

Der Krieg: ein menschenrechtlicher Ausnahmestand?¹

Daniel-Erasmus Khan

1 Der „ewige Frieden“: (wohl) doch nur ein Traum

Kein Zweifel: Der Krieg ist „seinem Wesen nach ein Übel“ – so lautet die prägnante Formulierung im Urteil des Nürnberger Kriegsverbrechertribunals von 1946 (Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg 1947:207) – und der humanste Krieg ist damit ganz sicher derjenige, der nicht geführt wird. Der Zustand „eines allgemeinen und ewigen Weltfriedens“ ist denn auch einer der großen Sehnsuchtsorte der Menschheit² und – letztlich untrennbar damit verbunden – die Verhinderung, oder doch zumindest Begrenzung des Eintritts des zivilisatorischen Ausnahmestandes „Krieg“, ein universelles Leitmotiv der Geistesgeschichte.³

Im völkerrechtlichen Diskurs des europäischen Kulturkreises, der sich ab dem späten Mittelalter auch in dieser zentralen Frage allmählich aus scholastischen Fesseln zu befreien vermochte, wurde diese Diskussion bekanntermaßen jahrhundertlang unter dem Topos Einhegung des *ius ad bellum*, also

¹ Der Vortragsstil ist weitgehend beibehalten und das Manuskript im Wesentlichen nur durch einen Fußnotenapparat ergänzt worden.

² So bezeichnet etwa Augustinus den Frieden nicht nur als höchstes irdisches Gut („Denn solch großes Gut ist der Friede, dass man auch im Bereich der irdischen und vergänglichen Dinge [...] nichts Besseres finden kann“ Augustinus 1995 [413-427], XIX: 11), sondern sieht im Streben nach diesem Idealzustand menschlichen Zusammenlebens sogar eine Art allgemeines Naturgesetz (ibid.: 12).

³ Ganz un widersprochen geblieben ist dieser intellektuelle Mainstream indes nicht: So rechtfertigt Friedrich Hegel die Notwendigkeit des Krieges in aus heutiger Sicht durchaus verstörender Weise damit, dass ebenso wie „die Bewegung der Winde die Seen vor der Fäulnis bewahrt, in welche sie eine dauernde Stille, wie die Völker ein dauernder oder gar ein ewiger Frieden, versetzen würde“ (Hegel 1979 [1802/03]: 481). Heinrich Treitschke konstatierte für die nachnapoleonische Zeit, „so erwachte jetzt wieder der unmännliche Traum vom ewigen Frieden, dies sicherste Kennzeichen politisch ermatteter und gedankenarmer Epochen [...]“ (Treitschke 1897: 601) und in jüngster Zeit ist gar aus anthropologischer Sicht (allerdings nicht un widersprochen) argumentiert worden, dass in frühen Jäger- und Sammlerkulturen Individuen bei der Kriegführung zum Vorteil der Gruppe zusammenarbeiteten – dies ein besonderes Maß an Kooperation und Altruismus voraussetzte – mit dem Ergebnis, dass Gruppen mit mehr selbstlosen Mitgliedern überlebten, während andere, friedlichere Gruppen vernichtet wurden (vgl. Bowles 2009: 1293).

des Rechts zum Kriege, geführt. Als unmittelbare Reaktion auf den Super-GAU zivilisatorischen Versagens während und im Schatten des Zweiten Weltkrieges, und als vorläufiger Schlusspunkt einer überraschend kurzen normativen Entwicklung,⁴ enthält das völkerrechtliche Grundgesetz unserer Tage, die Charta der Vereinten Nationen von 1945, ganz zu Beginn – und damit an sehr prominenter Stelle – ein nicht wirklich bescheidenes Versprechen, nämlich „zukünftige Geschlechter vor der Geißel des Krieges zu bewahren“ (VN 1945: Präambel, Abs. 1; abgedruckt in Simma/Fastenrath 2010:1). Diese radikale Ächtung der Gewalt als Mittel der Konfliktlösung in den internationalen Beziehungen gilt in der Tat als ein grundlegender Paradigmenwechsel im modernen Völkerrecht: Vom *ius ad bellum*, also einem normativen Rahmen für ein, wenn auch zunehmend eingeschränktes *Recht zum* Kriegführen, hin zu einem grundsätzlichen *Verbot des* Kriegführens, also einem *ius contra bellum*.

Aber wie so oft, Anspruch und Wirklichkeit klaffen auch in dieser im wahrsten Sinne des Wortes existentiellen Frage weit auseinander: Spätestens seit der prähistorische Interessenskonflikt zwischen Kain und Abel in tödlicher Gewalt endete (vgl. Gen. 4,8), ist die Konfliktaustragung mit Waffen eine Konstante der Menschheitsgeschichte. Und sie ist dies bis heute geblieben⁵ – auch in ihrer Form als kollektiv geplante Gewalt zwischen Gruppen, *vulgo* als Krieg also – trotz aller Friedensappelle und trotz aller normativen Verbote.⁶

In diesen Frühlingstagen des Jahres 2014 werden wir in besonderer Weise daran gemahnt, wie rasch und mit was für dramatischen Folgen ein verfehltes Krisenmanagement zu einer Eigendynamik führen kann, an deren Ende der Krieg steht – und dies auch nicht nur in einer betroffen-festlichen Retrospektive auf das blutige Ende des „langen 19. Jahrhunderts“.⁷ Denn wir werden in diesen Tagen eben auch daran gemahnt, wie trügerisch die Sicherheit ist, in der wir uns heute in der Hoffnung auf einen „ewigen Frieden“ in Europa wähnen: Es sei nur daran erinnert, dass auch Russland seit 1998 Vertragspartei der Europäischen Menschenrechtskonvention ist und auch dieser Staat damit in normativ verbindlicher Weise ein Bekenntnis abgelegt hat zu „[seinem] tiefen

⁴ Ein sehr partielles Kriegsverbot (zur Eintreibung von Vertragsschulden) findet sich erstmals überhaupt 1907 in der sog. „Drago-Porter Convention“ (vgl. Benedek 1907: 237; Tams 2007: 119), gefolgt vom Vertrag über die Ächtung des Krieges von 1928 (vgl. Lesaffer 2012: 579), bis hin schließlich 1945 zum umfassenden Gewaltverbot der UN-Charta.

⁵ Vgl. Luard 1987: 421ff. mit einer umfangreichen Übersicht militärischer Konflikte von 1400-1986 sowie (für den Zeitraum von 1480-1941) bereits das Pionierwerk von Wright 1965. Eine aktuelle Statistik für das Jahr 2012 notiert 34 Kriege und bewaffnete Konflikte (vgl. Schreiber 2012).

⁶ Zentrale Bedeutung kommt insoweit dem in Artikel 2 Ziffer 4 der UN-Charta verankerten Gewaltverbot zu, eine Verbotsnorm, die vom Internationalen Gerichtshof sogar als zwingendes Recht (*ius cogens*) qualifiziert worden ist (IGH 1970: §§ 33f.)

⁷ Begriffsprägung durch den englischen Historiker Eric Hobsbawm (1917-2012) in seiner dreibändige Geschichte des 19. Jahrhunderts: *Europäische Revolutionen* (1962), *Blütezeit* (1977), *Das imperiale Zeitalter* (1989).

Glauben [an die Menschenrechte], welche die Grundlage von Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bilden und die am besten durch eine wahrhaft demokratische politische Ordnung [...] gesichert werden“ (BGBl. 1952 II, 686; abgedruckt in Simma/Fastenrath 2010: 483). In der Tat, das scheinbar so solide Fundament einer menschenrechtsgeprägten Friedensordnung ist und bleibt brüchig – und wir sollten nicht der Versuchung erliegen, für selbstverständlich zu nehmen, was eben alles andere als selbstverständlich ist – auch hier und heute in Europa.

