

**19. Jahrgang
2/2006**

**Volume 19
2/2006**

**ISSN 0937-5414
G 10364**

Humanitäres Völkerrecht Informationsschriften

Journal of International Law of Peace and Armed Conflict

Deutsches Rotes Kreuz 

**Institut für Friedenssicherungsrecht
und Humanitäres Völkerrecht**



Herausgeber:

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

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

ISSN 0937-5414

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

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

Bezug:

Erscheinungsweise vierteljährlich; Inlands-Abonnementpreis jährlich EUR 33,00 (inkl. MwSt. 7% und Porto und Versand); Auslands-Abonnementpreis jährlich EUR 42,50 (inkl. Porto und Versand); Einzelheftpreis Inland: EUR 7,90 (inkl. MwSt. 7%, zzgl. Porto und Versand EUR 1,28); Einzelheftpreis Ausland: EUR 18,20 (inkl. Porto, Versand und Bankgebühren).

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

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

Verlag:

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

Druck:

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

Redaktion:

Prof. Dr. Horst Fischer, Bochum; verantwortlicher Redakteur dieser Ausgabe; **Dozent Dr. Hans-Joachim Heintze**, Bochum; Redaktionsassistentin: **Dr. Noëlle Quéniwet LL.M.**, Bochum

Ständige Mitarbeiter:

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

Korrespondierende Mitarbeiter:

Dr. Andreas v. Block-Schlesier, Brüssel; **Ralph Czarnecki LL.M.**, Berlin; **Dr. Knut Dörmann**, Genf; **Dr. Robert Heinsch LL.M.**, Den Haag; **Dr. Avril J.M. McDonald M.A., LL.M.**, Den Haag; **Dr. Sascha Rolf Lüder**, Bochum

Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften (HuV-I)

Journal of International Law of Peace and Armed Conflict (JILPAc)

19. Jahrgang
2/2006

Volume 19
2/2006

Editorial 91

Thema / Topic:

New Weaponry Technologies, Environment and Armed Conflicts:
The Revival of the Convention on Environmental Modification
Techniques of 1976 up to Day
Rosario Dominguez-Matés 93

Die Zulässigkeit präemptiver oder präventiver Anwendung
militärischer Gewalt
Dieter Wiefelspütz 103

The „Good Humanitarian Donorship Initiative“ and ECHO
David Kowertz 112

Beiträge / Notes and Comments

Artikel / Articles

Friedenssicherung in Postkonfliktsituationen: Ansätze der
Vereinten Nationen zur Wohnraum- und Eigentumsproblematik
Niklas Keller 120

Why the United States Shields its Servicemembers from
ICC Jurisdiction: A Bridge-Building Perspective
Thomas Wayne Pittman 125

Vorträge / Speeches

Outsourcing of War: The Role of Contractors on the Battlefield
Tom Hemingway 129

Outsourcing of War Efforts – einige Fragen aus der Sicht
des humanitären Völkerrechts
Hans-Peter Gasser 132

Panorama / Panorama

Dokumente / Documents

Principles and Good Practice of Humanitarian Donorship,
Endorsed in Stockholm, 17 June 2003 by Germany, Australia,
Belgium, Canada, the European Commission, Denmark,
the United States, Finland, France, Ireland, Japan, Luxemburg,
Norway, the Netherlands, the United Kingdom, Sweden and
Switzerland 136

Implementation Plan for Good Humanitarian Donorship,
Stockholm, 17 June 2003 137

Konferenzen / Conferences

Referendartagung zum Humanitären Völkerrecht,
Mühlthal/Trautheim (Deutschland), 26.–27. Oktober 2005
Michael Putthoff und Anja Timmer 137

Law and Operations. Legal Dimensions of Maritime Forces
in Operations. Seminar am Taktikzentrum der Marine,
Bremerhaven (Deutschland), 6.–10. März 2006
Michael Allmendinger 138

Buchbesprechungen / Book Reviews

David Rodin, War and Self-Defense
William Barlow 140

Philipp A. Zygojannis, Die Staatengemeinschaft und das
Kosovo: Humanitäre Intervention und internationale
Übergangsverwaltung unter Berücksichtigung einer
Verpflichtung des Intervenierten zur Nachsorge
Alena F. Douhan 141

Paul T. Zeleza und Philip J. McConaughay (Hrsg.),
Human Rights, the Rule of Law and Development in Africa
Christina Binder 143

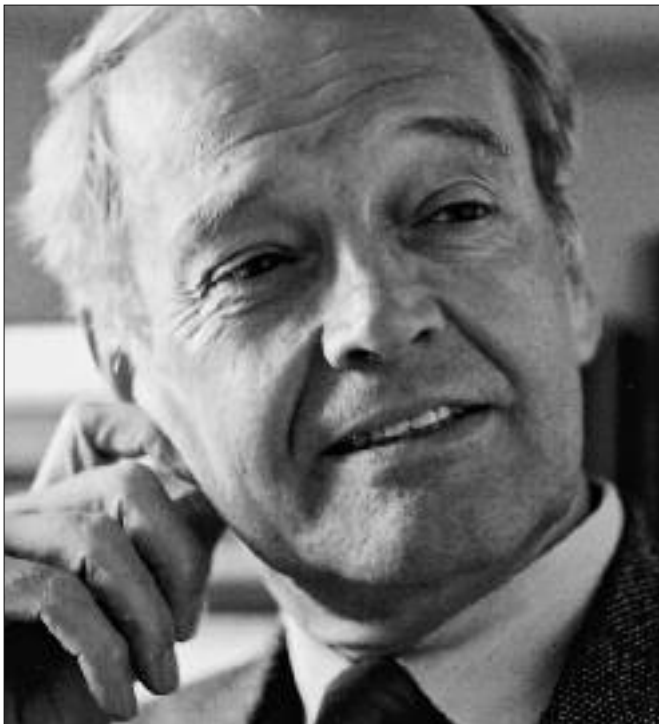
Simon Chesterman, You, The People, The United Nations,
Transitional Administration, and State Building
Matthias C. Kettmann 144

Mohammad Taghi Karoubi, Just or Unjust War?
International Law and Unilateral Use of Armed Force
by States at the Turn of the 20th Century
William D. Casebeer 147

Ted A. van Baarda, A.H.M. van Iersel and Desiree E.M. Verweij
(eds.), Praktijkboek Militaire Ethiek. Ethische vraagstukken,
morele vorming, dilemmatraining
Stella Beernink 148

Dennis Dijkzeul and Caroline Lynch,
Supporting Local Health Care in a Chronic Crisis:
Management and Financing Approaches in
Eastern Democratic Republic of the Congo
Benno M. Ure 149

David Wippman and Matthew Evangelista (eds.),
New Wars, New Laws? Applying the Laws of War
in 21st Century Conflicts
Sadi Cayci 150



Hans Herbert
von Arnim



Lobbyismus, wuchernde Bürokratie, Beamte
und Politiker fern jeder Kontrolle –
der gefürchtete Kritiker politischer Mißstände
Hans Herbert von Arnim hält der EU
den Spiegel vor.

448 Seiten mit Tabellen. Gebunden. € 24,90 [D] / sFr 44,50
Foto: © Andreas Reeg. www.hanser.de

HANSER

Attac



»... eine Sammlung von detailreichen
und fundierten EU-Analysen, die
auch utopischer Elemente nicht entbehren.
Ohne jenen provinziellen und nationa-
listischen Geist, der EU-Kritik hierzulande
nur allzu oft durchweht.«

profil

320 Seiten. Klappbroschur. € 19,90 [D] / sFr 36,-. www.deuticke.at

Deuticke

Editorial

Am 16. März 2006 präsentierte Präsident *George W. Bush* die Sicherheitsstrategie der USA für seine zweite Amtsperiode. Wiederum werden im Terrorismus und der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen herausragende Gefahren für die Sicherheit gesehen, auf die die mächtigste Macht der Erde auch zukünftig mit präventiven und präemptiven Gewaltanwendungen reagieren will. Deren rechtliche Bewertung ist nach wie vor umstritten. Deshalb wendet sich *Dr. Dieter Wiefelspütz* MdB in seinem Beitrag erneut der Diskussion der rechtlichen Zulässigkeit dieser Anwendungen militärischer Gewalt zu. Auch der Artikel von *Dr. Rosario Dominguez-Mates* untersucht Probleme der Anwendung von Waffengewalt, und zwar unter dem Gesichtspunkt, inwieweit durch die ENMOD-Konvention von 1976 diesbezüglich Schranken errichtet werden, die gegenwärtig von Relevanz sein könnten.

Weitere Artikel befassen sich mit der humanitären Hilfe, Nach-Konflikt-Regelungen und der internationalen Strafgerichtsbarkeit.

Die wohleingeführte Bad Teinacher Tagung, die unter Mitwirkung des Instituts für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht alljährlich Angehörige der Bundeswehr und Konventionsbeauftragte des DRK zum Meinungsaustausch zusammenbringt, fand im März zum 16. Male statt. Sie stand in diesem Jahr unter dem Motto „Krieg ohne Soldaten“ und wendete sich damit einem Thema zu, das immer größere praktische Bedeutung gewinnt. Zunehmend werden klassische militärische Aufgaben auf zivile Kräfte übertragen, was die Frage nach der juristischen Einordnung aufwirft. Wir freuen uns, dass uns die Veranstalter der Tagung die beiden Einleitungsbeiträge von Brigadegeneral *Thomas L. Hemingway* (Legal Advisor, US Air Force) und von *Dr. Hans-Peter Gasser* überlassen haben. Der zweite Themenkomplex der Bad Teinacher Tagung, die Rolle und Stellung der Kindersoldaten wird in einem späteren Heft der HuV-I behandelt werden.

Wie gewohnt schließen sich am Ende des Heftes Dokumente, Konferenzberichte und Rezensionen an. Last but not least erlaubt sich die Redaktion wiederum den Hinweis, dass alle Beiträge in den *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* die Meinungen der Autoren reflektieren. Die Redaktion identifiziert sich nicht notwendigerweise mit deren Positionen.

Die Redaktion

12. DRK-Kurs im Humanitären Völkerrecht

Berlin, 06. – 12. August 2006



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

Einführung in das Humanitäre Völkerrecht

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Knut Ipsen,
eh. Präsident des Deutschen Roten Kreuzes, Berlin -
angefragt

Anwendungsbereiche des

Humanitären Völkerrechts – Die Konflikttypen

Prof. Dr. Wolff Heintschel von Heinegg,
Europa Universität Viadrina, Frankfurt. a.d.O.

Internationale Hilfsaktionen des Deutschen Roten Kreuzes – Aktuelle Herausforderungen und Beispiele

Dr. Johannes Richert, Deutsches Rotes Kreuz,
Generalsekretariat, Berlin

Das Internationale Komitee vom Roten Kreuz und das Humanitäre Völkerrecht – Grundlagen und Einsatzfelder

Dr. Toni Pfanner, Internationales Komitee vom Roten
Kreuz, Genf

Kombattanten und Nichtkombattanten – Der Kriegsgefangenenstatus

Dr. Noelle Quéniwet, LL.M., Ruhr-Universität Bochum

Schutz der Zivilbevölkerung und ziviler Objekte *Prof. Dr. Horst Fischer, Ruhr-Universität Bochum*

Die UN-Charta und das Humanitäre Völkerrecht

Prof. Dr. Manfred Mohr, Deutsches Rotes Kreuz,
Generalsekretariat, Berlin

Mittel und Methoden der Kampfführung – Waffenverbote und Abrüstung

Dr. Thomas Desch, Bundesministerium für
Landesverteidigung, Wien

Durchsetzung des Humanitären Völkerrechts

Dr. Heike Spieker, Deutsches Rotes Kreuz,
Generalsekretariat, Berlin

Der Internationale Strafgerichtshof und das Völkerstrafrecht: Entwicklung, Stand, Perspektiven *Dr. Robert Heinsch, LL.M., Internationaler Strafgerichtshof, Den Haag*

Kriegsverbrecherprozesse – Fallbeispiele / Moot Court

Dr. Robert Heinsch, LL.M., Internationaler Strafgerichtshof,
Den Haag

Das Humanitäre Völkerrecht und die Menschenrechte

Dr. Hans-Joachim Heintze, Ruhr-Universität Bochum

Die Arbeit des Deutschen Instituts für Menschenrechte

Frauke Seidensticker, Deutsches Institut für
Menschenrechte, Berlin

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

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

Bewerbungen mit Lichtbild, die Angaben zur Person – insbesondere Nachweise über erbrachte Studien- bzw. Examenleistungen – enthalten, richten Sie bitte **bis 30. Mai 2006** an:
Ruhr-Universität Bochum, IFHV, Prof. Dr. Horst Fischer, Geb. NA 02/33, 44 780 Bochum (Tel. 0234 / 32 27366)
Stand: 24.01.2006

New Weaponry Technologies, Environment and Hostile Purposes: The Revival of the Convention on Environmental Modification Techniques of 1976 up to day

Rosario Domínguez-Matés*

Schon 1966 kommentierte *Dr. Mouton* an einem Kursus abgehalten an der Den Haager Akademie für Völkerrecht unter der Überschrift „The Impact of Science in International Law“, dass die Existenz von Energieformen, wissenschaftlichen Erfindungen und neuen Einsatzgebieten, potentielle Schäden gegenüber dem Menschen und der Umwelt hervorrufen könnten. Vier Dekaden später, sind wir nun Zeugen über die rapiden Eingriffe der Technologie und der Wissenschaft in die sozialen Strukturen, der Kultur und der Wirtschaft der Staaten. Werden diese neuen Technologien unter Kontrolle gehalten, können diese dazu beitragen, uns neue Möglichkeiten zu verschaffen die Produktivität zu steigern und dadurch die Lebensqualität zu verbessern. Ein Mangel dieser Kontrolle oder der Missbrauch von Technologien zu feindseligen Zwecken könnten jedoch in kürzester Zeit zu einer Gefahr für die Menschheit und die Umwelt werden.

Die Auswirkungen möglicher Manipulationen der Umwelt durch Hochtechnologie zu feindseligen Zwecken werden uns auch besonders gegenwärtig, wenn man vergleichsweise die in den letzten Jahren zunehmenden ökonomischen und sozialen Destabilisierungen der verschiedenen Staaten aufgrund Naturkatastrophen (z. B. Erdbeben, Tsunamis, Meerbeben) ins Auge fasst. Dies trifft auch die meist entwickelten Länder, wie uns jüngst verdeutlicht wurde. Ohne Zweifel könnte ein missbräuchlicher Einsatz der Umwelt i. S. eines Kampfmittels die perfekte Waffe des einundzwanzigsten Jahrhunderts darstellen.

Das humanitäre Völkerrecht hat diese Eingriffe auf die Umwelt mit der ENMOD Konvention 1976 reguliert. Dieses internationale Abkommen ist jedoch mittlerweile veraltet sowohl in seiner förmlichen als auch inhaltlichen Aspekte, so dass selbst bei der formgerechten Anwendung durch die Mitgliedstaaten, deren Vorschriften letztendlich übergangen werden können. Folglich ist es an der Zeit, die ENMOD Konvention inhaltlich zu überprüfen im Hinblick auf neue Reformvorschläge zu dessen effektiven Anwendung und Weiterentwicklung.

1. Introduction

In the last years we are being witnesses of natural disasters such as earthquakes, hurricanes, tropical storms or tsunamis that have caused human victims, important economic losses and social destabilisation, among other serious consequences.

We have checked how important and small States have been affected by these phenomena and how, some more than others have been unable to foresee and respond to these situations.

If we thought in military and arms terms, the damages caused to the environment of an adverse party would be undoubtedly the perfect weapon to destroy the enemy, especially since it could be carried out in absolute anonymity, masked under the appearance of a natural phenomenon.

This theory is not new, neither it is very far from being made reality.

We are currently witnessing military experiments, activities and programmes executed in the framework of the most advanced plans of scientific innovation: the technology of environmental modification, which, although still in the development stage, could well be used for military purposes in the near future.¹ Basically, these technological advances can be divided in two categories: the first, generally called “geophysical”, comprising the manipulation of various subsystems such as the atmosphere, hydrosphere, lithosphere and the earth’s electromagnetic field. A second category is based upon the manipulation of the molecular, atomic, biochemical, and biogenetic structures of life on earth.

The military application of the first category would consist of a kind of atmospheric and meteorological war that could be waged against a specific adversary with the aim of weakening the latter both socially and economically.² On the other hand, the hostile application of the second category would lead to biological-biogenetic warfare aimed at contaminating the resources of the soil, plants, and animals of the agricultural and breeding sectors or of the very ecosystem of a speci-

* *Dr. Rosario Domínguez-Matés* is Associate Professor of Public International Law and International Relations at the University of Huelva (Spain). This article is part of the author’s general study about the protection of the environment in International Humanitarian Law: *La protección del medio ambiente en el Derecho Internacional Humanitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, published in cooperation with the Spanish Red Cross and the Ministry of Defence.

¹ See, for instance, T.J. House et al., “Weather as a Force Multiplier: Owning the Weather in 2025”, Research Paper presented to Air Force 2025, August 1996, <<http://www.fas.org/spp/military/docops/usaf/2025/v3c15/v3c15-1.htm>>, 14 October 2005.

² For example, between 1963 and 1972, first the C.I.A. and later on the United States military carried out extensive experiments with the objective of provoking rainfall in Indochina, particularly in Laos. The technique consisted of spreading silver and iodised lead above the clouds from aeroplanes. The aim of this technique was to extend the annual rain seasons in order to achieve the cutting off of the enemy’s communication lines, especially those of the corps located in south-eastern Laos (the Ho Chi Minh route), to put the enemy radars out of use and, thus, avoid anti-aircraft attacks, and facilitate United States bombardments. Although the destructive effects on the environment have not been sufficiently demonstrated, mention was made of large floodings and the erosion of rough areas, especially after previous bombardments, which could have serious consequences for the flora and fauna of the area only if carried out systematically and on a large scale. S.I.P.R.I., *Weapons of Mass Destruction and the Environment*, London Taylor & Francis Ltd. and Crane, Russak & Company, Inc., 1977, pp. 55–56 and 58–59. See more specifically D. Shapley, “Rainmaking: Rumored Use Over Laos Alarms Arms Experts, Scientist”, (1972) 176 Science 1216–1220.

fic region or country, destroying its social, economic and ecological systems.³

It is essential to emphasise that the speedy and cumulative progress of these technologies, of either category, makes them ever increasingly sophisticated and so prevent us from distinguishing between the possible natural cause of a catastrophic event and the possible social cause of a military-hostile origin. So much that we are confronted with a new war arsenal, which is perverse in both its origin, use and consequences, and whose control under the international law of armed conflicts or the law of disarmament is still only in its budding stage.

Leaving aside the technological advances referred to in the second category and their possible hostile use,⁴ this paper focuses on the study of the international legal regulation of the use of the geophysical environmental modification technology for warfare purposes and its present-day scope.

1.1. From Vietnam to the Present: The ENMOD Convention, the First and only Step towards the International Prohibition to Use the Environment as a Means of Warfare

In reply to the concerns originating from the use of means of warfare that are harmful for the environment during the Vietnam War, the U.S. and the U.S.S.R., under the aegis of the United Nations, promoted an international treaty aimed at prohibiting the use of means of warfare liable to cause *ad hoc* natural catastrophes with a view to overcome the enemy.

As a result of these negotiations and the action of the Conference of the Committee on Disarmament and the General Assembly, the Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques (hereinafter referred to as the ENMOD Convention) was opened for signature in Geneva on 18 May 1977 and entered into force on 5 October 1978. Since that time, no international treaty would replace it or deal with the matter.

1.1.1. The Object of the Prohibition: “Environmental Modification Techniques”

The ENMOD Convention refers to environmental changes provoked through the deliberate manipulation of natural processes, and not to the conventional methods of warfare that could cause a negative impact on the environment.⁵ In this sense, the object of the prohibition of the Convention focuses solely and exclusively on changes affecting the dynamics, composition or structure of the Earth – including its biota, lithosphere, hydrosphere and atmosphere – or of outer space, as specified in its article 2.

In the first place, we shall discuss the scope of the definition of the word “environment”, as contemplated in the ENMOD Convention and which, for a better understanding, we will split up in three basic aspects, as examined below:

a) The object: The Earth, including its flora and fauna, its lithosphere, hydrosphere and atmosphere, and the outer space. This exhaustive enumeration of the aspects of environment indicates that, in the ENMOD Convention, the latter is not being considered as a whole; on the contrary, the above-mentioned criteria acquire their own specific relevance, whose grouping together integrates what we know as the Earth.

Consequently, the term “environment” as used in the ENMOD Convention contains a cumulative series of specific aspects, in such a way that any alteration of any of them would have its own importance. This explanation is strengthened when we take into consideration the list of examples set out in the Interpretative Agreements to the articles of the Convention presented by the Conference of the Committee on Disarmament to the General Assembly.⁶

b) The aspects to be modified: The dynamics, composition and structure of the Earth and outer space. The terms “dynamics, composition and structure” describe the aspects capable of modification through their artificial manipulation by mankind. The expression “dynamics” refers to forces producing movement; “composition” refers to the various parts composing a body, whereas “structure” means the way the two above aspects are arranged or distributed within the object Earth or outer space. Obviously, terms of such a generic nature are not so clearly discernible among them that we may consider dividing them; even the comparison of the words in the original texts fails to clarify a possible distinction between them.⁷

For these reasons, we are inclined to believe that the object of this enumeration is to include in the scope of the Conven-

³ Imagine a possible hostile use of the ‘Mad Cow’ disease or BSE syndrome in the United Kingdom or the ‘Bird Pest’ in Asia.

⁴ On the application of Biotechnology for hostile purposes, see my contribution: “New Weaponry Technologies and International Humanitarian Law: Their Consequences on the Human Being and the Environment”, in P.A. Fernández Sánchez (ed.), *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflicts. In Honour of Professor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, International Humanitarian Law Series, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, at 91–100.

⁵ As regards the distinction between its environmental provisions and others established in the Additional Protocol I of 1977, whereas the articles of Protocol I apply when the attack has an impact on the environment (the environment as victim), the ENMOD Convention refers to a manipulation of the environment for hostile purposes (the environment as a weapon). See M. Bothe, “The Protection of the Environment in Times of Armed Conflict”, (1991) 34 *German Yearbook of International Law* 57.

⁶ These Interpretative Agreements are not included in the text of the Convention, but are part of the documentary report presented by the Conference of the Committee on Disarmament to the General Assembly in September 1976. *Report of the Conference of the Committee on Disarmament*, vol. 1, General Assembly Official records: Thirty-First session, Supplement n° 27 (A/31/27), 1976, pp. 91–92. See D. Schindler & J. To-man, *The Law of Armed Conflicts. A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, and Geneva, Henry Dunant Institute, 1988, pp. 168–169.

There is no doubt that these Interpretative Agreements are relevant for the interpretation of this treaty, as they are an essential component of the context, according to article 31, section 3, of the Vienna Convention of the Law of Treaties of 1969.

⁷ In English, French and German, respectively: “dynamic”, “dynamique”, “Dynamik”; “composition”, “composition”, “Zusammensetzung”; “structure”, “structure”, “Struktur”.

tion all modifications capable of affecting the natural aspects and to consider them as techniques aimed at manipulating the environment. Therefore, it is not necessary to establish a subdivision of these aspects; irrespectively of where these aspects are divided, the basic fact is that all elements composing the said object and interacting among them must be seen as a whole.

c) The method: The modification of natural processes. The term “natural process” refers to the innate and ordinary course of natural life in which man has not intervened. Therefore, the lists found in article 2 and in the Interpretative Agreements presented by the Conference of the Committee on Disarmament do not include human installations or complexes or semi-natural cultivation areas.

In this respect it is imperative to make a distinction between natural and artificial processes, where the latter refers to all transformations of the natural environment carried out, controlled or used by man such as, for instance, the building of a dam or a dike. Thus, the detonation of a dam or the destruction of a dike would not be considered a modification of natural processes in the sense of the ENMOD Convention, and would be excluded from its scope of application.

It is quite difficult to establish the distinction in the sense of the ENMOD Convention when the destruction of an artificial plant produces collateral damages to the environment, as compared to the manipulation of the environment through the deliberate destruction of artificial plants. By way of example, the ignition of oil wells can be approached from both viewpoints. In our opinion, the criterion to be applied would be the aspect of the energy released. Thus, if the increase of damages resulting from the release of natural forces exceeds the force required to release the said energies, the increased damages acquire a significance of their own as environmental aspects and, consequently, are to be considered a manipulation of natural processes and not merely as a destruction of artificial plants causing collateral damages to the environment.

Secondly, as regards the expression “manipulation techniques”, the term “technique” can be understood as referring to all manner of actions by which devices created by man or reactions initiated by man provoke, control, suspend, modify or influence scientific processes; this definition also includes intellectual processes and theoretical patterns. According to article 2 of the Convention, the term “technique” refers to scientific processes, without going into any detail and, once again, the original texts are of no use to us when trying to find divergent definitions of the word “technique”.

This leads us to conclude that, in view of this lack of specification, the type of technique employed makes no difference whatsoever, as long as it causes an alteration of the environment. Indeed, this ample concept does not rule out the possibility of using nuclear energy or chemical or biological agents to produce the desired effect, that is, the environmental alteration.⁸

Where the expression “manipulation” is concerned, the question arises whether this implies destruction or merely intervention. Not all interventions or transformations of an object imply the destruction of the said object, while, on the contrary, destruction does constitute an intervention or transformation.

When upholding the literal meaning of the word “manipulation”, then we must understand it as an alteration provoked in the environment that is necessarily the result of a transformation. To cite a specific example, in our opinion the destruction of the oil wells in the Iraq-Kuwait conflict did not constitute a technique of environmental transformation, since the ensuing climatic changes were due exclusively to an act of destruction. Therefore, it is obvious that the change must be provoked by a deliberate *ad hoc* manipulation. Thus, if, as in the example set out above, the intention was not to cause destruction, but rather to release particles of smoke into the atmosphere aimed at provoking a change in the composition of the air, then we are faced with an act of “manipulation”.

1.1.2. The Scope of the Prohibition: The Use of Environmental Modification Techniques

Article 1 of the Convention prohibits the application of environmental modification techniques, that is to say, their employment or use.

However, not all kinds of employment or use are prohibited, as the prohibition applies only to the use of techniques serving as “means” to cause destruction, damages or injuries to any other State Party.⁹ Consequently, the Convention does not prohibit the use of environmental modification techniques that could be used to strengthen or to increase the effectiveness of conventional weapons such as, for instance, the creation of mist at airports or other military objectives prior to a bombardment, as the modifying technique does not by itself cause any damage.¹⁰

Secondly, the Convention does not prohibit the threat to use the techniques concerned, an issue that should have been approached by analogy to article 2 (4) of the Charter of the United Nations, although it could be argued that the said threat is included implicitly in the prohibition of use.¹¹

And, finally, a new restriction we encounter in article 1 refers to the fact that it fails to prohibit the carrying out of experiments and research of environmental modification techniques. On the contrary, as we shall see further on, in its article 3 the Convention encourages the international exchange of in-

⁸ I. Detter, *The Law of War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000 (2nd edition), p. 270.

⁹ Art. 1 of the ENMOD Convention.

¹⁰ J. Goldblat, “The Environmental Modification Convention of 1977: An Analysis”, in A.H. Westing (ed.), *Environmental Warfare. A Technical, Legal and Policy Appraisal*, Stockholm International Peace Research Institute, Taylor & Francis Ltd., 1984, p. 56.

¹¹ *Ibid.*, p. 54.

formation and research for peaceful purposes, while drawing a line between peaceful and military is a difficult task.

1.1.3. The Basis: “For Military or any Other Hostile Purposes”

Under the ENMOD Convention, it is the intention of the States Parties to the treaty, on the one hand, to achieve the disappearance of the danger that would result from a disastrous ad hoc use of environmental manipulation techniques whereas, on the other hand, they intend to stimulate their peaceful use through international cooperation.¹²

Faced with this difficult balance between goals of such a diverse and complex nature, we must focus on the intentional element, in the sense that, whenever it can be deduced from the circumstances that the environmental modification is not aimed at its appropriate use, but rather at causing damage to third States, then such a modification must be qualified as of a military nature or involving hostile purposes.¹³

Consequently, the use of environmental manipulation techniques made by civil or military agencies with a view to their peaceful application by the State concerned or in aid of another State cannot be considered of a military or hostile nature.¹⁴ Examples to be mentioned in this respect are projects such as provoking rainfalls in the desert as part of the fight against desertification; dispersing clouds at civil airports or seaports; dispersing mist or clouds for the benefit of agriculture; manipulating of storms, a process that could be used to moderate the intensity of hurricanes; provoking of rainfall with the intention of limiting or reducing forest fires; inciting small earthquakes, which may be useful to avoid bigger eruptions; provoking snow avalanches to control them; or, finally, modifying river beds in order to facilitate or improve irrigation, navigation or energy production.¹⁵

In line with this interpretation, the ENMOD Convention promotes these techniques of environmental modification for peaceful purposes by declaring that their use shall not be hindered and shall be without prejudice to the generally recognised principles and applicable rules of international law concerning such use, according to its article 3. The Interpretative Agreements relating to article 2 explain that it is not the commitment of the Convention to question whether the use of modification techniques for peaceful purposes is in accordance with the principles and rules of international law.

On the other hand, extent of the expression “for military or any other hostile purposes” significantly lowers the level of conditionality for the application of the ENMOD Convention. Thus, the escalation of a specific conflict or an already existing conflict does not constitute a prior condition for the application of the Convention, and much less a declared war.¹⁶ Further, the expression “for hostile purposes” leads us to question whether or not the Convention is equally applicable in the event of an internal conflict. In principle, the Convention was not conceived to be applied to internal conflicts, since it requires the causing of damages to another State Party to it, as set out in article 1.

Another question would be whether or not the performance of environmental modification techniques of this kind during military manoeuvres within the national territory would be contrary to the Convention. Within a literal interpretation of the Convention tests and preparatory actions are not prohibited, as we have set out above, and, therefore, the performance of such techniques during military manoeuvres would explicitly not be contrary to article 1.

The only argument against this interpretation would be that the fear of a potential military confrontation derives from the fact that the preparatory activities are an indication of a hostile intention against a specific State. However, the text states “for military or any other hostile purposes”, and putting “military” and “hostile purposes” on the same level seems to indicate that an actual confrontation between both parties is required.¹⁷

1.1.4. The Condition: “Having Widespread, Long-Lasting or Severe Effects”

Where the term “widespread” is concerned, one may ask which measuring parameters must be used to determine and, at all events, to establish whether such effects will be of an absolute or relative nature. In this respect, we could resort, for instance, to relative aspects such as geological or geographical data, the surface extension or the population density of a country, etc., obtaining different measurements in each case. Alternatively, we could rely on an objective measurement in which only units of measurement are used, without taking into consideration the specifically national factors.

Although the text of the ENMOD Convention fails to provide any clarity allowing us to specify the term “widespread”, if we turn to the Interpretative Agreements attached to the said text, these suggest that units of measurement of an absolute nature must be applied, meaning that we would rule out any measurements based of the surface extension of the territory of a State, although this would give rise to a discrimination of countries with a small surface extension in comparison to others with large extensions of land.¹⁸

The decision to determine the extension by using absolute units of measurement is justified by the intention to avoid the application of subjective criteria based on the population density or geographical data, as pursued by certain States in their addresses made at the Conference of the Committee on Disarmament. These States argued that the destruction of a hundred square kilometres of a small island State should not

¹² Preamble to the ENMOD Convention, sections 3, 6 and 10.

¹³ J. Goldblat, “The Prohibition of Environmental Warfare”, (1975) 4.5–6 *Ambio* 188.

¹⁴ G. Fischer, “La Convention sur l’interdiction d’utiliser des techniques de modification de l’environnement à des fins hostiles”, (1977) 23 *Annuaire Français de Droit International* 829.

¹⁵ J. Goldblat, *supra* note 13, at 189.

¹⁶ G. Fischer, *supra* note 14, at 829.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ J. Goldblat, *supra* note 10, at 55, mentioning the examples of Caribbean States like Trinidad and Tobago.

be treated with the same parameters as the destruction of an identical surface area in the United States of America.¹⁹ However, this argument was ruled out for reasons of efficacy by countries like the United States of America, on the ground that the Convention should only prohibit effects that are verifiable, thus avoiding complaints whose importance is not sufficient to be verified.²⁰

Having established that the unit of measurement must be qualified in absolute terms, we should now inquire as to the quantity taken into consideration by the Convention in order for the effects caused to be qualified as “widespread”.

Article 2 of the Convention prohibits modification techniques that have an impact on the dynamics, composition or structure of natural processes. Therefore, it is understandable that the unit of measurement must be representative of a considerable quantity and volume. This is also the understanding of the Interpretative Agreement relating to article 1, where it refers to “several hundreds of kilometres” in relation to the term “widespread”, without establishing a lower figure.

In turn, the definitive extension will be specified in relation to the success of the modification technique used and all other related factors, as could be their verifiability – which, in turn, depends on the techniques applied, the real possibilities to carry out a long-term analysis, and the access *in situ* – as well as the kind of means used.²¹ This diversity of factors explains the reason why the interpretative rules do not establish *ad hoc* a minimum extension quota, given the existence of an inverse interrelation between the modification technique used and the type of destruction achieved in respect of the surface area to which the said technique is applied. Consequently, the smaller the surface extension, the bigger the impact of natural or artificial processes acting from the outside or the autonomous changes of the system itself will be.

Finally, with regard to the term “widespread”, it is proper to raise the question whether the sum of several isolated acts would be taken into account at the time of considering this requisite, since the text of the Convention fails to clarify this circumstance.

In order to reach a conclusion in this respect, one should adhere to a final criterion of the Convention. If, on the one hand, we say that the environmental modification technique must have effects on an extension of several hundreds of kilometres, in order to avoid the qualification of small local damages, it would be contradictory to conclude that an arithmetical addition would allow one to reach “widespread” results, without verifying, on the other hand, the interrelation of actions that, in principle, are of an isolated nature. Also when examining the Interpretative Agreements in relation to article 2, exemplifying the phenomena caused through environmental manipulations, we reach the conclusion that the said examples would be superfluous if any isolated action were to be considered momentous of acquire any relevant significance.

Although it cannot be ruled out that the commission of various acts may result in an act of manipulation, we are re-

ferring to a unity of act resulting in one single manifestation. Logically, the basis of interpretation lies in the damage caused. For example, if there is only one case of damage, then the latter has been produced by one single reaction of the environment and, consequently, the number of factors that produced the damages is irrelevant.

Turning now to the definition of the term “long-lasting”, again we turn to the Interpretative Agreements, which refer to “a relatively long period of months or approximately one season”. This definition rules out minor damages that, as a matter of fact, would be hard to verify. Therefore, in practice it is not likely that the repercussion of damages produced as the result of an environmental manipulation would be shorter than one season; on the contrary, it is generally assumed that environmental changes cause damages lasting more than one year.

Consequently, there does not exist any environmental manipulation that is not included in the scope of application of the ENMOD Convention, since it is unthinkable that damages lasting less than one season would somehow evidence themselves for a shorter period and, therefore, there is no ground for expecting a subjective or relative interpretation of the Convention.

“Severe” is the third qualifying term of the damages and, according to the Interpretative Agreements, implies “a serious or significant injury or damages to human life, economic or natural resources or other property”.

In the first place, it should be emphasised that the damages or injuries must be important and severe. These are non-quantifiable adjectives referring to the intensity of the damage or injury caused.²² It would be justified to assume that they were chosen *ad hoc* in order to include the entire typology of possible damages, provided always that, in accordance with the meaning of the ENMOD Convention, the consequences are verifiable.

Secondly, the properties referred to are human life and all natural and economic resources surrounding it. One gathers that it is not the intention of the Convention to restrict its scope of application, as it is clear from the definition that all material property essential for the life of a State is included.

Finally, we should pay attention to the disjunctive expression “or”, as it implies that it will be sufficient for one of these conditions to be fulfilled – widespread, long-lasting, severe – in an alternative and non-cumulative manner in order for an environmental manipulation technique to be included in the scope of prohibition of the ENMOD Convention, and consti-

¹⁹ *Ibid.*, at 54. Addresses made by States like Barbados, the Netherlands Antilles or Luxembourg.

²⁰ Conference of the Committee on Disarmament, Doc. CCD/PV.691 (1975). G. Fischer, *supra* note 14, at 829–830.

²¹ A. S. Krass, “The Environmental Modification Convention of 1977: The Question of Verification”, in A.H. Westing (ed.), *supra* note 10, at 70–71 and 79.

²² *Ibid.*, at 67.

tutes one of the main differences between the Convention and the Additional Protocol I to the Geneva Conventions, as we will see further on.²³

1.1.5. The Objective: “To Cause Destruction, Damage or Injury to any other State Party”

These three terms indicate the intention of the Convention to protect against any kind of interference in another State Party of a serious nature. In other words, the existence of any intention of this type is sufficient. There are many ways of destroying, damaging or injuring a State, not only in the frameworks of the three criteria defining a State: population, territory and public authority, but also in many other different aspects, which do not need specifying. Therefore, the three terms must be seen as one whole, with a view to reducing the criteria of application of the ENMOD Convention.

“To any other State Party” refers, beyond doubt, to any other State that has ratified or acceded to the ENMOD Convention. Therefore, the protection against hostile uses of environmental modification techniques applies, in a very limited manner, exclusively to the State Parties, according to article 1, meaning the States that have ratified or adhered to the Convention, according to article 9.²⁴

During the process of drawing up the Convention at the Conference of the Committee on Disarmament, some States objected to the restriction of the scope *ratione personae* exclusively to the State Parties. However, the attitude adopted by the majority was that an application without restrictions would favour those States that failed to ratify the Convention.²⁵ On the other hand, it was argued that a restriction of the rules of protection strictly to the States Parties would stimulate a higher number of ratifications of the Convention, to the point that the prohibition could acquire a universal nature²⁶ and, finally, this restriction would be a means to avoid complex and problematic relationships in respect of the adhesion or failure to adhere on the part of these third States under the terminology of Contracting Party instead of State Party.²⁷

A first question raised by this restriction of the scope *ratione personae* of the Convention would be whether or not the use of modification techniques on a State’s own territory with the intention of causing damage to another State Party falls within the scope of protection of the Convention. The ENMOD Convention does not require that the use of the modification technique takes place on the territory of the State that is the intended victim of the injury or damage. Quite to the contrary, it is clear from the context that a modification technique merely has to cause damage to the enemy, the territory where the technique is used being irrelevant. This interpretation is quite logical if we take into account the dangers of, and the lack of control over the majority of the environmental modification techniques given the inexistence, to this day, of any effective protection against environmental modification techniques whose direct or secondary consequences are extrapolated beyond all control to many other States. For these reasons, the only means of effective control

of manipulating techniques consists in not excluding their use or employment on a State’s own territory from the scope of prohibition of the Convention. And, moreover, even when a manipulating technique is used as a defensive weapon against a State invading one’s territory, such use must be included in the prohibition contained in article 1.²⁸

A second issue relating to the fact that environmental modification techniques are hard to control is the act of producing damage or injury to a third State. This would include those circumstances where State A uses a modification technique against State B, thereby causing damage or injury, however, to State C.

According to article 1 of the ENMOD Convention, the prohibition includes the use of an environmental technique when the said technique is used as a means to destroy, damage or injure a State Party. In the sense of article 1, the collateral effects on the territory of a third State would not be contemplated as a breach of the Convention. However, an interpretation more in line with the spirit of the Convention would lead us to assert that the primary condition for its application is the verified existence of the intention to damage a State Party, irrespective of where the widespread, long-lasting or severe damage or injury occurs. If, therefore, the intention is to damage a State Party and damage is caused to a third State, albeit unintentionally, it would be appropriate to apply the main objective and, where relevant, to consider that a breach of the ENMOD Convention has been committed.

1.2. The Control Mechanism Established in the ENMOD Convention

The State Parties have undertaken to take all necessary measures to prohibit and prevent any activity in violation of the provisions of the Convention anywhere under their jurisdiction or control.²⁹

Nevertheless, the task of controlling the prohibition of hostile manipulation of the environment is significantly more difficult than that of verifying compliance with the obligation to abstain from using a specific conventional weapon, as we will see further on. As a matter of fact, certain hostile modifications could be carried out in a way that they affect a

²³ R. A. Falk, “Environmental Disruption by Military Means and International Law”, in A. H. Westing (ed.), *supra* note 10, at 40; J. Goldblat, *supra* note 10, at 55; A. S. Krass, *supra* note 21, at 67.

²⁴ J. Goldblat, *supra* note 10, at 57; SIPRI/UNIDIR symposium participants, “Environmental Warfare: Policy Recommendations”, in A.H. Westing (ed.), *supra* note 10, at 87.

²⁵ Conference of the Committee on Disarmament (1975), addresses made by the Netherlands (CCD/PV.692), Iran (CCD/PV.697), Japan (CCD/PV.669), Egypt (CCD/PV.701), Yugoslavia (CCD/PV.701), and Mexico (CCD/PV.742).

²⁶ Conference of the Committee on Disarmament (1975), addresses made by the U.S.S.R. (CCD/PV.698), Canada (CCD/PV.699), Mongolia (CCD/PV.702) and Bulgaria (CCD/PV.703).

²⁷ Conference of the Committee on Disarmament (1975), address made by India (CCD/PV.710).

²⁸ J. Goldblat, *supra* note 10, at 57.

²⁹ Art. 4 of the ENMOD Convention.

specific country without the latter even being aware of the damage caused to its territory.

Be that as it may, as regards the control of the prohibition of hostile manipulation of the environment, there are several issues that need to be addressed, as already brought forward in the previous paragraph. Thus, we would need to know whether the environmental changes that caused damage to a specific State were the result of an artificial manipulation or a natural process on the part of another State; whether the destruction, damage or injury is of a widespread, long-lasting or severe nature; or whether the damage or injury was caused deliberately, with hostile intentions, or the mere consequence of an accident resulting from a peaceful use, the latter concept including the peaceful military use of these techniques.

With a view to clarifying these and other problems relating to the scope of application of the Convention, the States Parties undertake to consult one another and to cooperate through the appropriate international procedures within the frameworks of the United Nations. The international procedures may include the services of appropriate international organisations as well as those of a Consultative Committee of Experts.³⁰

Where the above-mentioned international organisations are concerned, an allusion appears to be made to the World Meteorological Organisation, the United Nations Environment Programme, or non-governmental organisations such as the International Scientific Union.³¹ However, the fact that the Convention itself fails to mention any specific organisation may lead to certain practical difficulties concerning, for instance, the adjustment of their internal procedure to this type of solutions and, probably to an even greater extent, the determination by the Parties in conflict of the international organisation most suited to solve the problem raised.³²

On the other hand, the proposed Consultative Committee of Experts will be set up *ad hoc* and for a specific purpose: the solution of a problem raised in relation to the object or the application of the provisions of the Convention, and will be appointed by the General Secretary of the United Nations at the request of a State Party.³³

The functions and rules of procedure of the Consultative Committee, to which each State shall be entitled to appoint one expert, are set out in the annex to the Convention constituting an integral part thereof. The role of the Consultative Committee is restricted to the verification of the facts and the issuance of a report on the problems raised.³⁴ The experts shall have the right, through the depositary of the Convention, to request from the States and the international organisations the information and assistance they consider necessary for the accomplishment of their work.³⁵

The Consultative Committee of Experts, being an institution of a corporate nature, has no competence to decide whether or not a violation of the Convention has occurred and, where relevant, who committed the violation or even to formulate recommendations.³⁶ The decision that a State Party has been

or is liable to be injured or damaged as the result of a violation of the Convention, including the determination of culpability, shall be the prerogative of the United Nations Security Council.

Thus, any State Party to the Convention may lodge a complaint with the Security Council, either directly or after having called on the Committee of Experts, whenever it has reason to believe that any other State Party is acting in breach of obligations deriving from the provisions of the Convention, submitting all relevant information as well as all possible evidence supporting the validity of its complaint.³⁷

In spite of the limitations imposed upon it, the Consultative Committee of Experts has been granted an important role in the procedure of verification of compliance with the provisions of the ENMOD Convention.³⁸ The right to decide procedural questions relating to the organisation of their work, either by consensus or by a simple majority,³⁹ allows this Consultative Committee to order without delay an inspection and examination of the problem raised in relation to the objectives of the Convention or as regards the application of its provisions.

Although it must be admitted that the fact that no votes can be taken on any issues other than those of a purely procedural nature cannot exactly be considered a praiseworthy attribute,⁴⁰ this limitation is not beyond repair, provided that the facts examined are verified and qualified in a way that they support the prevailing opinion of the team of experts.

All in all, the basic fact remains that the Committee of ex-

³⁰ Art. 5, section 1 of the ENMOD Convention.

It should be noted that this article 5, section 1 of the ENMOD Convention establishes the same system of control as that provided in the 1972 Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction, in its articles 5 and 6, with the exception of the mention of the services of appropriate international organisations and those of a Consultative Committee of Experts. Therefore, this represents a significant progress in the evolution of the techniques or arms control.

³¹ Conference of the Committee on Disarmament (1975), addresses made by the U.S.S.R. (CCD/PV. 705 and 726), the Netherlands (CCD/PV.726), and Australia (CCD/PV.480).

³² G. Fischer, *supra* note 14, at 832.

³³ Art. 5, section 2 of the ENMOD Convention.

³⁴ Section 1 of the Annex to the ENMOD Convention relating to the Consultative Committee of Experts.

³⁵ *Ibid.*, section 5.

³⁶ This strict separation between the facts and their assessment was criticized by the Italian delegation at the Conference of the Committee on Disarmament. Conference of the Committee on Disarmament (1975), CCD/PV. 727.

³⁷ Art. 5, section 3 of the ENMOD Convention.

³⁸ A role of the Committee of Experts which, nevertheless, is not as significant as that proposed by the delegation of the Netherlands at the Conference of the Committee on Disarmament and which finally was not accepted. This proposal contemplated a Consultative Committee of a permanent nature instead of *ad hoc*, and granted it a right of initiative. Conference of the Committee on Disarmament, Doc. CCD/PV.692 (1976), pp. 33–35.

³⁹ Section 2 of the Annex to the ENMOD Convention relating to the Consultative Committee of Experts.

⁴⁰ *Ibid.*

perts has the faculty to examine a case before a complaint is lodged at the level of political action and to make its view known to public opinion.⁴¹ It is therefore up to the State which lodged the complaint to form its own opinion and to decide upon future actions; either it accepts the verification of the facts and the report issued by the Committee of Experts, or it takes the matter to the Security Council requesting the action to be taken against the violator.

In the latter assumption, the Security Council will act in accordance with the decision-making procedure established in the Charter of the United Nations, which is why the veto right of the five permanent members poses the first insuperable obstacle when a State Party to the Convention seeks the determination of a breach committed by another State Party that is a permanent member of the Security Council in relation to the violation of any of the obligations deriving from the provisions of the Convention. On the other hand, it would not be quite logical if certain members of the Security Council, permanent or not, called upon to examine a possible violation of the Convention, might not be States Parties to the Convention, especially taking into consideration the rigid scope *ratione personae* characterising the Convention.

