

Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

8 69. Jahrgang
18. April 2014
Seiten 365–420

JZ Juristen Zeitung

Aufsätze

Professor Dr. Claus Kress, LL.M. (Cambridge), Köln*

Der Bürgerkrieg und das Völkerrecht

Zwei Entwicklungslinien und eine Zukunftsfrage

Die meisten bewaffneten Konflikte seit 1945 wurden zwischen Staaten und Rebellen oder zwischen nicht-staatlichen Gewaltakteuren in zerfallenden Staaten ausgetragen. Gegenwärtig lehrt das syrische Drama aufs Neue, dass es sich beim Bürgerkrieg um ein Hauptübel unserer Zeit handelt. Der Beitrag zeigt, dass das Völkerrecht im Bürgerkrieg unter dem Eindruck dieses tatsächlichen Befundes insbesondere seit 1990 einen stürmischen Entwicklungsprozess durchlaufen und eine beachtliche Annäherung an das im Krieg geltende Völkerrecht erfahren hat. Der Beitrag weist diese Fortentwicklung als janusköpfig aus: der Humanisierung des Völkerrechts im Bürgerkrieg steht die Herausbildung eines bürgerkriegsrechtlichen Kampfführungsrechts gegenüber, bei dem der Rede vom „humanitären“ Völkerrecht ein beschönigender Zug anhaftet. Für die Zukunft stellt der Beitrag ein Völkerrecht gegen den Bürgerkrieg zur Diskussion, in dessen Licht sich auch die alte Streitfrage nach einem Kombattantenprivileg für Rebellen neu stellen ließe.

I. Das Völkerrecht im Bürgerkrieg als humanitärer Segen

Der elende Anblick der verwundeten Soldaten, die nach dem Kampf zwischen den verbündeten Truppen Sardinien und Frankreichs auf der einen und Österreichs auf der anderen Seite das Schlachtfeld nahe der Stadt Solferino säumten, weckte in dem Genfer Kaufmann *Henri Dunant* einen machtvollen humanitären Impuls. Mit seinem „Souvenir de Solferino“¹ setzte er 1862 ein Fanal. *Dunant* plädierte leidenschaftlich für die Gründung freiwilliger Hilfsgesellschaften zur Pflege der Verwundeten in Kriegszeiten und für die Ab-

sicherung einer solchen Neuerung durch eine Vereinbarung der Staaten. *Dunants* Appell zog. Bereits 1863 kam es in Genf zu der Gründung des (allerdings erst etwas später so genannten) Internationalen Komitees vom Roten Kreuz (IKRK), dessen 150. Geburtstag im vergangenen Jahr begangen wurde, und nur ein Jahr später einigten sich die Staaten auf die Genfer Konvention über die Verbesserung des Loses der verwundeten Soldaten der Armeen im Felde.² Von dieser ersten Genfer Konvention führt allen zwischenzeitlichen Stürmen zum Trotz ein gerader Weg zum heute geltenden humanitären Völkerrecht.³ Denn dessen zentrales Anliegen ist es heute wie in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, das mit dem bewaffneten Konflikt verbundene Leid zu lindern. Allerdings ging es den Staaten zunächst allein um die Einhegung des (zwischenstaatlichen) Kriegs; der unter Umständen nicht minder qualvolle Bürgerkrieg blieb noch außerhalb des Blickfelds. Da das klassische Völkerrecht auch keinen Schutz der Menschenrechte vorsah, verharnte der Bürgerkrieg bis zum Ende des Zweiten Weltkriegs im Grundsatz vor den Toren des internationalen Rechts und blieb damit die innere Angelegenheit des hiervon betroffenen Staats. In der Praxis bedeutete das gewiss nicht die völlige Regellosigkeit.⁴ Vielmehr kam es verschiedentlich zu innerstaatlichen Instruktionen an die Streitkräfte. Der von dem Deutsch-Amerikaner *Francis Lieber* erarbeitete Kodex⁵, den *Abraham Lincoln* 1863 für die Unionstruppen im amerikanischen Bürgerkrieg verbindlich machte und den auch die Konföderierten akzeptieren sollten, ist das berühmteste Beispiel, das in der Folgezeit das humanitäre Völkerrecht im Ganzen beeinflusst hat. Möglich war es überdies, Rebellen, denen die Errichtung quasi-staatlicher Strukturen auf einem Teil des Bürgerkriegsgebiets gelungen war, als Kriegführende

* Der Autor ist Direktor des Institute for International Peace and Security Law und Inhaber des Lehrstuhls für deutsches und internationales Strafrecht der Universität zu Köln. Der Beitrag ist aus einem Vortrag hervorgegangen, den der Verfasser am 6. 11. 2013 in der Reihe „Philosophie Kontroversen“ in der Universität zu Köln gehalten hat. Für Rat und Kritik bei der Ausformulierung des Vortrags danke ich den Herren Kollegen *Frédéric Mégret*, *Reinhard Merkel*, *Georg Nolte* und *Marco Sassòli*. Der Beitrag ist dem Andenken an den bedeutenden Völkerrechtslehrer und außergewöhnlich wirkungsmächtigen internationalen Richter *Antonio („Nino“) Cassese* gewidmet.

1 *J. Henry Dunant*, *Un souvenir de Solferino*, 1862, S. 32 und *passim*.

2 Auswärtiges Amt/Deutsches Rotes Kreuz/Bundesministerium der Verteidigung (Hrsg.), *Dokumente zum Humanitären Völkerrecht/Documents on International Humanitarian Law*, 2. Aufl. 2012, S. 13.

3 Einen knappen Überblick über die Geschichte des humanitären Völkerrechts, die natürlich über das 19. Jahrhundert zurückreicht, bieten *Hans-Peter Gasser/Nils Melzer*, *Humanitäres Völkerrecht*, 2. Aufl. 2012, S. 35 ff.; ausführlicher *Mary Ellen O’Connell*, in: *Dieter Fleck* (Hrsg.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3. Aufl. 2013, S. 1 ff.

4 Zum Nachfolgenden eingehend das glänzende Buch von *Sandesh Sivakumaran*, *The Law of International Armed Conflict*, 2012, S. 9–29.

5 Zu diesem siehe *Silja Vöneky* *ZaöRV* 62 (2002), 423.

anzuerkennen.⁶ Dann galt zwischen den Konfliktparteien das Kriegsrecht. Doch über die Anerkennung von Rebellen als Kriegsführende ließ sich trefflich streiten, und die Staaten zögerten, eine Pflicht hierzu anzuerkennen. So versagte etwa die spanische Regierung ihrem Kontrahenten im Bürgerkrieg der 1930er Jahre die Anerkennung als kriegführende Partei.⁷ Der völkerrechtliche Schutz im Bürgerkrieg blieb also prekär.

1949, als das überkommene Kriegsrecht nach der Katastrophe des Zweiten Weltkriegs auf dem Prüfstand stand, plädierte das IKRK dafür, das zu erneuernde humanitäre Völkerrecht auf den Bürgerkrieg zu erstrecken. Doch nicht nur einem Staat wie Burma ging das zu weit, auch etwa Großbritannien äußerte im Hinblick auf die Bedeutung der staatlichen Souveränität Bedenken.⁸ Am Ende einigte man sich auf eine „Minikonvention“ zum Bürgerkrieg innerhalb der vier großen neuen Genfer Konventionen zum humanitären Völkerrecht⁹, deren Regelungen im Übrigen dem Krieg (oder nach dem neuen Sprachgebrauch: dem „internationalen bewaffneten Konflikt“¹⁰) vorbehalten blieben. Immerhin markierte die Annahme dieser Minikonvention in Gestalt des Gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen die Geburtsstunde eines rudimentären Völkerrechts im Bürgerkrieg (technisch korrekt von nun an: „nicht-internationaler bewaffneter Konflikt“).¹¹ Noch knapp drei Jahrzehnte später sollten sich die Staaten einem weiteren Versuch verweigern, das humanitäre Völkerrecht im Bürgerkrieg beherrscht an das des Kriegs anzugleichen. Auf der diplomatischen Konferenz zur Fortentwicklung des humanitären Völkerrechts durch zwei Zusatzprotokolle (ZP) zu den Genfer Konventionen tobte bis 1977 der Streit der Staaten über die Einordnung des antikolonialen Befreiungskampfs, der in klassischer Perspektive eine spezielle Form des Bürgerkriegs darstellte.¹² Die aus solchen Kämpfen hervorgegangenen Staaten und ihre Unterstützer setzten demgegenüber durch, dass der nationale Befreiungskampf (wenn auch unter strengen Voraussetzungen) zum internationalen bewaffneten Konflikt hochgestuft wurde.¹³ Damit war der Reformdurst der blockfreien Staaten im Hinblick auf das Völkerrecht im Bürgerkrieg aber auch schon im Wesentlichen gestillt. Denn gerade die unabhängig gewordenen Staaten, deren Regierungen sich nicht selten ethnisch motivierten inneren Spannungen ausgesetzt sahen, brauchten nicht lange, um den Charme des völkerrechtlichen Schutzes der staatlichen Souveränität zu erspü-

ren. Indien brachte das auf der Konferenz schnörkellos zum Ausdruck: Nachdem man die Frage des nationalen Befreiungskampfs befriedigend gelöst habe, bestehe kein Bedürfnis mehr, das Völkerrecht im Bürgerkrieg auszudehnen.¹⁴ Zwar kam es 1977 dennoch zur Annahme des dem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt gewidmeten ZP II.¹⁵ Doch dessen Regelungsdichte blieb sehr überschaubar.