Wie die Magna Charta des Menschenrechtsschutzes in Europa exemplarisch zeigt, enthält die Völkerrechtsordnung der Gegenwart mit ihrem materiell aufgeladenen Friedensbegriff aber noch ein weiteres und – um es sehr vorsichtig auszudrücken – bisher ebenfalls nur unvollständig eingelöstes Versprechen: „Kein Frieden ohne Menschenrechte“ – könnte man plakativ sagen.⁸ Aber gilt auch die umgekehrte Gleichung – also „Keine Menschenrechte ohne Frieden“? Mit anderen Worten, steht der Mensch etwa in „friedlosen“ Zeiten, in Zeiten also, in denen sein Leib, Leben und Eigentum besonderen Gefährdungen ausgesetzt ist, nicht (oder jedenfalls nur eingeschränkt) unter dem Schutz der völkerrechtlich garantierten Menschenrechte? Der Krieg als ein menschenrechtlicher Ausnahmezustand also? Dies ist in der Tat eine, nicht nur in der Völkerrechtswissenschaft in zahlreichen Detailfragen kontrovers und vieldiskutierte, sondern auch für die Völkerrechtspraxis hochaktuelle Frage, der ich im Folgenden skizzenhaft nachgehen möchte.

2 *Inter arma caritas*: der Gewalt (auch im Krieg) Grenzen setzen

Die Antwort des Völkerrechts auf die omnipräsente Realität des Krieges war bis in die jüngere Vergangenheit hinein beschämend zurückhaltend:

Rückblende: Im Jahr 52 vor Christus herrschten in Rom bürgerkriegsähnliche Zustände. In seiner Verteidigungsrede für den unter Mordanklage stehenden Prätor Titus Annius Milo zog Cicero alle Register juristischer Rhetorik: Eines seiner zentralen Argumente „pro Milo“ lautete: „*Silent enim leges inter arma*“ (Cicero 1895 [52 v. Chr.]: IV.11). Denn unter den Waffen schweigen die Gesetze. Diese Maxime sollte das Verhältnis zwischen Recht und Krieg für fast zwei Jahrtausende prägen: „Es ist ein abgedroschenes Sprichwort, dass unter den Waffen die Gesetze schweigen; aber es ist auch ein sehr

⁸ Dieser „positive“ Friedensbegriff umreißt die Gesamtheit einer wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Infrastruktur (Verdross/Simma 1984: 82), mittels derer all diejenigen Gründe eliminiert worden sind, die potentiell zu kriegerischen Auseinandersetzungen und sonstigen Formen von Gewaltanwendung führen können (vgl. m.w.Nachw. Kotzur 2001: 258ff.).

wahres“, so formulierte es Thomas Hobbes fast 1700 Jahre später (Hobbes 1918 [1642]: V, 2);⁹ und er zeichnete damit ein nicht nur für seine, die Unzeit des Dreißigjährigen Krieges realistisches, sondern noch bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts hinein gültiges Bild. In der Tat, noch vor gerade einmal 150 Jahren befand sich der Krieg in einem vom *positiven Völkerrecht* praktisch unregulierten (Natur-)Zustand, an dessen unbarmherziger Realität auch die Ideale von Humanismus und Aufklärung nahezu spurlos vorübergegangen waren.¹⁰

Der Krieg ist [...] kein Verhältnis eines Menschen zum andern, sondern das Verhältnis eines Staates zum andern, bei dem die einzelnen nur zufällig Feinde sind [...]. Da der Zweck des Krieges die Vernichtung des feindlichen Staates ist, so hat man das Recht, die Verteidiger desselben zu töten, solange sie die Waffen in der Hand haben; sobald sie sie jedoch niederlegen und sich ergeben, so werden sie, weil sie aufhören Feinde oder Werkzeuge des Feindes zu sein, wieder nur Menschen, und man hat kein Recht mehr auf ihr Leben. (Rousseau 1762: Buch 1 Kapitel IV)

In der Tat hatte Jean- Jacques Rousseau damit bereits Mitte des 18. Jahrhunderts ein zentrales Element des modernen Kriegsrechts formuliert: Die Unterscheidung zwischen kämpfenden Soldaten (Kombattanten) einerseits und Opfern des Krieges andererseits. Praktische Konsequenzen jedoch zog Rousseau aus dieser Erkenntnis nicht, noch fühlte er sich hierfür – ebenso wenig wie seine Zeitgenossen – verantwortlich.

Indes, die Formulierung *positives Völkerrecht* ist mit Bedacht gewählt, denn Religion, Ethik, Moral und später auch das Naturrecht haben schon immer und überall versucht, dem Krieg Grenzen zu setzen – und schon immer geschah dies wohl in erster Linie mit einem mit-leidigen Blick auf die primären Opfer kriegerischer Gewalt: menschliche Individuen. Die Zeugnisse dieser „humanitären Sorge“ reichen vom hinduistischen Mahabharata-Epos aus dem 5. vorchristlichen Jahrhundert (vgl. Kumar Sinha 2005: 285) bis zu den Instruktionen des 1. Kalifen Abu Bakr an seine Heerführer (vgl. Bennoune 1994: 626ff.) und vom Bushido, der Lebensphilosophie der Samurai im alten Japan (vgl. Nitobe 2003 [1899]), bis hin zum Kirchenvater Augustinus.¹¹ Die Versuche, der Brutalität des Krieges Schranken zu setzen, sind damit natürlich

⁹ Ähnlich auch Grotius 1950 [1625]: Prolegomena § 26, wobei dieser allerdings – anders als Hobbes – im Kriege zumindest dem Naturrecht Geltung zuerkennt: „[...] es schweigen daher unter den Waffen die Gesetze [...] aber nicht jene ewigen und für alle Zeiten geltenden Gesetze.“

¹⁰ Bereits Emer de Vattel hatte grundlegende Gedanken für eine Humanisierung der Kriegführung entwickelt, die allerdings zu seiner Zeit kaum über den Elfenbeinturm der Wissenschaft hinauszuwirken vermochten (vgl. de Vattel 1758: §§138ff.; Good 2011).

¹¹ In *De Civitate Dei* findet sich bereits im 1. Buch ein klares Plädoyer für die Schonung von Frauen und Kindern im Krieg (vgl. Augustinus 1995 [413–427]).

weder eine „Erfindung“ des 19. Jahrhunderts noch eine solche der sogenannten westlichen Zivilisation.

Die Tötung und Verstümmelung von Menschen und die Vernichtung ihrer Lebensgrundlagen als praktisch zwingende Folge kriegerischer Gewalt ist also rechtfertigungsbedürftig – darüber scheint in der Tat ein breiter zivilisations-, epochen-, aber auch disziplinübergreifender Konsens zu bestehen. Und gleiches gilt wohl „erst Recht“ für die erschreckend häufigen, ja regelmäßigen „Kollateralschäden“ des Krieges: Verletzungen menschlicher Würde und Integrität durch Folter, Vergewaltigung und andere Formen erniedrigender und unmenschlicher Behandlung – seien die Opfer unmittelbar am Kriegsgeschehen beteiligt, oder auch nicht. Grenzenloser Gewalt und Willkür ausgesetzt werden darf der Mensch auch in der zivilisatorischen Ausnahmesituation des Krieges nicht! Nur, wo diese Grenzen liegen, und wie deren Einhaltung auch normativ (ab-)gesichert werden kann, das ist – jedenfalls für den Juristen – die entscheidende Frage. Eine Frage, die uns zunächst nach Genf führt.

„Solange die menschlichen Leidenschaften dauern, und das wird wohl noch lange der Fall sein, wird es Kriege auf dieser Erde geben.“ Mit diesen Worten eröffnete dort im Oktober 1863, also vor fast genau 150 Jahren, General Guillaume-Henri Dufour eine Konferenz, auf der Staatenwelt und Geisteswelt gleichermaßen von einem völlig neuen Ansatz zur Humanisierung der Kriegführung überzeugt werden sollte: Nicht länger vergeblich „dem Trugbild der Unterdrückung“ des Krieges nachjagen wollte man, sondern vielmehr „um der Menschheit wahrhaft zu nützen, darauf bedacht sein, die Furchtbarkeit [seiner] Folgen [Herv. v. Verf.] möglichst zu mindern.“¹² Und zwar *nur* dies. War dies nicht ein Verrat am Friedensideal, das – wenn auch leider vergeblich – seit Jahrhunderten in immer neuen Projekten beschworen worden war? Oder war die Genfer Initiative vielleicht doch der pragmatische und längst überfällige Abschied von einer Utopie, einer Utopie, die nicht zuletzt auch als Blockade für die Etablierung eines Rechtsregimes für mehr Menschlichkeit im Krieg gewirkt hatte?

