

# **SCHRIFTEN ZUM STAATS- UND VÖLKERRECHT**

Herausgegeben von Gilbert Görmig,  
Burkhard Schöbener und Winfried Bausback

Begründet von Dieter Blumenwitz

Clemens E. Ziegler

## **Kosovo-Krieg der Nato 1999 und Irak-Krieg 2003**

Völkerrechtliche Untersuchung  
zum universellen Gewaltverbot  
und seinen Ausnahmen

## A. Einleitung

### I. Aspekte der Diskussion um den Kosovo- und den Irak-Krieg

Wenige völkerrechtliche Fragen haben in den vergangenen Jahren so viel Beachtung und Aufmerksamkeit erfahren wie die Frage der Rechtmäßigkeit der NATO-Luftangriffe auf die damalige Bundesrepublik Jugoslawien<sup>1</sup> im Kosovo-Krieg 1999 und des Krieges im Irak 2003. Dabei blieb es nicht bei einer rein völkerrechtlichen Debatte. Beide Kriege beschäftigten nicht nur Völkerrechtler, Historiker, Politikwissenschaftler<sup>2</sup> oder Philosophen<sup>3</sup>, sondern die ganze Gesellschaft.

---

<sup>1</sup> Zu Beginn der 90er Jahre bestand zunächst Uneinigkeit darüber, ob die ehemalige Sozialistische Föderative Republik Jugoslawien (SFRJ) einem Dismembrations- oder einem Sezessionsprozess unterlag, ob sie sich also ohne Zurückbleiben eines Rumpfstaates durch das Auseinandergehen der Teilrepubliken ins Nichts auflöste oder ob das Ablösen einzelner Teilrepubliken einen Rumpfstaat zurückließ (vgl. WELLER, International Affairs 75 [1999], S. 211 [214]). Die EG ging wohl von einem Dismembrationsprozess aus, denn sie hat alle früheren Teilrepubliken aufgefordert, sich um die Anerkennung durch die EG-Mitgliedstaaten zu bemühen (vgl. den „Gemeinsame[n] Standpunkt im Hinblick auf die Anerkennung jugoslawischer Republiken“ vom 16.12.1991, abgedr. in: EA 47 (1992), S. D 121). „Dahinter stand die Idee, den Konflikt zu internationalisieren, um das Vorgehen der Jugoslawischen Volksarmee als zwischenstaatliche Aggression zu brandmarken“ (GIERSCH, S. 142). Die VN dagegen vertraten zunächst das Prinzip der staatlichen Kontinuität Jugoslawiens. So ist in den Präambeln der SR Res. 713 (1991) vom 25.9.1991 und 721 (1991) vom 27.11.1991 noch von der Regierung Jugoslawiens die Rede. Bereits in PA 10 seiner Resolution 757 (1992) vom 30.5.1992 bemerkte der Sicherheitsrat jedoch, dass der Anspruch der „Bundesrepublik Jugoslawien (Serbien und Montenegro)“, die Mitgliedschaft der SFRJ in den VN automatisch fortzusetzen, nicht allgemein akzeptiert worden sei. Der letzteren Auffassung schloss sich der Sicherheitsrat in Nr. 1 seiner Resolution 777 (1992) vom 19.9.1992 an und empfahl der Generalversammlung, zu entscheiden, dass die BRJ sich neu um die UN-Mitgliedschaft bewerben solle. Durch die Resolution 55/12 vom 1.11.2000 der UN-Generalversammlung wurde die BRJ neu in die VN aufgenommen. Der erwähnte Streit war also zugunsten der Dismemberationsthese entschieden worden. Am 4.2.2003 schließlich entstand aus der Bundesrepublik Jugoslawien, maßgeblich auf Betreiben der Europäischen Union, die „Staatliche Gemeinschaft Serbien und Montenegro“ (vgl. WEIDENFELD/BRUSIS, S. 329 [329]).

<sup>2</sup> Vgl. etwa KÖNIG/SICKING in KÖNIG/SICKING, S. 7 ff., die in ihrer Einleitung konstatieren, der Irak-Krieg sei „zum Katalysator einer breiten Diskussion über die europäische Erneuerung und europäische Identität geworden“ (a.a.O., S. 7). Später fahren sie fort: „Wie kein Ereignis zuvor konfrontiert der Irak-Krieg die Europäer (...) mit der Tatsache, dass sich europäische Politik nicht darin erschöpfen kann, den Austausch von Gütern, Personen, Kapital und Dienstleistungen zu organisieren, und dass sich Wirtschaftsmacht nicht automatisch in (welt-) politische Macht übersetzt“ (a.a.O., S. 10 f.). HACKE, APuZ B 24-25/2003, S. 8 (13) spricht die außenpolitische Spaltung Europas durch den Irak-Krieg an und stellt der atlantisch-kontinierlichen Perspektive eine neu-karolingische gegenüber: Beide Perspektiven prallten fast kompromisslos aufeinander, sodass der Wunsch, die Irakkrisse als Katalysator für Fortschritte in der EU zu verstehen, als illusorisch erscheine. Vgl. etwa auch MÜNKLERS Analysen „Was ist neu an den neuen Kriegen? (in KÖNIG/SICKING, S. 101 ff.) und, bereits 2002 erschienen und umfangreicher zum selben Thema, „Die neuen Kriege“.

Man denke nur an die unzähligen Protestveranstaltungen, Demonstrationen und Friedensaufrufe der unterschiedlichsten Gruppen.

Auch die Rechtsprechung war auf verschiedenen Gebieten mit Fällen befasst, die Bezüge zum Kosovo- und zum Irak-Krieg aufwiesen, in Deutschland etwa im Bereich des Staatshaftungsrechts oder des Wehrdisziplinarrechts.

Was den wehrdisziplinaren Bereich angeht, hat sich ein Major der Bundeswehr im Rahmen des Irak-Kriegs vor dem 2. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts erfolgreich auf sein Grundrecht der Gewissensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG berufen<sup>4</sup>. Er hatte sich im April 2003, also zur Zeit des Irak-Krieges, geweigert, den Befehl seines Vorgesetzten auszuführen, an der weiteren Entwicklung eines militärischen Software-Programms mitzuwirken<sup>5</sup>. Abgesehen von den aufgeworfenen grundrechtsdogmatischen Fragen<sup>6</sup> und dem Umstand, dass das Bundesverwaltungsgericht sich ausführlich mit der völkerrechtlichen Rechtmäßigkeit des Irak-Krieges beschäftigte<sup>7</sup>, beleuchtet das letztere Verfahren insbe-

<sup>3</sup> Vgl. etwa HABERMAS, Die Zeit vom 29.4.1999, S. 1.

<sup>4</sup> Vgl. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21.6.2005, Rs. 2 WD 12.04 = NJW 2006, S. 77 ff.; EuGRZ 2005, S. 636 ff.; BVerwG DVBl. 2005, S. 1455 ff. (in Auszügen). Während das Truppendiffizientgericht Nord den Soldaten durch sein Urteil vom 9.2.2004, Rs. N 1 VL 24/03, des Dienstvergehens der Befehlsverweigerung für schuldig befunden und ihn zum Hauptmann degradiert hatte, sprach das Bundesverwaltungsgericht ihn frei.

<sup>5</sup> Zur Begründung hatte er angeführt, er könne es mit seinem Gewissen nicht vereinbaren, Befehle zu befolgen, die geeignet seien, Kriegshandlungen im Irak zu unterstützen. Dabei machte er geltend, sein Vorgesetzter habe vor Befehlserteilung ihm gegenüber ausdrücklich nicht ausschließen können, dass mit der Arbeit an dem Projekt eine Beteiligung der Bundeswehr an dem von ihm als völkerrechtswidrig angesehenen Krieg gegen den Irak unterstützt werde (vgl. Pressemitteilung Nr. 38/2005 des Bundesverwaltungsgerichts vom 22.6. 2005).

<sup>6</sup> Vgl. dazu etwa DEISEROTH, jurisPR-BVerwG 4/2006 Anm. 1; BATTIS, DVBl. 2005, S. 1462 (1463); KOTZUR, JZ 2006, S. 25 (26 ff.), LADIGES, NJW 2006, S. 956 ff., DROEGE/FISCHER-LESCANO, NVwZ 2006, S. 171 (172 f.).

