

# Daniel von Devivere

## Unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten

### Kniefall des humanitären Völkerrechts vor der Wirklichkeit?\*

*Für die Dauer ihrer aktiven Teilnahme an militärischen Auseinandersetzungen verlieren Zivilpersonen den durch die Zusatzprotokolle zu den Genfer Abkommen gewährten Schutz vor direkten Angriffen. Weitgehend ungeklärt, vehement umstritten und gegenwärtig stark von politischen Positionen abhängig sind Fragen bezüglich der Prämisse dieses Schutzverlustes, seiner zeitlichen Dauer und damit verbunden der Wiedererlangung der Immunität vor Angriffen.*

#### I. Einleitung

Die Unterscheidung zwischen Kombattanten und Zivilbevölkerung und der Schutz der Letztgenannten vor direkten Angriffen im Rahmen bewaffneter Konflikte ist eines der grundlegenden Prinzipien des humanitären Völkerrechts.<sup>1</sup> »Active/direct participation in hostilities«<sup>2</sup> stellt dabei einen Schlüsselbe-

\* Für wertvolle Hinweise und Unterstützung danke ich Herrn Prof. Dr. Michael Bothe und Herrn Prof. Dr. Dr. Günter Frankenberg, Frankfurt am Main.

<sup>1</sup> ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, Paras 78 f.; HCJ 4764/04 Physicians for Human Rights v. The Commander of IDF Forces in Gaza, 58(5), S. 393; Israel, Military Court at Ramallah, The Prosecutor v. Omar Mahmud Kassem et al., Para 271; Ben-Naftali/Michaeli, 'We Must Not Make a Scarecrow of the Law': A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings, Cornell International Law Journal 36 (2003 – 2004), S. 275 f.; Bothe, Töten und getötet werden – Kombattanten, Kämpfer und Zivilisten im bewaffneten Konflikt, in: Dicke et al. (Hrsg.), Weltinnenrecht, Liber amicorum Jost Delbrück, 2005, S. 67; Bothe/Partsch/Solf-Solf, New Rules for the Victims of Armed Conflicts, Commentary on the two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, 1982, S. 293, S. 299; Bruderlein, The End of Innocence: Humanitarian Protection in the 21st Century, in: Chesterman (Hrsg.), Civilians in War, 2001, S. 224; Cassese, Expert Opinion On Whether Israel's Targeted Killings of Palestinian Terrorists is Consonant with International Humanitarian Law, <http://www.stop-torture.org.il//eng/images/uploaded/publications/64.pdf> (abgerufen am 18.09.2007), S. 9; Dinstein, The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict, 2004, S. 27; Fenrick, The Law Applicable to Targeting and Proportionality after Operation Allied Force: A View From the Outside, Yearbook of International Humanitarian Law 3 (2000), S.66; Kalshoven/Zegveld, Constraints on the Waging of War, 2001, S. 97; McDonald, The Challenges to International Humanitarian Law and the Principles of Distinction and Protection from the Increased Participation of Civilians in Hostilities, [http://www.wihl.nl/documents/cms\\_ihl\\_68o\\_1\\_Direct%20Participation%20in%20hostilities.doc](http://www.wihl.nl/documents/cms_ihl_68o_1_Direct%20Participation%20in%20hostilities.doc) (abgerufen am 05.06.2007), S. 4; Moir, The Law of Internal Armed Conflict, 2002, S. 117; Sivakumaran, Binding Armed Opposition Groups, International and Comparative Law Quarterly Vol. 55 (2006), S. 376; UK Ministry of Defence, The Manual of the Law of Armed Conflict, 2004, S. 389, Rn. 15.8.

<sup>2</sup> Im Folgenden soll die offizielle deutsche Übersetzung, wie in BGBl. 1990 II S. 1551 ff. (bzw. an den anderen zu bezeichnenden Stellen) verwendet, übernommen werden.

bezüglich der Unterscheidung dar: Durch diese direkte/unmittelbare<sup>3</sup> Beteiligung an Feindseligkeiten wird der Schutz vor direkten Angriffen, unter dem Zivilpersonen – im Gegensatz zu Kombattanten – grundsätzlich stehen, aufgehoben. War in der Vergangenheit eine abstrakte Definition des Begriffs der »unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten« Zielsetzung von Expertenrunden, so ist man inzwischen von diesem Anspruch abgerückt.<sup>4</sup> Auch wenn eine abschließende Definition schon aus Gründen der Praktikabilität nicht gewollt sein kann,<sup>5</sup> so muss doch eine möglichst nahe Annäherung an eine solche Definition unbedingte Intention bleiben,<sup>6</sup> da sich nur so der »worst case«, eine Einordnung der jeweiligen Aktivitäten durch die kämpfende Person erst auf dem Schlachtfeld, nachhaltig verhindern lässt. Die Achillesferse des humanitären Völkerrechts – seine Unbestimmtheit – kann in diesen Fällen zu existenziellen Konsequenzen für die betreffende Zivilperson führen. Dabei existieren starke Bestrebungen, den Anwendungsraum des Schutzverlustes auszuweiten, um eine Anpassung an neue Realitäten zu ermöglichen. Fraglich erscheint, ob dies einen Kniefall vor der Wirklichkeit darstellt und ob dieser Kniefall obligatorisch ist. Ziel dieser Betrachtung soll es mithin sein, eine solche Annäherung herzustellen und eine möglichst klare Einordnung der rechtlichen Grundfragen der Partizipation von Zivilpersonen an Feindseligkeiten zu bieten.

## II. Historie der Unterscheidung/Problemstellung

Das Unterscheidungsprinzip wird gegenwärtig als geradezu selbstverständlich angesehen. Grundlegend für eine Debatte über den Verlust des Schutzes vor Angriffen ist jedoch zunächst die Bewusstmachung der Gründe, die einen solchen grundsätzlichen Schutz rechtfertigen, sowie die Gewährwerdung historischer Grundlagen, die einerseits diesen Schutz begründen, andererseits dessen grundsätzliche Selbstverständlichkeit in Frage stellen. Zunächst sind die Wurzeln für eine Unterscheidung zwischen denjenigen, die sich aktiv am Krieg beteiligen, und solchen, die diesen passiv ertragen, zu ergünden. Die Generalversammlung der Vereinten Nationen hat dabei grundlegend aufgestellt,

3 In der Genfer Konvention und den Zusatzprotokollen werden sowohl die Begriffe der »active« sowie der »direct« participation in hostilities verwendet. In der offiziellen deutschen Übersetzung wird »active« als »direkt« übersetzt; »direct« als »unmittelbar«. Die Begriffe sind jedoch nach absolut herrschender Meinung synonym zu verwenden, The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, Case No. ICTR-96-3-T, Decision of 6 December 1999, Para 99; The Prosecutor v. Ignace Bagilishema, Case No. ICTR-95-1A-T, Decision of 7 June 2001, Para 104; Carpenter, 'Women, Children and Other Vulnerable Groups': Gender, Strategic Frames and the Protection of Civilians as a Transnational Issue, International Studies Quarterly (2005) 49, S. 302; Dinstein (Fn. 1), S. 152; Dörmann, The Legal Situation of 'Unlawful/Unprivileged Combatants', Revue Internationale de la Croix-Rouge 85 (2003), S. 47 f.; Fenrick, International Humanitarian Law and Combat Casualties, European Journal of Population 21 (2005), S. 173; Goldman, International Humanitarian Law: Americas Watch's Experience in Monitoring Internal Armed Conflicts, American University Journal of Law & Policy 9 (1993-1994), S. 67; Ruys, License to kill? State-sponsored Assassination under International Law, <http://www.law.kuleuven.ac.be/iir/nl/wp/WP/WP76e.pdf> (abgerufen am 18.09.2007), S. 18; Watkin, Warriors Without Rights? Combatants, Unprivileged Belligerents, and the Struggle Over Legitimacy, <http://www.hpcr.org/pdfs/OccasionalPaper2.pdf> (abgerufen am 18.09.2007), S. 35, S. 68 (Fn. 296), S. 69.

4 Melzer, Summary Report, Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, 2005, [http://www.icrc.org/Web/eng/siteengo.nsf/htmlall/participation-hostilities-ihl-311205/\\$File/Direct\\_participation\\_in\\_hostilities\\_2005\\_eng.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteengo.nsf/htmlall/participation-hostilities-ihl-311205/$File/Direct_participation_in_hostilities_2005_eng.pdf) (abgerufen am 18.09.2007), S. 5.

5 McDonald (Fn. 1), S. 16; Melzer (Fn. 4), S. 5.

6 Lavoyer, International Humanitarian Law: Should it be Reaffirmed, Clarified or Developed?, Israel Yearbook on Human Rights 34 (2004), S. 57.

Begründet wird die daraus folgende Ausnahme der Zivilbevölkerung vor direkten Angriffen anderenorts mit

»dictates of humanity and the cultural and civilian heritage of all nations and peoples«,<sup>8</sup>

einer »übergeordneten Identität«,<sup>9</sup> sowie einem von Grotius favorisierten Naturrecht.<sup>10</sup> Diese Ausnahmestellung ist jedoch in allen Fällen schwer zu definieren, des weiteren erscheint die Umsetzung des Prinzips in Vergangenheit sowie Gegenwart als keineswegs selbstverständlich.