In der Tat: Der ideelle Kern und der Schlüssel zum Erfolg des damals von einer kleinen Gruppe calvinistischer Bürger, darunter Henry Dunant, initiierten und von der Rotkreuzbewegung bis heute entscheidend mitgeprägten Humanitären Völkerrechts bestand genau darin: Hinnahme (nicht Billigung!) der Realität des Krieges und konsequente Abkoppelung der Frage der Legitimität der Kriegführung an sich, also des *ius ad bellum*, von einem Rechtsregime *in bello*, welches „im Dienste der Menschlichkeit“ allen Opfern des Krieges gleichermaßen, allein eben wegen ihrer individuellen Eigenschaft als Kriegsoffer, zugutekommen sollte.

Die Erfüllung der Forderung nach einer Humanisierung der Kriegführung mit den Mitteln des Rechts aber hatte natürlich ihren Preis: Nur unter der Vo-

¹² Zur Genfer Konferenz 1863 vgl. Khan 2013: 29.

raussetzung, dass der Krieg auch weiterhin als ein grundsätzlich legitimes Mittel zur Erreichung politischer Ziele hingenommen wurde, waren die Staaten in den 1860er Jahren bereit, erstmals überhaupt verbindliche Regeln über die Beschränkung der Methoden, Mittel und Objekte der Kriegführung zu akzeptieren. Und sie taten dies aus einem ganzen Motivbündel heraus (vgl. Lovrić-Pernak 2013), wobei die Sicherstellung der fortdauernden Kriegsbereitschaft einer zunehmend selbstbewussten Bürgergesellschaft eine ganz zentrale Rolle spielte: „Ein Krieger, der seinem Vaterland dient, oder es vertheidigt, hat er nicht Anspruch auf die Sorge seines Vaterlandes?“ (Dunant 1863: 115) Diese wohl eher rhetorisch gemeinte Frage Dunants konnten die Monarchen der Zeit schlichtweg nicht mehr verneinen!¹³

Und es versteht sich damit natürlich auch von selbst, dass ein solches *ius in bello* die Kriegführung als solche nicht unmöglich machen durfte: Humanitäres Völkerrecht war und ist damit seinem Wesen nach ein Kompromiss zwischen Erwägungen militärischer Notwendigkeit auf der einen Seite und humanitären Anliegen auf der anderen Seite, wobei – und auch das sei hier nicht verkannt – die humanitären Anliegen in diesem andauernden normativen Ausbalancierungsprozess zunehmend an Gewicht gewinnen. Und dennoch, die Essenz des Humanitären Völkerrechts besteht bis heute darin, „die Leiden des Krieges zu mildern, soweit [Herv. v. Verf.] es die militärischen Interessen gestatten“ – so die bis heute gültige Formulierung in der Präambel des IV. Haager Abkommens von 1907 (Präambel Absatz 5, Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs v. 18.10.1907, RGBI. 1910, S. 107; abgedruckt in Sartorius II: Nr. 46] – „soweit“, und eben auch „nur“ soweit.

Aber auch daran kann natürlich kein Zweifel bestehen: Ob als Verwundeter und später auch Gefangener, als Zivilist oder schließlich auch als Kombattant, der von der Wirkung bestimmter besonders perfider Waffen verschont bleibt – in den vergangenen 150 Jahren haben Millionen von Menschen dem Humanitären Völkerrecht ihr Leben, ihre Gesundheit und ihre Freiheit zu verdanken. Für das Völkerrecht ganz sicher ein bedeutender Schritt – vor allem aber für das von Kriegseinwirkungen unmittelbar betroffene Individuum ein sehr realer Fortschritt, eine Wende zum Besseren. Die Regeln des Humanitären Völkerrechts, das Genfer und das Haager Recht, stellen heute – jedenfalls hinsichtlich ihres Kerngehaltes – einen von allen Staaten anerkannten und damit universell verbindlichen Code dar – aber sie waren und sie sind eben doch kein menschenrechtlicher Code. Warum?

¹³ Durch die Ersetzung der Söldner- durch Volksheere war das Phänomen Krieg seit der napoleonischen Zeit mit all seinen grausamen Begleiterscheinungen mitten in der sich zunehmend emanzipierenden und auf Machtteilhabe drängenden Bürgergesellschaft angekommen.

3 Völkerrecht und Individuum in Krieg und Frieden

In etwas älteren Lehrbüchern wird man den Begriff ‚Humanitäres Völkerrecht‘ vergeblich suchen. Stattdessen wird man dort für dieselbe Regelungsmaterie den Begriff ‚Kriegsrecht‘ finden (z.B. Berber 1968 [1960]). Friedensrecht – Kriegsrecht: Zwei klar voneinander unterschiedene Aggregatzustände zwischenstaatlicher Beziehungen mit einem jeweils eigenen Rechtsregime – das ist die Vorstellung, die hinter dieser begrifflichen Dichotomie steht. Das Kriegsrecht war das völkerrechtlich verbindliche Versprechen souveräner Staaten, für den Fall ihres militärischen Aufeinandertreffens bestimmte Verhaltensregeln zu befolgen. Zu diesen Regeln gehörten zwar in zunehmendem Maße auch solche *humanitärer* Natur – mit der für das Individuum erfreulichen Folge „die Leiden des Krieges zu mildern.“ Aber trotz dieser reflexhaften Begünstigung des Individuums, das Kriegsrecht war und ist eben doch im Kern ein von den Staaten allein auf der horizontalen, und das heißt zwischenstaatlichen Ebene abgegebenes und nach Maßgabe der „militärischen Notwendigkeiten“ im gegenseitigen Einvernehmen damit auch immer wieder relativierbares und revidierbares Versprechen auf Gegenseitigkeit.

Regeln des Kriegsvölkerrechts, oder – wie sie später dann ein wenig euphemistisch genannt wurden – des Humanitären Völkerrechts enthielten damit jedenfalls kein rechtsförmliches Versprechen, welches die Staaten den ihnen gewaltunterworfenen Menschen selbst machten, eben weil sie diese als Träger grundsätzlich unverletzlicher und unveräußerlicher Rechte anerkannten: als Träger von Menschen-Rechten eben.

Auf völkerrechtlicher Ebene haben die souveränen Staaten ein solches Versprechen mit unmittelbarer Rechtswirkung im vertikalen Staat-Bürger Verhältnis bekanntermaßen erst viel später abgegeben – erneut als Reaktion auf Holocaust und andere schwerste Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die sich im Schatten des Zweiten Weltkrieges abgespielt hatten: „Da Nichtanerkennung und Verachtung der Menschenrechte zu Akten der Barbarei geführt haben, die das Gewissen der Menschheit mit Empörung erfüllen [...]“ – so kann man es in der Präambel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 nachlesen,¹⁴ ein Dokument, das den Ausgangspunkt für die heute weit fortgeschrittene und ausdifferenzierte Kodifizierung der Menschenrechte auf völkerrechtlicher Ebene bildet.¹⁵

¹⁴ Internationale Quelle: Yearbook of the United Nations 1948-1949, 537; Simma/Fastenrath 2010: 5. „The definitive work on the drafting of the twenty century’s most important human rights document“ (so Philip Alston, Rezension Klappentext) ist wohl Morsink 1999; vgl. auch, ebenso prägnant wie differenziert, Hofmann 1999.

¹⁵ Umfassende Nachweise, von der Völkermordkonvention (1948) über die beiden Menschenrechtspakte von 1966 (über bürgerliche und politische Rechte sowie über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte) bis hin zur UN-Behindertenrechtskonvention (2006) in: Simma/Fastenrath 2010.

Die Frage nach der Geltung *vel non* von Menschenrechten auch im Kriege stellt sich damit für den Völkerrechtler letztlich erst seit wenigen Jahrzehnten – seither aber in immer drängenderer Weise.