<sup>7</sup> Vgl. S. 72-80, Abschnitt 4.1.4.1.1 des Urteils (S. o., Fn. 4) = NJW 2006, S. 77 (93 ff.); EuGRZ 2005, S. 636 (661 ff.). Auch wenn es für die Frage der Gewissensentscheidung des Soldaten, der solchermaßen komplizierte juristische Erwägungen sicher nicht selbst angestellt hat, wohl auch ausreichend gewesen wäre, darauf hinzuweisen, dass die Rechtmäßigkeit des Angriffs auf den Irak sowohl in der völkerrechtlichen Literatur als auch in der Öffentlichkeit höchst umstritten war, und dies mit einigen Zitaten zu belegen – ist der Kritik KOTZURS, a.a.O., S. 28 f. und LADIGES', a.a.O., S. 956, das Bundesverwaltungsgericht hätte sich daher besser nicht zur Völkerrechtsmäßigkeit des Irak-Kriegs geäußert, nicht zuzustimmen, denn auch über den gewählten Weg konnte das Bundesverwaltungsgericht zeigen, dass der Soldat sich nicht leichtfertig auf die Völkerrechtswidrigkeit des Irak-Kriegs berief. Warum sollte sich das Gericht auf die Zweifel anderer berufen müssen, wenn es diese Zweifel selbst teilt? Der Vorwurf KOTZURS, das Gericht berücksichtige manche Rechtfertigungsgründe für den Krieg nicht hinreichend, die immerhin von ernsthaften Völkerrechtler vorgetragen würden, wird nicht hinreichend belegt, denn keiner der bei KOTZUR (a.a.O., ebd.) zitierten Völkerrechtler geht von der Völkerrechtsmäßigkeit des Angriffs auf den Irak 2003 aus, bzw. erwägt ernsthaft Rechtfertigungsgründe für diesen: STREINZ, JÖR 52 (2004), S. 219 (221) stellt fest, es habe nur

sondere den Aspekt der nicht vorhandenen deutschen Neutralität in diesem Krieg. Die Fakten sprachen hier eine andere Sprache als die wahlkampfwirksamen Beleidigungen des damaligen Bundeskanzlers Schröder, Deutschland werde sich unter seiner Führung am Irak-Krieg nicht beteiligen<sup>8</sup>. So hat die deutsche Bundesregierung den USA und dem Vereinigten Königreich im Irak-Krieg Überflugrechte über deutsches Hoheitsgebiet gewährt, ihnen die Nutzung ihrer Einrichtungen in Deutschland erlaubt und diese Einrichtungen geschützt<sup>9</sup>. Allein dies stellt bereits eine Angriffshandlung i.S.d. Art. 3 lit. f) der Aggressionsdefinition der UN-Generalversammlung dar<sup>10</sup>. Bereits damit ist auch Deutschland für den Irak-Krieg verantwortlich und völkerrechtlich haftbar<sup>11</sup>. Außerdem hat die Bundesregierung dem Einsatz deutscher Soldaten in AWACS-Flugzeugen und deutscher Patriot-Luftabwehraketensysteme zur Überwachung des türkischen Luftraums sowie des deutschen ABC-Abwehr-Kontingents in Kuwait auch während des Irak-Kriegs zuge-

eine einzige Stimme gegeben, die insoweit einen Bruch des Völkerrechts strikt verneinte, nämlich GLENNON (in Focus 13/ 2003, S. 43) der in HarvJLPP 25-2 (2002), S. 539 ff. angesichts seit 1945 permanent abweichender Staatenpraxis von einer *desuetudo* (vgl. dazu u., C.I.3., S. 130 ff.) des Gewaltverbots spreche; HERDEGEN erwähnt ohne Zitat unter § 34 Rn. 4 (S. 230) Stimmen aus der US-amerikanischen Politikwissenschaft, die nach dem Irak-Krieg 2003 das Ende des Gewaltverbots proklamierten, lehnt diese jedoch ab; KOKOTT schließlich erwähnt in ihrem Beitrag in ZaöRV 64 (2004), S. 517 ff. weder das Gewaltverbot noch den Irak-Krieg. Außerdem widerspricht der Vorwurf KOTZURS seiner eigenen Kritik, denn wenn es nur darum geht, die Möglichkeit, es habe sich nicht um eine ernsthafte Gewissensentscheidung gehandelt, auszuschließen, reicht es doch aus, Gründe zu erwägen, die ernsthaft gegen die Rechtmäßigkeit des Krieges sprechen.

<sup>8</sup> Vgl. etwa FAZ vom 6.8.2002, S. 1, vom 19.8.2002, S. 4, vom 5.9.2002, S. 1. Selbst im Falle eines Mandats des UN-Sicherheitsrats sollte Deutschland sich nicht beteiligen, vgl. FAZ vom 6.9.2002, S. 2.

<sup>9</sup> Vgl. S. 80 des Urteils (S. o., Fn. 4) = EuGRZ 2005, S. 636 (663). Diese „passive Unterstützung“ eines möglichen US-amerikanischen Angriffs auf den Irak war von der Bundesregierung am 22.11.2002 angekündigt worden (vgl. FAZ vom 23.11.2002, S. 1). Vgl. dazu auch BOTHE, AVR 41 (2003), S. 255 (266 ff.).

<sup>10</sup> Die an die GV Res. 3314 (XXIX) v. 14.12.1974 angehängte Aggressionsdefinition (übers. auch abgedr. im Sartorius II unter der Nr. 5) enthält in ihrem Art. 3 einen Katalog der ohne Rücksicht auf eine Kriegserklärung als Angriffshandlungen zu verstehenden Maßnahmen. Art. 3 lit. (f) nennt insoweit die Handlung eines Staates, „die in seiner Duldung besteht, dass sein Hoheitsgebiet, das er einem anderen Staat zur Verfügung gestellt hat, von diesem anderen Staat dazu benutzt wird, eine Angriffshandlung gegen einen dritten Staat zu begehen“.

<sup>11</sup> Angeblich bestehende Verpflichtungen aus dem NATO-Vertrag oder dem Aufenthaltsvertrag, dem NATO-Truppenstatut oder dem Zusatzabkommen zum Truppenstatut können dem im Falle eines Verstoßes gegen die UN-Charta wegen Art. 103 UN-Charta nicht entgegengehalten werden. Abgesehen davon bestehen entsprechende Verpflichtungen nicht (vgl. WISSENSCHAFTLICHE DIENSTE DES DEUTSCHEN BUNDESTAGES in AMBOS/ARNOLD, S. 122 ff.). Allerdings folgt die Logik von Militärbündnissen nicht immer rechtlichen Erwägungen.

stimmt<sup>12</sup>. Auch diese Maßnahmen, die im Fall der Türkei der Kategorie der Unterstützung eines NATO-Partners in einem provozierten (also unechten) Bündnisfall zuzurechnen sind, sind mit der angeblichen Nichtbeteiligung Deutschlands am Irak-Krieg nicht vereinbar.

Im Bereich des Staatshaftungsrechts führte die Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland am Kosovo-Krieg zu einer amtschaftungsrechtlichen Schadensersatzklage ziviler Opfer gegen Deutschland. 35 Einwohner der serbischen Ortschaft Varvarin, in deren unmittelbarer Nähe am 30. Mai 1999 eine Brücke bombardiert worden war, verklagten die Bundesrepublik Deutschland im Jahr 2002 vor dem Landgericht Bonn<sup>13</sup>. Zwar wurde die Berufung gegen das klageabweisende Urteil des Landgerichts Bonn<sup>14</sup> vom Oberlandesgericht Köln zurückgewiesen<sup>15</sup>. Die Revision der Kläger blieb erfolglos<sup>16</sup>. Die Zurückweisung erfolgte auf der Basis des Erfordernisses der konkreten Zurechnung im deutschen Amtshaftungsrecht. Hinsichtlich der behaupteten Beteiligung Deutschlands an der Zerstörung der Brücke durch Aufklärungsleistungen und die Gewährung von Begleit- und Luftraumschutz<sup>17</sup> hielt das Gericht eine weitere Aufklärung für überflüssig, denn „selbst (...) wenn die Luftraumschutzmaßnahmen auch die die Brücke zerstörenden Flugzeuge bei deren (möglichen) Flug über den Kosovo betrafen (...)\“, sei weder vorgetragen, noch sonst ersichtlich, dass eine schuldhafte Hilfeleistung zu einer vorwerfbaren Handlung vorgelegen habe. Die Vorwerfbarkeit könne sich daraus ergeben, „dass die konkreten Umstände des Angriffs völkerrechtswidrig oder gar kriegsverbrecherisch waren“. Jedoch spreche nichts „dafür, dass der Beklagten bzw. den für sie handelnden Stellen und Personen vor oder zum Zeitpunkt des Angriffs dessen Umstände bekannt oder fahrlässig unbekannt“ gewesen seien<sup>18</sup>. Dennoch stellte das OLG Köln in dieser Entscheidung die Möglichkeit des Bestehens eines Amtshaftungsanspruchs i.S.d. § 839 BGB auch für

<sup>12</sup> Vgl. etwa FAZ vom 25.3.2003, S. 6, und FAZ vom 27.3.2003, S. 1. Aus letzterer Meldung geht hervor, dass das im Rahmen der Anti-Terror-Operation „Enduring Freedom“ in Kuwait stationierte ABC-Abwehr-Kontingent im Februar 2003 sogar noch verstärkt wurde.