Zunächst kann die Idee der »Zivilperson«, die möglichst umfassend vor Auswirkungen des Krieges geschützt werden soll, auf drei grundlegende Regeln gestützt werden. Entscheidend ist demnach zum einen eine moralische Komponente: (1) Leben an sich ist kostbar, die Eindämmung von Gewalt sollte daher den höchsten Stellenwert einnehmen.<sup>11</sup> Logische Schlussfolgerung dieser Überlegung muss mithin sein, dass möglichst wenige Personen in den bewaffneten Konflikt einbezogen werden sollen. Kontinuierliches Problem dieser Regel ist jedoch ein fehlendes, ausschließlich auf moralischen Maßstäben basierendes Fundament:<sup>12</sup> ein nicht klar artikulierbares Grundgefühl, dass eine Nichtunterscheidung falsch sei. Der zweiten Regel liegt ein rationales Argument zugrunde: (2) Übermäßige Zerstörung und Tötungen hinterlassen zum einen weniger zum Erobern, zum anderen wird dadurch neuer Hass ausgelöst und damit die Erreichung eines Normalzustandes nach Ende der eigentlichen Kampfhandlungen zusätzlich erschwert.<sup>13</sup> Zuletzt gilt auch in bewaffneten Konflikten der kategorische Imperativ: (3) »Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde.«<sup>14</sup> Die darüber hinausgehende Vorhersage Kants, dass mit fortschreitender demokratischer Partizipation der Bürger auch der Krieg ein Ende habe,<sup>15</sup> muss jedoch als historisch überholt angesehen werden. Die Vernunft, Basis und Ausgangspunkt jeglicher kantischen Theorien, herrscht auch heute im Rahmen bewaffneter Konflikte nur in eingeschränktem Maße.<sup>16</sup>

Während die beiden letztgenannten Regeln relativ einfach zu begründen sind, fällt eine Begründung der ersten, entscheidenden Regel – insbesondere unter Berücksichtigung historischer Konflikte – umso schwerer. Obgleich schon im Jahr 418 Augustinus von Hippo Gnade gegenüber Gefangenen bzw. Besiegten

7 UN GA Resolution 2444 (XXIII), Respect for Human Rights in Armed Conflicts, Para 1 (c) (19 December 1968).

8 Report on the Practice of Egypt, 1997, Chapter 1.2, in: Henckaerts/Doswald-Beck, CIHL Vol. II Part 1, 2005, S. 111, Rn. 795.

9 Slim, Why Protect Civilians? Innocence, Immunity and Enmity in War, International Affairs 79, 3 (2003), S. 483.

10 Gaubatz, Changing Interests and Persistent Rules: The Protection of Non-Combatants in War, <http://www.lions.odu.edu/~kgaubatz/home/publications/pubs/Non-Combatants.pdf> (abgerufen am 18.09.2007), S. 3.

11 McKeogh, Innocent Civilians, The Morality of Killing in War, 2002, S. 14; Slim (Fn. 9), S. 482.

12 McKeogh (Fn. 11), S. 121; Wheeler, Dying for 'Enduring Freedom': Accepting Responsibility for Civilian Casualties in the War against Terrorism, International Relations 16 (2) (2002), S. 207.

13 Messing, American Actions in Vietnam: Justifiable in International Law?, Stanford Law Review 19 (1966-1967), S. 1308; Slim (Fn. 9), S. 482.

14 Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Gesamtausgabe in zehn Bänden, Band IV, 1838 (Nachdruck), S. 44; auf die Hoffnung einer reziproken Anwendung des humanitären Völkerrechts abstellend Vierucci, Prisoners of War or Protected Persons qua Unlawful Combatants? The Judicial Safeguards to which Guantanamo Bay Detainees are Entitled, Journal of International Criminal Justice 2 (2004), S. 871.

15 Kant, Zum Ewigen Frieden, 1795, S. 23 f.

16 Sassöli/Bouvier, How Does Law Protect in War?, 1999, S. 68 ff.

anmahnte,<sup>17</sup> war im Mittelalter – und davor – die Tötung, Vertreibung, Vergewaltigung und Zwangsverheiratung von Zivilpersonen Teil des Rituals, des Grundes von und des Triumphes in Kriegen, seit dem frühen Mittelalter wurden unbewaffnete Zivilisten routinemäßig angegriffen.<sup>18</sup> Angriffe auf unbeteiligte Zivilpersonen waren während des Hundertjährigen Krieges zwischen England und Frankreich (1337–1453) bewusste Mittel der Politik sowie der Kriegsführung. Die von Rousseau entwickelte Idee, dass sich Kriege nur zwischen Staaten abspielen und die Zivilbevölkerung nur peripher tangieren sollten,<sup>19</sup> wurde in der Realität nur eingeschränkt umgesetzt. Auch während des amerikanischen Bürgerkrieges (1861–1865) wurde in einzelnen Schlachten die Demoralisierung der Zivilbevölkerung als primäres Ziel angesehen.<sup>20</sup> Die Petersburger Deklaration von 1868 wird darauf folgend vielfach als historisch wichtigstes Dokument<sup>21</sup> der prinzipiellen Unterscheidung zwischen Kombattanten und Nicht-Kombattanten angesehen: Legitime Ziele von Angriffen zur Schwächung des Gegners sind danach ausschließlich solche militärischer Natur.<sup>22</sup> Dennoch wurde weniger als hundert Jahre später im Zuge der Genozide des Zweiten Weltkriegs keine Unterscheidung zwischen militärischen Zielen und der Zivilbevölkerung getroffen, die Bombardements von Dresden und Hamburg dienten ebenso nicht primär einer ausschließlich militärischen Schwächung des Gegners.<sup>23</sup>

Mehr und mehr setzte sich die Ansicht durch,<sup>24</sup> dass der Anteil der Zivilbevölkerung an der Unterstützung des Gegners ein großer sei, sei dieser auch nur moralischer Natur. Diese rein moralische Unterstützung wird gegenwärtig teilweise als Konstitution eines militärischen Ziels zur Diskussion gestellt.<sup>25</sup> Dies führte zu einer Verwischung des Begriffs der – bis dahin noch relativ klaren – zivilistischen Idee.<sup>26</sup> Das Gedankenmodell der *per definitionem* »unschuldigen« Zivilperson existierte spätestens zu diesem Zeitpunkt nicht mehr. Während im Ersten Weltkrieg noch ca. 5 % der Opfer Zivilpersonen waren, belief sich dieser Anteil im Vietnamkrieg bereits auf ca. 70%,<sup>27</sup> heute spricht man, Langzeitschäden eingerechnet,<sup>28</sup> von ca. 90%.<sup>29</sup> Die Weiterentwicklung des internationalen

17 Augustinus, Letter 189 to Boniface, and against Faustus the Manichaeon, abgedruckt in: Kries/Fortin (Hrsg.), Augustine: Political Writings, 1994, S. 218 ff. Die Idee einer grundlegenden Immunität von Zivilpersonen vor Angriffen wurde von Augustinus jedoch abgelehnt: Slim (Fn. 9), S. 492.

18 Slim (Fn. 9), S. 487. Ebenso wenig Veränderung bewirkte der »Pax Dei« (957 n. Chr.), welcher alle diejenigen mit der Drohung der Exkommunikation belegte, die weiterhin unbewaffnete Zivilpersonen angriffen: Slim (Fn. 9), S. 493.

19 Bothe, Legal Restraints on Targeting: Protection of Civilian Population and the Changing Faces of Modern Conflicts, Israel Yearbook on Human Rights 31 (2001), S. 35.

20 Best, Humanity in Warfare, The Modern History of the International Law of Armed Conflicts, 1980, S. 206 ff.; Gaubatz (Fn. 10), S. 10; Slim (Fn. 9), S. 489.

21 Gaubatz (Fn. 10), S. 4; McDonald (Fn. 1), S. 4.

22 »Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight«, abgedruckt in: Roberts/Guelff, Documents on the Laws of War, 2000, S. 54 f.

23 Aldrich, The Laws of War on Land, The American Journal of International Law Vol. 94, No. 1 (2000), S. 49; Green, The Contemporary Law of Armed Conflict, 2000, S. 159; Slim (Fn. 9), S. 489 f.

24 Gaubatz (Fn. 10), S. 11.

25 Fenrick (Fn. 3), S. 174; a.A.: Arnold, The Protection of the Civilian Population from the Effects of Hostilities, Humanitäres Völkerrecht 17 (2004), S. 168. Zur Legitimation von Angriffen auf die Moral der Zivilbevölkerung als solche Schmitt, Fault Lines in the Law of Attack, in: Breau/Jachec-Neale (Hrsg.): Testing the Boundaries of International Humanitarian Law, 2006, S. 285.

26 Schmitt, The Impact of High and Low-Tech Warfare on the Principle of Distinction, <http://www.ihlresearch.org/ihl/pdfs/briefing3296.pdf> (abgerufen am 18.09.2007), S. 9; Slim (Fn. 9), S. 490 f.

27 Zweiter Weltkrieg: 50%; Korea-Krieg: 60%; Gehring, Protection of Civilian Infrastructures, Law and Contemporary Problems 42 (1978), S. 90, Fn. 24; Carpenter (Fn. 3), S. 318 f.

28 Carpenter (Fn. 3), S. 318.

29 Thornton, Back to Basics: Human Rights and Power Politics in the New Moral Realism, International Journal of Politics, Culture and Society, 14 (2000), S. 316.

