁷

The Court of Appeal based most of its subsequent analysis on *Hassan v UK*. In that case, the ECtHR relied on Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties to find that subsequent practice in the application of the ECHR and systematic interpretation lead to the conclusion that obligations under Article 5 ECHR were modified so as to allow for detention in IAC on the basis of the GCs.¹⁸ This approach is distinct from *lex specialis*, as it does not depend on the general relationship between IHL and the ECHR but on the specific case of detention on the basis of the GCs and the subsequent practice of ECHR member states.

The Court of Appeal held that the legal basis to detain in the GCs played an integral part in the reasoning in *Hassan v UK* and that it could only be extended to NIAC if a similar legal basis could be found in IHL applicable in NIAC.¹⁹ This had also been decisive at first instance: If there is no legal basis to detain under IHL, no norm conflict with Article 5 ECHR can arise and, therefore, there is no scope to modify the respective state obligations via *lex specialis*.²⁰ By focusing on the existence of such legal basis, the Court of Appeal however overlooked a question crucial to whether the

Hassan v UK reasoning can be applied in NIAC: Does a subsequent practice of member states that could modify Article 5 ECHR so as to allow for security detention in NIAC exist?

In my view, the Court of Appeal represents the reasoning in *Hassan v UK* incorrectly and thereby develops an understanding of this precedent which allows to extend its reasoning to other situations, independent from the question as to whether respective subsequent state practice exists. This is demonstrated in a later passage which declares without further analysis that 'by parity of reasoning' on the basis of *Hassan v UK* 'it is difficult to see why detention under the UN Charter and UNSCRs cannot also be a ground that is compatible with Article 5 [ECHR]'.²¹ However, this did not apply as the Court of Appeal found no basis in the relevant UNSCRs²² to detain in excess of 96 hours mandated by ISAF rules.

It then set out to determine if a legal basis for SM's detention could be found in customary IHL or was implicitly contained in Common Article 3 to the GCs or Article 4 and 5 of the Second Additional Protocol to the GCs. These provisions mention detention and internment and regulate the treatment of detainees but are silent on grounds of detention and procedural safeguards. The arguments on the basis of which the court rejected these propositions had already been advanced at first instance: States did not want to provide a legal basis to preventively detain in NIAC, as, due to equality of obligations under IHL, this would have granted armed groups the authority to legally intern. Neither state practice nor *opinio juris* suggest that a legal basis to intern in NIAC could be located in custom.²³ It is worth noting that the court's conclusion is at odds with an opinion paper of the International Committee of the Red Cross (ICRC) which, essentially based on the arguments advanced by the MoD, concludes: '[...] both customary and treaty IHL contain an inherent power to intern and may in this respect be said to provide a legal basis for internment in NIAC'.²⁴

The MoD also argued that IHL in NIAC provides a legal basis to target fighters of armed groups and civilians who directly participate in hostilities, while it is prohibited to deny quarter. *A fortiori*, there must be a legal basis to detain such persons if they are *hors de combat*, as they would otherwise escape and continue to pose a threat.²⁵ The court's recognition of this argument as 'powerful'²⁶ seems incoherent: There can be no legal basis to target permissible objectives in IHL in NIAC, just as there is no legal basis to detain: Such authority would be valid for attacks carried

out by armed groups – a proposition states would never endorse.

This, of course, does not mean that attacks on legitimate military objectives are prohibited by IHL in NIAC; it simply does not provide an applicable legal basis.²⁷ That conduct of hostilities in NIAC which does not violate IHL will be legal, if carried out by state forces, is a matter regulated by domestic law, which will make sure that insurgents who target state armed forces are liable for prosecution.²⁸ As *SM v SSD* and *Hassan v UK* suggest that IHL can only modify conflicting HRL obligations if it provides a legal basis for the conduct in question,²⁹ it cannot do so in NIAC. This is not too far-reaching: Under Article 5(1)(a) and (c) ECHR, states are free to detain insurgents for prosecution, and the exception to the right to life for killing that results from force 'absolutely necessary' to 'quell[...] a riot or insurrection' in Article 2(2)(c) ECHR covers the use of force against armed groups.³⁰

¹¹ *Id.*, para. 96.

¹² Cf.: T. Tugendhat / L. Croft, *The Fog of Law. An Introduction to the Legal Erosion of British Fighting Power*, London 2013.

¹³ ECtHR, *Al-Jedda v UK*, Appl. No. 27021/08, 7 July 2011, paras. 74-86.

¹⁴ Court of Appeal (Civil Division), *supra* note 1, paras. 50-72.

¹⁵ *Id.*, para. 78.

¹⁶ *Id.*, para. 108.

¹⁷ M. Milanovic, *A Norm Conflict Perspective on the Relationship Between International Humanitarian Law and Human Rights Law*, in: *Journal of Conflict and Security Law* 14 (2010), pp. 459-483; High Court of England and Wales, *supra* note 5, paras. 273-293.

¹⁸ ECtHR, *supra* note 7, paras. 101-107; this approach was strongly criticized in a dissenting opinion: *id.*, Partly Dissenting Opinion of Judge Spano Joined by Judges Nicolaou, Bianku and Kalaydjieva; S. Rau, *supra* note 8, p. 84.

¹⁹ Court of Appeal (Civil Division), *supra* note 1, paras. 122 f.

²⁰ *Id.*, paras. 287, 293.

²¹ *Id.*, paras. 161-163.

²² *Id.*, paras. 156 f.

²³ *Id.*, paras. 200-219, 222-245.

²⁴ ICRC, *Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges*, Opinion Paper, November 2014, p. 7.

²⁵ Court of Appeal (Civil Division), *supra* note 1, paras. 205-207.

²⁶ *Id.*, para. 214.

²⁷ Cf. M. Milanovic, *supra* note 2.

²⁸ J. Alkatout, *The Legality of Targeted Killings in View of Direct Participation in Hostilities*, Berlin 2015, pp. 76, 130.

