Schriften des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes – Rechtswissenschaft

Herausgegeben von

Professor Dr. Thomas Giegerich, LL.M.
Professor Dr. Werner Meng
Professor Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Georg Ress
Professor Dr. Torsten Stein

Band 100

Prof. Dr. Christian Calliess (Hrsg.)

Herausforderungen an Staat und Verfassung

Völkerrecht – Europarecht – Menschenrechte

Liber Amicorum für Torsten Stein
zum 70. Geburtstag

Nomos

Das Humanitäre Völkerrecht als lex specialis – Zum Verhältnis von Humanitärem Völkerrecht und internationalem Menschenrechtsschutz angesichts der besonderen tatsächlichen Umstände eines bewaffneten Konflikts

*Pascal Hector**

A. Einleitung und Problemstellung

Die 2013 neu erlassene Zentrale Dienstvorschrift 15/2 des Bundesverteidigungsministeriums, das für die deutsche Staatenpraxis maßgebliche Handbuch der deutschen Streitkräfte zum Humanitären Völkerrecht, stellt bezüglich dessen Verhältnis zum internationalen Menschenrechtsschutz fest: „Die Frage [...] ist nicht abschließend geklärt. Die hierzu vertretenen unterschiedlichen Auffassungen reichen von der vollständigen Trennung der beiden Rechtsgebiete und damit der ausschließlichen Anwendbarkeit des Humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten bis zur Konvergenz. [...] Jedoch stellen die Regelungen des Humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten für die Soldatinnen und Soldaten die speziellerèn und primär maßgeblichen Regelungen dar (sog. *lex specialis*-Grundsatz)".[1]

Dieses Verhältnis näher zu beleuchten – selbstverständlich ohne eine „abschließende Klärung" anzustreben – ist Gegenstand der vorliegenden Betrachtung. In der äußerst umfangreichen Literatur[2] wird dieser Frage ganz

* Prof. Dr. Pascal Hector, Honorarprofessor am Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Beauftragter für Fragen des allgemeinen und besonderen Völkerrechts im Auswärtigen Amt. Diese Veröffentlichung gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Verfassers wieder und ist keiner Institution zurechenbar.

1 Bundesministerium der Verteidigung, Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Handbuch, ZDv 15/2, 2013, Ziff. 105, http://www.humanitaeres-voelkerrecht.de/Hb15.2Mai2013.pdf, zuletzt abgerufen am 11.6.2014.

2 Vgl. statt aller die neueren umfassenden Studien *Strüwer*, Zum Zusammenspiel von humanitärem Völkerrecht und den Menschenrechten am Beispiel des Tageted Killing, 2010; *Johann*, Menschenrechte im internationalen bewaffneten Konflikt, 2012, jeweils mit umfangreichen w.N.

überwiegend aus einer primär menschenrechtlichen Perspektive untersucht,[3] wodurch die in den besonderen tatsächlichen Umständen eines bewaffneten Konflikts[4] wurzelnden Besonderheiten und Erfordernisse des Humanitären Völkerrechts gelegentlich nicht ausreichende Berücksichtigung zu finden scheinen.

Das Ziel dieser Untersuchung ist es daher, ausgehend von der einschlägigen Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs einige grundlegende Aspekte des Humanitären Völkerrechts für diese Debatte nutzbar zu machen, um einen, angesichts der Realitäten eines bewaffneten Konflikts wirksamen und praktikablen, rechtlichen Rahmen für die Feststellung des im Einzelfall anwendbaren Rechts zu entwickeln.

B. Ausgangspunkt: Die Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs

Die Charakterisierung im deutschen Handbuch als „*lex specialis*" geht zurück auf den Internationalen Gerichtshof – als Hauptrechtsprechungsorgan der Vereinten Nationen (Art. 92 VN-Charta) *das* zentrale Gericht zur Auslegung des universellen Völkerrechts –, der sich in zwei grundlegenden Rechtsgutachten mit der Frage des Verhältnisses von Humanitärem Völkerrecht und Menschenrechten befasst hat. Im Nuklearwaffengutachten schreibt der IGH:

> *„La Cour observe que la protection offerte par le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre [...]. En principe le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant les hostilités. C'est toutefois, en pareil cas, à la lex specialis applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une déprivation arbitraire de la vie. Ainsi c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au*

3 Anders *Sivakumaran*, The Law of Non-International Armed Conflict, 2012, der von einer (auf den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt bezogenen) humanitärvölkerrechtlichen Perspektive ausgeht. Siehe hierzu auch die sehr lesenswerte neueste Studie von *Kreß*, JZ 2014, S. 365 ff. zum Völkerrecht im Bürgerkrieg. Ferner *Bethlehem*, Cambridge Journal of International and Comparative Law 2013, S. 180-195.

4 Womit hier, soweit nicht ausdrücklich anders angegeben, sowohl der internationale als auch der nicht-internationale bewaffnete Konflikt angesprochen ist.

> *cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du pacte.*"[5]

Im Mauergutachten zitiert der IGH den ersten Teil dieser Passage, dehnt die Fortgeltung ausdrücklich auf alle menschenrechtlichen Übereinkommen aus und ergänzt:

> „*Dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter: certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international. Pour répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l'espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précités, à savoir les droits de l'homme et, en tant que lex specialis, le droit international humanitaire.*"[6]

Aus diesen beiden grundlegenden Passagen folgt in der Tat – worauf in der Literatur meist der Schwerpunkt gelegt wird –, dass die Menschenrechte auch im internationalen Konflikt grundsätzlich anwendbar bleiben und daher, dass die ältere Auffassung, wonach bereits die bloße Anwendbarkeit des Humanitären Völkerrechts eine Geltung der Menschenrechte grundsätzlich ausschließe, nicht mehr haltbar ist. Aber eine genauere Betrachtung dieser Rechtsprechung zeigt, dass es offenbar auch Sachverhalte geben muss, auf die *ausschließlich* („exclusivement") das Humanitäre Völkerrecht Anwendung findet und dass, zumindest in bestimmten Fragen, die Bewertung, ob ein Verstoß vorliegt, *nur* („uniquement") im Licht des Humanitären Völkerrechts erfolgen kann *und nicht* aus den Bestimmungen des Zivilpakts hergeleitet werden kann. Außerdem ist bemerkenswert, dass der IGH das Humanitäre Völkerrecht insgesamt als *lex specialis* für Situationen des bewaffneten Konflikts bezeichnet.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat sich bisher nicht explizit zur Frage des *lex specialis*-Verhältnisses geäußert. Allerdings ist – ohne dass die EGMR-Rechtsprechung hier vertieft betrachtet werden kann – festzuhalten,[7] dass der EGMR bei der Anwendung der Normen der EMRK

5 Internationaler Gerichtshof, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, S 226, insbes. S. 240, Rn. 25.

6 Internationaler Gerichtshof, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, S. 136, insbes. S. 178, Rn. 106.

7 Siehe hierzu den knappen, aber präzisen Überblick bei *Strüwer* (Fn. 3), S. 201-208; auch *Oellers-Frahm*, in: Jochum et al. (Hrsg.), Grenzüberschreitendes Recht – Crossing Frontiers, Festschrift für Hailbronner, 2013, S. 491-504.