4 Menschenrechte und Krieg I: Berührungspunkte

Auf den ersten Blick scheint diese Frage nicht schwierig zu beantworten: In „Anerkennung der angeborenen Würde und der gleichen und unveräußerlichen Rechte aller Mitglieder der Gemeinschaft der Menschen“ – so formuliert es die Eingangsformel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte – kommen Menschenrechte dem Menschen allein kraft seines Menschsein zu. Ist der Mensch im Krieg etwa kein Mensch? Und war es nicht gerade die Barbarei des Krieges, die dieser auf eine lange naturrechtliche Traditionslinie zurückblickenden Idee endlich auch auf der völkerrechtlichen Ebene zum Durchbruch verholfen hatte? Argumente, die doch eigentlich zwingend für eine uneingeschränkte Anwendung der Menschenrechte auch im Krieg sprechen sollten.

Und dennoch, lange Zeit überwogen Skepsis und Zweifel: Krieg und Frieden seien nun einmal *aliuds* und unterlägen damit konsequenterweise auch zwei unterschiedlichen, strikt voneinander getrennten Rechtsregimen, so wurde argumentiert. Das für den Schutz des Individuums in Kriegszeiten bereits vorhandene und fest etablierte normative Regelwerk, das Humanitäre Völkerrecht, dürfe im Übrigen auch nicht durch neuartige, und hinsichtlich ihres *hard law* Charakter zweifelhafte Menschenrechtsstandards relativiert und aufgeweicht werden. Unbehagen über einen Diskurs „Krieg und Menschenrechte“ herrschte in den Nachkriegsjahren aber wohl vor allem deshalb, weil Menschenrechte und Frieden ja, wie erwähnt, in einem engen, ja untrennbaren konzeptionellen Zusammenhang gesehen wurden. Torpedierte eine Diskussion über Menschenrechte im Kriege damit nicht den festen Willen der Staatengemeinschaft, den Krieg ein für alle Mal zu ächten? Warum also über etwas nachdenken, was es nicht geben darf, und damit – so jedenfalls die Hoffnung – auch nicht geben wird! Die Diskurse über Krieg und Humanitäres Völkerrecht einerseits sowie Frieden und Menschenrechte andererseits wiesen damit bis in die 1960er Jahre hinein kaum, oder doch nur sehr zögerlich Berührungspunkte auf¹⁶ – dies sicher nicht zuletzt auch deshalb, weil die Protago-

¹⁶ Bezeichnend ist, dass die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (1948) und die vier Genfer Abkommen (1949), obgleich praktisch gleichzeitig ausgearbeitet, so gut wie keine gegenseitige Beeinflussung erkennen lassen (vgl. hierzu etwa Kolb 1998: 409). Diese anfängliche „Distanz“ nunmehr allerdings mit beachtlichen Argumenten relativierend Fortin 2012: 1433.

nisten dieser Diskurse eben doch ganz überwiegend noch in sehr unterschiedlichen Welten beheimatet waren: Wer auf der Grundlage einer Ethik der Barmherzigkeit und in der Tradition von Ritterlichkeit und Caritas, aber doch stets unter Abwägung mit militärischen Interessen, über die Konzession eines gewissen Maßes von Menschlichkeit im Kriege nachdachte – *Inter arma caritas*, so lautet das Motto des Internationalen Komitees des Roten Kreuzes bis heute –, der tat eben doch etwas fundamental anderes, als derjenige, der seine Aufgabe darin sah, den Leviathan Staat in seinem absoluten Gewaltanspruch über die ihm unterworfenen Individuen mit normativer Kraft in die Schranken zu weisen.

Und schließlich kam noch ein Einwand hinzu, der bis heute unter dem Stichwort „exterritoriale Geltung“ der Menschenrechte Gegenstand lebhafter Diskussionen mit erheblicher Praxisrelevanz ist: Findet das Gros kriegerischer Handlungen heute nicht deshalb in einem „menschenrechtsfreien Raum“ statt, so lautet die Frage, weil der Herrschaftsanspruch des Staates auf das eigene Territorium begrenzt ist und er damit auch nur dort menschenrechtlichen Bindungen unterliegt?¹⁷ Die EMRK etwa schränkt ihren Geltungsanspruch ein auf „ihrer Hoheitsgewalt unterstehende Personen“ [Art. 1; abgedruckt in Simma/Fastenrath 2010: 484], und der IPBPR spricht von „allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen“ [Art. 1; abgedruckt in Simma/Fastenrath 2010: 58] – beides gleichermaßen missverständliche, zumindest aber interpretationsfähige Formulierungen: Guantanamo etwa befindet sich bekanntermaßen nicht auf dem „Gebiet“ der USA – und „unterstehen“ die Opfer des Bombenkrieges im Kosovo wirklich der Hoheitsgewalt der NATO-Staaten (vgl. EGMR 2001; Happolt 2003: 77; Roxstrom et al. 2005: 55)?

Kurz und gut: Eher unausgesprochen und auch einer gewissen Sprachlosigkeit geschuldet, herrschte so zunächst wohl in der Tat eine Art „Separationstheorie“:¹⁸ Der Krieg galt also auch weiterhin als menschenrechtlicher Ausnahmezustand. Dieser Ausnahmezustand aber wurde in der Folge zunehmend in Frage gestellt: Koexistenz, Komplementarität, Zusammenwirken, gegenseitige Durchdringung, Konvergenz (vgl. m.w.Nachw. Bothe 2006: 68), heißen denn auch die Stichworte, wenn heute vom Verhältnis zwischen den beiden Rechtsmaterien die Rede ist. Das klingt kompliziert – und ist es auch; die inzwischen praktisch unübersehbare Literatur zu genau dieser Frage legt hiervon im Wortsinne ein beredtes Zeugnis ab.¹⁹

¹⁷ Zusammenfassend zur alles andere als konsistenten Praxis von UN-Organen, Staaten und der Rechtsprechung zu dieser Frage: Droegge 2008: 510.

¹⁸ Deren wohl prononciertester Vertreter dürfte G. I. A. D. Draper sein, der Ende der 1970er Jahre die beiden Rechtsregime als „diametrically opposed“ bezeichnete (Draper 1998:141 und 149).

¹⁹ Vgl. hierzu statt aller und jeweils m. umfass. Nachw. nur aus jüngster Zeit die Beiträge in Arnold/Noëlle 2008, Ben-Naftali 2011; Kolb/Gaggioli 2013; sowie Meron 2000:

5 Menschenrechte und Krieg II: Annäherungsversuche mit Hindernissen

Die in jüngerer Zeit zu beobachtende, und natürlich nicht konfliktfreie Annäherung von Humanitärem Völkerrecht und Menschenrechten, beruht auf normativen und faktischen Entwicklungen:

In normativer Hinsicht kann und muss man von einer fortschreitenden „Humanization of Humanitarian Law“ (vgl. Meron 2000: insb. 241) sprechen – also einer zunehmenden Prägung des Humanitären Völkerrechts durch menschenrechtliche Impulse. Das begann sehr punktuell bereits zu Beginn der 1950er Jahre. So stellte sich damals etwa im Rahmen des Koreakrieges die Frage, ob der insoweit unklare Artikel 118 des III. Genfer Abkommens von 1949, wonach die Kriegsgefangenen nach Beendigung des Konflikts unverzüglich zu repatriieren seien, auch gegen den Willen eines Betroffenen angewendet werden könne, ja müsse. China und die Volksrepublik Korea insistierten auf die Rückführung, während viele Kriegsgefangene nicht in den kommunistischen Machtbereich zurückkehren wollten – eine für die betroffenen Individuen höchst relevante Auslegungsfrage, ja möglicherweise eine solche auf Leben und Tod. Das Oberkommando der Streitkräfte der Vereinten Nationen argumentierte nach einigem Zögern, dass diese kriegsrechtliche Regel im Lichte aktueller Völkerrechtsentwicklungen zu interpretieren sei und die Frage daher nur unter Beachtung „for the fundamental principles of human rights and individual freedoms embodied in the Charter“ (Unified Command under the United States 1952: 2f.; vgl. ausführlich Meron 2000: 253ff.; Gutteridge 1953: 207) beantwortet werden könne. Damit wären die Menschenrechte als Interpretationshilfe anzusehen.²⁰ Bei einer Argumentation „*in dubio pro Individualrechtsschutz*“ musste dies im Ergebnis unweigerlich zu einer zumindest schleichenden Stärkung der individualrechtsschützenden Komponente der Normen des Humanitären Völkerrechts, und damit in gewisser Weise zu deren „Vermenschenrechtlichung“ führen. (Für ein konkretes Beispiel dieses Prozesses vgl. Krieger 2013: 811)

Im Jahre 1966 setzte dann auch ein echter legislativer Dialog zwischen Menschenrechten und Humanitärem Völkerrecht ein: Artikel 4 des UN Paktes über Bürgerliche und Politische Rechte enthält eine Art „Kollisionsnorm“ für das Verhältnis beider Rechtsmaterien, deren Inhalt man wie folgt zusammenfassen könnte: Neben der (selbstverständlichen) Geltung des Humanitären

241ff; Droegge 2008: 501; Heintze 2011: 4; Schäfer 2006 – vgl. auch bereits die Beiträge in: *International Review of the Red Cross* 38 (1998). Special Issue 324: „1948—1998 Human rights and international humanitarian law“.

