

# LITERATUR

## Buchbesprechungen

**Dahm, Georg/Delbrück, Jost/Wolfrum, Rüdiger: Völkerrecht.** Bd. I/2: Der Staat und andere Völkerrechtssubjekte. Räume unter internationaler Verwaltung. Berlin: De Gruyter (2002). LXXIX, 510 S. € 128,-; Bd. I/3: Die Formen völkerrechtlichen Handelns. Die inhaltliche Ordnung der internationalen Gemeinschaft. Berlin: De Gruyter Recht (2002). XVII, 662 S. € 128,-

Die vorliegenden Teilbände setzen die Neubearbeitung der 1958-1961 in erster Auflage erschienenen dreibändigen Darstellung des Völkerrechts von Georg Dahm fort und schließen deren ersten Band ab. Das Gesamtwerk ist nunmehr auf zwei Bände angelegt. Es folgt in der Gliederung noch in vielem den in der Erstauflage vorgezeichneten Linien, und auch zahlreiche Kapitelüberschriften wurden beibehalten.

Der Wandel des Völkerrechts hat sich gleichwohl auf die Grundkonzeption des Werkes ausgewirkt. Die Erstauflage hatte die Idee verworfen, die Darstellung "etwa mit der Satzung der Vereinten Nationen, gedacht als Verfassung der internationalen Gemeinschaft" zu beginnen, da dies nicht "der politischen und völkerrechtlichen Gegenwartslage" entspreche (Bd. I, 1958, S. V), wenn auch das Recht der internationalen Organisationen "die überlieferte, auf den Staat gegründete Ordnung mehr und mehr überlagert" (Bd. III, 1961, Vorwort). Später erschienene Lehrbücher, wie vor allem das von Verdross und Simma (in erster Aufl. 1976), haben eine solche Systematisierung des Völkerrechts als aus der UNO-Charta abgeleitetes Verfassungsrecht der Staatengemeinschaft im Einzelnen durchgeführt. Das Vorwort der Zweitaufgabe des Dahm'schen Werkes hat Gliederung und Konzeption beibehalten und ist ausdrücklich "weiterhin der Überzeugung gefolgt", dass die Staaten und ihre Beziehungen den Ausgangspunkt des Völkerrechts bilden (Bd. I/1, 2. Aufl., S. V). Die weiteren Qualifizierungen, die diese Aussage im Verlauf der Darstellung erfährt, sind allerdings erheblich.

Der 1989 erschienene erste Teilband der Neubearbeitung hat die Grundlagen des Völkerrechts einschließlich seiner Quellen und innerstaatlichen Geltung sowie die Staaten als Völkerrechtssubjekte und mit der Staatsgewalt (einschließlich der völkerrechtlichen Vertretung, des Diplomaten- und des Konsularrechts) und dem Staatsgebiet zwei der drei Staatselemente behandelt. Im Grundlagenteil stellt er im Anschluss an Stanley Hoffmann das Modell eines "internationalen Systems" vor (Bd. I/1, S. 3), das als pluralistisch bezeichnet wird (S. 10), weil es kein reines System der Staaten mehr ist (S. 20); sie hätten ihr Monopol verloren (S. 26). Vielmehr kennt das System auch nichtstaatliche Akteure wie internationale Organisationen, multinationale Unternehmen, Gruppen und Individuen (S. 10), was unmittelbar

ZaöRV 64 (2004), 1179-1193

Auswirkungen auf deren Völkerrechtsfähigkeit hat (S. 25). Folglich können Beziehungen mit diesen anderen Subjekten völkerrechtlicher Art sein (S. 26). Der Geltungsgrund des Völkerrechts wird, nahe der sog. sozialen Naturrechtslehre, aus seiner Notwendigkeit abgeleitet. Recht ist danach, ebenso wie für die Voraufgabe (Bd. I, 1958, S. 13), "was dem Willen, den Wertvorstellungen, der Rechtsüberzeugung der internationalen Gemeinschaft entspricht und in ihr im allgemeinen als Norm des praktischen Handelns befolgt wird" (Bd. I/1, 2. Aufl., S. 42). Die wichtigsten Richtlinien des Verhaltens werden als "internationales Verfassungsrecht" (S. 43) bezeichnet. Aus dieser Sicht sind die Rechtsquellen "*modes de constatation de droit*" im Sinne Duguits (S. 44), eines Rechts, dem seinerseits ein einheitliches Weltbild zugrunde liegt. Dies zeigt sich insbesondere bei der großzügigen Zulassung von Analogien etwa zur Überbrückung von Lücken in völkerrechtlichen Verträgen (S. 80 ff.). Das Völkerrecht entwickelt sich immer mehr zu einer "wertsetzenden Ordnung", verbunden mit dem Anspruch auf Gestaltung und Durchsetzung (S. 89). Dahms' Ansichten über den Geltungsgrund wurden in zweiter Auflage mit einer politikwissenschaftlich orientierten Perspektive verknüpft. Man durfte gespannt sein, wie sich diese Ansätze in den spezielleren Abschnitten auswirken würden.

Der erste der beiden neuen Teilbände (Bd. I/2) widmet sich dem Volk als drittem Staatelement und dabei der Staatsangehörigkeit, dem Fremdenrecht, der Auslieferung und dem Flüchtlingsrecht. Ferner finden sich hier die Völkerrechtssubjektivität juristischer Wirkungseinheiten (internationale Organisationen, Nichtregierungsorganisationen und multinationale Unternehmen), von Individuen und Gruppen sowie die traditionellen nichtstaatlichen Völkerrechtssubjekte. Ein weiterer Teil befasst sich mit "Räumen unter internationaler Verwaltung" (Hohe See, Tiefseeboden, Weltraum und Polargebiete). Teilband I/3 erschließt die Formen völkerrechtlichen Handelns (Recht der Verträge und der einseitigen Rechtsakte) und die inhaltliche Ordnung der internationalen Gemeinschaft mit den Grundrechten und -pflichten der Staaten, dem Recht der Staatenverantwortlichkeit und dem internationalen Strafrecht.