Rechts zum Schutze der Zivilbevölkerung ging folglich einher mit einer zunehmenden Einbeziehung derselben in die Konflikte. Teilweise wird mit dem Verweis auf eine fortschreitende Demokratisierung die Immunität der Zivilbevölkerung vor Angriffen heute grundsätzlich in Frage gestellt: Personen, die Kraft ihrer demokratischen Stimme für Handlungen ihrer Regierung und damit auch eventuelle bewaffnete Konflikte verantwortlich sind, sollen sich dieser Verantwortung nicht durch Immunität vor Angriffen entziehen können.<sup>30</sup>

Die ausdrückliche völkerrechtliche Kodifizierung des Schutzes von Zivilpersonen vor Angriffen durch die Zusatzprotokolle zur Genfer Konvention im Jahr 1977 zeigt zwar vordergründig eine weltumspannende Einigkeit bezüglich des Schutzes von Zivilpersonen vor direkten Angriffen.<sup>31</sup> In den zeitgenössischen bewaffneten Konflikten wie z.B. im Sudan, in Somalia, Sri Lanka, Osttimor, Bosnien, Angola,<sup>32</sup> im ehemaligen Jugoslawien<sup>33</sup> sowie in Tschetschenien<sup>34</sup> zeigte sich, dass die Normierung dieser ethisch-moralischen Vorstellungen nicht zwangsläufig zu einer Veränderung der Praxis auf dem Schlachtfeld führt.<sup>35</sup>

Der Schutz der Zivilbevölkerung und die klare Unterscheidung zwischen Zivilpersonen und Kombattanten während bewaffneter Konflikte ist mithin kein Produkt der Evolution bzw. eine sich gleichsam selbstverständlich und selbständig fortsetzende Entwicklung. Er ist auch nicht zwangsläufig Ergebnis einer vorgeblich zivilisierten Gesellschaft. In der Diskussion über die Frage, welche Handlungen eine unmittelbare bzw. aktive Teilnahme an Feindseligkeiten konstituieren und damit den Schutz vor direkten Angriffen aufheben, muss folglich beachtet werden, dass eine zu große Ausweitung der Termini den gegenwärtig *de facto* schon sehr eingeschränkten Schutz der Zivilbevölkerung vor Angriffen zusätzlich rechtlich legitimieren würde. Ziel muss sein, eine möglichst weitgehende Begrenzung der Gewalt bei gleichzeitiger Neuerlangung einer »Fairness« bezüglich der Rechte und Pflichten der jeweiligen Kriegsparteien in der immer größer werdenden Anzahl von asymmetrischen Konflikten<sup>36</sup> zu erreichen. Dabei darf nicht das Bild der *per se* unschuldigen Zivilperson aufgebaut werden. Im Unterschied zur öffentlichen Wahrnehmung kategorisiert das Völkerrecht den Status von Personen nicht nur nach ihrer Zugehörigkeit zu bestimmten Gruppen (Streitkräfte, Zivilbevölkerung), sondern auch nach dem individuellen Verhalten der einzelnen Personen. Das Paradigma der Streitkräfte auf der einen und unschuldigen Zivilpersonen auf der anderen Seite eines Konfliktes<sup>37</sup> hat mithin völkerrechtlich zu keiner Zeit existiert. In der Realität findet sich dies in der Existenz von nicht-staatlichen bewaffneten organisierten Gruppierungen wie z.B. der FARC,<sup>38</sup> die sich in Struktur und Organisation nur in Nuancen von regulären Streitkräften unterscheiden, wieder. Wie schwierig eine Grenzbestimmung in Verbindung mit einem möglichst effektiven Schutz der Zivilbevölke-

<sup>30</sup> Gaubatz (Fn. 10), S. 12; ders. in Fn. 35.

<sup>31</sup> Cassese, A Tentative Appraisal of the Old and the New Humanitarian Law of Armed Conflict, in: Cassese (Hrsg.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, 1979, S. 500 f.

<sup>32</sup> Slim (Fn. 9), S. 492.

<sup>33</sup> Green (Fn. 23), S. 325.

<sup>34</sup> Cornell, *The War Against Terrorism and the Conflict in Chechnya: A Case for Distinction*, Fletcher Forum of World Affairs 27/2 (2003), S. 172 ff.

<sup>35</sup> Gaubatz (Fn. 10), S. 10; Fallbeispiele bei: Valentino/Huth/Balch-Lindsay, 'Draining the Sea': Mass Killing and Guerilla Warfare, *International Organization* 58, 2004, S. 375 ff.

<sup>36</sup> Zu diesem Begriff schon Mack, *Why Big Nations Lose Small Wars: The Politics of Asymmetric Conflict*, *World Politics* 27 (1975), S. 175 ff.

<sup>37</sup> So z.B.: McDonald (Fn. 1), S. 9.

<sup>38</sup> FARC-EP (*Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo* – Revolutionäre Streitkräfte Kolumbiens/Volksarmee). Dazu eingehend Sossai, *The Internal Conflict in Colombia and the Fight against Terrorism*, *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), S. 253 ff.

rung sowie einer effizienten Kriegsführung der regulären Streitkräfte in asymmetrischen Konflikten ist, zeigt eine Selbstklassifikation im Rahmen des Libanonkonflikts:

»Just because I'm sitting here in this café doesn't mean I'm not a resistance fighter.«<sup>39</sup>

Die Grenzen sind mithin fließend.

### III. Begriffe

Im Gegensatz zum völkerrechtlichen Schutz der Menschenrechte existieren im humanitären Völkerrecht keine Rechte und Pflichten, die für jedermann gelten. Vielmehr gelten diese Rechte und Pflichten für einzelne Gruppen, deren Zugehörigkeit der Einzelne durch sein eigenes Verhalten bzw. konkrete Aktivitäten bestimmt. Entscheidend für die Bestimmung des Status einer Person ist zunächst eine klare Einordnung der betreffenden Person in eine dieser Gruppen. Für internationale und nicht-internationale Konflikte existieren dabei kodifizierte Unterschiede.

#### 1. Internationale Konflikte

##### a. »Kombattant«

In bewaffneten internationalen Konflikten sind eingangs Art. 43 Abs. 2 des ersten Zusatzprotokolls (ZP I)<sup>40</sup> sowie Art. 50 Abs. 1 ZP I für eine grundsätzliche Differenzierung entscheidend. Art. 43 Abs. 2 ZP I definiert zunächst den Begriff des Kombattanten:

»Die Angehörigen der Streitkräfte einer am Konflikt beteiligten Partei (...) sind Kombattanten, das heißt, sie sind berechtigt, unmittelbar an Feindseligkeiten teilzunehmen.«

Kombattanten sind somit alle Angehörigen der Streitkräfte.<sup>41</sup> Jene Streitkräfte sind in Art. 43 Abs. 1 ZP I definiert:

»Die Streitkräfte einer am Konflikt beteiligten Partei bestehen aus der Gesamtheit der organisierten bewaffneten Verbände, Gruppen und Einheiten, die einer Führung unterstehen, welche dieser Partei für das Verhalten ihrer Untergebenen verantwortlich ist (...)«

Daraus ergibt sich, dass jegliche anderen Personen, die nicht zu dieser Organisation einer der Konfliktparteien gehören, keine Angehörigen der Streitkräfte sind und daher auch keine Kombattanten sein können.

##### b. »Zivilperson«

Zivilpersonen werden von der Definition des Kombattanten ausgehend in Art. 50 Abs. 1 ZP I durch eine Negativdefinition beschrieben:

»Zivilperson ist jede Person, die keiner der in Artikel 4 Buchstabe A Absätze 1, 2, 3 und 6 des III. Abkommens und in Artikel 43 dieses Protokolls bezeichneten Kategorien angehört. Im Zweifelsfall gilt die betreffende Person als Zivilperson.«

<sup>39</sup> Tavernise, Hezbollah: Nowhere and Everywhere, <http://www.iht.com/articles/2006/08/06/news/charity.php> (abgerufen am 18.09.2007), New York Times via International Herald Tribune, 06. August 2006.

<sup>40</sup> Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I) vom 8. Juni 1977, offizielle Übersetzung in BGBl. 1990 II S. 1551 ff.

<sup>41</sup> Mit Ausnahme des in Artikel 33 des III. Abkommens bezeichneten Sanitäts- und Seelsorgepersonals.

Zivilpersonen sind mithin alle Personen, die nicht Kombattanten sind. In bewaffneten internationalen Konflikten existieren damit zwei Gruppen von Personen: Kombattanten und Zivilpersonen. Angehörige der letzteren Gruppe genießen gem. Art. 51 Abs. 2 S. 1 ZP I einen grundsätzlichen Schutz vor Angriffen und dürfen nicht das Ziel von Angriffen sein. Dieser grundsätzliche Schutz erfährt jedoch durch Art. 51 Abs. 3 ZP I eine grundlegende Einschränkung:

»Zivilpersonen genießen den durch diesen Abschnitt gewährten Schutz, sofern und solange sie nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen.«

Beteiligen sich Zivilpersonen unmittelbar an Feindseligkeiten, verlieren sie mithin ihren Status als geschützte Zivilpersonen und können rechtmäßiges Ziel von Angriffen werden. Der Verlust dieses Schutzes bezieht sich jedoch ausdrücklich nur auf den Zeitraum der unmittelbaren Teilnahme an den Feindseligkeiten. Hier zeigt sich der grundlegende Unterschied zum Kombattanten: Dieser kann zu jedem Augenblick angegriffen werden, auch wenn er sich zum gegebenen Zeitpunkt nicht mittelbar oder unmittelbar an den Feindseligkeiten beteiligt. Entscheidend für eine Kategorisierung sind nicht die Art der etwaigen Bewaffnung oder sonstige äußere Merkmale.<sup>42</sup>

Durch das Recht zur Teilnahme an den Feindseligkeiten können Kombattanten für die bloße Teilnahme an Feindseligkeiten – sofern sich diese innerhalb der Regelungen des humanitären Völkerrechts bewegt und keine Verletzung der Pflicht zur äußerlichen Unterscheidung stattgefunden hat – nicht bestraft werden. Zivilpersonen können für ihre Teilnahme jedoch in einem ordentlichen Gerichtsverfahren vom Gegner verurteilt werden.<sup>43</sup> Der weitläufig verwendete Begriff des »unrechtmäßigen Kombattanten« hat demnach rein deskriptiven Charakter<sup>44</sup> und kann zudem als Oxymoron bezeichnet werden.<sup>45</sup> Dabei erscheint es unverständlich, dass sich in der Literatur eine weitgehende Begriffsverwirrung für denselben rechtlichen Status ein und derselben Person etabliert hat.<sup>46</sup> Die Mehrzahl der Begriffe geht dabei auf Zeiten zurück, in denen der Status der »ungeschützten Zivilperson« rechtlich noch nicht definiert war, und sollte mithin mittlerweile obsolet geworden sein. Die Aufrechterhaltung der Myriade an Begriffen ist vielfach allein durch politische Erwägungen zu erklä-

42 Ablehnend und allein auf diese äußeren Merkmale abstellend: David, *If Not Combatants, Certainly Not Civilians*, *Ethics and International Affairs* 17 (2003), S. 139.