häufig auf typisch humanitärvölkerrechtliche Begriffe und Wertungen[8] zurückgreift, so dass das von ihm gefundene Resultat, nach der Analyse von Strüwer[9], „im Ergebnis einer direkten Anwendung der Regeln des humanitären Völkerrechts [...] nahe" komme, wenngleich sie nur „*sub silentio*" erfolge. Allerdings liegt dieser Anwendung keine offengelegte rechtsdogmatische Begründung seitens des EGMR zugrunde. In der Literatur wird sie am ehesten als Auslegung der menschenrechtlichen Normen im Licht der Wertungen des Humanitären Völkerrechts qualifiziert.[10]

C. *Überlegungen zum Verhältnis der beiden Rechtsgebiete*

I. *Historisch getrennte Entwicklungsstränge, aber Überwindung der Separationstheorie durch den IGH*

Historisch gesehen haben sich die beiden Rechtsgebiete eigenständig und getrennt voneinander entwickelt:[11] Zwar ausgehend von den gleichen wertbezogenen Wurzeln, insbesondere dem Schutz des Einzelnen und dem Gedanken der Humanität, waren sie zunächst aber schon deswegen rechtssystematisch vollkommen getrennt, weil nur das Humanitäre Völkerrecht von Anfang an als Teil des Völkerrechts galt, während die Menschenrechte bis zur Allgemeinen Erklärung von 1948 als Frage des innerstaatlichen Verfassungsrechts verstanden wurden. Wie vollständig die Trennung in der Sichtweise der damaligen Regierungen war, zeigt sich darin, dass die Arbeiten an der Allgemeinen Erklärung und den im Wesentlichen zeitgleich ausgehandelten Genfer Abkommen von 1949 völlig unabhängig voneinander durch getrennte Organisationen – VN für die Menschenrechte und IKRK für das Humanitäre Völkerrecht – und mit fast vollständig personenverschiedenen Delegationen stattfanden.[12] Mit der Weltmenschenrechtskonferenz

8 Nachweise bei *Strüwer* (Fn. 3), S. 204 f., die allerdings auch auf die gelegentliche Widersprüchlichkeit dieses Gebrauchs hinweist (S. 206).

9 *Strüwer* (Fn. 3), S. 207 f.

10 So *Strüwer* (Fn. 3), S. 220.

11 Zum Verhältnis der beiden Rechtsgebiete aus historischer Perspektive (1863-1977) siehe statt aller die grundlegende Studie von *Kolb*, Annuaire Canadien de Droit International 1999, vol. 37, S. 57 ff. mit umfassenden w.N. und darauf aufbauend *Schotten*, Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften (HuV-I) 2013, S. 112 ff. m.w.N.

12 *Kolb*, Annuaire Canadien de Droit International 1999, S. 57 (66 ff.).

von Teheran 1968 fand eine erste Annäherung statt. Allerdings trifft die Teheraner Erklärung „Human rights in armed conflict", trotz ihres Titels, keine Aussagen zum Verhältnis der beiden Rechtsgebiete sondern beauftragte lediglich den VN-Generalsekretär, das IKRK und die Staaten, gemeinsam Wege zum verbesserten Schutz der Zivilbevölkerung im – vor allem nicht-internationalen – bewaffneten Konflikt zu finden. Sie steht damit zwar am Beginn der Entwicklung zu den Zusatzprotokollen von 1977[13], trägt selbst aber nicht zur hier interessierenden Frage bei.

Erst mit den beiden eingangs zitierten IGH-Gutachten in Sachen Nuklearwaffen und Mauerbau wurde die vollständige Trennung überwunden und ein *lex specialis*-Verhältnis postuliert, das eine gleichzeitige Geltung beider Normkomplexe im Sinne einer Normenkonkurrenz[14] voraussetzt. Seit diesen Gutachten besteht immerhin Gewissheit, dass die hergebrachte sog. Separationstheorie[15], wonach das bloße Vorliegen eines bewaffneten Konflikts bereits zur ausschließlichen Geltung des Humanitären Völkerrechts und damit zu einem generellen Ausschluss der Menschenrechte führt, heute nicht mehr vertretbar ist. Vielmehr ist, entsprechend der Formulierung des Mauergutachtens, davon auszugehen, dass es in einer solchen Konstellation Rechtsfragen gibt, auf die ausschließlich die Menschenrechte, solche auf die ausschließlich das Humanitäre Völkerrecht und solche auf die beide Rechtsgebiete anzuwenden sind.

Zu den erstgenannten gehört etwa das Verhältnis eines in einem internationalen bewaffneten Konflikt befindlichen Staates zu seinen eigenen Staatsbürgern. Da dies keine vom Humanitären Völkerrecht geregelte Frage ist, kann hier kein Normenkonflikt bestehen. Anwendbar sind und bleiben vielmehr alleine die menschenrechtlichen Regelungen. Soweit diesbezüglich aufgrund der besonderen Umstände des bewaffneten Konflikts eine Einschränkung bestimmter Menschenrechte erforderlich erscheint, ist diese nur durch explizite Berufung auf eine Derogationsklausel im betreffenden Menschenrechtsinstrument (z.B. Art. 4 IPBR, Art. 15 EMRK) und nach den darin vorgesehenen Voraussetzungen und Verfahren zulässig.

Diese systematische Überlegung ist übrigens vermutlich auch der Grund dafür, dass diese Derogationsklauseln bisher noch nicht angewandt worden sind: Einerseits wurde offenbar die Notwendigkeit für solche, vom Humanitären Völkerrecht unabhängige Einschränkungen der Menschenrechte noch nicht gesehen. Andererseits entfällt die Notwendigkeit eines Rückgriffs auf die Derogationsklausel, wenn bereits das lex specialis-Verhältnis zu einer Auflösung des Normkonflikts im Einzelfall dergestalt führt, dass die menschenrechtliche Norm nicht zur Anwendung kommt, soweit ihr eine speziellere Norm des Humanitären Völkerrechts vorgeht.

13 *Schotten*, HuV-I 2013, S. 112 (114).

14 Zur Frage, ob tatsächlich eine Normenkonkurrenz vorliegt, in Auseinandersetzung mit der gegenteiligen Auffassung in der Literatur siehe unten C.II.

15 Siehe dazu *Heintze*, HuV-I 2011, S. 4 (5-7) m.w.N.

II. *Teleologisch: Das Humanitäre Völkerrecht als „Notordnung" für das Gefechtsfeld*[16]

Soweit dagegen das Humanitäre Völkerrecht – zumindest konkurrierend – anwendbar ist, also insbesondere im Verhältnis zur Gegenseite im bewaffneten Konflikt, stellt sich die Frage des Verhältnisses der beiden Rechtsgebiete. Hierbei werden heute im Wesentlichen zwei Auffassungen vertreten: die Konvergenz, also das Zusammenwachsen zu einem einheitlichen Rechtsgebiet, das im Ergebnis zu einer weitestgehenden Anwendung menschenrechtlicher Normen auch im bewaffneten Konflikt führt, oder das *lex specialis*-Verhältnis, wobei es hierbei wiederum zwei Varianten gibt: den Anwendungsvorrang oder die Auslegungsregel.