Die Ausführungen über die Völkerrechtssubjektivität von Völkern, Gruppen und Individuen gehen von einer "zunehmenden personalen und menschenrechtlichen Ausrichtung des modernen Völkerrechts" aus (Bd. I/2, S. 2). Dies äußert sich etwa in einer konsequenten Verknüpfung aus Fremdenrecht und menschenrechtlichen Standards (S. 114 ff.), aber auch in der Zubilligung einer – naturgemäß funktional beschränkten – Völkerrechtssubjektivität an multinationale Unternehmen (S. 257), Individuen (S. 260) und Gruppen (S. 281 f.) sowie einer weiten Konzeption des Selbstbestimmungsrechts der Völker, die der Fortbildung der Rechtsträgerschaft aus dem postkolonialen Kontext und ihrer Rückführung auf ihre staatskonstitutive Idee (S. 284) Rechnung trägt. Relativ weit gezogen ist auch der Rechtskreis, der nationalen Befreiungsbewegungen zugebilligt wird (S. 304 ff.). Vor dem Hintergrund der Feststellung, die Praxis des Sicherheitsrates bedeute einen "wesentlichen Schritt vorwärts in Richtung auf die weltweite Anerkennung eines Rechtes der Völker auf eine demokratisch-rechtsstaatliche Ordnung" (S. 15), wird

erkennbar, dass sich der verwendete Konstitutionalisierungsbegriff von elementaren Strukturprinzipien (wie der Grundsatz *pacta sunt servanda* u.ä., s. noch Bd. I/1, S. 43) auf verfassungsstaatliche Grundsätze erweitert hat.

Noch deutlicher wird dies in Bd. I/3, in dem das Recht der Verträge behandelt wird. Bei der Kategorisierung der Vertragstypen wird u.a. auf Ordnungsverträge verwiesen, die dem Interesse der Staatengemeinschaft oder dem internationalen öffentlichen Interesse entsprechen, *erga omnes* gelten und teilweise dem *ius cogens* zuzuordnen sind (Bd. I/3, S. 523). Diese Normkategorien stehen im Zusammenhang mit einer "Konstitutionalisierung und Hierarchisierung" des Völkerrechts überhaupt (S. 686 f.), in denen wiederum eine Relativierung der Souveränität und die Anerkennung von "Gemeinschaftsinteressen, d.h. von gemeinsamen Werten, von Bedeutung, d.h. von Interessen nicht einzelner Staaten ... sondern der Staatengemeinschaft" zum Ausdruck kommen (S. 778, s. auch S. 628). Die Brücke zu hinter solchen Normen stehenden moralischen Gehalten des Völkerrechts wird im *bona fides*-Prinzip gesehen (S. 610, 845 f.). Aus diesen Normen ergeben sich dogmatische Folgen nicht nur, wie ohnehin in der Wiener Vertragsrechtskonvention festgelegt, für die Gültigkeit von Verträgen (S. 707 ff.), sondern auch für die Zulässigkeit von Vorbehalten (S. 568), die Umsetzungspflichten der Vertragspartner (S. 610 ff.), die Wirkung für Nicht-Vertragsstaaten (S. 619 ff.) und die Vertragsauslegung (S. 631). Weitere Konsequenzen sind im Recht der Staatenverantwortlichkeit zu verzeichnen, die die International Law Commission in dieser Hinsicht eher zurückhaltend gezogen hat (krit. S. 882 f., 929, zur Konkurrenz mit *self-contained regimes* S. 987 f.). In denselben Zusammenhang gehört auch die Diskussion um die Durchbrechung der personellen Immunität staatlicher Funktionsträger bei der Ahndung völkerrechtlicher Verbrechen, die – von der aktiven Amtszeit abgesehen – als geltendes Gewohnheitsrecht festgestellt wird (S. 1018 f.). Es verwundert nicht, dass aus dieser Warte manche Frage anders beurteilt wird als in der ersten Auflage; ein Beispiel bietet die Frage nach der individuellen Strafbarkeit des Angriffskrieges zum Zeitpunkt des Beginns des Zweiten Weltkrieges, die – bei insoweit identischem Material für die Erforschung des Gewohnheitsrechts – nunmehr im Einklang mit der wohl herrschenden Ansicht im internationalen Schrifttum bejaht wird (vgl. S. 1034 f. mit 1. Aufl. Bd. III, 1961, S. 302 ff.).

Ein weiterer Leitgedanke ist die konsequente Einbeziehung internationaler Organisationen, deren zentrale Stellung im heutigen Völkerrecht hervorgehoben wird (S. 207). So werden die einzelnen völkerrechtlichen Regeln und Prinzipien nahezu durchgehend mit Blick auf ihre Ausprägung für das Recht der internationalen Organisationen gewürdigt. Band II dürfte sich sehr weitgehend auf sie konzentrieren.