²⁰ Als Ausdruck des Verständnisses des Völkerrechts als eines einheitlichen und kohärenten Systems, findet diese Interpretationsmethode heute Rückhalt in Art. 31 III (c) VVRK (vgl. hierzu auch McLachlan 2005: 279ff.).

Völkerrechts finden im Krieg grundsätzlich auch die Menschenrechte Anwendung. Eine Suspendierung einzelner Rechte im Kriegsfall ist zwar möglich, ausgenommen hiervon aber bleibt ein unter allen Umständen bestandsfester Kernbereich von Menschenrechten (etwa das Folterverbot). Mit ihrer Resolution XXIII „Human Rights in Armed Conflict“ setzte die Teheraner Menschenrechtskonferenz sodann 1968 ganz explizit einen zentralen Impuls für eine den Individualrechtsschutz forcierende Fortentwicklung des Humanitären Völkerrechts, die durch die Genfer Zusatzprotokolle von 1977 ja dann auch erfolgte.²¹ Seither hat sich das Zusammenwachsen beider Rechtsmaterien kontinuierlich fortgesetzt, bis hin zu einem *genuinen* Menschenrechtsvertrag, der UN-Kinderrechtskonvention von 1990, welche – gemeinsam mit einem Protokoll aus dem Jahre 2000 (Sartorius II: Nr. 29; und 29a) – ganz explizit ein nach traditionellem Verständnis *genuin* kriegsrechtliches Thema behandelt, nämlich das der Kindersoldaten.

Auf der Basis dieser legislativen „Vorarbeiten“ gehen auch die Rechtsprechung internationaler Gerichte und andere völkerrechtspolitisch relevante Akteure, etwa der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen im Darfur Fall²² oder die verschiedenen UN-Menschenrechtsberichtersteller, heute fast wie selbstverständlich von einer parallelen und kumulativen Anwendbarkeit der beiden Rechtsmaterien aus: Als „Komplementaritätstheorie“ ist dieser Ansatz bezeichnet worden (vgl. Heintze 2011: 7), der seinen Niederschlag etwa in zwei Gutachten des Internationalen Gerichtshofes gefunden hat – zum Einsatz von Atomwaffen (vgl. IGH 1996) und zum Bau der Trennmauer im Westjordanland durch Israel (vgl. IGH 2003). In diesen Gutachten findet sich dann zumindest auch indirekt eine Antwort auf die Frage, welche faktischen Entwicklungen es waren, denen die Menschenrechte ihre inzwischen doch erhebliche Aufwertung auch für unfriedliche Zeiten zu verdanken haben. Das Stichwort lautet: Entgrenzung des Krieges – in zeitlicher, räumlicher, personeller und sachlicher Hinsicht. Die Atombombe steht hierfür ebenso paradigmatisch wie die unendliche Besatzung der Palästinensergebiete durch Israel.

Kriege enden nicht mehr: Das israelische Besatzungsregime in den Palästinensergebieten geht nunmehr in das 47. Jahr – wird es jemals Frieden in Afghanistan geben? Kriege verlieren ihre territorialen Konturen: Lässt sich der Einsatz von Atombomben wirklich noch in die begriffliche Zwangsjacke der

²¹ Ganz explizit Bezug nehmend auf die grundsätzliche Anwendbarkeit von Menschenrechten auch im bewaffneten Konflikt vgl. die Zusatzprotokolle (ZP) zu den Genfer Abkommen von 1977: Art. 72 ZP I: „Die Bestimmungen dieses Abschnitts ergänzen [das IV. Genfer Abkommen] sowie die sonstigen anwendbaren Regeln des Völkerrechts über den Schutz grundlegender Menschenrechte in einem internationalen bewaffneten Konflikt“; Präambel ZP II: „[...] eingedenk dessen, dass die internationalen Übereinkünfte über die Menschenrechte der menschlichen Person einen grundlegenden Schutz bieten“ (Sartorius II: Nr. 54a; 54b).

²² In Resolution 1593 (2005) etwa nimmt der Rat wie selbstverständlich „note of the report of the International Commission of Inquiry on violations of international humanitarian law and human rights law in Darfur“.

traditionellen Kategorie „Kriegsgebiet“ pressen – und gilt gleiches für den Drohnenkrieg und andere Erscheinungsformen des insoweit schon semantisch verräterischen „*global war on terror*“? Kriege verlieren ihre personellen Konturen: Wer gehört zur Gruppe von Menschen, die das zweifelhafte Privileg besitzen legal zu töten, aber eben auch getötet zu werden? Oder – in den immer häufigeren Bürgerkriegsszenarien – als „Kämpfer“ einer nichtstaatlichen Konfliktpartei zumindest einen humanitär-völkerrechtlichen Minimalschutz genießt? Zählen zu diesem Personenkreis auch Imam Abubakar Shekau oder Mr. Smith, der Softwareingenieur, der im Silicon Valley eine Drohne für eine gezielte Tötung in Pakistan programmiert? Oder ist der eine doch nur der außergewöhnlich brutale Kopf einer Verbrecherbande (Boko Haram) und der andere – in der Diktion des Humanitären Völkerrechts – jedenfalls nicht *unmittelbar* an Feindseligkeiten beteiligt?²³ Und schließlich: Bewaffnete Gewalt oszilliert immer öfter um die imaginäre rote Linie herum, die das humanitäre Völkerrecht mit den Begriffen ‚innere Unruhen‘ (= *noch* Frieden) und ‚bewaffneter Konflikt‘ (= schon Krieg) in einer für die Praxis zunehmend unbefriedigenden Weise definiert.²⁴

Was ist eigentlich Krieg? Eine nüchterne Bestandsaufnahme der Realität gewaltsamer Auseinandersetzungen zu Beginn des 21. Jahrhunderts macht deutlich, dass für die Beantwortung dieser Frage unsere einstmals mehr oder minder intuitive Sicherheit verlorengegangen ist. Die schlichte Antwort von Potter Stewart, Richter am US Supreme Court, auf die Frage, was denn Pornographie sei,²⁵ - „I know it, when I see it“ – fällt uns heute insoweit jedenfalls zunehmend schwer. Wir können in vielen, ja inzwischen wohl der ganz überwiegenden Zahl von Konfliktsituationen eben einfach nicht mehr mit Sicherheit sagen, *wann* die Schwelle vom Frieden zum Krieg überschritten ist, *wann* der Krieg zeitlich begonnen, *wann* er geendet hat, *wo* er eigentlich stattfindet und *wer* daran teilnimmt. Herrscht in Südsudan derzeit, im Mai 2014, Krieg oder befinden wir uns noch im Friedenszustand – und wie waren insoweit die Ereignisse auf der Krim zu Beginn dieses Jahres einzuordnen? Zentrale Voraussetzung für die Rechtfertigung eines Exklusivitätsanspruchs – oder zumindest eines Vorrangs – des Humanitären Völkerrechts gegenüber dem Friedens-

²³ Hierzu die grundlegende Studie des IKRK (Melzer 2009) deren Befunde, obwohl zunächst Gegenstand einer lebhaften und kontroversen Diskussion, inzwischen wohl weitestgehend konsensfähig sind.