Der Konvergenz-Ansatz geht von der Überlegung aus, dass es einen Normenkonflikt zwischen den beiden Rechtsgebieten im Grunde genommen nicht geben könne, da eine Erlaubnis, die das Humanitäre Völkerrecht im bewaffneten Konflikt gewährt, „allenfalls [...] eine negative oder ‚schwache' Erlaubnis im Sinne des nicht Verbotenseins" sei, die Schädigungshandlungen „nicht autorisiere, sondern [lediglich] toleriere"[17], so dass die strikte menschenrechtliche Verbotsnorm, etwa das Verbot zu Töten stets vorgehe. Konsequent zu Ende gedacht würde diese Überlegung dazu führen, dass – auch im bewaffneten Konflikt – ausschließlich die menschenrechtliche Norm zur Beurteilung der Zulässigkeit eines Eingriffs in ein Individualrecht herangezogen werden müsste,[18] es sei denn das Humanitäre Völkerrecht gewähre ein höheres Schutzniveau oder – ganz ausnahmsweise – ein explizites Eingriffsrecht in Individualrechte. In die gleiche Richtung geht die Überlegung, im Sinne eines „Meistbegünstigungsprinzips", stets die in

16 Siehe zu diesem Begriff *Heintschel von Heinegg*, Seekriegsrecht und Neutralität im Seekrieg, 1995, S. 125.

17 *Johann* (Fn. 3), S. 213.

18 So ausdrücklich *Johann* (Fn. 3), S. 214.

der jeweiligen Frage für das Individuum „günstigste" Regelung anzuwenden, also diejenige, die das höchste individuelle Schutzniveau gewährt.[19]

Diese Auffassung ist allerdings kaum mit der eingangs zitierten IGH-Rechtsprechung zu vereinbaren, nach der zumindest einige Rechtsbeziehungen *ausschließlich* nach dem Humanitären Völkerrecht zu beurteilen sind, und dieses die *lex specialis* gegenüber den Menschenrechten darstellt.

Für die Beurteilung des systematischen Verhältnisses dieser beiden Rechtsgebiete ist der Rückgriff auf teleologische Überlegungen und, im Völkerrecht zentral, die Staatenpraxis erforderlich. Richtig ist, dass beide Rechtsgebiete zwar in der gleichen Grundidee der Humanität wurzeln und letztendlich auch die gleiche grundsätzliche Zielrichtung haben, den einzelnen Menschen zu schützen. Denn auch im Humanitären Völkerrecht besteht das Ziel aller Überlegungen, entsprechend der grundlegenden Martens'schen Klausel, im Schutz des Menschen und zwar „Zivilperson und Kombattant" gleichermaßen, nach Regeln, die sich u.a. „aus den Grundsätzen der Menschlichkeit und aus den Forderungen des öffentlichen Gewissens ergeben."[20] Allerdings müssen die beiden Rechtsgebiete ihre Aufgabe in einem völlig unterschiedlichen Kontext[21] erfüllen, was zu grundlegend anderen rechtlichen Konstruktionen und Schlussfolgerungen geführt hat.

Einerseits gilt der Normalfall einer staatlichen Friedensordnung, im Idealfall in rechtsstaatlichen Verhältnissen, auf der Grundlage des staatlichen Gewaltmonopols, wo jeder Verstoß gegen die Rechtsordnung in geordneten rechtlichen Verfahren umfassend geprüft und gegebenenfalls mit Hilfe der beim Staat monopolisierten Gewalt geahndet werden kann. Diese ist so übermächtig und verfügt über ein so breites Maßnahmenarsenal, dass sie sie sich – im Sinne einer strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung – auf das absolut notwendige Minimum an Gewaltanwendung beschränken und trotzdem noch effektiv sein kann. Daher gilt z.B. das grundsätzliche Verbot der Tötung eines Menschen, die allenfalls als absolut letztes Mittel in extremen Ausnahmesituationen überhaupt nur in Betracht gezogen werden kann, wie die polizeirechtliche Debatte um den sog. „finalen Rettungsschuss" zeigt.

19 Vgl. zu dieser Debatte die Analyse von *Schäfer*, Zum Verhältnis Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht, 2006, S. 47 f. m.w.N.

20 Zurückgehend auf die Präambel des Haager Abkommens vom 29.7.1899 betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges, heute ist sie völkergewohnheitsrechtlich anerkannt, siehe ZDv 15/2 (Fn. 2), Rn. 140.

21 Eine gute kurze und präzise Übersicht der Unterschiede gibt *Sivakumaran* (Fn. 4), S. 85 f.

Im Gegensatz dazu steht die Lage in einem bewaffneten Konflikt, wo zumindest in der eigentlichen Kampfphase die öffentliche Ordnung zusammengebrochen ist. Rechtsförmliche Verfahren mit einer objektiven Instanz zur zwangsweisen Durchsetzung stehen nicht mehr zur Verfügung. Als Konfliktlösungsinstrument existiert dann nur noch militärische Gewalt, wobei sich die stärkere Partei durchsetzt, auch wenn sie nicht im Recht ist. In dieser Lage ist – unter Beachtung aller einschlägigen Regeln des Humanitären Völkerrechts – die Tötung gegnerischer Kombattanten als Mittel der Kriegsführung grundsätzlich nicht verboten. Hinsichtlich von Verlusten an Menschenleben unter der Zivilbevölkerung gilt u.a. das Exzessverbot, wonach solche Angriffe verboten sind, „die in keinem Verhältnis zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen" (Art. 51 Abs. 5 lit. b) ZP I). Zu Schutz der Zivilbevölkerung ist „alles praktisch Mögliche" (Art. 57 Abs. 2 lit. a) ZP I) zu tun.

Diese hier notwendigerweise nur ganz summarisch angedeutete Gegenüberstellung zeigt die vollkommen unterschiedliche Ausgangslage in den beiden Fallgestaltungen und die völlig anders geartete rechtliche Antwort, die darauf entwickelt worden ist.

Mit der unterschiedlichen Ausgangssituation ist allerdings zunächst nur eine tatsächliche Feststellung getroffen. Damit stellt sich die weiterführende normative Frage, ob auf diesen tatsächlichen Unterschied auch in rechtlich unterschiedlicher Weise reagiert werden *sollte* oder ob nicht eine Annäherung bis hin zur Konvergenz erstrebenswert wäre, um im Sinne eines „Meistbegünstigungsprinzips" das für das Individuum höchstmögliche Schutzniveau, also das der Menschenrechtsstandards zu verwirklichen? In letzter Konsequenz steckt hinter einer solchen Argumentation vielleicht sogar der Wunsch, den Krieg als solchen unmöglich zu machen, indem man die rechtlichen Hürden für militärische Maßnahmen so hoch legt, dass sie unter den Bedingungen eines Kampfeinsatzes nicht mehr erfüllt werden können und so – zumindest für rechtstreue Staaten – als Instrument ausscheiden würden.