Aber dann kam sie doch, die Fortentwicklung des Bürgerkriegsrechts, und sie kam mit großer Wucht. Sie nahm nicht die feierliche Form des diplomatischen Vertragsschlusses an, sondern vollzog sich in der vordergründig unauffälligeren Bahn des Völkergewohnheitsrechts. Solches Völkergewohnheitsrecht muss oft mit Autorität festgestellt werden, um in der Praxis verlässlich Wirksamkeit zu entfalten – im Idealfall durch ein zur Entscheidung berufenes Gericht. Zum Promotor des Bürgerkriegsrechts sollte der *Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (JStGH)* avancieren, den der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen (SR-VN) 1993 unter dem Eindruck der balkanischen Gräueltaten ins Leben gerufen hatte.¹⁶ Keine geringe Rolle spielte dabei, dass man den berühmten Florentiner Völkerrechtsgelehrten *Antonio Cassese* an die Spitze des Gerichts gewählt hatte. Denn dieser war nicht nur progressiv gesinnt, sondern auch ein wissenschaftlicher Befürworter der Fortentwicklung des Völkerrechts im Bürgerkrieg.¹⁷ Als der erste Angeklagte, *Duško Tadić*, dem Gerichtshof vorhielt, über die Strafbarkeit seines Verhaltens im „innerjugoslawischen Konflikt“ ohne taugliche Rechtsgrundlage zu entscheiden, weil es ein hinreichend entwickeltes Bürgerkriegsrecht nicht gebe, schlug *Cassese*s Stunde. In einer bahnbrechenden Entscheidung von 1995¹⁸ würdigte der Völkerrechtsprofessor in Richterrobe die Praxis des Bürgerkriegs seit 1936 und entnahm diesem Material mit der Virtuosität des Könners die Gesamttenenz, dass die Bürgerkriegsparteien zunehmend dazu übergegangen seien, Regeln zu akzeptieren, die denen des humanitären Völkerrechts im Kriege ähnelten. Die Unterscheidung zwischen einem hochentwickelten Kriegs- und einem lediglich rudimentären Bürgerkriegsrecht spiegele, so *Cassese* und seine Richterkollegen, die überholte Konfiguration des klassischen Völkerrechts wider, in dem der Schutz der staatlichen Souveränität absolut gesetzt worden sei. In einem zeitgemäßen Völkerrecht, das auch dem Schutz des einzelnen Menschen verpflichtet sei, habe die scharfe Ungleichbehandlung von Krieg und Bürgerkrieg ihre Berechtigung verloren. Denn aus dem Blickwinkel des Individualschutzes bedeute es keinen durchgreifenden Unterschied, ob der einzelne Mensch den Gefährdungen eines internationalen oder eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts ausgeliefert sei.¹⁹ Diese *Tadić*-Rechtsprechung im Geist *Henri Dunants* setzte sich rasch durch.²⁰ 2005 konnte das IKRK die Entwicklung des Völkergewohnheitsrechts im Bürgerkrieg, die zwischenzeitlich stürmische Züge ange-

⁶ *Sivakumaran* (Fn. 4), S. 9 ff.

⁷ *Sivakumaran* (Fn. 4), S. 17; zur Bedeutung des spanischen Bürgerkriegs für die nachfolgende Entwicklung des Völkerrechts im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt knapp *Gary D. Solis*, *The Law of Armed Conflict*, 2010, S. 79 f.; und ausführlich *Antonio Cassese*, in: *ders.* (Hrsg.), *Current Problems of International Law. Essays on U.N. Law and on the Law of Armed Conflict*, 1975, S. 287 ff. (zur Nichtanerkennung der Aufständischen als Kriegsführende ebda. S. 288).

⁸ *Sivakumaran* (Fn. 4), S. 40 (m. Nachw. in Fn. 77, 78).

⁹ Auswärtiges Amt/Deutsches Rotes Kreuz/Bundesministerium der Verteidigung (Fn. 2), S. 167; für eine zeitgenössische Würdigung etwa *Hersch Lauterpacht* *The British Year Book of International Law* 29 (1952), 360.

¹⁰ Gemeinsamer Art. 2 der Genfer Konventionen.

¹¹ Zu dieser Geburtsstunde neben *Sivakumaran* (Fn. 4, S. 40 ff.) instruktiv *Anthony Cullen*, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, 2010, S. 25 ff.; *Lindsay Moir*, *The Law of Internal Armed Conflict*, 2002, S. 23 ff.

¹² *Antonio Cassese*, in: *Christophe Swinarski* (Hrsg.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, 1984, S. 313.

¹³ Art. 1 Abs. 4 i. V. mit Art. 96 ZP I; Auswärtiges Amt/Deutsches Rotes Kreuz/Bundesministerium der Verteidigung (Fn. 2), S. 503, 509, 575; zur Rolle der Blockfreien etwa *Luigi Condorelli*, in: *Antonio Cassese* (Hrsg.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, 1979, S. 386 ff., insbes. 392 ff.

¹⁴ *Sivakumaran* (Fn. 4) S. 50 (m. Nachw. in Fn. 150).

¹⁵ Auswärtiges Amt/Deutsches Rotes Kreuz/Bundesministerium der Verteidigung (Fn. 2), S. 591.

¹⁶ S/RES 827 (1993), 25. 5. 1993; zum Hintergrund im Überblick *Claus Kreß*, in: *Heinrich Grützner/Paul-Günter Pötz/Claus Kreß* (Hrsg.), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 3. Aufl. (Loseblatt) 55. Lfg. April 2002, IV A 2, S. 1.

¹⁷ Siehe bereits seinen frühen Beitrag „The Spanish Civil War and the Development of Customary Law Concerning Internal Armed Conflicts“, in: *Cassese* (Fn. 7), S. 287 ff., insbes. 315 f.

¹⁸ *The Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1-AR72, 2. 10. 1995; hierzu *Claus Kreß* *EuGRZ* 1996, 638 ff.

¹⁹ *The Prosecutor v. Duško Tadić* (Fn. 18), Nr. 96 f.

²⁰ Hierzu näher *Claus Kreß* *Israel Yearbook on Human Rights* 30 (2000), 104 ff.

nommen hatte, in einer weltweit beachteten Studie im Kern besiegeln.²¹ Denn die Genfer Hüter des humanitären Völkerrechts erklärten, das im Bürgerkrieg geltende Völkergewohnheitsrecht entspreche inzwischen in vielem demjenigen im Krieg. Die „Tadic-Dynamik“ des Bürgerkriegsrechts stand im Einklang mit einer weiteren bedeutsamen Entwicklung im neueren Völkerrecht: Befördert vor allem durch die 1966 erzielte Einigung der Staaten über die zwei großen Menschenrechtspakte der VN hatte sich über die Zeit ein ungeschriebener internationaler Mindeststandard zum Schutz der Menschenrechte herausgebildet.²² Hieran hatte *Cassese* anknüpfen können, da nichts deutlicher machte als der Menschenrechtsschutz, dass sich das Völkerrecht für die Belange des einzelnen Menschen geöffnete hatte. Hinzu kam, dass sich nach anfänglicher Unsicherheit zunehmend die Einsicht Bahn brach, dass dieser völkerrechtliche Menschenrechtsschutz dazu herangezogen werden konnte, das humanitäre Völkerrecht im Bürgerkrieg inhaltlich weiter anzureichern und hierdurch zu stärken.²³

Mit welcher Wirkung das geschehen kann, macht der 2012 vorgelegte Bericht der unabhängigen israelischen Untersuchungskommission zu möglichen Reformen im System der israelischen Militärgerichtsbarkeit deutlich. Nach dem Seezwischenfall von 2010 vor dem Gazastreifen, der im israelisch-türkischen Verhältnis hohe Wellen geschlagen hatte, war in Israel eine unabhängige Untersuchungskommission unter der Leitung des ehemaligen Richters am obersten Gerichtshof *Turkel* eingesetzt worden, auch um möglichen Reformbedarf zum israelischen Militärjustizsystem zu erkunden. In letzterem Zusammenhang traf die *Turkel*-Kommission ganz in Übereinstimmung mit der „Tadic-Dynamik“ die bemerkenswerte Feststellung, dass sich inzwischen auch im Bürgerkrieg eine völkergewohnheitsrechtliche staatliche Pflicht herausgebildet habe, dem Verdacht von (Bürger-)Kriegsverbrechen nachzugehen. Zudem hielt die Kommission dafür, dass der völkerrechtliche Menschenrechtsschutz bei der genaueren Ausgestaltung dieser Pflicht bedeutsame Orientierungshilfe leisten könne.²⁴

Im Licht all dessen ist die Gesamtbewertung berechtigt, dass die „Humanisierung des Völkerrechts im Bürgerkrieg“²⁵ inzwischen weit vorangeschritten ist.²⁶

II. Das Völkerrecht im Bürgerkrieg im Spannungsfeld mit dem völkerrechtlichen Schutz der Menschenrechte

Doch ist diese segensreiche Entwicklung nur die eine Seite der Medaille. Lange Zeit weniger bemerkt blieb demgegenüber, dass die Herausbildung eines Völkerrechts im Bürgerkrieg eine zutiefst ambivalente Angelegenheit ist. Denn sie hat längst auf das Kampfführungsrecht übergegriffen, das einen wichtigen Teil des klassischen Kriegsrechts bildet.²⁷