The difficulties set out above lead us to conclude that the possible under-use of the right to appeal to the Security Council in favour of the assistance of the Committee of Experts should not come as a surprise, as the latter, albeit to a limited extent, is generally guided by the principles of independence and merit, in situations where the determination and clarification of the facts for a speedy action is more important than the determination of responsibilities.⁴²

1.3. The Duration and Reviews of the ENMOD Convention

Unlike other treaties concerning arms control, the ENMOD Convention does not contain any termination clause and is formally of unlimited duration.⁴³ However, under the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, the material breach of a multilateral treaty (such as the violation of a clause essential to comply with the objective of the treaty) on the part of one of the Parties shall entitle the remaining Parties to suspend the operations established by the treaty and to resolve it, either in the relations between the States Parties or with the dissenting State. In addition, it entitles a party particularly affected by the violation to invoke the said violation as a basic ground for suspending the execution of the treaty in relations between States or with the defaulting State.⁴⁴

If the character of a multilateral treaty is such that a material breach of its provisions by one Party radically changes the position of any other State Party with respect to the further performance of its obligations under the said treaty, any Party shall be entitled to invoke the breach as a ground for suspending the entire operation of the said treaty.⁴⁵ It is not certain whether or not a convention prohibiting the use of environmental modification techniques for hostile purposes can be considered a treaty forming part of this category of

treaties as indicated by the Vienna Convention.

As regards the reviews of the ENMOD Convention, neither the Soviet project of 1974 nor the two identical projects presented in 1975 contained a provision regarding future conferences to examine the treaty, a detail typically featuring in the treaties relating to arms restriction. Really the future treaty reviews will guarantee the evolutionary and dynamic nature of these provisions, adapting them to the new requirements of the international community. So, in this sense, the ENMOD Convention has responded affirmatively.

In this sense, the ENMOD Convention is more progressive and establishes that, five years after its entry into force, the depository shall convene a conference of the States Parties to the Convention to review the operation of the Convention and to ensure that its purposes and provisions are being realised and, in particular, to verify the elimination of the dangers or military or any other hostile use of environmental modification techniques. From then onwards, at intervals of not less than five years, the conference shall be convened at the request of a majority of the States Parties to the Convention. If no conference has been convened within ten years following the conclusion of the latest one, the depository shall convene a new review conference if, on request, one third of or ten of the States Parties, whichever number is less, respond affirmatively.⁴⁶

However, and notwithstanding the significance of the review of treaties of which the progress of research and technology constitute a key reason for their existence, the conferences to review the ENMOD Convention held in 1984 and 1992 failed to bring it in line both with the advances of technique and with the environmental awareness that characterised the end of the twentieth century.⁴⁷

1.5. The Ultimate and Wrong Invocation of the ENMOD Convention

The most recent war event up to date that was the object of speculation on the application of the ENMOD Convention has been the Iraq-Kuwait Gulf War (1990-1991). In this res-

⁴¹ J. Goldblat, *supra* note 10, at 60.

⁴² *Ibid.*, at 61.

⁴³ Art. 7 of the ENMOD Convention.

⁴⁴ Art. 62, section b), of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969.

⁴⁵ *Ibid.*, Art. 60, section 2, c).

⁴⁶ Art. 8 of the ENMOD Convention.

⁴⁷ See about this two Conferences to Review, A. Anasov, "The Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of the Environmental Modification Techniques (ENMOD Convention) (1977)", in S. Sur (ed.), *Verification of Current Disarmament and Arms Limitation Agreements. Ways, Means and Practices*, London, United Nations Institute for Disarmament Research, Dartmouth Publishers, 1991, at 269-275; J. Goldblat, "The ENMOD Convention Review Conference", (1984) VII.2. *UN Disarmament* 93-102; K. Kozhonen, "The First Review Conference of the ENMOD Convention", (1985) VIII.1. *UN Disarmament* 133-142; and A.F. Panzera, "Some Considerations on the Review of the 1977 Environmental Modification Techniques (ENMOD) Convention", (1985) 6 *Italian Yearbook of International Law* 96-105.

pect, a number of issues of a relative significance as regards the application and the contents of this international treaty were raised, evidencing the difficulties when it comes to its effective application.

The first question we could raise is whether this treaty was applicable to Iraq, a signatory but not a State Party to the ENMOD Convention,⁴⁸ considering that the damage inflicted by Iraq on Kuwait could constitute acts that deprive the Convention of its object and its purpose, according to Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969. On that score, this argument was declared invalid on three grounds in the opinion of Fauteux.⁴⁹ In the first place, the Vienna Convention entered into force on 27 January 1980, in other words, after Iraq had signed the ENMOD Convention. Secondly, it is generally admitted that Article 18 of the Vienna Convention does not codify a rule of common law prior to the entry into force of the said Convention. And, thirdly, Iraq was not a State Party to the Vienna Convention and, therefore, it would not be subject to any new rules that may have been set up under the said Convention.

As for the applicability of the ENMOD Convention as regards the “oil spills”, it is our opinion that this is not the case, since it cannot be considered that the oil spillage constitutes a “technique of environmental modification” of any part of the ecosystem of the Gulf region.⁵⁰

Nor do we agree that the ENMOD Convention is applicable in relation to the setting on fire of the oil wells, since this action cannot be considered a “manipulation of natural processes”. Consequently, even if the formation of oil is the result of a natural process, the oil does not naturally spout out of the earth, barring exceptional circumstances. The extraction of oil depends on the intervention of man, as does *a fortiori* its stockpiling and transformation.⁵¹ On the other hand, it remains to be proven that it was the objective of this alleged manipulation to modify “the dynamics, composition or structure of the Earth”, which does not seem to have been Iraq’s intention. Furthermore, these conclusions are based on the fact that none of these examples were mentioned in the draft of the Interpretative Agreements in relation to Article 2 as it was drawn up by the Conference or referred to in the course of the negotiations.⁵²

On the basis of the above, we are of the opinion that, even if it had been a State Party to the Convention, Iraq would not have violated the ENMOD Convention because of the damages inflicted upon the environment of the Gulf region, which does not mean that it did not infringe other principles and international rules, such as, possibly, Additional Protocol I (articles 35 (3), and 55).

2. Conclusions: The Twenty-First Century Confronted with Geophysical Weapons as a New Means of Massive Destruction

Today, we are aware that the restrictions on new weapons before they can be fully developed and, particularly, when they involve war techniques, which are by their very nature

indiscriminate and unpredictable where their effects are concerned, could contribute to circumscribe the arms race as a preventive measure. More specifically, this idea would be applied to the research and development of environmental arms, although it should be admitted that very few environmental modification techniques have demonstrated their usefulness and have been positively identified in practice.⁵³ Nevertheless, the truth is that, in order for the said restrictions to be effective, they should avoid ambiguity and include the complete field without any gaps.

The ENMOD Convention is still very far from achieving these goals. It is unclear what exactly is prohibited by the Convention, or how hostile attempts can be qualified in a way adjusted to its provisions; instead, the Convention is only ‘half-baked’, since it only prohibits those techniques that have already been covered by other treaties, or do not exist, or are the subject of scientific speculation, or that, even if their usefulness were demonstrated, would be hard to use in a rational manner as means of war. Thus, the ENMOD Convention appears to condone the hostile manipulation of the environment, satisfied with being a benign statement of intentions. It is equally deficient in the sense that it only prohibits the hostile use, but not the development nor the possession of environmental techniques for their use. This is why it is not surprising that, almost thirty years after its entry into force, a mere 72 States are Parties to the ENMOD Convention.⁵⁴ In the last analysis, the Convention needs to be amended substantially in order to become a real contribution to the cause of détente as regards the arms race, one of the general purposes proclaimed in its Preamble.

In the first place, the prohibition of the use of environmental modification techniques should be drawn up in more comprehensible terms, which can only be achieved by eliminating the obstacle limiting the use exclusively to “widespread, severe or long-lasting” effects. In other words, the Convention must be applicable to all kinds of hostile use of the techniques referred to.⁵⁵ This could reduce the amount of doubts and reticence of many countries as regards the intentions of the great military Powers.

Secondly, the States Parties to the Convention should refrain,

⁴⁸ Iraq signed the ENMOD Convention on 15 August 1977.

⁴⁹ P. Fauteux, “L’utilisation de l’environnement comme instrument de guerre au Koweït occupé”, in B. Stern (dir.), *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe*, Centre de Droit International, Nanterre, Cahiers Internationaux, Éditions Montchrestien – E.J.A., 1991, at 247–248.

⁵⁰ *Ibid.*, at 248.

⁵¹ P. Fauteux, *supra* note 48, at 249.

⁵² UN Doc. A/31/27, 1976, p. 102.

⁵³ *Ibid.* E. Mészáros, “Techniques for Manipulating the Atmosphere”, H.C. Noltimier, “Techniques for Manipulating the Geosphere”, and A.H. Westing, “Environmental Warfare: An Overview”, all in A.H. Westing (ed.), *supra* note 10, at 13–23, 25–31 and 3–12, respectively.

⁵⁴ As of 24 August 2005, the total of States Parties to the ENMOD Convention was 72 (the last States to agree to be bound by its provisions were: Slovenia – 20 April 2005 –, Kazakhstan – 25 April 2005, and China – 2 June 2005).

⁵⁵ J. Goldblat, *supra* note 10, at 62.

not only from the hostile use of the techniques, but also from tests and research prior to their use.⁵⁶ This would imply restrictions on research and development of a military nature, which is a complex issue, as was evidenced recently by the putting into operation of the H.A.A.R.P. Programme (High Frequency Active Auroral Research Program) of the United States of America.⁵⁷ The verification of compliance with the obligations imposed by the Convention would undoubtedly be facilitated if all research and development activities in the environmental field were to be placed under civil competence, since this would make it easier to supervise activities protected by military secret. Consequently, the States could assume an obligation of prior notice of any experiment relating to environmental modification techniques, thus submitting them to international observation, demonstrating at the same time that the objectives that led to the creation of the Convention are being put into practice, without impairing the technological, scientific, and economic interests promoting the development of these modification techniques, and thus guaranteeing that their development is free of any temptation to put them to use for hostile military purposes.⁵⁸

Thirdly, the ENMOD Convention fails to protect the environment per se, in the sense that it merely prohibits the causing of damage to another State Party.⁵⁹ In this regard, it would be desirable to prohibit the hostile use of modification techniques against any State, its citizens and the environment surrounding them, instead of limiting the prohibition to damages caused to the States Parties to the Convention, which is the current object of the ENMOD Convention. This requirement is based on three reasons. In the first place, a weapon of environmental modification attacks both combatants and non-combatants in an indiscriminate manner, which is contrary to the general principle of distinction deriving from international law of armed conflicts. Secondly, it is manifestly impossible to circumscribe the effects of the use of an environmental modification technique to specific geographical boundaries without damaging a third State, which would violate another fundamental principle of international law of armed conflicts, as defined in Article 1 of the V Hague Convention: "the territory of neutral States is inviolable". Finally, this restriction *ratione personae* is not in agreement with the consideration of the environment as a common good, as expressed in the Stockholm Conference, in the World Charter for Nature, or the Conference of Rio de Janeiro, which would have led to take into account these new postulates at the review conferences of the ENMOD Convention or through the procedure of amendments.⁶⁰ ■

⁵⁶ R. G. Tarasofsky, "Legal protection of the environment during international armed conflict", (1993) XXIV *Netherland Yearbook of International Law* 47.

⁵⁷ The H.A.A.R.P. Programme (High Frequency Active Auroral Research Programme), whose facilities are located in Gakona (Alaska), is a scientific research programme managed by the United States Air Force and Marine as part of the 'Strategic Defence Initiative'. The operation of the H.A.A.R.P. is based on the emission of electromagnetic waves to the atmosphere of the Earth for its study, more specifically to the ionosphere. This layer extends from about 80 km. to 800 km. above the surface of the earth, and basically contains ionised particles. This ionised environment provokes the reflection of the electromagnetic waves. These ionospheric reflections or rebounds are used less and less for long-distance communications, as shown by the amount of short-wave stations we can tune in to in the course of one night, depending on the conditions of the ionosphere and the frequencies, thus allowing us to listen to stations located at a distance of thousands of kilometres reaching our receivers thanks to the ionosphere acting as a mirror. In the final analysis, H.A.A.R.P., with its output of hundreds of millions watts and its antennae, can be considered a real 'heater' of the upper atmosphere, provoking a high level of ionisation capable of giving rise to unforeseeable consequences and which, as a result of its 'mirror' effect, could direct its consequences towards any area of the planet. In other words, we could be talking of a new type of weapon capable of intensifying storms, prolonging droughts on the territory of a supposed enemy and damaging the said territory, without the latter being able to detect the damage (let us consider, for instance, the influence on the economy of some specific countries through the selective destabilisation of its agricultural and ecological systems).

As an example of the above, in February 1998, responding to a report submitted by Mrs. Maj Britt Theorin – Swedish member of the European Parliament –, the Committee on Foreign Affairs, Security and Defence Policy of the European Parliament held public hearings in Brussels on the H.A.A.R.P. Programme. The "Motion for Resolution" presented by the Committee to the European Parliament indicated that it: "Considers H.A.A.R.P. [...] by virtue of its far-reaching impact on the environment to be a global concern and calls for its legal, ecological and ethical implications to be examined by an international independent body [...]"; (the Committee) regrets the repeated refusal of the United States Administration [...] to give evidence to the public hearing into the environmental and public risks of the H.A.A.R.P. Programme". And, along the same line, the Committee's request to draw up a "Green Paper on the environmental impacts of military activities" was dismissed on the grounds that the European Commission lacks the required jurisdiction to delve into "the links between environment and defence". European Parliament, Committee on Foreign Affairs, Security and Defence, doc. nr A4-0005/99, 14 January 1999; and European Report, of 7 February 1998 and 3 February 1999.

See the web page of the H.A.A.R.P. Programme: <http://www.haarp.alaska.edu>.

⁵⁸ J. Goldblat, *supra* note 10, at 62–63.

⁵⁹ R.G. Tarasofsky, *supra* note 55, at 47.

⁶⁰ Under Article 6 of the ENMOD Convention, any State Party to the Convention may propose amendments to the said Convention. The amendment shall enter into force for all States Parties to the Convention which have accepted it upon the deposit of instruments of acceptance by a majority of the States Parties. Thereafter it shall enter into force for any remaining State Party on the date of deposit of its instrument of acceptance. On the other hand, the Interpretative Agreement of Article 8, referring to the review conferences of the ENMOD Convention, establishes that a proposed amendment may also be examined at the periodical conferences convened to review the operativity of the Convention, be submitted to the Depository at least 90 days prior to the commencement of the conference.

Die Zulässigkeit der Anwendung präemptiver oder präventiver militärischer Gewalt

Dieter Wiefelspütz*

The Iraq war and the so-called *Bush Doctrine* intensified the discussion on the legitimacy of the pre-emptive or preventive right to self-defence. The USA is already taking for granted the right to use military force against an undefined danger.

The right to self-defence laid down in article 51 UN-Charter requires the armed attack to be directed against a State. The increasing privatisation of forces in armed conflicts and the typical forms of international terrorism raise the question whether an armed attack really calls for the involvement of a State. In the meantime it seems accepted that responsibility already arises in cases where a State not only supports terrorist groups but also protects or at least willingly harbours such groups within its territory. According to a wider understanding of this view the right to self-defence can also be declared when no State responsibility in the armed attack can be demonstrated. Such a stance seems to be in conformity with current State practice.

No State can seriously be expected to wait for the armed attack, which constitutes a violation of international law, to occur. The benchmark for the legality of a pre-emptive military measure should be the "Webster-Formula" which was established in the *Caroline* case and is widely accepted in legal writings.

On 2 December 2004 the United Nations publicised the "Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change – A more secure world: our shared responsibility – A/59/565". The report is – as far as it concerns article 51 UN-Charter – a critical and dismissive reaction to the current challenges in international law expressed by the US National Security Doctrine and the so-called *Bush Doctrine*.

The existential dangers caused by weapons of mass destruction and international terrorism commend at least a cautious development of the interpretation of the scope of the right to self-defence as laid down in article 51 UN-Charter. The acceptance of preventive strikes would inevitably undermine the international prohibition of the use of force (article 2 (4) UN-Charter). On the other hand, pre-emptive measures taken in self-defence are permitted because they are undoubtedly linked to an imminent armed attack.

1. Einführung

Der Irak-Krieg im Jahre 2003¹ und die sogenannte *Bush-Doktrin*² haben die Diskussion über die Zulässigkeit präventiver bzw. präemptiver Selbstverteidigung intensiviert.³ Die USA nehmen das Recht zur Anwendung von militärischer Gewalt bereits bei einer abstrakten Gefahr für sich in Anspruch.⁴ Diese sog. *Bush-Doktrin* ist im völkerrechtlichen Schrifttum auf heftige Kritik gestoßen.⁵

Die Terminologie in der Auseinandersetzung ist aber nicht einheitlich.⁶ Unterschieden wird die völkerrechtlich zulässige präemptive Verteidigung – gemeint ist die Abwehr eines unmittelbar drohenden oder bevorstehenden Angriffs – von der völkerrechtlich unzulässigen präventiven Verteidigung – darunter wird die Abwehr eines nicht unmittelbar bevorstehenden oder drohenden Angriffs oder die Abwehr einer nicht nahen Gefahr verstanden.⁷

* Dr. Dieter Wiefelspütz, MdB, ist innenpolitischer Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion.

¹ Zur Operation „Iraqi Freedom“ (2003) vgl. H. Neuhold, Law and Force in International Relations – European and American Positions, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 64 (2004), S. 263 (274 ff. m. w. N.); C. Schaller, Massenvernichtungswaffen und Präventivkrieg – Möglichkeiten der Rechtfertigung einer militärischen Intervention im Irak aus völkerrechtlicher Sicht, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 62 (2002), S. 641 ff.; C. Tomuschat, Iraq – Demise of International Law, in: Die Friedenswarte 78 (2003), S. 141 ff.; M. Bothe, Der Irak-Krieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot, in: Archiv des Völkerrechts 41 (2003), S. 255 ff.; D. Blumenwitz, Die völkerrechtlichen Aspekte des Irak-Konflikts, in: Zeitschrift für Politik 50 (2003), S. 301 ff.; D. Dörr/D. Bosch, Der praktische Fall – Völkerrecht: Aufmarsch vor dem Irak, in: Juristische Schulung 2003,

S. 477 ff.; H. Fischer, Zwischen autorisierter Gewaltanwendung und Präventivkrieg: Der völkerrechtliche Kern der Debatte um ein militärisches Eingreifen gegen den Irak, in: Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 16 (2003), S. 4 ff.; M. N. Schmitt, Preemptive Strategies in International Law, in: Michigan Journal of International Law 24 (2003), S. 513 ff.; H. Hillgenberg, Gewaltverbot: Was gilt noch?, in: J.A. Frowein/K. Scharioth/I. Winkelmann/R. Wolfrum (Hg.), Verhandeln für den Frieden – Negotiating for Peace, Liber Amicorum Tono Eitel, Berlin 2003, S. 158 ff.; C. Kreß, Strafrecht und Angriffskrieg im Licht des „Falles Irak“, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 115 (2003), S. 294 ff.; ders., Jus contra Bellum: Quo vadis?, in: Kursbuch Heft 155 (2004), S. 62 ff.; S. Baufeld, Der 11. September 2001 als Herausforderung für das Völkerrecht, Münster 2005, S. 24 ff.

² National Security Strategy vom 20. September 2002, unter <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf> (am 10. 04. 2006); dazu T. Stein/C. von Buttlar, Völkerrecht, 11. Aufl., Köln 2005, Rdnr. 824 ff.; M. Herdegen, Völkerrecht, 4. Aufl., München 2005, § 34 Rdnr. 4 m. w. N. Erhellend zur sicherheitspolitischen Position der USA: K. Ipsen, Legitime Gewaltanwendung neben dem Völkerrecht?, in: Weltinnenrecht. Liber amicorum Jost Delbrück, Hgg. von K. Dicke u. a., Berlin 2005, S. 375 ff.

³ Vgl. O. M. von Lepel, Die präemptive Selbstverteidigung im Lichte des Völkerrechts, in: Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 16 (2003), S. 77 ff.; O. Dörr, Das völkerrechtliche Gewaltverbot am Beginn des 21. Jahrhunderts: Was bleibt von Art. 2 (4) UN-Charta?, in: O. Dörr (Hg.), Ein Rechtslehrer in Berlin. Symposium für Albrecht Randelzhofer, Berlin 2004, S. 42 ff. m. w. N.; R. Streinz, Wo steht das Gewaltverbot heute?, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart N. F. 52 (2004), S. 221, 226 f.; H. P. Hestermeyer, Die völkerrechtliche Beurteilung des Irakkriegs im Lichte transatlantischer Rechtskulturunterschiede, in: Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht 64 (2004), S. 326 ff.; D. Blumenwitz, Der Präventivkrieg und das Völkerrecht, in: Politische Studien, Heft 391 (2003), S. 21 ff.; ders., a.a.O. (Fn. 1), S. 315 ff.; U. Häußler, Irak-Krieg und Völkerrecht, in: Neue Zeitschrift für Wehrrecht 46 (2004), S. 228 ff.

⁴ Vgl. The National Security Strategy of the United States of America, a.a.O. (Fn. 2) N. Krisch, Amerikanische Hegemonie und liberale Revolution im Völkerrecht, in: Der Staat 43 (2004), S. 267 (272 m. w. N.); C. Schaller, Das Friedenssicherungsrecht im Kampf gegen den Terrorismus. Gewaltverbot, Kollektive Sicherheit, Selbstverteidigung und Präemption, SWP-Studie, Stiftung Wissenschaft und Politik, Berlin, Februar 2004, S. 19.

2. Das Gewaltverbot des Art. 2 Ziff. 4 VN-Charter

Das umfassende Verbot der Anwendung und Androhung militärischer Gewalt⁸ nach der VN-Charter gehört zu den großen Errungenschaften der Entwicklung des Völkerrechts in den vergangenen Jahrzehnten.⁹ Als die „grundlegende Regel des heutigen Völkerrechts“,¹⁰ als eine „der größten Errungenschaften in der Völkerrechtsentwicklung seit dem 2. Weltkrieg“,¹¹ als „basic principal of customary international law“,¹² als Eckpfeiler des gegenwärtigen Völkergewohnheitsrechts,¹³ als „tragender Grundpfeiler [...] der gesamten internationalen Ordnung“¹⁴ und als einer der „leitenden Grundsätze“¹⁵ der VN wird das in Art. 2 Ziff. 4 VN-Charter normierte absolute Gewaltverbot¹⁶ verstanden, das den Staaten die Gewaltanwendung in ihren internationalen Beziehungen verbietet.¹⁷ Das Gewaltverbot hat den Zweck, die territoriale Integrität der Staaten und ihre politische Handlungsfähigkeit zu sichern.¹⁸ Überwiegend wird das Gewaltverbot in der Form, die es in Art. 2 Ziff. 4 VN-Charter gefunden hat, zum universellen Völkergewohnheitsrecht gerechnet.¹⁹ Obwohl das Gewaltverbot des Art. 2 Ziff. 4 VN-Charter mehrfach „totgesagt“ wurde,²⁰ ist es weiterhin die unverzichtbare „Grundnorm für die Gestaltung der internationalen Beziehungen“²¹ und hat sich in seinem materiellen Gehalt als „hinreichend stabil“²² erwiesen.

Ausnahmen vom Gewaltverbot sind lediglich die Zwangsmaßnahmen des Sicherheitsrats der VN (Art. 41, 42 VN-Charter)²³ und das Recht auf individuelle und kollektive Selbstverteidigung (Art. 51 VN-Charter).²⁴ Es wird darüber hinaus zunehmend die humanitäre Intervention als Ausnahme vom Gewaltverbot diskutiert.²⁵

⁵ D. Murswiek, Die amerikanische Präventivkriegsstrategie und das Völkerrecht, in: Neue Juristische Wochenschrift 56 (2003), S. 1014 (1019); T. Schweisfurth, Aggression, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 28. April 2003; H. Hillgenberg, a.a.O. (Fn. 1), S. 141 (166 f.); C. Tomuschat, a.a.O. (Fn. 1), S. 141 (142 f., 158); R. Wolfrum, Irak – eine Krise auch für das System der kollektiven Sicherheit, unter: <http://www.mpil.de/de/Wolfrum/Irak.pdf>, S. 1 (5 ff.); C. Stahn, „Nicaragua is dead, long live Nicaragua“ – the Right to Self-defence Under Art. 51 UN-Charter and International Terrorism, in: C. Walter/S. Vöney/V. Röben/F. Schorkopf (eds.), Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?, Berlin 2004, S. 827 (867 ff.); C. Tomuschat, in: Jahrbuch Menschenrechte 2004, hgg. vom Deutschen Institut für Menschenrechte und von G. von Arnim/V. Deile/F.-J. Hutter/S. Kurtenbach und C. Tessmer, Frankfurt 2003, S. 121 (126 ff.); T. Breitwieser, Vorweggenommene Selbstverteidigung und das Völkerrecht, in: Neue Zeitschrift für Wehrrecht 47 (2005), S. 45 ff.; T. Bruha/C.J. Tams, Die Vereinten Nationen und das Völkerrecht, in: Aus Politik und Zeitgeschichte: Beil. zur Wochenzeitung Das Parlament 55 (2005), 22 vom 30. Mai 2005, S. 32 (35 ff.); O. Dörr, Gewalt und Gewaltverbot im modernen Völkerrecht, in: Aus Politik und Zeitgeschichte: Beil. zur Wochenzeitung Das Parlament 54 (2004), 43 vom 18. Oktober 2004, S. 14 (16 f.); M. Schröder, Aktuelle Gefahren der internationalen Gemeinschaft im Spiegel der US-amerikanischen und europäischen Sicherheitsstrategie, in: Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Röss zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005, hrsg. von J. Bröhmer, Köln 2005, S. 285 ff.

⁶ Vgl. K.-H. Kamp, „Preemptive strikes“: eine neue sicherheitspolitische Realität, in: Internationale Politik 59 (2004), S. 42 (43); Y. Dinstein, Comments on the Presentations by Nico Kirsch and Carsten Stahn, in: C. Walter/S. Vöney/V. Röben/F. Schorkopf (eds.), Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?, Berlin 2004, S. 915 (918); T. Stein/C. von Buttlar, a.a.O. (Fn. 2), Rdnr. 825; konfus in der Begrifflichkeit: A. Gilch, Das Parlamentsbeteiligungsgesetz – Die Auslandsentsendung der Bundeswehr und deren verfahrensrechtliche Ausgestaltung, Diss., Würzburg 2005, S. 17 ff.

⁷ Vgl. United Nations, General Assembly, 2 December 2004, A more secure world: our shared responsibility, Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change, A/59/565, Nr. 189; C. Eick, „Präemption“, „Prävention“ und die Weiterentwicklung des Völkerrechts, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 37 (2004), S. 200 f.; nicht selten wird – statt der Unterscheidung zwischen präemptiver und präventiver Verteidigung – die präventive Verteidigung unter besonderen Umständen für zulässig angesehen, während sie im Regelfall unzulässig sein soll. T. Stein/C. von Buttlar, a.a.O. (Fn. 2), Rdnr. 825, verwenden die Begriffe Präemption und Prävention mit umgekehrter Bedeutung. Wie hier: K.-H. Kamp, a.a.O. (Fn. 6), S. 43; zur Staatspraxis: C. von Buttlar, Rechtsstreit oder Glaubensstreit?: Anmerkungen zur Debatte um die präventive Selbstverteidigung im Völkerrecht, in: Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Röss zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005, hrsg. von J. Bröhmer, Köln, 2005, S. 15 (18 ff.).

⁸ Zur Geschichte des Gewaltverbots instruktiv: B. Fassbender, Die Gegenwartsfrage des völkerrechtlichen Gewaltverbotes vor dem Hintergrund der geschichtlichen Entwicklung, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 31 (2004), S. 241 ff.

⁹ M. Herdegen, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rdnr. 1; B. Fassbender, a.a.O. (Fn. 8), S. 246 f.

¹⁰ E. Jiménez de Aréchaga, El derecho internacional contemporáneo, Madrid 1980, S. 108. Nach R. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 3. Aufl., München 2002, § 64 I 1, handelt es sich beim Gewaltverbot um „den harten Kern des völkerrechtlichen jus cogens“. O. Dörr, a.a.O. (Fn. 5), S. 20, spricht von der „zentralen Norm der internationalen Ordnung“.

¹¹ S. Hobe, NATO-Intervention im Kosovo: Rückkehr zur Lehre vom gerechten Krieg? in: Die Macht des Geistes: Festschrift für Hartmut Schiedermaier, hgg. von B. Kempen u. a., Heidelberg 2001, S. 819 (821).

¹² J. Delbrück, The Fight Against Global Terrorism: Self-Defense or Collective Security as International Police Action? Some Comments on the International Legal Implications of the 'War Against Terrorism', in: German Yearbook Of International Law 44 (2001), S. 9 (13).

¹³ Y. Dinstein, a.a.O. (Fn. 6), S. 915; H. Hillgenberg, a.a.O. (Fn. 1), S. 141 (143): „Kernstück der Charta“.

¹⁴ O. Dörr, a.a.O. (Fn. 5), S. 14.

¹⁵ P.-M. Dupuy/C. Tomuschat, Warten auf den Schlag gegen Bagdad, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 31. Juli 2002.

¹⁶ Vgl. A. Randelzhofer, in: B. Simma (Hg.), The Charter of the United Nations, Volume I, Second Edition, Oxford 2002, Art. 2 Ziff. 4 Rdnr. 14; H. Fischer, in: K. Ipsen, Völkerrecht, 5. Aufl., München 2004, § 59 Rdnr. 9 ff.; D. Schindler, in: D. Schindler/K. Hailbronner, Die Grenzen des völkerrechtlichen Gewaltverbots, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 26, Heidelberg 1986, S. 11 ff.; M. Bothe, in: W. Graf Vitzthum (Hg.), Völkerrecht, 3. Aufl., Berlin 2004, 8. Abschnitt, Rdnr. 9 ff. m. w. N.; R. Geiger, a.a.O. (Fn. 10), § 64 I 1 (S. 352).

¹⁷ D. Schindler, a.a.O. (Fn. 16), S. 15; R. Wolfrum, a.a.O. (Fn. 5), S. 1.

¹⁸ G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum, Völkerrecht, Die Formen des völkerrechtlichen Handelns. Die inhaltliche Ordnung der internationalen Gemeinschaft, Bd. I/3, 2. Aufl., Berlin 2002, § 169 XI (S. 832).

¹⁹ ICJ, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, Merits, ICJ Reports 1986, 14, para. 188; vgl. auch O. Dörr, a.a.O. (Fn. 3), S. 33 (37); C. Schaller, a.a.O. (Fn. 4), S. 7; R. Wolfrum, American-European Dialogue: Different Perceptions of International Law – Introduction, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 64 (2004), S. 255 (257); D. Dörr/D. Bosch, a.a.O. (Fn. 1), S. 482; H.-G. Dederer, Krieg gegen Terror, in: Juristenzeitung 59 (2004), S. 421; S. Weinzierl, Vorlesungs-Abschlussklausur – Völkerrecht: Geiselfreiung im Ausland, in: Juristische Schulung 44 (2004), S. 603; S. N. Pieper, Völkerrechtliche Aspekte der internationalen Terrorismusbekämpfung, Diss., München 2004, S. 66; M. Bothe, a.a.O. (Fn. 16), 8. Abschnitt, Rdnr. 8; T. Stein/C. von Buttlar, a.a.O. (Fn. 2), Rdnr. 774.

²⁰ Vgl. T.A. Franck, Who killed Article 2 (4)? Or: Changing Norms Governing the Use of Force by States, in: American Journal of International Law 64 (1970), S. 809 ff.; dazu O. Dörr, a.a.O. (Fn. 3), S. 33 f.

²¹ O. Dörr, a.a.O. (Fn. 3), S. 37.

²² K. Ipsen, a.a.O. (Fn. 2), S. 371.

²³ Vgl. A. Randelzhofer, a.a.O. (Fn. 16), Art. 2 Ziff. 4 Rdnr. 41 ff.; H. Fischer, a.a.O. (Fn. 16), § 60 Rdnr. 18 ff.

²⁴ M. Bothe, a.a.O. (Fn. 16), 8. Abschnitt, Rdnr. 19; D. Schindler, a.a.O. (Fn. 16), S. 16 ff.

²⁵ Instruktiv: S. Hobe, a.a.O. (Fn. 11), S. 822 ff.; es ist freilich völlig verfehlt, wenn A. Gilch, a.a.O. (Fn. 6), S. 26, meint, die humanitäre Intervention sei inzwischen ein „anerkannter Rechtfertigungsgrund für Gewaltanwendung“.

3. Der bewaffnete Angriff nach Art. 51 VN-Charter

a) Der Einsatz von militärischer Gewalt

Das Selbstverteidigungsrecht nach Art. 51 VN-Charter²⁶ setzt einen „bewaffneten Angriff“ (armed attack) auf einen Staat²⁷ voraus. Der bewaffnete Angriff ist eine *conditio sine qua non* für die Ausübung des Selbstverteidigungsrechts.²⁸ Ein bewaffneter Angriff ist regelmäßig mit dem Einsatz militärischer Waffen verbunden.²⁹ Diese Voraussetzung ist aber auch dann erfüllt, wenn an sich nicht-militärische Gegenstände wie beispielsweise Zivilflugzeuge zu Waffen umfunktioniert und zu Anschlägen missbraucht werden, die nach dem Ausmaß der Zerstörung und des Schadens einem herkömmlichen militärischen Angriff entsprechen.³⁰

Die Generalversammlung der VN unternahm mit der Resolution 3314 (XXIX) vom 14. Dezember 1974 den Versuch, den Begriff der Aggression näher zu umschreiben. Auf diese Resolution wird regelmäßig zurückgegriffen, um zu beurteilen, ob es sich bei der Anwendung von Gewalt um einen bewaffneten Angriff handelt.³¹ Danach spricht beim Ersteinsatz militärischer Gewalt eine Vermutung dafür, dass ein Akt der Aggression vorliegt, es sei denn, der Sicherheitsrat der VN kommt zu einer anderen Bewertung.

Anders als die Wahrnehmung der Gebietshoheit umfasst das Selbstverteidigungsrecht nach Art. 51 VN-Charter nicht nur das Recht auf militärische Abwehr des Angreifers an der Grenze, sondern auch das Recht, Streitkräfte über die Grenze hinaus ins Ausland zu entsenden, um dort alle Maßnahmen zu ergreifen, die für eine wirksame Verteidigung notwendig sind.³²

Nicht jede Gewaltanwendung ist bereits ein bewaffneter Angriff. Ein bewaffneter Angriff liegt nach vorherrschender Auffassung in der völkerrechtlichen Literatur nur vor, wenn Gewalt in größerem Umfang angewendet wird.³³ Bedrohungen, die auf dem Hoheitsgebiet eines Staates entstehen und sich ausschließlich dort manifestieren, lösen das Selbstverteidigungsrecht nach Art. 51 VN-Charter nicht aus.³⁴

b) Der Angriff auf staatliche Außenposten

Angriffe auf staatliche Außenposten können unter Umständen einem bewaffneten Angriff i. S. des Art. 51 VN-Charter gleichkommen. Angriffe auf die Land-, See- und Luftstreitkräfte, auf Militärstützpunkte im Ausland sowie die Handelsmarine oder die zivile Luftflotte eines Staates werden völkerrechtlich wie der bewaffnete Angriff auf den Heimatstaat bewertet, wenn diese Operationen von einigem Gewicht sind.³⁵

Angriffe auf einzelne Staatsangehörige sind in der Regel nicht als bewaffneter Angriff i. S. des Art. 51 VN-Charter anzusehen.³⁶ Ein Staat wird nämlich durch Angriffe auf Staatsangehörige im Ausland regelmäßig nicht in seiner Integrität oder Unabhängigkeit bedroht.³⁷ Anderes kann aber dann gelten, wenn Menschen in größerer Zahl aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit angegriffen werden.³⁸ Rettungsaktionen kommen freilich als humanitäre Intervention und damit als Ausnahme vom Gewaltverbot in Betracht.³⁹

²⁶ Zur Debatte, ob unter der SVN weiterhin ein völkergewohnheitsrechtliches Selbstverteidigungsrecht existiert, instruktiv *C. von Buttlar*, a.a.O. (Fn. 7), S. 16 ff.

²⁷ *S. Talmon*, Grenzen der „Grenzenlosen Gerechtigkeit“. Die völkerrechtlichen Grenzen der Bekämpfung des internationalen Terrorismus nach dem 11. September 2001, in: *An den Grenzen des Rechts: Kolloquium zum 60. Geburtstag von Wolfgang Graf Vitzthum*, hrsg. von *W. März*, 2003, S. 149; *Y. Dinstein*, a.a.O. (Fn. 6), S. 917; *H.-G. Dederer*, a.a.O. (Fn. 19), S. 425 f. m. w. N.; *S. Hobe*, a.a.O. (Fn. 11), S. 827; *K. Schmahlenbach*, The Right of Self-Defence and The „War on Terrorism“ One Year after September 11, in: *German Law Journal* No. 9 (1 September 2002), Rdnr. 6; *D. Wiefelspütz*, *Das Parlamentssheer*, Berlin 2005, S. 257.

²⁸ *Nicaragua*, ICJ Reports 1986, S. 14 (122, Ziff. 236 f.); IGH, Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Merits, Urteil vom 6. November 2003, § 51, unter <http://www.icj-cij.org>; *E.-M. Schulze*, Selbstverteidigung, in: *R. Wolfrum* (Hg.), *Handbuch der Vereinten Nationen*, 2. Aufl., München 1991, (102) Rdnr. 3 (S. 753); *S. Talmon*, a.a.O. (Fn. 27), S. 101 (140); *O. Dörr*, a.a.O. (Fn. 3), S. 33 (38); *C. Schaller*, Massenvernichtungswaffen und Präventivkrieg – Möglichkeiten der Rechtfertigung einer militärischen Intervention im Irak aus völkerrechtlicher Sicht, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 62 (2002), S. 657 f.; *Y. Dinstein*, a.a.O. (Fn. 6), S. 917; *T. Stein/C. von Buttlar*, a.a.O. (Fn. 2), Rdnr. 784 ff.

²⁹ *H.-G. Dederer*, a.a.O. (Fn. 19), S. 424 f.; *O. Dörr*, a.a.O. (Fn. 5), S. 15.

³⁰ *H.-G. Dederer*, *Ibid.*

³¹ *E.-M. Schulze*, a.a.O. (Fn. 28), (102) Rdnr. 3 (S. 753); *M. Herdegen*, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rdnr. 12; *D. Blumenwitz*, Einsatzmöglichkeiten der Bundeswehr im Kampf gegen den Terrorismus, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 35 (2002), S. 104; *R. Streinz*, a.a.O. (Fn. 3), S. 224.

³² *M. Schultz*, *Die Auslandsentsendung von Bundeswehr und Bundesgrenzschutz zum Zwecke der Friedenswahrung und Verteidigung*, Frankfurt 1998, S. 237.

³³ *A. Randelzhofer*, a.a.O. (Fn. 16), Art. 51 Rdnr. 20; *ders.*, in: *R. Bernhardt* (Hg.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 4, 2. Aufl., Amsterdam 2000, S. 1253; *D. Blumenwitz*, Das universelle Gewaltanwendungsverbot und die Bekämpfung des grenzüberschreitenden Terrorismus, in: *Bayerische Verwaltungsblätter* 1986, S. 737; *A. Verdross/B. Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl., Berlin 1984, S. 290; *M. Bothe*, a.a.O. (Fn. 16), 8. Abschnitt, Rdnr. 19; *E.-M. Schulze*, a.a.O. (Fn. 28), (102) Rdnr. 3, 6 (S. 753, 755); *M. Herdegen*, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rdnr. 12; *M. Limpert*, *Auslandseinsatz der Bundeswehr*, Berlin 2002, S. 41; *H.-G. Dederer*, a.a.O. (Fn. 19), S. 425; *S. Weinzierl*, a.a.O. (Fn. 19), S. 604; *S. N. Pieper*, a.a.O. (Fn. 19), S. 85 f.; a. A. *H. Fischer*, a.a.O. (Fn. 16), § 59 Rdnr. 28; *K. Kersting*, *Bündnisfall und Verteidigungsfall*, Diss., Bochum 1979, S. 79; *K. Schmahlenbach*, a.a.O. (Fn. 27), Rdnr. 10; *Y. Dinstein*, a.a.O. (Fn. 6), S. 918; kritisch: *K. Doehring*, *Völkerrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 2004, Rdnr. 761 ff.; *W. Heintschel von Heinegg/T. Gries*, *Der Einsatz der Deutschen Marine im Rahmen der Operation „Enduring Freedom“*, in: *Archiv des Völkerrechts* 40 (2002), S. 153; *R. Streinz*, a.a.O. (Fn. 3), S. 224; *T. Stein/C. von Buttlar*, a.a.O. (Fn. 2), Rdnr. 784; *O. Dörr*, a.a.O. (Fn. 5), S. 15.

³⁴ *O. Dörr*, a.a.O. (Fn. 5), S. 15.

³⁵ *S. P. Pieper*, a.a.O. (Fn. 19), S. 105.

³⁶ *A. Randelzhofer*, a.a.O. (Fn. 16), Art. 51 Rdnr. 26 m. w. N.; *C. Stahn*, a.a.O. (Fn. 5), S. 833; *C. Tomuschat*, Der 11. September 2001 und seine rechtlichen Konsequenzen, in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 28 (2001), S. 535 (540); *S. Weinzierl*, a.a.O. (Fn. 19), S. 602 (604); *S. Talmon*, a.a.O. (Fn. 27), S. 149 f. mit der Einschränkung, dass das Recht auf Selbstverteidigung dann gegeben ist, wenn der Angriff nach Umfang und Auswirkungen einem bewaffneten Angriff entspricht; für eine „moralische Billigung“ *S. N. Pieper*, a.a.O. (Fn. 19), S. 109; *D. Wiefelspütz*, a.a.O. (Fn. 27), S. 258.

³⁷ *E.-M. Schulze*, a.a.O. (Fn. 28), (102) Rdnr. 3, 13 (S. 753 f., 756).

³⁸ *Y. Dinstein*, a.a.O. (Fn. 6), S. 917 f.; *C. Stahn*, a.a.O. (Fn. 5), S. 854; *H.-G. Dederer*, a.a.O. (Fn. 19), S. 425; a. A. *S. Weinzierl*, a.a.O. (Fn. 19), S. 604.

³⁹ *T. Stein/C. von Buttlar*, a.a.O. (Fn. 2), Rdnr. 805 („ungeschriebener Rechtfertigungsgrund“); *M. Herdegen*, a.a.O. (Fn. 2), Rdnr. 21 f.; nach *O. Dörr*, a.a.O. (Fn. 5), S. 17, liegt in diesen Fällen ein Rechtfertigungsgrund für den einzelstaatlichen Gewalteinsatz vor.

c) Gewaltakte von geringer Bedeutung

Meinungen, die unterhalb der Angriffsschwelle eine „kleine Selbstverteidigung“ für zulässig halten,⁴⁰ sind in der Minderheit geblieben.⁴¹ So sind insbesondere Grenzzwischenfälle zwar ein Verstoß gegen das Gewaltverbot des Art. 2 Ziff. 4 VN-Charter, nicht aber ein bewaffneter Angriff.⁴² Der durch solche Gewaltakte verletzte Staat ist gleichwohl nicht rechtlos. Fraglos ist ein Staat berechtigt, jede rechtswidrige Verletzung seines Territoriums – gegebenenfalls auch mit militärischen Mitteln – abzuwehren.⁴³ Auch Gewaltakte von geringerer Bedeutung verletzen nämlich die Gebietshoheit eines Staates. Sie rechtfertigen freilich (nur) Maßnahmen zur Abwehr des konkreten Angriffs. Dies darf allerdings – wenn erforderlich – auch mit militärischen Mitteln erfolgen.⁴⁴

d) Die Gegenwärtigkeit des Angriffs

Der bewaffnete Angriff muss noch gegenwärtig sein.⁴⁵ Deshalb müssen Selbstverteidigungsmaßnahmen unmittelbar dem bewaffneten Angriff folgen.⁴⁶ Außerdem müssen sie im Hinblick auf den bewaffneten Angriff verhältnismäßig sein.⁴⁷ Bei einem singulären, abgeschlossenen terroristischen Anschlag erlischt das Recht auf Selbstverteidigung, selbst wenn der Anschlag als bewaffneter Angriff i. S. des Art. 51 VN-Charter gewertet werden durfte.⁴⁸ Zur typischen Struktur terroristischer Umtriebe gehört freilich, dass die Täter zunächst untertauchen und erst nach geraumer Zeit an anderer Stelle erneut Anschläge verüben.⁴⁹ Man wird deshalb das Erfordernis der Gegenwärtigkeit des Angriffs bei terroristischen Anschlägen weiter fassen müssen.⁵⁰ Das Recht auf Selbstverteidigung darf nicht dadurch geschmälert werden, dass der angegriffene Staat die terroristischen Strukturen und Verantwortlichkeiten zunächst klären muss.⁵¹ Dem angegriffenen Staat wird deshalb ein gewisser Ermessensspielraum sowohl hinsichtlich der Art und Weise als auch in Bezug auf einen gewissen Zeitraum einzuräumen sein.⁵² Es bedarf bezüglich der Planung und Vorbereitung Denknöwendigerweise einer gewissen Zeit.⁵³

e) Der konkrete Angriff

Regelmäßig löst nur ein konkreter Angriff das Selbstverteidigungsrecht aus.⁵⁴ Nach dem herkömmlichen Verständnis des Wortlauts der Vorschrift heißt dies, dass tatsächlich ein bewaffneter Angriff stattgefunden haben muss.⁵⁵ Von einer Aggression kann dann nicht die Rede sein, wenn sich feindliche Planungen erst in einem Vorbereitungsstadium befinden.⁵⁶ Das Selbstverteidigungsrecht setzt danach grundsätzlich die vorherige Anwendung von Waffengewalt oder eine gleichwertige militärische Operation voraus.⁵⁷ Jede Art antizipatorischer Selbstverteidigung wäre danach ausgeschlossen.⁵⁸

4. Die Zurechnung des Angriffs

Die zunehmende „Privatisierung der Gewalt“⁵⁹ bei bewaffneten Konflikten und die typischen Formen des internationalen Terrorismus werfen zunehmend die Frage auf, ob ein „be-

⁴⁰ Vgl. A. Verdross/B. Simma, a.a.O. (Fn. 33), § 472; Sondervotum Simma, IGH, Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Merits, Urteil vom 6. November 2003, § 12, unter: <http://www.icj-cij.org>.

⁴¹ O. Dörr, a.a.O. (Fn. 3), S. 38.

⁴² A. Randelzhofer, a.a.O. (Fn. 16), Art. 51 Rdnr. 20; H.-G. Dederer, a.a.O. (Fn. 19), S. 421 (425).

⁴³ Vgl. M. Herdegen, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rdnr. 7; T. Stein/C. von Buttlar, a.a.O. (Fn. 2), Rdnr. 778.

⁴⁴ R. Geiger, a.a.O. (Fn. 10), § 66 I (S. 369).

