

# Die Humanisierung des Völkerrechts durch das *ius in bello* – Von der Martens’schen Klausel zur “*Responsibility to Protect*” –

Thilo Rensmann\*

## I. Einleitung

Das *ius in bello* wird heute meist als humanitäres Völkerrecht bezeichnet. Dem unbefangenen Beobachter muss es als wahrhaft Orwell’sche Sprachschöpfung anmuten, wenn damit gerade der völkerrechtliche Regelungskomplex als “humanitär” geadelt wird, der die “Spielregeln” für den Krieg enthält, der also das Töten von Menschen sowie die Zerstörung von Natur und Kultur legitimiert.

Lässt man aber die vergangenen hundert Jahre seit Abschluss der beiden Haager Friedenskonferenzen von 1899 und 1907 Revue passieren,<sup>1</sup> so wird deutlich, dass wesentliche Impulse für die “Humanisierung” des Völkerrechts vom *ius in bello* ausgegangen sind,<sup>2</sup> das Kriegsrecht also in der Tat paradoxerweise den Ehrentitel “humanitäres Völkerrecht” verdient.

Der Grund für die erstaunliche Innovationskraft, die das *ius in bello* seit dem 19. Jahrhundert entfaltet hat, liegt in der ihm eigentümlichen Verknüpfung von Idealismus und Pragmatismus. Die “Gesetze der Menschlichkeit”<sup>3</sup> finden im humanitären Völkerrecht von vorherein ihre Grenze in den militärischen Notwendigkeiten.<sup>4</sup> Der Blick des *ius in bello* ist auf das Machbare in einer unvollkommenen Welt gerichtet.

Der Pragmatismus des humanitären Völkerrechts hat sich andererseits aber nie durch Dogmatismus einengen lassen. Die “Forderungen des öffentlichen Gewis-

---

\* Dr. iur. (Bonn), LL.M. (Univ. of Virginia), Privatdozent an der Universität Bonn. Der Autor vertritt zurzeit den Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungslehre und Finanzrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

<sup>1</sup> Vgl. zur herausragenden Bedeutung der beiden Haager Friedenskonferenzen für die Entwicklung des Kriegsvölkerrechts George H. Aldrich, *The Laws of War on Land*, AJIL 94 (2000), 31 ff.; Christopher Greenwood, *International Humanitarian Law (Laws of War)*, in: Frits Kalshoven (Hrsg.), *The Centennial of the First International Peace Conference (2000)*, 161 ff.; J. Ashley Roach, *The Law of Naval Warfare at the Turn of Two Centuries*, AJIL 94 (2000), 64 ff.

<sup>2</sup> Siehe zum Topos der “Humanisierung” des Völkerrechts in diesem Kontext Theodor Meron, *The Humanization of International Law* (2006).

<sup>3</sup> Vgl. die sog. Martens’sche Klausel in den Präambeln des II. Haager Abkommens betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs v. 29.7.1899, RGBl. 1901, 423 ff. sowie des IV. Haager Abkommens betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs v. 18.10.1907, RGBl. 1910, 107 ff. Siehe zur Martens’schen Klausel auch unten II.

<sup>4</sup> Siehe die Präambeln der Haager Abkommen von 1899 und 1907 (Anm. 3): Die Haager Landkriegsordnung soll “die Leiden des Krieges ... mildern, soweit es die militärischen Interessen gestatten ...”.

sens”<sup>5</sup> haben das *ius in bello* stets gezwungen, das Machbare auch jenseits der ausgetretenen Pfade des überkommenen Völkerrechts zu suchen.<sup>6</sup> Die großen humanitären Katastrophen, die die Kriege des 19. und 20. Jahrhunderts heraufbeschworen haben, führten immer wieder zu “*constitutional moments*”,<sup>7</sup> zu Momenten, in denen die Staatengemeinschaft die Verfassungsgrundlagen des modernen Völkerrechts im *ius in bello* fortgeschrieben hat.

Im Folgenden sollen zwei Innovationen näher beleuchtet werden, die die Völkerrechtsordnung dem *ius in bello* zu verdanken hat und die schließlich auch außerhalb von bewaffneten Konflikten zur Humanisierung des Völkerrechts beigetragen haben: zum einen die berühmte Martens’sche Klausel und zum anderen die bemerkenswerte, erstmals im gemeinsamen Art. 1 der Genfer Konventionen von 1949<sup>8</sup> formulierte humanitäre Schutz- und Gewährleistungspflicht.

## II. Die Martens’sche Klausel

Am Anfang war die Martens’sche Klausel.<sup>9</sup> Der russisch-estnische Völkerrechtler Friedrich Fromhold Martens, einflussreiches Mitglied der russischen Delegation bei den Haager Friedenskonferenzen,<sup>10</sup> ahnte sicher nicht, welche normative Explosivkraft ein kleiner von ihm formulierter Absatz entfalten würde, der schließlich Eingang in die Präambeln der “Haager Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges” von 1899 und 1907 fand. Nach der Martens’schen Klausel bleiben in Fällen, die von der Haager Landkriegsordnung nicht erfasst sind,

<sup>5</sup> Vgl. die Martens’sche Klausel oben Anm. 3.

<sup>6</sup> Hierzu auch Luigi Condorelli, *Le droit international humanitaire en tant qu’atelier d’expérimentation juridique*, in: W. Haller u.a. (Hrsg.), *Im Dienst an der Gemeinschaft – Festschrift für Dietrich Schindler* (1989), 193 ff.

<sup>7</sup> Siehe zu diesem Topos Bruce Ackermann, *We the People: Foundations* (1991).

<sup>8</sup> I. Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der Streitkräfte im Felde v. 12.8.1949, BGBl. 1954 II, 783 ff.; II. Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der Streitkräfte zur See v. 12.8.1949, BGBl. 1954 II, 813 ff.; III. Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen v. 12.8.1949, BGBl. 1954 II, 838 ff.; IV. Genfer Abkommen zum Schutze von Zivilpersonen in Kriegszeiten v. 12.8.1949, BGBl. 1954 II, 917 ff.

<sup>9</sup> Siehe oben Anm. 3. Vgl. aus der jüngeren Literatur zur Martens’schen Klausel Antonio Cassese, *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply a Pie in the Sky?*, EJIL 11 (2000), 187 ff.; Theodor Meron, *The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience*, 94 AJIL (2000), 78 ff.; ders. (Anm. 2), 16 ff.

<sup>10</sup> Vgl. zu seiner Person Dieter Fleck, *Friedrich von Martens: A Great International Lawyer from Pärnu*, Baltic Defence Review 10 (2003), 19 ff.; Vladimir V. Pustogarov, *Our Martens: F. F. Martens – International Lawyer and Architect of Peace* (2000); Henn-Jüri Uibopuu, *Friedrich Freiherr v. Martens – Jurist, Politiker, Humanist*, Monatshefte für Osteuropäisches Recht 48 (2006), 19 ff.; Hans Wehberg, *Friedrich von Martens und die Haager Friedenskonferenzen*, Zeitschrift für Internationales Recht 20 (1910), 343 ff.

“die Bevölkerung und die Kriegsführenden unter dem Schutze und der Herrschaft der Grundsätze des Völkerrechts ..., wie sie sich ergeben aus den unter gesitteten Völkern feststehenden Gebräuchen, aus den Gesetzen der Menschlichkeit und aus den Forderungen des öffentlichen Gewissens.”<sup>11</sup>

Was auch immer Martens und die anderen Teilnehmer der Haager Friedenskonferenzen ursprünglich mit dieser Klausel verbunden haben mögen,<sup>12</sup> sie sollte im 20. Jahrhundert zum archimedischen Punkt für die fortschreitende Humanisierung des Völkerrechts werden.<sup>13</sup>

Die Martens'sche Klausel, die sich heute auch in den Genfer Abkommen von 1949<sup>14</sup> und den Zusatzprotokollen von 1977<sup>15</sup> findet, baut die Brücke zwischen positivem Recht und Naturrecht, zwischen Recht und Moral, indem sie die “Gesetze der Menschlichkeit” und die “Forderungen des öffentlichen Gewissens” in das positive Recht inkorporiert.<sup>16</sup> Die Menschlichkeit, die Humanität, ist damit als Telos des modernen Völkerrechts positiviert, sie strahlt auf die gesamte Völkerrechtsordnung aus, jeder Satz des Völkerrechts ist im Lichte der Humanität als oberstem Konstitutionsprinzip auszulegen.