Neben den Leitmotiven der Konstitutionalisierung und Hierarchisierung sowie der Kooperation der Staaten in internationalen Organisationen, aus denen die Lektüre ihre stete Spannung bezieht, macht die gediegene Ausarbeitung der einzelnen Abschnitte das Werk auch im Detail immer lesenswert. Vieles wird in einer Gründlichkeit aufbereitet, die im üblichen Lehrbuchformat nicht durchgehalten werden kann, was insbesondere für das Seerecht und das Völkerstrafrecht gilt. Das Werk bietet aber auch sonst eine Fülle von Beispielen, die teils der klassischen, be-

reits für die Voraufgabe ausgewerteten Praxis, teils neueren und neuesten Entwicklungen entnommen sind. Dabei kommen sowohl die historisch-dogmatische Aufarbeitung als auch die aktuelle Kontroverse zu ihrem Recht. Dies alles kann hier nicht im Einzelnen gewürdigt werden. Vieles lädt zu weiterer Auseinandersetzung oder zu einem Fortdenken ein, wie etwa die positive Aufnahme der *“democratic governance”*-These im Völkerrecht (S. 15), die zu Recht zurückhaltend beurteilte Völkerrechtsfähigkeit von Nicht-Regierungsorganisationen (S. 243), die eingehende und teils kritische Würdigung der neuen Resolution über die Staatenverantwortlichkeit (S. 862 ff.) sowie weiterführende Ansätze auf diesem Gebiet wie etwa die Aufgabe der Kontinuitätsregel (S. 934) oder die vorsichtige Öffnung in Richtung der Vertretungstheorie im Hinblick auf die Ausübung diplomatischen Schutzes (S. 940).

Das Werk weist zudem alle Vorzüge eines Handbuchs auf. Ein umfassendes Verzeichnis der Judikatur und ein Vertragsindex erhöhen den praktischen Nutzen. Das Sachverzeichnis ist – trotz seines gegenüber Teilband I/1 knapperen Zchnitts – flächendeckend und zuverlässig. Stefan Kadelbach, Frankfurt a.M.

**Joerges, Christian/Singh Ghaleigh, Navraj (Hrsg.): Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and Its Legal Tradition.** Oxford: Hart Publishing (2003). XVI, 416 S. £ 55,-

In den Jahren zwischen dem Ersten und dem Zweiten Weltkrieg scheiterten in den meisten europäischen Staaten die bereits etablierten demokratischen Regierungsformen. An ihre Stelle traten totalitäre oder autoritäre Systeme rechter Provenienz. Neben der Weimarer Republik betraf dies beispielsweise Griechenland, Österreich, Spanien, Portugal und Polen. Die Demokratie überlebte dagegen bis zur deutschen Okkupation nur selten wie in den demokratischen Urländern England und Frankreich, in Holland oder in Skandinavien. Zu selten, so scheint es, macht man sich hierzulande klar, dass es auch jenseits des von Deutschland im Innern entwickelten und nach außen betriebenen beispiellosen nationalsozialistischen Zivilisationsverlustes eine gemeineuropäische autoritäre Vergangenheit gibt, ein *“dunkles Vermächtnis”*. Der vorzustellende Sammelband nimmt sich dieses Vermächtnisses mit Blick auf europäische Rechtstraditionen an. Er ist das Ergebnis eines wissenschaftlichen Projekts am Europäischen Hochschulinstitut in Fiesole. Wie wenig selbstverständlich die Verbindung von Totalitarismusforschung und Europäisierung als Forschungsgegenstand auch für die Europäische Forschungsförderung ist, bemerken die Herausgeber im Vorwort (IX f.). Wie ergiebig diese Verbindung ist, erweist der vorliegende Band.

Das Grundproblem, die Fragestellung des Bandes genauer zu formulieren, sei anhand zweier Differenzierungen veranschaulicht. Zum einen stellt sich die Frage, inwieweit das dunkle Vermächtnis der autoritären Epoche tatsächlich als ein gesamteuropäisches Phänomen zu behandeln ist oder inwieweit die Untersuchung auf die singuläre Bedeutung des deutschen Nationalsozialismus für die Epoche eingeht. Zum Zweiten ist zu fragen, inwieweit eine gemeineuropäische Vergangenheit, wenn man sie denn unterstellen kann, als ein kulturelles Phänomen tatsächlich

im Zusammenhang mit dem konkreten politischen Projekt der europäischen Integration steht und was ein solcher Zusammenhang für ihre Gegenwart bedeutet. Joseph Weiler bringt das Problem in seinem Nachwort auf den Punkt. *“The purpose is noble through and through, though the triple dangers of guilt by association, of trivialising the truly evil by facile analogy and of inadvertently becoming an apologist for that for which no apology is needed are not easy to escape.”*

Der Sammelband entscheidet sich für keine der beiden Linien. Er öffnet das Feld in verschiedenste Richtungen. Das ist legitim, um sich einem neuen Forschungsgegenstand zu nähern. Es ist nicht ganz unproblematisch für Leser, die wissen möchten, auf welche Frage der Band Antworten bereit hält. Zur Offenheit der Fragestellung gesellt sich eine – in der Sache willkommenerere – Offenheit der Antworten, wenn manche Beiträge durch kritische Kommentare ergänzt werden.

Wer über rechten Totalitarismus spricht, spricht zunächst über Deutschland: Michael Stolleis macht uns in einem souveränen Überblick noch einmal mit der Nachgeschichte des Nationalsozialismus in den Rechtswissenschaften der Bundesrepublik vertraut. Eine zunächst nationalkonservative Berufsgruppe wurde Teil des Nationalsozialismus und gliederte sich anschließend recht nahtlos in die Bundesrepublik ein, sie setzte fort, was fortzusetzen war, und vermied und vermeidet den Blick nach hinten, soweit er sich – wie bis heute in manchem Nachruf – vermeiden lässt. Diese Geschmeidigkeit, so könnte man nach den Ausführungen von Oliver Lepsius vermuten, könnte auch von der konstitutionellen Leere des deutschen Nationalsozialismus herrühren. Denn dieser, so seine These, habe keine eigene Verfassungstheorie aufzuweisen, sondern arbeitete systematisch mit der deformalisierenden Entrechtlichung der eigenen Herrschaftsstrukturen. Dem lässt sich aus einer vergleichenden Perspektive Vivian Grosswald Currans Beitrag gegenüberstellen. In einer komparativen Untersuchung der Rechtsordnungen Deutschlands und Vichy-Frankreichs belegt sie die Vermutung, dass das rassistische Recht in Vichy – anders als in Deutschland – gerade auf einem formalistischen Methodenverständnis beruhte. Eine ähnliche Fragestellung leitet den Vergleich zwischen deutschem und italienischem Vertragsrecht im Beitrag von Pier Giuseppe Monateri und Alessandro Somma wie auch die bemerkenswerte Untersuchung der fundamentalen Unterschiede zwischen nationalsozialistischem und faschistischem Arbeitsrecht von Luca Nogler an. Freilich führt nicht jeder Vergleich zum Ziel. David Frasers Untersuchung der rechtswissenschaftlichen Rezeption der deutschen Rassengesetze in England und den USA kommt zu einem bemerkenswerten Befund: Kritik blieb die Ausnahme, neugierige Zustimmung beherrschte die rechtswissenschaftliche Szene. Doch lassen sich daraus auch die Unterschiede zwischen den angelsächsischen und der nationalsozialistischen Rechtsordnung relativieren – oder werden hier Rechtswissenschaft und Rechtssystem zu schnell gleichgesetzt? Laurence Lustgarten formuliert in seinem anschließenden Beitrag eine entsprechende Kritik.