1. Das Kampfführungsrecht im Krieg

Betrachtet man dieses Kampfführungsrecht, welches 1977 im ZP I in wichtigen Teilen auch einen völkervertraglichen Niederschlag gefunden hat²⁸, ein wenig genauer, so zeigt sich, dass dem wohlklingenden Begriff des humanitären Völkerrechts ein stark beschönigender Zug anhaftet. Denn im Kampfführungsrecht zeigt sich das hässliche Gesicht des Kriegs, das mit dem menschenrechtlichen Ideal so gar nicht recht zu vereinbaren ist. Das Kampfführungsrecht des internationalen bewaffneten Konflikts²⁹ erlaubt den Kombattanten³⁰ beider Seiten die Tötung gegnerischer Kombattanten grundsätzlich über den gesamten Zeitraum des Konflikts hinweg, und dies unabhängig davon, ob der ins Visier genommene Kombattant gerade einen Angriff unternimmt.³¹ Die Bekämpfungsbefugnis im Krieg ist eben nicht an einer akuten individuellen Gefahr ausgerichtet, sondern sie knüpft an die durch die Uniform ausgewiesene Mitgliedschaft der jeweiligen Zielperson in einem kampfbereiten gegnerischen Kollektiv an. An der Menschenrechtsidee gemessen noch anstößiger ist der Umstand, dass das Kampfführungsrecht Zivilisten keineswegs umfassend schützt. Diese dürfen zwar der Grundregel des Kriegsrechts³² entsprechend nicht gezielt angegriffen werden. Doch bleibt der Angriff auf ein militärisches Ziel selbst dann möglich, wenn nach Lage der Dinge auch bei sorgfältiger Vorbereitung die Gefährdung von Zivilisten nicht ausgeschlossen werden kann. Ein Angriffsverbot setzt erst dann ein, wenn zivile Begleitschäden drohen, die sich gemessen an dem erstrebten konkreten militärischen Vorteil als unverhältnismäßig darstellen.³³ Selbst die Kriegsgefangenschaft³⁴ entpuppt sich bei genauerem Hinsehen als ein zutiefst zweischneidiges Rechtsinstitut. Denn so begrüßenswert humanitär etwa das absolute Verbot ist, Kriegsgefangene zu foltern, so unübersehbar ist doch auch das Wesen des Freiheitsentzugs als ausgesprochen robuste Präventivhaft, richterlich nicht angeordnet und zeitlich begrenzt allein durch das Ende des Konfliktzustands. Allem Sirenen-

21 *Jean-Marie Henckaerts/Louise Doswald-Beck*, Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules. Volume II: Practice, 2005, *passim*; mit der Feststellung im Text soll die Kritik, die die IKRK-Studie auch erfahren hat, nicht bestritten werden; für eine in der Grundtendenz zurückhaltendere Stellungnahme zur Völkergewohnheitsrechtsentwicklung etwa *Jean d'Asprémont/Jérôme de Hemptinne*, *Droit international humanitaire*, 2012, S. 25 ff.

22 *Thomas Buergenthal*, in: *Rüdiger Wolfrum* (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Volume IV, 2012, S. 1023 ff.

23 Zu dem vielschichtigen und in den Einzelheiten umstrittenen Verhältnis zwischen humanitärem Völkerrecht und völkerrechtlichem Menschenrechtsschutz im Überblick *Robert Kolb*, in: *Wolfrum* (Fn. 22), S. 1040 ff.

24 The Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010, Second Report: Israel's Mechanisms for Examining and Investigating Complaints and Claims of Violations of the Laws of Armed Conflict According to International Law, February 2013, S. 52 ff., insbes. 114 ff.

25 Wortwahl in Anlehnung an den Titel „The Humanization of Humanitarian Law“ des berühmten Aufsatzes von *Theodor Meron* *The American Journal of International Law* 94 (2000), 239.

26 Eine eindrucksvolle Bestandsaufnahme bietet *Sivakumaran* (Fn. 4), S. 255–335; siehe auch S. 430 ff.

27 Auch insoweit eindrucksvoll die Bestandsaufnahme *Sivakumarans* (Fn. 4), S. 336–429.

28 *Hans-Peter Gasser/Nils Melzer* (Fn. 3), S. 156.

29 Für eine Gesamtdarstellung *Yoram Dinstein*, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2. Aufl. 2010, *passim*; etwas knapper *Stefan Oeter*, in: *Dieter Fleck* (Hrsg.) (Fn. 3), S. 115 ff.

30 Zum Begriff *Knut Ipsen, Dieter Fleck* (Hrsg.) (Fn. 3), S. 85 ff.

31 *Gasser/Melzer* (Fn. 3), S. 82;

32 Zum völkervertragsrechtlichen Ausdruck dieser Grundregel siehe Art. 51 Abs. 2 Satz 1 ZP I; für knappe Erläuterungen siehe *Gasser/Melzer* (Fn. 3), S. 159 ff.

33 Zum völkervertragsrechtlichen Ausdruck des konfliktvölkerrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips siehe Art. 51 Abs. 5b) ZP I; für Erläuterungen zum geltenden Recht siehe *Gasser/Melzer* (Fn. 3), S. 164 ff.; *Stefan Oeter*, in: *Dieter Fleck* (Hrsg.) (Fn. 3), S. 196 ff.; zur Problematik des zivilen „Begleitschadens“ über das positive Recht hinaus eindringlich *Reinhard Merkel* *JZ* 2012, 1137 ff. und dazu die Erwiderung von *Till Zimmermann* *JZ* 2014, 388 (in diesem Heft).

34 Hierzu im Überblick *Gasser/Melzer* (Fn. 3), S. 112 ff.

klang der Begriffsbildung zum Trotz trägt das geltende „humanitäre Völkerrecht“ den militärischen Erfordernissen im Krieg damit sehr weitgehend Rechnung. Das muss es auch, möchte es trotz der extremen Bedingungen eines bewaffneten Kampfs auf seine Beachtung hoffen. Das humanitäre Völkerrecht im Krieg kann sich nicht gegen den Krieg als solchen richten, und es muss die unangenehme Wahrheit zur Kenntnis nehmen, dass sich der völkerrechtlich erlaubte Verteidigungskrieg typischerweise nicht gewinnen ließe, wenn der Kampf im Einklang mit dem menschenrechtlichen Ideal geführt werden müsste.³⁵ Deshalb umschließt das Kriegsrecht eine Notordnung³⁶ für das Gefechtsfeld, welche die Wirkkraft der Menschenrechte auf Leben und Freiheit empfindlich zurücknimmt.

2. Das Kampfführungsrecht im Bürgerkrieg

Ob das humanitäre Völkerrecht auch im Bürgerkrieg eine solche Notordnung bereit hält, war lange Zeit eine offene Frage.³⁷ Ein Grund für die lange währende Unsicherheit dürfte gewesen sein, dass es an einem weltweit geltenden völkerrechtlichen Menschenrechtsstandard bis weit in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts hinein fehlte. Denn solange die Staaten solchen menschenrechtlichen Bindungen nicht unterlagen, bestand für sie kein dringender Anlass, über ein Kampfführungsrecht im Bürgerkrieg nachzudenken. Aus der Sicht solcher Regierungen, die über kurz oder lang Bürgerkriegsgefahren zu gewärtigen hatten, ließ sich recht gut in dem Bewusstsein leben, die Art und Weise der Bekämpfung von Rebellen sei eine interne *domaine réservé* und so kritischen völkerrechtlichen Fragen entzogen. Dieselbe Haltung hat nach dem Zweiten Weltkrieg im Übrigen immer wieder dazu geführt, dass die jeweils betroffene Regierung den Tatsachen zuwider bestritt, in einen nicht-internationalen bewaffneten Konflikt verstrickt zu sein. Denn mit dem Eingeständnis der Tatsache eines solchen Konflikts hätte die betreffende Regierung nicht nur ihre eigene Fragilität bekundet, sondern auch anerkannt, fortan dem Maßstab der bürgerkriegsrechtlichen Minikonvention von 1949 unterworfen zu sein.

Mit der Herausbildung eines weltweiten völkergewohnheitsrechtlichen Menschenrechtsstandards wandelte sich dieses Bild grundlegend.³⁸ Nicht nur Regierungen in fremden Weltgegenden ahnten, dass ein Bürgerkrieg gegen gut organisierte Rebellen bei voller Wirkkraft der Menschenrechte auf Leben und Freiheit ebenso wenig sicher zu gewinnen sei wie ein Verteidigungskrieg gegen die Streitkräfte eines anderen Staats. Auch in Deutschland sah man sich weitaus schneller, als es der Politik lieb war, mit diesem Dilemma konfrontiert. Noch lebhaft in Erinnerung ist der verquälte offizielle deutsche Erkenntnisprozess, in Afghanistan zur Partei eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts geworden zu sein. Während die deutsche Politik noch dabei war, den schönen Traum vom „sanften Sicherheitsunterstüt-

zungseinsatz“ möglichst geräuschlos zu entsorgen³⁹, zwang der Angriffsbefehl von Oberst Klein die deutsche Justiz dazu, völkerrechtlich Farbe zu bekennen. Denn der Angriff im Kundustal erfüllte den Tatbestand des Mordes und nach voll menschenrechtsgebundenen polizeirechtlichen Maßstäben ließ sich die Tat nicht rechtfertigen. So besann sich der oberste deutsche Ankläger zugunsten des deutschen Obersten auf das völkergewohnheitsrechtliche Kampfführungsrecht im Bürgerkrieg.⁴⁰ In Anbetracht der zivilen Opfer fällt es schwer, an dieser Stelle den humanitären Impetus eines *Henri Dunant* am Werk zu sehen.