Dass die “Gesetze der Menschlichkeit” nicht nur im Krieg, sondern erst recht im Frieden den Leitstern der modernen Völkerrechtsordnung bilden, hat der Internationale Gerichtshof dann 1949 im *Corfu Channel*-Fall autoritativ formuliert. “*Elementary considerations of humanity*” heißt es dort unter Bezug auf das Haager Recht von 1907 seien als Grundsatz des Völkerrechts allgemein anerkannt und seien “*more exacting in peace than in war*”.<sup>17</sup> Ganz in diesem Sinne stützt sich auch die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte<sup>18</sup> in ihrer Präambel in offenkundig-

<sup>11</sup> So die Fassung des IV. Haager Abkommens von 1907, vgl. oben Anm. 3.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu Cassese (Anm. 9), 193 ff.; Meron (Anm. 9), 79; Pustogarov (Anm. 10), 175 ff.

<sup>13</sup> Siehe zur Bedeutung der Martens'schen Klausel für die Fundierung des modernen Völkerrechts in humanitären Grundwerten Christian Tomuschat, *Obligations Arising for States Without or Against Their Will*, RdC 241 (1993-IV), 195 (300 ff.); ders., *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, RdC 281 (1999), 9 (356 f.).

<sup>14</sup> Art. 63 Abs. 4 des I. Genfer Abkommens; Art. 62 Abs. 4 des II. Genfer Abkommens; Art. 142 Abs. 4 des III. Genfer Abkommens; Art. 158 des IV. Genfer Abkommens.

<sup>15</sup> Art. 1 Abs. 2 des Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (I. Zusatzprotokoll) v. 8.6.1977, BGBl. 1990 II, 1551 ff.; Präambel des Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (II. Zusatzprotokoll) v. 8.6.1977, BGBl. 1990 II, 1637 ff.

<sup>16</sup> Vgl. Cassese (Anm. 9), 188: “The principal – and general – merit of the clause ... is that it approached the question of the laws of humanity for the first time not as a moral issue but from a positivist ... perspective.” Siehe auch die abweichende Meinung von Judge Shahabuddeen im Atomwaffengutachten des Internationalen Gerichtshofs (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996, 226 [406]): “In effect the Martens Clause provided authority for treating the principles of humanity and the dictates of public conscience as principles of international law ...”.

<sup>17</sup> Internationaler Gerichtshof, *Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, ICJ Reports 1949, 4 (22).

<sup>18</sup> Allgemeine Erklärung der Menschenrechte v. 10.12.1948, GA Res. 217 A (III), UN GAOR, III, Resolutions, 71 ff.

ger Anlehnung an die M a r t e n s 'sche Klausel auf die Forderungen des "Gewissens der Menschheit" und verleiht den "Gesetzen der Menschlichkeit" in einem universellen Menschenrechtskatalog konkrete Gestalt.

Es ist stets umstritten geblieben, auf welche Art und Weise sich die "Gesetze der Menschlichkeit" und die "Forderungen des öffentlichen Gewissens" in der praktischen Rechtsanwendung entfalten.<sup>19</sup> Dies kann kaum verwundern, rührt doch die M a r t e n s 'sche Klausel an die rechtstheoretischen und -dogmatischen Grundannahmen des Völkerrechts. Zwei normative Wirkungen der M a r t e n s 'schen Klausel, die gerade vor dem Hintergrund der aktuellen Herausforderungen für das *ius in bello* und für das Völkerrecht insgesamt von großer Bedeutung sind, verdienen aber besondere Hervorhebung:

Erstens duldet die M a r t e n s 'sche Klausel keine rechtsfreien Räume, keine "*legal black holes*".<sup>20</sup> Dies entspricht dem *original intent*. Die Klausel sollte der Sorge der kleineren, militärisch schwächeren Staaten Rechnung tragen, dass bewaffnete Widerstandskämpfer in besetzten Gebieten durch die Haager Landkriegsordnung schutzlos gestellt werden könnten.<sup>21</sup> Nach der M a r t e n s 'schen Klausel stehen alle von bewaffneten Konflikten betroffenen Personen – Zivilbevölkerung und Kombattanten – "unter dem Schutze und der Herrschaft der Grundsätze des Völkerrechts". Diese schlichte, vor hundert Jahren formulierte Feststellung hat durch das "System Guantánamo" wieder höchste Aktualität erlangt.<sup>22</sup>

Zweitens verleiht die M a r t e n s 'sche Klausel dem Prozess der Normerzeugung im humanitären Völkerrecht eine besondere Dynamik. Denn in der M a r t e n s 'schen Klausel treten die "Gesetze der Menschlichkeit" und die "Forderungen des öffentlichen Gewissens" als Grundlagen des Völkerrechts offenbar gleichberechtigt neben die "unter den gesitteten Völkern feststehenden Gebräuche".<sup>23</sup>

Hier ist schon vor mehr als hundert Jahren die Einsicht formuliert worden, dass bei der gewohnheitsrechtlichen Entstehung von humanitärem Völkerrecht, ebenso wie heute bei den Menschenrechten, das Element der Staatenpraxis hinter der *opinio iuris* zurücktreten muss.<sup>24</sup> Liest man etwa die jährlichen Berichte von Amnesty International über die Menschenrechtslage in der Welt,<sup>25</sup> so wird schnell deutlich, dass es nicht möglich ist, die moralischen Imperative der Menschenrechte und des humanitären Völkerrechts schlüssig aus der Staatenpraxis abzuleiten, die ja, wie es

<sup>19</sup> Hierzu im Einzelnen m.w.N. C a s s e s e (Anm. 9), 189 ff.

<sup>20</sup> Siehe zur Charakterisierung des Gefangenenlagers in Guantanamo Bay als "*legal black hole*" englischer Court of Appeal, *R (Abbasi) v. Foreign Secretary*, [2002] EWCA Civ 1598, Rn. 64. Vgl. auch das Sondervotum des Richters S i m m a zu *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Internationaler Gerichtshof, Urteil v. 19.12.2005, Rn. 41.

<sup>21</sup> Siehe C a s s e s e (Anm. 9), 193 ff.; M e r o n (Anm. 9), 79; P u s t o g a r o v (Anm. 10), 175 ff.

<sup>22</sup> Hierzu Manfred N o w a k, Das System Guantánamo, Aus Politik und Zeitgeschehen 36/2006, 23 ff. Siehe auch den Bericht der fünf Sonderberichterstatter der UN-Menschenrechtskommission über die "Situation of Detainees at Guantánamo Bay", 27.2.2006, UN Dok. E/CN.4/2006/120.

<sup>23</sup> Vgl. den Wortlaut der M a r t e n s 'schen Klausel oben bei Anm. 11.

<sup>24</sup> Siehe Christian T o m u s c h a t, Human Rights – Between Idealism and Realism (2003), 34 f.

<sup>25</sup> Vgl. zu diesem Beispiel T o m u s c h a t (Anm. 13), RdC 281 (1999), 333 f.

der Internationale Gerichtshof formuliert, „*extensive and virtually uniform*“<sup>26</sup> sein muss. Hier versagen die klassischen Kategorien des Gewohnheitsrechts: Die Staatenpraxis muss daher im Geiste der Martens'schen Klausel partiell durch die „Gesetze der Menschlichkeit“ und die „Forderungen des öffentlichen Gewissens“ ersetzt werden.<sup>27</sup> Die überkommene induktive Methode der Gewinnung von Gewohnheitsrecht, wird durch einen deduktiven, von den Grundwerten der internationalen Gemeinschaft geleiteten Prozess überlagert.<sup>28</sup>

„Wer Menschheit sagt, will betrügen.“<sup>29</sup> Diese zynische Warnung Carl Schmitts führt das Missbrauchspotential eines solchen, an ethischen Großformeln orientierten Gewohnheitsrechtsverständnisses vor Augen.<sup>30</sup> Erst vor diesem Hintergrund erschließt sich die kaum zu überschätzende Bedeutung der Studie zum „Customary International Humanitarian Law“, die das Internationale Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) im Jahre 2005 vorgelegt hat.<sup>31</sup> Hier hat das IKRK mit seiner ganzen moralischen Autorität den heutigen Bestand des humanitären Gewohnheitsrechts im Lichte der „Gesetze der Menschlichkeit“ geprüft und in 161 knappe Regeln gefasst. Es gehört nicht viel Prophetie dazu vorauszusagen, dass das „Restatement“ des IKRK für das humanitäre Völkerrecht eine ähnliche Bedeutung erlangen wird, wie einst Blackstone's „Commentaries on the Laws of England“ für die Entwicklung des Common Law.<sup>32</sup>

Die damit vom IKRK beanspruchte Deutungshoheit über die „Gesetze der Menschlichkeit“ stößt vor allem in den Vereinigten Staaten von Amerika auf schärfste Kritik. In einer im Frühjahr 2007 veröffentlichten Stellungnahme, die in US-amerikanischen Fachkreisen unter dem Titel „*The Empire Strikes Back*“ kom-

<sup>26</sup> Internationaler Gerichtshof, *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark) (Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, ICJ Reports 1969, 3 ff., Rn. 71.