²⁹ See *supra* note 19 and accompanying text.

³⁰ For a more comprehensive discussion of the impact of *SM v SSD* on the legality of targeting insurgents under Art 2 ECHR see S. Rau, *supra* note 8, pp. 86 f.

4. Minimum Safeguards for Detention in Armed Conflict

The Court of Appeal furthermore issued an *obiter dictum* on minimum procedural safeguards in cases of detention where Article 5 ECHR is modified by IHL.³¹ In *Hassan v UK*, the ECtHR had held that ‘whilst it might not be practicable [...] for the legality of detention to be determined by an independent ‘court’ in the sense generally required by Article 5 § 4’, detention on the basis of the GCs would have to ‘be subject to periodical review, if possible every six months, by a competent body’ which should ‘provide sufficient guarantees of impartiality and fair procedures to protect against arbitrariness’.³² It did not elaborate further, as Tarek Hassan had been swiftly released after his arrest.³³

The Court of Appeal doubted that a review body within the chain of command responsible for the initial decision to detain would be sufficiently independent and impartial and stated that the UK review procedure in Afghanistan thus seemed problematic.³⁴ Furthermore, the court was of the opinion that Article 5(4) ECHR in any case requires

that a detainee can participate in the review of his detention in a way that enables her to effectively challenge the detention which would require access to evidence of the allegations against her.³⁵ The Court states that these safeguards are not only based on article 5 ECHR but that they are the ‘core legal safeguards required by international humanitarian law’.³⁶ This is remarkable, as the minimum procedural safeguards as to armed-conflict related detention are unclear and clarifying these is one of the main aims of the ICRC initiative to strengthen the protection of persons detained in relation to NIAC.³⁷

5. Conclusion

Read in conjunction with *Hassan v UK*, *SM v SSD* establishes an important distinction: While IHL in IAC is an authorizing body of law that can modify conflicting HRL obligations under certain circumstances, this is not the case in NIAC. The MoD has sought leave to appeal to the UK Supreme Court: ‘Our armed forces must be able to detain [...]. If the law does not allow that, then the law must change.’³⁸ Against

this political background, it will be interesting to see if this distinction is confirmed by the Supreme Court or, possibly, at Strasbourg. ■

³¹ Court of Appeal (Civil Division), *supra* note 1, paras. 281f.

³² ECtHR, *supra* note 7, para. 106.

³³ *Id.*, para. 110.

³⁴ Court of Appeal (Civil Division), *supra* note 1, paras. 290-292.

³⁵ *Id.*, paras. 293, 297; the conclusions on minimum safeguards conform to what an analysis of the ECtHR’s case law suggests. See S. Rau, *supra* note 8, pp. 85 f.

³⁶ Court of Appeal (Civil Division), *supra* note 1, para. 298.

³⁷ See ICRC, Detention in Non-international Armed Conflict: The ICRC’s Work on Strengthening Legal Protection, 21 April 2015, <http://www.icrc.org/eng/what-we-do/other-activities/development-ihl/strengthening-legal-protection-ihl-detention.htm> (accessed on 4 September 2015).

³⁸ UK Ministry of Defense, Breaking News: MOD Response to Court of Appeal Judgment, 30 July 2015, <https://modmedia.blog.gov.uk/2015/07/30/breaking-news-mod-response-to-court-of-appeal-judgement/> (accessed on 5 September 2015).

Ein Querschnitt durch das Recht der bewaffneten Konflikte, 21. DRK-Sommerkurs im Humanitären Völkerrecht 2.-8. August 2015 in Berlin

Ruth Effinowicz*

Berlin Lichterfelde-West an einem Sonntagabend im August. Erster Programmpunkt: Kennenlernrunde. Bereits hier wird deutlich, dass diese Summer School eine besondere sein würde. Auf den ersten Blick bietet sich ein recht heterogenes Bild: Hauptsächlich Juristen/juristinnen, die meisten davon im Referendariat oder frisch examiniert. Daneben aber auch Studierende und Examierte anderer Fächer, Berufsanfänger/-innen und -erfahrene. Neben der in Deutschland lebenden Mehrheit auch eine kleine Gruppe aus Österreich. Was alle vereint, ist ihr großer internationaler Bezug, ihre vielfältigen internationalen Erfahrungen sowie der Wunsch, in eine der Grenzdisziplinen des Völkerrechts vorzustoßen: Willkommen zum 21. Sommerkurs im Humanitären Völkerrecht des Deutschen Roten Kreuzes (DRK).

Dass dieser Kurs selbst Teil des Systems Humanitäres Völkerrecht ist, wurde bereits in der Ansprache durch den DRK-Bundeskonventionsbeauftragten Eberhard Desch

am nächsten Morgen deutlich, der auf den Verbreitungsauftrag des Deutschen Roten Kreuzes von Kenntnissen des Humanitären Völkerrechts hinwies.

Wie eng verzahnt Rotes Kreuz und Humanitäres Völkerrecht sind, zeigte auch der Vortrag von Dr. Heike Spieker aus dem Generalsekretariat des Deutschen Roten Kreuzes. Sie setzte den inhaltlichen Rahmen der Summer School, indem sie Grundlagen und aktuelle Herausforderungen des Gebietes skizzierte und dabei bereits alle Themen der Woche anriss. Sie begann mit dem Ursprung des modernen Humanitären Völkerrechts und des Roten Kreuzes, die auf die Bemühungen Henry Dunants in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhundert zurückgingen, die Folgen von Kriegen – besonders für Soldaten auf dem Schlachtfeld – zu mildern. Dies habe sowohl zur Entstehung der Rotkreuz- und Rothalbmond-Bewegung als auch zu den ersten völkerrechtlichen Verträgen auf diesem Gebiet geführt.