Diese Argumentation wirkt auf den ersten Blick bestechend, denn selbstverständlich besteht das Bestreben allen Rechts – auch des Humanitären Völkerrechts – darin, einen Beitrag zu leisten, um den Frieden zu sichern und den tatsächlichen Schutz des Individuums bestmöglich auszugestalten. Aber wäre eine Konvergenz von Menschenrechten und Humanitärem Völkerrecht wirklich ein geeigneter Weg, dieses Ziel – den tatsächlichen Schutz des Individuums in der konkreten Situation eines bewaffneten Konflikts – wirksam zu verfolgen oder könnte eine solche Entwicklung nicht sogar kontraproduktiv sein?

Für die Beantwortung dieser Fragen ist es wichtig, scharf zu trennen zwischen Überlegungen des *ius ad bellum*, oder besser *ius contra bellum*[22], und solchen des *ius in bello*: Eine, wenn nicht *die* wesentliche Grundlage des heutigen Völkerrechts ist das Gewaltverbot (Art. 2 Abs. 4 VN-Charta), das die Anwendung militärischer Gewalt als Mittel der Politik heute grundsätzlich ausschließt. Allerdings gibt es auch unter der Geltung der VN-Charta zumindest zwei Fälle in denen die Anwendung militärischer Gewalt völkerrechtlich zulässig ist: die individuelle und kollektive Selbstverteidigung (Art. 51 VN-Charta) sowie Zwangsmaßnahmen nach Kapitel VII der VN-Charta, die auch militärische Maßnahmen umfassen können. Dieses Gegengewicht ist für ein funktionierendes System des Gewaltverzichts auch unabdingbar, um erforderlichenfalls einen Aggressor, der die internationale Rechtsordnung in Frage stellt, wirksam in die Schranken weisen zu können – zunächst als vorläufige Maßnahme durch Selbstverteidigung, solange „bis der Sicherheitsrat die zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit erforderlichen Maßnahmen getroffen hat" (Art. 51 VN-Charta). In diesen beiden Ausnahmefällen muss der Verteidiger, der in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht oder möglicherweise sogar im Auftrag des Sicherheitsrats als Vertreter der internationalen Staatengemeinschaft handelt, die – auch rechtlichen – Instrumente behalten, die notwendig sind, um einen militärischen Konflikt auf Augenhöhe mit dem Aggressor führen zu können. Dabei wird man davon ausgehen können, dass die Rechtstreue eher beim Verteidigerstaat liegt und unerfüllbare rechtliche Maßstäbe daher eher einseitig dessen Handlungsfähigkeit und damit in letzter Konsequenz die Durchsetzungsfähigkeit der internationalen Rechtsordnung beeinträchtigen.

Neben dem Verteidigerstaat benötigt auch der für ihn handelnde einzelne Soldat einen rechtssicheren Handlungsrahmen, der ihm die Erfüllung seines Auftrags in völkerrechtskonformer Weise ermöglicht und ihn, soweit er die humanitär-völkerrechtlichen Vorgaben einhält, vor Strafverfolgung schützt. Dementsprechend stellt das Römische Statut und darauf aufbauend das deutsche Völkerstrafgesetzbuch hinsichtlich der Tatbestände von Kriegsverbrechen auf die Regeln des Humanitären Völkerrechts ab.[23]

22 Zu diesem Begriff, der mit der Einführung des Kriegsverbots durch den Briand-Kellogg-Pakt 1928 richtigerweise an Stelle des *ius ad bellum* getreten ist, vgl. statt aller *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht, 13. Aufl. 2012, Rn. 1208 ff., 771 f.

23 Siehe die Tatbestände in Art. 8 Römisches Statut.

Zusammenfassend geht es hier also nicht darum, wie gelegentlich befürchtet,[24] eine rechtliche Begründung zu finden, um eigenes militärisches Vorgehen möglichst effektiv zu gestalten, sondern hinter dieser Suche stehen – gerade auch unter rechtstaatlichen Gesichtspunkten – berechtigte rechtliche Interessen, insbesondere aus der Sicht derjenigen Staaten die sich für die Geltung und tatsächliche Beachtung der internationalen Rechtsordnung einsetzen.

Diese Überlegungen sprechen dafür, das sehr unterstützenswerte Bestreben, den Krieg soweit wie irgend möglich rechtlich zurückzudrängen, als Problem des *ius contra bellum* und vor allem seiner tatsächlichen Durchsetzung in der Praxis zu behandeln, nicht als Frage des Verhältnisses von Humanitärem Völkerrecht und Menschenrechten. Mit anderen Worten: Bei jeder umstrittenen Maßnahme, zum Beispiel einem Drohneneinsatz, ist zuerst zu fragen, ob sie innerhalb eines bewaffneten Konflikts stattfindet. Ist das nicht der Fall sind selbstverständlich ausschließlich die Menschenrechte anzuwenden und damit polizeirechtliche Ansätze. Liegt dagegen ein bewaffneter Konflikt vor, so bietet zunächst das Humanitäre Völkerrecht einen geeigneten Handlungsrahmen. Diesen Rahmen hat das Humanitäre Völkerrecht in 150 Jahren Staatspraxis aus dem Spannungsverhältnis zwischen den Forderungen der Humanität und den militärischen Notwendigkeiten für die Situation des bewaffneten Konflikts herausgebildet.

Die Erkenntnis setzt sich zunehmend durch, dass das „Humanitäre Völkerrecht im Krieg sich nicht gegen den Krieg als solchen richten" kann, sondern es „die unangenehme Wahrheit zur Kenntnis nehmen muss, dass sich der völkerrechtlich erlaubte Verteidigungskrieg nicht gewinnen ließe, wenn der Kampf im Einklang mit dem menschenrechtlichen Ideal geführt werden müsste."[25] Mit dieser Argumentation lässt sich auch dem Einwand entgegentreten, das Humanitäre Völkerrecht als *lex specialis* wirke unzu-