<sup>13</sup> Sie verlangten eine „angemessene Geldentschädigung“ für erlittenes Leid und den Tod nahe Angehöriger. Zwar waren an dem Luftangriff vom 30.5.1999, der zehn Tote und 17 Verletzte gefordert hatte, keine deutschen Flugzeuge beteiligt gewesen, jedoch stützten die Klägervertreter den geltend gemachten Anspruch auf die im NATO-Rat am 8.10.2002 erteilte Zustimmung Deutschlands zu den NATO-Luftangriffen und den später gefassten Einsatzbeschluss des Deutschen Bundestages (vgl. FAZ vom 16.10.2003, S. 4).

<sup>14</sup> Vgl. das Urteil des Landgerichts Bonn vom 10.12.2003 (Rs. 1 O 361/02).

<sup>15</sup> S. das Urteil des OLG Köln vom 28.7.2005 (Rs. 7 U 8/04), S. 1 = NJW 2005, 2860 (2863).

<sup>16</sup> Vgl. das Urteil des BGH vom 2.11.2006 (Rs. III ZR 190/05), S. 2.

<sup>17</sup> Dass deutsche Flugzeuge im Rahmen der NATO-Aktionen im Kosovo-Krieg generell Aufklärung geleistet und Luftraumschutz gewährt hatten, war in dem Verfahren jedoch unstreitig (vgl. Erwgr. 109 d. g. Urt. d. OLG).

<sup>18</sup> S. das Urteil des OLG Köln vom 28.7.2005 (Rs. 7 U 8/04) = NJW 2005, 2860 (2863 f.).

den Fall bewaffneter Auseinandersetzungen jedenfalls insoweit fest, „als der Staat dabei in völkerrechtswidriger Weise die primärrechtslichen Ansprüche des Einzelnen auf Einhaltung des humanitären Völkerrechts verletzt“<sup>19</sup>. Diese Rechtsprechung war im Fall Distomo<sup>20</sup> sowohl vom Bundesgerichtshof<sup>21</sup> als auch vom Bun-

<sup>19</sup> S. OLG Köln NJW 2005, S. 2860 (2863). Das OLG Köln verwies dabei (a.a.O., S. 2860 [2861]) auch auf die gefestigte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das in NJW 1996, S. 2717 (2719) und in NJW 2004, S. 3257 (3258) festgestellt hatte, dass es eine allgemeine Regel des Völkerrechts, wonach Ansprüche aus innerstaatlichem Recht, die auf Kriegsereignissen beruhen, nicht individuell durchsetzbar sind, sondern nur auf zwischenstaatlicher Ebene geltend gemacht werden können, nicht gibt. In der letztgenannten Entscheidung macht das BVerfG jedoch die Einschränkung, dass sich aus „dem fehlenden Ausschlussverhältnis (...) aber keine Regel oder Vermutung dahin gehend ableiten [lässt], dass ein das Völkerrecht verletzender Staat den verletzten Personen auf Grund des eigenen nationalen Rechts Ansprüche zu gewähren hat. Maßgeblich ist vielmehr die konkrete Ausgestaltung der innerstaatlichen Rechtsordnung“ (a.a.O., ebd.).

<sup>20</sup> Hier ging es um ein durch die SS im Zweiten Weltkrieg verübtes Massaker. Die Eltern der griechischen Kläger waren am 10.6.1944 im Zuge einer an den Einwohnern der griechischen Ortschaft Distomo verübten „Vergeltungsaktion“ von Angehörigen einer in die deutschen Besatzungstruppen eingegliederten SS-Einheit erschossen worden, nachdem es zuvor zu einer bewaffneten Auseinandersetzung mit Partisanen gekommen war. Insgesamt hatten die Soldaten zwischen 200 und 300 der an den Partisanenkämpfen nicht beteiligten ca. 1.800 Dorfbewohner getötet. Unter den Opfern befanden sich vor allem alte Menschen, Frauen, Kinder und Säuglinge. Das Dorf wurde niedergebrannt. Im September 1995 hatten die Beschwerdeführer Klage erhoben und beantragt festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet sei, den materiellen Schaden zu ersetzen, der ihnen durch den Einsatz der SS-Einheit am 10.06.1944 in Distomo entstanden sei. Die Klage blieb in allen Instanzen ohne Erfolg. Demgegenüber hatte in einem in Griechenland geführten Parallelverfahren, an dem u.a. die Beschwerdeführer beteiligt waren, das zuständige Landgericht Levadeia im Oktober 1997 entschieden, dass die wegen desselben Sachverhalts geltend gemachten Schadensersatzansprüche begründet seien. Vgl. BVerfG EuGRZ 2006, S. 105 [105] = DÖV 2006, S. 516 (516), hier kürzere Darst.

<sup>21</sup> Insoweit stimmt die in der Presse aufgestellte Behauptung, die Rechtsprechung des OLG Köln im Fall Varvarin sei durch die Distomo-Entscheidung des BGH wieder in Frage gestellt worden (so HaBl. v. 6.3.2006, S. 4), nicht: Der BGH hatte das gegen die Schadensersatzklagen von Nachkommen der Opfer ergangene Versäumnisurteil aufrechterhalten, weil er die Revision für nicht begründet hielt (vgl. d. Urteil des BGH v. 26.6.2003, Rs. III ZR 245/98 S. 4). Dies jedoch nicht deshalb, weil er etwa die Möglichkeit eines Amtshaftungsanspruchs im Fall von bewaffneten Auseinandersetzungen generell ablehnte. Vielmehr hatte er a.a.O., auf S. 22, ausdrücklich auf die o. (in Fn. 19) zitierte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Bezug genommen. Für die Zeit des Zweiten Weltkriegs ging er jedoch davon aus,

„dass nach dem damaligen Verständnis des Kriegsgeschehens im allgemeinen, des anerkannten (...) völkerrechtlichen Haftungssystems für Verstöße gegen die Regeln des Krieges und der überkommenen Regelung des Art. 131 WRV, wonach die Verantwortlichkeit des Staates für die Amtspflichtverletzungen seiner Beamten nur ‚grundsätzlich‘ gegeben war, eine Einstandspflicht des Staates nach innerstaatlichem Amtshaftungsrecht gegenüber durch Kriegshandlungen geschädigten Ausländern nicht gegeben war“ (BGH a.a.O., S. 25 ff.).

desverfassungsgericht bestätigt worden<sup>22</sup>; auch im Fall Varvarin bestätigte der BGH die Ablehnung des Amtshaftungsanspruchs über die Frage der Zurechnung<sup>23</sup>. Das Bundesverfassungsgericht stellte in seinem Nichtannahmebeschluss fest, der BGH habe mit Bezug auf den haftungsbegründenden Tatbestand im Wesentlichen darauf abgestellt, dass ein Anspruch gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 131 WRV vom spezifischen völkerrechtlichen Haftungsregime zwischen den Staaten, das im Zeitpunkt des Geschehens gegolten habe, überlagert worden sei. Das Gericht fährt fort:

„Es kann dahinstehen, ob eine solche Überlagerung der Notwendigkeit gerecht wird, die Einhaltung der Regeln des humanitären Kriegsvölkerrechts auch in nationalen Rechtsordnungen durch parallele Sanktionsmöglichkeiten zu sichern (...). Denn im Ergebnis gelangt im vorliegenden Fall, wie der BGH zu Recht festgestellt hat, der Haftungsausschluss in § 7 RBHG a.F. zur Anwendung“<sup>24</sup>.

Damit erkannte es in Bestätigung der Varvarin-Rechtsprechung des OLG Köln, auf die es an dieser Stelle auch verwies, indirekt an, dass durch völkerrechtswidrige Kriegshandlungen geschädigte Einzelpersonen einen amtschaftungsrechtlichen Schadensersatzanspruch haben können<sup>25</sup>. Der BGH ließ die Frage, ob ein solcher Amtshaftungsanspruch möglich sei, im Varvarin-Urteil offen<sup>26</sup>.