Und doch war die Karlsruher Entscheidung auf der Grundlage des geltenden Völkerrechts in ihrem Kern richtig⁴¹, und wie der deutsche Generalbundesanwalt sehen es inzwischen wohl die allermeisten Staaten: Im Zeitalter eines weltweiten völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes bedarf es einer speziellen kampfführungsrechtlichen Notordnung auch für den Bürgerkrieg. Die Linie hatte der *Internationale Gerichtshof* bereits 1996 in seinem Gutachten zur Nuklearwaffenfrage vorgezeichnet. Denn hierin hatte er festgestellt, dass das Kampfführungsrecht die Wirkkraft des Menschenrechts auf Leben in sämtlichen bewaffneten Konflikten, also auch im Bürgerkrieg, als Spezialregelung überlagere.⁴² Daraus zog 2009 das IKRK die Konsequenz. In einer bedeutsamen Handreichung an die Staaten – und in deutlicher Annäherung an das Recht des internationalen bewaffneten Konflikts – entwickelte es zentrale Elemente eines Kampfführungsrechts im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt.⁴³ Im September des vergangenen Jahres schließlich konstatierte der südafrikanische VN-Sonderberichterstatter gegen außergerichtliche, summarische oder willkürliche Hinrichtungen, *Christof Heyns*, dass es eine bürgerkriegsrechtliche Notordnung für die Kampfführung gebe, die die Menschenrechtswirkung des Friedenszustands zurückdränge.⁴⁴ Der Bericht von *Heyns*, in dem eine lesenswerte völkerrechtliche Zwischenbilanz zur Drohnenkriegführung gezogen wird, ist im Hinblick auf das primär menschenrechtlich gefärbte Mandat dieses UNO-Sonderberichterstatters besonders aussagekräftig.

³⁹ *Christian Schaller*, Rechtssicherheit im Auslandseinsatz. Zum völkerrechtlichen Charakter des Einsatzes der Bundeswehr in Afghanistan, SWP Aktuell 67, Dezember 2009, passim.

⁴⁰ Der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof, Ermittlungsverfahren gegen Oberst Klein und Hauptfeldwebel Wilhelm wegen des Verdachts einer Straftat nach dem VStGB und anderer Delikte, 3 BJs 6/10–4, Offene Version des Vermerks vom 16. 4. 2010 zur Verfügung der Einstellung nach § 170 Abs. 2 Satz 1 StPO, S. 41 ff.; wesentliche Teile des Vermerks sind abgedruckt in *NSSt* 2010, 581.

⁴¹ Auf derselben völkerrechtlichen Linie hat denn nun auch – im Rahmen eines Verfahrens zur Frage des Schadensersatzes – das *LG Bonn* entschieden; zum Text dieses Urteils siehe *JZ* 2014, 411 ff. (in diesem Heft) mit Anm. *Robert Frau*.

⁴² *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion)*, I.C.J. Reports 1996, 226, 240 (Nr. 25).

⁴³ *IKRK, Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, 2009, passim.

⁴⁴ U.N. Doc. A/68/382, 13. 9. 2013, Nr. 52 ff.; eine nicht nur theoretisch bedeutsame Frage bleibt in *Heyns'* Bericht indessen ebenso offen wie in den meisten sonstigen neueren Stellungnahmen zum Kampfführungsrecht im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt; die völkerrechtliche Stellung des Soldaten auf der Regierungsseite kann einmal so gedeutet werden, dass dieser (inzwischen) über eine dem Kombattanten im internationalen bewaffneten Konflikt entsprechende Bekämpfungserlaubnis unmittelbar nach Völkerrecht verfügt, aber auch zurückhaltender so, dass das Völkerrecht im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt dem jeweiligen Staat lediglich gestattet, seine Soldaten nach Maßgabe des nationalen Rechts mit einer über die strikten Menschenrechtsbindungen hinausgehenden Bekämpfungsbefugnis zu versehen; selbst *Sivakumaran* (Fn. 4) nimmt zu dieser Frage nicht Stellung; dazu *Kreß* *British Yearbook of International Law* 83 (2012), 151.

³⁵ Zum Realismus des humanitären Völkerrechts statt vieler *Gasser/Melzer* (Fn. 3), S. 26 f.

³⁶ So die treffende Begriffsbildung von *Wolff Heintschel von Heinegg*, Seekriegsrecht und Neutralität im Seekrieg, 1995, S. 125.

³⁷ *Sivakumaran* (Fn. 4), S. 336; *Cassese* (Fn. 7), S. 294 ff., zeigt indessen, dass bereits das Verhalten der Konfliktparteien im spanischen Bürgerkrieg der 1930er Jahre – ungeachtet der Nichtanerkennung der Aufständischen als Kriegführende – an grundlegenden Prinzipien des Kampfführungsrechts des Kriegs gemessen wurde.

³⁸ Hierzu und zum Folgenden hellstichtig *David Kretzmer* *Israel Law Review* 42 (2009), 8 ff.

3. Die Position der USA im „Kampf gegen Al Qaeda“

An diesem Punkt der Völkerrechtsentwicklung setzt die Begründung der *Obama*-Administration für ihre in den letzten Jahren stark forcierte Politik der gezielten Tötungen im Kampf gegen „Al Qaeda und die mit dieser assoziierten Kräfte“ an. Auch hier wird die nicht so humanitäre Seite des Bürgerkriegsparadigmas unübersehbar. Die USA mussten nicht etwa zu dem Eingeständnis gedrängt werden, in einen nicht-internationalen bewaffneten Konflikt verstrickt zu sein. Vielmehr ist die vom *US Supreme Court* entscheidend beförderte⁴⁵ These der amerikanischen Regierung, man befinde sich in einem solchen Konflikt, zu einem tragenden Pfeiler der Völkerrechtsposition avanciert, die man in den USA zur Rechtfertigung des Drohneneinsatzes gegen (angeblich) terroristische Ziele in Afghanistan, Pakistan und weiteren Staaten entwickelt hat.⁴⁶ Auch im Rahmen der amerikanischen Argumentation fungiert das Bürgerkriegsrecht also nicht primär als staatliche Handlungsbeschränkung, sondern umgekehrt als Quelle von staatlichen Handlungserlaubnissen, deren Inanspruchnahme der militärischen Notwendigkeit geschuldet sein soll. Eine „Al Qaeda-Dynamik“ des Bürgerkriegsrechts beansprucht neben der zunächst vorherrschenden „Tadic-Dynamik“ ihr Recht.

Das völkerrechtliche Bürgerkriegsparadigma der USA hat dabei eine Reichweite angenommen, die über die von anderen Regierungen in Bürgerkriegen formulierten Völkerrechtsansprüche deutlich hinausweist. Das gilt allerdings noch nicht so sehr für die amerikanische Rechtsbehauptung, ein Bürgerkrieg könne transnationale Züge annehmen. Denn aus der Warte einer von massiver nicht-staatlicher Gewalt bedrohten Regierung ist es tatsächlich nicht leicht einzusehen, warum sich das Recht der Kampfführung allein deshalb ändern soll, weil die asymmetrische bewaffnete Auseinandersetzung über Staatsgrenzen hinweg ausgetragen werden muss. Dem *US Supreme Court* ist daher zuzugeben, dass es gute Gründe dafür gibt, die völkerrechtliche Möglichkeit eines Bürgerkriegs mit transnationaler Dimension anzuerkennen.⁴⁷ Brandgefährlich ist demgegenüber die weitere These der USA, ein durch eine gemeinsame Ideologie statt einer einheitlichen Kommandostruktur verbundenes Netzwerk von Terrorfilialen, das sich über viele Staaten hinweg erstreckt, dürfe zu einer transnationalen Bürgerkriegspartei zusammengefasst und in der Folge in allen diesen Staaten militärisch bekämpft werden.⁴⁸ Denn mit dieser Rechtskonstruktion greift das Kampfführungsrecht des Bürgerkriegs in bedeutsamem Umfang auf bislang friedliches Terrain über. *Jean Pictet*, der große Kommentator der Genfer Konventio-

nen, hatte zwar in den 1950er Jahren noch vehement dafür plädiert, dem „humanitären“ Völkerrecht im Bürgerkrieg einen möglichst weiten Anwendungsbereich einzuräumen.⁴⁹ Doch argumentierte *Pictet* aus dem engen humanitären Blickwinkel der „Tadic-Dynamik“. Im Bewusstsein um die „Al Qaeda-Dynamik“ würde *Pictet*, so darf vermutet werden, seine Forderung überdenken. VN-Sonderberichterstatter *Heyns* hat Recht mit seinem Ausruf: „Peace should be the norm“.⁵⁰

Nach langen Jahren des transatlantischen Völkerrechtsdiskurses lassen sich vier zentrale Diskussionsfelder zum „transnationalen Bürgerkriegsparadigma“ der USA in der Auseinandersetzung mit Al Qaeda mit einiger Präzision bezeichnen. Erstens ist darauf zu bestehen, dass das Kampfführungsrecht im Bürgerkrieg nur unter engen Voraussetzungen zur Anwendung gelangt. Sehr begrüßenswert ist daher die im neuen, amtlichen deutschen Handbuch zum Humanitären Völkerrecht formulierte Überzeugung, nur intensive gewaltsame Auseinandersetzungen erreichten das Niveau eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts.⁵¹ Ob man speziell im Hinblick auf die Anwendung genuin humanitärer Regeln des Bürgerkriegsrechts großzügiger sein sollte, mag diskutiert werden.⁵² Noch nicht befriedigend beantwortet ist, zweitens, die überaus schwierige Frage, ob die Ausübung der scharfen Kampfführungsbefugnisse insbesondere im transnational geführten Bürgerkrieg festen geographischen Grenzen unterliegt. Es liest sich sehr gut, wenn der Generalbundesanwalt in seiner bedeutsamen neuen Entscheidung zu einem tödlichen amerikanischen Drohneneinsatz in Pakistan darauf beharrt, die Anwendung des Kampfführungsrechts sei „auf tatsächliche Kriegsgebiete“ zu begrenzen.⁵³ Doch wie sind diese Territorien mit der gehörigen juristischen Trennschärfe zu definieren, wenn nicht-staatliche Gewaltakteure in den sozialen Raum zu diffundieren vermögen und staatliche Drohnenangriffe im Rahmen einer asymmetrisch geführten Auseinandersetzung von fernen Kommandozentralen aus gesteuert werden? Eine inhaltlich überzeugende und überdies international konsensfähige Antwort auf diese Frage steht aus.⁵⁴ Drittens bleibt hoch umstritten, ob die kampfführungsrechtliche Erlaubnis einer (gezielten) Tötung des Gegners dann zurücktreten muss, wenn dessen Festnahme ohne nennenswerte Gefährdung der eigenen Kräfte möglich erscheint. Für diese Ansicht des IKRK⁵⁵

⁴⁵ *Hamdan v Rumsfeld. Secretary of Defense et al.*, (2006) 126 S Ct 2746, 2757.