<sup>27</sup> Siehe in diesem Sinne auch die Studie des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz (IKRK) zum humanitären Gewohnheitsrecht: Jean-Marie Henckaerts/Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (2005), xlii. Vgl. auch IGH, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, 15 (23).

<sup>28</sup> Hierzu Matthias Herdegen, Das „konstruktive Völkerrecht“ und seine Grenzen: die Dynamik des Völkerrechts als Methodenfrage, in: Pierre-Marie Dupuy u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Christian Tomuschat* (2006), 899 ff.; Thilo Renzmann, *Wertordnung und Verfassung* (2007), 385 ff.; Tomuschat (Anm. 13), RdC 241 (1993-IV), 294, 303 f.

<sup>29</sup> Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen* (1932), 55, im Anschluss an einen Ausspruch von Pierre-Joseph Proudhon.

<sup>30</sup> Vgl. Anm. 28. Siehe bereits Georg Schwarzenberger, *The Inductive Approach to International Law* (1965), 8 ff., 51 f., 74 ff.

<sup>31</sup> Henckaerts/Doswald-Beck (Anm. 27).

<sup>32</sup> Eine Reihe wichtiger Gerichtsentscheidungen aus jüngerer Zeit stützen sich bereits auf die IKRK-Studie, vgl. Internationaler Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien, Berufungskammer, *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, Entscheidung v. 11.3.2005, Rn. 29 f., 38, 45 f. (abrufbar unter: <<http://www.un.org/icty>>); *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S.Ct. 2749, 2797 (2006); Israelischer Supreme Court (sitting as the High Court of Justice), *Adalah et al. v. GOC Central Command, IDF et al.*, Urteil v. 23.6.2005, Rn. 20, 21, 24; *The Public Committee against Torture in Israel et al. v. Government of Israel et al.*, Urteil v. 13.12.2006, Rn. 23, 29 f., 41 (beide Entscheidungen abrufbar unter: <<http://elyon1.court.gov.il/eng/home/index.html>>).

mentiert wird,<sup>33</sup> geißelt die US-amerikanische Regierung in scharfer Form, dass die Behauptung von gewohnheitsrechtlichen Sätzen in der IKRK-Studie vielfach auf einer völlig unzureichenden Basis in der Staatenpraxis beruhe.<sup>34</sup> Offenbar treibt die Vereinigten Staaten die Sorge um, dass im humanitären Gewohnheitsrecht die “Gesetze der Menschlichkeit” gegenüber den militärischen Notwendigkeiten ein zu hohes Gewicht erhalten könnten. Wie groß die Furcht vor der normativen Kraft der Humanität ist, mag man an einem Kritikpunkt ablesen, der an den Anfang der amerikanischen Philippika gegen die IKRK-Studie gestellt ist: Der vom IKRK durchgängig gewählte Begriff “humanitäres Völkerrecht” sei irreführend, man möge doch bitte zur klassischen Bezeichnung “Kriegsrecht” zurückkehren.<sup>35</sup>

### III. Die humanitäre Schutz- und Gewährleistungspflicht (“*duty to ensure respect*”)

Nach dem gemeinsamen Art. 1 der Genfer Konventionen obliegt den Vertragsstaaten im Hinblick auf das dort normierte humanitäre Völkerrecht nicht nur eine “negative” Achtungspflicht (*duty to respect*), sondern auch eine “positive” Gewährleistungspflicht (*duty to ensure respect*).<sup>36</sup> Heute gilt diese Doppelverpflichtung gewohnheitsrechtlich für alle Bereiche des humanitären Völkerrechts, unabhängig davon, ob es sich um einen internationalen oder nicht-internationalen Konflikt handelt.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> Duncan H o l l i s, The Empire Strikes Back – Debating the Origins of the Customary Laws of War, abrufbar unter: <<http://www.opiniojuris.org/posts/1178652249.shtml>>.

<sup>34</sup> Schreiben von John B e l l i n g e r III (Rechtsberater des US-Außenministeriums) und William J. H a y n e s (“General Counsel” des US-Verteidigungsministeriums) an den Präsidenten des IKRK Jakob K e l l e n b e r g e r, abgedruckt in: ILM 46 (2007), 514 ff. Das Schreiben stammt vom 3.11.2006, wurde aber – offenbar aus Courtoisie gegenüber dem IKRK – erst im März 2007 veröffentlicht. Vgl. zur Kritik aus dem Schrifttum Leah M. N i c h o l l s, The Humanitarian Monarchy Legislates: The International Committee of the Red Cross and Its 161 Rules of Customary International Humanitarian Law, Duke Journal of Comparative and International Law 17 (2007), 223 ff.; W. H a y s P a r k s, The ICRC Customary Study: A Preliminary Assessment, Proceedings of the American Society of International Law 99 (2005), 208 ff.; Elisabeth W i l m s h u r s t/Susan B r e a u (Hrsg.), Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law (2007). – Siehe nunmehr die Replik des Leiters der IKRK-Studiengruppe zum humanitären Gewohnheitsrecht Jean-Marie H e n c k a e r t s, Customary International Humanitarian Law: A Response to US Comments, abgedruckt in: ILM 46 (2007), 959 ff.

<sup>35</sup> ILM 46 (2007), 514.

<sup>36</sup> Die Genfer Konventionen von 1929 erlegten den Vertragsstaaten hingegen noch ausschließlich eine Achtungspflicht (“*duty to respect*”) auf, siehe Art. 25 des Genfer Abkommens zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der Heere im Felde v. 27.7.1929, RGBl. 1934 II, 208 ff. und Art. 82 des Genfer Abkommens über die Behandlung der Kriegsgefangenen v. 27.7.1929, RGBl. 1934 II, 227 ff. Die “*duty to ensure respect*” findet sich auch in Art. 1 Abs. 1 des I. Zusatzprotokolls.

<sup>37</sup> H e n c k a e r t s/D o s w a l d - B e c k (Anm. 27), 495 ff. (Rule 139) und 509 ff. (Rule 144); vgl. auch Internationaler Gerichtshof, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, ICJ Reports 1986, 14 (144), para. 220: “... such an obliga-

Mit der gleichzeitigen Normierung einer Achtungs- und Gewährleistungspflicht wird der Staat nicht nur als Widersacher, sondern auch als Garant des humanitären Völkerrechts angesprochen. Kraft der “*duty to ensure respect*” wird jeder Staat zum Treuhänder der internationalen Gemeinschaft bei der Durchsetzung der “Gesetze der Menschlichkeit”.

## 1. “*Duty to ensure respect*” und menschenrechtliche Schutzpflicht

Versucht man sich dem normativen Gehalt der “*duty to ensure respect*” zu nähern, so springt zunächst die semantische und strukturelle Verwandtschaft mit der menschenrechtlichen Schutzpflicht ins Auge.<sup>38</sup> Die in den Genfer Konventionen von 1949 niedergelegte “*duty to respect and to ensure respect*” wird knapp 20 Jahre später im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte zur “*duty to respect and to ensure*”.<sup>39</sup> Lediglich die den sprachlichen Fluss ein wenig hemmende (und wohl nicht sinntragende) Dopplung des Wortes “*respect*” ist weggefallen.

Diese semantische Übereinstimmung ist sicher kein Zufall. Die Vorarbeiten zu den Menschenrechtspakten<sup>40</sup> reichen bis in die vierziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts, also bis in die Zeit der Ausarbeitung der Genfer Konventionen zurück. Hier gab es zahlreiche osmotische Wechselwirkungen, die noch nicht hinreichend erforscht sind.<sup>41</sup>

Der Internationale Gerichtshof begreift die “*duty to ensure respect*” offenbar ebenfalls als gemeinsamen Fluchtpunkt menschenrechtlicher und humanitärer Schutzpflichten, wenn er in seiner Entscheidung zum bewaffneten Konflikt zwischen Kongo und Uganda die “Genfer Formel” von 1949 kurzerhand auch für die Menschenrechte verwendet. Uganda, so heißt es im Tenor des Urteils, habe die Pflicht verletzt, “*to respect and to ensure respect for human rights and humanitari-*

---

tion does not derive only from the Conventions themselves, but from the general principles of humanitarian law to which the Conventions merely give specific expression.”