24 So z.B. *Strüwer* (Fn. 3), S. 192 m.w.N.

25 So *Kreß*, JZ 2014, S. 365 (368) m.w.N. In die gleiche Richtung jüngst auch *Zimmermann*, JZ 2014, S. 388 (391) in seiner Erwiderung auf *Melzer*. Siehe früher schon *Seidl-Hohenveldern*, Völkerrecht, 7. Aufl., 1992, Rn. 1811, zum Bestreben, den Widerspruch zwischen Kriegsführung und Menschlichkeit durch Regeln zu überwinden, deren Befolgung eine Kriegsführung entscheidend erschweren würde: „Es ist zu befürchten, dass in der Praxis dieser Konflikt dann nicht auf Kosten der Kriegsführung, sondern auf Kosten der Menschlichkeit gelöst würde. Die praktische Unmöglichkeit, alle diese aus edelsten humanitären Bestrebungen geschaffenen und ständig immer wieder verfeinerten Regeln einzuhalten, könnte in der Hitze des Kampfs dann leicht zu der verbrecherischen Kurzschlussreaktion führen, dann eben

lässiger Weise als Ermächtigungsnorm für Menschenrechtsverletzungen. Ausgangspunkt ist vielmehr die Realität des bewaffneten Konflikts: Ist die Eindämmung über das *ius contra bellum* misslungen und der bewaffnete Konflikt Realität geworden, so verdrängt diese Realität die normale Anwendbarkeit der im Frieden geltenden Rechtsordnung. Das Humanitäre Völkerrecht wirkt dann, nach der Begriffsprägung von *Heintschel von Heinegg*, als „Notordnung", die diejenigen rechtlichen Verhaltensmuster enthält, die auch dann verbindlich sind, wenn die Staaten „nicht willens oder unfähig sind, sich militärischer Gewalt zu enthalten."[26] Eine solche Notordnung verleiht keine positiven Handlungsbefugnisse, hat aber zur Folge, dass „die Wirkkraft der Menschenrechte auf Leben und Freiheit empfindlich zurückgenommen"[27] ist. Dies ist ein Ausfluss der Erkenntnis, dass das Völkerrecht ohne die tatsächlichen Durchsetzungsmechanismen eines wirksamen Vollstreckungssystems nicht die Kraft hat, einen einmal entstandenen bewaffneten Konflikt tatsächlich zu beenden. An die Stelle tritt das Humanitäre Völkerrecht mit dem Ziel der in dieser Lage größtmöglichen Linderung der Leiden des Krieges aus Erwägungen der Menschlichkeit. Grundlage von dessen (relativer) Wirksamkeit ist das gleichgerichtete Interesse beider Konfliktparteien an der Vermeidung unnötigen menschlichen Leids.

Diese Überlegungen sprechen auch gegen die Möglichkeit, perzipierte Lücken im Humanitären Völkerrecht durch Wertungen aus dem Bereich der Menschenrechte zu füllen.[28] Denn es ist zwar richtigerweise davon auszugehen, dass die humanitär-völkerrechtlichen Normen keine positiven Erlaubnisse, im Sinne des „Sollens" einer schädigenden Handlung beinhalten,[29] aber ihr Ziel ist es – aus den oben dargelegten Gründen – durchaus, dem militärisch Handelnden einen gesicherten Handlungsrahmen für eine völkerrechtskonforme Erfüllung seines Auftrags zu eröffnen. Humanitärvölkerrechtlich eröffnete Handlungsspielräume können daher als solche beabsichtigt sein, im Sinne der bewussten Abwesenheit einer Norm und stellen in diesem Fall keine Lücke dar, die durch Wertungen aus anderen Rechtsbereichen ausgefüllt werden könnte.[30] Die Weiterentwicklung des Humanitären Völkerrechts zur Anpassung an sich ändernde Rahmenbedingungen muss daher intrinsisch erfolgen, was die Einrichtung entsprechender Mechanismen[31] dringlich macht.

keine dieser Regeln zu beachten. Weniger könnte hier also unter Umständen mehr sein."

26 *Heintschel von Heinegg* (Fn. 17), S. 125 ff., insbes. S. 128 m.w.N.

27 *Kreß*, JZ 2014, S. 365 (368), der die Notwendigkeit einer solchen „Notordnung" im Übrigen ausdrücklich auch für den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt sieht.

28 So z.B. *Schäfer* (Fn. 20), S. 49.

29 Ausführlich zu dieser Problematik *Johann* (Fn. 3), S. 183-214 mit zahlreichen w.N.

Auch wenn die Staatenpraxis keinesfalls einheitlich ist, fällt doch auf, dass diejenigen Staaten, die sich tatsächlich in gewissem Umfang an militärischen Maßnahmen beteiligen – insbesondere die USA, Großbritannien, Israel, aber auch Russland – eine restriktive Auffassung hinsichtlich der gleichzeitigen Anwendung von humanitär-völkerrechtlicher und menschenrechtlicher Normen vertreten, während die gegenteilige Staatenpraxis vor allem in rechtlichen Stellungnahmen nicht an konkreten Einsätzen beteiligter Staaten vor internationalen Institutionen besteht.[32]

Darüber hinaus ist die heutige Staatenpraxis, wie sie in den, der eingangs zitierten Zentralen Dienstvorschrift 15/2 (2013) vergleichbaren, neueren Handbüchern zur Schulung der Streitkräfte im Humanitären Völkerrecht zum Ausdruck kommt, mittlerweile sehr differenziert: Sie greift die neueren Entwicklungen in der Spruchpraxis internationaler Gerichte und Spruchkörper auf, ohne allerdings die soeben skizzierten Besonderheiten des Humanitären Völkerrechts zu verkennen. So distanziert sich das US-amerikanische Handbuch ausdrücklich von der Separationstheorie, die die USA noch „bis vor kurzem" vertreten hätten,[33] und bekennt sich zur Feststellung des jeweils spezielleren und daher anzuwendenden Rechts mittels einer lex specialis-Prüfung im Einzelfall[34]. Auch die kürzlich neugefassten Handbü-

30 So auch *Sivakumaran* (Fn. 4), S. 92 m.w.N.

31 Siehe hierzu unten, Abschnitt D.

32 Siehe die Übersicht bei *Johann* (Fn. 3), S. 158-170, wo die Praxis der vier genannten Staaten auf S. 158-168, die Praxis der übrigen Staaten auf S. 168-170 beschrieben ist.

33 Johnson (Hrsg.), Operational Law Handbook, 2013, http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/operational-law-handbook_2013.pdf, zuletzt abgerufen am 11.6.2014, S. 46, Gliederungspunkt B.1.

34 Johnson (Hrsg.) (Fn. 34), S. 46 f.: „the United States [...] considers rule by rule whether the LOAC [law of armed conflict] displaces applicable provisions of IHRL [international human rights law]. In situations of armed conflict, where the LOAC provides specific guidance, these will displace competing norms of IHRL and provide authoritative guidance for military action. Where the LOAC is silent or its guidance inadequate, specific provisions of applicable human rights law may supplement the LOAC."

cher Schwedens[35] und Norwegens[36] gehen, sehr ähnlich wie die ZDv 15/2 (2013), von einem lex specialis-Verhältnis aus.[37] Die hier vertretene Auffassung eines lex specialis-Verhältnisses mit fallweiser Bestimmung des spezielleren Rechtsverhältnisses kann daher auch in der Staatenpraxis mittlerweile als herrschende Meinung angesehen werden.

III. Anwendungsvorrang oder Auslegungsregel?

Geht man mit dem IGH und der wohl überwiegenden Lehre[38] und Staatenpraxis davon aus, dass eine *lex specialis* Beziehung vorliegt, bleibt allerdings die rechtsdogmatische Frage, ob diese als Anwendungsvorrang der spezielleren Regelung zu verstehen ist, was bereits die Anwendung der allgemeineren ausschließen würde oder ob das Humanitäre Völkerrecht lediglich als Auslegungsregel[39] heranzuziehen ist, so dass die menschenrechtlichen Bestimmungen zwar stets anzuwenden, aber – bei Vorliegen des *lex specialis*-Falls – im Lichte der humanitär-völkerrechtlichen Regelungen auszulegen wären.