⁴⁵ T. Bruha/M. Bortfeld, Terrorismus und Selbstverteidigung: Voraussetzungen und Umfang erlaubter Selbstverteidigungsmaßnahmen nach den Anschlägen vom 11. September 2001, in: Vereinte Nationen 49 (2001), S. 161 (165); C. Tomuschat, a.a.O. (Fn. 36), S. 535 (542); H.-G. Dederer, a.a.O. (Fn. 19), S. 428 f.; M. Bothe, a.a.O. (Fn. 16), 8. Abschnitt, Rdnr. 19; K. Schmalenbach, a.a.O. (Fn. 27), Rdnr. 6, 11; S. N. Pieper, a.a.O. (Fn. 19), S. 115; S. Baufeld, a.a.O. (Fn. 1), S. 9; T. Stein/C. von Buttlar, a.a.O. (Fn. 2), Rdnr. 792; R. Streinz, a.a.O. (Fn. 3), S. 225, verlangt die Unmittelbarkeit des Angriffs.

⁴⁶ M. Limpert, a.a.O. (Fn. 33), S. 42; H. Fischer, a.a.O. (Fn. 16), § 59 Rdnr. 38; D. Kugelmann, Die völkerrechtliche Zulässigkeit von Gewalt gegen Terroristen, in: Juristische Ausbildung 25 (2003), S. 381; C. Schaller, a.a.O. (Fn. 4), S. 14.

⁴⁷ H. Fischer, a.a.O. (Fn. 16), § 59 Rdnr. 39; J. A. Frowein, Der Terrorismus als Herausforderung für das Völkerrecht, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 62 (2002), S. 888; C. Tomuschat, a.a.O. (Fn. 36), S. 543; S. N. Pieper, a.a.O. (Fn. 19), S. 111 ff.; J. Delbrück, a.a.O. (Fn. 12), S. 9 (16).

⁴⁸ T. Bruha/M. Bortfeld, a.a.O. (Fn. 45), S. 165; vgl. aber M. Herdegen, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rdnr. 16.

⁴⁹ Vgl. C. Kreß, a.a.O. (Fn. 1), S. 77.

⁵⁰ J. Delbrück, a.a.O. (Fn. 12), S. 16; K. Schmalenbach, a.a.O. (Fn. 27), Rdnr. 11, 16; S. Talmon, a.a.O. (Fn. 27), S. 149; C. Schaller, a.a.O. (Fn. 4), S. 14; H. Neuhold, Law and Force in International Relations – European and American Positions, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 64 (2004), S. 272 f.; S. N. Pieper, a.a.O. (Fn. 19), S. 87 f., 116.

⁵¹ Vgl. R. Schmidt-Radefeldt, Parliamentary Accountability and Military Forces in NATO: The Case of Germany in: The ‚Double Democratic Deficit‘. Parliamentary Accountability and the Use of Force Under International Auspices. Edited by H. Born und H. Hänggi, Aldershot 2004, S. 156.

⁵² C. Tomuschat, a.a.O. (Fn. 36), S. 542.

⁵³ H. Fischer, a.a.O. (Fn. 16), § 59 Rdnr. 38.

⁵⁴ R. Wolfrum, a.a.O. (Fn. 5), S. 5.

⁵⁵ P.-M. Dupuy/C. Tomuschat, a.a.O. (Fn. 15); C. Tomuschat, Völkerrechtliche Aspekte bewaffneter Konflikte, in: Leviathan 31 (2003), S. 459 f.; ders., Der selbstverliebte Hegemon. Die USA und der Traum von der unipolaren Welt, in: Internationale Politik 58 (2003), S. 40.

⁵⁶ P.-M. Dupuy/C. Tomuschat, Ibid.

⁵⁷ D. Blumenwitz, Die amerikanische Präventionsstrategie im Lichte des Völkerrechts, in: H. Fischer/U. Froisart/W. Heintschel von Heinegg/C. Raap (Hg.), Krisensicherung und Humanitärer Schutz – Crisis Management and Humanitarian Protection, Festschrift für Dieter Fleck, Berlin 2004, S. 34.

⁵⁸ So A. Randelzhofer, a.a.O. (Fn. 16), Art. 51 Rdnr. 34; M. Bothe, a.a.O. (Fn. 16), 8. Abschnitt, Rdnr. 19; A. Cassese, International Law, Oxford 2001, S. 307 ff.; D. Kugelmann, a.a.O. (Fn. 46), S. 381; S. Talmon, a.a.O. (Fn. 27), S. 145, der sich freilich zu Unrecht auf eine herrschende Meinung beruft.

⁵⁹ G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum, a.a.O. (Fn. 18), § 169 IX 3 (S. 822).

⁶⁰ Vgl. M. Herdegen, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rdnr. 15; S. Talmon, a.a.O. (Fn. 27), S. 101 (151 f.).

⁶¹ Instrukтив: H. Hillgenberg, a.a.O. (Fn. 1), S. 153 ff.; W. Heintschel von Heinegg/T. Gries, a.a.O. (Fn. 33), S. 155 ff.; C. Kreß, a.a.O. (Fn. 1), S. 65 ff.; C. Stahn, a.a.O. (Fn. 5), S. 827 ff. Die Versuche, eine umfassende Terrorismuskonvention zu schaffen, sind freilich bis heute gescheitert. Vgl. dazu H. Fischer, a.a.O. (Fn. 16), § 59 Rdnr. 13; M. Limpert, a.a.O. (Fn. 33), S. 43; K. Schmalenbach, a.a.O. (Fn. 27), Rdnr. 6 ff.; T. Bruha, Gewaltverbot und humanitäres Völkerrecht nach dem 11. September 2001, in: Archiv des Völkerrechts 40 (2002), S. 383 (393 ff.); M. N. Schmitt, a.a.O. (Fn. 1), S. 536 ff.; C. Eick, a.a.O. (Fn. 7), S. 200; H.-G. Dederer, a.a.O. (Fn. 19), S. 424 ff.; E. Klein, in: J. Inensee (Hg.), Der Terror, der Staat und das Recht, Berlin 2004, S. 9 (23 ff.).

waffneter Angriff⁶⁰ die Verstrickung eines Staates voraussetzt.⁶⁰ Insbesondere die terroristischen Anschläge vom 11. September 2001 in den USA haben zu einer Neubewertung der Voraussetzungen für einen bewaffneten Angriff i. S. des Art. 51 VN-Charter geführt.⁶¹

Traditionell wurde davon ausgegangen, dass ein „bewaffneter Angriff“ nur von einem Staat ausgehen kann.⁶² Dementsprechend wurden nichtstaatliche terroristische Anschläge nicht als „bewaffneten Angriffe“ gewertet, gegen die ein Staat das Selbstverteidigungsrecht nach Art. 51 VN-Charter in Anspruch nehmen darf.⁶³ Diese Auffassung war bis zu den Anschlägen vom 11. September 2001 vorherrschend⁶⁴ und ist vom IGH in seinem Gutachten vom 9. Juli 2004 bekräftigt worden.⁶⁵

Der Wortlaut des Art. 51 VN-Charter gebietet freilich eine solche Interpretation nicht,⁶⁶ denn es ist lediglich die Rede von „armed attack“, nicht von „armed attack by a state“.⁶⁷ Ein bewaffneter Angriff kann aber vom Territorium eines anderen Staates ausgehen.⁶⁸ Entscheidend ist, dass er von außen gesteuert wird.⁶⁹

Wenn ein Staat Terroristen entsendet, um einen anderen Staat anzugreifen, handeln die Terroristen – *de jure oder de facto* – als Organe des den Anschlag initiiierenden Staates.⁷⁰

Die Tatsache, dass eine nichtstaatliche terroristische Gruppe vom Staatsgebiet des Aufenthaltsstaates aus operiert, genügt allein nicht, die Gewalttaten dem Aufenthaltsstaat zuzurechnen.⁷¹ In seinem Nicaragua-Urteil⁷² ging der IGH davon aus, dass die *Entsendung* bewaffneter Banden, nicht aber bereits die bloße Unterstützung dieser Banden einen bewaffneten Angriff darstellt.⁷³ Der Aufenthaltsstaat muss nach Auffassung des Gerichts gleichsam „Tatherrschaft“ über die terroristischen Aktionen haben.⁷⁴ Die ILC forderte noch im August 2001 „direction or control“ für die Zurechenbarkeit nichtstaatlichen Handelns.⁷⁵

Mittlerweile scheint sich insbesondere in unmittelbarer Reaktion auf die Anschläge vom 11. September 2001 die Auffassung durchgesetzt zu haben, dass bei der Zurechnung erweiternde Kriterien ausreichen.⁷⁶ Auch derjenige Staat gilt als legitimes Ziel der Selbstverteidigung, der private Gewalttäter im weiteren Sinne unterstützt.⁷⁷ Die Unterstützung einer terroristischen Gruppierung, aber auch das Schützen oder zumindest wissentliche Dulden („harboring“) solcher Gruppen auf eigenem Hoheitsgebiet genügt für eine Zurechnung.⁷⁸ Nicht erforderlich ist, dass die terroristische Gruppierung vom Aufenthaltsstaat gesteuert wird.⁷⁹ Der Verdacht einer Unterstützung reicht freilich nicht aus, um gegen diesen Staat militärisch vorgehen zu dürfen.⁸⁰

Nach einer noch weitergehenden Auffassung bedarf es zur Feststellung der Selbstverteidigungssituation eines Staates keines staatlichen Zurechnungssubjekts für die Angriffshandlung,⁸¹ was auch der Staatenpraxis entspricht.⁸² Die Zurechnung eines Anschlages sei nicht für die Definition eines bewaffneten Angriffs von Bedeutung, sondern für die Auswahl des Adressaten der Verteidigungsmaßnahmen.⁸³

⁶² Vgl. E.-M. Schulze, a.a.O. (Fn. 28), (102) Rdnr. 17 (756 f.); A. Randelzhofer, a.a.O. (Fn. 16), Art. 51 Rdnr. 35; G. Zimmer, Terrorismus und Völkerrecht: militärische Zwangsanzwendung, Selbstverteidigung und Schutz der internationalen Sicherheit, Aachen 1998, S. 56; D. Blumenwitz, a.a.O. (Fn. 31), S. 104; D. Kugelmann, a.a.O. (Fn. 46), S. 378; C. Tomuschat, a.a.O. (Fn. 55), S. 458; M. N. Schmitt, a.a.O. (Fn. 1), S. 536; E. Klein, a.a.O. (Fn. 61), S. 23; C. Stahn, a.a.O. (Fn. 5), S. 848; C. Eick, a.a.O. (Fn. 7), S. 200; C. Schaller, a.a.O. (Fn. 4), S. 12; C. Walter, Zwischen Selbstverteidigung und Völkerstrafrecht: Bausteine für ein internationales Recht der „präventiven Terrorismus-Bekämpfung“, in: D. Fleck (Hg.), Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte, Baden-Baden 2004, S. 23 (25); C. Hillgruber, Interventions- und Gewaltverbot, Kriege, in: J. Menzel/T. Pierlings/J. Hoffmann, Völkerrechtsprechung, Tübingen 2005, S. 820 f.

⁶³ A. Randelzhofer, a.a.O. (Fn. 16), Art. 51 Rdnr. 34; J. Delbrück, Effektivität des UN-Gewaltverbots, Bedarf es einer Modifikation der Reichweite des Art. 2 (4) UN-Charta?, in: *Die Friedens-Warte* 74 (1999), S. 156; D. Blumenwitz, a.a.O. (Fn. 31), S. 104; C. Tietje/K. Nowrot, Völkerrechtliche Aspekte militärischer Maßnahmen gegen den internationalen Terrorismus, in: *Neue Zeitschrift für Wehrrecht* 44 (2002), S. 5 f.; M. Krajewski, Selbstverteidigung gegen bewaffnete Angriffe nicht-staatlicher Organisationen: der 11. September 2001 und seine Folgen, in: *Archiv des Völkerrechts* 40 (2002), S. 187 f.

⁶⁴ Vgl. C. Kreß, Gewaltverbot und Selbstverteidigungsrecht nach der Satzung der Vereinten Nationen bei staatlicher Verwicklung in Gewaltakte Privater, Berlin 1995, S. 206 m.w.N.; ders., a.a.O. (Fn. 1), S. 310 m.w.N.

⁶⁵ IGH Gutachten vom 9. Juli 2004, Rdnr. 138; dazu T. Bruha/C. J. Tams, Self-defence against terrorist attacks: considerations in the light of the ICJ's 'Israeli Wall' opinion, in: *Weltinnenrecht. Liber amicorum Jost Delbrück*, Hgg. von K. Dicke u. a., 2005, S. 92 ff. m. w. N.

⁶⁶ Y. Dinstein, a.a.O. (Fn. 6), S. 921; instruktiv: T. Bruha/C. J. Tams, a.a.O. (Fn. 65), S. 92 ff. m. w. N.

⁶⁷ C. Stahn, a.a.O. (Fn. 5), S. 830, 848 f.; C. Walter, a.a.O. (Fn. 62), S. 25.

⁶⁸ Y. Dinstein, a.a.O. (Fn. 6), S. 921.

⁶⁹ Vgl. C. Stahn, a.a.O. (Fn. 5), S. 849; D. Blumenwitz, a.a.O. (Fn. 1), S. 312.

⁷⁰ Vgl. Art. 3 lit g General Assembly Resolution 3314 (XXIX); siehe auch Y. Dinstein, a.a.O. (Fn. 6), S. 919; D. Blumenwitz, a.a.O. (Fn. 1), S. 312 f.

⁷¹ Vgl. Gerd Seidel, Quo vadis Völkerrecht?, in: *Archiv des Völkerrechts* 41 (2003), S. 449 (463 ff.); C. Schaller, a.a.O. (Fn. 4), S. 17.

⁷² IGH Reports 1986, S. 14 et seq., 103–123, Ziff. 195.

⁷³ Vgl. auch C. Schaller, a.a.O. (Fn. 4), S. 16.

⁷⁴ D. Blumenwitz, a.a.O. (Fn. 31), S. 102 (104); ders., a.a.O. (Fn. 1), S. 313; T. Bruha, Neuer Internationaler Terrorismus: Völkerrecht im Wandel?, in: H.-J. Koch (Hg.), Terrorismus – Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit, Baden-Baden 2002, S. 67; D. Kugelmann, a.a.O. (Fn. 46), S. 379; S. Talmon, a.a.O. (Fn. 27), S. 154 f.; C. Schaller, a.a.O. (Fn. 4), S. 16; C. Stahn, a.a.O. (Fn. 5), S. 838 ff.; H.-G. Dederer, a.a.O. (Fn. 19), S. 427.

⁷⁵ H. Hillgenberg, a.a.O. (Fn. 1), S. 155.

⁷⁶ C. Schaller, a.a.O. (Fn. 4), S. 16 f.; C. Hillgruber, a.a.O. (Fn. 62), S. 815 f.; S. Baufeld, a.a.O. (Fn. 1), S. 15 ff., 20.

⁷⁷ A. Randelzhofer, a.a.O. (Fn. 16), Art. 51 Rdnr. 33 f.; T. A. Franck, *Recourse to Force*, Fifth printing, Cambridge 2004, S. 54, 67; O. Dörr, a.a.O. (Fn. 3), S. 33 (40); H. Neuhold, a.a.O. (Fn. 50), S. 263 (272); S. N. Pieper, a.a.O. (Fn. 19), S. 99 ff.

⁷⁸ H. Hillgenberg, a.a.O. (Fn. 1), S. 156; M. Herdegen, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rdnr.15; W. Heintschel von Heinegg/T. Gries, a.a.O. (Fn. 33), S. 159; D. Kugelmann, a.a.O. (Fn. 46), S. 380; C. Kreß, a.a.O. (Fn. 1), S. 77; S. N. Pieper, a.a.O. (Fn. 19), S. 76, 102, anders aber auf S. 97; C. Hillgruber, a.a.O. (Fn. 62), S. 815; a. A. D. Blumenwitz, a.a.O. (Fn. 31), S. 104: „Die Duldung terroristischer Gruppen auf dem Territorium, auch deren unspezifische Unterstützung können weder als „Angriffshandlung“ noch als „military attack“ angesehen werden.“

⁷⁹ G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum, a.a.O. (Fn. 18), § 169 IX 9 (S. 825); C. Schaller, a.a.O. (Fn. 4), S. 16 f.

⁸⁰ So aber S. N. Pieper, a.a.O. (Fn. 19), S. 74.

⁸¹ E.-M. Schulze, a.a.O. (Fn. 28), (102) Rdnr. 19 (S. 757); W. Heintschel von Heinegg/T. Gries, a.a.O. (Fn. 33), S. 155 ff.; T. Bruha/M. Bortfeld, a.a.O. (Fn. 45), S. 165; T. Bruha, a.a.O. (Fn. 61), S. 394 f.; D. Kugelmann, a.a.O. (Fn. 46), S. 378; M. Krajewski, a.a.O. (Fn. 63), S. 197 ff.; M. Ruffert, Terrorismusbekämpfung zwischen Selbstverteidigung und kollektiver Sicherheit: die Anschläge vom 11. September 2001 und die Intervention in Afghanistan, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 35 (2002), S. 247 f.; J. A. Frowein, a.a.O. (Fn. 47), S. 879 (887); S. D. Murphy, Terrorism and

5. Unmittelbarkeit des Angriffs und Selbstverteidigung

a) Warten auf den ersten Schuss?

Der zur Selbstverteidigung entschlossene Staat muss nicht auf den ersten Schuss warten.⁸⁴ Selbstverteidigung ist in extremen Ausnahmesituationen dann nicht ausgeschlossen, wenn „der Gegner hin zu einem von ihm geplanten bewaffneten Angriff nur noch ein letztes Schrittlchen zurückzulegen hat und der Aufmarsch seiner Truppen bereits vollzogen ist“.⁸⁵ Es ist keinem Staat zuzumuten, die volle Entfaltung eines völkerrechtswidrigen bewaffneten Angriffs hinzunehmen.⁸⁶ Wenn es evident ist, dass ein gewaltsamer Angriff gegen das Staatsgebiet bevorsteht, können Abwehrmaßnahmen beginnen.⁸⁷ Selbstverteidigung ist danach bereits dann zulässig, wenn der Gegner den Angriff eingeleitet hat.⁸⁸

Es sind unverkennbar Sachverhalte denkbar, bei denen sich die drohende Angriffsgefahr nicht nur als abstrakte Gefahr manifestiert, sondern sich so sehr verdichtet und konkretisiert, „dass ein Überfall durch den – immer noch potentiellen – Gegner nicht mehr als bloße hypothetische Möglichkeit, sondern als ein konkret vorhersehbarer, gleichsam unabwendbarer Geschehensablauf erscheint“.⁸⁹ In solchen Situationen ist es für das Opfer nicht zumutbar abzuwarten, bis sich die Aggressionsabsicht verwirklicht.⁹⁰ Vor diesem Hintergrund wird inzwischen überwiegend die präemptive Selbstverteidigung grundsätzlich für zulässig erachtet.⁹¹

Es gibt aber nach wie vor namhafte Autoren, die vor allem wegen der unverkennbaren Missbrauchsgefahr Bedenken gegen die vorbeugende Selbstverteidigung geltend machen⁹² oder antizipatorisches militärisches Handeln generell ablehnen.⁹³ Bereits die Möglichkeit, gegen einen unmittelbar bevorstehenden Angriff militärisch vorzugehen, stelle eine problematische Erweiterung des Selbstverteidigungsrechts dar. Mit einem bereits erfolgten Angriff könne aber nicht die noch nicht konkretisierte Möglichkeit eines Angriffs gleichgesetzt werden; auf keinen Fall rechtfertige sie die Verletzung der territorialen Integrität des Gegners, die mit der vorsorglichen Selbstverteidigung notwendig einhergehe. Der entscheidende Gesichtspunkt gegen jede Form der vorsorglichen Selbstverteidigung liege letztlich in der rein subjektiven Einschätzung des Staates, der Selbstverteidigung geltend mache. Damit sei das Gewaltverbot praktisch zur Disposition dieses Staates gestellt.⁹⁴

b) Die Webster-Formel und ihre Anwendung

Die vor allem im völkerrechtlichen Schrifttum im Zusammenhang mit dem Irak-Krieg des Jahres 2003 intensivierete Diskussion über die Zulässigkeit des Präventivkrieges belegt, dass vorsorgliche militärische Maßnahmen nur unter sehr engen Voraussetzungen als zulässig gewertet werden können.⁹⁵ Maßstab für die Zulässigkeit präemptiver militärischer Maßnahmen ist die vom völkerrechtlichen Schrifttum ganz überwiegend getragene „Webster-Formel“⁹⁶ aus dem sog. „Caroline Case“⁹⁷. Danach ist antizipatorische Selbstverteidigung nur und frühestens dann zulässig, wenn die Gefahrenlage „gegenwärtig und überwältigend“ ist und „keine

Wahl der Mittel und keinen Augenblick zur Überlegung lässt“ („the necessity is instant, overwhelming and leaving no choice of means, and no moment for deliberation“).⁹⁸ Auch die Bundesregierung ist offenbar dieser Auffassung.⁹⁹

the Concept of Armed Attack in Article 51 on the U.N. Charter, in: *Harvard International Law Journal* 43 (2002), S. 50; *C. Tietje/K. Nowrot*, a.a.O. (Fn. 63), S. 5 ff.; *M. N. Schmitt*, a.a.O. (Fn. 1), S. 536 ff., 539; *H.-G. Dederer*, a.a.O. (Fn. 19), S. 423 ff.; *H. Neuhold*, a.a.O. (Fn. 50), S. 272; *C. Schaller*, a.a.O. (Fn. 4), S. 12; *J. Delbrück*, a.a.O. (Fn. 12), S. 16; *C. Stahn*, a.a.O. (Fn. 5), S. 838; *E. Klein*, a.a.O. (Fn. 61), S. 27 ff.; kritisch dazu *O. Dörr*, a.a.O. (Fn. 3), S. 39, 41, der betont, private Gewalt setze einen Staat nur dann der Selbstverteidigung durch den Opferstaat aus, wenn ihm die Gewalt zugerechnet werden könne.

⁸² *M. N. Schmitt*, a.a.O. (Fn. 1), S. 536.

⁸³ *C. Walter*, a.a.O. (Fn. 62), S. 26.

⁸⁴ *D. Blumenwitz*, a.a.O. (Fn. 57), S. 23 (34); *ders.*, a.a.O. (Fn. 3), S. 26 f.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 1), S. 320; *C. Tomuschat*, a.a.O. (Fn. 5), S. 128; *D. Wiefelspütz*, a.a.O. (Fn. 27), S. 273; *A. Gilch*, a.a.O. (Fn. 6), S. 18.

⁸⁵ *C. Tomuschat*, a.a.O. (Fn. 5), S. 121 (127); vgl. auch die kritische Übersicht bei *C. von Buttlar*, a.a.O. (Fn. 7), S. 15 (22 ff.).

⁸⁶ *K. Doehring*, a.a.O. (Fn. 33), § 11 Rdnr. 574; *A. Verdross/B. Simma*, a.a.O. (Fn. 33), S. 470 ff.; *C. Tomuschat*, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, in: *Hague Academy of International Law*, 2001, S. 216 f.; *P.-M. Dupuy/C. Tomuschat*, a.a.O. (Fn. 15).

⁸⁷ *J. A. Frowein*, *Ist das Völkerrecht tot?*, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 23. Juli 2003.

⁸⁸ *D. Blumenwitz*, a.a.O. (Fn. 57), S. 34; *ders.*, a.a.O. (Fn. 3), S. 27; *Y. Dinstein*, a.a.O. (Fn. 6), S. 918 f.

⁸⁹ *C. Tomuschat*, a.a.O. (Fn. 55), S. 460.

⁹⁰ *C. Tomuschat*, *Ibid.*; *O. Dörr*, a.a.O. (Fn. 3), S. 43; *C. Eick*, a.a.O. (Fn. 7), S. 200 (201).

⁹¹ *O. Schachter*, *The Right of States to Use Armed Force*, in: *Michigan Law Review* 82 (1984), S. 1634 f.; *E.-M. Schulze*, a.a.O. (Fn. 28), (102) Rdnr. 22 (S. 757 f.); *R. Higgins*, *Problems and Process: international law and how we use it*, Oxford 1994, S. 242; *G. Nolte*, *Weg in eine andere Rechtsordnung*, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 10. Januar 2003; *T. A. Franck*, a.a.O. (Fn. 77), S. 97 ff.; *R. Streinz*, a.a.O. (Fn. 3), S. 226; *W. Heintschel von Heinegg*, *Das maritime ius in bello im 21. Jahrhundert*, in: *J. A. Frowein/K. Scharioth/I. Winkelmann/R. Wolfrum* (Hg.), *Verhandeln für den Frieden – Negotiating for Peace, Liber Amicorum Tono Eitel*, Berlin 2003, S. 533 (550 f.); *M. Herdegen*, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rdnr.19; *C. Tomuschat*, a.a.O. (Fn. 55), S. 40.

⁹² Vgl. *D. Blumenwitz*, a.a.O. (Fn. 1), S. 332.

⁹³ *A. Randelzhofer*, a.a.O. (Fn. 16), Art. 51 Rdnr. 39 m. w. N.; *H. Fischer*, a.a.O. (Fn. 16), § 59 Rdnr. 29 f.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 1), S. 5 f.

⁹⁴ *R. Wolfrum*, a.a.O. (Fn. 5), S. 6.

⁹⁵ Vgl. *M. Bothe*, a.a.O. (Fn. 1), S. 261 ff. m. w. N.; *R. Geiger*, a.a.O. (Fn. 10), § 66 I (S. 369); *O. M. von Lepel*, a.a.O. (Fn. 3), S. 77 ff. m.w.N.; *M. E. Kurth*, *Der dritte Golfkrieg aus völkerrechtlicher Sicht*, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 36 (2003), S. 195 ff.; *D. Murswiek*, a.a.O. (Fn. 5), S. 1014 (1016 ff.); *G. Nolte*, a.a.O. (Fn. 91); *J. A. Frowein*, a.a.O. (Fn. 87); *P.-M. Dupuy/C. Tomuschat*, a.a.O. (Fn. 15); *D. Blumenwitz*, a.a.O. (Fn. 59), S. 23 ff.; *D. Dörr/D. Bosch*, a.a.O. (Fn. 1), S. 480 ff.

⁹⁶ *J. Delbrück*, a.a.O. (Fn. 12), S. 16; *D. Blumenwitz*, a.a.O. (Fn. 57), S. 35; *ders.*, a.a.O. (Fn. 1), S. 316 ff.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 3), S. 23 f.; *M. Herdegen*, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rdnr. 18 f.; *C. Schaller*, a.a.O. (Fn. 1), S. 641 (658 ff.); *ders.*, *Die Unterbindung des Seetransports von Massenvernichtungswaffen, SWP-Studie, Stiftung Wissenschaft und Politik, Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit*, Berlin 2004, S. 20; *T. Schweisfurth*, a.a.O. (Fn. 5); *H.-G. Dederer*, a.a.O. (Fn. 19), S. 429; *C. Kreß*, a.a.O. (Fn. 1), S. 66 f.; *C. Eick*, a.a.O. (Fn. 7), S. 201; vgl. aber *R. Wolfrum*, a.a.O. (Fn. 5), S. 5 f.; *O. Dörr*, a.a.O. (Fn. 3), S. 44 ff.; *C. Schaller*, a.a.O. (Fn. 4), S. 18; *Y. Dinstein*, a.a.O. (Fn. 6), S. 922 f.; *M. N. Schmitt*, a.a.O. (Fn. 1), S. 529 ff.; *S. N. Pieper*, a.a.O. (Fn. 19), S. 117; *O. Dörr*, a.a.O. (Fn. 5), S. 17.

⁹⁷ Instruktiv: *T. Breitwieser*, a.a.O. (Fn. 5), S. 46 ff.; *T. Stein/C. von Buttlar*, a.a.O. (Fn. 2), Rdnr. 829 f.

⁹⁸ *State Secretary Webster*, *British and Foreign State Papers* 29 (1840–1841), S. 1129 (1138).

Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben, wenn nur eine generelle Bedrohungslage,¹⁰⁰ bloße Gefahrenlagen,¹⁰¹ ein lediglich möglicher Angriff in eher fernerer Zukunft,¹⁰² fern liegende Bedrohungen¹⁰³ oder nur eine *abstrakte* Gefahr eines in unbestimmter Zukunft möglicherweise drohenden Angriffs gegeben ist¹⁰⁴ oder gar nur „Risikovorbeugung“¹⁰⁵ Zweck der militärischen Unternehmung ist. Dies gilt selbst dann, wenn ein Angriff mit Massenvernichtungswaffen droht.¹⁰⁶ Ebenso genügen das Gefühl des Bedrohtseins oder frühere Gewalttaten nicht.¹⁰⁷ Die gewaltsame Reaktion auf Friedensbedrohungen unterhalb der Schwelle eines unmittelbar bevorstehenden bewaffneten Angriffs ist ausschließlich Sache des Sicherheitsrats.¹⁰⁸ Ein pauschaler Verdacht, den internationalen Terrorismus zu unterstützen, erfüllt nicht annähernd die Voraussetzungen für die Wahrnehmung des Rechts auf Selbstverteidigung.¹⁰⁹ Erst recht ist zur Rechtfertigung von Verteidigungsmaßnahmen nicht ausreichend, wenn ein eher vager Verdacht gehegt wird, dass ein Land eines Tages zu einer konkreten Gefahr für den Weltfrieden werden könnte.¹¹⁰

Hartmut Hillgenberg betont mit Recht: „Die Zulässigkeit von Präventivschlägen ohne „instant and overwhelming necessity“, die „no choice of means and no moment of deliberation“ zulässt, würde das Gewaltverbot als „Herz“ der VN-Charta und Ergebnis aus Erfahrungen mit Weltkriegen aus den Angeln heben.“¹¹¹

Erfüllen militärische Drohungen nicht die engen Voraussetzungen der Caroline-Regel, ist allein der Sicherheitsrat der VN befugt, Maßnahmen zur Friedenssicherung anzuordnen.¹¹²

c) Der Abfangschlag („interceptive strike“)

Für (zulässige) Verteidigungshandlungen bei einer sich konkret realisierenden oder sich entfaltenden Angriffsgefahr hat *Yoram Dinstein*¹¹³ den prägnanten Begriff „interceptive strike“ (Abfangschlag) gefunden, der diesen Sachverhalt überzeugend und anschaulich umschreibt. Diese Betrachtungsweise ist auf Ablehnung¹¹⁴ gestoßen, sie findet aber wachsende Zustimmung.¹¹⁵

6. Massenvernichtungswaffen und Selbstverteidigung

Unverkennbar bereitet es erhebliche Schwierigkeiten, die extreme Gefährlichkeit von Massenvernichtungswaffen im Zusammenhang mit präemptiver Verteidigung angemessen zu würdigen und gleichzeitig die Verletzung des Gewaltverbots durch eine missbräuchliche Inanspruchnahme des Selbstverteidigungsrechts zu verhindern.¹¹⁶ Das Völkerrecht stößt hier angesichts überragender, existentieller Interessen von Staaten an seine Grenzen.¹¹⁷ Bereits der einmalige Einsatz von Massenvernichtungswaffen kann einen unermesslichen Schaden anrichten, ja die Existenz des angegriffenen Staates bedrohen. Wenn in einer solchen Situation Verteidigung nicht rechtzeitig einsetzt, ist sie unter Umständen überhaupt nicht mehr möglich.¹¹⁸ Eine Grenzziehung zur unzulässigen Gewaltanwendung ist gleichwohl unverzichtbar. Die Diskussion ist ersichtlich noch nicht abgeschlossen.

Karl-Heinz Kamp schlägt folgende Kriterien für die Rechtmäßigkeit eigenen militärischen Handelns vor: Die gegnerische Absicht, Schaden zuzufügen muss evident sein. Es müssen Maßnahmen und Vorbereitungen erkennbar sein, dass diese Absicht in die Tat umgesetzt werden soll. Es muss offensichtlich sein, dass ein Nichthandeln das eigene Risiko dramatisch erhöht.¹¹⁹

Nach Auffassung von *Dieter Dörr* und *Dorit Bosch* könnte in Fällen atomarer Bedrohung ein (zulässiges) präventives Selbstverteidigungsrecht bejaht werden, wenn die Zweitschlag-Kapazität des bedrohten Staates nicht mehr gegeben sei. Es sei unzumutbar, dass eine durch einen unmittelbaren Angriff drohende Zerstörung, die bereits beim ersten Wafeneinsatz des Gegners eintreten könne, abgewartet werden müsse, bevor dagegen militärisch zulässig vorgegangen werden könnte.¹²⁰

In Analogie zum Gefahrenabwehrrecht erwägt *Oliver Dörr* die Wahrscheinlichkeit und den Umfang des potentiellen Schadens beim bedrohten Rechtsgut in Beziehung zum Zeitpunkt von zulässigen Abwehrmaßnahmen zu setzen.¹²¹ Je

⁹⁹ In der Antwort der Bundesregierung (BT-Drs. 15/3181, S. 25) auf eine Kleine Anfrage von Abgeordneten der CDU/CSU heißt es: „Das Recht zur individuellen oder kollektiven Selbstverteidigung nach Art. 51 VN-Charta schließt nach Ansicht der Bundesregierung Abwehrmaßnahmen gegen einen unmittelbar bevorstehenden Angriff ein.“

¹⁰⁰ *S. Talmon*, a.a.O. (Fn. 27), S. 145; vgl. auch *C. Stahn*, a.a.O. (Fn. 5), S. 868 f.

¹⁰¹ *C. Tomuschat*, a.a.O. (Fn. 5), S. 127.

¹⁰² *H. Neuhold*, a.a.O. (Fn. 50), S. 273.

¹⁰³ *B. Fassbender*, a.a.O. (Fn. 8), S. 250; *C. Hillgruber*, a.a.O. (Fn. 62), S. 819.

¹⁰⁴ *H. Hillgenberg*, a.a.O. (Fn. 1), S. 158 f.; *O. Dörr*, a.a.O. (Fn. 3), S. 45; *C. Eick*, a.a.O. (Fn. 7), S. 201 f.; *C. Hillgruber*, a.a.O. (Fn. 62), S. 819

¹⁰⁵ *C. Eick*, a.a.O. (Fn. 7), S. 201 f.

¹⁰⁶ *G. Nolte*, a.a.O. (Fn. 91); *H.-G. Dederer*, a.a.O. (Fn. 19), S. 421 (429).

¹⁰⁷ *E.-M. Schulze*, a.a.O. (Fn. 28), (102) Rdnr. 22 (S. 758).

¹⁰⁸ *C. Hillgruber*, a.a.O. (Fn. 62), S. 819.

¹⁰⁹ *H.-G. Dederer*, a.a.O. (Fn. 19), S. 429.

¹¹⁰ *C. Tomuschat*, a.a.O. (Fn. 55), S. 40 (41); *D. Wiefelspütz*, a.a.O. (Fn. 27), S. 276.

¹¹¹ *H. Hillgenberg*, a.a.O. (Fn. 1), S. 166. Scharfe Kritik an der Bush-Doktrin auch von *C. Kreß*, a.a.O. (Fn. 1), S. 67: „Die Bush-Doktrin geht über das tradierte Verständnis antizipierter Selbstverteidigung hinaus. Der Erstschiß soll auch dann in Betracht kommen, wenn Zeit und Ort des zukünftigen Angriffs ungewiß sind. Vor allem aber wird völlig darauf verzichtet, den erforderlichen Grad der Gefahr zu konkretisieren. [...] Was hier aufscheint, ist der am Ende tatsächlich nur wenig verhüllte Entwurf einer hegemonialen Völkerrechtsordnung.“

¹¹² *D. Blumenwitz*, a.a.O. (Fn. 3), S. 27.

¹¹³ *Y. Dinstein*, *War, Aggression and Self-Defence*, 3. Aufl., Cambridge 2001, S. 172; *ders.*, a.a.O. (Fn. 6), S. 918 f.

¹¹⁴ Vgl. *A. Cassese*, a.a.O. (Fn. 58), S. 309.

¹¹⁵ *D. W. Bowett*, *Self-Defence in International Law*, Manchester 1958, S. 185 f.; *T. A. Franck*, a.a.O. (Fn. 77), S. 99 ff.; offen gelassen von *C. Tomuschat*, a.a.O. (Fn. 55), S. 460.

¹¹⁶ Vgl. *J. A. Frowein*, a.a.O. (Fn. 87); *C. Schaller*, a.a.O. (Fn. 1), S. 659 f.; *K.-H. Kamp*, a.a.O. (Fn. 6), S. 45; *C. Kreß*, a.a.O. (Fn. 1), S. 78; *M. N. Schmitt*, a.a.O. (Fn. 1), S. 534 ff.; *T. Stein/C. von Buttlar*, a.a.O. (Fn. 2), Rdnr. 833 ff.

¹¹⁷ Vgl. *C. Kreß*, a.a.O. (Fn. 1), S. 315.

¹¹⁸ Vgl. *K.-H. Kamp*, a.a.O. (Fn. 6), S. 42 f.; *C. Schaller*, a.a.O. (Fn. 4), S. 18.

¹¹⁹ *K.-H. Kamp*, *Id.*, S. 46.

¹²⁰ *D. Dörr/D. Bosch*, a.a.O. (Fn. 1), S. 480 f.

¹²¹ *O. Dörr*, a.a.O. (Fn. 3), S. 45.

gravierender die mutmaßliche Bedrohung, je schwieriger die Angriffsabwehr bei weiterem Abwarten, je kleiner das „Zeitfenster“ für ein effektives Eingreifen, desto weiter müsse ein Staat befugt sein, den drohenden militärischen Angriff zu antizipieren.¹²²

Michael N. Schmitt unterbreitete den Vorschlag, Selbstverteidigungsmaßnahmen bereits vor Abschluss der Angriffsvorbereitungen dann zuzulassen, wenn sich anderenfalls das „Fenster effektiver Verteidigungsmöglichkeiten“ schließe.¹²³

Andererseits wird der bloße Besitz von Massenvernichtungswaffen zur Rechtfertigung von Verteidigungsmaßnahmen nicht ausreichen.¹²⁴ Das verbietet sich bereits deshalb, weil der Besitz von Massenvernichtungswaffen für sich genommen nicht völkerrechtswidrig ist und im Übrigen zu viele Staaten im Besitz solcher Waffen sind.

Militärische Abwehrmaßnahmen sind als Selbstverteidigung dann erlaubt, wenn sich an Bord eines Schiffes Massenvernichtungswaffen, radioaktives Material oder waffenfähige Substanzen befinden, die nachweislich für terroristische Umtriebe bestimmt sind. Solche Einsatzmittel stellen im Besitz von Terroristen immer eine unmittelbare und gegenwärtige Gefahr für den bedrohten Staat dar.¹²⁵

Nach Ansicht von Jochen A. Frowein ist Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Selbstverteidigungsrechts, „dass vor der Weltöffentlichkeit im Sicherheitsrat wirklich mit hoher Plausibilität diese Gefährdung dargelegt werden kann“.¹²⁶ Es müsse detailliert dargelegt werden können, dass der Angriffsabsichten hegende Staat sich die Voraussetzungen für einen Überraschungsangriff schaffen wolle.¹²⁷ Bei terroristischen Organisationen könne kein Zweifel daran bestehen, dass der Besitz von Massenvernichtungswaffen als eine unmittelbare Bedrohung anzusehen sei. Es sollte auch nicht bezweifelt werden, dass aus dem Verhalten von Staaten bei Herstellung, Erwerb oder versuchtem Erwerb von Massenvernichtungswaffen der Schluss gezogen werden könne, dass hier eine unmittelbare Bedrohung vorliege.¹²⁸

7. Der Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change

a) Der Report

In diesem Zusammenhang verdient ein Dokument der Vereinten Nationen wegen seines prägnanten und repräsentativen Charakters besondere Beachtung. Am 2. Dezember 2004 veröffentlichten die VN den „Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change – A more secure world: our shared responsibility – A/59/565“.¹²⁹ Die „Hochrangige Gruppe“ war ein Jahr zuvor von Generalsekretär Kofi Annan eingesetzt worden, um Vorschläge zur Reform des kollektiven Sicherheitssystems und der Vereinten Nationen zu erarbeiten. Zu Art. 51 VN-Charter heißt es im Report: „188. Der Wortlaut dieses Artikels ist restriktiv: ‚Diese Charta beeinträchtigt im Falle eines bewaffneten Angriffs gegen ein Mitglied der Vereinten Nationen keineswegs das naturgegebene Recht zur individuellen oder kollektiven

Selbstverteidigung, bis der Sicherheitsrat die zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit erforderlichen Maßnahmen getroffen hat.‘ Indessen kann ein bedrohter Staat nach lange etablierten Regeln des Völkerrechts militärische Maßnahmen ergreifen, solange der angedrohte Angriff unmittelbar bevorsteht, durch kein anderes Mittel abzuwenden ist und die Maßnahmen verhältnismäßig sind. Ein Problem entsteht dann, wenn die fragliche Gefahr nicht unmittelbar droht, aber dennoch als real dargestellt wird, beispielsweise der in mutmaßlich feindseliger Absicht erfolgende Erwerb der Fähigkeit zur Herstellung von Nuklearwaffen.

189. Kann ein Staat, ohne sich an den Sicherheitsrat zu wenden, unter diesen Umständen das Recht für sich beanspruchen, in antizipatorischer Selbstverteidigung nicht nur präemptiv (gegen eine unmittelbar drohende oder nahe Gefahr), sondern präventiv (gegen eine nicht unmittelbar drohende oder nahe Gefahr) zu handeln? Diejenigen, die dies bejahen, vertreten den Standpunkt, dass manche Gefahren (wie z. B. im Besitz einer Kernwaffe befindliche Terroristen) ein so großes Schadenspotential haben, dass man einfach das Risiko nicht eingehen kann, abzuwarten, bis sie zu einer unmittelbaren Bedrohung werden, und dass durch frühzeitigeres Handeln unter Umständen weniger Schaden angerichtet wird (etwa durch die Vermeidung eines nuklearen Schlagabtauschs oder des radioaktiven Niederschlags aus einer Reaktorzerstörung).

190. Um diese Frage kurz zu beantworten: Wenn gute, durch handfeste Beweise erhärtete Argumente für militärische Präventivmaßnahmen vorliegen, so sollten diese dem Sicherheitsrat unterbreitet werden, der die Maßnahmen sodann nach seinem Gutdünken genehmigen kann. Tut er dies nicht, besteht per definitionem Zeit genug, um andere Strategien zu verfolgen, darunter Überzeugungsarbeit, Verhandlungen, Abschreckung und Eindämmungspolitik, und danach die militärische Option erneut zu prüfen.

191. Denjenigen, die einer solchen Antwort mit Ungeduld begegnen, muss entgegengehalten werden, dass in dieser Welt voll mutmaßlicher potentieller Bedrohungen die Gefahr für die globale Ordnung und die Norm der Nichtintervention, auf der diese nach wie vor aufbaut, einfach zu groß ist, als dass einseitige Präventivmaßnahmen, im Unterschied zu kollektiv gebilligten Maßnahmen, als rechtmäßig akzeptiert werden könnten. Einem zu gestatten, so zu handeln, bedeutet, es allen zu gestatten.“¹³⁰

¹²² O. Dörr, *ibidem*; ähnlich C. Schaller, a.a.O. (Fn. 4), S. 18.

¹²³ M. N. Schmitt, a.a.O. (Fn. 1), S. 535.

¹²⁴ J. A. Frowein, a.a.O. (Fn. 47), S. 889 f.; C. Schaller, a.a.O. (Fn. 4), S. 19; T. Stein/C. von Buttlar, a.a.O. (Fn. 2), Rdnr. 839 m. w. N.; C. Hillgruber, a.a.O. (Fn. 62), S. 820.

¹²⁵ J. A. Frowein, a.a.O. (Fn. 87); vgl. auch K.-H. Kamp, a.a.O. (Fn. 6), S. 44.

¹²⁶ J. A. Frowein, a.a.O. (Fn. 87).

¹²⁷ S. A. Alexandrov, *Self-Defense Against the Use of Force in International Law*, The Hague 1996, S. 163 f.; J. A. Frowein, a.a.O. (Fn. 47), S. 891.

¹²⁸ J. A. Frowein, a.a.O. (Fn. 87).

¹²⁹ Dazu D. Wiefelspütz, a.a.O. (Fn. 27), S. 279 f.; M. Herdegen, a.a.O. (Fn. 2), Rdnr. 19; S. Graf von Einsiedel, *Vision mit Handlungsanweisung: das High-level Panel und die Reformagenda der Vereinten Nationen*, in: Vereinte Nationen 53 (2005), S. 5 ff.; T. Bruha/C. J. Tams, a.a.O. (Fn. 5), S. 37; P. Hilpold, *Die Vereinten Nationen und das Gewaltverbot: die Reformvorschläge des High-level Panels sind wenig hilfreich*, in: Vereinte Nationen, 53 (2005), S. 81 ff.

¹³⁰ United Nations, a.a.O. (Fn. 7), Nr. 188 ff.

Abschließend heißt es prägnant:

„192. Wir befürworten keine Neufassung oder Neuauslegung des Artikels 51.“¹³¹

b) Bewertung

Der „Report“ ist – soweit er sich zu Art. 51 VN-Charter verhält – erkennbar eine kritisch-ablehnende Reaktion auf aktuelle Herausforderungen des Völkerrechts durch die amerikanische Nationale Sicherheitsstrategie und der sog. *Bush-Doktrin*.¹³² Zur Reichweite des Rechts auf individuelle und kollektive Selbstverteidigung nimmt der Report ausdrücklich eine dezidiert restriktive Position ein, indem er die in den VN und in der Völkerrechtswissenschaft vertretenen (Mehrheits-)Auffassungen zu Art. 51 VN-Charter wiedergibt. Pointiert und mit geradezu provokanter Deutlichkeit widerspricht der Report den Versuchen, die *Unmittelbarkeit* des bevorstehenden bewaffneten Angriffs als zwingende Voraussetzung für die Wahrnehmung der Rechte nach Art. 51 VN-Charter durch ein wie auch immer geartetes Recht zur präventiven Sicherung der internationalen Ordnung zu ersetzen.¹³³ Die völkerrechtlich ungelösten Fragen, die mit der Bedrohung durch Massenvernichtungswaffen – insbesondere durch Nuklearwaffen – verbunden sind, werden vom Report lediglich angesprochen. Präventive militärische Gewaltanwendung als Ausübung des Selbstverteidigungsrechts lehnt die Expertenkommission dezidiert ab. Präventivmaßnahmen – auch solche militärischer Art – sind nach Auffassung der Kommission ausschließlich dem Sicherheitsrat vorbehalten.

Es fällt auf, dass der Report terroristische Gefahren zwar in einem zentralen Kapitel anspricht,¹³⁴ das aktuelle Thema Selbstverteidigung und terroristische Anschläge nichtstaatlicher Organisationen jedoch ausspart.¹³⁵ Die bedeutsame völkerrechtliche Diskussion¹³⁶ über die Reichweite des Selbstverteidigungsrechts nach Art. 51 VN-Charter, die insbesondere vor dem Hintergrund der Anschläge vom 11. September 2001 geführt wird, reflektiert der Report nicht.