⁴⁶ Die neuere US-amerikanische Völkerrechtsposition ergibt sich aus einer Reihe öffentlicher Stellungnahmen von Regierungsvertretern (für umfassende Nachw. siehe *Daniel Bethlehem* *The American Journal of International Law* 106 [2012], 770 [dort Fn. 1–6]) angefangen mit einer Rede vom 25. 3. 2010 des seinerzeitigen Völkerrechtsberaters der USA, *Harold Hongju Koh*, vor der American Society of International Law (<http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm>; zuletzt besucht am 7. 3. 2014) und in der Rede von Präsident *Obama* vom 23. 5. 2013 in der National Defense University Washington, D. C. (<http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/05/23/remarks-president-national-defense-university>; zuletzt besucht am 7. 3. 2014) kulminierend.

⁴⁷ *Sivakumaran* (Fn. 4), S. 228 ff.; *Noam Lubell*, *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*, 2010, S. 99 ff.; *Claus Kreß* *Journal of Conflict & Security Law* 15 (2010), 255 ff.; *Andreas Paulus/Mindia Vashakmadze* *International Review of the Red Cross* 91 (2009), 112 ff.

⁴⁸ Hierzu überzeugend VN-Sonderberichterstatter *Heyns*, U.N. Doc. A/68/382, 13. 9. 2013, Nr. 59–63; *Lubell* (Fn. 47), S. 118 ff.

⁴⁹ *Jean S. Pictet*, *The Geneva Conventions of 12 August 1949. Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, 1958, S. 36.

⁵⁰ U.N. Doc. A/68/382, 13. 9. 2013, Nr. 16.

⁵¹ Bundesministerium der Verteidigung, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Handbuch*, 2013, S. 175 (Rdn. 1301).

⁵² Für die Andeutung der Möglichkeit einer differenzierenden Betrachtung *Lubell* (Fn. 47), S. 155; auch in dem frühen Beitrag *Cassese* (Fn. 7), scheint an verschiedenen Stellen (ebda. S. 313, 288, 317 f.) die (noch nicht näher ausgeführte) Bereitschaft auf, eine differenzierende Betrachtung anzustellen.

⁵³ Der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof, Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt wegen des Verdachts einer Straftat nach dem VStGB und anderer Delikte, 3 BJs 7/12–4, Offene Version des Vermerks vom 23. 7. 2013 zur Verfügung der Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO, S. 22; wesentliche Teile des Vermerks sind abgedruckt in *NStZ* 2013, 644 (mit der im Text hervorgehobenen Aussage ebda. 645); hierzu *Ambos* *NStZ* 2013, 634; *Löffelmann* *JR* 2013, 496.

⁵⁴ Gegen eine spezifisch-geographische Begrenzung der kampfführungsrechtlichen Erlaubnisse *Noam Lubell/Nathan Derejko* *Journal of International Criminal Justice* 11 (2013), 65 ff.; anders *Kreß* *Journal of Conflict & Security Law* 15 (2010), 255 (266); das Gewicht der im erstgenannten Aufsatz vorgebrachten Argumente konzedierend *ders.* *British Yearbook of International Law* 83 (2012), 151 (152–155).

⁵⁵ IKRK (Fn. 43), S. 77 ff.

sprechen ungeachtet teilweise geradezu wütender Kritik⁵⁶ nicht nur völkerrechtspolitische Erwägungen, sondern auch gute völkerrechtliche Gründe.⁵⁷ Es war deshalb erfreulich zu lesen, dass der Generalbundesanwalt von der Rechtsansicht des IKRK in seiner jüngsten Entscheidung zum gezielt tödlichen Drohneneinsatz mit erkennbarem Wohlwollen Notiz genommen hat.⁵⁸ Doch schon die Bundesregierung zeigt sich bislang weniger aufgeschlossen⁵⁹ – vielleicht weil sie wie die USA Rechtsunsicherheit zu Lasten der eigenen Soldaten befürchtet. Viertens stellen sich Sorgfalts- und Transparenzfragen von erheblicher praktischer Relevanz.⁶⁰ Wie beispielsweise ist es mit den inzwischen auch im Bürgerkrieg geltenden Untersuchungspflichten bei Straftatverdacht zu vereinbaren, einem vollständig intransparent operierenden Geheimdienst die Aufgabe zu übertragen, (vermeintliche) Gegner gezielt zu töten? Mag der amerikanische Präsident kürzlich auch vorsichtig vom nahenden Ende der bewaffneten Auseinandersetzung mit Al Qaeda gesprochen haben⁶¹, der völkerrechtliche Diskussions- und Klärungsbedarf zu diesen Fragen wird bestehen bleiben. Das Gespräch hierüber ist nicht nur intellektuell, sondern auch und vielleicht vor allem politisch anstrengend. Die europäischen Staaten sollten ihm dennoch nicht ausweichen. Denn es geht um Fragen von Leben und Tod.

III. Ein neues Völkerrecht des Bürgerkriegs?

Unabhängig davon, wie diese Fragen im Einzelnen beantwortet werden, lässt sich nicht länger bestreiten, dass sich das Völkerrecht im Bürgerkrieg inzwischen auch auf dem brisanten Feld des Kampfführungsrechts an das Völkerrecht im Krieg angenähert hat. Das hat zu der Frage geführt, ob es nicht inzwischen überfällig sei, den nicht-staatlichen Kämpfern im Bürgerkrieg ein Kombattantenprivileg zuzugestehen – ganz so wie es die Soldaten beider Seiten im Krieg genießen. Die Zuerkennung des Kombattantenstatus an die Rebellen im Bürgerkrieg hätte zur Folge, dass diese nicht nur – wie bereits derzeit – kein Strafverfahren wegen eines (Bürger-)Kriegsverbrechens zu gewärtigen haben, soweit sie im Kampf die Regeln des humanitären Völkerrechts befolgen, sondern dass sie – anders als es derzeit der Fall ist – auch nicht wegen dieses Kampfs selbst (etwa wegen Rebellion oder Totschlags) nach dem Recht des Bürgerkriegsstaats bestraft werden dürfen. In einem der letzten Texte vor seinem Tod hat kein Geringerer als Antonio Cassese die Frage nach einem Kombattantenprivileg für die nicht-staatliche Konfliktpartei immerhin für den Fall bejaht, dass ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt eine besonders hohe Intensitätsschwelle annimmt und die nicht-staatlichen Kämpfer

bereit sind, sich im Gefecht hinreichend von der Zivilbevölkerung zu unterscheiden.⁶²

Das zentrale Argument für die Einführung eines solchen Kombattantenprivilegs ist letzten Endes humanitärer Natur. Welchen Anreiz, so wird im Hinblick auf die vielfach zu beklagende Missachtung des Völkerrechts im Bürgerkrieg gefragt, hätten nicht-staatliche Gewaltakteure, die anwendbaren Regeln zu befolgen, wenn ihnen am Ende des Krieges ohnehin Strafe droht, sofern sie nicht den Sieg davon tragen?⁶³ So einleuchtend diese Frage auch ist, die Antwort der Staaten folgt auf dem Fuße. Bei aller Wertschätzung für die Anreizfunktion des Völkerrechts im Bürgerkrieg, so heißt es dort, komme ein Kombattantenprivileg deshalb nicht in Betracht, weil andernfalls die normative Hemmschwelle dagegen verloren gehe, überhaupt zu den Waffen zu greifen und einen Bürgerkrieg zu entfesseln.⁶⁴ In Anbetracht des mit einem Bürgerkrieg erfahrungsgemäß⁶⁵ verbundenen Leids darf gewiss auch diese gegen ein Kombattantenprivileg in einem solchen Konflikt streitende Überlegung ein sehr beträchtliches humanitäres Gewicht beanspruchen.

1. Grundlinien

Der Gegensatz zwischen diesen Positionen scheint festgefahren. Doch er ließe sich überwinden. Hierzu lohnt ein Blick auf das zwischenstaatliche Friedenssicherungsrecht. Denn im Zwischenstaatenverhältnis besteht ein entsprechendes Spannungsverhältnis zwischen dem Anliegen, den Ausbruch eines Kriegs zu verhindern, und demjenigen, im Krieg für humanitären Schutz zu sorgen, wenn die Kriegsverhinderung gescheitert ist. Es soll nicht behauptet werden, dieses Spannungsverhältnis lasse sich vollständig auflösen. Das geltende Völkerrecht versucht indessen, es abzumildern. Denn es verbietet den Angriffskrieg zwar bei Strafe, beschränkt die Strafbarkeit aber auf die Ebene der Staatsführung.⁶⁶ So be-

⁵⁶ Besonders vehement *W. Hays Parks* New York University Journal of International Law and Politics 42 (2010), 769; für eine ruhige Antwort *Nils Melzer*, ebda. 892 ff.

⁵⁷ Diese werden etwa in dem schönen Beitrag von *Robin Geiß*, in: *Hélène Ruiz Fabri/Rüdiger Wolfrum/Jana Gogolin* (Hrsg.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, 2008, S. 554, entfaltet.

⁵⁸ Der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof (Fn. 53), S. 25 f.

⁵⁹ Bei ihrer Antwort auf die 34. Einzelfrage der Großen Anfrage der Abgeordneten Dr. *Rolf Mützenich* u. a. und der Fraktion der SPD geht die Bundesregierung einer Stellungnahme erkennbar aus dem Weg; BT-Drucksache 17/13 655, 29. 5. 2013, 10.