Oft funktionieren Vergleiche nur asymmetrisch. Aus vielen Gründen ist der deutsche Nationalsozialismus – die Bestie im Zoo des “normalen” europäischen Faschismus – mit Besonderheit zu erfassen. Gerade wenn man die anti-

demokratischen Traditionen Europas nachspürt, muss daher vom Sonderfall Deutschland auch abgesehen und der Blick auf die faschistischen Rechtsordnungen Italiens, Spaniens oder Österreichs vor 1938 gerichtet werden. Im Band gehören diese Beiträge für den deutschen Leser zu den interessantesten, zumal wenn sie als Diskussion zwischen Forschern präsentiert werden. Die Auseinandersetzung in den Beiträgen Giacinto della Cananeas und Massimo Latorre um die Einordnung des italienischen Verfassungstheoretikers Mortati, in der Sache aber um die Frage, welche Funktion die Kategorie der materiellen Verfassung für die Vorbereitung und Vollstreckung einer faschistischen Rechtsordnung hat, ist hierfür ein Beispiel, die geschickte Darstellung der faschistischen Wendung des spanischen Staatsrechts aus der Situation des Bürgerkriegs heraus von Agustín José Menéndez und die Analyse des Endes der österreichischen Demokratie durch Alexander Sometk andere.

Wer über das Recht des Nationalsozialismus schreibt, schreibt nicht selten auch über Carl Schmitt, so auch im vorliegenden Band (John P. McCormick). Das ist vielleicht zu viel der Ehre, zumal eine Menge Forschung vorliegt. Insbesondere Schmitts Thesen zur Völkerrechtstheorie des Großraums laden mit Blick auf das europäische Projekt ein, aber vielleicht muss man gar nicht den Umweg über Schmitt gehen, nur um dann – zutreffend – seine Bedeutung zu relativieren und andere Figuren in den Vordergrund zu stellen (Ingo J. Hueck).

Aber ist all dies nicht Geschichte? Was hat es mit dem Prozess der Europäisierung zu tun? Den genauesten Versuch einer Antwort auf diese Frage liefert einer der Herausgeber: In einer subtilen Rekonstruktion verknüpft Christian Joerges die Theorie des nationalsozialistischen Großraums mit der Semantik der frühen europäischen Integration: Technokratie, Marktordnung und eine herausgehobene Rolle der Verwaltung sind die Linien, die sich etwa über die Tradition des deutschen Verwaltungs- und Europarechts (Hans Peter Ipsen) oder des Ordo-Liberalismus von der einen in die andere Ordnung transportieren. Bereits wünschenswert konkret, ließe sich diese Analyse fortsetzen und an der Institutionenpolitik der frühen EWG weiter erforschen. Inwieweit dies aber bedeuten muss, dass sich die autoritäre Ordnung der 1930er Jahre in Österreich als eine vergleichende Bezugsgröße für die gegenwärtige EU verstehen lässt, so Sometk, bleibt zweifelhaft. Aus Kontinuitäten folgen nicht notwendig Parallelen.

Die gemeineuropäische Vergangenheit wird so schnell nicht vergehen, im Gegenteil: Je stärker sich die Sehnsucht nach einer europäischen Identität artikuliert und je intensiver sie sich in Form von verfassungsähnlichen Rechtstexten auch institutionalisiert, desto unausweichlicher wird die Suche nach Elementen einer gemeineuropäischen politischen Tradition. Dies ist gerade für Deutschland schmerzlich, das sich doch stets gerne nach Europa wandte, um von der eigenen Vergangenheit absehen zu können. Es ist auch schwierig für Länder, auf die kein Schatten fällt, wie Großbritannien oder die Niederlande. Doch die allzulange Zeit ablehnende Haltung vieler europäischer Nationen zu einer Ordnung gleicher Freiheit wird sich durch keine Präambel hinwegdefinieren lassen, soll sich die europäische Identität nicht auf schönfärberische Rhetorik beschränken. Und auch handfestere

Gründe sprechen für die im vorliegenden Beitrag begonnene Aufarbeitung – etwa beim Zusammenstoß europäischer Identitätspolitik mit europäischer Außenpolitik. Dann muss Europa sich fragen lassen, wie es mit dem türkischen Genozid an den Armeniern umgeht – oder mit welchem Recht Europas Intellektuelle beginnen, die Vereinigten Staaten moralisch zu belehren, statt sie politisch zu kritisieren. Die Feststellung des französischen Philosophen Alain Finkielkraut mit Blick auf den wachsenden Antisemitismus in Europa: “*L’Europe démocratique a eu raison du nazisme, mais le nazisme est européen. La mémoire rappelle sa vocation à l’Amérique, et à l’Europe sa fragilité.*” (Au nom de L’Autre, Réflexions sur l’antisémitisme qui vient, 2003, S. 16) unterstellt diese Verknüpfung von Geschichte und Gegenwart. Ihre Berechtigung bedarf auch historischer Untersuchung. Auf dem Weg nach Europa werden uns unsere Schatten noch lange verfolgen – ja manches spricht dafür, dass sie uns noch um einiges näher kommen müssen, bevor wir sie verstehen und damit Europa sich selbst. Der vorliegende Beitrag ist ein Meilenstein auf diesem schmerzhaften Weg. Christoph Möllers, Münster