Der Report ist im Schrifttum auf deutliche Kritik gestoßen. *Peter Hilpol* kritisiert, die „Webster-Formel“ zur Auslegung des Art. 51 VN-Charter sei eindeutig enger formuliert als die von der Expertenkommission geprägte Formel. Die Feststellung, es werde keine „Neufassung oder Neuregelung des Artikels 51 befürwortet“, sei somit irreführend. Für das Gewaltverbot hätte es einer tiefen Aufarbeitung des rechtlichen *Status quo* bedurft. Die Ausführungen zum Selbstverteidigungsrecht seien potentiell kontraproduktiv.¹³⁷

Zutreffend an dieser Kritik ist, dass a.a.O. (Fn. 19) die Schlussfolgerung des Reports („Wir befürworten keine Neufassung oder Neuauslegung des Artikels 51.“) doch wohl ein Euphemismus ist. Bislang hat nämlich kein anderes Organ der VN – insbesondere nicht die International Law Commission und auch nicht der International Court of Justice – die von der Expertenkommission für richtig gehaltene Interpretation des Art. 51 VN-Charter vertreten.¹³⁸

Jenseits des Vorstehenden ist die Kritik von *Peter Hilpol* jedoch überzogen. Der Report ist in seiner Zielsetzung ein politischer und kein juristischer Text. Das Wording des Reports orientiert sich unübersehbar an der „Webster-Formel“, die Formulierungen sind freilich knapper als das historische Vorbild. Es sind keine Anhaltspunkte erkennbar, dass auch nur indirekt eine Ausweitung des Selbstverteidigungsrechts über die „Webster-Formel“ hinaus befürwortet würde. Der Schlüsselbegriff für zulässige präemptive Selbstverteidigung ist und bleibt die Unmittelbarkeit der Gefahr.

8. Resümee und Ausblick

Der Geltungsanspruch und das Verständnis des Gewaltverbots des Art. 2 Ziff. 4 VN-Charter ist vor allem durch den von den USA und ihren Verbündeten geführten Irak-Krieg und der diesem Krieg zugrundeliegenden *Bush-Doktrin* unter Druck geraten. Dieses hegemoniale Verständnis des Völkerrechts wird indes von der ganz überwiegenden Mehrheit der Mitglieder der VN und vom international dominierenden Mainstream der Völkerrechtler abgelehnt. Die existentiellen Gefahren durch Massenvernichtungswaffen und durch den internationalen Terrorismus gebieten äußerstenfalls eine behutsame Weiterentwicklung der Interpretation der Reichweite des Selbstverteidigungsrechts nach Art. 51 VN-Charter. Die Anerkennung zulässiger präventiver Gewaltanwendung würde letztlich den Geltungsanspruch des völkerrechtlichen Gewaltverbots zertrümmern. Präemptive Verteidigungshandlungen sind zulässig, weil sie in einem evidenten und erkennbar engen Zusammenhang mit akuten Angriffshandlungen stehen. ■

¹³¹ United Nations, a.a.O. (Fn. 7), Nr. 192.

¹³² So auch *N. Ronzitti*, The report of the UN High-Level Panel and the use of force, in: *The International Spectator* 40 (2005), S. 92.

¹³³ Vgl. dazu *M. Schröder*, a.a.O. (Fn. 5), S. 290.

¹³⁴ United Nations, a.a.O. (Fn. 7), Nr. 145–164.

¹³⁵ Kritisch auch *T. Ruys*, Reshaping Unilateral and Multilateral Use of Force: The Work of the UN High Level Panel on Threats, Challenges and Change.

The „Good Humanitarian Donorship Initiative“ and ECHO

David Kowertz*

Ziel des Artikels ist es, zu einem besseren Verständnis des humanitären Systems beizutragen. Hierzu wird mit ECHO einer der größten Geldgeber in der humanitären Hilfe an der so genannten „Good Humanitarian Donorship“-Initiative gemessen.

In einem ersten Schritt wird zunächst ECHO unter die Lupe genommen und aus soziologischer Sicht als Organisation vorgestellt. Das Augenmerk liegt dabei auf ECHO's Ziel, seiner Struktur und seiner organisatorischen Umwelt. Was diesen dritten Aspekt betrifft, so werden vor allem ECHO's Einbettung in die Europäische Union und die Beziehungen zu humanitären Partnerorganisationen untersucht.

Im zweiten Teil liegt der Fokus dann auf der „Good Humanitarian Donorship“-Initiative. Diese wird als eine Politik begriffen und ihrerseits auf ihr Ziel, anzuwendende Evaluationskriterien, durchzuführende Maßnahmen, bereitgestellte Ressourcen und Umsetzungsrichtlinien hin untersucht. Die Initiative weist eine Reihe von Lücken auf, die besonders ihre konkrete Umsetzung nur schwer messbar machen.

Das zentrale Kapitel untersucht ECHO's Verhalten im Hinblick auf alle in der Initiative gelisteten Maßnahmen. Die Frage ist dabei immer: Befolgt ECHO die Initiative oder nicht? Da ECHO die Initiative nicht vollständig umsetzt, werden an den entsprechenden Stellen die Gründe hierfür erforscht.

Die gewonnenen Erkenntnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen:

ECHO befolgt die Initiative in den meisten Fällen und verhält sich damit wie ein „guter Geldgeber“. Dies wird allerdings dadurch relativiert, dass die Initiative sehr vage formuliert ist und ihre Vorgaben deshalb meist leicht zu erfüllen sind.

Besonders was die Reduzierung der Zweckbindung und die erhöhte Vorhersehbarkeit der Finanzierung angeht, folgt ECHO der Initiative allerdings nicht. Die Ursachen hierfür liegen bei der EU, die etwa eine Zweckbindung von ECHO's Finanzmitteln zwingend vorgibt.

1. Introduction

No attempt at understanding humanitarian aid and the ways in which it is provided and managed is complete without analysing the donor organisations which fund the aid operations. They constitute an integral part of the humanitarian system, whose importance is widely acknowledged in the literature on humanitarian aid. For example, Joanna Macrae and her co-authors write that: “Official donors clearly exert significant influence over both the size and shape of humanitarian response, both globally and in specific countries.”¹

One of the biggest donor organisations is the European Commission Humanitarian Aid Office (ECHO). With an average annual budget of over € 500.000.000, it is a key actor in the humanitarian system.² “ECHO, a multilateral organisation that acts as a donor, is also a major player; in 2000 it was responsible for approximately 10% of official humanitarian aid.”³ ECHO is the object of analysis of this article, which aims to provide a better understanding of the way in which the humanitarian system functions.

When it comes to analysing the behaviour of donor organisations with regard to humanitarian aid, there are not so many tailor-made tools available. The most widely known tool designed for dealing with donor organisations is the Good Humanitarian Donorship Initiative (GHD). In 2003, the Swedish government invited the 16 biggest donors for humanitarian aid to discuss their policies and funding practices. The meeting produced a set of 23 principles as well as an implementation plan.⁴ All in all, the initiative can best be described as a code of conduct for donors, committing them to behave in certain ways when funding aid operations. Not

least because it was written by the powerful donors themselves, the literature on humanitarian aid assigns it great importance. For example, Henrik Hammargren writes that: “it is the best – indeed the only – tool there is to address donor performance.”⁵ Given the importance of the GHD initiative, it will be employed as an analytical tool for the purposes of this article. Consequently, the topic of this article is to analyse ECHO's behaviour with regard to the GHD initiative.

This article is the result of my experience while working at ECHO's headquarters in Brussels and interviewing a number of its staff members. While asking them about the GHD initiative in general terms, it quickly became clear that ECHO

* From 2004–2005, David Kowertz was a student of Humanitarian Assistance in the NOHA-Mundus Master's Course at the Ruhr-University Bochum (Germany). During the summer months of 2005 he worked for the European Commission Humanitarian Aid Office (Belgium) as a stagiaire. He is currently working as a “Project Assistant” for Malteser International in Pakistan.

¹ J. Macrae, S. Collinson, M. Buchanan-Smith, N. Reindorp, A. Schmidt, T. Mowjee & A. Harmer, *Uncertain Power: The Changing Role of Official Donors in Humanitarian Action*, HPG Report No. 12, Overseas Development Institute, London, 2002, p. 7.

² ECHO, *Key figures*, available at <http://europa.eu.int/comm/echo/finances/budget_en.htm>, 31 August 2005.

³ J. Macrae, S. Collinson, M. Buchanan-Smith, N. Reindorp, A. Schmidt, T. Mowjee & A. Harmer, *supra* note 1, at 3.

⁴ GHD, *Background*, available at <<http://www.goodhumanitariananddonorship.org/background1.asp>>, 28 February 2006.

⁵ H. Hammargren, “Promoting Good Humanitarian Donorship: A Task for the OECD-DAC?”, in Humanitarian Practice Network, *Humanitarian Exchange*, No. 29, London, Overseas Development Institute, March 2005, pp. 13–15.

was not implementing the initiative in its entirety. As a result, two key questions presented themselves:

1. Which parts of the GHD initiative are being implemented by ECHO and which parts are not?
2. What are the reasons for ECHO not to implement parts of the GHD initiative?

The idea is to identify a pattern behind ECHO's behaviour with regard to the GHD initiative. First, ECHO itself will be scrutinized. The article will look at ECHO's goal, its structure and its environment, since these largely determine ECHO's behaviour.

Second, the focus will lie on the GHD initiative. Conceiving it as a policy, the article will describe the initiative's goal, its evaluative measures, its activities, the resources provided and the procedures which shall be followed in its implementation.

The third and central part of the article then scrutinizes ECHO's performance with regard to all the points of the initiative. The question will always be: Is ECHO fulfilling the requirements of the initiative or not? In a number of cases, the article will come up with instances in which ECHO is not implementing the initiative. Whenever such a gap is made out, the article will try to find the reason underlying it. The assumption is that any instance of ECHO not complying with the initiative will be in some way related to either an organisational feature of ECHO, to a characteristic of the GHD initiative or a combination of both. Once the reasons for ECHO's performance with regard to the GHD initiative have been made out and related to the features of ECHO and the initiative, it will be possible to carve out, where the problem lies between one of the world's biggest donor organisations and one of the most important initiatives in humanitarian aid.

2. The European Commission Humanitarian Aid Office (ECHO)

The Humanitarian Aid Office⁶ was set up by the European Commission in 1992.⁷ It presently operates under the mandate given to it by the European Council in 1996.⁸ In describing ECHO, this article uses a sociological approach, covering the main features of an organisation as listed by Hermann L. Gukenbiehl.⁹

2.1 ECHO's Goal

ECHO's official goal can be taken from its mission statement. Here, ECHO explains why it exists towards the general public. It states that its main mission is to "fund the co-ordinated delivery of Community humanitarian assistance and protection through partner humanitarian organisations in order to save and preserve life, reduce or prevent suffering and safeguard the integrity and dignity of third country populations affected by humanitarian crises".¹⁰ In essence, ECHO's goal is to provide money for what is often termed

the core of humanitarian assistance, namely saving lives and alleviating suffering.

2.2 ECHO's Structure

ECHO is a Directorate General (DG) of the European Commission. It is structured in a way very similar to all the other DGs.¹¹ Like all DGs, ECHO has a clear, hierarchical structure.¹² It is headed by the director general, who is responsible for the overall functioning of the DG and who represents it toward other agencies. While most DGs have a number of directors, ECHO only has one, whose task is to assist the director general in the management of the DG with a special focus on financial matters and the three geographical units. As Nugent puts it, a DG's "basic organisational entity is the unit."¹³ A unit deals with even more specialised issues than the directorates do. ECHO is no exception here and it is divided into eight units.¹⁴ The first three units are the so-called geographical ones. These units manage the funding of assistance in their respective geographical areas:

- ECHO 1 deals with projects in Africa, the Caribbean and Pacific States (ACP);
- ECHO 2 manages funding for Central and Eastern Europe, Newly Independent States (NIS), the Mediterranean and the Middle East;
- ECHO 3 is assigned Asia and Latin America.

Within these units, desk officers usually deal with projects in one specific country. If more than one desk officer works on one country, they usually divide up their work according to sectors. One officer would deal with health projects while another would focus on water and sanitation for example. ECHO employs 140 staff members at its headquarters in

⁶ For an overview of ECHO's history, see T. Mowjee & J. Macrae, *Accountability and Influence in the European Community Humanitarian Aid Office*, HPG Background Paper, Overseas Development Institute, London, 2002, pp. 1–3.

⁷ European Commission, *Decision to Set up a European Office for Emergency Humanitarian Aid*, <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=P/91/69&format=HTML_&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>, 1 September 2005.

⁸ European Council, *Council Regulation (EC) No. 1257/96 of 20 June 1996 concerning Humanitarian Aid*, <http://europa.eu.int/martapi/cgi/sga_doc?martapi!celexapi!prod!CELEXmundoc&lg=en&mundoc=31996R1257&model=guichett>, 1 September 2005.

⁹ H.L. Gukenbiehl, "Institution und Organisation", in H. Korte & B. Schäfer, *Einführung in die Hauptbegriffe der Soziologie*, Opladen, Leske und Budrich, 1998, at 106–110.

¹⁰ ECHO, *Mission Statement*, <http://europa.eu.int/comm/echo/index_en.htm>, 30 August 2005, p. 1.

¹¹ ECHO's own organigram can be accessed on ECHO's website. ECHO, *DG for Humanitarian Aid ECHO*, <http://europa.eu.int/comm/echo/presentation/whoswho_en.htm>, 31 August 2005.

¹² Neill Nugent provides an overview of the main features of a DG's structure as well as an organigram. N. Nugent, *The European Commission*, Palgrave, Basingstoke and Houndmills, 2001, pp. 138–143.

¹³ N. Nugent, *supra* note 12, at 142.

¹⁴ Their different tasks can also be taken from ECHO's mission statement. ECHO, *Mission Statement*, *supra* note 10.

Brussels. 35 of these are desk officers in the geographical units.¹⁵ The remaining five units are “horizontal” ones. These units do not manage the funding of projects directly but deal with issues that affect all the three operational units.

- ECHO 4 develops policies and strategies and works to ensure their coherence;
- ECHO 5 deals with human resources and contractual relations with partner organisations;
- ECHO 6 is responsible for all matters related to the budget;
- ECHO 7 works toward the general public in order to raise awareness of humanitarian issues;
- An internal audit unit is shared with the EuropeAid Co-operation Office (AIDCO).¹⁶

The staff of these eight units report to their respective heads of unit, who in turn report to the director general. In addition to its headquarters in Brussels, ECHO also employs so-called field offices in most of the countries it funds projects in.¹⁷ These field offices are staffed by experts who oversee the projects funded by ECHO and provide headquarters with information about the situation on the ground. Altogether, ECHO employs 70 experts in its field offices around the world.¹⁸ Field experts report to the units responsible for their respective country.¹⁹ In sum, ECHO is largely structured along geographical lines, but also has a number of units dealing with horizontal issues.

2.3 ECHO’s Environment

As Gukenbiehl points out, organisations always need to be seen in the context of their surroundings. Other organisations with which they interact, often substantially influence their behaviour.²⁰ With regard to its performance as a donor organisation, two parts of ECHO’s social environment are of primary importance:

- The European Union (EU) of which ECHO is of course a part;
- The humanitarian organisations who implement projects funded by ECHO.

2.3.1 The European Union/Key Legal Instruments

The European Union is of primary importance for the functioning of ECHO because it is so to speak ECHO’s mother organisation. ECHO is legally based in the framework of the EU and receives its financial resources from the EU’s budget. This section will therefore provide an overview of the key legal instruments which govern ECHO’s work.

While ECHO is bound by quite a number of EU-regulations dealing with various issues, three legal instruments are of primary importance with regard to ECHO’s policy:

- The Council Regulation concerning humanitarian aid;
- The Council Regulation on the Financial Regulation;
- The Commission Regulation on rules of implementation of the Financial Regulation.

The Council Regulation (EC) No. 1257/96 of 20 June 1996 concerning humanitarian aid is the most important legal instrument for ECHO. It gives ECHO its mandate and legal base, and to a great extent determines what ECHO does and how. It consists of three chapters. The first chapter lays down the objectives and general principles of humanitarian aid. It mentions goals such as saving lives, the preparing for disasters and short-term rehabilitation. It also states that assistance shall take the form of grants. These are described in detail in the financial regulation.

The second chapter lays down the procedures for the implementation of humanitarian aid. Here, the eligibility and suitability criteria which partner organisations have to meet are set. For example, partners have to be non-profit organisations with experience in the field, and should deliver aid in an impartial manner.

The third chapter lays down the procedures for the implementation of humanitarian operations. This refers to the procedures that have to be followed in the adoption of a funding decision. Depending on the level of funding, different rules apply. In principle, the larger the amount of funding is, the more ECHO needs the consent of the Commission.²¹

The Council Regulation (EC, Euratom) No. 1605/2002 of 25 June 2002 on the Financial Regulation applicable to the general budget of the European Communities is mentioned several times in the aid regulation described above. It provides rules for a great variety of budgetary issues. Only a few articles are of immediate relevance for ECHO: Article 21 states that funding shall be allocated and earmarked for specific purposes. Article 27 states that all activities funded by the Commission shall have SMART (specific, measurable, achievable, relevant and timed) objectives.

Title VI of the regulation lays down the rules to be followed in the awarding of grants. These are important because, as mentioned, the aid regulation rules that ECHO’s funds shall be grants. The title explains that a grant must be in line with a policy of the European Union and may not produce a profit for the partner. It rules that all applicants must be treated equally and states that the selection criteria have to be pre-announced. Finally, it provides rules for the payment of grants, stating that it is possible to reclaim the funds if a partner does not live up to its obligations.²²

¹⁵ T. Mowjee & J. Macrae, *Accountability and influence in the European Community Humanitarian Aid Office*, HPG Background Paper, Overseas Development Institute, London, 2002, p. 16.

¹⁶ AIDCO deals with development assistance.

¹⁷ ECHO, *In the Field*, <http://europa.eu.int/comm/echo/pdf_files/field_offices.pdf>, 31 August 2005.

¹⁸ T. Mowjee & J. Macrae, *supra* note 15, at 16.

¹⁹ A more detailed description of the field offices is provided in *id.*

²⁰ H.L. Gukenbiehl, *supra* note 9, at 109–110.

²¹ European Council, *Council Regulation (EC) No 1257/96 of 20 June 1996 concerning Humanitarian Aid*, *supra* note 7.

²² European Council, *Council Regulation (EC, Euratom) No. 1605/2002 of 25 June 2002 on the Financial Regulation Applicable to the General Budget of the European Communities*, <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2002/l_248/l_24820020916en00010048.pdf>, 1 September 2005.

The Commission Regulation (EC, Euratom) No. 2342/2002 of 23 December 2002 laying down the detailed rules for the implementation of Council Regulation (EC, Euratom) No. 1605/2002 defines in what way the principles laid down in the Financial Regulation shall be translated into action. Again, Title VI is the one most relevant for ECHO since it refers to the awarding of grants. It defines the contents of grant agreements, demanding that they include a detailed description of the action funded by the Commission. The title also provides the base of the framework partnership agreements (FPA) which form the legal base of ECHO's interaction with its implementing partners.²³

2.6.2 ECHO's Partner Organisations/Contractual Relations

The second important part of ECHO's organisational environment is formed by the humanitarian organisations which implement the projects funded by ECHO. These partner organisations include:

- non-governmental organisations (NGOs), including national Red Cross societies;
- international organisations (IOs);
- United Nations (UN) agencies.

Together, these three groups add up to almost 200 organisations.²⁴ While these organisations of course display a great variety of strategies and principles, they are all bound to perform in a similar way by the Framework Partnership Agreements (FPAs) which rule their relations with ECHO.²⁵ For example, the FPA rules that the NGOs have to be humanitarian non-profit, be based in Europe and have the capacity and experience to achieve good results. It also lays down the procedures for reporting and implementation of aid operations.²⁶

The IOs with which ECHO works include the ICRC, the IFRC, the International Organisation for Migration (IOM) and the Mekong River Commission. ECHO's relations with these IOs are governed by a separate instrument, the FPA with IOs.²⁷ Finally, ECHO also works with UN agencies. These are mostly the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), the World Food Programme (WFP) and the United Nations Children's Fund (UNICEF). Since the legal base of UN agencies is different from that of NGOs or the components of the Red Cross movement, their relations with ECHO are also governed by a separate legal instrument, the Financial and Administrative Framework Agreement (FAFA).²⁸ However, both the FAFA and the FPA with IOs are very similar to the FPA with NGOs in their contents.

3. The Good Humanitarian Donorship Initiative (GHD)

As it was important to establish a solid understanding of what ECHO is, it is equally important to understand what the GHD initiative is. Only after a good knowledge of the features of the initiative has been gained, can it usefully be applied as a tool against which ECHO's performance can be measured. The initiative will be analysed as a policy. Peter Knoepfel and his co-authors offer a useful introduction to

policy analysis and list five elements which constitute a policy. Examining these elements can help in determining a policy's coherence as well as its completeness:

- a goal;
- measures by which to evaluate the policy;
- measures to be taken in pursuit of the goal;
- resources to be used by the specific agents of the policy;
- procedures to be followed in the execution of the policy.²⁹

The GHD initiative will now be scrutinized with regard to these five elements.

3.1 GHD's Goal

As Knoepfel explains, a policy's goal describes the desired state of things in the policy's respective area. The main point he makes about goals is that they show varying degrees of concreteness. Often, they are deliberately abstract so that stakeholders have no means of enforcing them.

The goal of the GHD initiative is not explicitly stated but can be taken from the preamble of its meeting conclusions where donors aim "to enhance the coherence and effectiveness of their actions as well as their accountability to beneficiaries, implementing organisations and domestic constituencies, with regard to funding, co-ordination, follow-up and evaluation of such actions."³⁰ In essence, the initiative's goal is therefore to increase the consistency with which donors respond to humanitarian crises as well as the degree to which these responses meet their goal, which is to meet humanitarian needs wherever they arise. Also, the initiative aims at increasing the level to which donors are expected to explain their actions towards stakeholders. As mentioned above, a goal's level of concreteness is the key issue when it comes to analysing a policy. Knoepfel points out that a concrete goal is characterised by measurable indicators which allow the observer to see whether or not it has been met. The absence of any such indicators in the GHD initiative, however, makes its

²³ European Commission, *Commission Regulation (EC, Euratom) No. 2342/2002 of 23 December 2002 Laying down Detailed Rules for the Implementation of Council Regulation (EC, Euratom) No. 1605/2002 of 25 June 2002 on the Financial Regulation Applicable to the General Budget of the European Communities*, <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2002/l_357/l_35720021231en00010071.pdf>, 1 September 2005.

²⁴ ECHO, *FPA Partners*, <http://europa.eu.int/com/echo/pdf_files/fpa_partners.pdf>, 12 October 2005.

²⁵ ECHO, *Framework Partnership Agreement with Humanitarian Organisations*, <http://europa.eu.int/comm/echo/pdf_files/partnership/fpa_en.pdf>, 12 October 2005.

²⁶ For a more detailed analysis of the FPA see T. Mowjee & J. Macrae, *supra* note 14.

²⁷ ECHO, *Framework Partnership Agreement with International Organisations*, *supra* note 25.

²⁸ ECHO, *Financial and Administrative Framework Agreement between the European Community, Represented by the Commission of the European Communities and the United Nations*, <http://europa.eu.int/comm/echo/partners/un_en.htm>, 10 October 2005.

²⁹ P. Knoepfel, F. Varone, W. Bussmann & L. Mader, "Evaluationsgegenstände und Evaluationskriterien", in W. Bussmann, U. Klöti & P. Knoepfel (ed.), *Einführung in die Politikevaluation*, Basel und Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1997, at 78–118.

³⁰ GHD, *Meeting Conclusions*, <<http://www.reliefweb.int/ghd/Stockholm%20-%20GHD%20Principles%20and%20IP.doc>>, 12 October 2005, p. 2.

goal a rather abstract one. It is therefore generally difficult to decide whether or not the initiative's goal has been met or not. Speaking in project management terms, the initiative's objective is not SMART. It does not set a deadline, nor can its achievement be measured in any way. This is also due to the fact that the GHD initiative does not provide a comprehensive problem statement. It therefore also lacks a baseline against which achievements could be measured.

3.2 Measures by which to Evaluate the GHD Initiative

The evaluative elements of policies define in what way their effects are supposed to be measured. Knoepfel explains that different ways of measurement can produce different results even if they are applied to the same policy. It is therefore important to know which method should be applied and if the one chosen by the policy is suitable when it comes to measuring its effects. Since the GHD initiative has no SMART goal in the first place, it naturally also does not specify in what way its results are supposed to be measured. Adele Harmer, Lin Cotterrell and Abby Stoddard put it this way: "GHD established the goals which should ensure better humanitarian outcomes, without identifying a way of measuring progress."³¹ The absence of such evaluative elements indicates that the GHD initiative is not a complete policy in Knoepfel's terms.

3.3 Measures to Be Taken in Pursuit of the Goal

The operational elements are a very important part of a policy. They describe which actions are to be taken in order to reach the proclaimed goal. The GHD initiative lists 23 such measures which refer to a whole range of issues. They are listed in chapters which refer to the objectives of humanitarian aid, general principles and good practices in funding, standards, learning and accountability. They include the linking of relief and development, the support of the UN, the flexibility of funding and the promotion of a number of guidelines such as the Red Cross Code of Conduct.

However, these measures remain rather vague. Ian Smillie and Larry Minear point to this issue and provide an illustrative example: "As is often the case in moving from broad affirmations to pesky particulars, the GHD plan itself was rather more vague, committing consenting donors, for example, only to 'explore the possibility of reducing, or enhancing the flexibility of, earmarking, and of introducing longer-term funding arrangements'".³² The initiative does not specify how the exploration shall take place and most importantly, it does not tell us what shall happen should it come up with any findings. This was highlighted when donors set out to implement them in a pilot case. When asked to translate the initiative into concrete action, the donors faced a number of difficulties. Wendy Cue notes that: "Different stakeholders have different perceptions of what a GHD pilot is – and what the outcomes should be. How to reach these outcomes is also not clear." The point she makes is that "There is a lack of common understanding as to the process and methodology to be used to implement the pilot."³³

In sum, the GHD initiative lists quite a number of activities and principles which shall serve to meet the initiative's goal. However, both activities and principles are vaguely formulated, and it is apparently not clear to the members of the initiative themselves how they are to be translated into concrete action.

3.4 Resources to Be Used

The resources to be used can be divided into two aspects. The first aspect should specify which agency is responsible for the implementation of the policy. As Knoepfel points out, this is an important issue because a policy that is assigned to an unsuitable agency will not be very effective. The second aspect should specify the financial resources available for the policy's implementation. This refers both to the amount of money as well as to which budget line it shall be drawn from.

With regard to the first aspect, ECHO was represented at the GHD conference by its then director general, Costanza Adinolfi. This sets the responsibility for the implementation of the initiative at the level of the DG itself. This may appear to be an obvious choice because it is ECHO which executes the funding of humanitarian aid after all. However it must be noted that neither the European Commission nor the European Council are connected to the initiative in any way. This is important, because any change in ECHO's legal mandate can only be dealt with by these two institutions. This issue will be explored in further detail later on.

With regard to the second aspect, the initiative does not provide for any financial means whatsoever. The authors of the initiative do not have any budgetary authority and can therefore not be expected to draw money from budget lines in order to finance the initiative. Still, the fact that the initiative is not equipped with any financial means is an issue. For example, ECHO has cited a lack of financial resources in order to explain its non-participation in the implementation group of the initiative.³⁴

3.5 Procedures to be Followed

The last element of a policy defines the procedures which shall be followed in its execution. As Knoepfel explains, the main purpose of laying down such rules of procedure is to maintain a minimum standard of performance in the execution. It also serves the purposes of transparency and accountability however. The aim is to ensure that the general public

³¹ A. Harmer, L. Cotterrell & A. Stoddard, *From Stockholm to Ottawa A progress review of the Good Humanitarian Donorship Initiative*, HPG Research Briefing No. 18, Overseas Development Institute, London, 2004, pp. 5–6.

³² I. Smillie & L. Minear, "Welcome to the Club" in: Humanitarian Practice Network, *Humanitarian Exchange*, No. 29, London, Overseas Development Institute, March 2005, at 3.

³³ W. Cue, "No Magic Answers: Good Humanitarian Donorship in the Democratic Republic of Congo", in: Humanitarian Practice Network, *Humanitarian Exchange*, No. 29, London, Overseas Development Institute, March 2005, at 24.

³⁴ ECHO officials mentioned this to me in interviews I was able to conduct at ECHO's headquarters in Brussels.

can understand in what way a policy will be implemented. This serves as a safeguard against arbitrariness on the side of the agency, since it provides stakeholders with a frame of reference when holding the agency to account for its performance. Especially since part of the GHD initiative's aim is to enhance the accountability of donors, such rules of procedure could be expected to be its cornerstone. However, the initiative lays down no rules of procedure whatsoever. This somewhat unexpected gap was also noted by Harmer, Cotterrell and Stoddard who write that: "Political commitments and policies need operational guidelines for implementation. There was, however, no evidence of guidelines specifically relating to putting principles into practice, or of efforts to monitor adherence to them or measure their impact on humanitarian outcomes."³⁵ Following the lacking of indicators, this is the second gap in the design of the initiative.

In sum, the GHD initiative displays quite a number of issues worth raising if it is conceived as a policy:

- The initiative's goal is not SMART and there are no indicators to allow the measurement of progress.
- Both the activities and the principles outlined remain vague and are difficult to operationalise. This becomes strikingly clear when donors are not sure about what a GHD pilot should actually look like.
- The initiative provides for no extra financial resources in order to implement its proposed activities. It is assigned to the level of the DG and therefore not to any legal authority within the EU.
- There are no rules of procedure or guidelines of implementation which makes it unclear for donors as to how they should execute the initiative. With regard to the stated aim of accountability, this gap even appears to be counterproductive.

4. ECHO and the GHD Initiative

The last two sections have outlined the main features of ECHO being conceived as an organisation as well as of the GHD initiative being seen as a policy. Building on these prerequisites, this section will now set out to analyse ECHO's performance with regard to the GHD initiative. For this purpose, ECHO will be scrutinized in the light of each of the activities and principles which make up the initiative. The question will be: What is ECHO doing in order to live up to the aims of the initiative?

As mentioned in the introduction, not all activities mentioned by the initiative have been adopted by ECHO. The analysis will therefore come up with a number of gaps. Whenever such a gap is made out, the section will try to find its cause. In order to do so, this section will draw heavily on the insights acquired during the previous two sections. As such, a gap will be related in some way to the features of both ECHO and the GHD initiative. For example, ECHO might not be performing according to some ideas of the GHD initiative because this would violate its legal mandate. The goal of this exercise is to carve out, where the problem lies between ECHO and GHD. Of course the problem can lie in a number of different places. Both ECHO and the GHD

initiative have quite a number of features which can potentially have an influence on the implementation of the initiative after all. As the last section of this article has shown, progress with regard to GHD is difficult to measure. Therefore, the analysis will have to remain on a rather abstract level at times, because the GHD initiative does not provide for any solid indicators for concrete results.

4.1 Section 1: Objectives and Definition of Humanitarian Action

The first section of the GHD initiative aims at defining humanitarian action and deals with its objectives. Since this section makes some general statements and does not ask donors to take any specific action, the analysis will concentrate on general statements on ECHO's side rather than look for any activities which might or might not fit with the GHD initiative. The question here is to compare the conceptions ECHO and the GHD initiative have with regard to what humanitarian aid is and what its objectives are.

The section lists a number of objectives of humanitarian aid such as the saving of lives, the alleviation of suffering as well as the prevention of and preparation for disasters. It mentions the humanitarian principles of humanity, neutrality, impartiality and independence and defines the content of humanitarian aid by listing sectors such as food, water and sanitation, health and shelter.³⁶

In sum, it must be said that ECHO shares the initiative's view on the principles which should guide humanitarian aid and its conception of what should be part of it. Finally, ECHO agrees with most of the objectives the GHD initiative says humanitarian aid should have. The only exception here is the aim of preventing disasters. This is in line with the aid regulation which also does not mention disaster prevention as an objective of humanitarian aid. The European Commission as a whole regards disaster prevention as development rather than humanitarian aid.

4.2 Section 2: General Principles

Section 2 of the GHD initiative goes under the heading of 'general principles'. The seven articles in this section cover quite a range of different issues. They deal with the support of international law, the flexibility and timeliness of funding, needs assessments, the involvement of beneficiaries in the design of aid projects, disaster preparedness, the linking of relief and development and finally, the support of the UN, the Red Cross movement and NGOs.³⁷ Summing up section 2, it must be stated that ECHO lives up easily to most of the requirements of GHD. In most cases, this is related to the abstract and general way in which the GHD initiative lays down its principles. For example, the initiative only asks donors to "strive to ensure flexible and timely funding".³⁸

³⁵ A. Harmer, L. Cotterrell & A. Stoddard, *supra* note 31, at 4.

³⁶ GHD, *Meeting Conclusions*, *supra* note 30, at 3.

³⁷ *Ibid.*, at 4.

³⁸ *Ibidem*.

Since no levels of timeliness and flexibility are set, almost any kind of behaviour on the side of the donors will live up to the requirements of GHD. This is especially the case when the initiative only asks for an attempt and not for any concrete and measurable results.

There are only two points where ECHO does not really meet the GHD requirements: The respect and promotion of international law asked for in article 4 does not fit very well with ECHO's nature as a DG. ECHO is not a party to international law and therefore cannot breach it. ECHO does not represent the EU towards other States and therefore its efforts in promoting international law remain somewhat limited. On the whole, the article appears to be aimed more at the States which are members of the GHD initiative. Secondly, ECHO does not fund any disaster prevention activities asked for in article 8. As stated above, the Commission as a whole considers such activities to be developmental. They are therefore dealt with by other services.

4.3 Section 3: Good Practices in Donor Financing, Management and Accountability

Section 3 deals with a number of so-called good practices. It covers the three areas of financing, implementation and accountability.

4.3.1 Section 3a: Funding

The first part of section 3 refers primarily to financial aspects of funding humanitarian aid. In this respect, the focus lies on the core activities of donors. The section asks donors to resist the CNN effect, to increase the predictability of their funding and reduce the earmarking of it. Finally, it asks them to contribute to UN Consolidated Appeals.³⁹ Summing up section 3a, it must be said that ECHO has quite some difficulties with regard to the principles laid down in this part of the GHD initiative. While it focuses on forgotten crises and therefore consciously tries to resist the CNN effect, ECHO does not aim for predictable funding or the reduction of earmarking. Also, it has never contributed to a UN CAP. The reasons for ECHO's non-compliance with the principles of GHD can be found in the regulations which ECHO has to follow. ECHO is required to fund projects with specific objectives and can hence neither reduce earmarking nor introduce predictable funding models.⁴⁰ While it could contribute to UN CAPs, these would have to live up to the standards required by the financial regulation and the implementing rules. As long as they do not do so, ECHO will not be able to fund them.

4.3.2 Section 3b: Promoting Standards and Enhancing Implementation

The second part of section 3 can be read in the context of a number of initiatives which have been launched over the course of the last ten years. The idea is to formulate standards which humanitarian aid operations are supposed to live up to. The section asks for good practice, supports the Red Cross Code of Conduct, asks donors to facilitate aid and to

make contingency plans. It reaffirms the civilian nature of aid and supports a number of guidelines such as those on the use of military and civil defence assets.⁴¹ In sum, ECHO must be considered to generally follow the direction of the GHD initiative. It requests good practice, accountability, efficiency and effectiveness of its partners, supports contingency plans and assists in the implementation of aid. It also clearly supports the guidelines on the use of military and civil defence assets and affirms the civilian nature of aid. It has some trouble when it comes to supporting IASC guidelines and enforcing international law. These difficulties are related to the fact that ECHO is not a State and thus has neither a say in any of the UN committees nor any influence on the behaviour of armed forces.

4.3.3 Section 3c: Learning and Accountability

The last part of section 3 can be considered as a complementary one. It does not deal with the way humanitarian aid is managed directly but focuses on enhancing knowledge and understanding of it through the support of learning initiatives, regular evaluations and transparent reporting on donor activities.⁴² Summing up section 3c, it must be said that ECHO lives up to all the requirements of the GHD initiative. It supports learning and accountability initiatives, frequently has its performance evaluated and reports on its activities regularly.

4.4 The Implementation Plan

The so-called Implementation Plan which was laid down by the signatories of the GHD initiative is somewhat misleadingly titled. While it does mention five steps which donors are supposed to implement, it does not provide any guidance as to how the principles and good practice analysed above are to be implemented. Rather, the five steps mentioned appear to be complementary to the 23 articles of the GHD initiative itself. They ask donors to apply the principles of GHD to a pilot case, to have their performance reviewed and to standardise the reporting requirements they place upon their implementing partners. Donors are asked to agree upon a common definition of aid and generally to promote the GHD initiative.⁴³

ECHO has adopted the implementation plan only in part. While it has no problems with reviews, a common definition or promoting the GHD initiative, the pilot case and reporting requirements present some difficulties. ECHO pulled out of the pilot because it was dissatisfied with the way it was being implemented. This was related to the lack of a common understanding of it which in turn was a result of vague way in which the GHD initiative was formulated.

³⁹ GHD, *Meeting Conclusions*, *supra* note 30, at 5.

⁴⁰ European Council, *Council Regulation (EC, Euratom) No. 1605/2002 of 25 June 2002 on the Financial Regulation applicable to the general budget of the European Communities*, articles 21 and 27, *supra* note 22.

⁴¹ GHD, *Meeting Conclusions*, *supra* note 30, at 5.

⁴² *Ibid.*, at 6.

⁴³ *Ibidem*.

ECHO also does not agree with the direction in which the GHD initiative intends to go with regard to reporting requirements. The idea here is to generally accept the reporting system of the UN which does not break down expenditure according to objectives. However, in line with the financial regulation, ECHO needs reports to focus on objectives and will therefore not follow the GHD initiative in this regard.

5. Conclusion

Drawing conclusions, it must be stated that ECHO is living up to most of the requirements of the GHD initiative. As mentioned above, this does not come as much of a surprise since it is not really difficult to do so. However, there are several points of the initiative which are not being implemented by ECHO. These points can be divided into two categories.

The first category refers to the articles which ask donors to enforce various instruments of international law. These articles do not really fit with the nature of ECHO as a DG of the European Commission. They seem to be directed more towards states as members of the GHD initiative. Since ECHO is not a state and does not command any armed forces, it does not really have a role in international law. The

point is that ECHO's efforts remain limited with regard to these articles because of its organisational nature.

The second category refers particularly to the articles in section 3b which ask for the reduction of earmarking, the increasing of predictability and the contribution to CAPs. ECHO does not implement any of these articles. This non-compliance with the principles of the GHD initiative is rooted in the financial regulation which asks ECHO to fund projects with specific objectives. The regulation can only be changed by the European Council. As a result, ECHO is simply not entitled to reduce the earmarking of its funds or to increase their predictability. Also, as long as the CAPs do not provide specific objectives, ECHO will not be able to contribute to them. The central shortcoming here is that the GHD initiative assigns itself to the wrong actor; ECHO is the wrong addressee. In order for the initiative to have any chance of being implemented, it would need the support of the European Council and the European Commission. Consequently, should the GHD initiative want ECHO to change its behaviour in this regard, it should invite the European Council aboard to pave the way into this direction. It is, however, unlikely that the European council will put a high priority on the GHD, given all its other activities and stakeholders. GHD can contribute to better humanitarian assistance, but this is not likely to happen in the short term. ■

Friedenssicherung in Postkonfliktsituationen: Ansätze der Vereinten Nationen zur Wohnraum- und Eigentumsproblematik

Niklas Keller*

This article deals with the “*Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons*” developed by the United Nations in 2005. Thanks to these Principles, the UN elaborated a universal and common approach to the restitution of housing and property to returning refugees and displaced persons, who lost their homes after they fled (civil and international) wars, ethnic cleansings and alike situations of general violence. This contribution focuses on the issue whether, as formulated in the aforementioned Principles, international law grants individual refugees and displaced persons the right to claim property restitution from the own State.

1. Einleitung

Im September 2005 hat die Generalversammlung der Vereinten Nationen auf ihrer Sitzung, anlässlich des 60-jährigen Bestehens der Organisation, den Vorschlag des UN Generalsekretärs Kofi Annan aus seinem Bericht vom März 2005 „In Größerer Freiheit“¹ aufgegriffen und die Einrichtung einer *Kommission für Friedenskonsolidierung* beschlossen.² Der Einrichtung dieser Kommission liegt die Erkenntnis zu Grunde, dass etwa die Hälfte aller Länder, die gerade Kriege überwunden haben, binnen fünf Jahren wieder in Gewalt abgleitet. Aufgabe der Kommission, die am 31. Dezember 2005 ihre Arbeit aufgenommen hat, ist unmittelbar nach einem Krieg die Planungen der Vereinten Nationen für einen dauerhaften Wiederaufbau in dem betroffenen Land zu intensivieren und sich dabei insbesondere auf die frühzeitige Schaffung der notwendigen Institutionen zu konzentrieren.³ Kofi Annan hat die Aufgaben der Kommission wie folgt beschrieben: „[S]ie könnte die Koordinierung der Vielzahl von Aktivitäten der Fonds, Programme und Einrichtungen der VN in der Konfliktfolgezeit verbessern; sie könnte ein Forum schaffen, in dem die Vereinten Nationen, die großen bilateralen Geber, die truppenstellenden Länder, die maßgeblichen regionalen Akteure und Organisationen, die internationalen Finanzinstitutionen und die Regierung oder Übergangsregierung des betreffenden Landes Informationen über ihre jeweiligen Wiederaufbaustrategien in der Konfliktfolgezeit austauschen können, um größere Kohärenz zu erzielen“.⁴ Die Kommission für Friedenskonsolidierung könnte somit auch als ein ideales Forum für die Koordinierung einer der großen Herausforderungen in Postkonfliktsituationen fungieren, der Lösung von Wohnraum- und Eigentumsproblematiken. Die Vertreibung der Menschen aus ihren Wohnungen und Häusern stellt nach Erika Feller, Juristin bei UNHCR, nicht mehr einen bloßen Nebeneffekt heutiger Konflikte dar, sondern ist oftmals ihr eigentlicher Kern.⁵ So gab es am Ende des Konfliktes in Bosnien und Herzegowina 1995 als Folge von Vertreibungen 1,3 Millionen Flüchtlinge und nahezu 1,3 Millionen Binnenflüchtlinge, bei einer Gesamtbevölkerung von 4,3 Millionen.⁶ Ein wesentlicher Beweggrund für die Rückkehr dieser Personen in ihre Heimat stellt die Wiedererlangung des während dem Konflikt entzogenen Wohnraums und Eigentums dar, weshalb die Lösung dieser Thematik oftmals der Schlüssel zur Bewältigung der Probleme der Flüchtlinge und Binnenvertriebenen ist.⁷

2. Die Pinheiro-Prinzipien 2005

Mit dieser Thematik haben sich die Vereinten Nationen in den letzten Jahren intensiv auseinander gesetzt. Der Sonderberichterstatter der Unterkommission für die Förderung und den Schutz der Menschenrechte, der Brasilianer Paulo Sergio Pinheiro, hat im Juli 2005 mit den „*Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons*“⁸ („Pinheiro-Prinzipien“) einen umfassenden Leitfaden für die Durchführung eines Wohnraum- und Eigentumsrestitutionsprogramms vorgestellt. Die Unterkommission hat in ihrer Resolution 2005/21 diese Prinzipien befürwortet und der Menschenrechtskommission zur Veröffentlichung in der „Human Rights Studies Series“ empfohlen.⁹ Das Ziel der *Pinheiro-Prinzipien* ist gemäß ihrem ersten Kapitel „*Scope and Application*“, den national und international Handelnden dabei behilflich zu sein, technische und rechtliche Probleme anzugehen, die in Situationen entstehen, in denen Menschen aufgrund von Vertreibungen unrechtmäßig oder willkürlich Häuser, Wohnungen, Ländereien oder sonstiges Eigentum entzogen wurde.

In den *Pinheiro-Prinzipien* finden sich eine Fülle von praktischen Hinweisen zur Durchführung der Rückgabe von Eigentum und Wohnraum, die vor allem im fünften Kapitel

* RA Niklas Keller ist Promotionsstudent an der TU Dresden (Deutschland).

¹ UN Doc. A/59/2005, v. 21. März 2005.

² UN Doc. A/60/L.1, v. 15. September 2005, Nummern 97–105.

³ Siehe unter: <http://www.un.org/peace/peacebuilding/>, (am 26. Februar 2006).

⁴ UN Doc. A/59/2005, v. 21. März 2005, Nummer 114. In dem Ergebnisdokument zum Weltgipfel 2005 (UN Doc.: A/60/L.1) wird in den Ziffern 97–105 der Hauptzweck und die Zusammensetzung der geplanten Kommission umrissen.

⁵ Siehe E. Feller, Introduction, in: *Refugee Survey Quarterly*, 3 (2000), S. 1.

⁶ L. von Carlowitz, *Settling Property Issues in Complex Peace Operations: The CRPC in Bosnia and Herzegovina and the HPD/CC in Kosovo*, in: *Leiden Journal of International Law*, 3 (2004), S. 601.

⁷ Für einen Überblick über bisher durchgeführte Eigentumsrestitutionsprogramme siehe das von Scott Leckie herausgegebene Buch: *Returning Home: Housing and Property Restitution Rights of Refugees and Displaced Persons*, Ardsley / New York 2003.

⁸ Der Text findet sich im Pinheiro Final Report, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/17 v. 28. Juni 2005, S. 5–15.

⁹ UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/L.11/Add.2 v. 11. August 2005, S. 4–5.

„Legal, Policy, Procedural and Institutional Implementation Mechanisms“ zusammengefasst wurden. Diese reichen von Vorschlägen für den Aufbau der notwendigen nationalen Institutionen (Absatz 12) über die Aufforderung an die Staaten zur Schaffung leistungsfähiger und im Konfliktfall zu sichernder Katastersysteme (Absatz 15), dem Verbot des Erlasses von willkürlichen und diskriminierenden Eigentumsentzugsgesetzen (Absatz 19), bis hin zu konkreten Vorschlägen für die Gestaltung der Antragsformulare für die Geltendmachung von Eigentumsansprüchen (Absatz 13.7).¹⁰ Neben den praktischen Hinweisen enthalten die *Pinheiro-Prinzipien* in Kapitel 2 vor allem das Postulat eines völkerrechtlich begründeten, umfassenden Anspruchs von Flüchtlingen und Vertriebenen auf Wohnraum- und Eigentumsrückgabe, bzw. auf die Gewährung von Schadenersatz:

„All refugees and displaced persons have the right to have restored to them any housing, land and/or property of which they were arbitrarily or unlawfully deprived, or to be compensated for any housing, land and/or property that is factually impossible to restore as determined by an independent, impartial tribunal.“

So einleuchtend und wünschenswert diese Forderung auf den ersten Blick sein mag, besteht bezüglich deren Berechtigung ein erhebliches Maß an juristischem und politischem Diskussionsbedarf. Zudem stellt sich die Frage der institutionellen Umsetzung.