43 Cassese (Fn. 1), S. 11 ff.; Bothe (Fn. 1), S. 69.

44 Bothe (Fn. 1), S. 68 f.; Cassese (Fn. 1), S. 5, S. 14 f.; Melzer, *Second Expert Meeting: Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, 2004, [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng.nsf/htmlall/participation-hostilities-ihl-311205/\\$File/Direct\\_participation\\_in\\_hostilities\\_2004\\_eng.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng.nsf/htmlall/participation-hostilities-ihl-311205/$File/Direct_participation_in_hostilities_2004_eng.pdf) (abgerufen am 18.09.2007), S. 17; a. A.: Dinstein, *Defining Suicide Bombing*, <http://www.ihlresearch.org/ihl/pdfs/briefing3295.pdf> (abgerufen am 18.09.2007), S. 1; McDonald (Fn. 1), S. 14; Quéguiner, *Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law*, <http://www.ihlresearch.org/ihl/pdfs/briefing3297.pdf> (abgerufen am 18.09.2007), S. 9; Rowlette, *Assassination is Justifiable under the Law of Armed Conflict*, <http://wps.cfc.forces.gc.ca/papers/amsc4/rowlette.doc> (abgerufen am 18.09.2007), S. 18; unter Synonymisierung der Begriffe Fleck, *Humanitarian Protection Against Non-State Actors*, in: Frowein et al. (Hrsg.), *Verhandeln für den Frieden/Negotiating for Peace*, *Liber Amicorum Tono Eitel*, 2003, S. 73; McDonald, *Guns'n'Butter for Hire: Some Legal Issues Concerning Private Military Companies*, [http://www.wihl.nl/documents/cms\\_ihl\\_78\\_1\\_Private%20military%20contractors%20final.doc](http://www.wihl.nl/documents/cms_ihl_78_1_Private%20military%20contractors%20final.doc) (abgerufen am 18.09.2007), S. 10.

45 Pauts, *War and Enemy Status After 9/11: Attacks on the Laws of War*, *Yale Journal of International Law* 28 (2003), S. 332.

46 *Non-combatant, unlawful combatant, illegal combatant, enemy combatant, unprivileged belligerent, unlawful belligerent* etc., Watkin, *Combatants, Unprivileged Belligerents and Conflicts in the 21st Century*, <http://www.ihlresearch.org/ihl/pdfs/Session2.pdf> (abgerufen am 18.09.2007), S. 4; Schmitt, *Conduct of Hostilities During Operational Iraqi Freedom: An International Humanitarian Law Assessment*, *Yearbook of International Humanitarian Law* 2003, S. 106. Neu ist der spiegelbildliche Begriff des »*uncivilized civilians*« in *HCJ 769/02 The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, Vice President E. Rivlin, Para. 3.

ren;<sup>47</sup> es handelt sich oftmals um eine intendierte Konfusion. *Tertium non datur*: Die Definition einer dritten Kategorie neben Kombattanten und Zivilpersonen hält einer völkerrechtlichen Überprüfung nicht stand.<sup>48</sup>

### c. »Konfliktparteien«

Wie in Art. 43 Abs. 1 ZP I beschrieben, ist für eine Einordnung als Kombattant die Zugehörigkeit zu einer der Konfliktparteien entscheidend. Fraglich erscheint somit in vielen Fällen,<sup>49</sup> wer als Konfliktpartei anzusehen ist. Grundsätzlich ist durch Art. 43 Abs. 1 ZP I festgelegt, dass für eine Qualifikation als Konfliktpartei die Anerkennung der durch sie vertretenen Regierung (oder ein anderes Organ) durch die gegnerische Partei nicht zwingend notwendig ist. Reine Splittergruppen können nicht als Konfliktparteien angesehen werden, die auf reiner Zugehörigkeit basierende gezielte Tötung der Mitglieder solcher Gruppierungen durch die gegnerische Partei wäre folglich völkerrechtlich nicht gerechtfertigt, solange sich diese nicht unmittelbar an den Feindseligkeiten beteiligen. Werden reine Widerstandsgruppen dennoch als Konfliktparteien angesehen, müsste auf diese ebenso humanitäres Völkerrecht angewendet werden.<sup>50</sup> Für eine solche Einordnung müssten diese Gruppen zumindest dieselben Anforderungen erfüllen, wie sie auch »offiziellen« Konfliktparteien durch Art. 43 Abs. 1 S. 2 ZP I auferlegt werden: ein internes Disziplinarsystem – mithin ein gewisser Grad an Organisation –, welches die Durchsetzung völkerrechtlicher Regelungen im bewaffneten Konflikt überwacht.

Diese Abhängigkeit von einer Organisation wird als eines der grundlegenden Unterscheidungsmerkmale zwischen Zivilpersonen und Kombattanten bezeichnet.<sup>51</sup> Gegen eine Qualifikation von reinen Widerstandsgruppen als Konfliktparteien spricht, dass einem traditionellen Verständnis nach in internationalen Konflikten auf beiden Seiten Staatsgebilde stehen müssen, die ihre jeweiligen Armeen zu Kampfhandlungen ermächtigen. Ungeachtet dessen haben sich jedoch in der Vergangenheit Gruppierungen an internationalen Konflikten beteiligt, die die oben angesprochenen internen Anforderungen erfüllten, dennoch keiner staatlichen Konfliktpartei zugeordnet werden konnten.<sup>52</sup> Für eine solche Sichtweise spricht vor allem der Wortlaut des Art. 43 Abs. 1 S. 1 ZP I, der keine klaren Voraussetzungen bezüglich der Zugehörigkeit zu einer Regierung an die Qualifikation als Konfliktpartei knüpft. Vielmehr hält die offene Formulierung (*»dies gilt auch dann, wenn diese Partei durch eine Regierung oder ein Organ vertreten ist, die von einer gegnerischen Partei nicht anerkannt werden«*) ausdrücklich offen, dass auch Gruppierungen, die nicht dem ursprünglichen Bild

47 Harris, *Terrorism, War and Justice: The Concept of the Unlawful Enemy Combatant*, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 26 (2003), S. 40; Müller, *Legal Issues Arising from the Armed Conflict in Afghanistan, Non-State Actors and International Law* 4 (2004), S. 270.

48 Arnold, *The Liability of Civilians under International Humanitarian Law's War Crimes Provisions*, *Yearbook of International Humanitarian Law* 2002, S. 346, S. 353; Cassese (Fn. 1), S. 15; Ruys (Fn. 3), S. 20; a.A.: Behnken, *The Status of Mercenaries and Other Illegal Combatants Under International Humanitarian Law*, *German Yearbook of International Law* 46 (2003), S. 497 ff.; Printer, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 8 (2003), S. 368; Roberts, *The Laws of War in the War on Terror*, *Israel Yearbook on Human Rights*, 32 (2002), S. 230 ff.

49 Zur Situation in Israel/im Irak: Bothe (Fn. 1), S. 70 f.

50 Bothe (Fn. 1), S. 71.

51 ICRC Commentary, 1987, S. 513 f., Rn. 1675; Mallison, W. Thomas/Mallison, Sally V., *The Juridical Status of Irregular Combatants under the International Law of Armed Conflict*, *Case Western Reserve Journal of International Law* 9 (1977), S. 53 ff.

52 So z.B. Résistance in Frankreich; Taliban im Konflikt der Sowjetunion mit Afghanistan; Hisbollah im israelisch-libanesischen Konflikt.



der Staatenarmee entsprechen, als Konfliktparteien angesehen werden können. Auch die Mitglieder sog. Widerstandsgruppen sind mithin unter den genannten Voraussetzungen in internationalen Konflikten als Kombattanten anzusehen.

## 2. Nicht-Internationale Konflikte

Probleme ergeben sich bei der Begriffsbestimmung in nicht-internationalen Konflikten. Die Unterscheidung zwischen Freund und Feind bereitet hier größere Schwierigkeiten.<sup>53</sup> Weder die Genfer Abkommen noch das Zweite Zusatzprotokoll (ZP II)<sup>54</sup> erwähnen den Begriff des Kombattanten. Ein Kombattantenstatus mit dem Recht, sich an Feindseligkeiten zu beteiligen, existiert demnach in nicht-internationalen Konflikten zunächst nicht. Art. 13 Abs. 3 ZP II gewährt Zivilpersonen indes gleichzeitig einen Schutz vor direkten Angriffen,

»sofern und solange sie nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen.«

Eine Definition der Zivilperson – und sei es eine negative, wie sie im Rahmen des ZP I stattfindet – findet sich jedoch in ZP II nicht. Grundsätzlich gelten in nicht-internationalen Konflikten somit zwei Regeln: (1) Niemand hat das Recht, sich an Feindseligkeiten zu beteiligen. (2) Ein Schutzverlust vor direkten Angriffen existiert nicht im Hinblick auf den Status einer Person, sondern ausschließlich hinsichtlich ihres tatsächlichen Verhaltens.<sup>55</sup> Eine strafrechtliche Verfolgung von Kämpfern, die an nicht-internationalen Konflikten teilnehmen, ist folglich völkerrechtlich nicht verboten – selbst wenn sich diese gemäß den Regeln des Kriegsrechts verhalten haben.<sup>56</sup> Fraglich erscheint jedoch, ob nicht auch in nicht-internationalen Konflikten Kategorien existieren, die den Status einer Person bestimmen, die den in internationalen Konflikten bestehenden Kategorien ähnlich sind. Dies hätte zur Folge, dass auch in nicht-internationalen Konflikten eine Unterscheidung hinsichtlich der rechtlich gebotenen bzw. erlaubten Behandlung bestehen würde.<sup>57</sup>

Teilweise wird als Lösungsansatz gefordert, in nicht-internationalen Konflikten weder die Mitglieder organisierter bewaffneter Gruppen noch die der staatlichen Streitkräfte als Zivilpersonen anzusehen. Jegliche Zweifel hinsichtlich eines Schutzes vor Angriffen seien damit ausgeräumt.<sup>58</sup> Offen bleibt bei diesem Ansatz jedoch die Kernfrage, welchen völkerrechtlichen Status die Parteien statt dessen verliehen bekommen sollen. Der Schutz der Zivilbevölkerung ist erst durch den Gegensatz zu den bewaffneten Kräften eines Konflikts intellektuell wirklich greifbar. Die Lösung des Problems ist mithin im völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht zu suchen. Durch die *Ad-hoc*-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien sowie Ruanda hat in den letzten Jahren eine graduelle Annäherung

53 Tomuschat, Gezielte Tötungen (Targeted Killings), VN 52 (2004), S. 139; a.A.: Gasser, Protection of the Civilian Population, in: Fleck (Hrsg.), The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts, 2004, S. 210, Rn. 501.