Die wohl überwiegende Auffassung in der deutschen Rechtslehre[40] tendiert zur Auslegungsregel. Nach dieser Auffassung wäre der Ausgangspunkt einer Prüfung stets die Anwendung der menschenrechtlichen Norm, die al-

35 Svensk manual i humanitär rätt, 2010, http://www.regeringen.se/content/1/c6/15/40/30/113aaee0.pdf, zuletzt abgerufen am 11.6.2014, Ziff. 108.

36 Norsk Manual i krigens volkerett, 2013, http://brage.bibsys.no/xmlui/bitstream/id/201436/manual_krigens_folkerett.pdf, zuletzt abgerufen am 11.6.2014, Ziff. 1.52-1.54.

37 Die etwas älteren Handbücher des Vereinigten Königreichs von 2004 und Kanadas von 2001 enthalten dagegen die aktuellen Entscheidungen der internationalen Gerichte und Spruchkörper noch nicht und sind daher als nicht mehr auf dem neuesten Stand anzusehen. Dies wird bei der erwarteten Überarbeitung zu berücksichtigen sein.

38 Siehe z.B. die Nachweise bei *Strüwer* (Fn. 3), S. 194 ff., insbes. auch S. 212; speziell für den nicht internationalen bewaffneten Konflikt auch *Sivakumaran* (Fn. 4), S. 88 ff.

39 So z.B. *Strüwer* (Fn. 38), S. 220 f. m.w.N.

40 Siehe die ausführlichen Überblicke m.w.N. bei *Strüwer* (Fn. 3), S. 193-221; *Johann* (Fn. 3), S. 218-237, wobei Johann selbst allerdings nur einen eingeschränkten Anwendungsbereich für die Auslegung der menschenrechtlichen Normen im Licht humanitärvölkerrechtlicher Regelungen sieht und die Frage eher über die menschenrechtlichen Derogationsklauseln lösen möchte.

lerdings, im Fall des Vorrangs einer humanitär-völkerrechtlichen Norm nach der IGH-Rechtsprechung, im Licht dieser Norm auszulegen wäre, so dass Wertungswidersprüche verhindert werden. So wäre z.B. hinsichtlich des Tötungsverbots aus Art. 6 Abs. 1 IPBR der Begriff „willkürlich" entsprechend den Regeln des Humanitären Völkerrechts auszulegen, so dass eine in Übereinstimmung mit den Regeln des Humanitären Völkerrechts vorgenommene Tötung, z.B. eines Kombattanten, nicht „willkürlich" und daher kein Verstoß gegen Art. 6 IPRB wäre.[41] Auch die Rechtsprechung des EGMR weist in diese Richtung.[42]

Mit diesem Ansatz lässt sich sicher in vielen Fällen die eingangs zitierte Vorgabe des IGH umsetzen, dass bestimmte Fragen ausschließlich nach den inhaltlichen Wertungen des Humanitären Völkerrechts zu beurteilen sind. Allerdings zeigen sich bei näherer Betrachtung erhebliche methodische Probleme, insbesondere in den Fällen, in denen die Menschenrechtsnorm keine einer weitergehenden Auslegung zugänglichen unbestimmten Rechtsbegriffe enthält.[43] So sieht etwa Art. 2 EMRK (Recht auf Leben), anders als der IPBR, nicht die einschränkende Qualifikation „willkürlich" vor. Im Gegenteil hat der EGMR entschieden, dass bei der Anwendung des Art. 2 EMRK ein noch strengerer Maßstab als sonst bei Grundrechtsverletzungen anzuwenden sei, nämlich „absolutely necessary"[44]. Der EGMR hat sich bisher allerdings noch nicht vertieft zu der methodischen Frage geäußert, wie angesichts dessen der Auslegungsansatz – ohne Rückgriff auf die Derogationsklausel, die eine andere Zielrichtung hat[45] und von den Konventionstaaten bisher auch nicht in Anspruch genommen worden ist – mit grundlegenden humanitär-völkerrechtlichen Wertungen in Einklang gebracht werden kann, zum Beispiel der Wertung, dass die Bekämpfung von Kombattanten im Rahmen der militärischen Notwendigkeit unzweifelhaft zulässig ist.

Diese Schwierigkeiten lassen sich vermeiden, wenn man die *lex specialis*-Regel unmittelbar zur Auflösung des Normkonfliktes anwendet. Diese Regel besagt[46], dass die speziellere Norm der allgemeineren in dem

41 Vgl. IGH Nuklearwaffengutachten (Fn. 6), Rn. 25, der allerdings vor allem auf das Ergebnis abstellt und die dogmatische Konstruktion nicht vertieft.

42 Siehe die Nachweise bei *Strüwer* (Fn. 3), S. 201 ff.

43 Vgl. die ausführliche Analyse der bei dem Auslegungsansatz auftretenden Probleme bei *Johann* (Fn. 3), S. 218-237.

44 EGMR, *Isayeva v. Russland*, Urteil vom 24.2.2005, Rs. 57950/00, Rn. 173.

45 Siehe oben C.I.

46 Siehe hierzu die ausführliche Darstellung bei *Sivakumaran* (Fn. 4), S. 89 ff.

Umfang vorgeht, wie es notwendig ist, um den Normenkonflikt aufzulösen. Die allgemeine Regel fällt dabei keinesfalls weg, sondern bleibt im Hintergrund anwendbar, soweit dies nicht zum Konflikt mit der spezielleren Norm führt. Dabei ist im Einzelfall zu bestimmen, welche Norm angesichts der konkreten Umstände die speziellere ist. Dies kann, wie es der IGH im Mauerbaufall ausgeführt hat, in bestimmter Hinsicht ausschließlich die humanitär-völkerrechtliche, in anderer Hinsicht ausschließlich die menschenrechtliche und in wiederum anderer Hinsicht, wenn *in concreto* kein Normenkonflikt vorliegt, eine gleichzeitige Anwendung beider sein. So wird auch die universelle Geltung der Menschenrechte nicht in Frage gestellt, denn diese bleiben stets in Geltung und werden lediglich in ihrer Anwendung soweit eingeschränkt, wie dies aufgrund der – vom IGH vorgegebene – ausschließlichen Bewertung bestimmter Aspekte nach den humanitär-völkerrechtlichen Regeln und Wertungen unerlässlich ist, um einen Normenkonflikt zu vermeiden.