**Münch, Ingo von: Geschichte vor Gericht – Der Fall Engel.** Hamburg: Ellert & Richter (2004) 176 S. € 14,95.

Den konkreten Gegenstand der Betrachtung und wissenschaftlichen Untersuchung bildet die Verurteilung des ehemaligen SS-Offiziers Engel (Jahrgang 1909) durch das Landgericht Hamburg im Jahre 2002 wegen Mordes. Der Autor hatte als Beobachter an der Verhandlung teilgenommen, bei der es um die Geislerschießung von 59 italienischen Gefangenen durch die deutsche Wehrmacht unter dem Kommando des Angeklagten ging. Nach Erscheinen dieses Buches entschied der Bundesgerichtshof im Jahre 2004, dass das Verfahren eingestellt werde (NJW 2004, S. 2316 ff., mit Anm. von G. Betram, S. 2278 ff.). Die vorliegende Darstellung und kritische Würdigung dieses Falles ist ein Meisterstück juristischer, rechtsgeschichtlicher und rechtstheoretischer Untersuchung, die nur ein wissenschaftlich erfahrener und gelehrter Kenner des Kriegsvölkerrechts vornehmen konnte. Auch die Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofs hält vor dieser Kritik nicht stand, obwohl sie zur Einstellung des Verfahrens führte.

Der Anlass der Geislerschießung war ein Bombenattentat italienischer Partisanen auf ein deutsches Soldatenkino in Genua im Jahre 1944, wobei fünf oder sechs deutsche Soldaten getötet und 16 weitere Personen verletzt wurden. Der Angeklagte war in Italien in Abwesenheit verurteilt worden, eine Vollstreckung des Urteils scheiterte jedoch daran, dass er seinen Wohnsitz in Hamburg, seiner Heimatstadt, nahm. Die Verfahrensvoraussetzungen für die Zulässigkeit der Verurteilung durch das Landgericht Hamburg können hier nicht im Einzelnen wiedergegeben werden. Jedenfalls wurde er wegen Mordes, der nicht verjährt, verurteilt, vor allem auch wegen der Art der Durchführung der Erschießungen. Eine Verurteilung wegen Totschlags hätte nicht erfolgen können, da dieser Tatbestand verjährt wäre. Aber auch insoweit hätten starke Bedenken bestanden. Mit außerordentlicher Akribie und subtiler Darstellung der Rechtslage im Zweiten Weltkrieg untersucht der Verfasser, inwieweit die Verurteilung durch das Landgericht sich der Kritik aus-

setzen muss. Dabei wird die Brutalität kriegerischer Maßnahmen in voller Klarheit geschildert und in keiner Weise beschönigt oder gar moralisch gerechtfertigt, was vor allem für den Partisanenkampf gilt. Wogegen sich der Autor aber mit exzellenten Gründen wendet, ist der Umstand, dass die Richter des Landgerichts offenbar nicht in der Lage waren, die Tat aus der Zeit ihrer Begehung juristisch zu würdigen. Weder die Erwägungen im Nürnberger Kriegsverbrecher-Prozess ergeben eine Rechtfertigung des Urteils, noch eine Wertung des damals geltenden *ius in bello*, wie es noch im Zweiten Weltkrieg von allen Seiten praktiziert und für völkerrechtlich gerechtfertigt angesehen wurde. So wird eine gewisse Naivität der Richter aufgezeigt, wenn sie u. a. die Beurteilung der Rechtslage auf eine heutige geläuterte Rechtsauffassung (so auch der BGH) stützen, wogegen sie hätten fragen sollen, wie denn die Rechtslage zur Zeit der Tat einzuschätzen war. Oder – um ein anderes Beispiel zu nennen – wie völkerrechtlich unhaltbar die Auffassung des Bundesgerichtshofs war, dass es letztlich auch von Bedeutung sein könne, ob der deutsche Angriffskrieg überhaupt zur Anwendung von Kriegsrepressalien berechtigen konnte. Der Verfasser stellt mit Recht fest, dass hierbei die fundamentale Unterscheidung von *ius ad bellum* und *ius in bello* nicht nur völlig verkannt wird, sondern den Richtern offenbar überhaupt unbekannt ist. Der Verfasser stellt den gesamten Prozess in den geschichtlichen und rechtswissenschaftlichen Kontext und weicht auch nicht moralischen Erwägungen aus. Die Anwendung des Tatbestandes des Mordes hält er für nicht begründbar; wer ihn dennoch begründen wolle, müsse bereit sein, alle Bombenflieger des letzten Krieges wegen wahlloser "Ermordung" von Zivilisten, Frauen und Kindern durch Flächenbombardements von Städten zu verurteilen. Dass die Barrieren des *ius in bello* weitgehend nicht standgehalten haben, sollte nicht davon dispensieren, ihre zwar harten, aber immer noch humanitären Ziele zu respektieren, anstatt ohne sie auskommen zu wollen. Dass der Partisanenkampf das humanitäre Kriegsrecht vor eine fürchterliche Probe stellt, wird vom Autor in eindringlicher Weise gezeigt. Immer wieder – so meine ich – sollte man bedenken, dass seine halbherzige Legitimation in den Normen des 1. Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen (Art. 44) im Jahre 1977 den Unterschied zwischen Zivilisten und Kombattanten gefährlich einengt, wenn es die Voraussetzungen des Kombattanten-Status zu Gunsten von Freiheitsbewegungen ausdehnt. Diese Normen machen den regulären Soldaten wehrloser, aber gerade deswegen im Hinblick auf seinen eigenen Schutz unnachgiebiger. Der Soldat, der aus dem Hinterhalt beschossen werden kann, wird im Zweifel zuerst schießen. Für diese Situationen ist das Buch ein Lehrstück, wie es eindringlicher kaum denkbar ist. Vielleicht versteht seinen tieferen Sinn aber nur noch derjenige, der diese Situation selbst erlebt hat. Erfahrungen weiterzugeben ist nur schwer möglich; gleichwohl muss es immer wieder versucht werden. Der Autor hat die Rechtslage im Zweiten Weltkrieg im Hinblick auf das humanitäre Kriegsrecht und insbesondere im Hinblick auf die Kriegsrepressalien durch Geislerschießung überzeugend geschildert. Überzeugend ist auch seine Schlussfolgerung, dass Mord im Sinne des Strafrechts aus der Sicht der Zeit der Tatbegehung nicht vorlag. Eindrucksvoll ist immer wieder, wie es dem Verfasser gelingt, den Bogen vom Abstrakten zum