Auch Italien war mit einer Schadensersatzklage wegen der Bombardierung der Belgrader Radio- und Fernsehstation am 23. April 1999 konfrontiert, bei der etliche Zivilisten getötet bzw. schwer verletzt wurden<sup>27</sup>. Auch hier verlangten die Hinterbliebenen Schadensersatz, da die Radio- und Fernsehstation nicht als legitimes Ziel im Sinne des Ersten Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen<sup>28</sup> angesehen werden könnten. Zwar waren italienische Flugzeuge nicht an dem Angriff beteiligt, jedoch hatte das italienische Militär zur Auswahl der Ziele beige tragen und die Flugzeuge waren von italienischem Boden aus gestartet. Auch dieser Klage war kein Erfolg beschieden, allerdings aufgrund einer wesentlich konservativeren Begründung als im o.g. deutschen Fall: Der italienische Kassationshof hat die Klageabweisung unter Rückgriff auf die sog. Regierungsakttheorie mit dem Argument bestätigt, es habe sich bei der Bombardierung um politische Akte gehandelt, die der ordentlichen Gerichtsbarkeit oder der Verwaltungsgerichtsbarkeit von vornherein entzogen seien. In der italienischen Literatur wurde

<sup>22</sup> Vgl. BVerfG, Rs. 2 BvR 1476/03 vom 15.2.2006 = BVerfG EuGRZ 2006, 105 ff. = DÖV 2006, S. 516 ff.

<sup>23</sup> Vgl. das Urteil des BGH vom 2.11.2006, Rs. III ZR 190/05, Erwgr. 22 ff.

<sup>24</sup> BVerfG EuGRZ 2006, 105 (106 f.) = DÖV 2006, S. 516 (517 f.).

<sup>25</sup> Vgl. HaBl. vom 6.3.2006, S. 4.

<sup>26</sup> Vgl. Erwgr. 20 und 22 d. g. Urt. d. BGH.

<sup>27</sup> Es handelte sich um dasselbe Bombardement, das auch der Sache Banković zugrunde lag (S. dazu u., Fn. 13 unter E. und zugehöriger Text).

<sup>28</sup> Vgl. dazu unten, unter A.III.2.b), S. 15 ff.

u.a. die Undifferenziertheit dieser Entscheidung kritisiert: So dürfe der Hinweis, es habe sich um Kriegshandlungen gehandelt, nicht zu einem Freisprechen von der Einhaltung des einschlägigen Kriegsrechts führen. Die Mittel der Kriegsführung müssten legal bleiben<sup>29</sup>.

Auch im Vereinigten Königreich kam es zu mehreren interessanten Gerichtsverfahren<sup>30</sup>: So wurde im Rahmen eines Strafverfahrens gegen einige Friedensaktivisten das *House of Lords* befasst. Die Aktivisten hatten während des Irak-Kriegs versucht, das Auftanken von Kampfjets und das Verladen bewaffneter Fahrzeuge auf Schiffe zu verhindern. Zu ihrer Verteidigung beriefen sich die Aktivisten darauf, sie seien gerechtfertigt gewesen, da sie nur versucht hätten, ein größeres Verbrechen, nämlich das der Aggression, zu verhindern<sup>31</sup>. Das *House of Lords* wies diese Argumentation einstimmig zurück<sup>32</sup>, da das Verbrechen der Aggression kein Verbrechen i.S.d. nationalen, britischen Rechts sei. Erfolgreicher waren dagegen fünf Friedensaktivisten, die wegen Sachbeschädigung an einem Flugzeug der US-Luftwaffe angeklagt waren. Sie wurden freigesprochen, nachdem sie zu ihrer Verteidigung vorgebracht hatten, entschuldigt zu sein, da sie handelten, um Leben oder Eigentum im Irak zu schützen<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Vgl. RONZITTI, RDI 85 (2002), S. 682 (684 f.).

<sup>30</sup> Zum Strafverfahren gegen Katharine Gun, s. u., Fn. 456 ff. unter B. und zugehöriger Text.

<sup>31</sup> Vgl. *The Guardian* vom 20.2.2006 (Zu finden unter <<http://www.guardian.co.uk/antiwar/story/0,,1713575,00.html>> [2.5.2006]).

<sup>32</sup> Vgl. <<http://www.guardian.co.uk/antiwar/story/0,,1742735,00.html>> (13.11.2006).

<sup>33</sup> Vgl. <<http://www.guardian.co.uk/antiwar/story/0,,1864319,00.html>> (13.11.2006).

## II. Einführung in Gegenstand und Gang der Untersuchung

Auch die Auseinandersetzungen in der völkerrechtlichen Forschung und Lehre waren in den letzten Jahren stark durch die Diskussion über den Kosovo-Krieg im Jahr 1999 und den Irak-Krieg im Jahr 2003 geprägt. Ein erheblicher Teil des Diskurses drehte sich um die Frage der Rechtmäßigkeit der Gewaltanwendung durch die NATO-Staaten im Kosovo-Krieg und durch die von den USA angeführte Koalition im Irak-Krieg. Diskutiert wurde u.a., ob der Weltsicherheitsrat die Anwendung militärischer Gewalt jeweils *ex ante* oder zumindest *ex post* autorisiert hatte. Von erheblicher Bedeutung war insbesondere die Frage, ob die genannten Konflikte zu einer Ausweitung der Ausnahmen des universellen Gewaltverbots beigetragen haben<sup>34</sup>. Die vorliegende Arbeit wird die Frage des Vorliegens eines wie auch immer zu begründenden Sicherheitsratsmandats in Bezug auf beide Konflikte untersuchen. Geprüft werden dazu sowohl vor als auch nach dem jeweiligen Krieg erlassene Resolutionen des Sicherheitsrats. Essentielle Bedeutung haben für diese Untersuchung die für die Auslegung von Sicherheitsratsresolutionen<sup>35</sup> geltenden Regeln sowie die Regeln, nach denen sich die Delegation von Sicherheitsratsbefugnissen aus dem VII. Kapitel der UN-Charta richtet. Neben der Frage einer Rechtfertigung der Gewaltanwendung über ein Sicherheitsratsmandat beschäftigt sich die Arbeit auch mit der Frage der Rechtfertigung der beiden Kriege über ein Recht auf humanitäre Intervention und über das kollektive Selbstverteidigungsrecht aus Art. 51 UN-Charta. Im Übrigen werden die im Zusammenhang mit dem Kosovo- und dem Irak-Krieg zu beobachtenden Rechtsbehauptungen daraufhin untersucht werden, ob sie durch konkretisierende Praxis des UN-Sicherheitsrats innerhalb des Rahmens der UN-Charta<sup>36</sup> oder durch die Bildung von Völkergewohnheitsrecht<sup>37</sup> zu einer Veränderung der Konturen des Gewaltverbots geführt haben oder zumindest beitragen könnten. Besondere Bedeutung im Zusammenhang mit der Frage des Vorliegens einer Autorisation der Gewaltanwendung durch den Sicherheitsrat kommt dem Phänomen des „*Unilateral enforcement of the collective will*“<sup>38</sup> zu<sup>39</sup>. Insoweit in der Diskussion um den

<sup>34</sup> S. zum Gewaltverbot u., unter C.III., S. 186 ff.

<sup>35</sup> Etliche der in dieser Arbeit zitierten Sicherheitsratsresolutionen sind abgedruckt bei WELLENS<sup>1990</sup>, S. 3 ff. I.U. finden sich alle Sicherheitsratsresolutionen und die Erklärungen des Sicherheitsratspräsidenten seit 1994 auf der Internetseite des Sicherheitsrats <<http://www.un.org/Docs/sc/>> (6.9.2006), abzurufen durch Berühren der Links „Resolutions“ und „Presidency“.

<sup>36</sup> S. dazu u., Fn. 281 f. unter C. und zugehöriger Text.

<sup>37</sup> S. dazu u., unter C.I., S. 129 ff.

<sup>38</sup> Bei diesem Phänomen geht es darum, dass in bestimmten Situationen, in denen der Sicherheitsrat sich nicht auf eine Autorisation des Einsatzes militärischer Gewalt einigen konnte, einzelne Staaten über eine einseitige Auslegung zuvor ergangener Sicherheitsratsresolutionen auf argumentativem Weg das Vorliegen eines impliziten Sicherheitsratsmandats konstruieren. Vgl. dazu auch KRISCH, MPIYbUNL 3 (1999), S. 59 (86 und 89 ff.), und BLUMENWITZ/BREUER, S. 222 ff.; vgl. auch CORTEN/DUBUSSON, RGDIP 104 (2000), S. 873 (876).