Neben dieser historischen Einführung, sprach Dr. Spieker auch die klassischen Bereiche des Rechts der bewaffneten Konflikte an, die von weiteren Vortragenden im Laufe der Woche aufgegriffen und vertieft wurden. So ging es in der ersten Seminareinheit von Professor Dr. Thilo Marauhn von der Universität Gießen um eine der – immer noch – wichtigsten Kategorien des *ius in bello*: die Konflikttypen. Professor Marauhn zeigte nicht nur, welche Voraussetzungen der internationale bewaffnete Konflikt und der nicht-internationale bewaffnete Konflikt haben, sondern auch welche Konsequenzen diese Einordnung nach sich ziehen kann. Dabei kamen die Abgrenzungsschwierigkeiten mit Blick auf heutige Konflikte zur Sprache, wie etwa

* Ruth Effinowicz, LL.M., M.A. ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institute for International Peace and Security Law, Universität zu Köln.

die Frage der Behandlung von Rückzugsgebieten in Nachbarstaaten im Falle eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts, oder der Trend der rechtlichen Annäherung beider Konflikttypen und der Herausforderungen, die diese Entwicklung besonders außerhalb der Frage der Mittel und Methoden der Kampfführung stellt. Auch die Frage – die sich durch Terrorismus, Piraterie und organisierte Kriminalität immer wieder mit Nachdruck stellt –, ob das *ius in bello* auf Maßnahmen Anwendung finden könnte, die unterhalb der Schwelle eines bewaffneten Konfliktes bleiben, wurde erörtert.

Die Anwendbarkeit des *ius in bello* einmal unterstellt, hängt die Rechtmäßigkeit einer Kampfführungsmaßnahme entscheidend davon ab, gegen welches Ziel sie sich wendet. Dafür stellte Professor Dr. Jann Kleffner von der Swedish Defence University einige Prinzipien des Kampfführungsrechts vor, unter anderem die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Zivilbevölkerung und zivilen Objekten, denen grundsätzlich Schutz zukomme, auf der einen Seite und Kämpfenden und militärischen Objekten als legitimen militärischen Zielen auf der anderen Seite. In diesem Zusammenhang sprach auch er die Unterschiede zwischen internationalem und nicht-internationalem bewaffneten Konflikt – besonders im Hinblick auf die nur im internationalen bewaffneten Konflikt existierende Kategorie des/der Kombattanten/Kombattantinnen – und die Schwierigkeiten im Umgang mit Zivilisten, die, ohne Mitglieder einer bewaffneten organisierten Gruppe zu sein, an den Feindseligkeiten teilnehmen, an.

Einen Anschluss- beziehungsweise Parallelaspekt des legitimen Ziels behandelte Dr. Stefanie Haumer vom Generalsekretariat des DRK, welche über Kriegsgefangene und zivile Personen in Gefangenschaft sprach. Hierbei ging sie sowohl auf die Rechtsgrundlage für die Gefangennahme als auch auf die – gerade für Kriegsgefangene in zum Teil erstaunlicher Detailliertheit ausgestalteten – Rechte und Garantien der Internierten ein. Zudem besprach sie Probleme aus der Praxis, wie die US-Internierung in Guantanamo, sowie die Schwierigkeiten, die sich in der Umsetzung der Rechte und Garantien als Verpflichtungen für nicht-staatliche Akteure praktisch stellen.

Die klassischen Bereiche des *ius in bello* ergänzten mehrere Seminareinheiten zu den Aufgaben und der Arbeit der Rotkreuz- und Rothalbmond-Bewegung. Iris Müller, angereist aus Genf vom Internationalen Komitee vom Roten Kreuz (IKRK), sprach über den Aufbau und das Mandat des IKRK, welches mit den zwischenzeitlich 189 anerkannten nationalen Gesellschaften und der Internationalen Föderation der Rot-

kreuz- und Rothalbmond-Gesellschaften die Bewegung bildet. Neben der historischen Entwicklung des IKRK ging Iris Müller besonders auf die internationalen und schweizerischen Rechtsgrundlagen des Komitees ein. Daneben zeigte sie dessen verschiedene weltweite Einsatzfelder und Aufgaben auf. Zwischen den Zeilen wurde dabei auch das Spannungsverhältnis zwischen Zugang durch Vertraulichkeit und Druck durch Öffentlichkeit deutlich. Die vielleicht überraschendste Information, die auch im Nachgang bei einigen Teilnehmenden für Diskussionen sorgte, war der Umstand, dass – trotz weitgehender Internationalisierung – der Vorstand des IKRK bis heute nur mit Mitgliedern schweizerischer Nationalität besetzt wird.

Hinsichtlich der Arbeit einer nationalen Rotkreuz-Gesellschaft sprach Christian Hörler über die Aufgaben des Deutschen Roten Kreuzes, in dessen Generalsekretariat er für die internationale Zusammenarbeit zuständig ist. Er bettete die Tätigkeiten des DRK sowohl in den Kontext der internationalen Nothilfe (beispielsweise durch Vereinte Nationen, Technisches Hilfswerk, Bundeswehr und Caritas) als auch in sein rechtliches Mandat als ‚freiwillige Hilfs-gesellschaft der deutschen Behörden im humanitären Bereich‘ und den damit zusammenhängenden Tätigkeitsfeldern (zum Beispiel Suchdienst, Blutspendewesen oder Rettungsdienst) ein. Seinen Fokus legte er auf die internationale Zusammenarbeit, die jeweils mit den lokalen Schwestergesellschaften und nur auf Einladung durch diese oder den betroffenen Staat erfolge. Multi-medial unterstützt zeigte er an konkreten Beispielen, etwa mobilen Kliniken in Kolumbien, wie die Projektarbeit in strikter Orientierung an den sieben Grundsätzen der Rotkreuz- und Rothalbmond-Bewegung – Menschlichkeit, Unparteilichkeit, Neutralität, Unabhängigkeit, Freiwilligkeit, Einheit und Universalität – abläuft.