Konkreten zu schlagen. Eindringlich wird gezeigt, wie ohne Normengeschichte das Verständnis von früheren Ereignissen abreißt. Mir ist keine Publikation bekannt, die in vergleichbarer Weise Recht und Wirklichkeit des Kriegsrechts kombiniert hätte.

Karl Doehring

**Schwitzer Marsiaj, Caroline E.: *The Role of International NGOs in the Global Governance of Human Rights*.** Challenging the Democratic Deficit. Zürich/Basel/Genf: Schulthess (2003), (Schweizer Studien zum Internationalen Recht 121). 363 S. € 50,-

The book originated as a doctoral dissertation submitted to the Law School of the University of Zurich in 2002. The chapters frame the issues, characteristics and the legal status of NGOs. Those that operate in the field of human rights receive particular attention. Their role in the UN and the European system is painstakingly analysed. The comprehensive overview is accompanied by insightful doctrinal undertones on the basis of the massive literature on the subject. The bibliography is indicative of the industry of the undertaking.

It is well-known that NGOs and other non-state actors have contributed substantially in filling the gap between the sovereignty-based state system and the operational realities dictated by what goes by the name of globalization. The economic undercurrents of the latter phenomenon have received wide attention and even institutional precipitation, like WTO, G-8 summits, Davos, and so on. The periodic confabulations of the rich and the mighty expose the inadequacies of the institutional structures of the current world order. The dynamics of international investment, the vagaries of exchange rates, the largely unregulated massive movement of money have, among many other things, truncated the Westphalian state system.

The situation in the field of human rights is equally alarming. Sovereignty continues to be used as a shield against international incursions. But, one can rightly take heart at the daring developments made in the not-entirely euphemistic “global governance” of human rights. The author endorses the post-World War-II conviction that “how human beings are treated anywhere concerns everyone, everywhere”. Rwanda, Darfur and, to a degree, Abu Ghraib, to name only a few, taunt that conviction. Nonetheless, the author meticulously identifies the sinews of optimism, and rightly sticks to the thesis: “With the internalization of human rights, the classical international law doctrine of state sovereignty and its corollary of non-intervention has been thrown into question by the field of human rights.”(at XLII).

The functions performed by NGOs are detailed in terms of dissemination of information, education, advocacy, standard-setting, litigation and networking. The “explosion” of NGOs at the national and international levels is ably explained. The growth of those with consultative status at the UN – from 41 in 1948 to 2,049 in 2001 – is helpfully tabulated (at p. 53-54). How much of this proliferation is driven by moral motivations and how much by greed is left unaccounted. Their catalytic role in standard-setting and normative formulation in the UN bodies is

ZaöRV 64 (2004)

duly recognized. The interaction with the various UN bodies is exhaustively examined. The section dealing with the way NGOs have contributed to the jurisprudence of the International Court of Justice through *amici curiae* presentations (at p. 121 et seq.) makes an interesting reading.

NGOs have made a significant contribution in helping treaty monitoring bodies perform their functions effectively. They have helped insufficiently-equipped state parties in preparing and moderating country reports, complaints, missions etc. How the better-ordained European system benefits by their participation in and direct access to the various organs of the system, including the new court, are given adequate attention.

In conclusion, the author stresses the need to minimize the adversarial interaction between NGOs and IGOs, and advocates a more synergistic relationship established on the basis of need and flexible enough to adapt to differing circumstances. The author argues that “the reciprocal benefits of formal and informal strategies currently available to NGOs account for their remarkable successes in recent years” (at p. 267). The reviewer heartily concurs.

Rahmatullah Khan, Heidelberg

**Anghie, Antony/Chimni, Bhupinder/Mickelson, Karin/Okafor, Obiora (eds.): The Third World and International Order – Law, Politics and Globalization.** Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2003, (Developments in International Law Series, Vol. 45). 198 p. € 70,-/US\$ 87,-

The nine essays collected in this book are based on papers presented at an international conference held under the same title at Osgoode Hall Law School, York University, in Toronto, Canada, in October 2001. The conference as well as the papers submitted at it and now available as a publication stem from a valuable albeit in Northern circles not yet well-known initiative of scholars and practitioners of international law from developing countries, or lawyers with a special interest in third world perspectives of international law, i.e. Third World Approaches to International Law (TWAAIL). As the editors of the conference proceedings emphasize in their introductory note, “TWAAIL scholars do not always agree on the content, direction and strategies of third world approaches to international law. However, we are united in the recognition that there is an urgent need to democratize international legal scholarship in that we need to enhance participation by third world voices in debates about international law [...] particularly since the contemporary international system appears to be disempowering third world peoples, intensifying inequality between the North and the South”. The conference as well as the papers presented at it and now published contribute aptly to the TWAAIL goal to develop a substantive critique of the politics and scholarship of mainstream international law and formulate new approaches to address third world concerns.