⁶⁰ Umfassend hierzu und eingehend zur US-amerikanischen Praxis *Philip Alston* Harvard National Security Law Journal 2 (2011), 283.

⁶¹ In seiner Rede vom 23. 5. 2013 (Fn. 46).

⁶² *Antonio Cassese*, in: *ders.* (Hrsg.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, 2012, S. 519, 523 ff.; ein fast leidenschaftliches Plädoyer in dieselbe Richtung hielt kurz zuvor *Emily Crawford*, *The Treatment of Combatants and Insurgents under the Law of Armed Conflict*, 2010, S. 168; vorsichtiger, aber in dieselbe Richtung weisend, regt *Sivakumaran* (Fn. 4), S. 520, an, die „Erwägungsklausel“ des Art. 6 Abs. 5 ZP II zur Amnestierung von Rebellen so zu handhaben, dass diese Bestimmung einem „funktionalen Äquivalent“ eines Kombattantenprivilegs nahe kommt; einen Vorschlag, der noch eine Spur vorsichtiger in diese Richtung weist, hatte das IKRK 1973 vorgelegt: IKRK, Art. 10 Abs. 5 of Draft Protocol II, Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949, Juni 1973.

⁶³ So *Cassese*, in: *ders.* (Fn. 62), S. 519; in demselben Sinn *Nils Melzer*, ebd., S. 514 f.; *Marco Sassoli* International Humanitarian Legal Studies 1 (2010), 26 f.; kritisch diesem Begründungsgang gegenüber *Frédéric Mégret*, in: *Carsten Stahn/Jennifer S. Easterday/Jens Iverson* (Hrsg.), *Jus Post Bellum. Mapping the Normative Foundations*, 2014, S. 527 ff.

⁶⁴ Dementsprechend lässt auch die neue Zentrale Dienstvorschrift Zdv 15/2 des Bundesministeriums der Verteidigung keinerlei Neigung erkennen, sich für den Gedanken eines Kombattantenprivilegs für nicht-staatliche Kämpfer auch nur vorsichtig zu öffnen: Bundesministerium der Verteidigung (Fn. 51), S. 177 (Rdn. 1308); zur Position der Staaten siehe auch *Melzer*, in: *Cassese* (Fn. 62), S. 514 (516).

⁶⁵ Es sei daran erinnert, dass es die Erfahrung mit dem (religiös motivierten) Bürgerkrieg war, die *Jean Bodin* 1576 dazu bewegte, den modernen Begriff der Souveränität grundzulegen; dazu lehrreich *Grimm*, *Souveränität, Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, 2009, S. 20 – 26, insbes. S. 21.

⁶⁶ Die Völkerstrafbarkeit des Angriffskriegs erlebte ihre Geburtsstunde im Urteil v. 1. 10. 1946 des *Internationalen Militärtribunals von Nürnberg* gegen die deutschen Hauptkriegsverbrecher: Internationaler Militärgerichtshof, Bd. 1, 1947, S. 207; zur 2010 angenommenen Definition des Völkerstrafatbestands der Aggression, die aus dem schöpferischen Nürnberger Präzedenzfall in einer langen und verwickelten Geschichte diplomatischer Bemühungen (siehe hierzu die Dokumentation in *Stefan Barriga/Claus Kreß* [Hrsg.], *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, 2012, S. 141 ff.) erwachsen ist, siehe *Claus Kreß/Leonie von Holtzendorff*

hält das Kombattantenprivileg auch für die Soldaten, die auf der Seite des Angreifers kämpfen, seine Anreizfunktion gegen die Begehung von Kriegsverbrechen. Auf der zwischenstaatlichen Ebene setzt das Völkerrecht beim staatlichen Führungspersonal also im Kern auf die Verhinderung des Kriegs, bei den Soldaten demgegenüber hilfsweise auf dessen Domestizierung.⁶⁷

Überträgt man dieses Lösungsmodell auf den Bürgerkrieg, so zeigt sich, dass die Einführung eines Kombattantenstatus für die Kämpfer der nicht-staatlichen Seite auch bei voller Berücksichtigung der Bedenken, die Hemmschwelle zum Bürgerkrieg dürfe nicht gesenkt werden, denkbar ist. Ganz im Gegenteil könnte ein erneuertes Völkerrecht des Bürgerkriegs auf zwei Ebenen parallel ansetzen: es könnte einmal ein Kombattantenprivileg im Bürgerkrieg einführen und zugleich die Entfesselung eines Bürgerkriegs bei Strafe verbieten (*ius contra bellum internum*).⁶⁸ Das Völkerrecht würde dem Ausbruch eines Bürgerkriegs dann nicht länger prinzipiell mit Gleichgültigkeit begegnen, sondern es würde dessen Verhinderung unmittelbar zu seiner Sache machen.⁶⁹ Im Rahmen eines solchen Lösungsmodells würde das einzelstaatliche Gewaltmonopol nicht einfach durch die Einführung eines Kombattantenprivilegs geschwächt, sondern durch ein an nicht-staatliche Gewaltakteure gerichtetes völkerrechtliches Verbot des bewaffneten Angriffs zunächst einmal gestärkt.⁷⁰ Letzteres müsste allerdings entsprechend dem

Straftatbestand gegen die (staatliche) Aggression auf die politische Führungsebene der Rebellen begrenzt werden, damit dem „einfachen Bürgerkriegssoldaten“ der Anreiz erhalten bliebe, den Kampf im Rahmen des humanitären Völkerrechts zu führen.⁷¹

Eine brennende Frage im Rahmen eines solchen Zukunftsmodells wäre, ob das Gewaltverbot für nicht-staatliche Akteure ausnahmslos durchzuhalten wäre. In Anbetracht des mit einem Bürgerkrieg typischerweise – gerade auch für Unbeteiligte – verbundenen menschlichen Leids sprechen zwar durchgreifende Gründe dafür, nicht nur einen *bewaffneten* Aufstand für die Herstellung demokratischer Verhältnisse zu untersagen, sondern selbst denjenigen Bürgern zuzumuten, nicht gegen die eigene Regierung *zu den Waffen* zu greifen, die von dieser schweres Unrecht zu erleiden haben. Doch ein solches Gebot zum inneren Frieden sieht sich spätestens dann schwerwiegenden Bedenken ausgesetzt, wenn die Regierenden sich anschicken, eine ganze Bevölkerungsgruppe zu vernichten. Der Diskussion über ein extrem begrenztes *ius ad bellum internum* – also über das Recht einer Zivilbevölkerung zum „humanitären Widerstand“ in Entsprechung zum staatlichen Selbstverteidigungsrecht – als Ausnahme zum grundsätzlichen *ius contra bellum internum* ließe sich also nicht ausweichen. Bislang wird ein solches Recht nur ganz ausnahmsweise mit wohlwollender Tendenz erörtert.⁷² Diskutiert wird statt dessen ausschließlich – und zwar unter den Stichworten der internationalen Schutzverantwortung (bei einem VN-SR-Mandat)⁷³ bzw. der bewaffneten humanitären Intervention (bei Fehlen eines solchen Mandats)⁷⁴ – eine mögliche Eingriffsbefugnis auswärtiger Staaten. Systematisch stimmig ist das nicht. Denn die Begründung der Ausnahmebefugnis zum humanitär motivierten Gewalteinsatz müsste im Völkerrecht der Gegenwart, das nicht-staatliche Akteure nicht länger vollständig mediatisiert, eigentlich bei der Frage nach einer Notwehrbefugnis der Zivilbevölkerung ansetzen.⁷⁵ In diesem Zusammenhang lässt aufhorchen, dass die Arabische Liga die völkerrechtliche Frage der Unterstützung der Freien Syrischen Armee auf ihrem Gipfel in

Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2011, 65, und ebda. 72 zur Beschränkung der Strafbarkeit auf das Führungspersonal.

67 Claus Kreß European Journal of International Law 20 (2009), 1133 ff.

68 Siehe bereits Claus Kreß British Yearbook of International Law 83 (2012), 151 (159); einen in dieselbe Richtung weisenden und von denselben Grundüberlegungen getragenen Vorschlag hatte zuvor schon Melzer, in: Cassese (Fn. 62), S. 515 ff. unterbreitet, wobei dort (ebda. S. 517) offen bleibt, ob neben der (bereits jetzt bestehenden) völkerrechtlichen Erlaubnis, die bewaffnete Erhebung gegen die eigene Regierung nach staatlichem Recht unter Strafe zu stellen, auch an die Einführung eines Völkerstrafatbestandes gedacht ist.

69 Das Hauptaugenmerk des dritten Teils dieses Beitrags liegt auf der internen nicht-staatlichen Gewaltanwendung; doch stellte sich natürlich die Frage, ob das hier erwogene neue völkerrechtliche Verbot auch den transnationalen nicht-staatlichen bewaffneten Angriff erfassen sollte, den die Staaten bei der neuen Definition des Völkerstrafatbestandes der Aggression nicht berücksichtigen wollten (zu der Beschränkung dieses Tatbestands auf die Beteiligung an staatlicher Gewaltanwendung Claus Kreß/Leontie von Holtzendorff GA 2011, 56 [73]; zu dem Umgang mit transnationaler nicht-staatlicher Gewalt aus der Warte des deutschen Strafrechts Nina Nestler ZStW 125 [2013], 286 ff.); die Frage nach einer Erstreckung des im Text erwogenen *ius contra bellum internum* auf massive transnationale nicht-staatliche Gewaltanwendung stellte sich dann nicht, wenn es bereits eine Völkerstrafat des internationalen Terrorismus gäbe; so sah es Antonio Cassese in „seiner“ letzten großen richterlichen Entscheidung, die er als Vorsitzender Richter und Berichterstatter der Rechtsmittelkammer des Sondergerichtshofs für den Libanon (so wird man vermuten dürfen) entscheidend geprägt hat (*Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration and Cumulative Charging*, STL-11-01/I, 16. 2. 2011, Nr. 111); indessen sieht sich diese Entscheidung auf der Grundlage des geltenden Völkerstrafrechts schwerwiegenden Zweifeln ausgesetzt (besonders eindrucksvoll liest sich die Kritik von Ben Saul Leiden Journal of International Law 24 [2011], 677 ff.) und die vom Libanon-Tribunal vorgeschlagene Definition dürfte für einen Völkerstrafatbestand deutlich zu weit reichen. Es bestehen daher durchgreifende Zweifel daran, dass das Libanon-Tribunal die Frage nach der sachgerechten völker(straf)rechtlichen Behandlung von transnationaler nicht-staatlicher Gewalt überzeugend beantwortet hat.