<sup>38</sup> Vgl. zu dieser strukturellen Verwandtschaft auch Tomuschat (Anm. 24), 46 f.

<sup>39</sup> Art. 2 Abs. 1 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte v. 19.12.1966, BGBl. 1973 II, 1534 ff. Beachte allerdings, dass in der jeweils ebenfalls authentischen französischen Sprachfassung unterschiedliche Formulierungen benutzt werden. So heißt es in Art. 1 der Genfer Konventionen von 1949: “Les Hautes Parties contractantes *s’engagent à respecter et à faire respecter* la présente Convention en toutes circonstances.” Art. 2 Abs. 1 des Paktes lautet in der französischen Version: “Les Etats parties au présent Pacte *s’engagent à respecter et à garantir* à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte ...”.

<sup>40</sup> Hierzu Marc J. Bossuyt, Guide to the “travaux préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights (1987).

<sup>41</sup> Vgl. Meron (Anm. 2), 45 f. Siehe zu den entwicklungsgeschichtlichen Wurzeln der menschenrechtlichen Schutzpflichten auf völkerrechtlicher Ebene Thilo Renzmann, Karl Loewenstein, Ernst Rabel und die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte – Der Einfluss der deutschen Rechtskultur auf die Evolution des internationalen Menschenrechtsschutzes, Der Staat 2007, 129 (143 ff.).

*an law*".<sup>42</sup> Die hier vom Internationalen Gerichtshof angenommene einheitliche binäre Verpflichtungsstruktur der internationalen Menschenrechte und des humanitären Völkerrechts steht zwar im besonderen Kontext der militärischen Besetzung, ist aber durch ihn nicht zwingend vorgezeichnet.<sup>43</sup>

So lässt sich der humanitären "*duty to ensure respect*" denn auch zunächst ein normativer Gehalt zuordnen, der weitgehend mit der menschenrechtlichen Schutzpflicht übereinstimmt.<sup>44</sup> Die Staaten müssen das humanitäre Völkerrecht nicht nur achten, indem sie es unterlassen, durch ihre Organe in die geschützten Rechtsgüter einzugreifen, sie müssen vielmehr auch durch aktives, "positives" Handeln sicherstellen, dass die humanitären Garantien effektiv gewährleistet werden.<sup>45</sup> Diese Gewährleistungsdimension umfasst ein ganzes Bündel von Präventions-, Überwachungs- und Untersuchungspflichten, die zum Teil in den Normen der Genfer Konventionen und der Zusatzprotokolle konkrete Ausprägungen erfahren haben.<sup>46</sup> Hierzu zählt vor allem auch die Pflicht zu verhindern, dass von

<sup>42</sup> Internationaler Gerichtshof, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, ICJ Reports 2005, 1 ff., Rn. 345, Ziff. 3: "The Court ... [f]inds that the Republic of Uganda, ... by its failure, as an occupying Power, to take measures to respect and ensure respect for human rights and international humanitarian law in Ituri district, violated its obligations under international human rights law and international humanitarian law ...". Siehe auch *ibid.*, Rn. 211.

<sup>43</sup> Eine Besatzungsmacht ist gemäß Art. 43 der Haager Landkriegsordnung verpflichtet, alle in ihrer Macht stehenden Maßnahmen zu treffen, um soweit als möglich – unter grundsätzlicher Beachtung der im besetzten Gebiet geltenden Gesetze – die öffentliche Ordnung und Sicherheit wiederherzustellen und zu gewährleisten. Diese Verpflichtung umfasst nach Ansicht des Internationalen Gerichtshofs auch die Pflicht, die Achtung der anwendbaren Regeln des internationalen Menschenrechtsschutzes und des humanitären Völkerrechts zu gewährleisten (*Armed Activities on the Territory of the Congo* [Anm. 42], Rn. 178). Der Gerichtshof behandelte die Verletzung der Achtungs- und Schutzpflichten, die das humanitäre Völkerrecht sowie die einschlägigen Menschenrechtsverträge Uganda in den besetzten Gebieten der Demokratischen Republik Kongo auferlegten, aber auch als *eigenständige* (also nicht durch Art. 43 Haager Landkriegsordnung vermittelte) Völkerrechtsverstöße (*ibid.*, Rn. 205 ff., 345 [Ziff. 3]).

<sup>44</sup> Siehe zum Gewährleistungsgehalt menschenrechtlicher Schutzpflichten Eckart Klein (Hrsg.), *The Duty to Protect and to Ensure Human Rights* (2000); Rensmann (Anm. 28), 215 ff. jeweils m.w.N.

<sup>45</sup> Siehe aus den vom IKRK betreuten Kommentierungen: Jean Pictet (Hrsg.), *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field – Commentary* (1952), 25 f.; Oscar Uhler/Henri Coursier (Hrsg.), *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War – Commentary* (1958), 16; Yves Sandoz/Christophe Swinarski/Bruno Zimmermann (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (1987), 35, Rn. 41; Henckaerts/Doswald-Beck (Anm. 27), 495 ff. Vgl. zur "*duty to ensure respect*" auch Laurence Boisson de Chazournes/Luigi Condorelli, *Common Article 1 of the Geneva Conventions Revisited – Protecting Collective Interests*, *International Review of the Red Cross*, No. 837 (2000), 67 ff.; Hans-Peter Gasser, *Ensuring Respect for The Geneva Conventions and Protocols – The Role of Third States and the United Nations*, in: Hazel Fox/Michael M. Meyer (Hrsg.), *Armed Conflict and the New Law*, Vol. II (1993), 15 ff.; Nicolas Levrat, *Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties Contractantes de "faire respecter" les Conventions humanitaires*, in: Frits Kalshoven/Yves Sandoz (Hrsg.), *Implementation of International Humanitarian Law* (1989), 263 ff.

<sup>46</sup> Hierzu im Einzelnen Henckaerts/Doswald-Beck (Anm. 27), 500 ff.; Sandoz/Swinarski/Zimmermann (Anm. 45), 35, Rn. 41; Uhler/Coursier (Anm. 45), 16.



nicht-staatlichen Akteuren, die unter der Hoheitsgewalt des betreffenden Staates stehen, Angriffe auf die geschützten Rechtsgüter ausgehen.<sup>47</sup>

## 2. “*Duty to ensure respect*”, Staatenverantwortlichkeit und “*responsibility to protect*”

Die internationalen Menschenrechtsverträge verknüpfen ihren Anwendungsbe- reich mit der Reichweite der staatlichen Hoheitsgewalt (“*jurisdiction*”).<sup>48</sup> Auch die menschenrechtliche Schutz- und Gewährleistungspflicht ist damit primär auf das jeweilige Staatsgebiet der betreffenden Vertragsstaaten bezogen. Gewisse extrater- ritoriale Wirkungen sind anerkannt, in ihren Voraussetzungen und ihrem Umfang aber äußerst umstritten.<sup>49</sup>

Der “*duty to ensure respect*” des humanitären Völkerrechts wohnt hingegen schon aufgrund ihres klassischen Regelungsgegenstandes – internationale bewaff- nete Konflikte und Fälle der militärischen Besetzung fremden Staatsgebietes – ein extraterritoriales Element inne.<sup>50</sup> Folgerichtig kennt die im gemeinsamen Art. 1 der Genfer Konventionen formulierte Schutz- und Gewährleistungspflicht weder eine räumliche Begrenzung noch eine Verknüpfung mit dem Umfang der staatlichen Hoheitsgewalt; sie beansprucht vielmehr “unter allen Umständen” zu gelten.<sup>51</sup>

“The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the pre- sent Convention in all circumstances.”

Der durch die Wendung “*in all circumstances*” indizierte strukturelle Unter- schied zwischen der menschenrechtlichen Schutz- und Gewährleistungspflicht ei- nerseits und der im gemeinsamen Art. 1 der Genfer Konventionen normierten

<sup>47</sup> Vgl. Boisson de Chazournes/Condorelli (Anm. 45), 67; Sandoz/Swinarski/ Zimmermann (Anm. 45), 35, Rn. 41; Uhler/Coursier (Anm. 45), 16. Diese Kommentatoren halten aber die “*duty to ensure respect*” insoweit für “*redundant*”, da nach ihrer Ansicht die Gewähr- leistungsverantwortung für das Handeln nicht-staatlicher Akteure, die unter der Hoheitsgewalt des entsprechenden Staates stehen, bereits von der “*duty to respect*” erfasst wird.