2.1. Juristische Problematik

Auf der Hand liegt, dass die Beschäftigung der Vereinten Nationen mit der Wohn- und Eigentumsrückgabepolitik eines Staates in einem Spannungsverhältnis zu dem Grundsatz der Souveränität der Staaten steht. Dennoch ist es erklärtes Ziel der Vereinten Nationen, auf eine möglichst weitgehende Rückgabe von Wohnraum und Eigentum an heimkehrende Flüchtlinge und Binnenvertriebene hinzuwirken. Dies zeigen die entsprechenden Resolutionen der Generalversammlung und des Sicherheitsrates zu diversen Konflikten in den vergangenen 25 Jahren, in denen zunehmend das Recht von Flüchtlingen und Binnenflüchtlingen auf Rückkehr in ihr eigenes Heim und nicht mehr bloß in ihr Heimatland betont wird.¹¹

Bei der Erstellung der *Pinheiro-Prinzipien* hat man sich dafür entschieden, lediglich einen politischen Leitfadensatz zu entwerfen, der auf dem geltenden Völkerrecht aufbaut und die getroffenen Regelungen nicht in einen aus sich selbst heraus verbindlichen völkerrechtlichen Vertrag zu fassen. Dem Vorteil einer solchen Vorgehensweise, vor allem jenem der schnelleren Erstellbarkeit der Prinzipien, steht als Manko die Frage nach der juristischen Verbindlichkeit der aufgestellten Generalklausel entgegen. Die *Pinheiro-Prinzipien* gehen davon aus, dass der von ihnen postulierte Anspruch auf Rückgabe von Wohnraum und Eigentum das bestehende Völkerrecht widerspiegelt.¹² Dies soll im Folgenden hinsichtlich des Eigentums hinterfragt werden. Auf die Rechte von Mietern, deren Beachtung die *Pinheiro-Prinzipien* ebenfalls fordern, wird hier allerdings nicht vertiefend eingegangen.¹³

2.1.1. Der vertragliche Schutz des Privateigentums

Soweit sich die Staaten in einem Menschenrechtsvertrag zum Schutz des Eigentums verpflichtet haben, wie dies in Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls der Europäischen Menschenrechtskonvention,¹⁴ in Art. 21 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention,¹⁵ in Art. 14 der Afrikanischen Charta für Menschenrechte¹⁶ und in Art. 25 der jedoch noch nicht in Kraft getretenen Arabischen Charta der Menschenrechte¹⁷ geschehen ist, dürfte die Verpflichtung der Staaten zum Schutz des Privateigentums ihrer Bürger, zumindest aus juristischer Sicht, außer Frage stehen.¹⁸

2.1.2. Der außervertragliche Schutz des Privateigentums

Die *Pinheiro-Prinzipien* haben jedoch einen über die jeweiligen Verträge hinausgehenden Geltungsanspruch. Sie gehen davon aus, dass das Recht auf Eigentumsrestitution und Schadenersatz auch außerhalb völkerrechtlicher Verträge besteht, da sie wesentliche Menschenrechtsgarantien darstellen. Zur Begründung dieses Anspruchs verweisen die *Pinheiro-Prinzipien* insbesondere auf die im April 2005 von der Menschenrechtskommission verabschiedeten und von *Cherif Bassiouni* verfassten „Draft Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and

¹⁰ Diese praktischen Hinweise basieren auf der von *Pinheiro* durchgeführten Analyse von Problemen, die bei der Durchführung von Wohnraum- und Eigentumsrestitutionsprogrammen in Kroatien, Bosnien und Herzegowina, Ruanda, Georgien, Guatemala und weiteren Ländern aufgetreten sind und deren Ergebnisse *Pinheiro* in seinem Preliminary Report UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/11 v. 16. Juni 2003 zusammengefasst hat.

¹¹ Siehe für einen Überblick über die entsprechenden Resolutionen und sonstigen Erklärungen internationaler Organisationen: *Pinheiro*, Final Report 2005, Explanatory Notes, E/CN.4/Sub.2/2005/17Add.1 v. 11. Juli 2005 Ziffern 40–50.

¹² Siehe *Pinheiro* Progress Report 2004, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2004/22 v. 2. Juni 2004, S. 5, Nummer 19: „Since they are rooted in universally applicable international human rights and humanitarian law, they should be seen as universal principles that express basic human rights guarantees which must be recognized“.

¹³ Die *Pinheiro-Prinzipien* fordern die Staaten in Absatz 16 dazu auf, auch diesen so weit möglich die Rückkehr in ihre ehemaligen Wohnungen zu ermöglichen.

¹⁴ Bekanntmachung der Neufassung der Konvention v. 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 17. Mai 2002, BGBl II, S. 1054.

¹⁵ Text: ILM 1970, 673; deutsche Übersetzung: EuGRZ 1980, 435.

¹⁶ Text: ILM 1982, 59; deutsche Übersetzung: EuGRZ 1986, 677.

¹⁷ Eine deutsche Übersetzung findet sich unter: <http://www.un.org/Depts/german/menschenrechte/arab.pdf> (am 1. Dezember 2005).

¹⁸ So sprach der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in der Entscheidung *Loizidou* gegen Türkei, der griechischen Zypriotin Frau *Loizidou* einen Schadenersatzanspruch gegen die Türkei, aufgrund der für sie in der Besetzung Nordzyperns 1974 durch die Türkei nicht mehr gegebenen Nutzungsmöglichkeit für diverse ihrer Grundstücke in diesem Gebiet zu. (EGMR, *Loizidou* / Türkei, Entscheidung v. 23. März 1995, in: Serie A Bd. 310; Urteil v. 18. Dezember 1996, in: RJD 1996-VI, S. 2216, auf deutsch abgedruckt in EuGRZ 1997, S. 555 ff.; Entscheidung v. 28. Juli 1998 (Art. 50), in: RJD 1998-IV, S. 1807.) Siehe zu der bis heute bestehenden Weigerung der Türkei dem Urteil nachzukommen: *C. Herms*, Türkei widersetzt sich weiterhin einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: Menschenrechtsmagazin 1 (2003), S. 45.

Humanitarian Law“ („*Bassiouni-Prinzipien*“).¹⁹ Diese kommen zu dem Ergebnis, dass die Verpflichtung zur Achtung der völkerrechtlichen Menschenrechte und des humanitären Völkerrechts die Pflicht der verletzenden Staaten beinhaltet, den Opfern von schweren Verletzungen der Menschenrechte und ernsthaften Verletzungen des humanitären Völkerrechts Schadenersatz zu leisten.²⁰ Die *Bassiouni-Prinzipien* gewähren einen Schadenersatzanspruch somit nur, wenn ein Mensch Opfer einer schweren Menschenrechtsverletzung oder einer ernsthaften Verletzung des humanitären Völkerrechts geworden ist.²¹ Eine solche soll vorliegen bei Völkermord, Sklaverei, massenhaften oder willkürlichen Hinrichtungen, Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung, willkürlicher und anhaltender Haft, Deportationen oder willkürlichem Bevölkerungstransfer und bei systematischer Diskriminierung aufgrund von Rasse oder Geschlecht.²² Der bloße Entzug des Privateigentums würde nach den *Bassiouni-Prinzipien* keine schwere Menschenrechtsverletzung oder ernsthafte Verletzung des humanitären Völkerrechts darstellen. Da sich die *Pinheiro-Prinzipien* mit dem Anspruch auf Rückgabe von Wohnraum und Eigentum an heimkehrende Flüchtlinge und Binnenflüchtlinge befassen, ist es zwar wahrscheinlich, dass es im Rahmen der Fluchtverursachung, zum Beispiel zur Verletzung des Rechts eines Flüchtlings auf Schutz vor Deportation kommen kann, was nach den *Bassiouni-Prinzipien* zu einem Schadenersatzanspruch führen würde, zwingend ist eine solche vorausgehende Verletzung hingegen nicht.

Aus diesem Grund soll hier auf einen Punkt hingewiesen werden, der in den *Pinheiro-Prinzipien* nicht ausreichend gewichtet wurde. Bei einem Flüchtling oder Binnenflüchtling erfolgt der Eigentumsverlust in der Regel in *zwei Stufen*: Die *erste Stufe* ist jene der Vertreibung und die damit verbundene Flucht. Für diese kann es zahlreiche Ursachen geben, häufig sind es Menschenrechtsverletzungen, aber es kann auch zur Flucht in Situationen allgemeiner Gewalt kommen, die in keinem Zusammenhang mit einer staatlichen Menschenrechtsverletzung stehen. Selbstverständlich ist mit der Flucht der Verlust der tatsächlichen Eigentumsnutzungsmöglichkeit gegeben, juristisch tritt durch die Flucht allein jedoch grundsätzlich kein Eigentumsverlust ein.²³ Dieser erfolgt in der Regel erst in einer *zweiten Stufe*, wenn auch der Heimatstaat des Flüchtlings oder eine eventuelle Besatzungsmacht von einem Ende der Eigentümerstellung ausgehen, indem sie das verlassene Eigentum zum Beispiel durch den Erlass von Eigentumsentzugsgesetzen enteignen.²⁴

Betrachtet man nun die Rechte von heimkehrenden Flüchtlingen und Binnenflüchtlingen, so dürfen die eventuell erfolgten fluchtverursachenden Menschenrechtsverletzungen nicht außer Acht gelassen werden und deren Aufarbeitung hat eine hohe Priorität. Für die reine Frage der Rückgabe des entzogenen Eigentums sollten sie jedoch ausgeblendet werden, da sie die Lösung dieses ohnehin gewaltigen Problems überfrachten würden und auch vor dem Hintergrund, dass manche Flüchtlinge und Binnenflüchtlinge gar nicht Opfer einer Menschenrechtsverletzung geworden sind. Es ist somit die Frage zu klären, ob der bloße (willkürliche oder rechtswidrige) Eigentumsentzug außerhalb vertraglicher Systeme,

unabhängig von einer eventuell zuvor erfolgten anderen Menschenrechtsverletzung, zu einem im allgemeinen Völkerrecht begründeten Rückgabe- bzw. Schadenersatzanspruch eines Flüchtlings oder Binnenflüchtlings führt.²⁵

2.1.3. Kein völkergewohnheitsrechtlicher Schutz des Privateigentums

Hier ist zunächst zu beachten, dass es, trotz des mittlerweile weit verbreiteten Schutzes des Privateigentums in Verträgen des humanitären Völkerrechts und der Menschenrechte, nach wie vor herrschende Meinung sein dürfte, dass das universelle Völkerrecht eine Gewährleistung des Eigentums der eigenen Staatsangehörigen als menschenrechtlichen Mindestschutzstandard nicht kennt. Zu diesem Ergebnis kam zuletzt 2004 das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zu der Frage der Ostenteignungen im Zuge der Bodenreform in der sowjetischen Besatzungszone von 1945 bis 1949.²⁶ Als Begründung führte das Gericht aus, dass zwar in Art. 17 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 ein umfassender Eigentumsschutz gefordert wurde, diese aber kein verbindliches Völkerrecht darstelle. Wegen des Ost-West-Konfliktes fand der Schutz des Eigentums keine Aufnahme in dem IPbürgR.²⁷ Angesichts dieses Zögerns der internationalen Gemeinschaft, eine vertragliche Bindung einzugehen, könne von einer weltweit geltenden Norm menschenrechtlichen Eigentumsschutzes, also nicht nur zu Gunsten fremder Staatsangehöriger, sondern auch der eigenen Bürger, nicht gesprochen werden. Einigkeit besteht jedenfalls in der Literatur und der internationalen Rechtspre-

¹⁹ UN Doc. E/CN.4/2005/L.48 v. 13. April 2005. Der Verweis auf diese findet sich im Pinheiro Final Report 2005, Explanatory Notes, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/17/Add.1 v. 11. Juli 2005, S. 2, Nummer 5.

²⁰ Siehe Abs. 2 Nr. 3 c und d der *Bassiouni-Prinzipien*, a.a.O. (Fn. 19), S. 6.

²¹ So wird in der Präambel der *Bassiouni-Prinzipien* (a.a.O. (Fn. 19), S. 4) bekräftigt: „*Affirming that the Principles and Guidelines contained herein are directed at gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law which, by their very grave nature, constitute an affront to human dignity, [...]*“.

²² Siehe *van Boven Report 1993*: UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, v. 2. Juli 1993, S. 56, Principle 1, auf dem die *Bassiouni-Prinzipien* aufbauen.

²³ Dennoch stehen unter Umständen Schadenersatzansprüche gegenüber dem die Flucht verursachenden Staat im Raum. Diese sollen hier jedoch nicht näher untersucht werden. Siehe hierzu: A. Achermann: Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit fluchtverursachender Staaten, Baden-Baden 1997. S. Köhler, Das Massenvertreibungsverbot im Völkerrecht, Berlin 1999.

²⁴ Siehe zu dieser Praxis: S. Leckie: New Directions in Housing and Property Restitution, in ders., *Returning Home: Housing and Property Restitution Rights of Refugees and Displaced Persons*, Ardsley / New York 2003, S. 45 ff.

²⁵ Eine weitere Frage wäre die, ob der Verletzerstaat sich eventuell gegenüber anderen Staaten verantwortlich macht, die dann gegebenenfalls die Rechte als Sachwalter des Einzelnen geltend machen könnten, was im Rahmen dieses Aufsatzes jedoch nicht untersucht wird.

²⁶ BVerfG, 2 BVR, 955/00 v. 26. Oktober 2004, Rn. 119.

²⁷ Dolzer, weist diesbezüglich aber darauf hin: „*Will man die Diskussion in den zuständigen Gremien auf einen Nenner bringen, so ist zum einen darauf hinzuweisen, daß die menschenrechtliche Bedeutung des Eigentumsrechts von keiner Seite geleugnet wurde; zum anderen ist das Fehlen einer einschlägigen Bestimmung in dem Pakt damit zu erklären, daß über Tragweite und Umfang dieses Menschenrechts während der Vorarbeiten keine Einigkeit bestand.*“ (R. Dolzer, Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht, in: R. Bernhardt / K. Doehring / J. Frowein [Hrsg.], Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Band 88, Berlin u.a. 1985, S. 92.)

chung darüber, dass der Schutz des Eigentums keine zwingende Norm (*ius cogens*) des Völkerrechts und auch keine mit *erga-omnes* Wirkung ist, deren Einhaltung im Interesse der gesamten Staatengemeinschaft steht. So geht *Doehring* davon aus, dass zwei Staaten, die Vertragsstaaten eines das Eigentum schützenden Menschenrechtsvertrages sind, dennoch die Möglichkeit haben, im Rahmen der Vertragsfreiheit, eine Abweichung von dem zunächst gemeinsam vereinbarten Recht zu vereinbaren, soweit der Vertrag es nicht selbst verbietet. Er verweist darauf, dass dies in friedensvertraglichen Regelungen oft der Fall war, „denn das Recht auf Privateigentum zählt nicht zu den zwingenden Menschenrechten, jedenfalls nicht, solange der Entzug des Privateigentums nicht zu einer Existenzbedrohung der Privateigentümer wird“.²⁸ Dass der IGH nicht davon ausgeht, dass der Schutz des Privateigentums eine *erga-omnes* Verpflichtung darstellt, ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus dem Urteil im *Barcelona-Traction-Fall*,²⁹ in dem der IGH beispielhaft Rechte aufgezählt hat, die er zu den *erga-omnes* Pflichten zählt: „Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, and also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination.“ Das Eigentum wird nicht erwähnt und würde auch nicht in die Klasse der aufgeführten fundamentalen Menschenrechte passen.³⁰

2.1.4. Keine Völkerrechtssubjektivität des Individuums bezüglich des Privateigentums

Neben dem mangelnden gewohnheitsrechtlichen Schutz des Privateigentums stellt sich ein weiteres gravierendes Hindernis: Voraussetzung eines eigenen völkerrechtlichen Schadenersatzanspruchs eines Flüchtlings oder Binnenflüchtlings wäre, dass das Völkerrecht den Einzelnen als Träger von Rechten anerkennt und zwar solcher, die der Vermittlung durch einen souveränen Staat nicht mehr bedürfen.³¹ Es besteht heute aufgrund der Entwicklungen des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes die klare Tendenz, das Individuum als Völkerrechtssubjekt anzuerkennen. Hierbei geht eine Ansicht davon aus, dass der Einzelne (partielles) Völkerrechtssubjekt ist, soweit seine wesentlichen Menschenrechte betroffen sind.³² Als solche werden in der Regel jene angesehen, die *ius cogens* Charakter haben, also das Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit und der Schutz vor unmenschlicher Behandlung. Diese Ansicht sieht es nicht für notwendig an, dass dem Individuum auch eine reale Möglichkeit der Durchsetzung gegeben ist,³³ während die wohl noch herrschende Meinung auf die Durchsetzbarkeit nicht verzichten will.³⁴ Unabhängig davon, welche der beiden Ansichten man vertreten mag, bezüglich einer bloßen Eigentumsverletzung außerhalb vertraglicher Systeme, würde keine der beiden Meinungen von einer Völkerrechtssubjektivität des Individuums ausgehen. Dies folgt bei der herrschenden Meinung aus der Tatsache, dass außerhalb der vertraglichen Systeme für das Individuum keine Möglichkeit besteht in einem völkerrechtlichen Verfahren aufzutreten.³⁵ Die andere Ansicht sieht die Völkerrechtssubjektivität nur bezüglich elementarer Menschenrechte als gegeben an, zu denen das Privateigentum des einzelnen Bürgers nicht zählt.

2.1.5. Zusammenfassung

Es zeigt sich somit, dass es auch heute noch, selbst unter Zugrundelegung der sicherlich progressiven *Bassiouni-Prinzipien*, im Falle einer bloßen Eigentumsverletzung keinen im universellen Völkerrecht verankerten **eigenen** Schadenersatzanspruch eines Flüchtlings oder Vertriebenen gegen den eigenen Staat gibt. Zum einen kennt nach herrschender Meinung das universelle Völkerrecht keine Gewährleistung des Eigentums für die eigenen Staatsangehörigen eines Staates als menschenrechtlichen Schutzstandard. Zum anderen würde selbst bei dessen Annahme oder im Rahmen von völkerrechtlichen Verträgen, die das Eigentum schützen, eine Verletzungshandlung keinen im universellen Völkerrecht begründeten eigenen Anspruch des Individuums auf Schadenersatz gegen seinen eigenen Staat begründen, da es diesen a) nach herrschender Meinung nicht gibt oder da b) selbst die progressivere Literaturansicht eine Völkerrechtssubjektivität des Einzelnen nur bezüglich fundamentaler Menschenrechte annimmt. Nach den *Bassiouni-Prinzipien* könnte aber eine Schadenersatzverpflichtung aufgrund einer schweren Menschenrechtsverletzung bestehen, wenn diese zur Flucht geführt hat.

2.2. Rechtspolitische Problematik

Um dieses vordergründig unbefriedigende Ergebnis einzuordnen, soll hier auf einige Überlegungen *Tomuschats* aus dem Jahr 1999 zu völkerrechtlich begründeten Schaden-

²⁸ K. *Doehring*, Völkerrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2004, S. 433, Randnummer 985. Ähnlich *Tomuschat*, der davon ausgeht, dass eine entschädigungslose Eigentumsentziehung zwar gegen geltende völkerrechtliche Normen verstößt, aber „sie wird nicht als ein völkerrechtliches Verbrechen gesehen“. (C. *Tomuschat*, Die Vertreibung der Sudetendeutschen – Zur Frage des Bestehens von Rechtsansprüchen nach Völkerrecht und deutschem Recht, in: Zeitschrift für ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Band 56, 1996, S. 11.) Siehe zu diesem Thema hierzu kritisch *Dolzer*, a.a.O. (Fn. 27), S. 136–139, der darauf hinweist, dass die Anerkennung des Eigentumsrechts als Menschenrecht dazu führen könnte, dass die uneingeschränkte Dispositionsbefugnis des Heimatstaates nicht mehr ohne weiteres angenommen werden kann.

²⁹ ICJ Rep. 1970, S. 4 ff (32).

³⁰ Siehe aber hinsichtlich der Folgen, die sich aus der Verletzung von *erga-omnes* Verpflichtungen ergeben können: S. von Schorlemer: Verfahrensrechtliche Aspekte bei Ansprüchen aus Verletzungen von *erga-omnes* Normen, in E. Klein/C. Menke (Hrsg.), Menschenrechtsschutz durch Gewohnheitsrecht, Berlin 2003, S. 238–291.

³¹ K. *Doehring*, a.a.O. (Fn. 28), S. 110.

³² *Ibid.*, S. 113 mit weiteren Nachweisen. Ähnlich G. *Ress*, Supranationaler Menschenrechtsschutz und der Wandel der Staatlichkeit, in: Zeitschrift für ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Band 64, 2004, S. 635.

³³ S. *Hobe* / O. *Kimminich*, Einführung in das Völkerrecht, 8. Auflage, Tübingen und Basel 2004, S. 161; so auch M. *Trassl*, Die Wiedergutmachung von Menschenrechtsverletzungen im Völkerrecht, Berlin 1994, S. 108.

³⁴ So A. *Verdross* / B. *Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Auflage, Berlin 1984, S. 256. Ebenso A. *Achermann*, a.a.O. (Fn. 23) S. 96.

³⁵ Siehe *Tomuschat*: „Under general international law, no forum exists for such claims. Still today, as a general rule, the individual has no standing before international tribunals.“ (C. *Tomuschat*, Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under general International Law, in A. *Randelzhofer* / C. *Tomuschat*, [Hrsg.], State Responsibility and the Individual – Reparations in Instances of Grave Violations of Human Rights, Den Haag 1999, S. 14.)

ersatzansprüchen des Individuums eingegangen werden.³⁶ *Tomuschat* weist darauf hin, dass die Gewährung eines eigenen völkerrechtlich begründeten Schadenersatzanspruchs des Einzelnen in stabilen rechtsstaatlichen Demokratien in der Regel zu keinen Problemen führt, da es in diesen nur in Ausnahmefällen zu Fehlverhalten der Regierungen kommt. Strebt man aber ein generelles Schadenersatzsystem an, müsse man auch die Situationen bedenken, in denen massenhafte Menschenrechtsverletzungen auftreten. In solchen Situationen kann es zu einem kompletten Zusammenbruch des Rechtssystems eines Staates kommen, weshalb am Ende einer solchen nationalen Katastrophe eventuell tausende oder gar hunderttausende Opfer verbleiben können. *Tomuschat* weist darauf hin, dass wenn nach der Überwindung einer solchen Katastrophe sich wieder ein funktionierender demokratischer Rechtsstaat etabliert hat, diesen Gesellschaften niemand anderes als sie selbst bleiben, um die notwendigen finanziellen Mittel für die Entschädigung der Opfer aufzubringen. Aus diesem Grund kann es nach Ansicht *Tomuschats* in solchen Fällen keine harten und verbindlichen, durch das Völkerrecht vorgeschriebenen Regeln geben. Wie eine Nation in einem solchen Fall ihre Vergangenheit in materieller Hinsicht bewältigen will, soll nach *Tomuschat* weitgehend der Nation selbst überlassen werden.³⁷ Dem ist auf Grund des Faktischen einerseits zuzustimmen, auf der anderen Seite zeigt sich gerade anhand des Beispiels der weitgehend auf Druck und mit Hilfe der internationalen Gemeinschaft durchgesetzten Wohnraum- und Eigentumsrestitution in Bosnien und Herzegowina, dass bei einem entschiedenen Eingreifen der internationalen Gemeinschaft auch schier unlösbare Probleme mit guten Erfolgen angegangen werden können. Im Rahmen des Friedensvertrages von Dayton wurde 1995 der ehrgeizige Anspruch postuliert: „*All refugees and displaced persons have the right freely to return to their homes of origin. They shall have the right to have restored to them property of which they were deprived in the course of hostilities since 1991 and to be compensated for any property that cannot be restored to them.*“³⁸ Um dieses Ziel durchzusetzen, kam es zu der Gründung einer international besetzten Wohnraum- und Eigentumskommission. Ende 2002, als die Kommission aufhörte Ansprüche anzunehmen, hatte sie bereits 240.000 Anträge angenommen, die 320.000 Besitztümer betrafen, und zu diesem Zeitpunkt waren 245.000 Eigentumsrechte bestätigende Entscheidungen gefällt worden. Am Ende des Mandats der Kommission, am 31. Dezember 2003, lag die Anzahl der getroffenen Entscheidungen bei nahezu 312.000. Ganz anders sieht es jedoch bezüglich der im Friedensvertrag von Dayton vorgesehenen Schadenersatzoption aus. Bis zum heutigen Tag ist ein System hierfür nicht eingeführt worden und ein solches ist auch nicht mehr zu erwarten.³⁹ Die Bedenken *Tomuschats* bestätigten sich somit in Bosnien und Herzegowina, da für die in manchen Fällen sicher wünschenswerte Schadenersatzoption schlicht keine Mittel vorhanden waren.

2.3. Institutionelle Umsetzungsansätze

Für die Zukunft stellt sich die Frage, wie die in den *Pinheiro-Prinzipien* postulierten Rechte und vorgeschlagenen Mecha-

nismen umgesetzt werden können. Interessant ist diesbezüglich eine Studie des Flüchtlingshilfswerks der Vereinten Nationen aus dem Jahr 2005,⁴⁰ die die Schaffung eines institutionellen Rahmens innerhalb der Vereinten Nationen vorschlägt. Hierfür soll der Posten eines „*Senior Coordinator for Housing, Land and Property Rights Issues*“ geschaffen werden. Der „*Senior Coordinator*“ soll die Entwicklung eines „*UN Housing, Land and Property Rights Institutional and Policy Framework*“ betreiben. Die mit der Schaffung einer solchen Position verbundene Institutionalisierung wäre ein wichtiger Schritt für die Umsetzung künftiger Wohnraum- und Eigentumsrestitutionsprogramme.

3. Schlussbetrachtungen

Nach der hier vertretenen Ansicht gehen die *Pinheiro-Prinzipien*, mit der Postulierung eines umfassenden Anspruchs von Flüchtlingen und Binnenflüchtlingen auf Rückgabe ihres entzogenen Eigentums, bzw. gegebenenfalls auf Schadenersatz aus völkerrechtlicher Sicht sehr weit und befinden sich daher hiermit, jedenfalls außerhalb vertraglicher Systeme, wohl bereits auf dem Gebiet der Rechtsfortbildung. Der politische Wille der internationalen Gemeinschaft, dass heimkehrenden Flüchtlingen und Binnenflüchtlingen ihr willkürlich entzogenes Eigentum zurückgegeben werden soll, ist hingegen unzweifelhaft, weshalb das politische Postulat eines solchen Anspruchs sicher richtig ist. Aufgrund der begründeten Einwendungen *Tomuschats* gegen das festschreiben „*harter*“ verbindlicher Schadenersatzverpflichtungen, wäre es sinnvoll gewesen in die Generalklausel der *Pinheiro-Prinzipien* eine den Anspruch einschränkende Allgemeinwohlklausel einzufügen.

Abgesehen von diesen juristischen Bedenken stellen die *Pinheiro-Prinzipien* mit ihren zahlreichen praktischen Hinweisen zur effektiven Durchführung eines Wohnraum- und Eigentumsrestitutionsprogramms einen wertvollen Beitrag für die Stabilisierung von Gesellschaften in Postkonfliktsituationen dar, die von der *Kommission für Friedenssicherung* beachtet werden sollten. Ob eine Verwirklichung des von UNHCR angedachten Postens eines „*Senior Coordinator for Housing, Land and Property Rights Issues*“ unter dem Dach dieser Kommission möglich sein wird, muss die künftige Entwicklung zeigen. Sinnvoll wäre auf jeden Fall eine wie auch immer geartete dauerhafte Institutionalisierung der Bemühungen der Vereinten Nationen zur Wohnraum- und Eigentumsrestitution. ■

³⁶ *Ibid.*, S. 18.

³⁷ Siehe *Ibid.*, S.19.

³⁸ Siehe Art. 1 des 7. Anhangs des Friedensvertrages von Dayton (General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina): Der komplette Vertrag ist zu finden unter: http://www.ohr.int/dpa/default.asp?content_id=380.

³⁹ Siehe von *Carlowitz*, a.a.O (Fn. 6), S. 603 sowie derselbe, *Restitution of Property Disputes in Bosnia and Kosovo: The Contribution to Peace Building*, in: *International Peacekeeping*, 4 (2005), S. 547 ff.

⁴⁰ Siehe hierzu: UNHCR (2005): *Housing, Land and Property Rights in Post-Conflict Societies: Proposals for a New United Nations Institutional and Policy Framework* (der Text findet sich unter: <http://www.unhcr.ch>).

Why the United States Shields its Servicemembers from ICC Jurisdiction: A Bridge-Building Perspective

Thomas Wayde Pittman*

Der Artikel beschäftigt sich mit einem sehr bedeutsamen, jedoch noch sehr vernachlässigten Grund dafür, dass die Oberbefehlshaber des US-amerikanischen Militärs den Internationalen Strafgerichtshof nicht anerkennen.

Entscheidungen des obersten amerikanischen Gerichts (Supreme Court) haben im Laufe der Zeit zu einem detaillierten Rechtssystem verholfen, in dem alle Fehltritte, unabhängig einer Verbindung zwischen einem vermeintlichen Verstoß und dem Militärdienst, eines Militärdienstleistenden sanktioniert werden. In den letzten 30 Jahren kristallisierte sich mehr und mehr der Anspruch dieser Militärgerichte heraus, ihre disziplinierende Rolle sei allumfassend und lasse wenig Raum für anderweitige inländische oder internationale strafgerichtliche Interventionen. Betrachtet man dieses verhärtete System und die festgefahrene Denkweise dieser Senior Befehlshaber, welche in besonderem Maße auch die amerikanische Politikwelt beeinflussen, kann nur zu einer Unterstützung eines Richtungswechsels zur Befürwortung des IStGH anstoßen.

Beobachtet man die US-amerikanischen Anstrengungen eine IStGH-Jurisdiktion zu vermeiden, erkennt man eine Struktur, die darauf beruht glaubhaft zu machen, man schütze dadurch nur seine eigenen Soldaten.

Dieses Interesse der obersten Befehlshaber an der eigenen Disziplinierung ihrer Untergebenen und der allgemein sehr hoch angesehenen Rolle des Militärs in den USA spiegelt sich auch in den Fallentscheidungen des Supreme Courts, insbesondere in der *Solorio*-Entscheidung von 1987 wieder, die der Militärjurisdiktion noch weitergehende Rechte zugestand. Dieser neu eröffnete Anwendungsbereich, den die meisten der Militärs bereits zu spüren bekommen haben, müsste, laut dem Autor, eigentlich zu einer Stärkung der Befürwortung einer IStGH-Jurisdiktion führen.

As a former US military judge with a long-held respect for international war crimes tribunals,¹ I take the position herein that ICC advocates have yet to give due attention to one of the major underpinnings supporting US opposition to the ICC – the military commander's legitimate interest and role in disciplining his or her own² – and that only when properly taken into account can an effective bridge-building strategy be formulated between advocates and opponents.

I will begin with a brief review of US efforts to shield its servicemembers from ICC jurisdiction, and then analyse US Supreme Court case law with respect to the interest of US military commanders in the discipline of servicemembers and the expansion of jurisdiction by US military courts-martial over the crimes of its servicemembers.

1. US Efforts to Preclude Exercise of ICC Jurisdiction

1.1. Introduction

On 6 May 2002, John R. Bolton (then US Under Secretary for Arms Control and International Security and now US Ambassador to the UN) notified UN Secretary General Kofi Annan that the US did not intend to become a party to the ICC treaty, and therefore had no legal obligations arising from its earlier signature.³ Over a year later, recalling the words of President Bush, Under Secretary Bolton reiterated: "The United States cooperates with many other nations to keep the peace, but we will not submit American troops to prosecutors and judges whose jurisdiction we do not accept. [...] Every person who serves under the American flag will answer to his or her own superiors and to military law, not to the rulings of an unaccountable International Criminal Court."⁴

* The author is a retired lieutenant colonel of the US Air Force Judge Advocate General's Corps and is presently a Legal Officer at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (The Netherlands). The views expressed herein are those of the author alone and do not necessarily reflect the views of the US Government, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia or the United Nations. This article is derived from a portion of a thesis submitted by the author in partial fulfillment of the requirements for graduation from the LL.M. programme in Public International Law (International Criminal Law Specialisation) at Leiden University (The Netherlands).

1.2. Security Council Resolutions 1422 and 1487

In 2002, the US announced its intent to oppose renewal of all UN peacekeeping missions unless the Security Council granted peacekeeper forces blanket or mission immunity

¹ I served under Colonel Brenda Hollis, USAF (Retired), following her initial assignment in the Office of the Prosecutor, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, and had the pleasure of hearing her speak of her role as a trial attorney in the prosecution of the *Tadic* case, IT-94-1. See B. Hollis, "The Thomas P. Keenan, Jr. Memorial Lecture: The International Criminal Tribunal for Yugoslavia", (1996) 39 *Air Force Law Review* 37.

² In this regard, it is useful to recall that not only was the Department of Defense involved in the negotiations leading to the Rome Statute, but that it was also under strong pressure from the Department of Defense that the US chose not to sign the Rome Statute. See W. Lietzau, "International Criminal Law after Rome: Concerns from a Military Perspective", (2001) 64 *Law & Contemporary Problems* 119 (2001), and R. Everett, "American Servicemembers and the ICC", in S. Sewall & C. Kaysen (eds), *The United States and the International Criminal Court*, Rowman & Littlefield Publishers, 2000, at 137.

³ See R. Boucher, Department of State, Press Statement, *International Criminal Court: Letter to UN Secretary General Kofi Annan*, (6 May 2002), maintained on the US Department of State website at <<http://www.state.gov/>>.

⁴ J.R. Bolton, US Department of State, Remarks at the American Enterprise Institute, *American Justice and the International Criminal Court* (3 November 2003), maintained on the US Department of State website at <<http://www.state.gov/>>.

from ICC investigation and prosecution.⁵ This effort, designed to protect US forces employed in peacekeeping roles in ICC-party States, was unsuccessful. It did lead, however, to unanimous Security Council agreement (adopted 12 July 2002 as Resolution 1422) to request a one-year deferral of any ICC investigation or prosecution of a nonparty national serving as a UN peacekeeper.⁶ The resolution expressed the Security Council's intention to renew the request annually as long as necessary, and this was done with Security Council Resolution 1487, adopted 12 June 2003.⁷ US efforts to obtain a second renewal in 2004 were met with resistance and strong criticism, including that of Kofi Annan who termed the efforts "of dubious judicial value."⁸ After a failed attempt to reach agreement through a compromise proposal – that this would be the final renewal – the US abandoned its efforts, withdrawing the resolution.

1.2.1. 'Article 98' Agreements

Following the Security Council's adoption of Resolution 1422, the US began concluding bilateral non-surrender (or 'immunity') agreements with as many States as possible, party and nonparty to the ICC.⁹ The basis for such agreements is found in Article 98(2) of the Rome Statute, which restricts the ICC in requesting State parties to surrender non-national suspects to the Court.¹⁰ The ICC cannot proceed with such a request where the requested State has an obligation by virtue of international agreement to first obtain the consent of the State of the suspect's nationality. Where such agreements exist, a nonparty State's national cannot be surrendered to the Court without that State's consent. As of 8 July 2004, the US had signed Article 98 non-surrender agreements with 92 nations.¹¹ While such agreements address US concerns with ICC jurisdiction over its servicemembers, Article 98 agreements are not without dispute.¹²

1.2.2. American Servicemembers' Protection Act

As the US began the multilateral and bilateral efforts above, unilateral efforts to shield servicemembers from ICC jurisdiction were also underway. On 2 August 2002, President Bush signed the American Servicemembers' Protection Act (ASPA)¹³ which can be summarised as affecting three primary areas: 1) a prohibition on co-operation by US federal and local courts with the ICC;¹⁴ 2) restriction on US participation in certain UN peacekeeping operations;¹⁵ and 3) a prohibition on US military assistance to parties of the ICC.¹⁶ In addition, the legislation authorised the President to "use all means necessary and appropriate" to bring about the release of US nationals, among others, arrested, detained, prosecuted, or imprisoned by, or behalf of, and or at the request of the ICC,¹⁷ leading ICC advocates to dub the legislation the "Hague Invasion Act."¹⁸

1.2.3. 'Nethercutt Amendment'

In 2004, another unilateral means of precluding ICC jurisdiction over US servicemembers emerged. Similar to the ASPA's prohibition on US military assistance to parties of the ICC, the "Nethercutt Amendment" to the 2005 fiscal year

omnibus spending bill was to cut Economic Support Fund aid by the US to States which are a party to the ICC but have not signed Article 98 agreements with the US.¹⁹

2. The US Commander's Interest in Military Discipline

2.1. Introduction

The US Supreme Court has long recognised that the military constitutes a specialised society governed by a separate criminal law system from that of the civilian.²⁰ Beginning with enactment of the Uniform Code of Military Justice (UCMJ) in 1950, the US Congress has gradually changed the military system so that it has come to more closely resemble the civilian system.²¹ Nonetheless, the military remains in important respects a specialised society that has "by necessity, developed laws and traditions of its own during its long history."²²

⁵ C. Baudot, *Integrity of the ICC and the Security Council Preserved*, 2 Insight on the ICC 10 (September 2004). Insight on the ICC is a publication of the Coalition for the ICC (CICC) secretariat, online copies of which may be found at <<http://www.iccnw.org/>>.

⁶ UN Security Council Res. 1422 (2002).

⁷ UN Security Council Res. 1487 (2003).

⁸ W. Hoge, *US Drops Effort to Gain Immunity for Its Troops*, in N.Y. Times Online, 23 June 2004.

⁹ See J.R. Bolton, US Department of State, Remarks at the Aspen Institute (16 September 2002) and to the Federalist Society, 14 November 2002, *The United States and the International Criminal Court*, maintained on the US Department of State website at <<http://www.state.gov/>>.

¹⁰ Rome Statute, Art 98(2).

¹¹ See R. Boucher, US Department of State, Press Statement, *Eritrea Signs Article 98 Agreement*, 13 July 2004, maintained on the US Department of State website at <<http://www.state.gov/>>.

¹² See, e.g., CICC Memo, *Bilateral Agreements Proposed by US Government*, 23 August 2002, and J. Crawford *et al*, *Joint Opinion, In the Matter of the Statute of the International Criminal Court and In the Matter of Bilateral Agreements Sought by the United States under Article 98(2) of the Statute*, 5 June 2003, both maintained at the CICC website at <<http://www.iccnw.org/>>.

¹³ 22 U.S.C. § 7421 *et. seq.*

¹⁴ 22 U.S.C. § 7423.

¹⁵ 22 U.S.C. § 7424.

¹⁶ 22 U.S.C. § 7426.

¹⁷ 22 U.S.C. § 7427.

¹⁸ M. Epstein, World Federalist Association Media Advisory, *Conference Committee Passes Hague Invasion Act*, 18 July 2002, maintained at the CICC website at <<http://www.iccnw.org/>>.

¹⁹ The Nethercutt Amendment (named after former US Representative George Nethercutt) began as an amendment to a foreign aid spending bill. Although similar to the ASPA, its protection would extend beyond servicemembers to include all US nationals, as well as non-national contractors in the employment of the US. See CICC Media Advisory, *US "Nethercutt Amendment" Threatens Overseas Aid to Allies that have Joined the ICC*, 7 December 2004, at the CICC website at <<http://www.iccnw.org/>>, and C. Lynch, "Congress Seeks to Curb International Court", in *Washington Post*, 26 November 2004.

²⁰ *Orloff v. Willoughby*, 345 U.S. 83, 94 (1953).

²¹ *Weiss v. United States*, 510 U.S. 163, 174 (1994).

²² *Parker v. Levy*, 417 U.S. 733, 743 (1974). The US is not unique in its recognition of the need for military discipline. The Supreme Court of Canada, for example, noted in *Regina v. Généreux* that "[t]o maintain the Armed Forces in a state of readiness, the military must be in a position to enforce internal discipline effectively and efficiently." *R. v. Généreux* 1 S.C.R. 259; 70 CCC (3d) 1 (S.C.C.) (1992). See J. Pitzul & J. Maguire, "A Perspective on Canada's Code of Service Discipline", (2002) 52 *Air Force Law Review* 1.

Differences between the military and civilian societies result from the fact that “it is the primary business of armies and navies to fight or be ready to fight wars should the occasion arise.”²³ The Court best explained these differences in *Chappel v. Wallace*: “The need for special regulations in relation to military discipline, and the consequent need and justification for a special and exclusive system of military justice, is too obvious to require extensive discussion; no military organization can function without strict discipline and regulation that would be unacceptable in a civilian setting. In the civilian life of a democracy many command few; in the military, however, this is reversed, for military necessity makes demands on its personnel without counterpart in civilian life. The inescapable demands of military discipline and obedience to orders cannot be taught on battlefields; the habit of immediate compliance with military procedures and orders must be virtually reflex with no time for debate or reflection. The Court has often noted the peculiar and special relationship of the soldier to his superiors, and has acknowledged that the rights of men in the armed forces must perforce be conditioned to meet certain overriding demands of discipline and duty. This becomes imperative in combat, but conduct in combat inevitably reflects the training that precedes combat; for that reason, centuries of experience have developed a hierarchical structure of discipline and obedience to command, unique in its application to the military establishment and wholly different from civilian patterns.”²⁴

2.2. The Disciplinary Role of the Commander

The role of a commander is dual in nature: legal authority over people, including the power to discipline; and legal responsibility for the mission and resources.²⁵ Since it is the commander who is ultimately responsible for mission success, it is also the commander who is at the heart of military discipline. The US Supreme Court, in a decision upholding the independence of the military judiciary, noted that “although military judges obviously perform certain unique and important functions, all military officers, consistent with a long tradition, play a role in the operation of the military justice system.”²⁶ Commanders, in particular, exercise unique statutory authority over the discipline of US servicemembers.

Only a commander may impose nonjudicial punishment on a servicemember. Nonjudicial punishment is a summary administrative procedure for minor offenses.²⁷ Courts-martial – the judicial means by which military discipline is administered – are criminal trials which may be convened only by the President, the Secretary of Defense, Secretaries of the individual services (e.g., Army, Navy, Air Force), or commanding officers appointed as convening authorities.²⁸ For all practical purposes, commanders convene all courts-martial. Military judges, on the other hand, preside over all courts-martial for which confinement in excess of one year may be adjudged, and in practice preside over all courts-martial for which any confinement in excess of 30 days may be adjudged.²⁹ The role of the military judge, however, is a relatively recent development in US military law. Early English military tribunals, on which the US military justice

system was modeled, were historically convened and presided over by a military general. As a result, courts-martial in the US were conducted for over 150 years without the presence of a judge.³⁰ In the US fiscal year 2004 (1 October 2003 to 30 September 2004), US military commanders imposed nonjudicial punishment 82,168 times on a force consisting of an average active duty strength of 1,461,238 members. During this same period, military commanders convened 7,301 trials by court-martial.³¹

The US commander’s interest in military discipline is perhaps best understood in the context of the nuclear age. Commanders responsible for high-tech weaponry with mass destruction capability must be permitted to ensure the fitness of those whom they command to carry out increasingly complex and sensitive duties. Even those who oppose the threat or use of armed force under virtually any circumstance typically have little quarrel with this proposition. Perhaps more so now than in any other time, the US military commander has a stake in enforcing such military-unique prohibitions on conduct such as desertion, disrespect, and disobedience. What the US Supreme Court recognised in its 1974 opinion in *Parker v. Levy* is unquestionably at least as relevant thirty years hence: “In the armed forces some restrictions exist for reasons that have no counterpart in the civilian community. Disrespectful and contemptuous speech, even advocacy of violent change, is tolerable in the civilian community, for it does not directly affect the capacity of the Government to discharge its responsibilities unless it both is directed to inciting imminent lawless action and is likely to produce such action. In military life, however, other considerations must be weighed. The armed forces depend on a command structure that at times must commit men to combat, not only hazarding their lives but ultimately involving the security of the Nation itself.”³²

3. Expansion of Military Jurisdiction over Offenses of US Servicemembers

One of the most significant developments in US military jurisprudence in the past two decades involved the elimination

²³ *United States ex rel. Toth v. Quarles*, 350 U.S. 11, 17 (1955).

²⁴ 462 U.S. 296, 300 (1983) (citations and quotation marks omitted).

²⁵ M. Goldman (ed.), *The Military Commander and the Law*, Air Force Judge Advocate General’s Department, 2002, p. 393.

²⁶ See *Weiss v. U.S.*, *supra* note 21.

²⁷ UCMJ, Art 15; 10 U.S.C. § 815.

²⁸ UCMJ, Articles 22-24; 10 U.S.C. § 822-824.

²⁹ UCMJ, Articles 16-20; 10 U.S.C. § 816-820.

³⁰ See *Weiss v. U.S.*, *supra* note 21, at 178. Congress did not create the position of military judge until 1968. See also D. Schlueter, “The Court-Martial: An Historical Survey”, (1980) 87 *Military Law Review* 129, 135, 136-144.

³¹ Annual Report submitted to the Committees on Armed Services of the US Senate and the US House of Representatives and to the Secretary of Defense, Secretary of Homeland Security, and Secretaries of the Army, Navy, and Air Force (2004). This report is maintained on the website of the US Court of Appeal for the Armed Forces. See <<http://www.armfor.uscourts.gov/annual/FY04/FY04AnnualReport.pdf>>.

³² *Parker v. Levy*, *supra* note 22, at 758-759 (citations omitted).

of the prosecutor's need to show a service-connection to a servicemember's alleged offense prior to the exercise of military jurisdiction at court-martial. Since the US Supreme Court decided *Solorio v. United States* in 1987,³³ an entire generation of military officers has risen through the ranks to assume command with a greater sense of responsibility for addressing all criminal acts of their subordinates. This has naturally resulted in a concomitant disallowance of any notion of sharing disciplinary authority over the subjects of their command.

3.1. *Solorio v. United States*

Solorio involved the court-martial of a member of the US Coast Guard for the sexual abuse of fellow coastguardsmen's minor daughters in his privately owned home in Alaska. The court-martial granted a motion to dismiss citing its lack of jurisdiction under past Supreme Court decisions³⁴ which required a connection between a servicemember's offence and his or her military service, and which enumerated factors to consider in reaching such a determination. The Coast Guard Court of Military Review reversed the dismissal, reinstating the charges, and the Court of Military Appeals then affirmed, concluding that the offences were service connected. The Supreme Court, in a 5-4 decision on the issue of service-connection, overturned its prior rulings and held that courts-martial have the power to try any offence under the UCMJ unless prohibited otherwise by the US Constitution.³⁵ The Court justified its holding on the basis of the US Constitution grant to Congress of the power "[t]o make Rules for the Government and Regulation of the land and naval Forces,"³⁶ along with "an unbroken line of decisions from 1866 to 1960 [...] conditioning the proper exercise of court-martial jurisdiction over an offense on one factor: the military status of the accused."³⁷ Thus, the jurisdiction of courts-martial today depends solely on the accused's military status as a person subject to the UCMJ, and not on any connection between the charged offence and military service. Since 1987, any violation of the UCMJ by a servicemember serving on active duty is within the military's jurisdiction, even if committed solely against civilian persons or property, after duty hours, and outside the boundaries of a military installation.