54 Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht-internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll II) vom 8. Juni 1977, offizielle Übersetzung in: BGBl. 1990 II, S. 1637 ff.

55 Sassöli/Bouvier (Fn. 16), S. 208.

56 Bothe, Friedenssicherung und Kriegsrecht, in: Graf Vitzthum, (Hrsg.), Völkerrecht, 2004, S. 666, Rn. 124; Hoffman, Quelling Unlawful Belligerency: The Juridical Status and Treatment of Terrorists under the Laws of War, Israel Yearbook on Human Rights 31 (2001), S. 163; Sassöli, Use and Abuse of the Laws of War in the 'War on Terrorism', Law and Inequality 22 (2004), S. 197; Schaller, Operieren private Sicherheits- und Militärfirmen in einer humanitär-völkerrechtlichen Grauzone?, Humanitäres Völkerrecht 1/2006, S. 54 f.

57 Bothe (Fn. 1), S. 72.

58 Melzer (Fn. 4), S. 43.

der Regelung nicht-internationaler Konflikte an diejenige internationaler Konflikte stattgefunden,<sup>59</sup> die Dichotomie zwischen internationalen und nicht-internationalen Konflikten solle danach an Gewicht verlieren.<sup>60</sup> Regeln für den internationalen Konflikt können folglich *mutatis mutandis* auch in nicht-internationalen Konflikten angewendet werden.<sup>61</sup>

Während sich im Entwurf für ZP II noch der Begriff des »Kombattanten« fand,<sup>62</sup> taucht dieser in der endgültig beschlossenen Fassung nicht mehr auf. Gründe dafür werden in der Besorgnis diverser Entwicklungsländer gesehen, mit internen Konflikten nicht angemessen umgehen zu können.<sup>63</sup> Völkerrechtlicher Schutz für bewaffnete Kräfte, die eine innere Gefahr für Staaten darstellen könnten, erscheint mithin in der Staatengemeinschaft als nicht konsensfähig.<sup>64</sup> In bewaffneten Konflikten treten jedoch zwangsläufig auch Personen auf, die sich an den Kampfhandlungen beteiligen. Art. 13 Abs. 3 ZP II stellt dabei nur auf Ausnahmesituationen ab, die nicht den Regelfall darstellen. Eine Unterscheidung zwischen Zivilpersonen und Nicht-Zivilpersonen ist mithin durchaus gewollt.

Im San Remo-Manual<sup>65</sup> wird in Art. 106 die Schaffung einer »Kämpfer«-Kategorie (»Fighters«) als Lösung gesehen. Dazu gehören alle Personen, die den Streitkräften oder anderen bewaffneten Gruppen einer der Konfliktparteien zugehörig sind oder sich unmittelbar an den Feindseligkeiten beteiligen. Zivilpersonen sind nach Art. 107 San Remo-Manual alle diejenigen, die nicht Kämpfer sind.<sup>66</sup>

Auch im Rahmen des ZP II erscheint eine solche Lösung, in erster Linie angesichts des Wortlauts des Art. 13 Abs. 3 ZP II, angemessen: Durch die eindeutig zeitliche Begrenzung des Verlusts des Schutzes vor Angriffen in Art. 13 Abs. 3 ZP II (»solange«) gäbe es, sähe man dies als einzigen Statusunterschied an, keine permanenten Nicht-Zivilisten. Selbst die Regierungsstreitkräfte wären demnach, solange sie sich nicht unmittelbar an den Feindseligkeiten beteiligen, Zivilpersonen. Daraus ist zu schließen, dass es auch in nicht-internationalen Konflikten zumindest zwei unterschiedliche Statusgruppen geben muss, Kämpfer und

59 Bothe (Fn. 1), S. 73; Watkin (Fn. 3), S. 65; Zegveld, Accountability of Armed Opposition Groups in International Law, 2002, S. 77 f.

60 ICTY, The Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a »Dule«, Case No. IT-94-1-T, Decision of 2 October 1995, Para 97. Gründe dafür sah das Tribunal zuvorderst in einer Verwischung der Grenze zwischen internationalen und nicht-internationalen Konflikten, woraus sich für das Völkerrecht die Anforderung ergebe, sich weg von einer Interessenvertretung der Staaten hin zu einem primären Schutzinstrument des menschlichen Lebens zu entwickeln. Ebenso: Byron, Armed Conflicts: International or Non-International?, Journal of Conflict and Security Law (2001), Vol. 6 No. 1, S. 64; Zegveld (Fn. 59), S. 33 ff. Gefestigt durch das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs für Ruanda (Verfolgung von Verletzungen des gemeinsamen Art. 3 der Genfer Abkommen) sowie das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (BGBl. 1973 II, S. 505 ff.). Ebenso unterscheidet die Mehrzahl der Militärhandbücher nicht zwischen Bestimmungen, die lediglich für eine bestimmte Kategorie von bewaffneten Konflikten gelten, Meron, The Humanization of Humanitarian Law, The American Journal of International Law 94 (2000), S. 261. Auch im Nicaragua-Urteil wurde durch den Internationalen Gerichtshof festgestellt, dass die Grundsätze, wie sie in Art. 3 der Genfer Konvention enthalten sind, zum völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht gehören, IGH, Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua, Nicaragua v. United States of America, Judgement of 27 June 1986, Merits, abgedruckt in: ICJ Reports 1986, 14, (S. 113 ff.; Paras 218 ff.).

61 Sassöli/Bouvier (Fn. 16), S. 208.

62 Bothe (Fn. 1), S. 74.

63 Bothe/Partsch/Solf-Partsch/Bothe (Fn. 1), S. 606 ff.

64 Baxter, So-called 'Unprivileged Belligerency': Spies, Guerillas, and Saboteurs, British Yearbook of International Law 1951, S. 343.

65 »San Remo Manual on The Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts«, Tentative Text, 2004, <http://web.iijl.org/iijl/Documents/Tentative%20Text.doc> (abgerufen am 18.09.2007).

66 Die Übersetzung des Begriffes des »Fighter« als »Kombattant« in einigen Sprachen wird teilweise als nicht eindeutig bzw. nicht konstruktiv kritisiert, Henckaerts/Doswald-Beck, CIHL, Vol. I, 2005, S. 13.

Zivilpersonen, wobei letztere – wie im internationalen Konflikt – die ungeschützten Zivilpersonen als Untergruppe beinhaltet.<sup>67</sup> Die grundlegende Dichotomie besteht mithin auch in nicht-internationalen Konflikten.

Als Frage bleibt zu erörtern, wie diese neue Kategorie der »Kämpfer« zu definieren ist.<sup>68</sup> Das zweite Zusatzprotokoll soll auf alle von ZP I nicht erfassten Konflikte Anwendung finden, welche

»(...) im Hoheitsgebiet einer Hohen Vertragspartei zwischen deren Streitkräften und abtrünnigen Streitkräften oder anderen organisierten bewaffneten Gruppen stattfinden (...)«

Es handelt sich mithin um zwei klar bezeichnete Konfliktparteien: reguläre Streitkräfte der Regierung als Vertragspartei zum ZP II auf der einen, abtrünnige Streitkräfte oder andere organisierte bewaffnete Gruppen auf der anderen Seite. Letztere müssen laut Art. 1 Abs. 1 ZP II

»unter einer verantwortlichen Führung eine solche Kontrolle über einen Teil des Hoheitsgebiets der Hohen Vertragspartei ausüben, dass sie anhaltende, koordinierte Kampfhandlungen durchführen und dieses Protokoll anzuwenden vermögen.«

Die (Regierungs-)Streitkräfte müssen, wie in Art. 43 Abs. 1 ZP I festgelegt,

»einer Führung unterstehen, welche dieser Partei für das Verhalten ihrer Untergebenen verantwortlich ist (...)«