70 Das hier als Komplementärstück zu einem Kombattantenstatus für nicht-staatliche Streitkräfte im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt erwogene neue *ius contra bellum internum* wäre asymmetrisch angelegt, da es sich allein gegen die nicht-staatlichen Gewaltakteure richten würde; im Hinblick auf das Gewaltmonopol des Staates ist diese Asymmetrie auch alternativlos; die völkerrechtlichen Grenzen der staatlichen Gewaltausübung ergeben sich aus dem völkerrechtlichen Menschenrechtsstandard und dem Bürgerkriegsrecht sowie bei internationaler Strafdrohung für die jeweils handelnden Staatsorgane – aus den Völkerstrafatbeständen des

Völkermords, der Menschlichkeitsverbrechen und der Bürgerkriegsverbrechen.

71 Eine solche Differenzierung sieht Nils Melzer's Vorschlag (in: Cassese [Fn. 62], S. 514 [517]), nicht vor, und es fragt sich, ob die von Melzer ebda. erwogenen Vorkehrungen, die über das Kombattantenprivileg erreichte Anreizfunktion über das *ius contra bellum internum* nicht wieder auszuhebeln, ausreichend wären.

72 So insbesondere von Frédéric Mégret Canadian Yearbook of International Law 46 (2010), 143 ff., der den (drohenden) Völkermord als Kernanwendungsfall des *ius ad bellum internum* ansieht; in seinem neuesten Beitrag verknüpft Mégret diesen Gedanken mit der Frage nach einem Kombattantenprivileg für Rebellen und schlägt statt eines solchen Privilegs den Grundsatz vor, Rebellen für ihre Bürgerkriegsbeteiligung dann (aber auch nur dann) zu amnestieren, wenn sie ein *ius ad bellum internum* wahrgenommen haben; ders., in: Carsten Stahn/Jennifer S. Easterday/Jens Iverson (Fn. 63), S. 538 f.; dieser Lösungsvorschlag beruht auf der Überzeugung, dass die Zuerkennung eines Kombattantenprivilegs nicht geeignet wäre, den nicht-staatlichen „Bürgerkriegssoldaten“ einen Anreiz zur Beachtung des Völkerrechts im Bürgerkrieg zu verschaffen (siehe oben den Nachw. in Fn. 63), so dass sich die Funktion eines Amnestiegebots zu Gunsten von Rebellen darin erschöpfen sollte, den Ausnahmefall des völkerrechtlich zu erlaubenden Widerstands abzusichern.

73 U.N. Doc. A/RES/60/1, 16. 9. 2005, insbes. Nr. 138 f.; hierzu Anne Rausch, Responsibility to Protect, 2011, passim; Christopher Verlage, Responsibility to Protect, 2009, passim.

74 Das einschlägige Schrifttum ist nahezu unüberschaubar geworden; siehe statt aller neuerdings Nicholas J. Wheeler, Saving Strangers. Humanitarian Intervention in International Society, 2010, passim.

75 Dazu dass die bewaffnete humanitäre Intervention eines auswärtigen Staats völkerrechtsdogmatisch am überzeugendsten über die Figur der Nothilfe (völkerrechtlich: der kollektiven Selbstverteidigung) zu erfassen wäre, bereits Claus Kreß NJW 1999, 3081.

Doha vom März 2013 ausgehend vom Selbstverteidigungsrecht des syrischen Volkes in den Blick genommen hat.⁷⁶

Ein vollständig symmetrisiertes Völkerrecht im Bürgerkrieg würde ein Völkerrechtsverhältnis zur Norm erheben, das immerhin bereits im 19. Jahrhundert in der Sache bekannt war, wenngleich wegen des Erfordernisses der Anerkennung von Rebellen als Kriegführende auf wenig sicherem Grund. Ein so reformiertes Völkerrecht im Bürgerkrieg müsste allerdings um ein Völkerrecht gegen den Bürgerkrieg ergänzt werden. Hiermit würde das völkerrechtliche Gewaltverbot auf nicht-staatliche Akteure mit besonders hohem Gewaltpotential erweitert und so die Zuständigkeit des Völkerrechts für den Bürgerkrieg, die der VN-SR seit langem beansprucht⁷⁷, durch einen diskriminierenden Bürgerkriegsbegriff inhaltlich weiter angereichert. Ein Völkerrecht des Bürgerkrieges, das nach einem weiteren Entwicklungsschritt im Geist *Antonio Cassese*s (und in der konkreten Ausgestaltung noch über dessen zuletzt geäußerte Forderung hinaus) mit einer Differenzierung zwischen einem *ius contra bellum* internum und einem *ius in bello*, den Anschluss an das zwischenstaatliche Friedenssicherungsrecht (im weiteren Sinn) fände, ist nach alledem als theoretisch konsistentes völkerrechtliches Regelungsgebäude *vorstellbar*. Doch lassen sich hiergegen grundsätzliche Einwände denken und, falls diese auszuräumen sein sollten, taugte das Reformmodell auch für die Praxis?

2. Eine „realistische Utopie“?

Zuallererst gibt die Erwägung, das Völkerrecht im Bürgerkrieg vollständig zu symmetrisieren, Anlass, nochmals grundsätzlich über das Kombattantenprivileg im Krieg nachzudenken. Denn im Zeitalter des zwischenstaatlichen Gewaltverbots liegt die Legitimation einer Tötungserlaubnis auch für die Soldaten des *Aggressors* – vorsichtig formuliert – nicht auf der Hand. So hat der „just war-Theoretiker“ *Jeff McMahan* das Kombattantenprivileg für den „*unjust combatant*“ vor einigen Jahren einer viel beachteten moralphilosophischen Kritik unterzogen. Ein solches Privileg ließe sich weder mit dem Gedanken einer duellartigen wechselseitigen Einwilligung in die Durchführung von Schädigungshandlungen, noch über eine generalisierte Rechtsirrtumsvermutung zugunsten des „einfachen Soldaten“, noch schließlich unter Hinweis auf die angebliche Bindungswirkung des Befehls der Führung des *Aggressors* überzeugend begründen.⁷⁸ Diese Argumente beanspruchen im Hinblick auf die Stellung des „nicht-staatlichen Soldaten“ im Bürgerkrieg erst Recht Gewicht. Allerdings hat *McMahan* aus seiner *philosophischen* Kritik am Kombattantenprivileg ausdrücklich – er betont freilich: „einstweilen“ – nicht die Forderung ableiten wollen, das Recht des *internationalen* bewaffneten Konflikts im Hinblick auf das Kombattantenprivileg zu *asymmetrisieren*. Dabei hat er gerade auch auf den Anreiz zur Einhaltung des Völkerrechts im internationalen bewaffneten Konflikt verwiesen, der mit dem Kombattantenprivileg verbunden sei.⁷⁹

⁷⁶ Zu der Erklärung von Doha siehe <http://arableaguesummit2013.qatar-conferences.org/news/news-details-17.html> (zuletzt besucht am 10. 3. 2014); zu den ideengeschichtlichen Wurzeln dieser Erklärung *Niaz A. Shab* *European Journal of International Law* 24 (2013), 346.

⁷⁷ Siehe hierzu nur nochmals „*Cassese's*“ *The Prosecutor v. Dusko Tadic* (Fn. 18), Nr. 30.

⁷⁸ *Jeff McMahan*, *Killing in War*, 2009, S. 38 ff.

⁷⁹ *McMahan* (Fn. 78), S. 189 ff.; für einen umfassenden Einblick in die Diskussion über das Verhältnis von Moralphilosophie und Völkerrecht an dieser Stelle *David Rodin/Henry Shue* (Hrsg.), *Just and Unjust Warriors. The Moral and Legal Status of Soldiers*, 2008, passim.

Demgegenüber erwägt *Frédéric Mégret* in einem soeben erschienenen klugen Beitrag, das *symmetrische* Kombattantenprivileg im *internationalen* bewaffneten Konflikt im Licht von *McMahan's* Kritik auf den Prüfstand zu stellen. Dabei bezweifelt *Mégret* (konsequentermaßen) die Validität der verbreiteten Annahme einer positiven Anreiz- und Steuerungsfunktion des Kombattantenprivilegs und charakterisiert diese im Kern als *Laienpsychologie*.⁸⁰ Diese Zweifel verdienen es, ernst genommen zu werden, und sie geben deshalb Anlass, die Frage der Anreizwirkung des Kombattantenprivilegs im Hinblick sowohl auf das geltende Völkerrecht im internationalen bewaffneten Konflikt als auch auf ein mögliches zukünftiges Recht im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt nochmals gründlich zu überdenken und die Durchführbarkeit einer empirischen Untersuchung zu prüfen. Im Hinblick auf das im Zentrum dieses Beitrags stehende Völkerrecht im Bürgerkrieg muss gerade auch im Hinblick auf die grundsätzliche Problematik eines Kombattantenprivilegs für den „*ungerechten* Bürgerkriegler“ gelten, dass der Schritt hin zu einer vollständigen normativen Symmetrisierung nur zu verantworten sein wird, wenn hiermit tatsächlich die begründete Aussicht verbunden werden kann, die Normbefolgungsbereitschaft auf der Seite der nicht-staatlichen Konfliktpartei typischerweise spürbar zu erhöhen.