Der Vortrag wurde dadurch bereichert, dass sich unter den Teilnehmenden eine seiner DRK-Kolleginnen, Daina Hues, befand, welche sich spontan bereit erklärte, über die Zusammenarbeit des DRK mit der nationalen Rothalbmond-Gesellschaft des Sudan zu berichten und dabei anschaulich auf Chancen und Herausforderungen eingehen konnte.

Nicht nur Wissenschaftler/-innen und Mitarbeiter/-innen des Roten Kreuzes, auch andere Akteure/Akteurinnen kamen im Laufe der Seminarwoche zu Wort. So sprach Regierungsdirektor Wolfgang Haager vom Zentrum der Inneren Führung über die Einsätze der Bundeswehr. Dabei stellte er detailliert die einzelnen aktuellen Missionen vor. Zudem erläuterte er die völkerrechtlichen, verfassungsrechtlichen, zwi-

schensstaatlichen und bündnisinternen Rechtsgrundlagen für Auslandseinsätze. Dabei kam es auch zu einer angeregten Diskussion über die grundsätzliche Legitimität von militärischen Auslandseinsätzen der Bundeswehr.

Sein Kollege aus dem österreichischen Bundesministerium für Landesverteidigung, Dr. Thomas Desch, widmete sich einem weiteren klassischen Feld des *ius in bello*: den Mitteln und Methoden der Kriegführung. Dabei klärte er zunächst über den Unterschied zwischen Waffenverboten im Recht der bewaffneten Konflikte und dem Abrüstungs- und Rüstungskontrollrecht auf. Während das *ius in bello* auf die Verringerung von menschlichem Leiden in bewaffneten Konflikten abziele und somit grundsätzlich auch keine Anwendung auf Polizeieinsätze und Waffentests finde und Verletzungen als Kriegsverbrechen international geahndet werden könnten, ginge es im Abrüstungsrecht um den Abbau von bestehenden Kapazitäten allgemein. Die Einhaltung unterliege Inspektionen, Verstöße könnten internationale (beziehungsweise bi- oder multinationale) Sanktionen auslösen. Rüstungskontrollrecht wiederum beschränke den Aufbau künftiger Kapazitäten durch Maßnahmen der Verlangsamung und Steuerung des Rüstungswettlaufes. Sodann stellte Dr. Desch die historische Entwicklung von Methoden- und Mittelverboten im Humanitären Völkerrecht dar und kam schließlich auf Tendenzen in der neueren Entwicklung (etwa auch durch neuartige Waffen) zu sprechen, wie die Ausweitung des Anwendungsbereichs vieler Verbote aus dem internationalen auf den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt und den verstärkten Fokus auf den Schutz Unbeteiligter.

Der Beitrag von Dr. Desch war auch ein Beispiel dafür, dass nicht nur in Deutschland im Humanitären Völkerrecht tätige Akteure als Vortragende eingeladen worden waren. So konnte er auch Einblicke in die besonderen Entwicklungen der entsprechenden Diskussionen in Österreich geben. Zur Internationalität der Vortragenden trug auch Professor Dr. Ryszard Piotrowicz von der Aberystwyth University, Wales, bei. Dieser sprach über die praktischen Fragen der Umsetzung des Humanitären Völkerrechts. Dabei wies er auf deren unterschiedliche Ebenen (national und international) hin sowie auf die möglichen Akteure/Akteurinnen neben den eigentlichen Konfliktparteien (wie das Rote Kreuz oder Nichtregierungsorganisationen). In diesem Zusammenhang wurde deutlich, dass die Umsetzung idealerweise bereits vor einem bewaffneten Konflikt durch Aufklärungs- und Verbreitungsarbeit ansetze, die adressatenadäquat und damit

auch unter Beachtung des jeweiligen kulturellen Kontext zu erfolgen habe.

Neben klassischen Bereichen und praktischen Fragen sprachen alle Vortragenden auch aktuelle Probleme und Herausforderungen an. Besonders plastisch wurde dies in der Präsentation von Professor Dr. Hans-Joachim Heintze von dem Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht, Ruhr-Universität Bochum, der über das Humanitäre Völkerrecht und Menschenrechte sprach. Seit Erstarben des Menschenrechtsschutzes, der grundsätzlich in Friedenszeiten gelte, stelle sich die Frage, wie sich das Verhältnis von Menschenrechten zum *ius in bello* im Falle eines bewaffneten Konfliktes gestalte. Für das Zusammenspiel beider Bereiche stelle er das Beispiel Kindersoldaten vor, deren Verbot der Rekrutierung sowohl im ersten Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen als auch in der menschenrechtlichen Kinderrechtskonvention (und deren Fakultativprotokoll) zu finden sei. Hierbei stelle sich die Frage, ob ein menschenrechtlicher Vertrag strengere Anforderungen stellen könne als ein vorhergehendes konfliktsvölkerrechtliches Vertragswerk. Dies sei zudem ein Beispiel dafür, dass über den Umweg

von Abkommen in anderen völkerrechtlichen Bereichen auch das humanitäre Völkerrecht beeinflusst werde und sich weiterentwickle, obwohl gleichzeitig die Staaten insgesamt recht zurückhaltend seien, was Neuregelungen des *ius in bello* angehe.

Die Seminarteilnehmenden profitierten gerade auch bei der Diskussion solcher aktueller Fragen von der Expertise und den unterschiedlichen Standpunkten der eingeladenen Referent(inn)en: Während Professor Heintze zum Beispiel dafür plädierte, dass Kindersoldaten keine legitimen militärischen Ziele seien und deshalb nur mit nicht-letalen Waffen bekämpft werden dürften, hatte Professor Kleffner zuvor argumentiert, Grund für die Schädigungsbezugnis sei die Gefahr, die von der gegnerischen Partei ausgehe. Ob diese dabei aus Minderjährigen bestehe, könne keinen Unterschied machen, solange von ihnen eine Gefahr ausgehe.