Für beide Seiten gelten also gewisse Anforderungen an die innere Struktur, ebenso muss ein gewisser Grad an Militärorganisation vorhanden sein. Feindseligkeiten spielen sich in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten ausschließlich zwischen diesen beiden Gruppen ab – eine klare Abgrenzung zu den in Art. 13 ZP II bezeichneten Personen. Entscheidendes Element ist ebenso, dass eine Anwendung des ZP II durch die organisierten bewaffneten Gruppen gewährleistet sein muss und für eine Qualifikation als solche entscheidend ist – die Anspruchshöhe des ZP II wird damit herausgestellt. Für die Regierungstreitkräfte gelten dabei dieselben Grundsätze wie in Protokoll I.<sup>69</sup> Auf der Seite der Aufständischen ist die Mitgliedschaft in einer organisierten bewaffneten Gruppierung entscheidend. Für eine Qualifikation als Kämpfer müssen diese dem besonderen administrativen Apparat einer der Konfliktparteien angehören.<sup>70</sup> Gegen eine solche Kategorisierung wird teilweise angeführt, dass der Begriff des »Kämpfers« im San Remo-Manual gerade ungeachtet der Mitgliedschaft in einer wie auch immer gearteten bewaffneten Gruppierung zu sehen sei, da sich eine solche Mitgliedschaft in vielen Fällen schwer oder überhaupt nicht bestimmen lasse.<sup>71</sup> Die obigen Ausführungen sprechen jedoch gegen eine solche weite Definition des »Kämpfers«: Personen, die in unorganisierter Form an den Feindseligkeiten teilnehmen, sind auch weiterhin als Zivilpersonen zu bezeichnen. Diese grundlegende Unterscheidung findet sich auch in Art. 115 (*»distinction between fighters and civilians«*) des San Remo-Manuals wieder. Zunächst ist mithin festzuhalten: Auch im nicht-internationalen Konflikt existieren zwei Kategorien von Personen, Kämpfer und Zivilpersonen. Zu ersteren gehören sowohl die Angehörigen der regulären Streitkräfte als auch die Mitglieder anderer bewaffneter Gruppen, die sich an den Feindseligkeiten beteiligen. Im

67 Bothe (Fn. 1), S. 76; Kretzmer, Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?, European Journal of International Law 16 (2005), S. 198.

68 Klarstellend bleibt festzuhalten: Dessen ungeachtet bleibt der Grundsatz *»tertium non datur«* weiter bestehen. Die Kategorie der Kämpfer existiert lediglich in nicht-internationalen Konflikten, in denen durch das Zusatzprotokoll keine den Streitkräften vergleichbare Gruppierung erwähnt ist.

69 Official Records, Vol. X, CDDH/I/238/Rev./1, S. 94; Bothe (Fn. 1), S. 79.

70 Bothe (Fn. 1), S. 82.

71 Melzer (Fn. 44), S. 17.

Unterschied zu Zivilpersonen, die lediglich aufgrund einer unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten ihren Schutz vor direkten Angriffen verlieren, besteht dieser Schutzverlust für Personen der Kämpfer-Kategorie für die gesamte Zeit ihrer Zugehörigkeit zu einer der Konfliktparteien.

#### IV. Grundlegende Elemente »unmittelbarer Beteiligung an Feindseligkeiten«

Um zu einem Schutzverlust zu führen, muss eine Handlung als »unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten« qualifiziert werden. Dazu sollen wesentliche Begriffe des Problemkreises erläutert werden und eine Annäherung an die verwendeten Termini unternommen werden.

##### 1. »Feindseligkeiten«

Der Begriff der »Feindseligkeiten« ist innerhalb der Genfer Konvention sowie den Zusatzprotokollen nicht definiert. Eine möglichst genaue Eingrenzung des Begriffes ist für die Unterscheidung zwischen geschützten und ungeschützten Zivilpersonen jedoch unerlässlich, wird hier doch ein etwaiger Schutzverlust der betreffenden Person begründet. Dabei drängt sich durch den Gebrauch des Begriffes innerhalb der Konvention eingangs der Eindruck auf, dass der Terminus einerseits enger auszulegen ist als bloße »bewaffnete Konflikte«, <sup>72</sup> andererseits jedoch weiter als der in ZP I verwendete Begriff der »Angriffe«. <sup>73</sup> Zunächst sollen dazu drei Kriterien aufgestellt werden, um eine Annäherung zu erreichen: (1) *Verbindung mit einem bewaffneten Konflikt*. Dessen Klassifizierung als »international« oder »nicht-international« kann dabei *ad interim* dahingestellt bleiben. Ohne eine solche Verbindung würden Aktivitäten nicht als Beteiligung an Feindseligkeiten, sondern als bloße strafbare Handlungen gelten. <sup>74</sup>

(2) *Ausführung durch kriegsführende Parteien*. Akte, die durch Banden, die keinerlei Nexus zu dem bewaffneten Konflikt haben, ausgeführt werden, fallen damit nicht unter den Begriff der »Feindseligkeiten«. <sup>75</sup> Die Handlung muss einen engen Bezug zu den Feindseligkeiten haben oder in Verbindung mit dem bewaffneten Konflikt geschehen. <sup>76</sup> Ausgeschlossen ist damit jedoch nicht jegliche Beteiligung von unorganisierten Zivilpersonen *per se*. <sup>77</sup> Eine abstrakte Definition des Nexus ist dabei abzulehnen, vielmehr muss eine Verknüpfung durch Tatsachen nachgewiesen werden. Auch Handlungen von Terroristen können damit grundsätzlich nur dann als unmittelbare Beteiligung an Feindseligkeiten kategorisiert werden, wenn diese im Rahmen eines bewaffneten Konflikts stattfinden. <sup>78</sup>

<sup>72</sup> McDonald (Fn. 1), S. 14.

<sup>73</sup> Melzer (Fn. 4), S. 17.

<sup>74</sup> The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Case No. IT-95-14/1-T, Decision of 25 June 1999, Para 45; Quéguiner (Fn. 44), S. 2.

<sup>75</sup> McDonald (Fn. 1), S. 25 f.; zur Abgrenzung eingehend Pereira, Organised Crime and Armed Conflict, Humanitäres Völkerrecht 2/2005, S. 118 ff.

<sup>76</sup> The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, Case No. ICTR-96-3-T, Decision of 6 December 1999, Paras 104 ff.; The Prosecutor v. Alfred Musema, Case No. ICTR-96-13-T, Decision of 27 January 2000, Para 973.

<sup>77</sup> Quéguiner (Fn. 44), S. 2.

<sup>78</sup> Cassese (Fn. 1), S. 18; zur Frage der völkerrechtlichen Einordnung eines »Krieges gegen den Terror« siehe u.a. Sassöli, Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law, <http://www.hpcr.org/pdfs/OccasionalPaper6.pdf> (abgerufen am 18.09.2007), S. 1 ff.; Sassöli, The Status of Persons Held in Guantánamo under International Humanitarian Law, Journal of International Criminal Justice 2 (2004), S. 105; Vierucci, Prisoners of War or Protected Persons qua Unlawful Combatants? The Judicial Safeguards to which Guantanamo Bay Detainees are Entitled, Journal of International Criminal Justice 1 (2003), S. 287 ff.

(3) *Gewaltanwendung*. Es muss sich des weiteren um Akte der Gewalt handeln.<sup>79</sup> Diese müssen geeignet sein, wirkliche Schäden bezüglich der Angehörigen der Streitkräfte des Gegners oder dessen Ausrüstung zu verursachen.<sup>80</sup> Jedoch müssen auch terroristische Akte, die sich ausschließlich gegen die Zivilbevölkerung – mithin keine gegnerischen Streitkräfte – richten, ebenso als Feindseligkeiten charakterisiert werden können.<sup>81</sup> Eine Einschränkung erfährt der Begriff durch die Prämisse, dass es sich um militärische Operationen handeln muss. Dies ergibt sich aus dem Titel des ersten Abschnitts des vierten Teils des ZP I (*»Allgemeiner Schutz vor den Auswirkungen von Feindseligkeiten«*). Zivilpersonen sollen hier zuvörderst einen Schutz vor militärischen Operationen genießen, die sich gegen militärisch wertvolle Ziele richten. Weiter eingengt wird der Begriff durch den Ausschluss von Aktivitäten, die einen rein kriegsunterstützenden Charakter aufweisen, ebenso sind allgemeine »Kriegsanstrengungen« davon abzugrenzen.<sup>82</sup> Wie z.B. in *Ex parte Quirin* aufgezeigt,<sup>83</sup> können zwar grundsätzlich auch Geheimdienstaktivitäten in Kriegszeiten als Beteiligung an den Feindseligkeiten gelten, diese sind jedoch ausgesucht differenziert zu betrachten.<sup>84</sup> Unerheblich ist dabei jedoch, ob sich diese Geheimdienstaktivitäten unmittelbar im Konfliktgebiet abspielen oder nicht.<sup>85</sup> Entscheidend ist allein ein hinreichender Nexus zwischen dem Unterfangen und dem eingetretenen Schaden. Eine genaue Definition des Terminus der »Feindseligkeiten« erscheint somit zwar nicht möglich, mit Hilfe der aufgezeigten Determinanten lässt sich jedoch eine gewisse Eingrenzung betreiben.

## 2. »Unmittelbarkeit«

Auch der Begriff der Unmittelbarkeit ist im humanitären Völkerrecht nicht legal definiert. Evident erscheint jedoch, dass eine zu weite Interpretation des Ausdrucks z.B. die schon oben angesprochenen<sup>86</sup> rein kriegsunterstützenden Maßnahmen einbeziehen würde, den geschützten Status der Zivilpersonen dauerhaft aufweichen könnte und somit nicht intendiert sein kann. Diese Handlungen sind vielmehr als indirekte Teilnahme an den Feindseligkeiten zu sehen.<sup>87</sup> Die Eingrenzung ist im Sinne eines Ausgleiches zwischen einem möglichst umfassenden Schutz der Zivilbevölkerung und dem berechtigten Interesse der (regulären) Streitkräfte an einer effektiven Reaktionsmöglichkeit auf die Methoden der Kriegsführung der betreffenden Zivilpersonen vorzunehmen.<sup>88</sup> Dazu erscheint es angemessen, eine direkte und kausale Beziehung<sup>89</sup> zwischen den ausgeführten Handlungen und dem dem Gegner dadurch entstandenen Schaden bzw. Nachteil an dem Ort und zu der Zeit, die/der mit den ausgeführten Handlungen identisch ist,<sup>90</sup> zur Bedingung einer »Unmittelbarkeit« zu machen. Durch die

79 Quéguiner (Fn. 44), S. 2.

80 ICRC Commentary (Fn. 51), S. 618, Rn. 1942; Kalshoven/Zegveld (Fn. 1), S. 99.

81 Konsequenz einer gegenteiligen Ansicht wäre die Nichtanwendbarkeit der Regeln des humanitären Völkerrechts auf beide Konfliktparteien, was nicht beabsichtigt sein kann, Kretzmer (Fn. 67), S. 190.