Kosovo-Krieg von der Rechtswidrigkeit der Gewaltanwendung ausgegangen wurde, behauptete man zum Teil, die illegale Militäraktion sei zumindest moralisch legitim gewesen. Da auch solche Legitimitätsüberlegungen zu einer Schwächung der Autorität des Gewaltverbots beitragen und sich damit faktisch auf dessen Effektivität auswirken können, wird auch diese These der moralischen Entschuldigung der NATO-Luftangriffe zu untersuchen sein.

Der eigentlichen Untersuchung auf der Basis des Kosovo- und des Irak-Kriegs sind unter Gliederungspunkt B. zunächst eine Darstellung des zugrunde liegenden Sachverhalts sowie unter Gliederungspunkt C. eine Erarbeitung allgemeiner völkerrechtlicher Grundlagen vorangestellt, die für die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen wesentlich sind. Neben dem tatsächlichen Geschehen um den Kosovo- und den Irak-Krieg geht es dabei um die jeweils erlassenen Resolutionen des Sicherheitsrats sowie um die Rechtspositionen der handelnden Staaten, aber auch derer von Drittstaaten. Das Kapitel C. zu den allgemeinen Grundlagen befasst sich mit völkerrechtlichen Normen, mit Fragen der Auslegung von Sicherheitsratsresolutionen, mit dem universellen Gewaltverbot sowie mit Fragen der Delegation von Befugnissen des Sicherheitsrats aus dem VII. Kapitel der UN-Charta.

Unter Gliederungspunkt D. wird sodann die Frage untersucht, ob Rechtfertigungsgründe für die Anwendung militärischer Gewalt im Kosovo- und im Irak-Krieg vorlagen. In diesem Zusammenhang erfolgt gleichzeitig die Prüfung einer Herausbildung etwaiger neuer völkerrechtlicher Normen und des Vorliegens einer etwaigen konkretisierenden Praxis des Sicherheitsrats. Gliederungspunkt E. ist der Untersuchung der Frage einer moralischen Entschuldigung oder Legitimierung der NATO-Luftangriffe im Kosovo-Krieg gewidmet. Gliederungspunkt F. schließlich fasst in Form einer Synthese die Konsequenzen der Fälle Kosovo und Irak für die völkerrechtliche Entwicklung der Ausnahmen des Gewaltverbots zusammen. In diesem Rahmen erfolgt auch eine Auseinandersetzung mit der jüngeren Diskussion um eine Veränderung der Völkerrechtsordnung und damit auch der Regeln innerhalb des kollektiven Sicherheitssystems bzw. der Konturen des Gewaltverbots durch hegemonistisches Verhalten westlicher Staaten. Abschließende Überlegungen finden sich im Schluss unter Gliederungspunkt G.

---

<sup>39</sup> S. dazu u., unter D.I.2.a)cc), S. 268 ff.

### **III. Ebenen der Untersuchung**

Bei der Untersuchung der Rechtmäßigkeit der Anwendung militärischer Gewalt sind mehrere Ebenen voneinander zu unterscheiden und getrennt zu betrachten. So ist auf die Trennung der rechtlichen von der politischen Ebene zu achten. Ebenso ist zwischen den beiden Ebenen des *ius ad bellum* und des *ius in bello* zu differenzieren.

#### **1. Die rechtliche und die politische Ebene**

Wenn es darum geht, für den konkreten Fall herauszuarbeiten, ob die Anwendung militärischer Gewalt rechtmäßig war oder nicht, ist zwischen der rechtlichen und der politischen Ebene zu differenzieren. Dies verlangt der angemessene Umgang mit dem politischen Charakter des Völkerrechts. Dieser sollte in der Auseinandersetzung mit völkerrechtlichen Fragen nicht übersehen werden, um ein vorschnelles Leugnen des Rechtscharakters des Völkerrechts überhaupt zu vermeiden<sup>40</sup>.

Da wird etwa der Vorwurf erhoben, Staaten entschieden zum Teil nach Kosten-Nutzengesichtspunkten, ob sie Völkerrecht einhalten oder nicht. Wohlgemerkt beachten Staaten das Völkerrecht in der weit überwiegenden Zahl der Fälle und würden sich wahrscheinlich auch ohne die Existenz der Völkerrechtsordnung ebenso verhalten. Dieser und ähnliche Einwände<sup>41</sup> hinsichtlich der Einhaltung der Völkerrechtsordnung ändern aber nichts daran, dass Völkerrecht bindendes, zwingendes Recht ist, das Staaten im Außenverhältnis verpflichtet. Völkerrecht ist nicht das Verfassungsrecht, sondern das Zivilrecht der Staaten. Auch wenn sich das Völkerrecht von letzterem vor allem insoweit unterscheidet, dass es ein Recht ohne Zwangsordnung<sup>42</sup> ist, ist die Autorität der Völkerrechtsordnung von allen Staaten anerkannt<sup>43</sup>. Das zeigt sich auch darin, dass Verstöße gegen das Völkerrecht seitens der Staaten nur ungern eingestanden werden.

Um nun die oben angesproche Differenzierung vornehmen zu können, muss man sich die zwischen der rechtlichen und der politischen Ebene bestehenden Beziehungen verdeutlichen. Dass, um den oben erwähnten Einwänden entgegen zu treten, die Politik nicht generell über das Recht verfügen kann, ergibt sich auf internationaler Ebene ebenso wie innerstaatlich aus der Abhängigkeit der Politik vom Recht, welches ihr Instrument ist. Es ist das Instrument, das Sicherheit, Ordnung, Stabilität, Freiheit, Gerechtigkeit und Wohlstand sichern soll. Freilich hat Politik auch die Aufgabe, Recht zu gestalten. Aber schon im eigenen Interesse kann sich auch die Politik nicht beliebig über das Recht hinwegsetzen. Auch im innerstaatlichen Recht stehen die Interessen des Einzelnen dieser von der Politik als Recht

<sup>40</sup> So BERBER, Völkerrecht I, § 3 IV. (S. 24).

<sup>41</sup> Der beschriebene Einwand und weitere Einwände gegen die Relevanz und den verbindlichen Charakter völkerrechtlicher Normen sind dargestellt bei HENKIN, S. 88 f.; vgl. auch HART, S. 294 ff.

<sup>42</sup> Vgl. BERBER, Völkerrecht I, § 3 II. (S. 19 ff.).

<sup>43</sup> Vgl. HENKIN, S. 89; D'AMATO<sup>1995</sup>, S. 1 ff.; KUNIG in BETZ/BRÜNE, S. 47 (48 f.).

gesetzten Ordnung zum Teil entgegen. Auch Einzelpersonen entscheiden, wenn sie auch in den meisten Fällen das Recht beachten, in manchen Fällen nach Kosten-Nutzengesichtspunkten über die Einhaltung von Regeln und Normen; sie wiegen den persönlichen wirtschaftlichen, sozialen oder sonstigen Nutzen eines Rechtsbruchs auf gegen eventuelle negative Konsequenzen eines Zivil-, Verwaltungs- oder Strafverfahrens. Trotzdem würde deswegen niemand dem innerstaatlichen Recht seine bindende Wirkung<sup>44</sup> oder den Rechtscharakter<sup>45</sup> absprechen wollen.

Die angestellten Erwägungen machen klar, dass nicht jede Erklärung, die von staatlicher Seite abgegeben wird, rechtlichen Charakter haben kann. Viele solcher Erklärungen sind rein politischer Natur. Sie drehen sich möglicherweise hauptsächlich um die oben erwähnten Kosten-Nutzenaspekte und besitzen daher zum Teil nur geringe Aussagekraft hinsichtlich der jeweiligen rechtlichen Position. Dies hat der IGH in seiner Nicaragua-Entscheidung klargestellt, als er seine Prüfung der militärischen und paramilitärischen Aktivitäten der USA in Nicaragua ausschließlich auf der Grundlage deren rechtlicher Argumentation vollzog, nicht aber aufgrund politischer Erklärungen, die das Vorgehen der USA rechtfertigen sollten<sup>46</sup>. Der Grund für diese Differenzierung liegt darin, dass einem Staat nicht eine Rechtsauffassung zugeschrieben werden soll, die er nicht selbst vorgetragen hat<sup>47</sup>. Entscheidend für das Verständnis der Nicaragua-Entscheidung ist, dass die USA ihre Verfahrensbeteiligung beendet hatten, nachdem der IGH ihren Einwand seiner Unzuständigkeit, über die Klage Nicaraguas zu entscheiden, verworfen hatte<sup>48</sup>. Im Rahmen seiner Erörterung des Art. 53 Abs. 2 IGH-Statut<sup>49</sup> hatte der IGH eine Passage seines Urteils im isländischen Fische-

<sup>44</sup> Vgl. HENKIN, S. 90 ff.