3.2. Application of *Solorio*

To understand the expanded scope of military jurisdiction post-*Solorio*, one must inquire as to what offences the UCMJ proscribes. The UCMJ offences are enumerated in Articles 77-134,³⁸ and include not only those types which would typically be considered military-unique offences (e.g., desertion,³⁹ disrespect,⁴⁰ and disobedience,⁴¹), but also those which are commonly punishable in civilian criminal courts (e.g., serious offenses such as murder,⁴² rape,⁴³ and robbery⁴⁴, and less serious offences involving drugs,⁴⁵ theft,⁴⁶ and bad checks⁴⁷). Under Article 134, referred to as the General Article, even an offence under state or federal law, for which there is no comparable prohibition under the UCMJ, may be charged.⁴⁸ Clause 3 of the Article permits military jurisdiction, in any location where federal law would

apply, over non-capital federal offences which have not already been proscribed under the UCMJ.⁴⁹ This is one of the usual means by which military prosecutors have charged child pornography offences, in the absence as yet of an enumerated UCMJ offense prohibiting such conduct.⁵⁰ Clause 3 also permits state crimes which have not been proscribed under federal law (to include the UCMJ) to be charged in locations of exclusive or concurrent federal jurisdiction under the Federal Assimilative Crimes Act.⁵¹ As courts-martial are US federal courts,⁵² military prosecutors usually have little difficulty obtaining jurisdiction where it concurrently exists with state or other federal courts. I would refer to it as *de facto* primary concurrent jurisdiction. Absent exceptional circumstances, or the existence of a satisfactory jurisdictional pre-arrangement regarding certain categories of offences, the military may secure jurisdiction from state and federal authorities by merely requesting it.

The net result then of post-*Solorio* practice, is that servicemembers as a general rule are accountable to command authorities for their conduct twenty-four hours a day, wherever stationed or deployed, worldwide.⁵³ Commanders have come to expect that their military subordinates are answerable to them alone for virtually every act of misconduct. It has become a matter of command obligation, and one seriously undertaken, to act within this expansive concept of military discipline. Inside this framework, it is possible to appreciate the mindset of military commanders – whether one agrees with it or not – when they guard jealously against any perceived intrusion by an international criminal court into a responsibility that is viewed as theirs alone.

³³ 483 U.S. 435 (1987).

³⁴ *O'Callahan v. Parker*, 395 U.S. 258 (1969); *Relford v. Commandant, US Disciplinary Barracks*, 401 U.S. 355 (1971).

³⁵ *Solorio*, *supra* note 33, at 441.

³⁶ *Ibid.* at 438. US Constitution, Article I, § 8, clause 14.

³⁷ *Ibid.* at 439.

³⁸ 10 U.S.C. §§ 877-934.

³⁹ UCMJ Article 85; 10 U.S.C. § 885.

⁴⁰ UCMJ Article 89; 10 U.S.C. § 889.

⁴¹ UCMJ Article 92; 10 U.S.C. § 892.

⁴² UCMJ Article 118; 10 U.S.C. § 918.

⁴³ UCMJ Article 120; 10 U.S.C. § 920.

⁴⁴ UCMJ Article 122; 10 U.S.C. § 922.

⁴⁵ UCMJ Article 112a; 10 U.S.C. § 912a.

⁴⁶ UCMJ Article 121; 10 U.S.C. § 921.

⁴⁷ UCMJ Article 123a; 10 U.S.C. § 923a.

⁴⁸ UCMJ Article 134; 10 U.S.C. § 934.

⁴⁹ *Ibid.* at para c.(4)(c)(i).

⁵⁰ 18 U.S.C. 2252A.

⁵¹ UCMJ, *supra* note 48 at para c.(4)(c)(ii); 18 U.S.C. § 13.

⁵² The US Congress grants courts-martial jurisdiction over the crimes of US servicemembers under Article I, § 8, Clause 14, of the US Constitution, which concerns the making of "Rules for the Government and Regulation of the land and naval Forces."

⁵³ Taking into account the US foreign criminal jurisdiction policy as a sending state under a status of forces agreement to "maximize jurisdiction" to the extent permitted under the agreement. Armed Forces Joint Instruction 51-706, para 1-7a.

4. Conclusion

In examining the reaches of US disciplinary jurisdiction over its servicemembers, one can begin to realise the specialised nature of military society and the commander's unique role within it, a legal role which motivates his or her desire to be the exclusive disciplinarian for a subordinate's misconduct. One should also recognise that US opposition to the ICC might say as much about the institutionalisation of the Supreme Court's holding in *Solorio* as it does about the way commanders actually view the ICC. Simply put, military commanders have adjusted to being the sole arbiter of disciplining their own, even within the court systems of the US.

I submit that if a bridge is to be built between ICC advocates and opponents, then the former would do well to learn the language of military commanders. Senior military authori-

ties have had an influential role in shaping US policy on the ICC, and their interests should not be ignored. Advocates should first recognise what the US Supreme Court has referred to as the "specialized nature of military society" in the US, and the role of the military commander within that society. They should then understand how the jurisdictional authority of US courts-martial over its servicemembers has evolved, courtesy of *Solorio*, to the extent that it precludes for all practical purposes even US state and federal criminal court jurisdiction. Finally, opposition to the ICC by US military commanders should be viewed, in part, as a function of jealously guarding their unique responsibility for ensuring "good order and discipline" among the ranks against any possible erosion. When viewed from this perspective, I am optimistic that efforts to assuage the concerns of military commanders giving rise to ICC opposition will stand a better chance of success. ■

Outsourcing of War: The Role of Contractors on the Battlefield

Tom Hemingway*

Good morning. I am Brigadier General Tom Hemingway, the Legal Advisor to the Appointing Authority for Military Commissions.

I am speaking today on the outsourcing of war and the role of contractors on the battlefield.

Since the earliest days of military operations, civilians have accompanied military forces to provide support services. Today, U.S. military forces rely extensively on government civilian employees and contractors to perform functions traditionally performed by military personnel. The Defense Department has estimated that there are more than 320,000 military personnel performing activities that civilians can perform. Increased reliance on civilians and contractors is driven by various considerations, including the need for technical expertise supporting state-of-the-art military technologies, and using limited military personnel more effectively when demand for them has increased and the size of the force has decreased. The United States is not alone in this. With the end of the Cold War, governments sought a "peace dividend" through reduction of standing military forces. Yet, when needed during armed conflict, all of the necessary military forces cannot be recruited, trained, equipped, organized, and fielded overnight. Consequently, there is increased dependency on civilian contractors for tasks that previously may have been regarded as exclusively military duties.

Popular opinion is that this is a new phenomenon, or unique to U.S. operations in Iraq. It is neither. Until the Nineteenth Century, contracted soldiers were common. During our Revolutionary War, Great Britain hired Hessians (referred to as "German auxiliaries") to fight for it. The Hessians suffered a major defeat at the hands of George Washington in Trenton on December 26, 1776. During World War II, voluntarily dis-

charged U.S. military personnel became civilians under contract to a Chinese corporation to form the American Volunteer Group, known as the "Flying Tigers." They flew combat operations against the Japanese in Burma and China in 1941 and 1942. More recently, in its war with Eritrea (1997–1998), Ethiopia hired a Russian private military company to provide a wing of SU-27 *Fitter* aircraft, including pilots, ground support, and command and control. Eritrea reportedly responded by hiring former Russian and Ukrainian pilots for its air force.

Before discussing the roles of contractors in a combat zone, we should define the players on the battlefield in Law of War terms. There are four distinct categories of personnel under the 1949 Geneva Conventions: combatants, non-combatants, civilians, and civilians accompanying the force.

Combatants include members of the armed forces as well as members of official militias who meet treaty criteria. These individuals are authorized to lawfully engage in hostilities.

Military medical personnel and chaplains are referred to as *non-combatants*. The term *civilians* refers to those persons who are members of the general population.

Civilians authorized to accompany the armed forces, DoD emergency – essential civilians and civilian contractors, are neither combatants nor non-combatants – they are correctly referred to as *civilians accompanying the forces in the field*. A frequent mistake is to refer to civilians accompanying the armed forces in the field as *non-combatants*.

* Brigadier General Tom Hemingway is the Legal Advisor to the Appointing Authority for Military Commissions (USA).

It is worth pointing out that this analysis applies to international armed conflict, and not necessarily to other military operations such as peace operations, humanitarian assistance operations, and the like. In those operations – such as a peacekeeping force participating in a UN Security Council-authorized ceasefire monitoring effort – the Law of War, notions of POW status, etc., would not technically apply (although relevant principles such as humane treatment of detained persons would apply). But the Law of War analysis is certainly relevant now, in light of the ongoing war on terrorism and the war in Iraq.

There are two key Law of War issues involving *civilians accompanying the force*: whether they can be directly attacked and whether they are entitled to prisoner of war (POW) status if captured.

Civilians accompanying the forces in the field are protected from direct, intentional attack so long as they do not engage in acts harmful to the enemy, which is similar to the idea of “taking a direct part in hostilities,” the phrase used (but not defined) in the 1977 Protocol I to the Geneva Conventions. The United States is not a party to Protocol I. Law of War experts have concluded generally that “taking part in hostilities” does not have a bright-line test. It goes without saying that substituting a civilian contractor for a soldier in a traditionally military position does not make the contractor immune from direct attack. But it is important to remember that converting traditional military activities to civilian and contractor positions is not inconsistent with our obligation to comply with the law of war. There are issues to address, to be sure, but for the most part they are not Law of War issues.

Article 4.A.(4) of the Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (1949) (GPW) provides prisoner of war status to “persons who accompany the armed forces without actually being members thereof, such as *civilian members of military aircraft crews and supply contractors* [...]” (emphasis added). The Commentary on Article 4.A.(4) indicates that Parties wanted to make clear that there were classes of persons entitled to prisoner of war protection who were “more or less part of the armed forces,” but were not combatants. The Commentary also states that the list in Article 4.A.(4) is only illustrative. Thus, civilians accompanying the force may perform many different types of critical support services to the armed forces without affecting their entitlement to prisoner of war status.

Iraq posed unique issues in part because the United States became an occupying power following the end of major combat operations on May 1, 2003. The security situation required the United States to fight insurgents while fulfilling its obligations under international law to “restore, and ensure, as far as possible, public order and safety.”¹ The occupying power has responsibility for public services, governing, restoration, medical care, and food for the civilian population, and the responsibility for conditions of security to be able provide for all of these things. Because of the severe security challenges, Iraq was not a benign occupation. Had it been so, not as much controversy would have arisen

about contracting for these services. Or, if the United States could have hired Iraqis to provide most of these services, likewise, these issues would have been less prominent.

It is important to remember that civilian contractors represent a large portion of the substantial reconstruction effort in Iraq. There are two major types of contractors in Iraq: contractors supporting Coalition Forces and contractors performing reconstruction activities.

- **Contractors Supporting Coalition Forces**

As I noted, civilian contractors have worked side-by-side with armed forces throughout history. Contractors providing training, logistics, or maintenance support generally raise few issues. Contractors currently maintain and provide technical services for many transportation and weapons systems. Civilian industrial technical representatives have been present on U.S. Navy ships for years.

The fact that there is not a “bright line” defining combatant activities gives commanders and policymakers some flexibility in determining which activities may be performed by civilians, recognizing that such decisions may result in a civilian being targeted for taking a direct part in hostilities. Even granting that there is latitude regarding the roles contractors can fill, consistent with the Law of War, there may be policy reasons for not using a contractor in the position, such as concerns that a contractor may not be willing to perform in a combat situation, the likelihood that the contractor could be injured or killed, or that the contractor could be captured and charged with illegally engaging in combatant activities (even if such charges would be unwarranted under the Law of War).

- **Contractors Performing Reconstruction Activities**

The United States had responsibilities under international law, and under applicable UN Security Council Resolutions, to restore and stabilize Iraq, including providing a viable economic system, restoring the oil infrastructure, ensuring the public distribution system for food and medical supplies, and re-invigorating the education system. To meet these objectives, the United States had to contract for many of these services.

For reconstruction efforts after a conflict, contracts usually require the contractor to provide for the security of its employees and its equipment and facilities. This has been particularly true for contracts in Iraq, which gave rise to a growth industry – the Private Security Company (PSC).

PSCs have three basic roles in Iraq: (1) providing site security at buildings, compounds, worksites, and critical infrastructure sites; (2) protecting key officials; and (3) providing escorts for vehicles and convoys of contractors involved in reconstruction and relief activities. This means that, in

¹ Article 42, 1907 Hague Convention IV.

addition to the Multinational Force and the Iraqi Security Forces, there are many other private individuals carrying weapons and providing security against terrorist attacks or ordinary criminal activity. Therefore, the Coalition Provisional Authority (CPA) took steps to establish rules for the operations of the PSCs because existing Iraqi law was not sufficient. As an aside, the use of PSCs is not unique to governments or to the Iraq situation. Threats to non-governmental organizations (NGOs) in Somalia and Iraq prompted NGOs to hire PSCs for their protection.

Before the transition to Iraqi governance took place on June 28, 2004, the CPA exercised executive, legislative, and judicial authority in Iraq. By CPA order, all contractors supporting the CPA and the Coalition Forces were immune from the Iraqi legal process. Two of the last acts of CPA Administrator L. Paul Bremer III before the transition on June 28 were to promulgate a revised Status of Forces-type Order² providing for the status of the Multinational Force, other official personnel, and certain foreign contractors. This Order also provides for the status of PSCs in Iraq, and is accompanied by a CPA Memorandum³ that outlines the operating rules for PSCs in Iraq. Both the Order and Memorandum remain in effect in Iraq by operation of the Iraqi Transitional Administrative Law (TAL) and its Annex unless or until the Iraqi Government modifies or rescinds them. In developing these documents, CPA officials worked extensively with the incoming Iraqi Interim Government (IIG) once its leaders were named. This included close consultations with Prime Minister Allawi before the revised order was promulgated on June 27, 2004. This work with the IIG was critical to achieving broad Iraqi acceptance of these measures as part of the legal framework that has remained in place since June 28, 2004.

As defined in Order 17, the term *contractor* refers to non-Iraqi legal entities or individuals (including employees and subcontractors) not normally resident in Iraq supplying goods or services under a contract. A contract is defined as “a) a contract or grant agreement with the CPA or any successor agreement thereto, or a contract or grant agreement with a Sending State, to supply goods or services in Iraq where that supply is: i) to or on behalf of the MNF; ii) for humanitarian aid, reconstruction or development projects approved and organized by the CPA or a Sending State; iii) for the construction, reconstruction or operation of Diplomatic and Consular Missions [...] or (b) a contract for security services provided by Private Security Companies to Foreign Liaison Missions and their Personnel, Diplomatic and Consular Missions and their personnel, the MNF and its Personnel, International Consultants, or Contractors.”

Normally, contractors are given no protection from the civil and criminal laws of the country in which they are working. Under the CPA Order, however, contractors have immunity from Iraqi civil and criminal legal process with respect to acts performed by them pursuant to the terms and conditions of the contract, subject to the Sending State’s conclusive certification that the contractor acted in accordance with the terms and conditions of the contract.

The Sending State is not precluded from exercising jurisdic-

tion in accordance with applicable laws. The United States may rely upon the Military Extraterritorial Jurisdiction Act (MEJA)⁴ of 2000 to exercise jurisdiction over contractor personnel. MEJA jurisdiction extends to those persons who are employed by or accompanying the armed forces outside the United States, defined as DoD civilian employees, DoD contractors (and subcontractors at any tier) and their employees, and their dependents who reside with them outside the United States.⁵ This law was recently amended to add civilian employees and contractors of other agencies, to the extent such employment relates to supporting the mission of the DoD overseas.⁶ There is a new proposal that would extend jurisdiction to all U.S. contractors overseas, whether or not supporting a DoD mission.

The PSCs are singled out from other contractors in Iraq and are required to comply with certain Iraqi laws and regulations. One of the reasons for singling out the PSCs was to ensure that militias operating in Iraq could not claim to be PSCs. The Memorandum on PSCs sets forth additional requirements for a PSC to be able to operate in Iraq and applies to all PSCs – not just PSCs supporting the Multinational Force and reconstruction efforts. PSCs are required to obtain a business license from the Ministry of Trade and to register the company with the Ministry of the Interior. The registration process includes submitting a bond (\$ 25,000) and providing proof of public liability insurance.

Although PSCs may bring weapons into Iraq, they must obtain a weapons authorization card from the Iraqi Ministry of the Interior. Also, the contractor must submit proof of weapons training for its employees and register all weapons with the Ministry of the Interior.

Notably, the Memorandum on PSCs includes rules for the use of force and a code of conduct for PSC personnel. The rules for the use of force do not restrict the exercise of the right of self-defense and specifically provide for the use of deadly force in self-defense, for defense of persons as specified in the contract, and for preventing life threatening offenses against civilians. The rules also require the PSC to cooperate with the Multinational Force and Iraqi Security Forces.

The Department of Defense continues to review policy and legal issues involving contractors on the battlefield. In working through some of these issues, we have found it necessary to clarify the definitions of the relevant terms, and to ensure consistent and accurate application of these terms. The

² CPA Order 17 (Revised), Status of the Coalition Provisional Authority, MNF-Iraq, Certain Missions and Personnel in Iraq, June 27, 2004.

³ CPA Memorandum 17, Registration Requirements for Private Security Companies (PSC), June 26, 2004.

⁴ 18 U.S.C. § 3261 et seq.

⁵ Since MEJA was enacted, there have been two convictions in U.S. District Courts. In February 2005, a dependent spouse was sentenced to 8 years for second degree murder of her Air Force staff sergeant husband in Turkey. Currently there are investigations underway in the Eastern District of Virginia for detainee abuse allegations against civilians and contractors.

⁶ Section 1088 of the FY05 National Defense Authorization Act.

various offices involved in establishing these policies include the armed forces personnel, human resources personnel, acquisition officials, and legal counsel. In these discussions we have found for example, that military operators refer to combat arms, combat support, and combat service support, while the human resources personnel and acquisition officials use terms such as “DoD Emergency-essential civilians” and “inherently governmental” functions. Moreover, as stated previously, Law of War experts use terms such as *combatants*, *non-combatants*, *civilians accompanying the force*, and *civilians*.

To summarize: (1) Civilians – including contractors – accompanying the force are recognized under Geneva Convention law and are entitled to POW status if captured. See Article 4.A.(4) of the Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War. (2) Depending on their role,

contractors may be subject to attack, but such roles do not make them unprivileged belligerents or in violation of the law of war. (3) Contractors overseas are not beyond the reach of U.S. criminal law because of the relatively recent Military Extraterritorial Jurisdiction Act (MEJA), although there have been only a few prosecutions under MEJA to date.

Issues that continue to require attention include: (a) Where should the line be drawn on the role of contractors? (b) How can we improve the organization for administering contracts and contractor personnel in theater, including communications and force protection matters? (c) How can we ensure that contractors have training under the Law of War as necessary and appropriate to their functions and responsibilities? (d) Will MEJA be an effective tool to help ensure contractor accountability? ■

Outsourcing of War Efforts – einige Fragen aus der Sicht des humanitären Völkerrechts*

Hans-Peter Gasser**

Wir verstehen unter *outsourcing of war efforts* die Auslagerung von Aufgaben, die normalerweise durch die Streitkräfte erfüllt werden, und deren Übertragung an private Unternehmen, Gruppen oder einzelne Personen. Eine militärische Tätigkeit wird mit anderen Worten Zivilpersonen im Umkreis der Streitkräfte übertragen – die Aufgabe wird *outsourced*.

Outsourcing ist heute im Bereich der (zivilen) Wirtschaft eine Selbstverständlichkeit. Welche große europäische Firma verlegt nicht wenigstens einen Teil ihrer Produktion in den Fernen Osten oder wenigstens in die Slowakei?

Welche Fragen stellen sich heute im Zusammenhang mit der Auslagerung von militärischen Aufgaben an zivile Dritte?

1. Blick in die Geschichte

Dass Streitkräfte an sich militärische Aufgaben nicht immer selber wahrnehmen, sondern sie Dritten überlassen – oder dass sie durch Dritte übernommen werden – ist nicht neu. Diese Erscheinung ist so alt wie die Kriegführung selber. Wir überlassen historische Studien anderen und möchten lediglich an die Haager Landkriegsordnung (LKO) von 1907 erinnern, welche ihren Artikel 13 den „Personen, die einem Heere folgen, ohne ihm unmittelbar an(zu)gehören“ widmet. Als Nachfolgebestimmung dieses Artikels 13 der LKO widmet sich heute Artikel 4 des 3. Genfer Abkommens über die Kriegsgefangenen von 1949 der rechtlichen Stellung und der Behandlung von Personen, die etwas mit den Streitkräften zu tun haben, ohne ihnen anzugehören.

Artikel 4, Buchstabe A., Ziffern 4 und 5, des 3. Genfer Abkommens zählen folgende Personengruppen auf, die in

diese Kategorie fallen und in unserem Zusammenhang näher interessieren: zivile Besatzungsmitglieder von Militärflugzeugen, Angehörige von Arbeitseinheiten oder von Diensten, die mit der Fürsorge der bewaffneten Kräfte betraut sind, Besatzungsmitglieder der Handelsmarine, etc. Angehörige dieser Personengruppen – und Artikel 4 nennt noch weitere – sind bei Gefangennahme wie Kriegsgefangene zu behandeln. Sie bleiben aber Angehörige der durch Artikel 4.A.4 und 5 erfassten Sonderkategorien und werden nicht Angehörige der Streitkräfte im Sinne des humanitären Völkerrechts. Eine Bedingung muss sodann ohne Ausnahme erfüllt sein: Diese Personen müssen ihre Tätigkeit zu Gunsten der Streitkräfte mit Einwilligung der zuständigen militärischen Instanzen erfüllen.

Der Kuriosität halber sei noch daran erinnert, dass wir in Artikel 13 der Haager Landkriegsordnung noch zwei Kategorien von Personen finden, die das 3. Genfer Abkommen von 1949 nicht mehr nennt: einmal die der „Marketender(innen)“ und dann, ganz einfach, die der „Lieferanten“.

* Dieser Vortrag wurde am 25. März 2006 auf der 16. Teinacher Tagung des Deutschen Roten Kreuzes in Zusammenarbeit mit dem Bundesministerium für Verteidigung und dem Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht der Ruhr-Universität Bochum (Deutschland) gehalten. Die Form des mündlichen Vortrags wurde beibehalten. Zum Thema vgl. namentlich *M. N. Schmitt*, *Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees*, in: *Chicago Journal of International Law* 5 (2004), und *C. Voillat*, *Private Military Companies: A Word of Caution*, *HPN/Humanitarian Practice Network*, 2005.

** *Dr. Hans-Peter Gasser* ist ehemaliger Rechtsberater des IKRK und Lehrbeauftragter der Universität Freiburg (Schweiz).

Eine erste Schlussfolgerung drängt sich auf: das geltende humanitäre Völkerrecht kennt seit langem *outsourcing* als zu regelndes Phänomen. Militärische, inklusive quasi-militärische Aufgaben an Dritte, d. h. an zivile Unternehmen oder Individuen, zu übertragen, hat es schon immer geben.

2. Militärisches *outsourcing* heute

Im Wesen nichts Neues? – In dem Sinne nein, weil die in Artikel 4 des 3. Genfer Abkommens genannten Aktivitäten von Privaten im Umkreis der Streitkräfte weiterhin eine Rolle im heutigen militärischen Sektor spielen. Hingegen haben sich Gewicht und Quantität ganz entscheidend geändert. Heute übertragen Streitkräfte eine weit größere Zahl von Aufgaben an außenstehende, zivile Unternehmen. Es ist eher ein halb ziviler, halb militärischer, jedoch der Privatwirtschaft angehöriger, Sektor entstanden. Akteure sind dabei die *private military* oder *security companies (PMC/PSC)*.

Im Bereich des *outsourcing* hat sich somit in den letzten Jahren viel verändert. Einmal in quantitativer Hinsicht: Im Jahr 2001 soll sich der Umsatz privater, im Militär- und Sicherheitssektor tätigen Unternehmen auf unglaubliche 100 Milliarden Dollars beziffert haben. Es besteht kein Zweifel, dass die Kriege in Afghanistan und namentlich im Irak die Nachfrage nach solchen Diensten in die Höhe schnellen ließen. Wie viele Unternehmen und Personen heute an diesem Geschäft beteiligt sind, kann nur erahnt werden. Allein im Irak sollen zu Zeiten 20 000 PMC oder PSC tätig sein oder gewesen sein.

Was sind die Gründe dieser Entwicklung, die die Stellung der offiziellen Streitkräfte zu schwächen scheint? Das *outsourcing* von zahlreichen Aktivitäten an ein ziviles Umfeld, so wird angeführt, rechtfertigt sich in erster Linie aus ökonomischen Gründen. Es gehe um spezialisierte Aufgaben, für die militärisches Fachpersonal nicht zur Verfügung stehe bzw. unverhältnismäßig teuer. Gedacht wird dabei namentlich an die Wartung und den Einsatz der im Informatikbereich angehörenden Geräte, sowie den Unterhalt und die Reparatur von ultra komplexen *HighTech*-Waffen. Die Uniform sei für hoch qualifizierte Arbeitskräfte nicht attraktiv genug. Die Streitkräfte könnten sich den dafür erforderlichen Sachverstand gar nicht leisten.

Solches *outsourcing* betrifft Aktivitäten zur Unterstützung operationeller Aufgaben. Wartung, Reparatur und Einsatz eines Kriegsgeräts zählt ohne Zweifel zu Aktivitäten militärischer Natur.

Die Streitkräfte stellen sodann auch zivile Unternehmen ein mit dem Ziel, sich von gewissen routinemäßig zu erfüllenden Aufgaben zu entlasten. Gedacht wird an die Bewachung von Geräten aller Art und namentlich auch an die Bewachung von Personen. So haben wir Bilder aus dem Irak gesehen, die hohe Offiziere in Uniform in Begleitung von zivilen *Bodyguards* (auch *Gorillas* genannt) zeigen. In Afghanistan und im Irak werden die Mitglieder der aufzubauenden nationalen Streitkräfte und der lokalen Polizeikräfte routinemäßig durch private Unternehmungen ausgebildet. Schließlich werden

auch Aufgaben im Bereich des Rechtsvollzugs, wie die Suche, Verhaftung und Befragung von eines Vergehens angeschuldigten Personen oder die Betreuung und Bewachung von Insassen von Strafanstalten, solchen privaten Unternehmen überlassen. Dass gerade solch typisch staatliche, weil zum Rechtsvollzug zählenden Aktivitäten *outsourced* werden, hat bekanntlich zu unhaltbaren Zuständen und zu schweren Verstößen gegen die Menschenrechte geführt. Denken wir dabei nicht nur an die Behandlung von Gefangenen durch solche Zivilpersonen, sondern auch an deren Überstellung zur Einvernahme an Drittstaaten.

3. Weitere Bereiche für *outsourcing*

Der Drang zum Auslagern bestimmter militärischer Aktivitäten in den zivilen Bereich scheint sich auch in anderer Weise zu zeigen.

Nach Medienberichten soll im Januar 2006 ein Dorf im Norden Pakistans von Bomben getroffen worden sein. Die CIA soll Drohnen eingesetzt haben, welche Bomben fallen ließen mit dem Ziel, Al-Qaida-Anhänger auszuschalten. Für diese Operation setzte das CIA ein privates Unternehmen ein. Die Bomben töteten 18 Dorfbewohner, davon mehrere Kinder, aber keine Al-Qaida-Leute. Die USA ließen also eine typisch militärische Operation – einen Bombenangriff – durch eine zivile Institution durchführen, welche an sich nicht Kriegführung, sondern Nachrichtenbeschaffung zur Aufgabe hat. Stehen wir vor einer neuen Art von *outsourcing*, welche die Durchführung einer typisch militärischen Operation durch eine zivile Instanz zum Gegenstand hat?

Ein neuer Einsatzbereich für *outsourced* Aktivitäten scheint sich im Bereich der Kommunikation abzuzeichnen. Kürzlich berichteten die Medien, dass den amerikanischen Streitkräften angehörende Journalisten systematisch afghanischen und irakischen Medien Beiträge zur Veröffentlichung in ihren Zeitungen und Fernsehsendungen zustellen und für deren Publikation auch noch zahlen. Diese Beiträge sollten ein positives Bild der amerikanischen Politik vermitteln. Wird auf diese Weise ein Informationsfeldzug *outsourced*?

4. Rechtliche Überlegungen

Die wachsende Auslagerung militärischer Aufgaben an den zivilen Bereich wirft Fragen auf, welche die nähere Aufmerksamkeit des Völkerrechtlers erheischen. Welches ist nun die Stellung dieser Personen im humanitären Völkerrecht? Was sind ihre Rechte und Pflichten?

Das geltende humanitäre Völkerrecht ist auf zwei Kategorien von Akteuren aufgebaut. Einerseits gibt es Personen, die Gewalt anwenden dürfen – die Angehörigen der Streitkräfte – und andererseits Personen, denen dies verwehrt ist, weshalb sie vor den Auswirkungen der Feindseligkeiten geschützt werden müssen. In diese zweite Kategorie fallen in erster Linie die Zivilbevölkerung und die einzelnen Zivilpersonen.

Angehörige der Streitkräfte haben die Rechte und Pflichten, die durch die Genfer Abkommen von 1949, das erste Zusatz-

protokoll von 1977 und Gewohnheitsrecht klar definiert sind. Die Frage stellt sich nun in diesem Zusammenhang, ob eine Person, die ihm Rahmen eines *outsourcing* Aufgaben militärischer Natur übernimmt, als Söldner einzustufen ist. Gemäß Artikel 47 des ersten Zusatzprotokolls ist Söldner, wer aus Streben nach persönlichem Gewinn und entsprechend für ein übermäßig großes Gehalt an Feindseligkeiten teilnimmt, ohne Bürger einer der beteiligten Konfliktparteien zu sein. Gehört er (ausnahmsweise) doch den Streitkräften an, dann genießt er Rechte und Pflichten, die damit verbunden sind. Ist dies aber nicht der Fall, dann hat der Söldner keinen Anspruch auf die Privilegien des Angehörigen ordentlicher Streitkräfte. Er mag wohl *outsourced* Aufgaben übernehmen, aber mit allen Risiken, die auf der unrechtmäßig an Feindseligkeiten teilnehmenden Zivilperson lasten. Söldner genannt zu werden verleiht keine rechtliche Sonderstellung.

Sodann gilt es abzuklären, ob der schon erwähnte Artikel 4.A.4–5 des 3. Genfer Abkommens die Antwort auf die Frage der rechtlichen Stellung der Personen enthält, die von den Streitkräften ausgelagerte Aufgaben erfüllen. Diese Bestimmung gibt gewissen eng umschriebenen Kategorien von Personen, die aus eigenem Antrieb im Umfeld der Streitkräfte tätig sind, den Anspruch, im Fall der Gefangennahme als Kriegsgefangene behandelt zu werden. Jedoch bestehen eine Reihe von Ausnahmen von der Ordnung, die dieses Recht den Angehörigen der Streitkräfte verleiht. Diese Ausnahmen dürfen nicht extensiv ausgelegt werden mit dem Ziel, für sehr unterschiedliche Kategorien und eine rapid wachsende Zahl von Personen, die nicht in das Gefüge des Kriegsrechts passen, doch noch einen privilegierten rechtlichen Status zu ermöglichen. Eine Verwischung der Grenzen zwischen den Angehörigen der Streitkräfte und anderen Personen muss vermieden werden, auch wenn letztere mittlerweile *de facto* zum militärischen Bereich gehören.

5. Angehörige der Zivilbevölkerung?

Verdeutlichen wir uns vorerst kurz den Begriff der Zivilperson im humanitären Völkerrecht. Das geltende geschriebene Recht über den Schutz der Zivilbevölkerung gegen die Auswirkungen militärischer Operationen stammt aus dem Jahre 1977, Jahr der Annahme des ersten Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen. Dieses Protokoll I enthält ein sorgfältig ausgebautes Kapitel, welches unter dem einfachen Titel „Zivilbevölkerung“, gefolgt vom Abschnitt „Allgemeiner Schutz vor den Auswirkungen von Feindseligkeiten“, dem überkommenen Haager Recht eine neue Gestalt gibt (Protokoll I, Artikel 48–58). Das Kapitel über den Schutz der Zivilbevölkerung vor den Folgen militärischer Operationen ist ohne Zweifel der gewichtigste Beitrag, welchen die Diplomatische Konferenz von 1974–1977 an das geltende humanitäre Völkerrecht geleistet hat.

Neben dieser umfassenden Kodifikation spielt auch ungeschriebenes Recht, vor allem Gewohnheitsrecht, weiterhin eine große Rolle im Bereich des Schutzes der Zivilbevölkerung vor den Folgen militärischer Operationen. Die letztes Jahr durch das IKRK veröffentlichte Studie zum Gewohn-

heitsrecht im humanitären Völkerrecht bringt dies klar zum Ausdruck.¹

Der Ausgangspunkt jeder Suche nach einem Ausgleich zwischen den Interessen der Kriegführung einerseits und der Notwendigkeit, die Zivilbevölkerung und den ganzen zivilen Bereich zu schonen und zu schützen, andererseits, findet sich in der Erklärung von Sankt Petersburg von 1868, wo es in der Präambel u. a. heißt: „*dass der einzige rechtmäßige Zweck, den die Staaten während des Krieges sich vorzusetzen haben, die Schwächung der Militärkräfte des Feindes ist [...]*“.

Im Krieg sind somit militärische Operationen gegen militärische Ziele erlaubt, gegen die Zivilbevölkerung hingegen nicht. Der totale Krieg ist die Negation dessen, was das humanitäre Völkerrecht zu erreichen sucht. Schon die Erklärung von Sankt Petersburg schloss den totalen Krieg aus. Weil die Auswahl des Ziels einer militärischen Operation Beschränkungen unterliegt, müssen die eingesetzten militärischen Mittel und Methoden derart gestaltet sein, dass sie einen gezielten Einsatz erlauben. Einen beschränkten Krieg mit totalem Einsatz zu führen, ist eine Illusion.

Die Träger von *outsourced* Aufgaben sind typischerweise Zivilpersonen. Als solche sind sie nicht berechtigt an Feindseligkeiten teilnehmen. Tun sie es doch, dann legt Artikel 51.3 des Protokolls I die Folgen eines solchen Verhaltens fest: „*Zivilpersonen genießen den durch diesen Abschnitt gewährten Schutz, sofern und solange sie nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen.*“

Aus diesen Überlegungen folgt zwingend, dass Träger von *outsourced* Aufgaben nicht an Feindseligkeiten teilnehmen dürfen, wenn sie nicht ihren als Zivilperson zustehenden Anspruch auf Schutz verlieren wollen. Andernfalls dürfen sie bekämpft, gefangen genommen und für allfällige Gewaltakte strafrechtlich verfolgt werden.

Das humanitäre Völkerrecht verbietet nun aber nicht die Übernahme militärischer Aufträge durch Personen, die nicht Angehörige von Streitkräften sind. Es verbietet das *outsourcing* daher nicht. Es legt aber deren Folgen fest: Verlust der „Immunität“, auf die sich Zivilpersonen normalerweise berufen können. Dies bedeutet, dass sie unabhängig davon, ob sie Gewalt einsetzen oder nicht,

- bekämpft werden dürfen,
- gefangen genommen werden dürfen, wobei sie mit dem Entzug von normalerweise den zivilen Gefangenen zustehenden Rechten rechnen müssen (4. Genfer Abkommen, Artikel 5),
- strafrechtlich verfolgt werden müssen, soweit ein strafbares Verhalten nachgewiesen werden kann.

Unter allen Umständen bewahrt die betreffende Person seine Rechte auf Schutz der menschlichen Person, als Zivilperson,

¹ J.M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Cambridge 2005.

wie sie das vierte Genfer Abkommen über den Schutz der Zivilpersonen und aus Protokoll I kodifiziert haben. Ist ihr rechtlicher Status unklar oder umstritten, dann ist auf Artikel 75 von Protokoll I zurückzugreifen, welcher unter dem Titel „Grundlegende Garantien“ das „menschenrechtliche Minimum“, auf das jedermann Anspruch hat, festlegt.

Die Frage stellt sich noch, inwieweit der Staat verantwortlich ist für die Aktivitäten von Personen, an die besondere Aufgaben militärischen Charakters *outsourced* wurden. Auch in dieser Hinsicht gelten die Bestimmungen des allgemeinen Völkerrechts. Die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen hat die Regeln über die Verantwortlichkeit der Staaten in einer Weise kodifiziert, die heute als verbindlich betrachtet wird.² Danach ist der Staat grundsätzlich für die ihm zurechenbaren Handlungen verantwortlich.

6. Einige Schlussbemerkungen

Die zu Beginn dieser Ausführung gemachte Feststellung, dass *outsourcing* aus rein rechtlicher Sicht kein neues Problem darstellt, heißt noch lange nicht, dass die fortschreitende Übertragung militärischer Aufgaben an Außenstehende nicht gewichtige Fragen aufwirft. Vor allem besteht ganz offensichtlich ein Bedarf an Handlung.

Klar ist vorerst, dass kein neues internationales Abkommen nötig ist, da das bestehende Recht genügt, um die sich stellenden rechtlichen Fragen zu lösen. Hingegen mag eine weitere Klärung der Rechtsfragen nötig sein. Eine Klärung der Lage liegt übrigens auch im Interesse der Streitkräfte, welche die Konkurrenz durch „zivile Krieger“ nicht unbedingt mit Sympathie aufnehmen.

Die Frage stellt sich im Recht der nicht-internationalen bewaffneten Konflikte im Ergebnis nicht anders als für (hier diskutierte) internationale kriegerische Auseinandersetzungen. Im Falle des Bürgerkriegs ist *outsourcing* auf Seite der Aufständischen ohnehin kein rechtlich relevantes Problem, weil es keinen besonderen Status für Personen, die zur Waffe greifen, gibt. Auf Regierungsseite gelten die gleichen Überlegungen wie im Falle des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts.

Handeln ist umso wichtiger, als die Tätigkeit von solchen Personen, die ja nicht der in den Streitkräften geforderten Disziplin unterstehen, nur allzu leicht zum Ausgangspunkt von schweren Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht werden kann. Man denke nur an die humanitären Katastrophen, die angeheuertes, aber unqualifiziertes Personal bei der Einvernahme von Gefangenen in Polizeistationen und in Gefängnissen schon verursacht haben.

Aus diesen Gründen müssen zivile Unternehmen, welche solche Aufträge in einer Konfliktsituation übernehmen, auf ihre große Verantwortung aufmerksam gemacht werden. Sie müssen sich namentlich verpflichten, die von ihnen eingesetzten Personen mit den Grundsätzen des humanitären Völkerrechts bekannt zu machen. Diese Verpflichtung schließt eine effektive Kontrolle des effektiven Verhaltens ihrer Unternehmensebenen mit ein. Das IKRK hat die Bedeutung des Problems erfasst und steht in aktivem Kontakt mit solchen Unternehmen. ■

² Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Res. 56/83 der UNO Generalversammlung, 28. Januar 2002.

Principles and Good Practice of Humanitarian Donorship, Endorsed in Stockholm, 17 June 2003 by Germany, Australia, Belgium, Canada, the European Commission, Denmark, the United States, Finland, France, Ireland, Japan, Luxemburg, Norway, the Netherlands, the United Kingdom, Sweden and Switzerland.

Objectives and definition of humanitarian action

1. The objectives of humanitarian action are to save lives, alleviate suffering and maintain human dignity during and in the aftermath of man-made crises and natural disasters, as well as to prevent and strengthen preparedness for the occurrence of such situations.

2. Humanitarian action should be guided by the humanitarian principles of *humanity*, meaning the centrality of saving human lives and alleviating suffering wherever it is found; *impartiality*, meaning the implementation of actions solely on the basis of need, without discrimination between or within affected populations; *neutrality*, meaning that humanitarian action must not favour any side in an armed conflict or other dispute where such action is carried out; and *independence*, meaning the autonomy of humanitarian objectives from the political, economic, military or other objectives that any actor may hold with regard to areas where humanitarian action is being implemented.

Humanitarian action includes the protection of civilians and those no longer taking part in hostilities, and the provision of food, water and sanitation, shelter, health services and other items of assistance, undertaken for the benefit of affected people and to facilitate the return to normal lives and livelihoods.

General principles

4. Respect and promote the implementation of international humanitarian law, refugee law and human rights.

5. While reaffirming the primary responsibility of states for the victims of humanitarian emergencies within their own borders, strive to ensure flexible and timely funding, on the basis of the collective obligation of striving to meet humanitarian needs.

6. Allocate humanitarian funding in proportion to needs and on the basis of needs assessments.

7. Request implementing humanitarian organisations to ensure, to the greatest possible extent, adequate involvement of bene-

ficiaries in the design, implementation, monitoring and evaluation of humanitarian response.

8. Strengthen the capacity of affected countries and local communities to prevent, prepare for, mitigate and respond to humanitarian crises, with the goal of ensuring that governments and local communities are better able to meet their responsibilities and co-ordinate effectively with humanitarian partners.

9. Provide humanitarian assistance in ways that are supportive of recovery and long-term development, striving to ensure support, where appropriate, to the maintenance and return of sustainable livelihoods and transitions from humanitarian relief to recovery and development activities.

10. Support and promote the central and unique role of the United Nations in providing leadership and co-ordination of international humanitarian action, the special role of the International Committee of the Red Cross, and the vital role of the United Nations, the International Red Cross and Red Crescent Movement and non-governmental organisations in implementing humanitarian action.

Good practices in donor financing, management and accountability

(a) Funding

11. Strive to ensure that funding of humanitarian action in new crises does not adversely affect the meeting of needs in ongoing crises.

12. Recognising the necessity of dynamic and flexible response to changing needs in humanitarian crises, strive to ensure predictability and flexibility in funding to United Nations agencies, funds and programmes and to other key humanitarian organisations

13. While stressing the importance of transparent and strategic priority-setting and financial planning by implementing organisations, explore the possibility of reducing, or enhancing the flexibility of, earmarking, and of introducing longer-term funding arrangements.

14. Contribute responsibly, and on the basis of burden-sharing, to United Nations

Consolidated Inter-Agency Appeals and to International Red Cross and Red Crescent Movement appeals, and actively support the formulation of Common Humanitarian Action Plans (CHAP) as the primary instrument for strategic planning, prioritisation and co-ordination in complex emergencies.

(b) Promoting standards and enhancing implementation

15. Request that implementing humanitarian organisations fully adhere to good practice and are committed to promoting accountability, efficiency and effectiveness in implementing humanitarian action.

16. Promote the use of Inter-Agency Standing Committee guidelines and principles on humanitarian activities, the Guiding Principles on Internal Displacement and the 1994 Code of Conduct for the International Red Cross and Red Crescent Movement and Non-Governmental Organisations (NGOs) in Disaster Relief.

17. Maintain readiness to offer support to the implementation of humanitarian action, including the facilitation of safe humanitarian access.

18. Support mechanisms for contingency planning by humanitarian organisations, including, as appropriate, allocation of funding, to strengthen capacities for response.

19. Affirm the primary position of civilian organisations in implementing humanitarian action, particularly in areas affected by armed conflict. In situations where military capacity and assets are used to support the implementation of humanitarian action, ensure that such use is in conformity with international humanitarian law and humanitarian principles, and recognises the leading role of humanitarian organisations.

20. Support the implementation of the 1994 Guidelines on the Use of Military and Civil Defence Assets in Disaster Relief and the 2003 Guidelines on the Use of Military and Civil Defence Assets to Support United Nations Humanitarian Activities in Complex Emergencies.

(c) Learning and accountability

Support learning and accountability initiatives for the effective and efficient implementation of humanitarian action.

22. Encourage regular evaluations of international responses to humanitarian crises, including assessments of donor performance.

23. Ensure a high degree of accuracy, timeliness, and transparency in donor reporting on official humanitarian assistance spending, and encourage the development of standardised formats for such reporting. ■

Implementation Plan for Good Humanitarian Donorship, Stockholm, 17 June 2003

With the aim of enhancing humanitarian response through strengthened co-ordination, effectiveness and accountability, donors endorsed the Principles and Good Practice of Humanitarian Donorship and elaborated the Implementation Plan detailed below.

Donors further agreed that the follow-up measures in the Implementation Plan would be taken in partnership with humanitarian organisations and in full consideration of the outcomes of the Humanitarian Financing Work Programme, of the Montreux Process on improving the United Nations Consolidated Inter-Agency Appeals Process, and of other relevant processes.

1. Interested donors will identify, in consultation with humanitarian organisations, at least one crisis subject to a Consolidated Inter-Agency Appeal, to which the Principles and Good Practice of Humanitarian Donorship will be applied in a concerted and co-ordinated manner no later than 2005. Preparatory work for this purpose will begin immediately.

2. Emphasising the importance of peer reviews of humanitarian action, donors will invite the OECD Development Assistance Committee (DAC) to consider ways to significantly strengthen the coverage of humanitarian action in existing and/or complementary peer reviews. Necessary resources to strengthen the capacity of the DAC secretariat could be provided on a voluntary basis.

3. Drawing on agreed donor progress within the field of development co-operation, including relevant elements of the Rome Declaration on Harmonization of 25 February 2003, donors undertake to jointly explore the possibility of harmonising reporting requirements and management demands placed upon implementing humanitarian organisations. Donors decided to pursue this aim beginning with a pilot case.

4. Donors will aim, in consultation with the United Nations and the OECD-DAC, to agree on a comprehensive common definition of official humanitarian assistance for reporting and statistical purposes, including clarity of definitions between multilateral and bilateral humanitarian assistance.

5. Participating donors will seek to promote the wider use among all official donors of the Principles and Good Practice of Humanitarian Donorship, and to invite all interested donors to participate in the follow-up of this Plan.

With the objective of effectively pursuing and further developing the aims outlined in this Plan, and of ensuring appropriate co-ordination with other ongoing processes, donors agreed to establish an informal Implementation Group for Good Humanitarian Donorship.

Referendartagung zum Humanitären Völkerrecht, Mühlthal/Trautheim (Deutschland), 26.–27. Oktober 2005

Michael Putthoff und Anja Timmer*

Ende Oktober 2005 fand in Mühlthal/Trautheim für ein überschaubares Publikum an Referendaren die Präsentation einer oftmals unbekannteren und unscheinbaren, aber tiefwurzelnden und facettenreichen Blume der Rechtswissenschaft statt: die des humanitären Völkerrechts.

Die Veranstaltung bot auch dieses Jahr interessierten Rechtsreferendaren die Möglichkeit, einen Einblick in ein Rechtsgebiet zu nehmen, das einem zunächst etwas fremd anmuten mag, jedoch durch vielfältige Vorträge geschätzter Referenten und einer entspannten Atmosphäre von Minute zu Minute anziehender wurde.

Vorweg begrüßte der Landeskonventionsbeauftragte des DRK-Hessen und Organisator der Tagung, Herr *Karl-Walter Lotz*, die Teilnehmer und erteilte nach einer kurzen Programmübersicht das Wort Frau Dr. *Noëlle Quéñivet* vom Bochumer Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV).

Um einen Einstieg zu geben, widmete sich ihr Vortrag den Grundzügen des Humanitären Völkerrechts. Neben geschichtlichen Aspekten und in Vertragsform gegossenen Erfahrungen wurde die Blickrichtung vornehmlich auf die vier Genfer Abkommen sowie deren Zusatzprotokolle gelenkt. Die Fragen nach Auftakt und Beendigung eines internationalen Konflikts ließen sich noch ganz vertretbar eruieren. Problematischer gestaltete sich die Beantwortung in den Fällen nicht-internationaler Konflikte. Hierbei schienen sowohl für den Beginn wie auch für das Ende der jeweilige Grad der Intensität und die Dauer der Kampfhandlungen bzw. deren Unterlassen ausschlaggebende Kriterien zu sein.