82 Fenrick (Fn. 3), S. 173; Kalshoven/Zegveld (Fn. 1), S. 99 f.; Melzer (Fn. 4), S. 21.

83 317 U.S. 1, 31; Thomas/Duncan, Annotated Supplement to The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations, 1999, S. 484.

84 Melzer (Fn. 4), S. 21 f.

85 A.A.: Dinstein (Fn. 1), S. 27 f.

86 Siehe oben, Text nach Fn. 81.

87 ICRC Commentary (Fn. 51), S. 516, Rn. 1679.

88 Quéguiner (Fn. 44), S. 2.

89 Message from the President of the United States, Transmitting Two Optional Protocols to the Convention on the Rights of the Child, July 25, 2000 (Treaty Doc. 106-37), Para B.

90 ICRC Commentary (Fn. 51), S. 516, Rn. 1679.

Handlungen müssen sich folglich unmittelbare Gefahren für den Gegner konstituieren. Diese Unmittelbarkeit im wörtlichen Sinne wird jedoch teilweise als nicht (mehr) ausreichend angesehen.<sup>91</sup> Insbesondere das »Zeit/Ort«-Merkmal ist als zu einengend zu klassifizieren, so ist z.B. die Bedienung eines weit entfernten Waffensystems auch beim Fehlen einer direkten Ortsbeziehung durchaus als »unmittelbare Beteiligung« zu sehen. Auch deutlich kriegsvorbereitende Maßnahmen müssen demnach unter eine »unmittelbare Beteiligung« fallen.<sup>92</sup> Entscheidend ist mithin ebenso die Bestimmung der Grenze, deren Überschreitung die betreffende Zivilperson zum integralen Bestandteil der Kriegsanstrengung werden lässt und mithin auch einen direkten Angriff auf diese Person legitimieren würde.<sup>93</sup>

Teilweise wird zudem vertreten, dass weniger der konkret entstandene Schaden als die subjektive feindliche Intention der betreffenden Person entscheidendes Merkmal für einen Schutzverlust sein müsse.<sup>94</sup> Abgesehen von praktischen Schwierigkeiten bei der Taxierung einer subjektiven Intention ist nach dem Wortlaut des Art. 51 Abs. 3 ZP I bzw. Art. 13 Abs. 3 ZP II eine subjektive Absicht nicht entscheidend und darf mithin hinsichtlich eines Schutzverlustes keine Rolle spielen. Problematisch an einem auf reiner Intention bestehenden Schutzverlust erscheint des weiteren, dass eine solche Sichtweise negieren würde, dass der Rücktritt von einem gesetzeswidrigen Plan jederzeit möglich ist. Diese Tatsache muss vom Recht berücksichtigt werden, will dieses nicht das grundsätzliche Recht auf Leben verwerfen.<sup>95</sup> Entscheidend ist vielmehr die Entscheidung zur Beteiligung an den Feindseligkeiten selbst, welche objektiv feststellbar ist. Die Einbeziehung eines rein subjektiven Intentionsfaktors als Rechtfertigung für direkte Angriffe auf Zivilpersonen muss demnach abgelehnt werden.

Zwar ist umstritten, wie ausgeprägt der Kausalzusammenhang zwischen einer Handlung und dem beim Gegner entstandenen Schaden sein muss: *In nuce* lässt sich jedoch feststellen, dass eine möglichst enge Verbindung zwischen der Handlung und dem eingetretenen Schaden bestehen muss.<sup>96</sup> Entscheidende Faktoren für einen Schutzverlust dürfen hier folglich ausschließlich solche rein militärischer Natur sein. Die Verbindung liegt, so eine verbreitete Ansicht, im Begriff der »Unmittelbarkeit« selbst – ein mittelbarer Kausalzusammenhang reicht folglich nicht aus, vielmehr muss ein ununterbrochener Kausalverlauf vorliegen.<sup>97</sup> Ob ein solcher vorliegt, muss im Zweifelsfall Ergebnis einer »aufrichtigen«<sup>98</sup> Bestimmung auf dem Schlachtfeld sein. Zwar kann eine exakte Definition des Begriffes der »Unmittelbarkeit« nicht erfolgen. Die genannten Abgrenzungsmerkmale sekundieren jedoch bei einer genaueren Einordnung der konkreten Umstände und lassen eine graduelle Annäherung zu.

91 McDonald (Fn. 1), S. 16.

92 McDonald (Fn. 1), S. 17.

93 Fenrick (Fn. 3), S. 172; Wheeler (Fn. 12), S. 207.

94 Melzer (Fn. 44), S. 3.

95 Tomuschat (Fn. 53), S. 140.

96 Sog. »*aiding and abetting*«-Tätigkeiten sind mithin nicht ausreichend, Melzer (Fn. 4), S. 28.

97 Melzer (Fn. 4), S. 34 f.

98 Thomas/Duncan (Fn. 83), S. 484.

Zivilpersonen unterstehen gem. Art. 51 Abs. 3 ZP I bzw. Art. 13 Abs. 3 ZP II nur einem Schutz vor direkten Angriffen, »sofern und solange« sie sich nicht an Feindseligkeiten beteiligen. Die Zivilperson wird mithin durch die Beteiligung an Feindseligkeiten zu einer temporär ungeschützten Zivilperson. Eine Wiedererlangung des Schutzes ist bei entsprechendem Verhalten jederzeit möglich, eine »Exkulpation« gegenüber der gegnerischen oder einer dritten Partei und damit eine Interaktion ist folglich nicht notwendig. Diese Regelung fungiert damit wie eine »Drehtür« für rechtliche Statusveränderungen der Person. Diese rein auf juristischer Logik basierende Schlussfolgerung stößt allerdings vielfach auf – hauptsächlich politischen – Widerspruch, teilweise wird die Existenz einer solchen Drehtür auch schlicht negiert.<sup>99</sup> Der Wortlaut der Art. 51 Abs. 3 ZP I sowie Art. 13 Abs. 3 ZP II – »sofern und solange« – lässt jedoch keinen Zweifel daran, dass die Diplomatische Konferenz die dargestellte Statusveränderung beabsichtigte.<sup>100</sup> Freilich zieht eine solche Drehtür diverse praktische Probleme für die regulären Streitkräfte hinsichtlich der Legitimität eines Angriffs nach sich. Schließlich bedeutet der »Drehtür-Effekt« nicht, dass eine Bekämpfung widerständischer Kräfte ausgeschlossen wäre. Sie muss allerdings unter polizeilichen Vorzeichen erfolgen.<sup>101</sup>

Obwohl als Instrument des Schutzes der Zivilbevölkerung installiert, wird diese Drehtür in vielen gegenwärtigen Konflikten von sog. »Feierabend-Kriegern« missbraucht, die in Kampfpausen automatisch wieder zu geschützten Zivilpersonen mutieren. Diesem Problem versuchen verschiedene Ansätze zu begegnen.

#### 1. »Specific Acts«-Approach

Der »Specific Acts«-Approach stellt die reinste Form des »Drehtür-Effekts« dar. Diesem Ansatz zufolge korrespondieren Beginn und Beendigung der unmittelbaren Beteiligung an Feindseligkeiten und der damit einhergehende Verlust der Immunität vor Angriffen mit entsprechenden konkreten Handlungen.<sup>102</sup> Grundsätzlich lässt sich mithin folgende Regel aufstellen: In konkreten Kampfsituationen sind Angriffe immer gerechtfertigt, außerhalb solcher Situationen nie. Folglich gelten nur konkrete Handlungen auf dem Schlachtfeld als »unmittelbare Beteiligung an den Feindseligkeiten«. Die »Targeted Killings« der israelischen Armee wären daher, soweit eine unmittelbare/direkte Beteiligung der betreffenden Zivilpersonen an Feindseligkeiten vorliegt, völkerrechtlich gerechtfertigt.<sup>103</sup>

Fraglich erscheint, ob der Aufmarsch zu sowie die Rückkehr von Angriffen als »unmittelbare Beteiligung an Feindseligkeiten« gesehen werden können. Eine Legalisierung von Angriffen auf Zivilpersonen, die sich beim Aufmarsch zu Gefechten befinden, kann nicht *per se* abgelehnt werden. Ein solches Verbot würde eine ungerechtfertigte Benachteiligung der regulären Streitkräfte darstellen, zu einem groben Ungleichgewicht zwischen den regulären Truppen und anderen bewaffneten militärischen Gruppierungen führen und wäre auch durch die

<sup>99</sup> Dazu: Bothe (Fn. 1), S. 71; Ruys (Fn. 3), S. 28 f.

<sup>100</sup> Melzer (Fn. 4), S. 50.

<sup>101</sup> Bothe (Fn. 1), S. 71.

<sup>102</sup> Melzer (Fn. 4), S. 59, Fn. 8.

<sup>103</sup> HCJ 769/02 The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel, Urteil vom 13. Dezember 2006. Inwieweit die Vorgaben des humanitären Völkerrechts im Zuge der bisherigen »Targeted Killings« eingehalten wurden, ist als tatsächliche Frage nicht Thema dieser Betrachtung.