<sup>48</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 1 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (“Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant ...”); Art. 1 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4.11.1950, in der Fassung der Neubekanntmachung v. 17.5.2002, BGBl. 2002 II, 1054 (“The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention”).

<sup>49</sup> Vgl. zum aktuellen Streitstand *Secretary of State for Defence v. Al-Skeini*, britisches House of Lords, Urteil v. 13.6.2007, [2007] UKHL 26; Thilo Ren sm a n n, Die Anwendbarkeit von Menschen- rechten im Auslandseinsatz, in: Dieter Weingärtner (Hrsg.), Einsatz der Bundeswehr im Ausland (2007), 49 ff.

<sup>50</sup> Hierzu Emanuela-Chiara Gill ar d, International Humanitarian Law and Extraterritorial State Conduct, in: Fons Coomans/Menno Kamminga (Hrsg.) Extraterritorial Application of Human Rights Treaties (2004), 25 ff.

<sup>51</sup> Im Sinne eines aus dieser Formulierung folgenden Verzichts auf die räumliche Begrenzung der “*duty to ensure respect*” auch *Secretary of State for Defence v. Al-Skeini* (Anm. 49), Rn. 63.

“*duty to ensure respect*” andererseits reicht aber tiefer. Mit dem bedingungslosen Bekenntnis zur Achtungs- und Gewährleistungspflicht des gemeinsamen Art. 1 wollten die Vertragsstaaten der Genfer Konventionen nämlich vor allem zum Ausdruck bringen, dass die von ihnen übernommenen Vertragspflichten nicht unter dem Vorbehalt der Reziprozität stehen.<sup>52</sup> Die Genfer Konventionen zielen also nicht auf ein schuldrechtliches “*do ut des*” ab, sondern vielmehr auf ein verfassungsrechtliches Bekenntnis zu den humanitären Grundwerten der Staatengemeinschaft, das unabhängig von der Vertragstreue der anderen Staaten, eben “unter allen Umständen” gelten soll.<sup>53</sup>

Was zunächst nur für die Gemeinschaft der Vertragsstaaten der Genfer Konventionen Gültigkeit beansprucht haben mag, ist heute für die gesamte Staatengemeinschaft zu Gewohnheitsrecht erstarkt.<sup>54</sup> Die “unter allen Umständen” geltenden, also “absoluten”<sup>55</sup> Verpflichtungen des humanitären Völkerrechts, sind gegenüber allen Mitgliedern der Staatengemeinschaft geschuldet, es sind also *erga omnes*-Verpflichtungen.<sup>56</sup> Demnach hat jeder Staat – unabhängig davon, ob er durch eine etwaige Rechtsverletzung unmittelbar betroffen ist oder nicht – ein rechtliches Interesse an der Beachtung des humanitären Völkerrechts.<sup>57</sup> Im gemeinsamen Art. 1 der Genfer Konventionen war also 1949 bereits angelegt, was der Internationale Gerichtshof für fundamentale Menschenrechtsgarantien erst gut zwanzig Jahre später im berühmten *obiter dictum* des *Barcelona Traction*-Urteils formulieren sollte.<sup>58</sup>

Der gemeinsame Art. 1 der Genfer Konventionen geht aber noch einen Schritt weiter, indem er nicht nur das Recht, sondern die Pflicht “*to ensure respect for the ... Convention in all circumstances*” normiert. Bereits in den fünfziger Jahren des vorigen Jahrhunderts hat das Internationale Komitee vom Roten Kreuz dies im Sinne einer umfassenden, unabhängig von der Beteiligung an einem konkreten bewaffneten Konflikt bestehenden Pflicht einer jeden Vertragspartei gedeutet, die

<sup>52</sup> Henckaerts/Doswald-Beck (Anm. 27), 499.

<sup>53</sup> Vgl. Pictet (Anm. 45), 25; Uhler/Coursier (Anm. 45), 15; Internationaler Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien, *Kupreškić et al.*, Urteil v. 14.1.2000, Rn. 517 (abrufbar unter: <<http://www.un.org/icty>>). Vgl. auch Art. 60 Abs. 5 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge v. 23. Mai 1969, BGBl. 1985 II, 927 ff.

<sup>54</sup> Siehe oben Anm. 37. Im Übrigen sind die Genfer Konventionen seit August 2006 erstmals von sämtlichen Staaten der Welt ratifiziert.

<sup>55</sup> *Kupreškić* (Anm. 53), Rn. 517.

<sup>56</sup> Internationaler Gerichtshof, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004, 136 ff., Rn. 157; *Kupreškić* (Anm. 53), Rn. 519.

<sup>57</sup> Siehe die Nachweise in Anm. 56.

<sup>58</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, (Belgium v. Spain)*, ICJ Reports 1970, 3 (32), Rn. 33 f. Siehe bereits zuvor zur Völkermord-Konvention IGH, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, 15 (23). “The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. ... In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d’être* of the convention.”

Einhaltung des humanitären Völkerrechts im Verhältnis zu allen anderen Konventionsstaaten zu gewährleisten.<sup>59</sup>

In geradezu revolutionärer Weise ist hier also eine jeden einzelnen Staat treffende Gewährleistungsverantwortung für die Durchsetzung der humanitären Grundwerte der internationalen Gemeinschaft formuliert. Diesem Verständnis der “*duty to ensure respect*” haben die UN-Generalversammlung,<sup>60</sup> der UN-Sicherheitsrat<sup>61</sup> sowie der Internationale Gerichtshof<sup>62</sup> ihr Imprimatur verliehen.<sup>63</sup> Im Grunde ist die “*duty to ensure respect*” damit eine positiv-rechtliche Ausprägung dessen, was heute hoffnungsvoll unter der Formel der “*responsibility to protect*” gehandelt wird.<sup>64</sup>

Soweit der tatsächliche Einfluss eines Staates auf andere Staaten reicht, verlangt die “*duty to ensure respect*”, dass er alles in seiner Macht stehende unternimmt, um Verletzungen des humanitären Völkerrechts durch andere Staaten zu verhindern und bereits eingetretene Verletzungen zu stoppen.<sup>65</sup> Die Erfüllung dieser Gewährleistungsverpflichtung kann von den Staaten je nach konkreter Situation unilaterales Handeln oder die Kooperation mit anderen Staaten,<sup>66</sup> vor allem im Zusammen-

<sup>59</sup> Pictet (Anm. 45), 26; Uhler/Coursier (Anm. 45), 16. Vgl. auch Sandoz/Swinarski/Zimmermann (Anm. 45), 35, Rn. 42. Zur gewohnheitsrechtlichen Geltung die Nachweise in Anm. 37.

<sup>60</sup> Siehe etwa GA Res. 43/57 (1988), I. Ziff. 2.

<sup>61</sup> Siehe etwa Sicherheitsratsresolution 681 (1990), Ziff. 5.

<sup>62</sup> Internationaler Gerichtshof, *Construction of a Wall* (Anm. 56), Rn. 158: “It follows from that provision that every State party to that Convention, whether or not it is a party to a specific conflict, is under an obligation to ensure that the requirements of the instruments in question are complied with.” A.A. Sondervotum des Richters Koijmans, *ibid.*, 219 ff., Rn. 46 ff.

<sup>63</sup> Zu weiteren Nachweisen aus der Praxis siehe Henckaerts/Doswald-Beck (Anm. 27), 510.