On a more general note, all nine TWAAIL conference contributions are well documented and of high quality in their legal analysis. While, as their editors correctly concede, no well-founded theory is yet underlying the analysis of TWAAIL scholars, their common concern is courageously expressed, and the rationale of

many concepts of mainstream public international law and international economic law is forcefully questioned from the third world perspective. TWAIL criticism of Northern international law is eloquently put forward, and the lively discourse in which all papers engage in their review is rather refreshing. Regrettably, at crucial points, some TWAIL scholars' analysis and arguments are ideologically tainted, e.g. when Marxist thinking and terminology slips into an otherwise correct diagnosis of asymmetries in the international legal order for trade. After the major planned economies practically declared bankruptcy and changed their economic system, with most switching to market economies, Marxist economic analysis is, to a large extent, anachronistic. The reviewer's recommendation to TWAIL scholars would be to rather justify their correct analysis of inequalities in the international economic system based on modern development economists' findings (e.g. by Joseph E. Stiglitz), thereby neither sounding outdated nor risking not to be taken seriously. A third world call for a true global market with a level playing field for North and South (e.g. in the WTO rounds and in negotiations of financial assistance and related conditionalities with the international financial institutions) has in the long run more prospects of success in terms of reform of the international system than sticking to political and economic concepts that are no longer valid.

In more detail, the five topics dealt with in the book include gender, international economic relations, peace and security, sovereign territory, and theories of international law.

Gender issues in South Asia are discussed by Bipasha Baruah. Her concise description of gender and development schools of thought reminds anyone interested in women's issues about the long way in the promotion of women's causes in developing countries from simpler approaches to more complicated concepts (i.e. from welfare, equity, anti-poverty, and efficiency, to empowerment, rights-based, and capabilities approach). Baruah's plea in favor of the capabilities approach is well taken as that approach designs any development program with the woman, in her multiple roles and at various stages in her life, at the center of the architectural task, thus treating the women's concerns as the ends of development programs rather than as instruments of the ends of other things. The identification of challenges for the capabilities approach in terms of the difficulty to express it in economic figures, or the qualification of its superiority in terms of cultural sensitivity are among the issues that deserve further analysis but would have gone beyond the limited space available for contributions in the book. Among those issues that, while not mentioned, require a closer look would be a discussion of the capabilities approach under human rights instruments such as the UN (United Nations) convention promoting equality of women (CEDAW), or a comparison of the approach with the practice of development assistance agencies.

Vasuki Nesiiah presents third world feminisms by examining the role of the veil in third world countries as well as in the North. Her references to the meaning of veiling or unveiling women in different historic contexts show that various, even conflicting meanings, are attached to the veil, with any feminist meaning often taking the back-seat behind political (e.g. anti-colonial), or religious (e.g. as Islamic

fetish), meanings. Noteworthy is Nesi ah's qualification of the Western secular concepts of the unveiled, enlightened feminism as less neutral and tolerant than often perceived or pretended but as in fact equally value-loaded, i.e. filled with Western, the secular and liberal nation state representing, values when looked at from the third world perspective.

International economic law issues are taken on by Shedrack Agba k wa in his contribution on the impunity of non-state corporate actors in the developing world. His detailed *tour d'horizon* traces the evolution of the concepts of international responsibility and the international substantive standards to be adhered to (such as human rights and international criminal law) as a framework under which states and their politicians can be held accountable for actions that adversely affect people including those in the third world. By contrast, MNCs (multinational corporations) are in a position to use low national liability standards (e.g. safety regulation, product liability) and inefficient judiciaries in third world countries in their favor as the few efforts to introduce global codes of conduct for MNCs failed, or because MNC home country courts deny victims of MNC action their jurisdiction. On the other hand, the international legal order facilitates MNCs' claims against host states (e.g. directly via ICSID (International Centre for the Settlement of Investment Disputes) or indirectly before the WTO DSB (World Trade Organization Dispute Settlement Body)). The legal analysis of an important gap in the international economic order would have benefited from some economic data (e.g. on private capital flows from North to South proving the financial capacities of MNCs compared with which third world victims' claims are relatively small).

Muthucumaraswamy So r n a r a j a h surveys recent developments in the international law on FDI (foreign direct investment) and reports in this respect some bright sides for third world countries. He points out that, with investment nowadays not any longer only flowing from North to South but also flowing from South to South, and, at times, even from South to North, BITs (bilateral investment treaties) increasingly include provisions that not only protect the FDI but also seek to promote social and environmental responsibility of investors for the benefit of third world countries and their people. So r n a r a j a h lists the failure of the adoption of the MAI (multilateral agreement on investment) in conjunction with the controversial debate over the inclusion of environmental clauses as another indication of some halt in the one sided strengthening of international investment law for the benefit of Northern investors. Similarly, the resistance against an extension of WTO's competences on FDI are noted in favor of developing countries. Whether these developments – small scores in favor of developing countries – suffice to support a conclusion that the current international regime for FDI is a balanced one, is unfortunately an issue that So r n a r a j a h hardly addresses.

U p e n d r a B a x i discusses the challenges for international law posed by the catastrophic events of September 11, 2001, and the responses of the international community, in the first place the global "war against terrorism" and its difficult justifications. According to B a x i, the multitude of legal challenges to the notions of self-defense, collective security, and world peace is mostly compounded by the

cultural, religious, ideological hypocrisies inherent in many of the measures taken on the ground. Most of them neglect sound interpretation of existing international rules of law, hide necessities of formulating new ones, or introduce double standards (e.g. severe punishment for Southern regimes helping or harboring terrorists but mere disciplining Northern regimes failing to effectively track down terrorists; or addressing the mere global "misfortune" of poverty in the South with lame development assistance reactions from the North but treating the events of "September 11" as global "injustice" via speedy military responses and compensation for victims), and thus fall short of developing new international law paradigms based on firm ethics.