²⁴ Vgl. Art. 1 Abs. 2 Zusatzprotokoll II (1977): „Dieses Protokoll findet nicht auf Fälle innerer Unruhen und Spannungen wie Tumulte, vereinzelt auftretende Gewalten und andere ähnliche Handlungen Anwendung, die nicht als bewaffnete Konflikte gelten“. Die Schwierigkeit der Anwendung dieser Norm zeigt sich derzeit (Mai 2014) etwa sehr anschaulich bei der Frage der völkerrechtlichen Beurteilung der Lage in (verschiedenen Gebieten) der Ostukraine.

²⁵ *Jacobellis v. Ohio* 378 U.S. 184 (1964).

recht (und damit insbesondere auch den Menschenrechten) aber war eben genau dies: Der Krieg als ein in Raum, Zeit und Akteuren mehr oder minder deutlich identifizierbarer Ausnahmezustand, ein echtes „*aliud*“ zum Frieden!

Was folgt ist eine große normative Unsicherheit, vor allem an den Rändern des Krieges, eine Unsicherheit, die sich die Staaten gelegentlich auch bewusst zunutze machen – in beiden Richtungen: Wenn Frieden oder „Nicht-Krieg“ behauptet wird, dann gelten die spezifischen Schutzstandards für Kriegsgefangene eben nicht (einschließlich des bereits erwähnten Rechts auf Repatriierung), und ebenso wenig gelten die Schutznormen zugunsten der Bevölkerung besetzter Gebiete (um nur zwei Beispiele zu nennen) – und wenn Krieg behauptet wird, dann ist bei der Bekämpfung von „Unruhestiftern“ oder „Terroristen“ eben kein menschenrechtlich gebotener Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einzuhalten und ist – anders als im Frieden – auch ein gewisser, durchaus auch letaler Kollateralschaden bei Unbeteiligten zulässig.²⁶ Ganz allgemein gilt: Geplante und gezielte Tötungen sind im Frieden grundsätzlich unzulässig, im Krieg hingegen grundsätzlich ein völlig legitimes Mittel zur Erreichung der Kriegsziele. Leben und Tod können also im wahrsten Sinne sehr real von der Entscheidung Krieg oder Frieden abhängen.

Besonders bedenklich ist es, wenn die – tatsächlichen oder auch nur vorgeblichen – Grauzonen zwischen Krieg und Frieden dafür missbraucht werden, ein „weder-noch“ zu behaupten – mit dem Ziel, die Betroffenen in einem „*legal black hole*“ (hierzu etwa Steyn 2004: 1ff; Borelli 2005: 39ff.) verschwinden zu lassen, ein Konzept, das in den vergangenen Jahren mit dem Gefangenenlager in Guantanamo, aber auch mit der Praxis von Geheimgefängnissen und „*extraordinary renditions*“ (außerordentlichen Auslieferungen) traurige Berühmtheit erlangt hat.²⁷

²⁶ Angriffe sind nur dann einzustellen, wenn die zivilen Verluste „in keinem Verhältnis zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen.“ (Art. 57 Abs. 2 b Zusatzprotokoll I (1977)).

²⁷ Wie kontrovers aus menschenrechtlicher Sicht auch konstruktiv gemeinte Ansätze für eine Verbesserung des Loses von Personen, die im Zuge militärischer Operationen gefangengesetzt wurden, unabhängig von der exakten Klärung der Statusfrage, sein können, zeigt sich etwa an den im Rahmen des „Copenhagen Process on the handling of detainees in international military operations“ im Oktober 2012 verabschiedeten „Principles and Guidelines“ (auf: um.dk/en/~media/UM/Englishsite/Documents/Politics-and-diplomacy/Copenhagen%20Process%20Principles%20and%20Guidelines.pdf) – sehr kritisch etwa: Amnesty International 2012; vgl. auch Hill-Cawthorne 2013: 481.

5 Menschenrechte und Humanitäres Völkerrecht: auf dem Weg zu einem neuen „Pas de Deux“?

Was also ist in dieser Situation zu tun? Solange es Kriege gibt – und das wird wohl in der Tat noch lange der Fall sein – werden wir die *unvermeidlichen* Folgen von Kriegführung – Tod und Verwundung von Menschen, Zerstörung von Sachwerten – hinnehmen müssen, auch von Rechts wegen. Aber eben auch *nur* diese. Dies fest im Bewusstsein der Menschheit verankert zu haben, ist das bleibende Verdienst des Humanitären Völkerrechts und seiner Protagonisten.

Im Übrigen aber sollten wir versuchen – und hierüber wird derzeit in der Tat verstärkt nachgedacht – die Normen des Humanitären Völkerrechts als das zu begreifen, was sie unter der Geltung des Gewaltverbots der UN-Charta und des universellen Geltungsanspruchs der Menschenrechte sind bzw. sein sollten: Ein Krisenrecht und damit ein Ausnahmerecht, ein *law of last resort*.

Insoweit muss es also zunächst einmal darum gehen, den Anwendungsbereich des Humanitären Völkerrechts – und damit auch die potentiellen Konfliktszenarien mit den akzeptierten Menschenrechtsstandards – sachgerecht zu begrenzen – und damit in gewisser Weise wohl auch wieder ein wenig zurückzuführen, z.B. in räumlicher Hinsicht. Der ein wenig angestaubt anmutende und in Theorie und Rechtspraxis völlig konturlos gewordene Begriff des Kriegsschauplatzes (instruktiv Schöberl 2012: 128) muss revitalisiert werden – mit durchaus einschneidenden Konsequenzen: Krieg findet in Afghanistan statt – und auch dort wohl nur noch in bestimmten Regionen. Der Einsatz von Gewalt andernorts, etwa mittels Drohnen in Yemen, ist damit richtigerweise allein nach Menschenrechtsstandards zu beurteilen und damit im Regelfall eine extralegale und damit völkerrechtswidrige Hinrichtung²⁸ – von der Unzulässigkeit von Kollateralschäden ganz zu schweigen: Eine Beurteilung, die im Übrigen grundsätzlich auch für die Jagd nach Topterroristen zu gelten hat! Für die zeitliche Dimension des Krieges darf nichts anderes gelten – wie eben ganz allgemein wieder ernster genommen werden muss, dass das humanitäre Völkerrecht natürlich auch im Krieg selbst überhaupt nur auf solche Verhaltensweisen anwendbar ist, die in einem Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt stehen. Wo aber ein solcher Nexus fehlt (etwa im Falle „gewöhnlicher Kriminalität“) kommen allein Menschenrechte zur Anwendung – ohne Wenn und Aber.

Als zweites muss sich die Erkenntnis durchsetzen, dass das Humanitäre Völkerrecht eben wohl doch kein Recht ist, das in einem echten komplementären Gleichrangigkeitsverhältnis zu den Menschenrechten steht, wie es wohl nach wie vor herrschender Auffassung entspricht. Es ist vielmehr als Recht zu

²⁸ Auch diese Frage ist inzwischen bibliotheksfüllender Gegenstand wissenschaftlicher Analyse: Statt aller nur Rudolf/Schaller 2012, sowie umfassend bereits Melzer 2008.

begreifen, dessen Vorrang gegenüber Menschenrechtsstandards im Einzelfall begründungspflichtig ist: Diese Begründung wird umso eher gelingen, je näher wir am eigentlichen Kampfgeschehen sind (also dem Kern des Krieges) – je weiter weg wir uns hiervon bewegen, umso schwieriger wird es sein, eine Verdrängung der Menschenrechte durch Regeln des Humanitären Völkerrechts zu rechtfertigen. Beim Kampf gegen den Drogenanbau in Afghanistan, bei Kontrollen an Checkpoints, bei der staatlichen Reaktion auf Massendemonstrationen gegen die brutale Niederschlagung eines bewaffneten Aufstandes, oder beim Schutz militärischer Anlagen – alles Szenarien, die das IKRK in einem jüngst veröffentlichten Report untersucht hat (Gaggioli 2013) – müssen also jedenfalls *prima facie* Menschenrechtsstandards gelten. Gleiches wird man im Regelfall bei langandauernder, im wesentlichen friedlicher Besetzung fremden Territoriums fordern müssen: Die unqualifizierte Behauptung eines weitreichenden *lex specialis* Charakters des Humanitären Völkerrechts²⁹ jedenfalls muss angesichts immer kontourloser werdender Konfliktszenarien einer deutlich differenzierteren Betrachtungsweise weichen. Gerade, aber nicht nur, in den immer diffuseren Grauzonen zwischen Zwangsmitteln, die ihrer Natur nach militärischen, und solchen, die polizeilichen Charakters sind, ist noch viel Detailarbeit zu leisten – bei der wir noch ganz am Anfang stehen.³⁰