Sollte sich eine solche Aussicht nicht begründen lassen, so würde dies die Debatte über ein *ius contra bellum internum* freilich nicht hinfällig machen. Zwar ist dieses hier als denkbare komplementäre Regelungsebene zu einem normativ symmetrisierten *ius in bello interno* vorgestellt worden. Doch sei unterstrichen, dass über ein *ius contra bellum internum* (und über ein Recht zum humanitärem Widerstand in *extremis*) in jedem Fall nachzudenken ist. In anderen Worten: Die (weitere) Symmetrisierung des *ius in bello interno* ist ohne ein neues *ius contra bellum internum* gewiss nicht anzuraten, doch diese These lässt sich nicht einfach umkehren. Aber auch das hier zur Diskussion gestellte *ius contra bellum internum* wirft bedeutsame Fragen auf. Zunächst ist sorgfältig zu durchdenken, ob eine zugleich inhaltlich überzeugende und (zumal im Hinblick auf das *Völkerstrafrecht*) hinreichend bestimmte Formulierung des erwogenen neuen (und strafbewehrten) *ius contra bellum internum* und der hiervon anzuerkennenden Ausnahme in Gestalt eines begrenzten *ius ad bellum internum* möglich ist.⁸¹ Sodann fragt es sich, ob eine Differenzierung zwischen Führungs- und Ausführungsebene bei nicht-staatlichen Gewaltorganisationen immerhin im Regelfall tatsächlich derart durchführbar ist, dass ein neues *ius contra bellum internum* die intendierte Steuerungsfunktion gegen die Entfesselung von Bürgerkriegen entfalten könnte. Die Praktikabilität des erwogenen neuen Regelungsregimes wäre ferner dann erheblichen Zweifeln ausgesetzt, wenn Bürgerkriegen typischerweise eine solche Eskalationsdynamik vorausginge, die nicht in einer die Zuordnung von Verantwortung ermöglichenden Weise zu entwirren wäre. Die Fälle „Syrien“ (seit 2012) und „Ukraine“ (2013/14) bieten betrüblicherweise (wenn auch mit unterschiedlichen Ergebnissen) aktuelles Anschauungsmaterial für Eskalationsdynamiken im „Vorhof des Bürger-

⁸⁰ *Frédéric Mégret*, in: *Carsten Stahn/Jennifer S. Easterday/Jens Iverson* (Fn. 63), S. 538 f.

⁸¹ Zu der Frage nach der rechten Behandlung *transnationalen* nicht-staatlicher Gewalt siehe bereits die Anmerkungen oben in Fn. 69; sodann müsste eine sachgerechte Intensitätsschwelle für die nicht-staatliche Gewalt definiert werden, um den Regelungsumfang der neuen völkerrechtlichen Norm angemessen zu begrenzen.

kriegs“. Eine weitere Herausforderung bestünde darin, ein *ius contra bellum internum* (und die anzuerkennende Ausnahme hiervon) mit einem Widerstandsrecht abzustimmen, so wie es etwa das Grundgesetz in seinem Art. 20 Abs. 4 positiviert hat. Nicht zuletzt müssten dem ganz grundsätzlichen Einwand hinreichend gewichtige Gründe entgegengesetzt werden können, mit einem an *nicht*-staatliche Akteure gerichteten grundsätzlichen Verbot quasi-militärischer Gewaltanwendung überhöbe sich das Völkerrecht in seiner Regelungsambition.

In Anbetracht dieser ernstzunehmenden und noch kaum diskutierten Fragen soll das Reformmodell für ein Völkerrecht *des* Bürgerkriegs hier nicht etwa bereits zur Umsetzung empfohlen werden. Angeregt wird lediglich eine umfassende Debatte darüber, ob das Modell eine „realistische Utopie“ im Sinn von *Nino Cassese* sein könnte. Eine solche Debatte wäre vielschichtig und fordernd. Doch ist der Bürgerkrieg ein Hauptübel unserer Zeit, und ein verbesserter Beitrag des Völkerrechts dazu, diesem Übel an die Wurzel zu gehen, lohnte jede Anstrengung.

Professor Dr. Sebastian Graf von Kielmansegg, Wiesbaden*

Der Zivilist in der Drehtür – Probleme der Statusbildung im humanitären Völkerrecht

Seit Auslandseinsätze der Bundeswehr Teil der Realität deutscher Außenpolitik geworden sind, hat auch die scheinbar entlegene Spezialmaterie des humanitären Völkerrechts wieder eine sehr konkrete Relevanz erlangt. Sie bietet zugleich ein anschauliches Beispiel für die Schwierigkeiten, die sich rechtlicher Systembildung bei der Erfassung komplexer und wandelbarer Strukturen der Wirklichkeit stellen. Eine der eigentümlichsten Erscheinungsformen dieser Schwierigkeiten ist als „Drehtüreffekt“ in die Diskussion eingegangen.

I. Von Asymmetrien und Drehtüren

Das humanitäre Völkerrecht trägt sein Ziel im Namen: Die Wahrung der Humanität, und zwar dort, wo sie eigentlich schon außer Kraft gesetzt ist: im Krieg. Es ist Teil des früheren Kriegsrechts, in heutiger Diktion: des Rechts der bewaffneten Konflikte, und soll dort, wo definitionsgemäß die Gewalt regiert, die Flagge der Menschlichkeit hochhalten – die „unsichtbare Flagge“, wie sie einmal mit melancholischer Eleganz genannt worden ist.¹ Mit diesem Anspruch stand das humanitäre Völkerrecht immer vor großen Herausforderungen. Eine der charakteristischen Herausforderungen der Gegenwart bilden „asymmetrische Konflikte“² – Konflikte, die zwischen ungleichartigen Kontrahenten und mit ganz ungleichartigen Mitteln ausgefochten werden, namentlich zwischen regulären Streitkräften und irregulären, guerillaartig organisierten Gruppen. Dieses Phänomen ist als solches nicht neu,³ aber was zunächst nur Randerscheinungen klassischer zwischenstaatlicher Kriege waren, ist mittlerweile ganz in den Vordergrund gerückt. Die Konflikte, in die Staaten und ihre Streitkräfte verwickelt werden, sind heutzutage überwiegend asymmetrischer Natur. Auch die Bundeswehr hat diese Erfahrung gemacht – der Afghanistanereinsatz oder

die Pirateriebekämpfung am Horn von Afrika sind eindrucksvolle Beispiele dafür. Mehr als einmal haben die besonderen Erscheinungsformen dieses Konflikttyps die deutsche Politik und Öffentlichkeit erschüttert.

Die Asymmetrie, von der hier die Rede ist, hat viele Facetten, von der militärischen Technologie und Organisation bis zur Rechtskultur. In der Summe führen sie zu grundlegenden Unterschieden im ethischen und politischen, taktischen und strategischen Denken der Konfliktparteien. Die handlungsleitenden Rationalitäten und Mentalitäten fallen prinzipiell auseinander. Das hat Folgen für die Realisierungschancen des humanitären Völkerrechts. Die Bändigung des Ausnahmezustandes durch Normen setzt eine gewisse Übereinkunft über Inhalt und Rang dieser Normen voraus. Wo sie fehlt, droht der Humanität eine Schiefelage. Bereits wenn eine der Konfliktparteien die Normen nicht respektiert, werden die Lasten humanitärer Selbstbeschränkung ungleich verteilt, wird infolgedessen auch die andere Seite versucht sein, von ihrer humanitären Selbstbeschränkung abzurücken – nicht nur, weil Normbefolgung immer auch auf Reziprozitätserwartungen beruht, sondern ebenso, weil wichtige Mechanismen des humanitären Völkerrechts ihre Wirkung nur entfalten können, wenn sie von beiden Parteien beachtet werden. Der asymmetrische Konflikt bietet dafür keine guten Voraussetzungen.⁴

Die Schwierigkeiten, die sich hier stellen, betreffen nicht nur die praktische Ebene der Befolgung, sondern auch die rechtliche Konzeption als solche. Ratio des humanitären Völkerrechts ist der Schutz Unbeteiligter und Wehrloser im bewaffneten Konflikt – neben Verwundeten⁵ und Kriegsgefangenen⁶ vor allem der Zivilbevölkerung.⁷ Gerade ihre Stellung ist im asymmetrischen Konflikt ein neuralgisches Problem. Es kulminiert in der zentralen Frage, wer als zulässiges Ziel militärischer Schädigungshandlungen angesehen werden darf. Sie verursacht im asymmetrischen Konflikt besondere Schwierigkeiten – die umstrittene amerikanische und israelische Praxis der gezielten Tötung aufgespürter Mitglie-

* Der Autor ist Inhaber des HEUSSEN-Stiftungslehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht, Recht der erneuerbaren Energien und Medizinrecht an der EBS Universität Wiesbaden.

1 Bamm, Die unsichtbare Flagge, 1952.

2 Allgemein zum Phänomen des asymmetrischen Konflikts *Hobe*, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Bd. 44: Moderne Konfliktformen, 2010, S. 41, 44 ff.; *Schmidt*, Das humanitäre Völkerrecht in modernen asymmetrischen Konflikten, 2012, S. 26 ff.

3 *Oeter*, in: Festschrift für Michael Bothe, 2008, S. 503 f.

4 Ähnlich *Hobe* (Fn. 2), S. 75.

5 I. Genfer Konvention (Landkrieg); II. Genfer Konvention (Seekrieg); I. Zusatzprotokoll (im Folgenden: ZP I) Art. 8–34.

6 III. Genfer Konvention u. Art. 44–47 ZP I.

7 IV. Genfer Konvention u. Art. 48–79 ZP I.