<sup>64</sup> So auch Laurence Boisson de Chazournes/Luigi Condorelli, De la “responsabilité de protéger” ou d’une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie, RGDIP 11 (2006), 11 (14 ff.). Grundlegend zur “*Responsibility to Protect*” International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect* (2001); siehe auch High-Level Panel on Threats, Challenges and Change, *A More Secure World: Our Shared Responsibility*, UN Dok. A/59/565 (2004), insbesondere 56 f., Rn. 201; In *Larger Freedom – Towards Development, Security and Human Rights for All*, Bericht des Generalsekretärs der Vereinten Nationen, UN Dok. A/59/2005, Rn. 135; *World Summit Outcome*, GA Res. 60/1 (2005), Rn. 138 f.; Sicherheitsratsresolution 1674 (2006), Ziff. 4; Report of the High-Level Mission on the Situation of Human Rights in Darfur Pursuant to Human Rights Council Decision S-4/101 (März 2007), UN Dok. A/HRC/4/80 (2007), insbesondere Rn. 19 ff. – Vgl. aus der Literatur Peter Hilpold, *The Duty to Protect and the Reform of the United Nations – A New Step in the Development of International Law*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 10 (2006), 35 ff.; Carsten Stahn, *Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?*, AJIL 101 (2007), 99 ff.; Ingo Winkelmann, “*Responsibility to Protect*” – Die Verantwortung der Internationalen Gemeinschaft zur Gewährung von Schutz, in: Pierre-Marie Dupuy et al. (Hrsg.), *Völkerrecht als Wertordnung – Festschrift für Christian Tomuschat* (2006), 449 ff.

<sup>65</sup> Boisson de Chazournes/Condorelli (Anm. 45), 76 ff.; Henckaerts/Doswald-Beck (Anm. 27), 509 ff. (Rule 144); Umesh Palwankar, *Measures Available to States for Fulfilling Their Obligation to Ensure Respect for International Humanitarian Law*, *International Review of the Red Cross*, No. 298 (1994), 9 ff.

<sup>66</sup> Henckaerts/Doswald-Beck (Anm. 27), 512.

wirken mit den Vereinten Nationen verlangen.<sup>67</sup> Dabei ist anerkannt, dass die im gemeinsamen Art. 1 der Genfer Konventionen niedergelegte humanitäre Schutz- und Gewährleistungspflicht keinesfalls als Rechtfertigung für eine gewaltsame humanitäre Intervention ohne Autorisierung des Sicherheitsrates verstanden werden kann.<sup>68</sup> Eine besondere Ausprägung der Drittstaaten in diesem Sinne obliegenden “*duty to ensure respect*” bildet die in den Genfer Konventionen explizit normierte Verpflichtung, unabhängig von den üblichen Anknüpfungspunkten für die Ausübung von nationaler Strafgewalt jede schwere Verletzung des humanitären Völkerrechts zu untersuchen und, soweit ein hinreichender Tatverdacht vorliegt, strafrechtlich zu verfolgen.<sup>69</sup>

Die “*duty to ensure respect*” des humanitären Völkerrechts erscheint damit aus heutiger Sicht als dogmatische Blaupause für die Schutz- und Gewährleistungspflicht, die die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen (International Law Commission [ILC]) in Art. 41 Abs. 1 ihres Entwurfs zur Staatenverantwortlichkeit im Hinblick auf schwerwiegende Verletzungen des zwingenden Völkerrechts aufgenommen hat.<sup>70</sup> Allerdings beschränkt sich die Völkerrechtskommission auf die Formulierung einer bloßen Kooperationspflicht, die offenbar auch nicht das präventive Element erfasst, das der “*duty to ensure respect*” innewohnt:<sup>71</sup>

“States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach of [an obligation arising under a peremptory norm of general international law].”

Selbst diese beschränkte Inpflichtnahme von Drittstaaten fand aber nach Einschätzung der International Law Commission im Zeitpunkt der endgültigen Verabschiedung des Entwurfs (2001) noch keinen sicheren Rückhalt im allgemeinen Völkerrecht und war daher primär als Beitrag zur “fortschreitenden Entwicklung des Völkerrechts”<sup>72</sup> konzipiert.<sup>73</sup>

<sup>67</sup> Vgl. Art. 89 des I. Zusatzprotokolls.

<sup>68</sup> Internationaler Gerichtshof, *Construction of a Wall* (Anm. 56), Rn. 159; Henckaerts/Doswald-Beck (Anm. 27), 512.

<sup>69</sup> Art. 49 des I. Genfer Abkommens; Art. 50 des II. Genfer Abkommens; Art. 129 des III. Genfer Abkommens; Art. 146 des IV. Genfer Abkommens. Vgl. auch Art. 85 Abs. 1 des I. Zusatzprotokolls. Siehe zum Zusammenhang zwischen der “*duty to ensure respect*” und dem strafrechtlichen Universalitätsprinzip Henckaerts/Doswald-Beck (Anm. 27), 512.

<sup>70</sup> Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, abgedruckt mit Kommentierung in: Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-third Session, UN Dok. A/56/10 (2001), 59 ff.; siehe auch GA Res. 56/83 (2001), Annex.

<sup>71</sup> Mit der Öffnungsklausel des Art. 41 Abs. 3 des ILC-Entwurfes stellt die International Law Commission allerdings klar, dass die normative Umschreibung der Schutz- und Gewährleistungspflicht in Art. 41 Abs. 1 des Entwurfs keinesfalls als abschließend zu verstehen sei, siehe Kommentierung zu Art. 41, ILC-Report (Anm. 70), 291 f., Rn. 13 f.

<sup>72</sup> Vgl. die entsprechende Formulierung in Art. 13 Abs. 1 *lit.* a) UN-Charta, der das Mandat der Völkerrechtskommission umschreibt.

<sup>73</sup> Kommentierung zu Art. 41, ILC-Report (Anm. 70), 289, Rn. 3. Vgl. auch James Crawford, *Multilateral Rights and Obligations in International Law*, RdC 319 (2006-II), 325 (473): Art. 41 sei “a framework for the progressive development, within a narrow compass, of a concept which ought to be broadly acceptable”.

Umso bemerkenswerter ist es, dass der Internationale Gerichtshof nur drei Jahre später in seinem Gutachten zur Sperrmauer in Palästina diese kooperative Schutz- und Gewährleistungspflicht als Norm des geltenden Völkerrechts behandeln konnte.<sup>74</sup> Dieses ungewöhnlich rasche Umschlagen des normativen Aggregatzustandes von der *lex ferenda* zur *lex lata* dürfte ganz wesentlich auf die katalytische Wirkung des gemeinsamen Art. 1 der Genfer Konventionen zurückzuführen sein.

Das Palästina-Gutachten war nämlich durch die Besonderheit geprägt, dass die Errichtung der Sperrmauer durch Israel nach Auffassung des Internationalen Gerichtshofs sowohl grundlegende Garantien des humanitären Völkerrechts als auch das Selbstbestimmungsrecht des palästinensischen Volkes verletzte.<sup>75</sup> Bei der Beurteilung der Konsequenzen, die aus dem völkerrechtswidrigen Handeln Israels für Drittstaaten folgten, stellte der Gerichtshof maßgeblich darauf ab, dass sowohl die verletzten Normen des humanitären Völkerrechts als auch das Selbstbestimmungsrecht der Völker Grundwerte der internationalen Gemeinschaft bewehrten und daher Verpflichtungen *erga omnes* begründeten.<sup>76</sup> Aufgrund dieses besonderen Charakters der in Frage stehenden Normen müsse jeden Staat die Verpflichtung treffen, auf die Beendigung ihrer fortdauernden Verletzung hinzuwirken.<sup>77</sup>

Für diese weit reichende Schlussfolgerung konnte der Internationale Gerichtshof nur im Hinblick auf die Missachtung des humanitären Völkerrechts in der "*duty to ensure respect*" des gemeinsamen Art. 1 der Genfer Konventionen einen festen positiv-rechtlichen Anker finden. Das Fehlen einer entsprechenden Norm des positiven Völkerrechts für das Selbstbestimmungsrecht der Völker kompensierte der Internationale Gerichtshof durch eine Kombination aus Induktion und Deduktion, die sich um den positiv-rechtlichen Fixpunkt des gemeinsamen Art. 1 der Genfer Konventionen rankt:<sup>78</sup> Einerseits führte die "*duty to ensure respect*" des humanitären Völkerrechts den Internationalen Gerichtshof im Wege der Induktion zu einer allgemeinen Regel, die auch bei der Verletzung anderer Grundwerte der internationalen Gemeinschaft Drittstaaten eine entsprechende Schutz- und Gewährleistungspflicht zuweist.<sup>79</sup> Umgekehrt fungierte der gemeinsame Art. 1 der Genfer Konventionen aber auch als Beleg für die Plausibilität des Deduktionschlusses vom fundamentalen Charakter des Selbstbestimmungsrechts der Völker auf die durch seine Verletzung ausgelöste Pflicht eines jeden Staates, zur Beendigung

---

<sup>74</sup> Internationaler Gerichtshof, *Construction of a Wall* (Anm. 56), Rn. 160. Der Zusammenhang mit Art. 41 des ILC-Entwurfs zur Staatenverantwortlichkeit wird im Sondervotum des Richters Koijmans, Rn. 40 offengelegt; vgl. hierzu auch Crawford (Anm. 73), 474 ff. Vom gewohnheitsrechtlichen Status des Art. 41 des ILC-Entwurfs geht auch BVerfGE 112, 1 (35 f.) aus.