Zu prüfen ist allerdings, ob nicht die Gefahr besteht, dass durch diese Konstruktion die Kontrolle der Einhaltung der Menschenrechte durch die Menschenrechts-Kontrollinstanzen, insbesondere den EGMR eingeschränkt würde? Dies ist nicht zu befürchten, denn deren Aufgabe bleibt es, die Bewertung im Einzelfall vorzunehmen, ob die humanitärvölkerrechtliche Regelung im konkreten Anwendungsfall die speziellere ist und sie daher Anwendungsvorrang genießt. Die Menschenrechtskontrollorgane behalten daher auch bei diesem Ansatz die Möglichkeit einen Sachverhalt umfassend daraufhin zu untersuchen, ob die menschenrechtlichen Regelungen vorrangig oder gleichrangig anzuwenden sind. Für die Beantwortung der rechtlichen Fragen, die nach dem IGH ausschließlich nach dem Humanitären Völkerrecht zu beurteilen sind, eröffnet ihnen dieser Ansatz dagegen eine dogmatisch korrekte Lösungsmethode, die Auslegungen der menschenrechtlichen Bestimmungen *praeter* oder sogar *contra legem* vermeidet.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass beide Methoden zwar grundsätzlich, allerdings nicht in allen Fällen, zu einem vergleichbaren Ergebnis führen können. Der Anwendungsvorrang ist außerdem dogmatisch überzeugender und daher der insgesamt vorzugswürdige Lösungsweg.

IV. Ansatzpunkte für die Feststellung der lex specialis-Eigenschaft

Abschließend stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien die Feststellung der *lex specialis*-Eigenschaft im Einzelfall erfolgen soll. Ohne die Frage hier

umfassend erörtern zu können, scheint als Ansatz für die weiteren Überlegungen der Rückgriff auf den eingangs erwähnten Unterschied in der grundlegenden Voraussetzung beider Rechtsgebiete sinnvoll: hier das Gewaltmonopol des Staates, der die Macht hat, seine rechtlichen Entscheidungen auch gegen Widerstände durchzusetzen; dort der mit militärischen Mitteln ausgetragene Kampf, in dem jede Seite – und gerade auch diejenige, die sich auf Selbstverteidigung oder einen Auftrag der Vereinten Nationen aus Kapitel VII berufen kann – bestrebt sein muss, zu verhindern, dass sie unterliegt und damit der Willkür des Gegners ausgeliefert wäre. Konkret würde dies bedeuten: je stärker die Situation am Ort des Geschehens dem staatlichen Gewaltmonopol vergleichbar ist, desto mehr spricht für eine parallele oder sogar ausschließliche Anwendung der Menschenrechte auf einen gegebenen Sachverhalt und umgekehrt.[47] Das würde auch erklären, warum der IGH im Mauer-Gutachten, einem Fall von seit Jahrzehnten andauernder Besetzung durch eine militärisch weit überlegene Macht, ohne Weiteres die Menschenrechte als Prüfungsmaßstab mit herangezogen hat, während er hinsichtlich des Einsatzes von Nuklearwaffen, einem ultimativen Akt mit dem Potential umfassender gegenseitiger Vernichtung, zu dem Schluss kam, dass diese Frage ausschließlich nach den Wertungen des Humanitären Völkerrechts zu beantworten sei. Für dieses Kriterium spricht auch, dass das Humanitäre Völkerrecht primär Kriterien zur Verfügung stellt, die militärisch unmittelbar an Feindseligkeiten Beteiligte im Zeitpunkt einer Entscheidung mit Kampfhandlungsbezug leiten sollen, diese Entscheidung im Sinne der Humanität zu treffen.

Auch die EGMR-Rechtsprechung enthält Elemente, die in diese Richtung deuten: So zieht der Gerichtshof im Fall Al-Skeini[48] für die Begründung einer Prüfung anhand der menschenrechtlichen Maßstäbe ausdrücklich den Umstand heran, dass die Ereignisse erst „in the aftermath of the invasion" stattgefunden hatten und die Hauptkampfoperationen bereits seit über drei Monaten beendet waren.

47 So auch *Bethlehem*, Cambridge Journal of International and Comparative Law 2013, S. 180 (191): „the closer one gets to the battlefield, the less amenable to reasonable application are most provisions of the ICCPR".

48 EGMR, *Al-Skeini and others v. The United Kingdom*, Urteil vom 7.7.2011, Rs. 55721/07, Rn. 161. In dem am gleichen Tage ergangenen Urteil im Fall *Al-Jedda v. The United Kingdom*, Urteil vom 7.7.2011, Rs. 27021/08, Rn. 107, hatte der EGMR ebenfalls vorrangig darauf abgestellt, dass die Sicherheitsratsresolution 1546 festgelegt hatte, dass der Besatzungszustand am 30.6.2004, also mehrere Monate vor der Festnahme im Oktober 2004 enden sollte.

D. *Institutionelle Absicherung: Die Initiative der Schweiz und des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz zur Stärkung des rechtlichen Schutzes für die Opfer bewaffneter Konflikte*

Die bisherige Analyse, nach der zumindest bestimmte, für den Schutz der Humanität wesentliche Fragen überwiegend oder gar ausschließlich nach dem Maßstab des Humanitären Völkerrechts zu beurteilen sind, unterstreicht die Bedeutung, die der Einhaltung und, wo erforderlich auch Fortentwicklung der Normen dieses Rechtsgebiets zukommt. Die 31. Internationale Rotkreuzkonferenz von 2011 hat daher eine Resolution[49] verabschiedet, in der das IKRK mit Unterstützung der Schweiz eingeladen wird, gemeinsam mit den Staaten und – wo angemessen – auch anderer einschlägiger internationaler Akteure bis zur nächsten Internationalen Rotkreuzkonferenz 2015 Vorschläge zu entwickeln, um – unter anderem – die Mechanismen zur effektiven Umsetzung des Humanitären Völkerrechts zu verbessern. Ziel dieser Arbeiten ist es, sowohl den Regeln des Humanitären Völkerrechts effektivere Nachachtung zu verschaffen als auch ihre Weiterentwicklung dort zu fördern, wo der Schutz der Opfer bewaffneter Konflikte nicht ausreichend gesichert ist.[50] Letzteres eröffnet insbesondere die Möglichkeit, Fortentwicklungen des Humanitären Völkerrechts zu erarbeiten, die aufgrund der ständigen Weiterentwicklung der technischen Systeme, insbesondere der Träger- und Waffensysteme erforderlich sind.

Die Arbeiten zur Umsetzung dieser Resolution dauern an.[51] Eröffnet wurden die praktischen Arbeiten mit einem informellen Staatentreffen in Genf am 13.7.2012. Seitdem haben ein weiteres informelles Staatentreffen im Juni 2013 sowie zwei Expertentreffen stattgefunden. Die nächste Etappe ist ein drittes Staatentreffen in Genf, das für den 30.6./1.7.2014 geplant ist. Dort wird sich zeigen, ob die Planung der beiden Faszilitatoren IKRK und Schweiz realistische Chancen auf Umsetzung hat, bis zum Sommer 2015 Eckpunkte und Elemente für einen Resolutionsentwurf zu finalisieren, der auf der 32. Rotkreuzkonferenz Ende 2015 angenommen werden könnte.