<sup>45</sup> Vgl. D'AMATO<sup>1995</sup>, S. 2 ff., der darauf hinweist, dass auch im innerstaatlichen Recht faktisch nicht durchsetzbares Recht existiert. So würden Gerichtsentscheidungen, die sich gegen den Staat richten, nur umgesetzt werden, weil der Staat dies wolle, so im Öffentlichen Recht – ein Begriff, den D'AMATO als Jurist aus einem Common law-System freilich nicht verwendet – und im Strafrecht. Verfassungs- wie auch Völkerrecht seien letztlich „positive Moral“ im Sinne AUSTINS, S. 123 ff., insb. S. 127. Auch werde das vollstreckbare Privatrecht von den Einzelnen nicht etwa deswegen überwiegend eingehalten, weil ein Überwachungsstaat im Sinne Orwells mit Gewalt dazu zwinge (vgl. D'AMATO<sup>1995</sup>, S. 3 f.). Vgl. dazu auch KUNIG, a.a.O. (Fn. 43), ebd.

<sup>46</sup> Vgl. KRITSIOTIS, EJIL 15 (2004), S. 233 (236).

<sup>47</sup> Vgl. *ICJ, Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Entsch. v. 27.6.1986, *ICJ Rep.*, S. 14 (109), Abschn. 207; vgl. KRITSIOTIS, a.a.O., S. 238.

<sup>48</sup> Vgl. WENGLER, NJW 1986, S. 2994 (2994).

<sup>49</sup> Art. 53 Abs. 2 IGH-Statut sieht vor, dass der IGH im Fall der Säumnis einer Partei (vgl. dazu Art. 53 Abs. 1) vor Erlass eines Urteils nicht nur seine Zuständigkeit prüfen müsse, sondern auch, ob die Anträge (der erschienenen Partei) tatsächlich und rechtlich begründet sind. Die manchen nationalen Verfahrensordnungen eigene Idee, der Säumige sei wegen einer Obliegenheits- oder gar einer Pflichtverletzung zu sanktionieren, darf auf das Verfahrensrecht vor dem

reistreit zitiert<sup>50</sup>, in der er festgestellt hatte, er habe im Fall der Säumnis einer Partei von Amts wegen alle völkerrechtlichen Regeln auf den zu entscheidenden Fall anzuwenden, die für die Beilegung der Streitigkeit einschlägig sein könnten; keiner der Parteien obliege es, insoweit irgendetwas auszuführen<sup>51</sup>. Ange-sichts der Nichtbeteiligung der USA im Verfahren zur Begründetheit sah sich der IGH daher zur Prüfung veranlasst, ob das Völkergewohnheitsrecht neben dem kollektiven Selbstverteidigungsrecht weitere Regeln enthalte, die Gegenmaßnahmen gegen das nicht in einem bewaffneten Angriff bestehende Verhalten Nicaraguas rechtfertigen könnten<sup>52</sup>. Er führte dazu aus<sup>53</sup>:

„[F]or a new customary rule to be formed, not only must the acts concerned ‘amount to a settled practice’, but they must be accompanied by the *opinio iuris sive necessitatis*. (...) The Court has no jurisdiction to rule upon the conformity with international law (...) of conduct of the Parties unconnected with the dispute. Nor has it authority to ascribe to States legal views which they do not themselves advance. The significance for the Court of cases of State conduct *prima facie* inconsistent with the principle of non-intervention lies in the nature of the ground offered as justification. Reliance by a State on a novel right or an unprecedented exception to the principle might, if shared in principle by other States, tend towards a justification of customary international law. In fact however, the Court finds that States have not justified their conduct by reference to a new right of intervention or a new exception to the principle of its prohibition. The United States authorities have (...) clearly stated their grounds for intervening in the affairs of a foreign State for reasons connected with, for example, the domestic policies of that country, its ideology, the level of its armaments, or the direction of its foreign policy. But these were statements of international policy, and not an assertion of rules of existing international law.

(...) [T]he United States has not claimed, that its intervention which it justified in this way on the political level, was also justified on the legal level, alleging the exercise of a new right of intervention regarded by the United States as existing in such circumstances. (...) [It] has, on the legal plane, justified its intervention expressly and solely by reference to the ‘classic’ rules involved, namely, collective self-defence against an armed attack“.

Der entscheidende Aspekt der Differenzierung zwischen der rechtlichen und der politischen Ebene in der Nicaragua-Entscheidung ist also nicht etwa darin zu sehen, dass der IGH nicht „die Verteidigung für die Verteidigung“ verfassen oder korrigieren wollte<sup>54</sup>, sondern vielmehr darin, dass der IGH mit „Rechtsauffassung“ vor allem die für die Bildung neuer völkerrechtlicher Normen konstitutive *opinio iuris sive necessitatis*<sup>55</sup> meinte. Folglich ist auch ein völker-

IGH nicht übertragen werden (vgl. VON MANGOLDT, FS Mosler, S. 503 [522]; ZIMMERMANN/TOMUSCHAT/OELLERS-FRAHM//VON MANGOLDT/ZIMMERMANN., ICJ Statute, Article 53 Rn. 56 ff.).

<sup>50</sup> Vgl. *ICJ Rep. 1986* (s. Fn. 47), S. 14 (24 f.), Abschn. 29.

<sup>51</sup> Vgl. *ICJ Rep. 1974, Fisheries Jurisdiction Case (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits*, S. 3 (9), Abschn. 17 und S. 175 (181), Abschn. 18.

<sup>52</sup> Vgl. *ICJ Rep. 1986* (s. Fn. 47), S. 14 (106 [Abschn. 201]).

<sup>53</sup> S. *ICJ Rep. 1986* (s. Fn. 47), S. 14 (108 f.), Abschn. 207 f.; Hervh. übern., Unterstr. eingef.

<sup>54</sup> So aber KRITSIOTIS, a.a.O. (in Fn. 46), S. 233 (240).

<sup>55</sup> S. dazu ausführlich u., unter C.I.2.b), S. 134 ff.

rechtlicher Fall im Sinne von *iura novit curia* durchaus unter Berücksichtigung aller bereits existierenden und einschlägigen Rechtsnormen zu prüfen, egal, ob die Parteien sich nun darauf berufen haben oder nicht. Nicht erlaubt ist es dagegen, womöglich erfolgte Äußerungen einer Partei auf rein politischer Ebene, in denen diese Partei Verhaltensweisen für sich beansprucht, die mit geltendem Recht nicht zu vereinbaren sind, als Kundgabe einer *opinio iuris sive necessitatis* zu interpretieren, also einer Auffassung, dass die vom bisherigen Recht abweichende Übung i.S.d. Art. 38 lit. b) IGH-Statut eine neue völkergewohnheitsrechtliche Norm zum Ausdruck bringe. Es darf also keiner Partei eine *opinio iuris sive necessitatis* in den Mund gelegt werden, die sie nicht selbst geäußert hat. Daher kann in Fällen, in denen sich Staaten zu bestimmten Vorgehensweisen nur wenig geäußert haben, deren völkerrechtlich zu überprüfende Rechtsposition zwar auch anhand deren politischer Erklärungen ermittelt werden<sup>56</sup>. Allerdings hat man dabei Vorsicht walten zu lassen, da, wie gezeigt, nicht jede politische Erklärung eine rechtliche Überzeugung zum Ausdruck bringt. Unproblematisch sind die Fälle, in denen solche Erklärungen ausdrücklich Bezug nehmen auf bestimmte Rechtsgrundlagen. In diesen Fällen handelt es sich nicht nur um eine politische Erklärung, sondern gleichzeitig um Ausführungen zur Rechtslage. Diese kommentieren nur die Rechtslage, können also an der völkerrechtlichen Beurteilung des jeweiligen Sachverhalts nichts ändern. Sobald eine politische Erklärung jedoch Aussagen enthält, die, würde man sie als Rechtsbehauptung verstehen, außerhalb der bestehenden völkerrechtlichen Ordnung stünde, ist genauer zu untersuchen, ob diese Erklärung Ausfluss einer rechtlichen Überzeugung ist, d.h. ob sich hinter solchen Aussagen tatsächlich eine *opinio iuris sive necessitatis* verbirgt. Dies ist jedenfalls dann auszuschließen, wenn es in Bezug auf den gleichen Vorgang auch offizielle Stellungnahmen gibt, die Rechtsausführungen enthalten, welchen keine Rechtsbehauptung in Bezug auf die Existenz eines entsprechenden neuen Rechts entnommen werden kann. Im Zweifelsfall sind weitere Vorgänge und Erklärungen aus der Praxis des betreffenden Staates zu untersuchen.