<sup>75</sup> Internationaler Gerichtshof, *Construction of a Wall* (Anm. 56), Rn. 160.

<sup>76</sup> *Ibid.*, Rn. 155-157.

<sup>77</sup> *Ibid.*, Rn. 159.

<sup>78</sup> *Ibid.*, Rn. 155-157. Kritisch hierzu vor allem die Sondervoten der Richterin Higgins, Rn. 36-39 und des Richters Koijmans, Rn. 37 ff.

<sup>79</sup> Siehe zum methodischen Verfahren der Induktion und zur umstrittenen Abgrenzung zur "Einzelanalogie" Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (5. Aufl. 1983), 368 ff.

eines fortdauernden Angriffs auf die Grundwerte der internationalen Gemeinschaft beizutragen.<sup>80</sup>

### 3. “*Duty to ensure respect*”, “*duty to prevent*” und Völkermord

Die “*duty to ensure respect*” spielte auch im jüngsten Urteil des Internationalen Gerichtshofs zum Völkermord in Bosnien-Herzegowina<sup>81</sup> eine zentrale Rolle, ohne dass sie allerdings dort als solche bezeichnet wird. In diesem Verfahren ging es um Serbiens völkerrechtliche Verantwortlichkeit für das furchtbare Massaker von Srebrenica und andere Fälle der Verfolgung und Ermordung der nicht-serbischen Bevölkerung in Bosnien-Herzegowina. Den einzigen Maßstab für die rechtliche Beurteilung bildete die Völkermordkonvention,<sup>82</sup> da die Zuständigkeit des Gerichtshofs ausschließlich auf Art. IX der Konvention ruhte.<sup>83</sup>

Die Völkermordkonvention ist in ihrem Duktus nicht primär auf die staatliche Verantwortlichkeit für Völkermord, sondern auf die Durchsetzung der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit von natürlichen Personen ausgerichtet. In Art. 1 der Konvention heißt es in diesem Sinne:

“The Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to prevent and to punish.”

Die hier angesprochene Präventionspflicht ist eng mit der Pflicht zur strafrechtlichen Verfolgung von Einzelpersonen im Hoheitsbereich der Vertragsstaaten verbunden. *Prima facie* hebt die “*duty to prevent*” der Völkermordkonvention also auf die Ausübung klassischer polizei- und strafrechtlicher Befugnisse ab, nicht auf die umfassende, territorial ungebundene Schutz- und Gewährleistungspflicht, wie sie der gemeinsame Art. 1 der Genfer Konventionen mit der “*duty to ensure respect*” normiert.<sup>84</sup> Für ein solch enges Verständnis der Präventionspflicht streitet auch die Tatsache, dass das negative Pendant zur “*duty to ensure respect*”, das unmittelbar an den Staat gerichtete Verbot, Völkermord zu begehen (die “*duty to*

<sup>80</sup> Vgl. zu der an den Grundwerten der Völkerrechtsordnung orientierten deduktiven Methode der Rechtserzeugung auch die Nachweise in Anm. 28.

<sup>81</sup> Internationaler Gerichtshof, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Urteil v. 26.2.2007, abrufbar unter: <<http://www.icj-cij.org>>.

<sup>82</sup> Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes v. 9.12.1948, BGBl. 1954 II, 730 ff.

<sup>83</sup> Internationaler Gerichtshof, *Application of the Genocide Convention* (Anm. 81), Rn. 147. Siehe auch *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections*, ICJ Reports 1996 (II), 595 ff., Rn. 35-41.

<sup>84</sup> Vgl. in diesem Sinne mit jeweils unterschiedlichen Akzentuierungen Sondervotum des *ad hoc*-Richters K r e c a zum Urteil des Internationalen Gerichtshofs (Anm. 83), Rn. 111 ff.; abweichendes Votum des *ad hoc*-Richters M a h i o u, Rn. 37 ff.; Sondervotum des Richters O w a d a, Rn. 38 ff.; Gemeinsame Erklärung der Richter S h i und K o r o m a, Rn. 1 ff.; Erklärung des Richters S k o t n i k o v, 9 ff.; Sondervotum des Richters T o m k a, Rn. 40 ff., 62 ff.

*respect*“) ebenfalls keinen Niederschlag im Wortlaut des Art. 1 der Völkermordkonvention gefunden hat.

Durfte der Internationale Gerichtshof somit überhaupt am Maßstab der Völkermordkonvention über die Frage entscheiden, ob Serbien das Verbot des Völkermordes missachtet oder jedenfalls seine Schutz- und Gewährleistungspflicht im Hinblick auf die in Bosnien-Herzegowina, also außerhalb seines Hoheitsgebietes begangenen Gräueltaten verletzt hatte?

Jedem Nicht-Juristen muss schon die Fragestellung als Symptom einer schwerwiegenden *déformation professionnelle* erscheinen. Die Stimme des “öffentlichen Gewissens” lässt es nicht zu, dass das furchtbare Wort vom “Völkermord” ausgesprochen wird, ohne die staatliche “*duty to respect and to ensure respect*” mitzudenken. Aber auch der Jurist kann sich *lege artis* aus seinen Gewissensnöten befreien: Die teleologische Auslegung erlaubt ihm, über das humanitäre Telos der Völkermordkonvention der Stimme des “öffentlichen Gewissens” zu folgen und den “Gesetzen der Menschlichkeit” zu möglichst effektiver Durchsetzung zu verhelfen.

Dies ist der Weg, den der Internationale Gerichtshof in seinem jüngsten Urteil zur Völkermordkonvention beschritten hat. Ohne wirklich zwingenden Rückhalt in Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte<sup>85</sup> projizierte der Internationale Gerichtshof kurzerhand eine umfassende, territorial unbeschränkte Achtungs- und Gewährleistungspflicht – also: die “*duty to respect and to ensure respect*” – auf die Völkermordkonvention.<sup>86</sup> Mustert man die Entscheidungsgründe des Gerichtshofs durch, so bleibt als tragender Grund für dieses expansive Verständnis der Völkermordkonvention schließlich nur der besondere Charakter des Völkermordes als Angriff auf die Grundwerte der internationalen Gemeinschaft, der die Pflicht eines jeden Staates auslöst, alles ihm Mögliche zur Erhaltung der Verfassungsgrundlagen der Völkerrechtsordnung zu unternehmen.<sup>87</sup>

Mit der näheren Bestimmung der Grundlagen und Grenzen dieser umfassenden Schutz- und Gewährleistungspflicht<sup>88</sup> hat der Internationale Gerichtshof einen be-

<sup>85</sup> Vgl. zur Achtungspflicht: Internationaler Gerichtshof, *Application of the Genocide Convention* (Anm. 81), Rn. 166 (“It must be observed at the outset that such an obligation is not expressly imposed by the actual terms of the Convention”); zur Präventionspflicht: William A. Schabas, *Genocide in International Law* (2000), 72 (“[T]here is little to suggest what prevention of genocide really means. Certainly nothing in the debates about Article I provides the slightest clue as to the scope of the obligation to prevent.”).

<sup>86</sup> Internationaler Gerichtshof, *Application of the Genocide Convention* (Anm. 81), Rn. 155 ff., 425 ff.

<sup>87</sup> Vgl. Internationaler Gerichtshof, *Application of the Genocide Convention* (Anm. 81), Rn. 161 f. mit dem Verweis auf den *ius cogens*-Charakter des Genozidverbots sowie die wiederholte Berufung auf “den rein humanitären und zivilisierenden Zweck der Konvention” (“*the purely humanitarian and civilizing purpose of the Convention*”) *ibid.*, Rn. 161, 162 und 167.