49 Resolution „Strengthening legal protection for victims of armed conflicts" 31IC/11/R1, http://rcrcconference.org/docs_upl/en/R1_Strengthening_IHL_EN.pdf zuletzt abgerufen am 8.5.2014, siehe insbes. operative Abs. 6-8.

50 Resolution 31IC/11/R1 (Fn. 50), Präambelabsatz 7.

51 Die veröffentlichten Materialien zu diesem Prozess sind abrufbar unter http://www.eda.admin.ch/eda/en/home/topics/intla/humlaw/icrc.html, zuletzt abgerufen am 8.5.2014.

Dieses Vorgehen wird von der ganz überwiegenden Mehrheit der teilnehmenden Staaten unterstützt, allerdings gibt es noch eine Hand voll Staaten, die dem Prozess kritisch bis ablehnend gegenüberstehen und versuchen, ihn zu bremsen. Inhaltlich zeichnet sich ein Vorgehen anhand folgender Elemente ab: Aus der Natur des Humanitären Völkerrechts[52], als einer Sammlung an die Staaten gerichteter Verbotsnormen heraus, scheidet ein individualrechtlicher, rechtsprechungsähnlicher Mechanismus aus, mittels dessen eine nachteilig betroffene Einzelperson einen Antrag auf Rechtsschutz stellen könnte.

Als erfolgversprechendster Ansatz kristallisiert sich vielmehr ein Berichtssystem heraus, nach dem Staaten verpflichtet wären, in regelmäßigen Intervallen Berichte vorzulegen, welche die Einhaltung, beziehungsweise die Umsetzung humanitär-völkerrechtlicher Normen behandeln, z.B. im Sinne eines *best practice*-Vergleichs. Diese Berichte könnten dann veröffentlicht und in einem unabhängig von den Rotkreuzkonferenzen stattfinden regelmäßigen – z.B. ein- oder zweijährlichen – Staatentreffen erörtert werden. Hier gälte es Anreizmechanismen einzubauen, auch tatsächlich umfassend zu berichten – zum Beispiel, indem nur diejenigen Staaten aktiv an dieser Debatte teilnehmen könnten, die einen Bericht vorgelegt haben. Ob die Berichte selbst Gegenstand dieser Debatte sind oder etwa thematische Zusammenfassungen, die z.B. vom IKRK oder auch einem von der Staatenversammlung einzusetzenden *Bureau* erstellt werden könnten, bleibt noch zu erörtern.

Hinsichtlich der rechtlichen Form wird es als wenig realistisch angesehen, genügend politische Unterstützung für eine völkervertragliche Verankerung, etwa in Form einer neuen Konvention oder eines weiteren Zusatzprotokolls zu gewinnen. Daher wird, zumindest in diesem Schritt, eine flexiblere Grundlage, wie zum Beispiel eine Resolution einer Rotkreuzkonferenz angestrebt. Dies hätte zur Folge, dass die Verpflichtungen stärker politischer als rechtlicher Natur wären und daher ein praktischer Mechanismus erforderlich würde, um die Staaten zu motivieren, diesen grundsätzlich auf Freiwilligkeit beruhenden Verpflichtungen auch zuverlässig nachzukommen.

Wenn auch ein solcher Mechanismus sicher hinter manchem Wünschenswerten zurückbleibt und auch noch deutliche Widerstände einiger Teilnehmerstaaten zu überwinden sind, wäre seine Einrichtung doch ein spürbarer und wichtiger Fortschritt für eine bessere Sicherung der Einhaltung des Hu-

52 Siehe hierzu *Johann* (Fn. 3), S. 39 ff. m.w.N.

manitären Völkerrechts durch *peer pressure* – einem der wirksamsten Durchsetzungsinstrumente dieses Rechtsgebiets – und er böte auch eine geeignete Plattform für eine Fortentwicklung des Humanitären Völkerrechts. Es ist daher zu hoffen, dass eine fristgerechte und möglichst umfassende Umsetzung des Auftrags der 31. Rotkreuzkonvention gelingt.

E. Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend wird folgende Systematik für die Prüfung eines Einzelfalls vorgeschlagen:

Ausgangspunkt ist zunächst stets die Frage, ob in der konkret zu prüfenden Situation ein bewaffneter Konflikt vorliegt. Ist dies nicht der Fall, so ist der Sachverhalt ausschließlich unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Liegt dagegen ein bewaffneter Konflikt vor, so bleiben die menschenrechtlichen Normen grundsätzlich anwendbar, allerdings ist vorab zu prüfen, ob nicht einer Norm des Humanitären Völkerrechts als *lex specialis* Anwendungsvorrang zukommt. Als zentrales Kriterium für diese Prüfung kann die Frage dienen, ob im konkreten Fall eine dem Gewaltmonopol einer Territorialherrschaft vergleichbare Situation vorliegt: Je weniger deutlich dies der Fall ist, desto mehr spricht für den *lex specialis*-Charakter der humanitär-völkerrechtlichen Norm, deren Anwendungsvorrang dann die Anwendung der menschenrechtlichen Norm auf den konkreten Einzelfall ausschließt. Je stärker die Lage einem Gewaltmonopol vergleichbar ist, desto mehr spricht für die Anwendung der menschenrechtlichen Norm auf den konkreten Einzelfall. Das Ergebnis dieser Prüfung kann, nach der zentralen Aussage des Internationalen Gerichtshofs im Mauergutachten, dazu führen, dass bestimmte Rechtsfragen ausschließlich nach der humanitär-völkerrechtlichen Norm, andere ausschließlich nach der menschenrechtlichen Norm, wieder andere nach beiden Rechtsgebieten zu beurteilen sind.

In jedem Fall sind das Humanitäre Völkerrecht und die Menschenrechte als getrennte Rechtskörper zu behandeln, die nach ihren jeweils eigenen Regeln auszulegen, anzuwenden und fortzuentwickeln sind: Wegen der jeweils unterschiedlichen Zielrichtungen und Rahmenbedingungen für die Anwendung ist jeweils im systematischen Gesamtzusammenhang des betreffenden Rechtsgebiet zur prüfen, ob eine Lücke vorliegt. Deren Ausfüllung kann nur anhand der Wertungen und nach den spezifischen Mechanismen des betreffenden Rechtsgebiets vorgenommen werden.

Wegen der zentralen Rolle des Humanitären Völkerrechts im bewaffneten Konflikt, sind wirksame Mechanismen erforderlich, um den bestehenden humanitär-völkerrechtlichen Regeln effektivere Nachachtung zu verschaffen und seine Anpassung und Fortentwicklung voranzutreiben – nicht zuletzt angesichts der stetig fortschreitenden technischen Entwicklung von Träger- und Waffensystemen. Die Arbeiten zur Schaffung eines geeigneten Mechanismus laufen derzeit und haben bereits erste Orientierungen gebracht. Das Ziel ist es, bis zur nächsten Rotkreuzkonferenz Ende 2015 konkrete Ergebnisse, zum Beispiel in Form einer Resolution, die einen geeigneten Mechanismus einrichtet, zu erzielen.