Die „Spielregeln“ zwischen diesen zeitlichen Eckpunkten und über diese hinaus waren neben weiteren Aspekten, Gegen-

The Implementation Group will consist of interested donors and other humanitarian partners as appropriate. The Implementation Group will, unless otherwise decided, exist for one year and will be based at Geneva.

The Implementation Group may suggest the convening of a meeting in one year to review the realisation of this Plan and other relevant developments. ■

stand der Erörterungen und späteren Diskussion, wobei insbesondere auch ein Augenmerk auf verbotene Geschosse bzw. deren noch zeitnahen Einsatz genommen wurde.

Herr Dr. *Hans-Joachim Heintze*, ebenfalls ein Stützpfiler des IFHV Bochum, lud im Anschluss zu einer Diskussion über die Schnittstellen zwischen Menschenrechten und dem Humanitären Völkerrecht ein.

Ausgangspunkt war die Erörterung des Verhältnisses zwischen Friedens- und Kriegsvölkerrecht, wobei letzteres als die grundsätzlich speziellere Materie erfasst wurde. Schwierig, und insoweit heftig diskutiert wurde im Bereich der Konkretisierung der jeweiligen fortwährenden Menschenrechte im Zeitraum der Geltung der Regelungen des Humanitären Völkerrechts bzw. umgekehrt. Anhand einiger Beispielfälle auf Grundlage der AMRK und EMRK, d. h. vom Tablada-Fall bis zum *Bankovic vs. Belgium-Fall*, wurde die wechselseitige Bezugnahme der unterschiedlichen juristischen Bereiche untersucht. Davon ausgehend wird wohl abzuwarten bleiben, ob die jeweilig mit entsprechenden Rechtsquellen befassten Gerichtshöfe zukünftig eine weitergehende Wechselseitigkeit formulieren werden.

Praktisch greifbar wurden die so mittlerweile gesammelten Eindrücke und Kenntnisse durch die eindrucksvollen Schilderungen von Frau *Anke Biehler*. Sie berichtete über ihre Erfahrungen und auftauchenden Probleme als Delegierte des IKRK beim Einsatz auf den Philippinen. Neben Erläuterungen zu Gefangenenbesuchen, Ge-

* Die Autoren sind Rechtsreferendare am Landgericht Düsseldorf und Hagen (Deutschland).

fangenaustausch, den Versuchen der schrittweisen Verbesserung der Situation und dem obersten Gebot der Neutralität vermittelte sie den Teilnehmern realitätsnah die Umsetzung der theoretischen Grundlagen.

Daneben wurden zum Ende des ersten Tages auch andere Tätigkeiten im Rahmen des Humanitären Völkerrechts durch den Vortrag von Frau *Birke Grundmanns* plastisch. Sie stellte ihre Tätigkeiten als Referendarin in der Wahlstation bei der Internationalen Föderation der Rotkreuz- und Halbmondgesellschaften in Genf dar. Nach kurzer Lokalisierung der Föderation beschrieb sie deren interne Arbeitsweise als Koordinations- und Planungsorgan sowie die ihr zuteil gewordenen Aufgaben und deren Bewältigung.

Nach einer langen Nacht und nur wenig Nachtruhe folgte am zweiten Tag die Einführung in das Völkerstrafrecht. Die Aufgabe dem Völkchen, der mit nur wenig Schlaf davon gekommenen Referendare, zunächst ein historisches Grundverständnis für die Institutionen und Verfahren der Thematik zu verschaffen, übernahm der Rechtsanwalt und wissenschaftliche Mitarbeiter am Institut für Völkerrecht, *Jan Erik Wetzel*. Mit gezielten Fragen an die Teilnehmer hinsichtlich ihres Grundwissens, der Sammlung von bisherigen Erkenntnissen und deren anschließende Erweiterung, wurde er sodann dieser Herausforderung auch mehr als gerecht. Einleitend wurde das Spektrum der geschichtlich verschiedenartig geformten Gerichtshöfe – von Nürnberg und Tokio über den ICC bis hin zum Iraqi Special Tribunal – aufgezeigt. Untergliedert und damit gegenübergestellt wurden die Tribunale sodann durch die Kriterien der anhängigen Verfahren, der Bestandszeit, der Rechtsgrundlagen, der Verhandlungsorte, der Budgetierung sowie der Zusammensetzung der Richter. So wurde auch mit Blick auf die jeweiligen politischen, kulturellen und vor allem ökonomischen Verhältnisse deutlich, mit welchen Schwierigkeiten mitunter gerechnet werden muss bzw. musste. Dabei waren Fragen in Bezug darauf, wer personell anhand internationaler Regeln urteilen sollte, wo zur Vermeidung weiterer Konflikte aber doch nah am Geschehen, die entsprechende Institution zu errichten sei und in welcher Höhe finanzielle Mittel eingeplant werden müssten nur einige der hier zu nennenden Punkte.

Nach dieser Übersicht und der Diskussion verschiedenartiger Lösungsvorschläge, konnte Frau Dr. *Noëlle Quéñivet* dann den Blick für die Tatbestände und teilweise aktuelleren Fälle des Völkerstrafrechts schär-

fen. Ausgehend vom Statut des Internationalen Strafgerichtshofes wurden die Tatbestände des Kriegsverbrechens, des Verbrechens gegen die Menschlichkeit und des Völkermords erörtert und dargelegt. Dreh- und Angelpunkt bildeten hierbei ebenfalls die schon Vortags oftmals zu Rate gezogenen Genfer Abkommen III und IV sowie deren Zusatzprotokolle. Probleme wurden hierbei aufgezeigt, die daraus resultierten, dass manche Staaten nur die Genfer Abkommen, nicht aber deren Zusatzprotokolle, die oft weitergehend gefasst sind, ratifizierten. Fraglich ist bspw. daher, ob nicht einige der Bestimmungen der Zusatzprotokolle als Völkergewohnheitsrecht angesehen werden könnten und so Anwendung finden. Diesbezüglich bestehende Abgrenzungsproblematiken regten dann zur weiteren Diskussion an.

Prof. Dr. *Thilo Marauhn* von der Justus-Liebig-Universität Gießen schloss am Nachmittag mit einem weiteren Themengebiet an, das das Interesse der Anwesenden noch einmal in eine andere Richtung lenken sollte. Problemeinstieg war die Frage der rechtlichen Einordnung des Einsatzes von Tränengas zum Schutz von Blauhelmsoldaten, sowie die Schwierigkeit der Zuordnung von militärischen Angriffszielen und zivilen Objekten. Die teilweise unscharfen Konturen der Abgrenzung wurden dabei besonders bezüglich letzterer Fragestellung durch verschiedene Beispielfälle verdeutlicht. Anschließend wurde das Hauptaugenmerk auf die Rechtsstellung von Kriegsgefan-

genen, insbesondere im Hinblick auf Guantánamo, gerichtet. Nach Darlegung und Erörterung der Reglementierungen des Humanitären Völkerrechts und den abweichenden, neugeschaffenen Begrifflichkeiten (illegal combatants) wurden den Teilnehmern die Schwierigkeiten der Handhabung gewisser Konfliktpotenziale bewusst. Kernpunkt der weiteren Erwägungen war damit die Frage, wie den aktuellen Problemen des grenzüberschreitenden Terrorismus durch bestehende Völkerrechtsabkommen begegnet werden könnte. Festgehalten werden konnte insoweit schließlich, dass aufgrund gegenwärtiger Entwicklungen die Frage nach der Lösung des länderübergreifenden Terrorismus eine internationale sei. Die Ignorierung des humanitären Völkerrechts, mit der Begründung, dass es nicht genau passe und die damit verbundene Umgehung, wird der Bedeutung und Rolle dieser Normen nicht gerecht.

Die abschließenden und abrundenden Worte fand am Ende des Tages Herr *Karl-Walter Lotz*. Noch einen kurzen Überblick über den Aufbau des Roten Kreuzes, die Stellung der Konventionsbeauftragten und die Wichtigkeit der Verbreitung des erlangten Wissens gebend, konnten sich die Teilnehmer der Referendarstagung insbesondere dem letzteren Punkt aufgrund der Entdeckungen der letzten 48 Stunden anschließen, um dann mit zahlreichen Fragen und interessanten Aspekten des Humanitären Völkerrechts bedacht, die Tagung verlassen und auf eine Fortsetzung hoffen. ■

Law and Operations. Legal Dimensions of Maritime Forces in Operations. Seminar am Taktikzentrum der Marine, Bremerhaven (Deutschland), 6.–10. März 2006

Michael Allmendinger*

Vom 6. bis 10. März 2006 fand zum nunmehr zehnten Mal das Seerechtsseminar am Taktikzentrum der Marine in der Marineoperationsschule Bremerhaven statt. Der Titel „Einsatzrecht der Seestreitkräfte“ versprach auch diesmal wieder interessante Diskussionen rund um das Thema des Streitkräfteeinsatzes und dessen rechtliche Rahmenbedingungen, zumal sich das Auditorium sowohl aus Offizieren, Rechtsberatern und zivilen Juristen zusammensetzte.

Grundlage des Seminars war ein Szenario mit dem Titel *Crisis in the North Zoran Sea*. Im Mittelpunkt dieses Szenarios stand eine rohstoffreiche, politisch instabile Region, deren Anliegerstaaten sich um ein halbumschlossenes Meer gruppierten, wel-

ches wiederum nur durch eine Meerenge mit dem Ozean verbunden war. Erschwerend kam hinzu, dass neben einer militärisch organisierten Befreiungsbewegung, die von einem der Anliegerstaaten unterstützt wurde, auch noch zwei Terrororganisationen in der Region aktiv waren. Nachdem die Situation in der Krisenregion eskaliert war, autorisierte der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen den Einsatz einer multinationalen Streitkraft, um Frieden und Sicherheit in der Region wiederherzustellen. Abgerundet wurde die Einführung in

* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Graf *Vitzthum* an der Tübinger Juristenfakultät (Deutschland).

die Fakten des Szenarios mit einer Darstellung der diversen Bedrohungen in den betreffenden Seegebieten und deren Ausgangspunkte, sowie mit Hinweisen auf die gegebene Aufgabenstellung insbesondere mit Blick auf die maritime Komponente der multinationalen Streitkraft.

Die verschiedenen Phasen der Konfliktbewältigung (Aufmarsch und Einsatz der Streitkraft) spiegelte sich auch in der Organisation des Seminars wider. So stand der Vormittag nach der Einführung ganz im Zeichen des allgemeinen Seerechts. Prof. Dr. *Heintschel von Heinegg* von der Universität Frankfurt/Oder gab in einer mehrstündigen Einführung den Seminarteilnehmern einen Überblick über das Regime der unterschiedlichen Meereszonen: Innere Gewässer, Küstenmeer, Archipelgewässer; Anschlusszone, Ausschließliche Wirtschaftszone, Festlandsockel und Hohe See. Außerdem wurden die Ausgangspunkte jener Zonen, die Basislinien, behandelt sowie das Recht der friedlichen Durchfahrt durch das Küstenmeer, die Besonderheiten der Transitdurchfahrt durch internationale Meerengen sowie das Durchfahrtsrecht auf Archipelschiffahrtswegen, jeweils im Zusammenhang mit militärischen Aspekten. Abgerundet wurde diese allgemeine Einführung durch einen Vortrag von Lieutenant Commander *Glen Hancock* von der US Naval Justice School über exzessive Basislinienziehungen, deren Folgen für die internationale Schifffahrt sowie erfolgte Gegenmaßnahmen der US Navy. Eines der vorgestellten Beispiele war etwa die überzogene Basislinienziehung der Sozialistischen Republik Vietnam. Am Nachmittag wurden die vermittelten Erkenntnisse sodann in Gruppenarbeit auf zehn Einzel-szenarien angewendet. Im Vordergrund standen dabei Fragen des Transits durch internationale Meerengen, des Betretens von Schiffen unter fremder Flagge, der Errichtung von *warning zones* und das Recht auf Selbstverteidigung. Die Präsentation der gefundenen Ergebnisse beendete den zweiten Seminartag.

Nachdem der Aufmarsch der Streitkraft beendet worden war, konnte das Szenario am Mittwoch in die „heiße Phase“ übergehen: Im Mittelpunkt stand der Einsatz der Streitkräfte zur Wiederherstellung von Frieden und Sicherheit in der Region unter dem Mandat einer Sicherheitsratsresolution. Auch in diesem Zusammenhang gab Prof. *Heintschel von Heinegg* zunächst eine Einführung in die Grundlagen des Rechts in bewaffneten Konflikten. Stichpunkte waren

Waffenverbote, der Schutz der Zivilbevölkerung, der Schutz der Verwundeten und Kranken, der Status der Kombattanten, der Kriegsgefangenenstatus, das Perfidieverbot und dessen seekriegsrechtliche Besonderheiten, die Neutralität sowie der Schutz der natürlichen Umwelt. Ebenso wurden die zulässigen militärischen Ziele im (See-) Krieg und die Schwierigkeiten bei ihrer Auswahl dargestellt. Veranschaulicht wurde das Vorgetragene durch diverse, vom US-Navy-Spezialisten vorgestellte Fallstudien, die u. a. aus der Operation *Iraqi Freedom* stammten. Auch am Nachmittag des dritten Tages waren die am Morgen vermittelten theoretischen Grundlagen in Gruppenarbeit auf mehrere Einzelszenarien anzuwenden. Diskutiert wurden in diesem Zusammenhang insbesondere folgende Punkte: Ist die Errichtung von regionalen *Total Exclusion Zones* für die Schifffahrt zulässig? Unter welchen Umständen werden zivile Handelsschiffe, Ölbohrinseln oder Rundfunk-einrichtungen legitime militärische Ziele? Welche Besonderheiten ergeben sich beim Einsatz von Spezialeinheiten? Inwiefern kann eine Resolution des VN-Sicherheitsrats die Neutralitätsrechte eines unbeteiligten Staates modifizieren? Auch diesen Tag beendete die Präsentation der gefundenen Antworten.

Schwerpunkt der Vorträge am Donnerstag waren die praxis relevanten Themenbereiche der *Rules of Engagement* und der *Force Protection*. Eröffnet wurde die Vormittagssitzung mit einem Vortrag von Fregattenkapitän *Thomas Boehlke* von der Führungsakademie der Bundeswehr über Entwicklung, Zweck, Nutzen und Anwendung von *Rules of Engagement* mit ihrer operativen, rechtlichen und politischen Dimension. Dabei wurde anhand praktischer Beispiele veranschaulicht, wie wichtig die Bereitstellung entsprechender Handlungsanweisungen für die Streitkräfte im Einsatz sind und welche fatale Folgen eine Verfehlung in diesem Bereich haben kann. Regierungsdirektor *Uwe Althaus*, Rechtsberater der deutschen Marine im Flottenkommando in Glücksburg, sprach anschließend über eine von manchen totergeglaubte, in vielen Seegebieten aber nach wie vor auftretende Bedrohung der internationalen Schifffahrt: die Seeräuberei. Besonders betont wurde dabei das Dilemma der deutschen Seestreitkräfte aufgrund der einerseits bestehenden Pflicht zur Zusammenarbeit bei der Bekämpfung der Piraterie (Art. 100 Seerechtsübereinkommen) und des andererseits vorhandenen Kompetenzmangels aufgrund der Tren-

nung zwischen den Aufgaben der Streitkräfte und denen der Polizei im Grundgesetz. Danach stand der in Folge eines Terrorangriffs im Hafen von Aden (Jemen) schwer beschädigte amerikanische Zerstörer USS *Cole* im Mittelpunkt. Lieutenant Commander *Glen Hancock* führte unter Heranziehung der konkreten Umstände im Fall der USS *Cole* in die Notwendigkeit von effektiven, der jeweiligen Situation angepassten *Force Protection Measures* ein. Am Nachmittag wurde den einzelnen Arbeitsgruppen die Aufgabe gestellt, für verschiedene Situationen entsprechende *Rules of Engagement* zu entwerfen, was sich, auch wegen der knappen zur Verfügung stehenden Zeit, als ein schwieriges Unterfangen erwies. Gleichwohl zeigte die intensive Diskussion in den einzelnen Arbeitsgruppen die besondere Herausforderung der Vereinbarung operativer, rechtlicher und politischer Gesichtspunkte bei der Erstellung von *Rules of Engagement* für einen konkreten Einsatz.

Kritisch referierte Frau *Jeannine Drohla*, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. *Heintschel von Heinegg*, am Vormittag des letzten Tages über die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Juni 2005 im Fall *Pfaff* und deren Auswirkungen.

Prof. Dr. *Heintschel von Heinegg* kündigte zu Beginn der Veranstaltung an, dass die Teilnahme an diesem Seminar für jeden Teilnehmer viel Arbeit bedeuten würde – eine gelinde Untertreibung. Gerade in den Arbeitsgruppen war jeder einzelne Teilnehmer gefordert, zur Lösung der gestellten Aufgaben beizutragen. Trotz des straffen Programms blieb aber, nicht zuletzt aufgrund der hervorragenden Organisation, genügend Zeit, sich näher kennen zu lernen und Erfahrungen auszutauschen. Eine Bereicherung stellt sicherlich die multinationale Ausrichtung mit Angehörigen der amerikanischen, deutschen, englischen, kanadischen, norwegischen und türkischen Streitkräfte, aber auch die Beteiligung zahlreicher Zivilisten dar. Zudem ermöglichte die ausgewogene Mischung von kommandierenden Offizieren und Rechtskundigen die Sensibilisierung für die jeweils maßgeblichen Aspekte der Entscheidungsfindung in den entsprechenden Bereichen. Insoweit kann festgehalten werden: Die selbstgestellte Aufgabe des Seminars, die Vermittlung der Notwendigkeit eines Miteinander im Bereich von *Law and Operations*, wurde vollumfänglich erreicht – *mission accomplished*. ■

David Rodin, *War and Self-Defense*, Oxford, Clarendon Press, 2002, 213 pages, £ 27.50

William Barlow*

Reading this outstanding and thought-provoking book reminded me of a story told by Field Marshal John Harding about his wartime commander, Field Marshal Alexander whom he greatly admired. It always interested Harding that Alexander seemed never to be ruffled by anything and always to be in control. So, when Alexander came to his office one morning, Harding peeped through the tent flap to see what his celebrated commander would do. On Alexander's desk was an In Tray piled high with the latest reports from the battlefield and the first thing he did was to pick up the entire contents and, without looking even at those marked "Top Priority", put the whole lot in the Out Tray. Then, said Harding, Alexander got on with the war.

There was no suggestion, naturally, in what Alexander did that the contents of his In Tray had no bearing on the war. He was far too well-staffed for that. Nor would I want to infer for one moment that David Rodin's book can be set aside. It is far too important for that. But it is interesting that he describes his intended readership as "discrete." By that he means international lawyers, theorists and philosophers. He does not include soldiers unless, that is, they come under the heading "general readers with an interest in war." That seems unlikely. It could be, perhaps, that he thinks war too serious a business to be left to soldiers. If so, this is a pity, for soldiers, especially, will find what he says of particular interest. For this is indeed a significant book, written by a man with an excellent brain which he uses to great effect to challenge conventional thinking on the subject of war. In some ways it is an unsettling book, all the more so because the author writes with conviction and from a strongly moral point of view like someone with a mission.

Where Rodin's book is immediately engaging is that he knows that in taking on the subject of war in self-defense he is dealing with instinct. People have a feeling about the right to defend themselves which they don't think through because they do not see the need to. It all seems a matter of common sense to them. This also means that it can seem natural to them to regard national defense as a simple extension of the need to defend themselves. Moreover, it can also be made to seem right. It is this which lends support to the doctrine of the Just War, not only as far as the thinking of the layman, that is to say, the ordinary person goes, but

those concerned with international relations and law. It is Rodin's contention that this will not do and he has little difficulty in saying why.

Rodin devotes the first part of his book to a thorough examination of what self-defense may legitimately involve including to the point of taking the aggressor's life. This provides the groundwork for the second part in which the implications of national defense and how it has traditionally been interpreted are considered. By raising the question of what is actually meant by the word nation, whether it is a reality in itself or whether it has a representative significance involving individual people, he draws the conclusion that no moral parallel may be drawn between the individual's right to defend himself and the reasons a nation may choose to go to war seemingly in defense of itself. The equation, he argues convincingly, is inappropriate and far too simple. The way we think about war, says Rodin, is not up to the realities and complexities of international conflict. There is too much political deviousness along with, at other times, a simplistic view which takes no account of history or, indeed, the questionable ways in which peace may be maintained.

The Falklands War, for example, seemed on the surface to be a clear-cut case of aggression and those who fought to recover the islands unquestionably did so with a clear conscience that they were doing the right thing. The Falklanders themselves certainly thought so. Yet, if the historical background is taken into consideration the question can be asked as to what the British were doing there in the first place. The indisputable fact is that in many cases, and looked at in an historical context, what we now see as settled territories with fixed frontiers may have come about because of a previous aggressive war. The Just War doctrine gets around this by saying "the land follows the people." It is the easy way out, it might be said, but it may also involve a pragmatism which takes account of political realities. The enduring appeal of the Just War doctrine has been that it allows for this, too.

Brinkmanship provides another example of the need to think differently about international relations which give rise to the possibility of war. Here, everything depends upon bluff, and the seeming willingness to gamble with people's lives. In the nuclear

context it is the lives of the entire nation which are at stake but this has not been a deterrent to those involved. The distinction between aggressor and victim, moreover, can go by default where brinkmanship leads to provocation. It can even be reversed where the so-called innocent party gives the other party reason to feel threatened.

What is particularly disturbing is the success brinkmanship has enjoyed in claiming the moral high ground, enabling States to behave in ways which remain only marginally on the right side of legal action which, in any case, is ambiguously defined, leaving much scope for questionable behaviour. The point here is that a moral vocabulary designed to meet quite different situations has been hijacked with the most serious consequences preempting any possibility of looking at international relations and rightfully assessing them.

Another area of prime concern is that of war within the nation State or, in the absence of actual war, a situation of repression under a brutal regime. Here, what Rodin calls the national defense paradigm breaks down completely because its application is seen to be that of sovereignty and the rights of the State to look after its own affairs. Since much contemporary conflict takes place within the state this presents a particularly awkward and pressing problem.

Rodin prefers to speak of the Just War tradition rather than doctrine because of the way the former has been appropriated and modified over time. Either way, it is here under attack. This is no small matter because, as the author acknowledges, the Just War tradition owes its staying power to the way in which it has, heroically, tried to deal with the real world whilst not abandoning moral standards. However, says Rodin, in this it has demonstrably failed.

Some have said that in attacking the Just War tradition Rodin is breaking new ground. This is not the case. A short while before his death, I spent some time with

* Following service in the Brigade of Guards, William Barlow trained for the Anglican priesthood but converted to the Eastern Orthodox Church in which he is now a layman. He preached at the Royal Military Academy Sandhurst, Harrow School (United Kingdom) and speak regularly at Eton College where he has also taught. He has broadcast on the subject of the military and society and write military obituaries for the Daily Telegraph (London) and book reviews for the Catholic Herald and the British Army Review. He is a lecturer at the Diplomatic Academy in Vienna (Austria). He represents Keston Institute (Oxford) in Vienna and has spoken at the National Defence academy in Vienna.

one of the greatest contemporary spiritual figures who was also a very senior church hierarch, discussing his war experiences and how he saw the profession of arms. He said he had volunteered for the army because he believed National Socialism had to be fought. On the collapse of France, he joined the Resistance with which he fought to the war's end. He then became involved with the survivors of concentration camps and this convinced him that he was right to fight. Even so, he did not believe in just wars.

This is very much to the point here because Rodin is speaking of a tradition which originated in the Christian West. It is true that the hierarch was saying what conclusion he had personally come to as a result of his war experiences. Nevertheless, it is the case that the Eastern Church never developed a similar doctrine. Its perspective, which it would certainly say is a Christian one, is very different. The daily prayers for Orthodox believers, for example, include one for the "Christ-loving army". This is a leftover, probably, from the Byzantine era. Even so, it is not seen as being redundant and its retention reflects a continuing different point of view. It is worth remembering the way in which the Western Church developed. It acquired early on an institutional character and, due to historical circumstances, it also acquired a secular aspect. This is perhaps what enabled a church doctrine to evolve into a secular tradition to which non-believers can subscribe. Meanwhile, the tendency of non-religious people to be particularly moral has often been observed and is significant.

Morality certainly concerns Rodin and it is to his credit that he does not see the line he takes as leading to pacifism. Again, this is important because it shows that in developing his argument he aspires to a perspective which embraces the real world. An "ism" implies a qualification in which something is always lost. What is lost in either Christian pacifism or Christian realism is the Gospel. And my hierarch friend was particularly emphatic that such qualification diminishes the Gospel. Rodin, in fact, makes a point of not accepting the position of a noted Christian pacifist who, however, he admires. In this he is right because what becomes increasingly clear is that the author is aiming very high and saying that we need a totally new way in which to approach war and its place in international relations and in international law. He will not get it if he deals in isms or qualifications of the truth.

What about armies and the ordinary soldier? It is Rodin's belief that soldiers are answerable and cannot set themselves apart, moral-

ly speaking, from what they are authorised to do by the national government.

Now here, indeed, is a major factor affecting the Just War tradition because it means that no standing army is possible. If you cannot guarantee a career soldier that every operation he will be asked to take part in will be just, he will be faced with the prospect of having to leave the service depending on the situation.

Obviously, this is to assume the soldier accepts the need for war to be just. This does not follow. General Slim, the commander in Burma during the War, was convinced of the rightness of the cause for which his army was fighting. But lower down the chain of command, John Masters, a Gurkha officer, could not reconcile the slaughter he saw with being Christian. He looked elsewhere away from the rights and wrongs of the country's policies and, by what he called "a small exercise in schizophrenia" saw his regiment as setting a moral standard. This clearly would not satisfy Rodin but it is the fact that Masters so-called schizophrenia opened for him a quite different level of experience which was remarkably similar to that of the hierarch with whom I spoke who saw that same experience as definitely Christian and as transcending all morality. However, the hierarch put it differently. He said the war gave him a feeling of solidarity with his fellow men, including the enemy. For neither of them did pacifism suggest itself as in any way related to this profound level of experience nor was there any suggestion of a need to think differently about the conduct of war or the army's place in society.

Towards the end of his very worthwhile book David Rodin's high idealism comes across with an almost evangelical force. It is fascinating to see that he only just holds back from using the word "messianic." This

is the nearest he comes to making any allowance for a religious dimension in the problem he addresses and it is worth noting.

Fifty years ago, Professor Butterfield, in his lectures on Christianity in European History, said he believed there had been a return to the Dark Ages and that we were already on a downward slope. He, too, spoke of a need to think again about international conflict. He recognised the need for guidelines but with no enthusiasm for the idea of a just war. It was all too easy, he said, when you believed your cause to be just, to think you had licence to do anything you wanted to the enemy.

We have travelled much further on the downward slope since Butterfield spoke and many will find it very difficult to think optimistically about the future. It is a fair question whether David Rodin's realism is realistic enough. His hopes for the future ordering of international conflict and what he himself envisages as a "moral transformation in the system of political relations" must surely presume upon some kind of common ground, some kind of stability which Butterfield would have said is being swept away as our Christian civilisation and its standards are overtaken by a moral depravity and spiritual decadence easy to see, not least now in Rodin's own country, Great Britain.

That said, this is a significant book and it is unlikely that Rodin will be deterred by what is happening around him. He will not perhaps mind if a soldier has the last word. "The profession of arms," said General Hackett in his Lee Knowles Lectures at Cambridge University, "is an essential social institution. It will remain with us for as long as man continues to be what he is, too clever and not good enough. This looks like being a long time yet." ■

Philipp A. Zygojannis, Die Staatengemeinschaft und das Kosovo: Humanitäre Intervention und internationale Übergangsverwaltung unter Berücksichtigung einer Verpflichtung des Intervenierten zur Nachsorge, Berlin 2003, 279 Seiten, € 65,80

Alena F. Douhan*

First of all I would like to mention that the book by P. A. Zygojannis is dedicated not exactly to the problem of legality or non-legality of humanitarian intervention but considers the legal basis and forms of international administration of a region after such an intervention, as well as the rights

and duties of actors involved in the peaceful settlement of the conflict.

* Dr. Alena F. Douhan is Senior Lecturer of International Law at the Belarusian State University (Belarus).

The situation under consideration is the one, which existed after NATO countries intervened in Kosovo in 1999. At the same time the possible practical application of the research is much broader since the author raises issues, which are not presently regulated by international law, e.g. what is supposed to happen after the re-establishment of peace, peace-keeping, peace-building etc. operation is over? What are the identity as well as the rights and duties of actors involved in such operations? In most cases peacekeeping operations, even supported by the expressed mandate of the UN Security Council, do not provide for a final and obvious settlement of the problems and tensions existing in the region. This way, the study of the administration of territories after international involvements is opportune and urgent. This study is all the more necessary and important as the Kosovo situation could not be viewed as an estranged matter in the course of international relations. The present world faces many internal conflicts. Furthermore because of the existing deficiencies in international law each act or omission of the UN Security Council, regional organisations, States as well as doctrinal approaches do contribute to the formulation of new rules of international law. The work demonstrates the necessity to take special care when investigating the issues under consideration, inasmuch as they affect the very body of modern international law and its principles. It is evident that an appraisal of the Kosovo conflict and its after-conflict management has far-reaching implications for dealing with future international conflicts.

Chapter 1 could be viewed as a comprehensive introduction to the problem as considered by the author. It contains not only an overview of the historical background of the conflict starting from the 14th century with a special focus on the events which happened after the 60s but is also devoted to legal problems such as the prerequisites of the right to humanitarian intervention, the elaboration of its criteria, the legal nature of both the above prerequisites and criteria, the functioning of the modern collective security system, its problems and deficiencies as well as issues pertaining to international humanitarian law in the course of peace operations. The author clearly manages to demonstrate the complexity of the issues involved in the internal conflicts, as well as to provide a solid legal background for the international involvement in the conflict, especially when it comes to the military intervention.

Chapters 2 and 3 consider issues of internal governance in the aftermath of the conflict.

One notes that in Chapter 2 the author reformulates the problem rather than uses a traditional approach. First, he considers not only the legal basis for introducing an internal governance system after the completion of the mandatory (forceful) action (the necessity of such after-conflict activity could not be doubted). Second, the author also seeks to find out whether there is a duty to establish such post-conflict administrations from the standpoint of the law of State responsibility as enshrined in international customary law, and especially investigated whether the justification criteria to conduct humanitarian intervention were fulfilled.

Chapter 3 is devoted to the most crucial issues of the book. It contains an analysis of the internal administration in the post-conflict society taking Kosovo as an example. The work presents a detailed analysis of factual and legal grounds of the different forms taken by the international involvement in the post-conflict settlement: UNMIK, Contact Group, G8, co-operation within the military technical agreement, activities of the UN Security Council and the UN Secretary General. In particular, the author considers thoroughly UN SC resolution 1244 (1999), as well as other documents concerning the administration of Kosovo before and after the military operation. An attempt is made not only to consider the concrete situation but also to make some conclusions or recommendations for the further development of international law. In this regard the author provides a comparative analysis of the legal regimes encapsulated in the UN Security Council resolution 1244 (1999), as well as in the Rambouillet and Dayton agreements.

Another highly important issue raised by the author is the problem of the validity of the agreements concluded by the government when foreign military troops are present on the territory of the country, especially when the military operation was carried out against the will of this government. This is examined from the standpoint of the principles of international law (in particular of the principle of the non-use of force) and the law of treaties (whether such agreements can be subsequently disputed because they were concluded under the use or threat of force). The significance of this issue cannot be doubted. The author, unfortunately, draws its conclusion from the viewpoint of morality and desirability but does not consider, for example the role of the UN SC in the conclusion of the above agreements.

Great attention is also paid to UNMIK's activities. The author insists that the establishment of this mission provided the world

community with the useful experience for future operations. That's why he overviews UNMIK's key activities (civil administration, settlement of rights, democratisation, reconstruction of legal and judicial structures (media, good governance, elections, rules of law, human rights, economic rebuilding)), as well as the problems faced by mission in the course of the operation, the possibilities of its control from the side of international community and UNMIK's responsibility.

It is necessary, however, to mention that the work is not free from some shortcomings. Despite the demonstrated adherence of the author to the rule of international law, he is often inclined to deviate from it on behalf of morality, e.g. as concerns the right/duty of humanitarian intervention, the obligation of the intervening power to keep its presence in the country after the end of military operation in order to settle the problem, the validity of the agreements concluded by the government under pressure of foreign troops present on the territory. The author considers many important problems pertaining to the modern world order and international law, such as the problem of the misdeeds and shortcomings of the UN system of collective security and the possibility of its reformation. Moreover, he criticizes the existing situation but unfortunately takes the easiest and the most popular approach to settle the problems inasmuch as he prefers to view international law as a regulator and, hence, proposes only few rational amendments. It should also be noted that the work contains no deep analysis of the doctrinal approaches to the problems involved (especially in Chapter 1) as well as no intensive study of the practice of the International Court of Justice despite its involvement in the issue. Some conclusions are simply cited from the works of other scholars and present only one of the possible approaches to the problems under discussion without any special consideration or motivation. Certain facts, e.g. the position of some permanent members of the UN SC (China, the Russian Federation) could have been ignored without any explanations if the author would have drawn the appropriate conclusions.

Despite the abovementioned shortcomings the book must be highly rated. The evident purpose of the author was to demonstrate the urgency and the complexity of the problem as well as to extract and specify the problems raised in conjunction with the existence of the internal conflicts and their settlement. The author also pinpoints the unsatisfactory legal regulation of such operations. Hence, it was obviously possible for the author to make an in-depth ex-

ploration of all considered international legal regulations. As a result, the work can be viewed as a necessary critique of the current international legal order.

This book may be of interest for people who intend to collect factual materials concerning the background, aggravation and development of the Kosovo conflict, the problems the world community faces presently, and the existing gaps in international law., which have been clearly

demonstrated in the course of this conflict. The book underlines the deep interconnection between human rights, State interests, regionalism and collective security issues. The views of the author should naturally not to be viewed as the last word in the science of international law. As mentioned above, the book under consideration can be probably called a book of critique or a book of problems as it specifically demonstrates the necessity for further research in this sphere. ■

Paul T. Zeleza und Philip J. McConaughay (Hrsg.), Human Rights, the Rule of Law and Development in Africa, Philadelphia 2004, 302 Seiten, £ 32.50

Christina Binder*

Schon der Titel „Human Rights, the Rule of Law and Development in Africa“ umreißt das ehrgeizige Unterfangen des von *Paul Zeleza* und *Philip McConaughay* herausgegebenen Werks, Menschenrechte, Rechtsstaatlichkeit und Entwicklung in Afrika zu behandeln. Dieses Bestreben ist insofern zu begrüßen, als die afrikanische Perspektive im herkömmlichen Menschenrechtsdiskurs, der noch immer stark westlich geprägt ist, oft zu kurz kommt. Auch die Vielfalt der Autoren, die aus verschiedenen afrikanischen Staaten ebenso wie aus Europa und den Vereinigten Staaten stammen, unterschiedliche Sparten (*unter anderem aus* Rechtswissenschaften, Soziologie, Afrikastudien) abdecken und aus der Wissenschaft ebenso wie aus der Praxis kommen, verspricht eine vielseitige und komponentenreiche Auseinandersetzung mit der Thematik.

Das Buch untergliedert sich in drei thematische Bereiche. Diesen vorangestellt ist eine Einführung von Herausgeber *Paul Zeleza* „The Struggle for Human Rights in Africa“, die den Gesamtrahmen des Werkes absteckt und kurz in die einzelnen Teile einleitet (S. 18). So wird im ersten Teil („Universalism and Relativism in Human Rights Discourse“) zunächst der theoretische Hintergrund des afrikanischen Menschenrechtsdiskurses anhand der ewig relevanten Frage „Universalität oder kulturelle Relativität von Menschenrechten?“ erörtert. Hierauf wird in Teil zwei, „The Economic and Political Dimensions of Human Rights“, die Rolle von Staaten beim Schutz ebenso wie bei der Verletzung von Menschenrechten in Afrika beleuchtet. Schließlich wird in Teil drei die Rolle von NGOs bei der Realisierung von Menschenrechten behandelt („NGOs and Struggles for Human Rights“). Auf die Beiträge der verschiedenen Autoren, die den jeweiligen

Themenbereichen entsprechend zugeordnet sind, soll in der Folge kurz eingegangen werden.

Der erste Beitrag des ersten Teils „Restraining Universalism: Africanist Perspectives on Cultural Relativism in the Human Rights Discourse“ von *Bonny Ibhawoh* befürwortet eine gegenseitige Befruchtung westlicher und afrikanischer Menschenrechtstraditionen („the African cultural fingerprint“ (S. 35). Nach Meinung *Ibhawohs* soll ein breiterer Menschenrechtsansatz, der die unterschiedlichen Konzepte und Erfahrungen der verschiedenen Kulturkreise integriert, helfen, einen Kultur übergreifenden Kern universell akzeptierter Menschenrechte zu finden. Die Kritik, dass Menschenrechte westliche Standards sind, wäre so überwunden.

Der Artikel „Toward a Theory of Applied Cultural Relativism in Human Rights“ von *N. Barney Pityana* bespricht, wie sich der scheinbare Gegensatz von universellen Menschenrechtsstandards und lokalen Traditionen durch einen verstärkten richterlichen Aktivismus und einen den einzelnen Staaten überlassenen nationalen Bewertungsspielraum („margin of appreciation“) lösen lässt. Hierbei ist jedoch – nach Meinung des Autors – jede Beschränkung universeller Standards einer Prüfung nach objektiven Kriterien (z. B. verfolgt die Diskriminierung ein legitimes Ziel, ist sie verhältnismäßig?) zu unterziehen (S. 51).

Alamin M. Mazrui's Beitrag „Globalization and Some Linguistic Dimensions of Human Rights in Africa“ konstatiert die Dominanz westlicher/imperialistischer Sprachen wie Englisch im afrikanischen Rechts- und Gerichtssystem. Dementsprechend fordert er einen vermehrten Gebrauch auch indigener afrikanischer Sprachen. Diese sollen einen

für alle zugänglichen afrikanischen Rechtsstaat ermöglichen, der eine gleichberechtigte Teilnahme auch jener Afrikaner gewährt, die der jeweiligen westlichen Sprache nicht mächtig sind.

Ada O. Okoye beschreibt in „The Rule of Law and Sociopolitical Dynamics in Africa“ die Bedeutung des Prinzips der Rechtsstaatlichkeit, das sich, beruhend auf den Menschenrechten, in allen Gesellschaften fände. Die Autorin unterstreicht in diesem Zusammenhang, dass Konfliktlöstechniken wie Mediation, die in westlichen Gesellschaften heute „modern“ sind, schon lange in afrikanischen Gemeinschaften praktiziert werden (S. 80).

E. Ike Udogu thematisiert in seinem Artikel „Human Rights and Minorities: A Theoretical Overview“ eher allgemein die Notwendigkeit von Menschenrechtserziehung, und die bedeutsame Rolle von NGOs bei der Durchsetzung von Menschenrechten. Aufgezeigt wird die Problematik am Beispiel der Ogoni in Nigeria.

Der Beitrag „Globalization and Narrowing the Scope of Democracy in Africa“ von *Kidane Mengisteab* untersucht die negativen Auswirkungen von Globalisierung auf Demokratie. Bedingt doch – so der Autor – Globalisierung eine zunehmende Verlagerung von nationalen und regionalen Entscheidungsfindungsprozessen auf die internationale Ebene und führt so gerade im afrikanischen Kontext mit noch instabilen Demokratien zu einer weiteren Desintegration und Erosion afrikanischer Gesellschaften.

Pansy Tlakula argumentiert in „Human Rights and Development“, dem ersten Beitrag des zweiten Teils, für eine bewusstere Entwicklungspolitik (z. B. Schuldenerlass), die dazu diene, insbesondere die wirtschaftlichen und sozialen Rechte afrikanischer Menschen zu realisieren.

Yemi Osinbajo behandelt in „Human Rights, Economic Development and the Corruption Factor“ die desaströsen Auswirkungen von Korruption v.a. auf wirtschaftliche und soziale Grundrechte am Beispiel Nigerias. Abschließend bewertet der Autor hoffnungsfroh die nach dem Ende der Militärdiktatur 1999 einsetzenden Bemühungen der nigerianischen Regierung im Kampf gegen Korruption (z. B. die Verabschiedung eines Antikorruptionsgesetzes) als Schritte in die richtige Richtung (S. 128).

* *Dr. Christina Binder* ist Universitätsassistentin am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung (Abteilung für Völkerrecht) der Universität Wien (Österreich).

Christof Heyns und Frans Viljoen setzen sich in „The Regional Protection of Human Rights in Africa: An Overview and Evaluation“ fundiert mit dem afrikanischen Menschenrechtssystem auseinander. Probleme wie die Zusammensetzung der afrikanischen Menschenrechtskommission, die die afrikanische Diversität weder geographisch noch sprachlich ausreichend reflektiert, bzw. die enge Beziehung einiger Kommissionsmitglieder zu den Regierungen ihres Landes und die schlechte Berichtsmoral afrikanischer Regierungen werden thematisiert (S. 137 f.). Empfohlen wird insbesondere ein stärkerer subregionaler Fokus der afrikanischen Menschenrechtsschutzinstitutionen, der durch unterschiedliche Kammern für Nord-, Zentral-, West- und Südafrika oder auch durch Einbindung subregionaler Organisationen wie die Economic Community of West African States (ECOWAS), die allerdings Menschenrechte in ihre Agenda aufnehmen müssten, realisiert werden könnte.

Luitfried Mbunda beschäftigt sich in „Securing Human Rights Through the Rule of Law in Tanzania“ mit den Auswirkungen der Verankerung von Grundrechten in der tansanianischen Verfassung und dem noch ungenügenden Grundrechtsschutz durch nationale Gerichte und befürwortet die Schaffung einer nationalen Menschenrechtskommission.

Die problematische Menschenrechtssituation in Ägypten im Spannungsfeld zwischen einer repressiven Regierung und islamisch fundamentalistischen Strömungen untersucht Ahmed Thabet in seinem Beitrag „The Human Rights Situation in Egypt“.

Cassandra R. Veney analysiert in „A sustainable U.S. Foreign Policy Toward Africa: Promoting Human Rights, Development, and the Rule of Law“ die Rolle der US-Außenpolitik bei der Realisierung von Menschenrechten in Afrika am Beispiel Somalias, Ruandas und Nigerias. Der differenzierte Beitrag beschreibt dabei nationale Interessen als Hauptmotor der US-amerikanischen Menschenrechtsagenda und unterstreicht die Bedeutung nichtstaatlicher Akteure – NGOs, aber auch in Afrika investierende Unternehmen – für einen effektiven Menschenrechtsschutz.

Der den 3. Teil einleitende Beitrag von Makau Mutua („African Human Rights Organizations: Questions of Context and Legitimacy“) bricht eine Lanze für eine afrikanisch orientierte Menschenrechtsbewegung, die sich vermehrt vom Einfluss und der Finanzierung durch internationale NGOs lösen sollte, um eine eigene und Afrika spezifische Agenda, insbesondere

eine stärkere Betonung wirtschaftlicher und sozialer Rechte neben zivilen und politischen, voranzutreiben.

Claude E. Welch untersucht in „Human Rights and Development in Africa: NGOs“ die Entwicklung der afrikanischen Menschenrechtsbewegung, die vor allem seit Mitte der 1990er Jahre aktiv ist. Er beschreibt Kriterien, die für den Erfolg einer afrikanischen NGO von Bedeutung sind (z. B. eine verstärkte Institutionalisierung und Loslösung von Einzelpersonen); behandelt die Beziehung zwischen internationaler und nationaler Zivilgesellschaft (wie Partnerschaft, Subordination oder Parallelaktionen?) und schließt mit der Bedeutung des Prinzips der Rechtsstaatlichkeit für die Arbeit afrikanischer NGOs.

Ausgehend von der südafrikanischen Situation erstellt der von Vincent Saldhana verfasste Beitrag „NGOs and the Promotion of Human Rights in South Africa“ eine Reihe von Prinzipien, die NGOs berücksichtigen sollten, um erfolgreich zu sein. Diese umfassen so unterschiedliche Bereiche wie eine anzustrebende Unabhängigkeit von politischen Parteien ebenso wie von externen Geldgebern und die Notwendigkeit eigener Forschungstätigkeit und Analyse (S. 214).

Jotham C. Momba beschreibt in „Civil Society and the Struggle for Human Rights and Democracy in Zambia“ die Rolle der Zivilgesellschaft beim Aufbau rechtsstaatlicher Strukturen und bei der Realisierung von Menschenrechten in Sambia. Der Autor zeigt Probleme ziviler Organisationen, wie die Abhängigkeit von externen Geldgebern, die sie gegenüber möglichen Regierungseinflüssen verwundbar machen, auf. Gleichzeitig werden zivilgesellschaftliche Institutionen als essentielle „Watch Dogs“ ihrer Regierungen dargestellt, deren Kritik gerade weil afrikanische Regierungen sich gegenüber der internationalen Gemeinschaft und Geldgebern zum Respekt von Menschenrechten und good govern-

ance Programmen verpflichtet haben, große Bedeutung zukommt.

„The Compromised Brokers: NGOs and Displaced Populations in East Africa“ von Monica K. Juma thematisiert schließlich die Rolle von NGOs in Bezug auf Flüchtlinge und intern Vertriebene am Beispiel Ostafrikas. Die Autorin fordert darin einen umfassenden Ansatz für das Vertriebenensproblem, der staatliche wie nichtstaatliche Akteure einbezieht, die Gründe ebenso wie die Folgen einer Vertreibung analysiert und auf einem menschenrechtlichen Ansatz beruht, der von der Unteilbarkeit der Menschenrechte ausgeht und dementsprechend auch wirtschaftliche und soziale Rechte integriert. Problematisch erscheint der Autorin der traditionell paternalistische Ansatz der Arbeit mit Vertriebenen. In diesem Sinn fordert sie eine Rechenschaftspflicht von Hilfsorganisationen hinsichtlich der geleisteten Unterstützung, was z. B. durch Installation einer Ombudsinstitution erreicht werden könnte (S. 255).