Den Abschluss der Woche bildeten schließlich Überlegungen dazu, was passiert, wenn das Recht der bewaffneten Konflikte gebrochen wurde. Dazu führte Professor Dr. Robert Heinsch von der Universität Leiden in das Völkerstrafrecht ein, das auch den Tatbestand der Kriegsverbrechen

kennt. Nach einem historischen Überblick vermittelte Professor Heinsch die Grundlagen des materiellen und prozessualen Rechts vor dem Internationalen Strafgerichtshof in Den Haag. Der letzte Seminartag war schließlich einem Moot Court gewidmet, in welchem das amtierende Staatsoberhaupt eines aktuell konfliktbetroffenen Staates vor dem Internationalen Strafgerichtshof unter anderem der Begehung von Kriegsverbrechen angeklagt wurde. Neben den im Laufe der Woche besprochenen Fragen, wie dem Vorliegen eines bewaffneten Konfliktes, war hier besonders auch die Frage der Immunität eines amtierenden Staatsoberhauptes ein interessanter Aspekt mit potentiellen Folgen über das Völkerstrafrecht und das Recht der bewaffneten Konflikte hinaus.

Insgesamt lebt der Sommerkurs von der sehr abwechslungsreichen Folge von Themen. Der weitsichtigen Organisation des Generalsekretariats ist daneben besonders für die hohe Qualität der Vortragenden zu danken, die zu einem durch und durch gelungenen Kurs für Interessierte mit solidem Vorwissen im Völkerrecht führte. Die Absolventen würden sich über ein Vertiefungsangebot freuen. ■

Viola Teubert, Völkerrechtliche Verpflichtungen nichtstaatlicher Gewaltakteure gegenüber Binnenvertriebenen, Duncker & Humblot, Berlin 2015, 289 Seiten, EUR 79,90

Elisabeth Meurer*

Gewaltsame Konflikte haben sich in den letzten Jahrzehnten stark verändert. Häufig stehen sich nicht mehr Staaten, sondern Regierungen und bewaffnete Oppositionsparteien gegenüber. Gegenstand der Streitigkeiten ist meist die zweifelhafte Legitimität der Regierungen, beziehungsweise die Unfähigkeit der Regierung, die ihr zustehende Staatsmacht auszuüben. Opfer dieser Auseinandersetzungen werden vornehmlich Zivilisten, große Fluchtbewegungen sind die Folge, sowohl innerhalb des Landes als auch über Staatsgrenzen hinweg.

Viola Teubert geht in ihrer Dissertation der Frage nach, inwiefern die für die Fluchtbewegungen mitverantwortlichen bewaffneten Oppositionsparteien völkerrechtlich einzuordnen sind und welche Verpflichtungen sich hieraus ableiten lassen.

Im ersten Kapitel der Arbeit (S. 29-87) wird erläutert, wie die Begriffe ‚nichtstaatliche Gewaltakteure‘ und ‚Binnenflücht-

linge‘ in dieser Arbeit zu verstehen sind. ‚Nichtstaatliche Gewaltakteure‘ seien Gruppierungen, die außerhalb des Staates, auf dessen Territorium sie operierten, stünden, deren Verhalten dem Staat nicht zuzurechnen sei und die im Rahmen von Auseinandersetzungen Gewalt einsetzten. Im Hinblick auf die Organisations- und Machtstrukturen, die nichtstaatliche Gewaltakteure hätten, wird für eine beschränkte Anerkennung der Völkerrechtssubjektivität plädiert, da nichtstaatliche Gewaltakteure zur Erfüllung völkerrechtlicher Verbindlichkeiten fähig seien und nur so ihre Stellung ausreichend berücksichtigt werde.¹ Unter Berücksichtigung bisheriger Regelungen und einer Darstellung der Entwicklung vom zwischenstaatlichen Krieg zur innerstaatlichen Gewalteskalation wird der Begriff ‚Binnenvertriebener‘ definiert. Als Binnenvertriebene gelten diejenigen Personen oder Personengruppen, die in Folge

oder zur Vermeidung der Auswirkungen eines bewaffneten Konflikts, Situationen allgemeiner Gewalt oder Menschenrechtsverletzungen zum Verlassen ihres Heims

* Die Verfasserin ist Praktikantin am Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht.

¹ Vgl. V. Bílková, Treat Them as They Deserve!? Three Approaches to Armed Opposition Groups under Current International Law, in: Human Rights and International Legal Discourse 4(1) (2010), S. 115 ff.; M. Noortmann, Aufständische Gruppen und private Militärunternehmen – Theoretische und praktische Überlegungen zur Position bewaffneter nicht-staatlicher Akteure im humanitären Völkerrecht, in: H.-J. Heintze / K. Ipsen (Hrsg.), Heutige bewaffnete Konflikte als Herausforderungen an das humanitäre Völkerrecht, S. 190 ff.; S. Sivakumaran, Binding Armed Opposition Groups, in: International and Comparative Law Quarterly 55(2) (2006), S. 373 ff.

oder gewöhnlichen Aufenthaltsorts gezwungen seien und die keine international anerkannte Staatsgrenze überschritten hätten.

Im zweiten Kapitel (S. 88-127) werden Ursachen, Verlauf und Kampfparteien des Konfliktes in Darfur geschildert. Konfliktgrundlage sei ein Zusammenspiel aus ökonomischen, historischen und ethnischen Umständen.

Die traditionellen Wirtschaftsformen des Sudan seien Vieh- und Landwirtschaft. Bedingt durch große Dürreperioden sei es vermehrt zu Nord-Süd-Wanderungen gekommen, die Anzahl nutzbarer Flächen seien geringer geworden. Die Menschen seien nicht mehr weitergezogen, sondern geblieben. Zeitgleich sei die Bevölkerungszahl im Sudan angestiegen. Zusätzlich seien zehntausende Flüchtlinge aus dem Tschad gekommen. Immer mehr Menschen hätten sich auf immer kleiner werdenden Flächen die ohnehin schon knappen Ressourcen teilen müssen. Viehdiebstähle, Vergeltungstaten und Streitigkeiten um Wiesen und Wasser hätten stark zugenommen. Die Bewohner der westlichen Provinz wären außerdem im Vergleich zu den anderen Regionen des Sudan nie als gleichrangig akzeptiert worden. Unabhängig, ob es sich bei dem Herrschaftssystem um eine Demokratie oder eine Diktatur gehandelt habe, sei das Ziel der Machthabenden stets die Schaffung eines homogenen arabisch-islamischen Staates gewesen; rassistisches Gedankengut zwischen Arabern und Afrikanern sei zielgerichtet aufrechterhalten und geschürt worden.