---

<sup>56</sup> So WODARZ, S. 82, wobei sich dies jedoch nicht aus Art. 38 Abs. 1 lit. b) IGH-Statut ergibt, der nur den Begriff des Völker gewohnheitsrechts umschreibt. Die Frage, ob eine bestimmte *consuetudo*, die sich aus jeglichem staatlichen Handeln ergeben und folglich auch in der Abgabe politischer Erklärungen bestehen kann (vgl. JENNINGS/WATTS, Vol. I/1, § 10, S. 26), als Grundlage der Bildung einer völker gewohnheitsrechtlichen Norm in Betracht kommt, hat mit der Abgabe einer Erklärung zur rechtlichen Grundlage staatlichen Handelns im zwischenstaatlichen Bereich grds. nichts zu tun, denn eine solche Erklärung muss sich nicht auf die Kundgabe einer Auffassung über völker gewohnheitsrechtliche Normen. Vielmehr kann sie sich etwa auch mit Völker vertragsrecht und mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen i.S.d. Art. 38 lit. a) und b) IGH-Statut auseinandersetzen.

## 2. Die Ebenen des *ius ad bellum* und des *ius in bello*

### a) Das *ius ad bellum*

Auf der Ebene des *ius ad bellum* geht es um die Frage, ob der Einsatz militärischer Gewalt an sich rechtmäßig ist, es geht um das „Recht zum Krieg“, sozusagen um die Rechtmäßigkeit des „Ob“ der militärischen Gewaltanwendung. Wichtig ist in diesem Zusammenhang die Frage der Perspektive: Das Bestehen oder Nichtbestehen des *ius ad bellum* beurteilt sich aus der Sicht *ex ante*. Der Erfolg oder Misserfolg einer militärischen Aktion darf keinen Einfluss auf die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Einsatzes militärischer Gewalt haben<sup>57</sup>. Die Rechtmäßigkeit einer solchen Aktion muss im Voraus anhand immer der gleichen Parameter geprüft werden. Allerdings wäre es zu stark vereinfacht, zu behaupten, die Beurteilung des *ius ad bellum* beschäftige sich ausschließlich mit der abstrakten Frage des „Ob“ und ziehe nicht auch Aspekte des „Wie“ für die Prüfung heran. Es kann hier durchaus Überschneidungen mit Fragen des „Wie“ geben. Solche Überschneidungen entstehen insbesondere deshalb, weil das *ius ad bellum* nur in engen Grenzen besteht, d.h. strengen Bedingungen unterworfen ist, die sich auch auf die Art und Weise der Ausführung der Waffenhandlungen beziehen können. Zu diesen Voraussetzungen gehört nach heutigem Völkerrecht die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, bei dessen Anwendung auch gewisse Aspekte des „Wie“ in die Beurteilung des „Ob“ mit einfließen können.

Bei der Durchhaltung der *ex ante*-Perspektive bei der Prüfung des *ius ad bellum* ist zu beachten, dass in vielen Fällen auch Informationen verwendet werden müssen, die erst nach der Anwendung militärischer Gewalt an die Öffentlichkeit gedrungen sind, wenn dies hilft, die *ex ante*-Perspektive möglichst präzise zu rekonstruieren. So dringen in vielen Fällen Informationen, die etwa den die Entscheidungen treffenden Politikern durchaus bereits vor Beginn einer Waffenhandlung vorlagen, erst im Verlauf einer militärischen Auseinandersetzung oder gar erst danach an die Öffentlichkeit.

Was die Terminologie betrifft, wird zwar die Auffassung vertreten, der Begriff des *ius ad bellum* sei veraltet<sup>58</sup>. Zwar trifft zu, dass die Lehre vom gerechten Krieg<sup>59</sup> wohl nie positives Völkerrecht war<sup>60</sup>. Auch erfasst das universelle Gewaltanwendungsverbot des Art. 2 (4) UN-Charta, insofern weitergehend als die Kriegsverbote etwa des Genfer Protokolls von 1924<sup>61</sup>, des Locarno-Pakts vom

---

<sup>57</sup> So auch TESÓN, MiJIL 1996, S. 323 (365): „[F]inal success is not a requirement of right action“. A.A. erstaunlicherweise DERS., S. 404; vgl. aber auch FALK, AJIL 97 (2003), S. 590 (597); DELBRÜCK, FW 74 (1999), S. 139 (154).

<sup>58</sup> So kann die Bemerkung bei IPSEN/IPSEN, § 2, Rn. 39, verstanden werden, Generationen von Völkerrechtswissenschaftlern hätten dem „*ius ad bellum*“ nachgespürt.

<sup>59</sup> Vgl. hierzu die Nachweise bei IPSEN/IPSEN, a.a.O., Rn. 39 ff.

<sup>60</sup> Vgl. STRUPP/SCHLOCHAUER, Wörterbuch Völkerrecht II, S. 355.

<sup>61</sup> Abgedr. bei LE FUR/CHKLAVER, S. 841 ff.

16. Oktober 1925<sup>62</sup> oder des Briand-Kellogg-Pakts vom 27 August 1928<sup>63</sup>, nicht nur Kriege im eigentlichen Sinne, sondern jede Art der Gewaltanwendung zwischen Staaten. Die Anwendung von Gewalt in den zwischenstaatlichen Beziehungen ist daher zwar grundsätzlich verboten bzw. nur in wenigen Ausnahmefällen erlaubt<sup>64</sup>, so dass es seltsam klingen mag, von einem „Recht zum Krieg“ zu sprechen. Wenn aber geklärt ist, dass Gewaltanwendung nur zulässig ist als „Gewalt gegen Gewalt“, Krieg nur als „Krieg gegen den Krieg“<sup>65</sup>, kann nichts gegen die Verwendung des Begriffs des *ius ad bellum* zur Bezeichnung der Frage nach der völkerrechtlichen Rechtmäßigkeit eines Krieges sprechen<sup>66</sup>.

### b) Das *ius in bello*

Auf der Ebene des für die Zwecke dieser Arbeit nicht interessierenden<sup>67</sup> und daher nur zur Abgrenzung und Verdeutlichung kurz erwähnten *ius in bello* hingegen wird die Einhaltung der Regeln des Kriegsvölkerrechts beim Einsatz militärischer Gewalt geprüft. Dabei ist die Formel „Kriegsvölkerrecht ist humanitäres Völkerrecht“ zu einfach, denn Kriegsvölkerrecht besteht, abgesehen von der Frage des *ius ad bellum*, gleichermaßen aus Regeln, nach denen die Menschen sich gegenseitig zerstören dürfen, wie auch aus Regeln humanitärer Art<sup>68</sup>. Letztere dienen der Eindämmung der negativen Auswirkungen des Krieges auf seine Op-

<sup>62</sup> Der Locarno-Pakt (RGBl. 1926 II, S. 583 ff., abgedr. auch bei BERBER, Dokumentensammlung II, S. 1662 ff.) enthielt ein ganzes Bündel von Verträgen. Abgesehen von mehreren bilateralen Schiedsabkommen (für Deutschland je mit Belgien, Frankreich, Polen und der Tschechoslowakei) enthielt der Vertrag von Locarno, der zwischen Deutschland, Belgien, Frankreich, dem Vereinigten Königreich und Italien abgeschlossen worden war, neben Art. 1, in der sich die Parteien die Aufrechterhaltung des territorialen Status quo zwischen Deutschland, Belgien und Frankreich auf der Grundlage des Versailler Vertrags (RGBl. 1919 II, S. 687) gegenseitig garantierten, ein regionales Kriegsverbot zwischen Deutschland, Belgien und Frankreich (vgl. Art. 2).

<sup>63</sup> Im „Vertrag über die Ächtung des Krieges“ (so d. amtliche Bezeichnung, vgl. d. Bekanntmachung v. 1.8. 1929, RGBl. 1929 II, S. 97; abgedr. im Sartorius II unter der Nummer 47 und bei BERBER, Dokumentensammlung II, S. 1662 ff.) erklärten die Vertragsparteien, dass „sie den Krieg als Mittel für die Lösung internationaler Streitfälle verurteilen und auf ihn als Werkzeug (...) in ihren gegenseitigen Beziehungen verzichten“ (Art. I). Art. II sieht d. friedliche Streitbeilegung zwischen d. Parteien vor. Vgl. z. Briand-Kellogg-Pakt GORNIG<sup>1990</sup>, S. 63 ff.

<sup>64</sup> S. dazu u., unter C.III.2., S. 188 ff.