Diese hier nur ganz grob skizzierte Position ist kontrovers und sie wird sicher nicht auf uneingeschränkte Zustimmung stoßen – insbesondere nicht „im Lager“ des Humanitären Völkerrechts. Im Recht ist es eben wie überall: Territorium, das man einmal erobert hat, gibt man so leicht nicht wieder auf – schon gar nicht zugunsten eines Rivalen oder von jemandem, den man als einen solchen empfindet. Und das gilt wohl auch für die hier zur Diskussion stehenden Rechtsregime und ihre jeweiligen Protagonisten. Aber es sollte eben nicht in Vergessenheit geraten, dass die Menschenrechte keine Erfindung pazifistischer Idealisten sind, um den Staaten die Option des Einsatzes militärischer Gewalt zur Durchsetzung politischer Ziele ungebührend zu erschweren. „Akte [...] der Barbarei, die das Gewissen der Menschheit mit Empörung erfüllen“, haben nach 1945 vielmehr die Staaten selbst davon überzeugt, dass es „notwendig ist, die Menschenrechte durch die Herrschaft des Rechts zu schützen“ – so die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948. Ge-

²⁹ Zum unterschiedlichen materiellen Gehalt dieser Rechtsfigur – einmal als Mittel der konkretisierenden Interpretation einer Generalnorm und einmal als Verdrängungsprinzip im Fall eines Normkonflikts – vgl. nur International Law Commission/Koskeniemi 2004 und Simma/Pulkowski 2006: 485ff.

³⁰ Im Rahmen dieses Beitrags kann auch nicht annähernd auf die vielfältigen und vielfach kontroversen Argumentationslinien eingegangen werden, mittels derer das zumindest potentielle Spannungsverhältnis zwischen Menschenrechtsschutz und Humanitärem Völkerrecht aufgelöst werden soll (vgl. hierzu im Einzelnen die in Fn. 19 nachgewiesenen Schriften, jeweils mit umfassenden weiteren Nachw.).

tragen von einer Skandalisierung der Weltöffentlichkeit, einer „*colère publique mondiale*“, ³¹ artikuliert sich dieses „Gewissen“ heute auch in zunehmend wirkungskräftigen Aktivitäten der organisierten Zivilgesellschaft – etwa von Amnesty International und Human Rights Watch. ³² Die zentrale, und im Grundsatz auch unumstrittene Forderung lautet, dass eben auch von Rechts wegen eine „*Humanisierung*“ auch in den vielfältigen Szenarien des „Nicht-Friedens“ fortgesetzt werden muss. Die Menschenrechte spielen hierbei eine wichtige Rolle. Sie werden den Krieg nicht verhindern: Aber ihr Potential, den Krieg so human wie irgend möglich zu gestalten, ist auch in rechtsdogmatischer Sicht bei weitem noch nicht ausgeschöpft.

In einem vielbeachteten Buch hat Orna Ben-Naftali jüngst von einem „*Pas de Deux*“ zwischen Menschenrechten und Humanitärem Völkerrecht gesprochen (vgl. Ben-Naftali 2011). Eindrücklich wird in diesem Buch gezeigt, wie komplex und vielschichtig die Vorstellung ist, welche die Menschheit derzeit auf dem Tanzboden von Krieg und Gewalt aufführt. Das ist auch für die Völkerrechtswissenschaft eine echte Herausforderung. Aber wie bei jedem Tanz muss einer führen – und das können heute – und in Zukunft – richtigerweise nur die Menschenrechte sein. ³³

Literatur

Amnesty International. 2012. *Outcome of Copenhagen Process on Detainees in International Military Operations Undermines Respect for Human Rights*, auf: www.amnesty.org/en/library/asset/IOR50/003/2012/en/1186a695-097e-47eb-8b93-3d282f4c54cd/ior500032012en.pdf [16.07.2014].

³¹ Hierzu Fischer-Lescano 2005: 67 ff. (in Anknüpfung an Luhmann 1995: 581) „Natürlich ist es auch ein Paradox, wenn man sagt, dass Rechte erst durch ihre Verletzung und durch entsprechende Empörung (Durkheims *colère publique*) in Geltung gesetzt werden. Aber vielleicht ist gerade dieses Paradox in den turbulenten Weltverhältnissen unserer Tage und angesichts des Relevanzverlustes klassisch-staatlicher Ordnungen das zeitgemäße Paradox.“

³² Vgl. aus jüngerer Zeit beispielhaft nur die zeitgleich im Herbst 2013 mit großer Öffentlichkeitswirksamkeit veröffentlichten Berichte zum US-Dronenkrieg: Amnesty International 2013 und Human Rights Watch 2013. Erfolgreich war auch die von einem Bündnis von 1200 (!) NGOs in 90 Staaten getragene Anti-Landminen-Kampagne, die mit der Unterzeichnung der Ottawa Konvention im Jahre 1997 ein wichtiges Etappenziel auf dem Wege zu einer weiteren „Humanisierung“ der Kriegführung erzielen konnte – und die im selben Jahr für dieses humanitäre Engagement dann auch mit dem Friedensnobelpreis ausgezeichnet wurde.

³³ Dies bedeutet indes nicht, dass ein am Individualrechtsschutz ausgerichteter „Günstigkeitsvergleich“ nicht im Einzelfall auch zugunsten des Humanitären Völkerrechts ausfallen kann, und diesem dann Anwendungsvorrang eingeräumt werden muss.

- Amnesty International. 2013. *Will I Be next? US Drone Strikes in Pakistan*, auf: www.amnesty-usa.org/sites/default/files/asa330132013en.pdf [16.07.2014].
- Arnold, Roberta/Noëlle Quévinet. 2008 (Hg.). *International Humanitarian Law and Human Rights Law. Towards a New Merger in International Law*, Leiden/Boston.
- Augustinus. 1995 [413-427]. *De Civitate Dei/Vom Gottesstaat*, Düsseldorf.
- Ben-Naftali, Orna. 2011 (Hg.). *International Humanitarian Law and International Human Rights Law. Pas de Deux*, Oxford.
- Benedek, Wolfgang. 2012. „Drago Porter Convention (1907)“, in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Band III, hg. v. Rüdiger Wolfrum, Oxford.
- Bennoune, Karima. 1994. „As-Salamu Alaykum? Humanitarian Law in Islamic Jurisprudence“, in: *Michigan Journal of International Law* 15, 605–643.
- Berber, Friedrich. 1968 [1960]. *Lehrbuch des Völkerrechts*. Band II: *Kriegsrecht*, München.
- Bothe, Michael. 2006. „Humanitäres Völkerrecht und Schutz der Menschenrechte. Auf der Suche nach Synergien und Schutzlücken“, in: *Völkerrecht als Wertordnung. Festschrift für Christian Tomuschat*, hg. v. Pierre M. Dupuy et al., Kehl, 63–90.
- Borelli, Silvia. 2005. „Casting Light on the Legal Black Hole. International Law and Detentions Abroad in the War on Terror“, *ICRC Review* 87 No. 857, 39–68.
- Bowles, Samuel. 2009. „Did Warfare Among Ancestral Hunter-Gatherers Affect the Evolution of Human Social Behaviors?“, in: *Science* 324, 1293–1298.
- Cicero, Marcus Tullius. 1895 [52 v. Chr.]. *Pro T. Annio Milone*, Oxford.
- Draper, Gerald I.A.D. 1998 [1979]. „Humanitarian Law and Human Rights“, in: *Reflections on Law and Armed Conflicts. The Selected Works on the Laws of War by the Late Professor Colonel G. I. A. D. Draper*, hg. v. Michael Meyer u. Hilaire McCoubrey, Den Haag.
- Droege, Cordula. 2008. „Elective Affinities? Human Rights and Humanitarian Law“, *ICRC Review* 90 No. 871, 501–548.
- Dunant, Henry. 1863. *Eine Erinnerung an Solferino*, Basel.
- EGMR. 2001. *Banković et al. v. Belgien et al.*, Appl. No. 52207/99, Entscheidung v. 12.12.2001, auf: hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-22099 [29.08.2014].
- Fischer-Lescano, Andreas. 2005. *Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Weilerswist.
- Fortin, Katharine. 2012. „Complementarity between the ICRC and the United Nations and International Humanitarian Law and International Human Rights Law, 1948–1968“, *ICRC Review* 94 No. 888, 1433–1454.