<sup>88</sup> Internationaler Gerichtshof, *Application of the Genocide Convention* (Anm. 81), Rn. 430. Der Gerichtshof umschreibt hier den normative Gehalt der Präventionspflicht als “obligation to employ all means reasonably available to [the State], so as to prevent genocide as far as possible”. Jeder Staat müsse also “all measures ... which [are] in its power” ergreifen. Entscheidend sei dabei die “capacity to influence effectively the action of persons likely to commit, or already committing, genocide”. In ganz

deutenden Beitrag zur Fortschreibung der 1949 im gemeinsamen Art. 1 der Genfer Konvention erstmals formulierten “*duty to ensure respect*” geleistet.<sup>89</sup>

#### IV. Die Rolle des humanitären Völkerrechts in einer humanisierten Völkerrechtsordnung

Heute muss sich das *ius in bello* in einem – nicht zuletzt durch seinen eigenen Beitrag – humanisierten Völkerrecht bewähren.<sup>90</sup> Seit Ende des Zweiten Weltkriegs haben die “Gesetze der Menschlichkeit” und die “Forderungen des öffentlichen Gewissens” in den internationalen Menschenrechten ihre eigentliche Erfüllung gefunden. Das *ius in bello* steht daher heute in Konkurrenz zu den internationalen Menschenrechten, die im Grundsatz beanspruchen, auch im bewaffneten Konflikt zu gelten.<sup>91</sup> Hier ist noch vieles unklar, hier liegt noch ein großes, bislang kaum bestelltes Forschungsfeld vor der Völkerrechtswissenschaft.<sup>92</sup>

Dabei sollte man die Zellteilung, die die “Gesetze der Menschlichkeit” im bewaffneten Konflikt erfahren haben, nicht unbedingt als genetische Fehlentwicklung der Völkerrechtsordnung betrachten, so wie dies gegenwärtig vielfach unter dem Schlagwort der “Fragmentierung des Völkerrechts” diagnostiziert wird.<sup>93</sup> Es

---

ähnlicher Weise charakterisiert das IKRK die “*duty to ensure respect*”: “[States] must exert their influence, to the degree possible, to stop violations of international humanitarian law.” (Henckaerts / Doswald-Beck [Anm. 27], 512 [Rule 144]). Die nähere Konkretisierung der “*capacity to influence*”, die der Internationale Gerichtshof in seinem Urteil zur Völkermordkonvention (Rn. 430) vornimmt, ist daher auch für die “*duty to ensure respect*” von außerordentlich großer Bedeutung.

<sup>89</sup> An dieser Einschätzung vermag auch der “*disclaimer*” nichts zu ändern, den der Gerichtshof seinen Erwägungen zur Präventionspflicht vorausschickt: “The decision ... does not, in this case, purport to establish a general jurisprudence applicable to all cases where a treaty instrument, or other binding legal norm, includes an obligation for States to prevent certain acts. Still less does the decision of the Court purport to find whether, apart from the texts applicable to specific fields, there is a general obligation on States to prevent the commission by other persons or entities of acts contrary to certain norms of general international law.” (*Application of the Genocide Convention* [Anm. 81], Rn. 429).

<sup>90</sup> Vgl. Theodor Meron, *The Humanization of Humanitarian Law*, AJIL 94 (2000), 239 ff.

<sup>91</sup> Siehe Internationaler Gerichtshof, *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Anm. 42), Rn. 216; *Construction of a Wall* (Anm. 56), Rn. 105 ff.; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *Advisory Opinion*, ICJ Reports 1996, 226 ff., Rn. 25.

<sup>92</sup> Vgl. zum gegenwärtigen Forschungsstand René Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law* (2002); Anthony E. Cassimatis, *International Humanitarian Law, International Human Rights Law, and Fragmentation of International Law*, ICLQ 56 (2007), 623 ff.; Alexander Orakhelashvili, *The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: A Case of Fragmentation?*, *International Law and Justice Colloquium*, New York University, 26.2.2007, abrufbar unter: <<http://iilj.org/research/documents/Orakhelashvili.pdf>>.

<sup>93</sup> Vgl. Cassimatis (Anm. 92), 625 ff.; Orakhelashvili (Anm. 92), 1 ff. Siehe generell zum Problem der Fragmentierung des Völkerrechts International Law Commission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law – Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, in: *Report on the Work of Its Fifty-eighth Session*, UN Dok. A/61/10 (2006), 407 ff. sowie den korrespondierenden Bericht der ILC-Studiengruppe, UN Dok. A/CN.4/L.682 (2006).



handelt sich vielmehr um einen fruchtbaren Systempluralismus, der situationsangepasste Normen und Durchsetzungsmechanismen vorhält. Für Wissenschaft und Praxis bedeutet dies, dass die “Einheit der Rechtsordnung”<sup>94</sup> nicht *a priori* durch die allmähliche Amalgamierung des *ius in bello* und der Menschenrechte angestrebt werden sollte. Vielmehr muss jeweils im konkreten Fall durch die Koordination der beiden Systeme und die Freisetzung von Synergien gewährleistet werden, dass sich Friedrich Fromhold Martens’ große Verheißung von der universellen Herrschaft der “Gesetze der Menschlichkeit” erfüllen kann.

Summary<sup>95</sup>

### **The Humanisation of International Law by the Laws of War – From the Martens Clause to the “Responsibility to Protect” –**

This article focuses on two constitutional innovations which international law owes to the laws of war and which play an essential role in the continuing process of the “humanisation” of international law: the famous Martens Clause first formulated in the 1899 Hague Convention on the Laws and Customs of War on Land and the remarkable “duty to ensure respect” set forth in common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions.

The author revisits the Martens Clause and explores some of its implications for international law today. The Martens clause bridges the gap between positive and natural law by incorporating the “laws of humanity” and the “dictates of the public conscience” into the body of positive international law. Making the “laws of humanity” thus the lodestar of the international legal order, the Martens Clause captures the essence of what is referred to today as the “humanisation” of international law.

Two specific normative effects of the Martens Clause are currently of particular importance. Firstly, according to its wording and its original intent the Martens Clause is aimed at ensuring that all people affected by armed conflicts – combatants and civilians – “remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations”. The proclamation of the “war on terror” in the wake of the attack on the twin towers in New York, with its deliberate attempt to create “legal black holes” in the fabric of international law, has given renewed and urgent currency to this simple message.

Secondly, the Martens Clause carries a dynamic element into customary international law. By mentioning “the laws of humanity” and “the dictates of the public conscience” in the same breath as “the usages established among civilised peoples” the Martens Clause gives expression to the fact that in the formation of customary humanitarian law the traditional element of State practice will to some extent have to be supplemented and substituted by a process of deductive reasoning informed by humanitarian values. Against this backdrop the study on “Customary Humanitarian Law” commissioned by the International Committee of the Red Cross (ICRC) assumes particular importance. In this study the ICRC reviewed the current status of customary humanitarian law and restated it in 161

---

<sup>94</sup> Vgl. Karl Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung (1935).

<sup>95</sup> Summary by the author.

concise rules. The methodology employed by the ICRC has recently met with severe criticism from the United States government. The United States' attack against the ICRC Restatement is aimed precisely at the core assumption of the Martens Clause, namely that the humanitarian nature of the laws of war requires the reliance on State practice to be deemphasized.

The second part of the article is devoted to the "duty to ensure respect" set forth in common Article 1 of the Geneva Conventions by virtue of which every State becomes a trustee for the international community in enforcing the "laws of humanity". The article explores the semantic and structural similarities between the humanitarian "duty to ensure respect" and the "duty to ensure" human rights laid down in regional and international human rights treaties. It is argued that the "duty to ensure respect" has a normative content which is largely identical to the positive obligations which human rights treaties impose on their States Parties. Whilst the ambit of the positive obligations under human rights treaties is, however, linked to the jurisdiction of the States Parties, the humanitarian "duty to ensure respect" applies "in all circumstances". This not only implies that humanitarian obligations are owed *erga omnes* with the consequence of every State having the right (unilaterally or in cooperation with other States) to ensure their observance in relation to every other member of the international community; the revolutionary feature of common Article 1 lies in the fact that it stipulates a corresponding duty, making it the first positive expression of what is traded today under the label of the "responsibility to protect".

From this perspective the "duty to ensure respect" may also be considered as the dogmatic blueprint for the positive obligations which the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility provide for in case of a serious breach of a peremptory norm of international law. The author contends that common Article 1 of the Geneva Conventions was the decisive catalyst leading the International Court of Justice to recognize the positive obligations formulated by the International Law Commission as *lex lata* in its advisory opinion on the Wall in Palestine.

Finally, the article argues that the recent judgement of the International Court of Justice on the Application of the Genocide Convention, with its expansive reading of the "duty to prevent" laid down in Article 1 of the Convention, can be regarded as the latest chapter in the gradual transformation of the humanitarian "duty to ensure respect" into a general duty to ensure respect for the core values of the international community.