<sup>65</sup> *Vis contra vim*, bzw. *bellum contra bellum*.

<sup>66</sup> Im Übrigen verwenden etliche Autoren diese Terminologie nach wie vor. Vgl. nur KREß, NJW 1999, S. 3077 (3078); BLECKMANN, Rn. 1118; FISCHER/KÖCK, Rn. 910 ff.; HERDEGEN, § 2 Rn. 13; DOEHRING, § 11, I. und II. (Rn. 566 ff.).

<sup>67</sup> Vgl. aber zu Fragen der Einhaltung des *ius in bello* im Kosovo-Krieg d. u., in Fn. 466 unter D. GENANNEN, bzw. im Irak-Krieg etwa HEINTSCHEL VON HEINEGG, AVR 41 (2003), S. 272 ff.

<sup>68</sup> Vgl. DAVID, S. 37 f.; BERBER, Völkerrecht II, § 6, dort S. 23 f.

fer, insbesondere die Zivilisten und Kriegsgefangenen<sup>69</sup>. Dabei darf die Frage des *ius ad bellum* die Frage des *ius in bello* niemals prädeterminieren oder gar antizipieren. Es gilt insoweit nach wie vor der schon zu Hugo Grotius' Zeiten zum festen Bestand des Völkerrechts zählende nicht diskriminierende Kriegsbegriff, der u.a. die Anwendung des Kriegsrechts für alle Kriegführenden vorschreibt, unabhängig davon, ob die jeweilige Anwendung militärischer Gewalt legal oder illegal ist<sup>70</sup>.

Ohne diesen Grundsatz würde sich nahezu jede Kriegführende Partei bereits vorab selbst von der Einhaltung der Regeln des humanitären Völkerrechts freistellen, etwa unter Hinweis darauf, man kämpfe im Gegensatz zur Gegenseite für die „gerechte Sache“ bzw. die Aggression sei von der anderen Seite ausgegangen. Angesichts der traurigen Tatsache, dass das erste Opfer des Krieges stets die Wahrheit ist, dass dieses erste Opfer jedoch regelmäßig bereits den Kriegsbeginn nicht mehr erlebt<sup>71</sup> und dass in der Regel jede Seite das *ius ad bellum* exklusiv für sich beansprucht, dient die strikte Trennung der Ebenen des *ius ad bellum* und des *ius in bello* – von der dogmatischen Seite einmal ganz abgesehen – einer weitest möglichen Gewährleistung humanitärer Standards bei bewaffneten Auseinandersetzungen sowohl zwischen Staaten als auch innerhalb eines Staates<sup>72</sup>. Der nicht diskriminierende Kriegsbegriff wird leider zum Teil bis heute zuweilen in Frage gestellt<sup>73</sup>. So waren zum fünfzigsten Jahrestag der Bombardie-

<sup>69</sup> Vgl. das III. Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen v. 12.8.1949, das IV. Genfer Abkommen zum Schutze von Zivilpersonen in Kriegszeiten v. 12.8.1949 sowie deren Zusatzprotokolle I und II v. 8.6.1977 über den Schutz der Opfer internationaler bzw. nicht internationaler bewaffneter Konflikte, abgedr. auch im Sartorius II jeweils unter den Nummern 53, 54 und 54a.

<sup>70</sup> Vgl. GREWE, S. 256; STRUPP/SCHLOCHAUER//KUNZ, Wörterbuch Völkerrecht II, S. 355; DINSTEIN, HarvJLPP 27 (2003-04), S. 877 (880 ff.); BUZZI, S. 128 f.

<sup>71</sup> Hiram Johnson (US-amerikanischer Politiker, 1866-1945) prägte den Ausspruch: „Das Erste, was im Krieg auf der Strecke bleibt, ist die Wahrheit“, vgl. HARENBERG/BEIER, S. 675. Auch wenn klar ist, was damit gemeint ist, ist dieser Satz zumindest unpräzise, denn in den meisten Fällen erlebt die Wahrheit schon den Beginn der Kampfhandlungen nicht mehr, da ohne sie ein Krieg leichter auszulösen ist. Gerade im Zeitalter der sog. „Medien demokratie“, in dem eine kritische Öffentlichkeit erst einmal von der „Notwendigkeit“ eines Krieges überzeugt sein will, gilt dies mehr denn je (vgl. dazu auch u., zu Fn. 1 f. unter B. gehöriger Text).

<sup>72</sup> Im Fall innerstaatlicher bewaffneter Konflikte gilt in den von dessen Art. 1 erfassten Fällen der vergleichsweise eingeschränkte Regelkanon des GA ZP II (abgedr. im Sartorius II unter der Nr. 54b).

<sup>73</sup> DINSTEIN, S. 156, sieht die Ursache für das neuerliche Infragestellen des nicht diskriminierenden Kriegsbegriffs in den modernen Kriegs-, bzw. Gewaltverboten: Solange Krieg erlaubtes Mittel der Politik gewesen sei, habe niemand das Prinzip der Gleichheit beider Kriegsparteien hinsichtlich der Anwendung des *ius in bello* in Frage gestellt. Erst durch die Ächtung und Kriminalisierung des Angriffskriegs sei vorgeschlagen worden, das *ius in bello* nicht zu Gunsten der Truppen des Angreifers anzuwenden. Im Erg. kommt DINSTEIN aber zum gleichen Resultat wie dem hier vertretenen: Das Zulassen einer diskriminierenden Anwendung des *ius in bello* würde zum vollständigen Zusammenbruch des Konzepts des *ius in bello* führen (vgl. d. G., S. 157; vgl. auch DENS., HarvJLPP 27 [2003-04], S. 877 [881 f.]).

rung Dresdens von britischer Seite Stimmen zu vernehmen, welche die Verletzung des Kriegsvölkerrechts durch die britischen Luftangriffe auf Dresden mit dem Argument negierten, der Kampf gegen Hitlerdeutschland sei eine gerechte Sache gewesen<sup>74</sup>. Zu denken ist auch an die Behandlung der Kriegsgefangenen aus Afghanistan im Lager von Guantánamo. Diese verstößt gegen das GA III über die Behandlung der Kriegsgefangenen und gegen die dem GA ZP I zum Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte zugrunde liegenden völkergewohnheitsrechtlichen<sup>75</sup> Normen<sup>76</sup>. Solche Ansätze sind gefährlich und müssen zurückgewiesen werden<sup>77</sup>, führen sie doch zurück bis ins tiefste Mittelalter, weit hinter HUGO GROTIUS (1583-1645), der, sich auf *Cicero*<sup>78</sup> berufend, in seinem 1625 erschienenen Werk „*De iure belli ac pacis*“ geschrieben hatte:

„Sed nec in bello iusto admittendum est quod dicitur: Omnia dat qui iusta negat. Melius Cicero: Sunt quaesumus officia etiam aduersus eos servanda a quibus iniuriam acceperis: Est enim ulciscendi et puniendi modus.“<sup>79</sup>

---

<sup>74</sup> Vgl. FASZ vom 31.10.2004.

<sup>75</sup> Auch die USA haben anerkannt, dass die meisten im GA ZP I enthaltenen Regeln Bestandteil des Völker gewohnheitsrechts sind, so dass sie trotz fehlender Ratifikation des GA ZP I an diese gebunden sind (vgl. BOTHE, ARIEL 8 [2006], S. 17 [18]). Relevante Normen des GA ZP I sind die Art. 43 ff. über die Einordnung einer Person als Kombattant (vgl. WIECZOREK, S. 30).

<sup>76</sup> Vgl. DENIS., a.a.O., S. 18 f.; ZEMANEK, ARIEL 8 (2006), S. 3 (7 f.). Paradox ist, dass man zunächst mit dem Krieg gegen den Terrorismus einen Krieg erklärt, den es eigentlich gar nicht gibt, da Kriege nur zwischen Staaten stattfinden können, dass man dann aber den Gefangenen, potentiellen Terroristen und damit denjenigen, die man durch seine Kriegserklärung zum legalen Kombattanten gemacht hat, die ihnen zustehenden Rechte verweigert. Abgesehen davon wurden die in Afghanistan gefangen genommenen Personen im Rahmen eines internationalen bewaffneten Konflikts gefangen genommen, so dass sie dem für Kriegsgefangene maßgeblichen humanitären Recht unterfallen. Vgl. zu diesen Fragen etwa WIECZOREK, S. 162 ff.

<sup>77</sup> So auch GRAF VITZTHUM/BOTHE, Abschn. 8, Rn. 27.

<sup>78</sup> *De Officiis*, I (11, 34).

<sup>79</sup> *Lib. III, Cap. XI*, Abs. I.