Darüber hinaus hätten Veränderungen in den Verwaltungs- und Ordnungsstrukturen zu Rechtsunsicherheit und Intransparenz geführt. Zur gleichen Zeit seien Kleinwaffen immer verbreiteter gewesen, sodass Konflikte immer häufiger statt mit Worten mit Schusswaffen ausgetragen würden. Resultat der bestehenden Spannungslage sei eine zunehmende Radikalisierung der Bevölkerung gegenüber der Regierung gewesen. Bald hätten sich auf Regierungsseite die regulären Streitkräfte, die Sudan Armed Forces sowie die paramilitärische Popular Defence Forces, die Central Reserve Police und die Dschanschawid mit verschiedenen oppositionellen Gruppierungen gegenübergestellt. Als wichtigste seien hierbei die Sudan Liberation Movement/Army (SLM/A) und Justice and Equality Movement (JEM) zu nennen. Letzter Auslöser für Eskalation des Darfur-Konflikts seien Rebellenangriffe auf staatliche Einrichtungen und Bedienstete in Golo am 26. Februar 2003 sowie in Nyala und al-Faschir im April 2003 gewesen. Es sei zu einem offenen Bürgerkrieg gekommen. Trotz verschiedener Schlichtungsbemühungen externer Akteure sei der Konflikt im Sudan neben dem Irakkrieg ver-

nachlässigt worden, obwohl die Lage im Sudan von den Vereinten Nationen 2004 als ‚the worlds worst humanitarian crisis‘ qualifiziert wurde. Verschiedene Bemühungen zu Friedensverträgen seien gescheitert. 2011 sei es zu einem Abschluss gekommen, doch auch dieser Friedensvertrag habe keinen dauerhaften Frieden gebracht. Die Auswirkungen des Bürgerkriegs seien nach wie vor spürbar.

Teubert klassifiziert den Darfur-Konflikt als typischen Konflikt heutiger Zeit. Seit der Unabhängigkeit Dufurs im Jahre 1956 sei kein Staaten- und Nationenbildungsprozess eingeleitet worden, sondern die bestehenden Konflikte hätten sich weiterhin verschärft und der Großteil der Opfer bestünde aus Zivilisten. Als Zwischenergebnis wird festgehalten, dass Ende 2012 1,7 Millionen Menschen fern ihrer Heimat lebten. Obwohl die Regierung innerhalb der Staatsgrenzen primär für die Flüchtlingsversorgung verantwortlich wäre, bleibe sie meist untätig. Ein externes Eingreifen sei aufgrund den von der Regierung aufgebauten Hindernissen und der angespannten Sicherheitslage kaum möglich. Da der Großteil der Flüchtlinge vor der Regierung und den ihr nahestehenden Truppen geflohen sei, folge häufig eine Annäherung an die Oppositionsbewegung.² Die oppositionellen Bewegungen wiederum verfügten nicht über genügend Strukturen und Kapazitäten, um die Flüchtlinge versorgen zu können, sondern seien meist sogar auf deren Unterstützung angewiesen. Zudem untersage die Regierung die Kooperation zwischen den Oppositionsgruppen und Nichtregierungsorganisationen und internationalen Organisationen. Teubert appelliert daher an das sudanesisches Volk und die internationale Gemeinschaft, die nichtstaatlichen Gewaltakteure als legitime Repräsentanten Dufurs und des gesamten Sudans zu akzeptieren, um eine Zusammenarbeit und eine bessere Versorgung der Flüchtlinge zu ermöglichen.

Im dritten Kapitel (S. 128-249) wird der Frage nachgegangen, inwiefern völkerrechtliche Verpflichtungen nichtstaatlicher Gewaltakteure gegenüber Binnenflüchtlingen bestehen. Zunächst sei fraglich, wie nichtstaatliche Gewaltakteure im Völkerrecht einzuordnen sind und ob sie überhaupt Verpflichtungen haben, da ursprünglich die alleinigen Akteure des Völkerrechts Staaten waren. Angesichts der Konfliktentwicklung bestünde allerdings ein dringendes Bedürfnis nichtstaatlichen Akteuren die Völkerrechtssubjektivität zuzusprechen. Nacheinander wird der Frage der Bindungswirkung für nichtstaatliche Gewaltakteure von Vertragsrecht, Völkergewohnheitsrecht, Menschenrechten und Völkerstrafrecht nachgegangen.

Für das Vertragsrecht gelte grundsätzlich, dass Weltordnungsverträge nur von Staaten abgeschlossen werden können. Eine gewisse Bindungswirkung ergebe sich für die Mitglieder der Oppositionsgruppierungen jedoch durch ihre Nationalität, da laut sudanesischem Recht ratifizierte Normen Verfassungsrang hätten. Abhängig vom Vertragstext könnten Dritte außerdem einem bereits geschlossenen Vertrag durch eine Erklärung beitreten, wie es JEM und SLM/A für das Humanitäre Völkerrecht getan hätten, sodass dieses für sie verbindlich sei. Teubert gelangt zu dem Schluss, dass im Sinne des Humanitätsgedankens und der Gegenseitigkeit der Verpflichtungen sich der Anwendungsbereich des Kriegsrechts auf alle Teilnehmer der Feindseligkeiten erstrecken muss, sodass ein gewisser Grundbestand an Rechten demnach für alle bestehen bleiben muss.