Zusammenfassend geben die in „Human Rights, the Rule of Law and Development in Africa“ gesammelten Beiträge spannende Einblicke in afrikanische Ansätze der Menschenrechtsdebatte. Bedauernd ist allerdings die Tatsache, dass sich einige Beiträge eher abstrakt mit der Menschenrechtsthematik auseinandersetzen und die konkrete Bezugnahme auf den afrikanischen Kontinent etwas dürftig ausfällt. Auch der sehr weit gezogene Rahmen des Werkes, der Menschenrechte, Rechtsstaatlichkeit und Entwicklung umfasst, führt zu einem gewissen Kohärenzdefizit in der Gesamtkonzeption. Dies spiegelt sich auch in der etwas willkürlich anmutenden Auswahl und Zuordnung der behandelten Themen wieder. Die Beiträge zu Minderheiten und zu Globalisierung und Demokratie scheinen etwa im ersten Teil („Universalism and Relativism in the Human Rights Discourse“) etwas deplaziert. Trotz dieser kleinen Kritikpunkte bleibt die Lektüre des Buches jedoch empfehlenswert. ■

Simon Chesterman, You, The People, The United Nations, Transitional Administration, and State Building, Oxford 2004, 296 Seiten, £ 50.00 (Paperback: 2005, 316 Seiten, £ 18.99)

Matthias C. Kettemann*

Die Frage, unter welchen Rahmenbedingungen die Vereinten Nationen mittels internationaler Supervision Staaten vom Krieg zum Frieden begleiten sollen, ist mit Blick auf aktuelle Konfliktherde und Bedrohungsszenarien von vordringlicher Be-

deutung. Die Übernahme von Übergangsverwaltungen (*transitional administrations*)

* Matthias C. Kettemann ist Projektassistent am Institut für Völkerrecht und Internationale Beziehungen der Karl-Franzens-Universität Graz (Österreich).

und der postkonfliktuelle Wiederaufbau staatlicher Strukturen (*State-building*) zählen angesichts der Komplexität der Aufgaben und der Vielzahl der involvierten, regelmäßig gegenläufigen Interessen auf lokaler, regionaler und internationaler Ebene zu den größten Herausforderungen der Vereinten Nationen im neuen Jahrtausend. Selbst in weitgehend konsentierten UN-Missionen (z. B. Osttimor) besteht ein Spannungsverhältnis zwischen Mandat und Mitteln, zwischen den politischen Zielen und den Realitäten im Feld. Indes fehlte bislang eine wissenschaftliche Aufarbeitung der Problemfelder, die sich internationalen Organisationen im Rahmen von Übergangsverwaltungen und *State-building* eröffnen. Diese Lücke füllt nun *Simon Chesterman*, Autor von „Just War or Just Peace?“ (2001), der mit „You, The People, The United Nations, Transitional Administration, and State Building“ eine kenntnisreiche Analyse der Transitionsproblematik vorgelegt hat. Sein Werk, das wissenschaftliche Destillat eines Forschungsprojektes des Institute for International Law and Justice der New York University School of Law, an dem *Chesterman* als Executive Director tätig ist, stellt eine in Tiefe wie Breite überzeugende, gesamthafte Untersuchung dar und wartet mit durchaus originellen Lösungsvorschlägen auf.

In der Einführung identifiziert *Chesterman* drei grundlegende Widersprüche im Zusammenhang mit Übergangsverwaltungen: Die von den Vereinten Nationen für *State-building* eingesetzten Mittel seien „inconsistent with, inadequate for, and ... irrelevant to the ends“ (S. 9). Die Zweck-Mittel-Relation leide an *Unvereinbarkeit*, weil fraglich sei, ob eine Periode gutwilliger Autokratie („benevolent autocracy“) in der Lage sei, Voraussetzungen für legitime nationale Regierungen zu etablieren. Hier sieht der Autor eine Dichotomie zwischen liberaldemokratischen Zielen und einer autokratischen Methodik. Beispiele wie Kosovo und Bosnien zeigen nach *Chesterman*, dass der Mittelbedarf von UN-Übergangsmissionen darüber hinaus *unzureichend* gedeckt sei. Die *Irrelevanz* der Mittel zur Erreichung der Ziele sieht *Chesterman* in Situationen gegeben, in denen internationale Standards vor Ort effektiveren Handlungsmaßstäben vorgezogen werden.

In den ersten beiden Kapiteln wird der geschichtliche und rechtliche Rahmen entwickelt, in dem sich Übergangsverwaltung und *State-building*-Missionen bewegen. Kapitel 1 (Colonies and Occupied Territories: Transitional Administrations Through the Twentieth Century) bietet eine geraffte Geschichte der Verwaltung von Territorien durch andere Staaten und inter-

nationale Organisationen. *Chesterman* bricht mit der Ansicht, dass Übergangsverwaltung ein Phänomen des späten 20. Jahrhunderts darstellt und verweist auf die lehrreiche Untersuchung der Verwaltungsstrukturen der ehemaligen Kolonialmächte. Zwei mit der Entkolonialisierung in Zusammenhang stehende Aspekte hebt der Autor hervor: Einerseits sei der Weg zur Eigenverwaltung der ehemaligen Kolonien (zu deren eigenem Nachteil) ohne eine internationale institutionelle Koordinierung verlaufen. Andererseits würden sich vor der Negativfolie des Mandatsystems jene Fremdverwaltungsstrukturen abheben, die lokale Akteure befähigen, sich partizipativ in die politische Entwicklung des verwalteten Territoriums einzubringen. *Chesterman* stellt abschließend die provokant wirkende Formel auf, dass Übergangsverwaltungen davon profitieren könnten, „more, not less, colonial“ zu sein (S. 47). Zu vermerken ist, dass – unter Betrachtung der Vorwürfe von Paternalismus und Neokolonialismus, die wiederholt gegenüber UN-Übergangsverwaltungen ventiliert wurden – derartige Forderungen wohl nicht unwidersprochen bleiben werden.

Die Rechtsgrundlage für Übergangsverwaltungen thematisiert Kapitel zwei (Power and Change: The Evolution of United Nations Complex Peace Operations), in dessen Rahmen der Autor die der Theorie voreilende Praxis des Sicherheitsrates analysiert und eine Unterteilung der Missionen nach ihrer politischen Begründung vornimmt. *Chesterman* sieht fünf Kategorien: Zu Übergangsverwaltungen als *letztem Schritt der Kolonialisierung* zählen Namibia (UNTAG; 1989–1990) und Osttimor (UNTAET; 1999–2002). Als zweite Kategorie werden Verwaltungen zur Vorbereitung einer friedlichen *Gebietsübergabe* an bestehende Regierungen identifiziert. In diese Kategorie fallen Übergangsverwaltungen in Papua-Neuguinea (UNTEA; 1962–1963), der Westsahara (MINURSO, 1991–) und Ostslawonien (UNTAES; 1996–1998). Als Beispiel der dritten Kategorie (Verwaltungen während *Wahlen*) wird Kambodscha (UNTAC, 1992–1993) angeführt. Zur vierten Kategorie (Administrationen während *Friedensprozessen*), die sich durch ihre unsichere Finalität von den vorangegangenen unterscheidet, können die Missionen der Vereinten Nationen in Bosnien und Herzegowina (UNMIBH; 1995–) sowie im Kosovo (UNMIK, 1999–) gezählt werden. Schließlich identifiziert *Chesterman* als fünfte Kategorie jene der *de facto* Verwaltung in Fällen des *Wegfalls der effektiven Staatsgewalt* („state failure“). Kongo (ONUC; 1960–1964), Somalia (UNOSOM I und II; 1993–1995) und Sierra Leone (UNOMSIL, UNAMSIL;

1999–) werden als Beispiele für diese Gruppe genannt. Während die Systematisierung angesichts der Vermengung der politischen Gründe im Einzelnen hinterfragt werden könnte – so sah das Mandat von MINURSO etwa vor, *Wahlen* zu organisieren (Kategorie 3) und die Fortführung eines *Friedensprozesses* mit unsicherer Finalität zu besorgen (Kategorie 4) –, ist un- zweifelhaft, dass die vorgenommene Systematisierung einen guten Überblick über die Vielfalt (und die Geschichte) der Übergangsverwaltungs- und *State-building*-Aktivitäten der Vereinten Nationen gibt. Kurz geht *Chesterman* noch auf die Missionen UNAMA (Afghanistan) und UNAMI (Irak) ein, die er außerhalb der fünf Kategorien sieht.

In den Kapiteln drei bis sieben behandelt *Chesterman* jene fünf politischen und praktischen Herausforderungen, mit denen sich UN-Missionen während Transitionsprozessen konfrontiert sehen: Gewaltanwendung zur Friedenssicherung (Kapitel 3), Demokratisierung durch die Vereinten Nationen (Kapitel 4), Sicherung von Rechtsstaatlichkeit (Kapitel 5), wirtschaftlicher Wiederaufbau (Kapitel 6) sowie die Abhaltung von Wahlen und die Umsetzung von Exit-Strategien (Kapitel 7).

Kapitel drei (Peace and Security: The Use of Force to Maintain Law and Order) betont eingangs die zentrale Bedeutung von Sicherheit für die Umsetzung der politischen Ziele der Übergangsverwaltung. Kritisch führt *Chesterman* Argumente dafür an, dass die UN – gerade angesichts unklarer Mandate – für militärische Operationen ungeeignet sei; militärische Missionen wie im Kongo (1960–1963), in Somalia (1993) und in Bosnien und Herzegowina (1994–1995) seien Traumata für die Organisation gewesen. Andererseits würden sich militärische Einheiten, die den UN-Missionen von Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellt wurden, gegenüber polizeilichen Funktionen zurückhaltend zeigen. *Chesterman* betont jedoch die besondere Bedeutung von Sicherheit in *State-building*-Prozessen. Das Bestehen von „law and order“ entscheide über die Glaubwürdigkeit jeder Übergangsverwaltung.

Kapitel vier (Consultation and Accountability: Building Democracy Through Benevolent Autocracy) thematisiert die Rolle von Übergangsverwaltungen nach einer ersten Befriedung und behandelt die Frage, wie ein Territorium unter UN-Mandat regiert werden sollte. Angesichts der Tatsache, dass Übergangsverwaltungen großteils durch militärische Macht eingesetzt würden, sei die Konstruktion einer Zustimmung der Bevölkerung ex ante wenig ziel-

führend. Vielmehr liege gerade in der langfristigen Erarbeitung von Unterstützung in der Bevölkerung die sinnvollste Exit-Strategie. Für die oftmals anzutreffende Machtfülle der UN-Administration findet *Chesterman* den Begriff einer gutwilligen Autokratie („benevolent autocracy“), deren Charakteristika er anhand der Mission in Osttimor (UNTAET) zeigt. Kritisch merkt der Autor an, dass autokratische Entscheidungsstrukturen die Reifung und Emanzipation der lokalen politischen Akteure negativ beeinflussen können. Zutreffend weist er auf die Inkohärenz hin, UN-Organwaltern faktische Immunität dergestalt zu gewähren, dass Menschenrechtsstandards gegenüber Übergangsverwaltungen nicht releviert werden können. Den Einfluss von Ombudspersonen in Osttimor und Kosovo schätzt *Chesterman* als eher gering ein.

In Kapitel fünf (Justice and Reconciliation: The Rule of Law in Post-Conflict Territories) referiert der Autor, wie der Aufbau des Vertrauens in lokale Institutionen, in erster Linie jene der Justizverwaltung, gefördert werden könnte. Dazu gehört die Rechtsüberleitung – oder, soweit erforderlich, eine Neukodifikation – sicherzustellen und den Konflikt zwischen hohen internationalen Standards und der Einbeziehung lokaler Juristen bei der Ernennung von Richtern aufzulösen. Anhand der Rule of Law-Bemühungen in Osttimor und Afghanistan erhellt *Chesterman* die Problematik von Prozessen der Übergangsjustiz („transitional justice“), der Verfolgung von politischen Verbrechen und von Menschenrechtsverletzungen. Angesichts des Vorgehens der Vereinten Nationen im Kosovo, Osttimor und Afghanistan zieht *Chesterman* drei Schlüsse: Erstens müsse der Aufbau einer funktionierenden und vertrauens-erweckenden Justizverwaltung zu den Prioritäten in Postkonfliktsituationen zählen; zweitens sei denkbar, dass direkt nach Konfliktende Vollzugsfunktionen durch das Militär erfüllt werden müssten; schließlich sei es nicht in allen Fällen sinnvoll, gerichtliche Prozesse zu internationalisieren.

Die Bedeutung der Sicherstellung von Grundversorgung und die Funktion der Übergangsverwaltung als Initiator des wirtschaftlichen Wiederaufbaus wird in Kapitel sechs (Relief and Reconstruction: The Politics of Humanitarian and Development Assistance) hervorgehoben. Neben den Vereinten Nationen sollten nach *Chesterman* gerade im Bereich der humanitären Hilfe und der mittelfristigen Entwicklungshilfe weitere Akteure unterstützend tätig werden. Gleichzeitig stellten ausländische Investitionen und Entwicklungshilfe, die primär von der Politik der Geber abhängig ist, Herausforderungen für die politische

Stabilität und das wirtschaftliche Potenzial des verwalteten Territoriums dar. Kritisch vermerkt *Chesterman*, dass traditionelle Geberinstitutionen in der Regel keinen sinnvollen Dialog mit der Zivilgesellschaft zu führen im Stande sind. Die hinsichtlich humanitärer Hilfe und Entwicklungshilfe in Postkonfliktsituationen formulierten Verhaltenskodizes und Richtlinien der Vereinten Nationen, der Weltbank, der OECD und verschiedener Nichtregierungsorganisationen wiesen ebenso in die richtige Richtung wie verstärkte regionale und internationale Kooperation. Die Vereinten Nationen hätten sich nach *Chesterman* jedenfalls im Zentrum der Geberkreise zu positionieren.

Ziel jeder Übergangsverwaltung und jeder State-building-Mission ist die abschließende Übergabe der staatlichen Funktionen an durch Wahlen legitimierte, zukunfts-fähige Lokalbehörden. Trotz der positiven Wirkung der Demokratie erwähnt Kapitel sieben (Elections and Exit Strategies: No Exit Without a Strategy, or No Strategy Without an Exit) politische Instabilität als mit Wahlen verbundene Gefahr. *Chesterman* weist auf Forschungsergebnisse hin, die zeigen, dass autokratische Regime, die sich in demokratischen Transformationsprozessen befinden, besonders konfliktge-neigt sind. Kritisch wird angemerkt, dass technischen Aspekten der Wahl zu viel Aufmerksamkeit zugebilligt wird. Dagegen sei nachhaltige Demokratisierung nur möglich, wenn UN-Vertreter mit lokalen Verantwortungsträgern im Rahmen eines „deep engagement“ vor und nach der Wahl im Dialog stünden. Wichtig sei auch zu beachten, dass nicht Demokratie *per se* das vorrangige Ziel sei, sondern in einem ersten Schritt Friede, Sicherheit und wirtschaftliche Stabilität angestrebt werden solle.

Kapitel acht („You, the People“: The Future of State-Building) stellt abschließend die Sinnfrage: Sollen die Vereinten Nationen und andere internationale Akteure staatsbildend tätig werden? Die eingangs erwähnte Trias der Bedenken in Bezug auf die Relation von Mitteln und Zweck in Übergangsverwaltungen und State-building-Missionen (unvereinbar, unzureichend, irrelevant) wird im Lichte der sich wandelnden Rolle der Vereinten Nationen und ihres Verhältnisses zu den USA betrachtet. *Chesterman* hebt hervor, dass die aufgrund ihrer geopolitischen Bedeutung und finanziellen wie militärischen Leistungskraft hervorgehobene Rolle der USA auch die Einbeziehungen amerikanischer Vorstellungen von State-building bedingt. Hier sieht der Autor ein grundsätzliches Problem: die Vereinten Nationen sähen Übergangsverwaltungen nicht aus dem mi-

litärischen Blickwinkel, während die USA ausschließlich eine militärische Perspektive einnehmen. Das Vorgehen der USA als Übergangsverwalter in ihrem „de facto empire“ (S. 255) werde eine der Determinanten des 21. Jahrhunderts sein. *Chesterman* schließt seine Überlegungen mit der Feststellung ab, dass Übergangsverwaltungen durch UN-Missionen auch in Zukunft anspruchsvolle Ausnahmefälle darstellen würden. Weiterhin würden sie *ad hoc* und in einem Klima der politischen und institutionellen Unsicherheit durchgeführt werden. Nicht vernachlässigt werden dürfe bei der Konzeption und Realisierung dieser Missionen, dass das Mandat immer ein temporäres sei und dass die Bevölkerung schlussendlich wieder seine souveränen Rechte wahrnehmen und die Macht zurückfordern werde.

Mit „You, The People, The United Nations, Transitional Administration, and State Building“ hat *Simon Chesterman* eine mit großem Gewinn zu lesende Analyse vorgelegt und damit einen wichtigen Beitrag zur Debatte über das ebenso aktuelle wie umstrittene Thema Übergangsverwaltungen und State-building geleistet. Das wissenschaftliche Rendement von *Chestermans* Werk ist hochstehend; seine Schlussfolgerungen sind durch extensive Felduntersuchungen und Interviews mit Praktikern abgesichert. Dass seine Ausführungen wesentlich aus praktischen Erfahrungen schöpfen, lässt sich auch daran ersehen, dass seine Arbeit nicht theorielastig ist. Dies ist im Hinblick auf die konkrete Anwendbarkeit seines Werkes sinnvoll, jedoch wäre eine etwas ausführlichere Darstellung des völkerrechtlichen Hintergrundes von State-building bereichernd gewesen. Zutreffend hat *Chesterman* erkannt, dass angesichts der Vielfalt von Postkonfliktsituationen mit ihren genuin eigenen Problemfeldern das Aufstellen von allgemein gültigen Erfahrungssätzen nur bedingt möglich ist. Ein starres Ablaufmodell kann fehlerhaft sein; bestimmte Generalisierungen sind aber, wie *Chesterman* zeigt, durchaus möglich.

Formaliter lässt sich anmerken, dass die teils alliterativen Überschriften der Kapitel („Relief and Reconstruction“, „Election and Exit Strategies“) bemüht wirken; die syntaktisch parallel gestalteten Schlagwörter wären ohne die klärenden Beisätze von enden wollendem Informationswert. Rein bildlogisch ist auch die Frage zu stellen, welche Verbindung die Abbildung einer antikommunistischen Demonstration im Prag des Jahres 1989 auf dem Schutzeinband des Buches mit der behandelten Thematik aufweist. Vor den wichtigen Ausführungen in *Chestermans* Werk treten diese wenigen

Kritikpunkte freilich vollends in den Hintergrund.

Mit dem vorliegenden Werk aspiriert *Chesterman* zwar nicht auf eine universelle Klärung sämtlicher im Rahmen von Übergangsverwaltungen und State-building-Missionen entstehender Probleme, er trägt aber wesentlich zu deren Verringerung bei. Noch immer schwanken Übergangsverwal-

tungen zwischen rapidem Verantwortungstransfer und einer Perpetuierung der Situation, zwischen Sicherheit und Gewalt, zwischen Demokratie und Autokratie. Die Disparität zwischen Realität und Anspruch als Grundproblem von Übergangsverwaltung trifft auch *Vartan Gregorian*, der in seinem Vorwort zu *Chestermans* Werk betont: „Auch eine gutwillige Autokratie bleibt eine Autokratie.“ ■

Mohammad Taghi Karoubi, Just or Unjust War? International Law and Unilateral Use of Armed Force by States at the Turn of the 20th Century, Burlington, Ashgate Publishing Company, 2004, 282 pages, £ 60,00

William D. Casebeer*

Mohammad Karoubi's book is an interesting examination of what international law has to say about several instances of armed intervention, especially that of the US and the UK against Iraq (in multiple cases) and of NATO against Serbia in Kosovo. As such, the book is not so much a critique of how States *in general* have used military force as it is a critical examination of how the US and its allies have exercised unilateral military power. While Karoubi's book is useful – it serves as a helpful corrective to analyses of Western action that have come out of the Western tradition itself – it is also disappointing. There are three reasons why: (1) the book is primarily about the legality of these interventions from the perspective of international jurisprudence but then uses moral tools such as traditional just war theory as a normative yardstick, which means it gives short shrift to discussions of the straightforwardly ethical concerns; (2) the book drifts into discussion of pacifism, though that conversation is largely irrelevant to the primary thesis of the book; and finally (3) the book's criticisms especially of NATO action in the Federal Republic of Yugoslavia are too quick. I will discuss these in turn.

Karoubi's book is about both the morality and legality of the interventions he discusses. The link between the two realms is not obvious; on the one hand, he examines traditional just war theory in some detail. On the other, Karoubi spends time discussing the UN charter and certain rulings of the International Court of Justice. There is a fundamental tension between these two approaches: just war theory (modulo some concerns about the notion of legitimate authority) obviously licenses intervention in many cases where international law would not. The UN charter especially is

concerned to enshrine State sovereignty as a governing supreme principle, whereas just war theory – while nodding respectfully in the direction of sovereignty – is nonetheless far more permissive than international law in sanctioning certain types of military intervention. Karoubi's book would have been more useful had he chosen one focus or another rather than bringing both these modes of analysis to bear. The result, especially on the just war theory aspect, is that some of his claims are more tendentious than need be (despite an impressive and useful bibliography). For instance, while a traditional interpretation of “just cause” might be restricted *purely* to self-defense, a more liberal – and standard, I think – reading of the just cause requirement includes things like the protection of the innocent, the punishment of wrongdoing, and the retaking of property unjustly stolen. Focusing only on just war theory may also have allowed Karoubi time to examine whether or not just war doctrine is actually coherent or needs to be reworked in light of the *de facto* sieve-like effect globalisation has had on State sovereignty.

The second chapter of the book justifiably points out that *jus ad bellum* has attempted to steer between the Scylla of universal pacifism and the Charybdis of unenlightened realism, both of which are problematic for regulating international relations. Ideally, this could have been said in a few paragraphs, and Karoubi could have spent more time shoring up the more interesting contentions he makes in other parts of the book. In addition, it would have been very interesting to learn what the Islamic faith tradition makes of pacifism (Karoubi spends some time noting that pacifism pre-dates Christianity, and also exhaustively examines Christian pacifism, but then does

not discuss Islam as it bears on the praiseworthy use of military force). Ultimately, the book could more usefully have started on page 151, truncating the first four chapters into a few summary pages; as it happens, the title of chapter five is just the title of the book. The previous chapters play little role in the substantive claims made in the second half of the work.

Finally, tendentious claims made in the last few chapters of the book deserve more elaboration. For instance, to claim that “Operation Desert Fox” in 1998 failed to meet the tenets of just war theory is to assume that (1) it was the type of intervention susceptible to just war analysis, (2) that it was a separate conflict rather than a continuation of the 1991 Gulf War (which Karoubi says did meet the standards of just war theory), and (3) that it in fact failed to meet the criteria (for instance, Karoubi alleges that Desert Fox's post-Butler Report bombardment of Weapons of Mass Destruction sites in Iraq fails “right intention,” as we deliberately deprived the Iraqi nation of peace and stability [...]). This test of “right intention” seems too strong, as *any* war would not meet it). Karoubi does not discuss the first two possibilities, and is too quick in his analysis of the third. Similarly for the Kosovo intervention, where Karoubi leverages the narrow “self-defense” notion of just cause (which I agree is canonical, but is surely not the only example of a justifiable cause for the application of force): since NATO itself was not being threatened, self-defense could not be invoked, and hence the intervention was not justified (setting aside discussion about whether, normatively speaking, the actor promulgating the violence must be the actor who is threatened). I do not think these allegations are technically true, but even if they were, the more interesting debate by my lights would be found in what this says about the technicalities, rather than what it says about NATO's actions in Kosovo.

It is refreshing to read a book mostly about the West's use of force written by a non-Westerner. Karoubi's book is interesting and useful, especially in its historical review. I wish, however, he had made different choices with regards to the book's structure so as to give him more time and space to support his more controversial claims, several of which seem especially

* *Dr. William D. Casebeer* is Major in the United States Air Forces and is a Project Fellow at the Carr Center for Human Rights Policy, Harvard University (USA) and a student in the National Security Affairs Department of the Naval Postgraduate School (USA).

problematic. Just war theory and international law may both need to be retooled so as to cope with “facts on the ground” about the changing nature of the use of force be-

tween sovereign entities, but Karoubi’s book does not provide useful guidance for whether this should occur or how it could if it were needed. ■

Ted A. van Baarda, Alfred H.M. van Iersel and Desiree E.M. Verweij (eds.), *Praktijkboek Militaire Ethiek. Ethische vraagstukken, morele vorming, dilemma-training*, Budel, Uitgeverij Damon, 2004, 596 pages, € 18,90

Stella Beernink*

The first copy of the Dutch “*Practice book Military Ethics, ethical problems, moral education and dilemma training*” was presented to the Dutch minister of Defence at the end of last year. It is a sequel to the book “*Military Ethics, moral dilemmas of the military in theory and practice*”, which within the Dutch military has become known as the Foundation book.

Both books are meant for those responsible for the education at Dutch military training centres. Consequently its target group are military cadets and young officers. Nevertheless the so-called Practice book is likewise useful for commanders who are preparing for their mission. Together the books form the basis for the education and training of the members of the Dutch army in dealing with moral problems. Moreover the books serve as a lead to those who, during or after a mission, would like to reflect upon the events they have experienced.

Whereas the first book, published in 2002, concentrates on theory and some practical examples, the latter book focuses on the ethical questions, moral education and training relating to (moral) dilemmas in the field. The first book, therefore, has provided a fundamental and scientific oriented vision upon which the Practice book can build. The two books therefore have to be studied together.

The practice book contains a number of international examples – cases – of moral dilemmas ranging from the My Lai incident in the Vietnam war to today’s problems in Iraq. The goal is not to find the right answers to each and every event but to increase the competence of the military to recognise and understand the ethical dilemmas in order to come to morally responsible decisions.

The topic of military ethics has gained ground within the Dutch military because

of the changed task of the military in recent years. The end of the Cold War has meant that the military have been used for numerous tasks: different kinds of peace missions, with difficult mandates to fulfil, humanitarian dilemmas and the occasional hostile environment. The consequence is that the average soldier is morally, more than ever before, put to the test.

Ethics nevertheless is a branch of philosophy which thinks about the moral act of human beings. It presupposes a concrete moral community; yet, at the same time, it functions as a critical reflection. Ethics poses the question: “What is justice?”, “How should one act?” and “What is right?” All these questions are important for any military to function properly. One only has to think about the rules and obligations laid down in international humanitarian law.

Besides the changed circumstances in the field, another issue has led to an increased interest in military ethics: The revival of the debate on shared values and norms within the Dutch society at large. In practice this means that the military is obligated to fulfil a role within a moral and legal context which is acceptable to Dutch society. Naturally this is likewise valid for other societies since the support for the army from society is an important *raison d’être* for the military.

In today’s society where there is no longer conscription and where not all have the defence of Queen and country as their main objective, it is vital that the armed forces which are sent on a mission are motivated to protect human rights.

Nevertheless one must understand that military ethics is not the same as ethics in general. What is ethical in a society in peace may not be so in regions of conflict where the military may find themselves. Norms and values in peacetime are different from those in times of crisis.

The book contains a large number of chapters, twenty in total. The first three chapters are introductions. In chapter one the justification and control of military violence in society plays a central role. It discusses the dilemmas in the public debate. The important topic of “public opinion” or “public debate” which might be a better term is mentioned. Its influence upon the political decision is made clear through a number of examples, one of which being the “myth of Mogadishu (Somalia)”.

The myth is that the mission was cancelled because of the death of 18 American soldiers. In fact it was not the sheer number of casualties, which could not be called high, but the reason *why* they were killed. Their deaths, or more generally those of members of the military, should be justified by a clear and worthy purpose which the public felt was absent in this instance. In fact, studies show that public opinion is not as inconsistent and soft-hearted as one might think.

The cases mentioned in the chapter, including the conflict in the former Yugoslavia and Iraq, suggest how the “translation” of public opinion into political decisions is a complicated and paradoxical process. In subsequent chapters the cases are discussed at length. The subsequent chapter makes its target group think about its choice in becoming a member of the military and all the (moral) choices this entails.

Before introducing the issue of ethics one must explain why people may not be morally engaged. For example an individual may believe that he/she (e.g. a terrorist) is justified to act in a certain fashion. Examples why a person may not feel responsible for its actions are denial as well as the dehumanisation of the enemy. In certain military training facilities the drill-sergeant may humiliate its cadets to foster aggression against the enemy. This will “help” the recruits to view the enemy as an animal. But whether this creates soldiers with the capacity of forming morally acceptable decisions is quite another matter.

The book therefore helps a commander training his men to act morally just. One must keep in mind that there is a relation between on the one hand emotions and on

* Stella Beernink has studied European Legal Studies at the University of Kent at Canterbury (United Kingdom) and received her LL.M. in International Law from King’s College London (United Kingdom). After working as a trainee at the Netherlands Institute of International Relations Clingendael, she currently works for the NGO IKV (The Netherlands).

the other hand the sensibility to observe and judge a moral dilemma. The negative emotions which are fostered by war propaganda and the dehumanisation of the enemy for example do not promote moral sensibility.

The Second World War brought to the attention the issue of command responsibility. The commander is both responsible for his own actions and for the actions of his men, if he allows or tolerates a war crime or if he fails to mention, document and report it after the fact. A number of cases are mentioned in order for the (future) commander to ponder about.

In every conflict the issue of proportionality of violence comes up. It is a topic which features both in military ethics and humanitarian law. Within military ethics a commander should take care of his men and the civilian population. Human dignity stands at its base. In the laws on war the warring parties have to do their utmost to prevent the disproportional amount of civilian casualties, which explains the distinction between a combatant and a non-combatant and between a military objective and a civilian object. The Practice book discusses the topic from both these standpoints with examples taken from Afghanistan and Iraq.

The next four chapters examine the different parts which form the army, like the navy, the ground troops, the air force and the military police. Each of these may face their own specific dilemmas. For example the Dutch Royal Navy often participates in out-of-area missions, i.e. outside the NATO area. In addition to peace missions the navy has a role in the Caribbean in the war against drugs. As life on board of a ship is difficult due to limited space, discipline, ethical norms and values are of utmost importance. This chapter uses examples from Pearl Harbour to the Falklands War to show the different roles attributed to a commander.

Further, there are within the army several distinct services and functions such as psychologists, doctors or advisory personnel. The next five chapters focus on the moral dilemmas they are facing. Nevertheless, officers can also make good use of these chapters as background information.

Psychological support before, during and after a mission is nowadays a much valued and increasingly practised field of attention. Stress, tiredness and trauma can have a major influence on the performance of the military. The My Lai incident demonstrates how, among other matters, a lack of support

and psychological attention can have serious consequences.

During the heat of a battle the treatment of soldiers by doctors and/or medics may differ from what is normal during peacetime. This naturally raises ethical dilemmas which may be difficult to judge, but which may have serious consequences for the soldiers involved. A number of cases illustrate this point. The conclusion is that a member of the army faces a number of choices which are not easy to make. What is crucial is that the military health care has its own special tasks and means of work.

The next two chapters concern the fundamental problem of moral judgement. Moral education is aimed at the development of a strong sense of responsibility. Those people who have a strong developed moral are capable of forming choices which they will keep even in times of hardship. For the military this means that they have to possess wisdom, moderation, justice, and courage. The chapters contain a useful

model for officers and military cadets to think about this issue.

After a number of practical dilemmas for which the book provides no right or wrong answers, the book concludes with a discussion of the ethical policy of the Dutch police as well as a number of attachments on, for example, humanitarian law, responsibility, and ethical approaches.

Nevertheless, the book does not forget those who will have to teach and educate the members of the army inasmuch as it offers teaching tools. A much favoured means of education is the Socrates model: a form of insight or understanding whose basis lies within oneself. Thus, according to this method, conversation and not so much what is contained in texts and documents is the most privileged means of education. This, in turn, shows that moral sensibility is something with which you are born. Combined together with the training offered in the form of numerous illustrations, the book undoubtedly provides a valuable education method to the Dutch military. ■

**Dennis Dijkzeul and Caroline Lynch,
Supporting Local Health Care in a Chronic Crisis:
Management and Financing Approaches in Eastern
Democratic Republic of the Congo, National Research
Council of the National Academies, Roundtable on the
Demography of Forced Migration, Committee on
Population, Division of Behavioral and Social Sciences
and Education and Program on Forced Migration and
Health at the Joseph L. Mailman School of Public
Health at Columbia University, Washington, DC,
The National Academies Press, 2005, xii + 91 pages,
€ 22,50**

Benno M. Ure*

The methods and standards of NGOs working in humanitarian crises are mostly derived from their own experiences. Gradual improvement of humanitarian operations of such organisations is achieved by a 'trial and error' approach. The lack of scientific data on the effects of different modes of providing health care in war zones and the lack of general recommendations provided the impetus for the present study. The authors focused on an exciting and highly relevant humanitarian topic, which has rarely been investigated: the role local cost recovery and cost sharing in primary health care in war zones.

Current strategies for financing of local health care in humanitarian programmes vary considerably and may include international and local funding. The authors point out that on the one hand the concept of "free health care" completely funded by international humanitarian organisations may result in a lack of sustainability. On the other hand, "cost-sharing concepts" with local

* Benno M. Ure is the former Head of Cap Anamur/German Emergency Doctors. He is currently Professor and Chairman of the Department of Paediatric Surgery at the Hanover Medical School in Hanover (Germany).

fees for health care may lead to a decrease in utilization of facilities and may be a major barrier to overcoming health inequities. As a result, the right to health for the poorest of the poor, the so-called indigent, may rarely be realized, which hampers bringing down morbidity and mortality. In practice, concepts of cost recovery and sharing have been widely discussed and criticized. However, they have not yet been systematically investigated. Therefore, the present study aims to elucidate the interaction of price, quality, access and sustainability in health care in the most deadly war zone of recent years: the eastern Democratic Republic of the Congo (DRC).

The authors use an excellent methodological approach. Four NGOs – the International Rescue Committee, Merlin, Malteser and ASRAMES – with considerable differences in financing indigent treatment and supervision of health care activities in the eastern DRC were analysed in detail. The authors collected qualitative and quantitative data from 2001 to 2005 and based their results on internal documents of NGOs, participant observation, field visits, and numerous semi-structured interviews. Differences in NGO-concepts of improving humanitarian health care, such as “intense supervision” versus “hands-off contract approach” were identified, and all organisations relied to some extent on the provision of free drugs and supplies, and cost-sharing.

The meticulous comparison of the financing approaches of the organisations revealed intriguing results. Cost sharing created revenues for health care personnel and centres, but may have interfered with access of the population to health care. At the same time, intensive external support by the NGOs was associated with higher utilisation of health facilities. These and other results of the study lead to valuable recommendations, for example to omit user-fees for health care during epidemics or large population displacements.

The authors performed valuable estimations on the potential revenues from non-indigent use of health facilities and reimbursements for indigent utilisation. Depending on the estimated number of consultations per year, operational costs from total revenues totalled several million US dollars. This may have a potential relevant impact on the local health care system. Cost-recovery rates were calculated above 30 percent – i.e. above the standards set by the World Bank – in health facilities without a defined indigent system.

The drawbacks of the study, problems in obtaining high-quality quantitative material

and the lack of reliable recent population data, do not interfere with these conclusions. However, correlations between the introduction of fees and utilisation rates of health care remained somewhat difficult to establish due to other factors, such as increased transmission of infective diseases during rainy seasons, or movements of internally displaced persons.

The role and impact of NGOs in humanitarian crises remains to be established in numerous aspects. Methodologists play a cen-

tral role in this process. The authors showed that a cooperative interdisciplinary approach between methodologists covering the fields of public health and epidemiology of humanitarian crises on the one hand, and management of NGOs on the other, can produce extremely valuable data. The competence and scientific background of the authors yielded information and practical recommendations, which will further help humanitarian organisations to improve mortality rates and sustain health care in war zones. ■

**David Wippman and Matthew Evangelista (eds.),
New Wars, New Laws? Applying the Laws of War in
21st Century Conflicts, Ardsley, New York,
Transnational Publishers, 2005, v and 303 pages,
\$ 115,00**

Sadi Cayci*

People often forget that, just like in domestic law, even grave breaches of the norms of international law do not prove the absence of that body of the law as such, but are merely flagging violations, and consequently, triggering enforcement and sanctions mechanisms, to the extent feasible. It appears that, attacks by al Qaeda to the targets in the U.S. on September 11, 2001 (hereinafter, “9/11”), and in response, the so-called “U.S. global war on terror” and following belligerent occupation of Iraq, the continuing U.S. threats directed against Syria and Iran, and several other ongoing non-international armed conflicts further blurred the mindsets of the common public, as to the validity of the concept of the rule of law as a whole. Even professional lawyers are faced with difficult legal questions, notably on the correct implementation and interpretation of the law of armed conflict (LOAC) – as I prefer to call it –.

The use of armed force always has two distinct legal aspects: the law **on** war (“*jus ad bellum*”; legitimacy of the use of the armed force), and the law **in** war (“*jus in bello*”; LOAC). Notwithstanding the justification of the use of armed force, the means and methods of warfare (“law of war”) and the protection of war victims (“humanitarian law”) are two basic topics of the LOAC. LOAC, as a compact concept, can be considered as an *ad hoc*, special law, regulating *de facto* situations, covering most urgent humanitarian measures to be applied in times of armed conflict, to include also cases of belligerent occupation.

In this overall context, to provide the reader with a comprehensive legal and factual analysis on current – relevant issues supported by detailed background information, several case studies and concrete examples, this book, “New Wars, New Laws?” has been published very timely. The volume originated in a conference held in June 2003, co-sponsored by the Clark Center and the Berger Program for International and Comparative Legal Studies at Cornell Law School and the Cornell Peace Studies Program (p.v). The book is divided into three main parts: Problems, conduct of military operations, and belligerent occupation (p. 25). Trying to answer to the questions like, “should the laws of war be revised?”, “does law of war apply to the war on terror?”, basic areas of current legal interest are thoroughly examined.

In 10 Chapters, the book provides an in depth analysis on issues such as whether there is a need for new law (by David Wippman); the functions of law enforcement and use of armed force (William Lietzau); the relevance of human rights law to the war on terror (by Anthony Dworkin); the legal status of captured persons (by Michael Newton), the role and function of criminal justice and military commissions during armed campaign against terrorism

* Associate Prof. Dr. Sadi Cayci (Colonel, Military Judge, Ret.) is international legal advisor at the Centre for Eurasian Strategic Studies in Ankara (Turkey).

(by Dominic McAlea); targeting issues (by Kenneth Watkin and Marco Sassòli); the principle of proportionality and the issue of collateral damage in armed conflicts (by Yoram Dinstein) and practical aspects of the law of occupation (two case studies; Israel covered by Kathleen Cavanaugh, and Iraq by Philip James Walker).

The questions as what to do (law enforcement and military aspects), and how to do (legal aspects) against terrorist acts have always been a complicated legal subject matter. Just to give an example, forgetting about the different nature of the two concepts, the international community, for decades, argued against the application of the LOAC to terrorism, under the wrong influence of the dichotomy of terrorism and armed conflict, and wrongly assuming that they are incompatible: A person can either be a fighter or a terrorist. It can either be an armed conflict or terrorism.

According to President George W. Bush, the “war against terrorism ushers a new paradigm, one in which groups with broad, international reach commit horrific acts against innocent civilians, sometimes with the direct support of states.” (p. 9, note 17). And in Sir Adam Robert’s opinion, “many governments are doubtful about, or opposed to, applying the full range of rules applicable in international armed conflict to operations against rebels and terrorists” (p. 10, note 20).

In my opinion, what is probably being missed or confused by several governments here is the difference between some basic LOAC concepts, such as the legal qualification of a certain strategic situation (i.e., peace, war, occupation, neutrality); the applicable law in that given strategic situation (LOAC, human rights law, domestic law); the legal status of parties to a given armed conflict (in international strategic context, nuance between “*levée en masse*”, organised resistance, and liberation conflict, and in a non-international strategic context, insurgency and terrorism), the legal status of persons involved (nuance between a combatant, a fighter-rebel, and a terrorist), and finally, the legal qualification of the illegal acts committed (namely, war crimes, terror crimes, political crimes and common crimes as such).

To give an example, one must keep in mind that, under the LOAC, i.e. “guerrilla” – when used to express a legal status of an individual taking direct part in an international armed conflict, “rebel” and “terrorist” do not share a similar legal standing: contrary to a guerrilla – if he qualifies to be treated as a combatant –,

a fighter (rebel) or terrorist, both are subject to domestic criminal laws, with no privilege. Again, in contrast to a terrorist, a fighter (rebel), is a person who, in performance of military operations, respects the LOAC, and this may result in a limited criminal privilege in international law context.

I agree in the overall conclusion that, currently there is not an urgent need for revising the laws of war in effect (p. 13). This is subject to acknowledgement of the fact that, to make correct assessments and determinations on legal issues relevant to law enforcement, use of armed force, prosecution of crimes, and human rights law, lawyers must have expertise in the LOAC, and they must act on a pragmatic approach in responding developing situations.

I have difficulty, on the other hand, understanding the hesitation by the ICRC in recognising a terrorist organisation as a party to an armed conflict, on the grounds that it does not have a certain level of organisation, command structure, and, the ability to implement international humanitarian law (ICRC opinion, on p. 17). In the context of countering terrorism, when dealing with the applicability of the LOAC, the first legal question relates to the qualification of a given strategic situation, not to the qualification of an armed group as such. If the overall objective, scope, intensity, duration, planning and implementing of certain acts of violence are sufficient to speak of existence of a state of non-international armed conflict, notwithstanding one party to the conflict being a terrorist organisation, in my opinion, LOAC must be applied. Any armed struggle which is below the threshold of the so called “non war criteria” (Article 1 (2), 1977 Additional Protocol II to the 1949 Geneva Conventions) surely will require police type operation, and will remain out of the scope of a non-international armed conflict.

Terrorism, as such, is inherently a challenge to the existing rules of law which will incur military (operation) and criminal (prosecution) responses from the government side. Legal qualification of a certain strategic situation should not be confused with the next legal question: the legal status of a party to the conflict in that given armed conflict situation. In the context of a non-international armed conflict, where one of the parties is a terrorist organisation, there should be no doubt that the terrorist organisation is a party to the conflict, its military capability being legitimate target. This is inherent in the nature of any armed conflict, just like the use of armed force is inherent in the right of selfdefence. A ter-

rorist organisation has no concern as to the legality of using any kind of violence. Why should, hence, the targeted State be prevented from responding within the limits of the LOAC to an ongoing violent campaign?

On the complementary function of criminal justice in countering terrorist threat, international co-operation in the prosecution of crimes is a key element. Terrorism, however, has two important aspects: strategic objective (“cause”) and the means and methods employed. What constitutes terrorism has actually nothing to do with the strategic objective they may pursue, and some States may actually have sympathy with the cause. The distinctive criteria in determining the existence of terrorism, however, is not the cause, but the unlawful strategy and the means and methods terrorists follow. It is the negative responses of several States which have sympathy with the causes of certain “armed groups” to the requests by the “targeted” (victim) States – if I may – for judicial assistance, that adversely affects the proper implementation of the basic international law principle of universal jurisdiction, namely, the principle of “extradite or prosecute” (p. 20).

Terrorism has no limits as to the targeting, timing, means and methods, area of operation, and almost any other aspect. Governments, on the other hand, are bound by the rule of law. A noteworthy observation in the book relates the tendency by the military itself to act outside the law on the assumption that they are eliminating a terrorist threat (p. 21). Nevertheless, experience proves it otherwise. Law actually means discipline and order and is not intended to prevent fulfilling of missions and responsibilities.

On the applicability of the LOAC to war on terror operations, the assessments made by Anthony Dworkin deserve special attention. I would, however, expect an evaluation on the legality of the CIA’s participation in combat type operations, in armed conflict situations, which is also dealt by Kenneth Watkin (pp. 56, 137, 169–178). Also, to recognise a strategic situation as a non-international armed conflict but to exclude the war on terror from its scope, and to conclude for example that, international law does not grant any authority to use force, nor to detain a captured terrorist, to me, does not seem very much convincing (pp. 54–55, 59, 62, 69).

Another current point of interest relates to the legal statuses of individuals taking part in terrorist campaigns. What to do with captured “alleged” terrorists? What are

their legal status? First of all, how to call them: Enemy fighter? Unlawful combatant? Enemy combatant? What is the relevance of the human rights law in the treatment of these terror “detainees”? Is it legitimate to discriminate between foreigners and citizens in this respect? The book elaborates also on these issues, focusing more on the recent practices of the U.S. Government. According to William K. Lietzau, the World is not the same after 9/11: “The severity of the 9/11 attacks rose beyond mere criminal conduct, amounting instead to an act of war” (p. 36). One major problem relates to the treatment of captured “alleged” terrorists (p. 31). A new paradigm is taking shape: It is a war against terrorism but it is an equally important objective of that war to bring wrongdoers to justice (p. 33). Here again, I think one must distinguish administrative – security measures (assigned residence, internment) from criminal proceeding measures (prosecution, detention), which are – in my opinion – independent of each other (pp. 22–25, 42–47, 70–73).

It must be borne in mind that the terms used in an international (“*levée en masse*”, resistance movement, liberation conflict), in a non-international (insurgency and terrorism), strategic context, and in an individual context (combatant, fighter, civilian taking direct or active part in hostilities, and terrorists) all are terms of art, reflecting separate individual legal status in the context of the proper application of the LOAC. Michael Newton’s chapter on unlawful belligerency should be read keeping these nuances in mind (pp. 75–110).

The function of the criminal justice and the complementary nature of the military justice relevant to the war on terror is realistically reviewed by Dominic McAlea (pp. 111–134).

One of most critical legal questions in the war on terror relates to targeting. It is dealt by Kenneth Watkin in an impressive fashion (pp. 137–169). And according to Marco Sassòli, “if a military action is not even militarily necessary, it is therefore always prohibited because with regard to it,

no compromise between military necessity and humanity is needed [...]” (p. 184). Other interesting analyses relate to targeting government ministries (pp. 193–194), dual use objects (pp. 196–197), and political leadership (pp. 202–203).

Somewhat always abstract, the difficult legal concept of the principle of proportionality, its implementation and legal issues concerning collateral damages have been professionally elaborated by Yoram Dinstein. I should note one point though; I missed a conclusionary statement at the end (pp. 211–224).

Explanations on the proper implementation of the law of occupation by K. A. Cavanaugh (pp. 227–258 on Israel) and Philip James Walker (pp. 259–288 on Iraq) are full of facts and lessons – hopefully – learned. I especially liked the implicit conclusion on the potential positive contribution of a thorough application of relevant laws on belligerent occupation, to the success of the future peace process. ■

ROUTLEDGE POLITICS

www.routledge.com/politics

Visit our combined Journals and Books website today.
Regularly updated features include:

- Complete Journals and Books listing by subject
- Recently Published and Forthcoming Titles
- Special Offers
- Bi-monthly Highlights
- Latest Textbooks listing by subject
- 30 Series listings e.g. *Global Institutions*
- Latest Politics Catalogues and Leaflets Downloads
- Companion Websites.

www.routledge.com/politics

The screenshot shows the homepage of the Routledge Politics and International Relations website. The header includes the Routledge logo and the site title. A navigation menu is on the left. The main content area features a 'Welcome' message, a 'James Rosenau Special Offer' banner for a 2-volume introductory offer, and sections for 'Recently Published' and 'Forthcoming Titles'. A 'updates' logo is also visible.

 **Routledge**
Taylor & Francis Group

For credit card orders: call +44 (0)1264 343071
or email book.orders@routledge.co.uk
For more information, or for a free catalogue please call +44 020 7017 6054
or email info.politics@routledge.com

Visit our regularly updated website www.routledge.com/politics



Suppressing Terrorist Financing

The Evolution and Implementation of International Standards

J. Koh, Ministry of Foreign Affairs and Trade, Seoul, Korea

The book analyses the development of international standards for countering terrorist financing from the perspective of international criminal law. It is likely to find its value for readers not only as a monograph on the financing of terrorism but also as a reference book on the operational and theoretical development of anti-money laundering strategy following 9/11. In particular, the works of main actors in this area such as the UN Security Council, Financial Action Task Force, IMF, World Bank, and APG are dealt with in depth.

► Monograph on the financing of terrorism as well as a reference book on the operational and theoretical development of anti-money laundering strategy following 9/11

2006. Approx. 250 p. Softcover
ISBN 3-540-32518-2 ► *€ 85,55 | sFr 135,50