Michael Mandel continues the critical study of current developments in the area of international security and peace by focusing on the Northern Alliance's interventions in Yugoslavia and Afghanistan, noting the similarities in terms of their difficult legal justifications (humanitarian intervention in Yugoslavia; self-defense in Afghanistan) with a particular emphasis on the terrible and non-proportional killings of civilian population in the territories targeted by the military interventions, the differences in terms of the establishment of an international criminal tribunal for Yugoslavia but an absence of a similar criminal law follow-up with respect to Al-Qaeda, as well as the asymmetries in the Yugoslav case resulting from the prosecution of Yugoslav politicians and generals for crimes against humanity before the ICTFY (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia) and the lack of a similar prosecution of NATO (Northern Atlantic Treaty Organization) generals for the deliberate killings of innocent civilians during NATO's intervention in Kosovo. As major flaw in the ICTFY as well as the ICC (International Criminal Court), Mandel points to the fact that the notion of international war crimes does not include aggression in its definition, thus avoiding a legal double-checking on the legality of military intervention, allowing for escape of the victorious side in this respect, and resulting in an international criminal law that remains the hypocritical expression of power.

James Thuo Gathii analyses the 1999 decision of the ICJ (International Court of Justice) in the dispute concerning the Kasikili/Sedudu Island between Namibia and Botswana. In this territorial dispute, the international law test applied by the ICJ to decide the case required the claimant to have established sovereignty over territory, i.e. sovereign use and occupancy of the territory in question. Mere nomadic usage as opposed to settled, Western lifestyles could not under contemporary public international law form the basis of a claim for sovereign territory. The dispute was thus decided primarily based on treaties concluded by the colonial powers, and the practice developed under these treaties, disregarding any African community's use and occupation of the Island in question, and implying "Africa to have been an unhistorical and unconscious entity" which only colonizing states awakened from the centuries long sleep by introducing commerce and civilization. From a third world perspective, the case before the ICJ illustrates how culturally insensitive public international law is. Put differently, while indigenous peoples rights are recognized, soon the limits of such recognition are reached, e.g. in terri-

torial disputes in which indigenous peoples and their ways of living are not considered equals of Westphalian type of states.

Bhupinder S. Chimni and Balakrishnan Rajagopal address the issue of the theoretical underpinnings of TWAIL.

Chimni highlights that any political, economic, or sociological argument that is pronouncing the category "third world" superfluous (e.g., among others, because of the end of the cold war and the emergence of newly industrialized economies/ex-communist regimes/ex-planned economies; or because of economic miracles in SEA (South East Asia) and elsewhere) serves but one purpose, i.e. to divide the already rather divided third world further, something that of course hurts third world agendas within WTO and other fora. Missing in support of his point of view are economic data which already, without suspecting a certain political agenda on the side of the North, largely suffice to prove that, inspite of the fact that the term third world lost its numerically logical underpinnings with the second world, i.e. the East, having gone after the end of the cold war, the concept's major *raison d'être*, i.e. poverty, has not disappeared. By contrast, when concentrating on the common denominator of poverty, the third world problem is, with the North-South divide growing, unfortunately much alive. Chimni's list of elements of the current global economic order which are disadvantageous for developing countries provides a first, important, attempt to identify the many instances in which formal equality between the North and the South exists but substantive equality is lacking. His following discussion illustrates how old and new international law concepts (such as good governance, universal human rights, intellectual property rights, use of force) have, by those in power, been given a one sided meaning, i.e. one that is beneficial to the North and at the expense of the South. His next section tells the tragic story of resistance to such developments in the third world camp. Regrettably, his emphasis on old and new social movements and his call for a renaissance of socialist ideas in the third world's struggle against the North is (i) overlooking the responsibilities of other actors (domestic Southern politicians, academics, the media, and even the local corporate sector), and (ii) perhaps for reasons of ideological blindness returning to economic recipes that have long proven not functioning. His then suggested research agenda (to name a few of the items on his list: transparency and accountability of international organizations; revitalization of concepts of the NIEO (new international economic order); reinvigoration of monetary sovereignty; focusing on equity-based sustainable development) is partially worth looking at, partially as much outdated as the 2000 recommendation by the US (United States) Congress sponsored Meltzer Commission for the international financial institutions when asking these to focus on their original tasks, i.e. trying to turn the wheel back instead of finding appropriate answers to the new and different global problems. Some of the research suggested by Chimni is already being undertaken. For example, the ILA (International Law Association) Committee on Accountability of International Organizations is intensively dealing with the issue of governance and accountability of international organizations

since May 1996. It has submitted several substantive interim-reports, and, by now, even come out with final, comprehensive recommendations on the topic.

Rajagopal's paper undertakes a "theoretical inquiry of third world resistance" in an attempt to reflect on the catalyst roles of social movements in international law, to rethink the political and economic underpinnings of the current international legal order with a view to articulating a theory of resistance that could serve as guideline for more effectively putting forward third world claims. While potentially a powerful vision, in the eye of this reviewer, such a goal, i.e. focusing on resistance, is, from a psychological and strategic point of view, negatively loaded and thus less attractive than a formulation of proactive approaches. Furthermore, a more concrete program of actions focusing on the numerous deficiencies, gaps, and asymmetries in international law for developing countries and formulating strategies to overcome them would perhaps be a more realistic goal to promote the re-uniting of the third world as a political, economic, social, and cultural player of importance in a global world, without such strategies, depending on their contents, necessarily being at the expense of the North.

Sabine Schlemmer-Schulte, Heidelberg