Die Frage, ob Völkergewohnheitsrecht für die Oppositionsgruppierungen verbindlich ist, werde nach Artikel 38 Absatz 1 lit. b) des Statuts des Internationalen Gerichtshofs (IGH-Statut) beurteilt. Hierin sei festgelegt, dass durch Völkergewohnheitsrecht alle Völkerrechtssubjekte gebunden würden. Teubert spricht sich für eine gewisse Völkerrechtspersönlichkeit und damit einer rechtlichen Bindung nichtstaatlicher Gewaltakteure aus, sobald eine gewisse politische oder eine militärische Relevanz erlangt wurde. Sie begründet dies unter Verweis auf die Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien und mit der im Vergleich zum Vertragsrecht größeren Flexibilität des Völkergewohnheitsrechts.⁴ Auch aufgrund ihrer Gebundenheit müssten nichtstaatliche Gewaltakteure Völkergewohnheitsrecht mitgestalten können.⁴

Für die Klärung der Frage, inwiefern Menschenrechte für die nichtstaatlichen Gewaltakteure gelten, wird zunächst auf ihre Besonderheiten eingegangen, da sich allein

² B. Streck, Sudan, Wuppertal 2007, S. 80; vgl. J. M. Jok, Sudan, Race, Religion and Violence, Oxford 2007, S. 220, 237.

³ M. Olivier, Exploring Approaches to Accommodating Non-State Actors within Traditional International Law, in: Human Rights & International Legal Discourse 4(1) (2010), S. 18 ff.; siehe auch E. La Haye, War Crimes in Internal Armed Conflicts, Cambridge 2008, S. 49.

⁴ C. Ochoa, The Individual and Customary International Law Formation, in: Virginia Journal of International Law 48 (2007), S. 122; siehe auch A. Roberts / S. Sivakumaran, Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law, in: The Yale Journal of International Law 37(1) (2012), S. 122.

aus ihrem Inhalt eine Bindung ergeben könnte. Allerdings stelle die Durchsetzbarkeit der Menschenrechte ein großes Problem dar, da dies meist nur aufgrund von internationalen Abkommen und zugehörigen Sanktionsmechanismen möglich sei. Diese seien jedoch erst auf oppositionelle Gruppierungen anwendbar, wenn sie den Status eines *de facto*-Regimes erreicht hätten. Angewandt auf den Sudan seien Menschenrechte nicht im Ganzen auf die dortigen oppositionellen Bewegungen anwendbar, da sie kein *de facto*-Regime darstellten. Eine Bindung aufgrund spezieller Menschenrechtsabkommen (Zusatzprotokoll Kinderrechtskonvention betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten, Great Lakes Pact, Guiding Principles, Kampala Convention) sei denkbar; vor allem die beiden letzteren würden sich auch an nichtstaatliche Gewaltakteure wenden. Unklar bleibe jedoch, inwiefern die Gruppierungen hieran gebunden seien, da sie ihr weder offiziell beitreten noch diese gestalten könnten. Es sei jedoch insgesamt eine Umorientierung des Völkerrechts vom Staat zum Individuum zu beobachten, da auch Verstöße nichtstaatlicher Gewaltakteure inzwischen auf internationaler Ebene verfolgt und geahndet würden. Anschließend folgt eine Untersuchung der Frage, ob nichtstaatliche Gewaltakteure an bi- und multilaterale Abkommen gebunden sind. Hierbei geht es vor allem um die Frage, ob die politische Rolle der Gruppe durch eine eigens abgegebene Erklärung aufgewertet werden kann. Bei Abkommen zwischen staatlichen und oppositionellen Gruppierungen stünden sich die Interessen gegenüber. Während oppositionelle Gruppen die nationale Ordnung bekämpften und möglichst international anerkannt werden wollten, wollten regierungsnahe Gruppen dies meist verhindern. Teubert spricht sich für eine Bejahung der Völkerrechtssubjektivität aus, wie sie zur Befriedigung der Bedürfnisse der internationalen Gemeinschaft benötigt wird. An-

schließend folgt eine Darstellung der fünf Abkommen, die zwischen der sudanesischen Regierung und nichtstaatlichen Gewaltgruppierungen im Zeitraum von 2004 bis 2011 geschlossen wurden.

Als letzte mögliche Rechtsgrundlage widmet sich Teubert dem Völkerstrafrecht. Geschichte, Funktionsweise und Bedeutung des Strafrechts werden erläutert. Bei Völkerrechtsverbrechen ergäbe sich die Problematik, dass sie eigentlich nur von Personmehrheiten begangen werden könnten, Völkerstrafrecht jedoch Individualstrafrecht ist. Allerdings ist eine kollektive Belangbarkeit nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Es wird festgestellt, dass infolge einer kollektiven Belangbarkeit eine weitere Gruppentätigkeit unterbunden oder zumindest eingedämmt werden könnte, da sich die Oppositionsparteien neu organisieren müssten. Für die Opfer hätte dies außerdem den Vorteil, in der Gruppe einen möglichen Anspruchsgegner zu haben. Anschließend wird untersucht, ob durch die stattgefundenen Vertreibung die Tatbestände des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH-Statuts) verwirklicht wurden. Die Verwirklichung eines Völkermords im Sinne des Artikels 6 wird abgelehnt, da ein bloßes Verbringen den Tatbestand nicht erfülle. Allerdings wird die Verwirklichung verschiedener Verbrechen im Sinne der Artikel 7 und 8 IStGH-Statuts im Zusammenhang mit der Vertreibung beziehungsweise dem gesamten Darfur-Konflikt bejaht.