- Gaggioli, Gloria. (Hg.) 2013. *The Use of Force in Armed Conflicts. Interplay between Conduct of Hostilities and the Law Enforcement Paradigms. Expert Meeting*, Geneva.
- Good, Christoph. 2011. *Emer de Vattel (1714-1767). Naturrechtliche Ansätze einer Menschenrechtsidee und des humanitären Völkerrechts im Zeitalter der Aufklärung*, Baden-Baden.
- Grotius, Hugo. 1950 [1625]. *De Iure Belli Ac Pacis Libri Tres – Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens, Prolegomena*, Tübingen.
- Gutteridge, J.A.C. 1953. „The Repatriation of Prisoners of War“, *ICLQ* 2, 207–216.
- Happold, Matthew. 2003. „Bankovic v. Belgium and the Territorial Scope of the European Convention on Human Rights“, in: *Human Rights Law Review* 3:1, 77–90.
- Hegel, Georg Friedrich Wilhelm. 1979 [1802/03]. *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften*, Werke, Band 2, Theorie-Werkausgabe, Frankfurt/M.
- Heintze, Hans-Joachim. 2011. „Theorien zum Verhältnis von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht“, in: *Humanitäres Völkerrecht. Informationsschriften/Journal of International Law of Peace and Armed Conflict* 1, 4–11.
- Hill-Cawthorne, Lawrence. 2013. „The Copenhagen Principles on the Handling of Detainees. Implications for the Procedural Regulation of Internment“, *Journal of Conflict and Security Law* 18, 481–497.
- Hobbes, Thomas. 1918 [1642]. *De cive/Vom Bürger*, Leipzig.
- Hofmann, Hasso. 1999. *Die Entdeckung der Menschenrechte. Zum 50. Jahrestag der Allgemeinen Menschenrechtserklärung vom 10. Dezember 1948*, Berlin.
- Human Rights Watch. 2013. „Between a Drone and Al-Qaeda“. *The Civilian Cost of US Targeted Killings in Yemen*, auf: www.hrw.org/sites/default/files/reports/yemen_1013_ForUpload_1.pdf [16.07.2014].
- IGH. 1970. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Urteil v. 05.02.1970, ICJ Rep. 1970, auf: www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf [29.08.2014].
- IGH. 1996. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Gutachten v. 08.07.1996, auf: www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf [29.08.2014].
- IGH. 2003. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Gutachten v. 10.12.2003, auf: www.icj-cij.org/docket/files/131/1497.pdf [29.08.2014].
- International Law Commission/Koskenniemi, Martti (Study Group on Fragmentation of International Law). 2004. *Study on the Function and Scope of the Lex Specialis Rule and the Question of “Self-contained Regimes”*, UN Doc. ILC(LVI)SG/FIL/CRD.1 und Add. 1, 4.

- Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg. 1947. *Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Gerichtshof. Nürnberg 14. November 1945 - 1. Oktober 1946*, Band I, Köln.
- International Review of the Red Cross* 38 (1998). Special Issue 324: „1948–1998 Human rights and international humanitarian law“.
- Khan, Daniel-Erasmus. 2013. *Das Rote Kreuz. Geschichte einer humanitären Weltbewegung*, München.
- Kolb, Robert. 1998. „The Relationship between Humanitarian Law and Human Rights Law. A Brief History of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the 1949 Geneva Convention“, *ICRC Review*, No. 324 1998, 409.
- Kolb, Robert/Gloria Gaggioli. (Hg.) 2013. *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Cheltenham, UK/Northampton, USA.
- Kotzur, Markus. 2001. *Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes*. Berlin.
- Krieger, Heike. 2013. „Der Einfluss der Menschenrechte auf den Rechtsetzungsprozess im humanitären Völkerrecht. Das Beispiel der kriegerischen Repressalie“, in: *Der Staat im Recht, Festschrift für Eckart Klein zum 70. Geburtstag*, hg. v. Marten Breuer et al., Berlin, 811–821.
- Kumar Sinha, Manoj. 2005. „Hinduism and International Humanitarian Law“, *International Review of the Red Cross* 87, 285–294.
- Lesaffer, Randall. 2012. „Kellogg-Briand Pact (1928)“, in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Band VI, hg. v. Rüdiger Wolfrum, Oxford, 579.
- Lovrić-Pernak, Kristina. 2013. *Morale internationale und humanité im Völkerrecht des späten 19. Jahrhunderts. Bedeutung und Funktion in Staatenpraxis und Wissenschaft*, Baden-Baden.
- Luard, Evan. 1987. *War in International Society*, New Haven.
- Luhmann, Niklas. 1995. *Das Recht der Gesellschaft*, Berlin.
- McLachlan, Campbell. 2005. „The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention“, *ICLQ* 54, 279–320.
- Melzer, Niels. 2008. *Targeted Killing in International Law*, Oxford.
- Melzer, Niels. 2009. *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, Genf, auf: www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf [16.07.2014].
- Meron, Theodor. 2000. „The Humanization of Humanitarian Law“, *AJIL* 94, 239–278.
- Morsink, Johannes. 1999. *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*, Pennsylvania.
- Nitobe, Inazo. 2003 [1899]. *Bushidō. The Soul of Japan*, dt. Ausgabe: *Bushido. Die Seele Japans*, Frankfurt.
- Rousseau, Jean-Jacques. 1986 [1762]. *Vom Gesellschaftsvertrag*, Buch I. Stuttgart.

- Roxstrom, Erik et al. (Hg.). 2005. „The NATO Bombing Case (Bankovic et al. v. Belgium et al.) and the Limits of Western Human Rights Protection“, in: *Boston University International Law Journal* 23:55, 55–136.
- Rudolf, Peter/Christian Schaller. 2012. „*Targeted Killing*“. *Zur völkerrechtlichen, ethischen und strategischen Problematik gezielter Tötens in der Terrorismus- und Aufstandsbekämpfung*, Berlin.
- Sartorius II. *Internationale Verträge – Europarecht*, München.
- Schäfer, Bernhard. 2006. *Zum Verhältnis Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht*, Potsdam.
- Schöberl, Katja. 2012. „Konfliktpartei und Kriegsgebiet in bewaffneten Auseinandersetzungen. Zur Debatte um den Anwendungsbereich des Rechts internationaler und nicht-internationaler bewaffneter Konflikte“, in: *Humanitäres Völkerrecht. Informationsschriften/Journal of International Law of Peace and Armed Conflict* 3, 128–138.
- Schreiber, Wolfgang. 2012. *Kriege und bewaffnete Konflikte 2012. Ein erster Überblick*, auf: www.sozialwiss.uni-hamburg.de/publish/Ipw/Akuf/publ/AKUF-Analysen-11.pdf [15.07.2014].
- Simma, Bruno/Dirk Pulkowski. 2006. „Of Planets and the Universe. Self-contained Regimes in International Law“, in: *EJIL* 17:3, 483–529.
- Steyn, Johan. 2004. „Guantanamo Bay. The Legal Black Hole“, *ICLQ* 53, 1–15.
- Tams, Christian. 2007. „Die Zweite Haager Konferenz und das Recht der friedlichen Streitbeilegung“, *Die Friedenswarte* 82, 119–138.
- Treitschke, Heinrich. 1897 [1879]. *Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert*, Band I, Leipzig.
- Unified Command under the United States. 1952. „Special Report on the Unified Command on the United Nations Action in Korea“, *UN Doc. A/2228*.
- de Vattel, Emer 1758. *The Law of Nations, Book III: War*. London.
- Verdross, Alfred/Bruno Simma. ³1984. *Universelles Völkerrecht*, Berlin.
- Wright, Quincy. 1965 [1942]. *A Study of War*, Chicago.