Vor dem IStGH seien inzwischen mehrere Verfahren anhängig. Problematisch sei hierbei jedoch, dass der Sudan das Römische Statut zwar unterzeichnet, jedoch nicht ratifiziert habe. Die sudanesischen Justiz wiederum habe sich bisher als unfähig und unwillig gezeigt, die Gerichtsbarkeit selbst auszuüben. Vor allem im Vergleich der Anzahl der Ermittlungsverfahren gegen staatsnahe und oppositionelle Parteien ergebe sich ein deutliches Missverhältnis für

Letztere. Abschließend stellt Teubert den Stand verschiedener Verfahren vor dem IStGH gegen Regierungsnahe und Vertreter der Opposition, welche im Zuge des Darfur-Konfliktes eingeleitet wurden, jedoch teilweise schon wieder eingestellt werden mussten, dar.

Im finalen vierten Teil (S. 250-255) fasst Teubert noch einmal die wichtigsten Probleme und Thesen ihrer Arbeit zusammen. Im Mittelpunkt aller Rechtsordnungen stünde der Mensch, sodass Recht in seinem Interesse anzupassen sei. Daher müssten auch andere Akteure als Staaten als Völkerrechtssubjekte anerkannt werden. Begründet wird dies damit, dass die traditionelle Auffassung des Völkerrechts, mit Staaten als einzigen Beteiligten, von stabilen Staaten ausging, nicht jedoch von Gewalt- und Willkürregimen, in denen es gerade häufig zu Fluchtbewegungen, Tötungen und Verletzungen von Menschenrechten komme.

Alles in allem handelt es sich um eine umfassende Darstellung des Darfur-Konfliktes. Die Grundforderung, auch nichtstaatliche Akteure als Völkerrechtssubjekte anzuerkennen, ist ein Ansatz für eine dauerhafte Lösung des Konfliktes. Wie in juristischen Texten üblich erfolgt zunächst die Aufstellung einer These, genaue Definitionen der jeweils verwendeten Begriffe sowie abschließend der Vergleich von vorliegendem Problem und der Definition. Häufig folgen dann Ausblicke auf bisherige Rechtsprechung, Erläuterungen zur Funktionsweise des Völkerrechts und seinen Institutionen und Darstellungen anderer aktueller Krisensituationen. Das vorliegend besprochene Werk zeigt deutlich die besondere Beziehung Teuberts zum Sudan auf. Dies führt dazu, dass einige Ansätze und Appelle überwiegend aus dem moralischen als aus dem rechtlichen Blickwinkel betrachtet werden. Insgesamt handelt es sich um eine Doktorarbeit, welche sich durch Struktur, damit verbundene Verständlichkeit und Gründlichkeit auszeichnet. ■



Vorstand:

Stefan Sohm (Vorsitzender)

Prof. Dr. Heike Krieger

Prof. Dr. Graf von Kielmansegg

Die Deutsche Gesellschaft für Wehrrecht und humanitäres Völkerrecht
stiftet im Jahre 2016 den mit 1500 € dotierten
Helmuth-James-von-Moltke-Preis
für rechtliche Abhandlungen auf den Gebieten der Sicherheitspolitik.

Das Preisrichterkollegium besteht aus

Dr. Dieter Fleck, Köln

Ministerialdirektor *Dr. Dieter Weingärtner*, Berlin

Prof. Dr. *Heike Krieger*, Freie Universität Berlin

Prof. Dr. *Graf von Kielmansegg*, Universität Kiel

Ministerialrat *Stefan Sohm*, Berlin

Die Entscheidung wird nach Gesichtspunkten der Themenrelevanz,
Aktualität, Originalität sowie Sorgfalt und Überzeugungskraft getroffen.

Bewerbungsbeiträge, die nach dem 1. Januar 2014 abgeschlossen sein
sollen, werden in 3-facher Ausfertigung bis 31. Mai 2016 erbeten an

Herrn
Ministerialrat Stefan Sohm
Stauffenbergstraße 18
10785 Berlin

**Beiträge zum ausländischen
öffentlichen Recht und Völkerrecht**
Veröffentlichungen des
Max-Planck-Instituts für
öffentliches Recht und Völkerrecht

Begründet von Viktor Bruns
Herausgeber:
A. von Bogdandy, A. Peters

Max-Planck-Institut für
ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 249

Matthias Kottmann

**Introvertierte
Rechtsgemeinschaft**

 Springer

Introvertierte Rechtsgemeinschaft

Matthias Kottmann
**Introvertierte
Rechtsgemeinschaft**

2014. XII, 352 S. Geb.
€ (D) 84,99 | € (A) 87,37 |
*sFr 106,00
ISBN 978-3-662-43833-6

Diese Arbeit beschäftigt sich mit der Bedeutung richterlicher Kontrolle im auswärtigen Handeln der EU. Traditionell ist die Außenpolitik ein Bereich exekutiver Prärogativen und richterlicher Zurückhaltung. Demgegenüber plädiert der Verfasser für eine aktivere Rolle nationaler und supranationaler Gerichte. Ansatzpunkte hierfür weist er anhand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nach. Hierbei knüpft die Arbeit an drei wissenschaftliche Diskurse an: Erstens betreibt sie öffentlichrechtliche Rechtsvergleichung, indem sie Erkenntnisse aus dem Unionsrecht und aus nationalen Rechtsordnungen wechselseitig fruchtbar macht. Zweitens leistet sie einen Beitrag zur sogenannten Konstitutionalisierung des Unionsrechts. Und drittens positioniert sie sich in der aktuellen Debatte um die rechtliche Hegung der sogenannten Global Governance.

€ (D) sind gebundene Ladenpreise in Deutschland und enthalten 7% MwSt. € (A) sind gebundene Ladenpreise in Österreich und enthalten 10% MwSt. Die mit * gekennzeichneten Preise sind unverbindliche Preisempfehlungen und enthalten die landesübliche MwSt. Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten.

Jetzt bestellen: springer.com

Humanitäres Völkerrecht



Main topics were and are:

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

Institute for International Law of Peace and Armed Conflict



Editorial office:

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

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

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

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

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

annual subscription:

national
39,50 EUR*

abroad
49,- EUR*

Subscription-service and publishing company:

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

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