Schutzintention der Zusatzprotokolle nicht zu erklären. Schutzobjekt ist – überspitzt – die friedvolle Zivilbevölkerung, nicht der ungestörte Aufbau von Artillerie und anderem Kriegsggerät. Eine Ausweitung des Schutzes auf die Vorbereitung von Angriffen erscheint mithin nicht angemessen. Angriffe auf Personen, die sich an solchen Vorbereitungshandlungen unmittelbar beteiligen, sind demnach gerechtfertigt.

Bezüglich der Rückkehr von Kampfhandlungen wird teilweise vertreten, dass auch sich auf dem Rückzug befindliche Truppen ein legitimes Angriffsziel darstellen würden.<sup>104</sup> Partell wird dies damit begründet, dass sich diese jederzeit wieder am Kampfgeschehen beteiligen könnten und somit eine andauernde Gefahr darstellten.<sup>105</sup> Eine solche Ansicht würde jedoch einem »Specific Acts«-Approach nicht mehr gerecht werden. Entscheidend wäre dieser Ansicht zufolge nämlich die bloße Bewegung – im Truppenverband oder autonom – an sich. Eine – rein auf Vermutungen bestehende – bloße »Dauergefahr« als Grundlage für gerechtfertigte Angriffe zu erklären, erscheint jedoch nicht haltbar. Sprechen die äußeren Umstände klar für einen neuerlichen Aufmarsch der betreffenden Zivilperson, so ist dies nicht mehr als Problem der Rechtfertigung eines Angriffs auf sich zurückziehende Zivilpersonen zu sehen, sondern vielmehr als gerechtfertigter Angriff auf eine (neuerliche) Vorbereitung von Angriffen. Auch erscheint eine Vereinbarkeit mit dem Wortlaut der Art. 51 ZP I sowie Art. 13 ZP II fraglich. Zivilpersonen müssen danach »unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen«. Diese unmittelbare Beteiligung ist bei einem Rückzug *per definitionem* schon abgeschlossen. Angriffe auf sich zurückziehende Kämpfer haben als einzige Intention die militärische Schwächung des Gegners. Schutzzweck ist jedoch nicht primär die Aufhebung einer eventuellen Asymmetrie zwischen regulären Streitkräften und anderen bewaffneten Gruppierungen, sondern die Schonung der Zivilbevölkerung. Die Rückkehr von Angriffen ist mithin nicht als unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten anzusehen, direkte Angriffe auf solche Personen sind folglich völkerrechtlich nicht legitimiert. Der Aufmarsch bzw. die direkte Vorbereitung von Angriffen ist dagegen als »unmittelbare Beteiligung an Feindseligkeiten« zu sehen. Dazu gehören mithin auch Handlungen wie das Beladen eines Autos mit einer Bombe<sup>106</sup> oder das Verlassen eines Hauses mit umgeschnalltem Sprengstoffgürtel. Bei der Rückkehr von Angriffen lässt sich ein Schutzverlust dagegen nicht mit dem Wortlaut der entsprechenden völkerrechtlichen Regelungen vereinbaren.

## 2. »Affirmative Disengagement«-Approach

Merkmal des »Affirmative Disengagement«-Approaches ist, dass der Schutz der betreffenden Zivilperson vor direkten Angriffen von der ersten Handlung, die eine unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten darstellt, bis zum Zeitpunkt einer ausdrücklich dem Gegner gegenüber geäußerten Absage an derartige Aktivitäten für die Zukunft kontinuierlich aufgehoben ist.<sup>107</sup> Die betreffende Zivilperson wäre diesem Ansatz zufolge von der ersten Beteiligung an den Feindseligkeiten bis zur ausdrücklichen Distanzierung ein legitimes Ziel von Angriffen. Entscheidendes Kriterium für eine Wiedererlangung des Schutzes sind also nicht objektive Umstände, sondern die Absichten des Betroffenen

<sup>104</sup> Bothe/Partsch/Solf-Solf (Fn. 1), S. 302; Kalshoven/Zegveld (Fn. 1), S. 99.

<sup>105</sup> Melzer (Fn. 4), S. 66; a.A.: Sassöli (Fn. 56), S. 212.

<sup>106</sup> Bothe (Fn. 1), S. 71.

<sup>107</sup> Melzer (Fn. 4), S. 59, Fn. 9.



sowie der gegnerischen Partei. Soweit die Distanzierung von den Feindseligkeiten sich in Handlungen äußert, tritt sie gleichsam als objektives Element zutage. Ob dieser Distanzierung Glauben geschenkt wird, ist jedoch vor allem von einer subjektiven Einschätzung der gegnerischen Konfliktpartei abhängig. Der »Affirmative Disengagement«-Approach wirft eine Reihe praktischer Probleme auf: Wie sind vorgetäuschte Distanzierungen zu erkennen? Wie lässt sich in Situationen, in denen eine Vielzahl von »Distanzierungserklärungen« abgegeben wird, der Überblick behalten?

### 3. »Membership«-Approach

Dem »Membership«-Approach zufolge entfällt der Schutz vor direkten Angriffen für die gesamte Dauer der Mitgliedschaft in einer Gruppierung, die sich unmittelbar an den Feindseligkeiten beteiligt. Für die Mitglieder einer solchen Gruppierung wäre der »Drehtür-Effekt« demnach für die Dauer der Mitgliedschaft suspendiert<sup>108</sup> und hätte in nicht-internationalen Konflikten die Kategorisierung als »Kämpfer« zur Folge.<sup>109</sup> Dabei erscheint es zunächst widersprüchlich, im internationalen Konflikt die Mitgliedschaft als »unmittelbare Beteiligung an Feindseligkeiten« im Sinne des Art. 51 Abs. 3 ZP I zu klassifizieren, in nicht-internationalen Konflikten jedoch die Kategorie eines »Kämpfers« zu schaffen, obgleich der identische Wortlaut des Art. 13 Abs. 3 ZP II einen deckungsgleich begründeten permanenten Schutzverlust auch hier ermöglichen würde. Gegen eine solche simplifizierte Lösung spricht jedoch, dass in internationalen Konflikt durch die Definitionen des Ersten Protokolls eindeutige Konfliktparteien existieren, namentlich die regulären Streitkräfte der am Konflikt beteiligten Staaten. Andere Formen einer organisierten Beteiligung an den Feindseligkeiten sind nicht berücksichtigt. Auf die vermehrte Teilnahme von nichtstaatlichen organisierten Gruppierungen an internationalen bewaffneten Konflikten versucht der »Membership«-Approach innerhalb der gegebenen Regelungen des Ersten Zusatzprotokolls zu reagieren.

Im nicht-internationalen Konflikt sind die Konfliktparteien *a priori* nicht definiert – eine Auseinandersetzung mit dem »Membership«-Approach ist hier mithin obligatorisch, um eine Basis für die Eingrenzung des Begriffs des »Kämpfers« zu schaffen. Die »organisierten bewaffneten Gruppen« im Sinne des Art. 1 Abs. 1 ZP I müssen ein klares System der Autoritäts- und Verantwortungsverteilung besitzen, ebenso müssen intern Disziplinarmaßnahmen durchgesetzt werden können,<sup>110</sup> was in Teilen den schon oben<sup>111</sup> zitierten Anforderungen des Art. 1 Abs. 1 ZP II entspricht. Darüber hinausgehend muss eine Gruppe darauf aus sein, in einen bewaffneten Konflikt involviert zu werden, d.h. mehr als einzelne Akte sporadischer Gewalt vornehmen.<sup>112</sup>

Teilweise wird dagegen bestritten, dass eine klare Definition des Begriffs der »bewaffneten Gruppen« möglich sei. Eine solche Zuordnung habe vielmehr im Lichte der konkreten Fakten und Umstände des betreffenden Konflikts zu geschehen.<sup>113</sup> Aufgabe der Jurisprudenz muss es jedoch sein, neben dem reinen Vertragstext auch Einordnungshilfen zu bieten, die schon vor Ausbruch eines Konflikts bestehen und möglichst allgemein gültig, damit flexibel, jedoch ebenso

<sup>108</sup> Melzer (Fn. 4), S. 59, Fn. 10.

<sup>109</sup> Siehe oben, Text nach Fn. 68.

<sup>110</sup> Bothe/Partsch/Solf-Partsch (Fn. 1), S. 626; ähnlich ICRC Commentary (Fn. 51), S. 513 f., Rn. 1675.

<sup>111</sup> Siehe oben, Text nach Fn. 68 ff.

<sup>112</sup> Melzer (Fn. 4), S. 46.

<sup>113</sup> Melzer (Fn. 4), S. 48.

differenziert und damit klar abgrenzend sind. Eine spätere Definition läuft Gefahr, nur noch der Rechtfertigung eines bereits stattgefundenen Angriffs zu dienen. Angesichts der stetig zunehmenden Beteiligung von bewaffneten Gruppierungen an internationalen wie nicht-internationalen Konflikten erscheint die Ablehnung eines Postulats der nachträglichen Definition umso zwingender. Sinn und Zweck der betreffenden völkerrechtlichen Regelungen ist primär der Schutz der friedlichen Zivilbevölkerung und erst sekundär die Bestrafung jener, die diesen Schutz missachten. Eine Verschiebung der Definition auf einen späteren Zeitpunkt bedeutet im Zweifelsfalle auch die Verschiebung jenes Schutzes auf einen späteren Zeitpunkt, ein Ergebnis, das nicht überzeugen kann. Daher ist der Verzicht auf eine Definition des Begriffs der »bewaffneten Gruppen« abzulehnen.<sup>114</sup> In der jüngeren Zeit lassen sich zahlreiche Beispiele finden, die eine Definition der konstitutiven Merkmale solcher Gruppierungen erlauben. Exemplarisch seien hier die FARC in Kolumbien, die Contras in Nicaragua sowie die FMLN<sup>115</sup> in El Salvador genannt.

#### 4. Bewertung der einzelnen Ansätze

Für einen »Membership«-Approach spricht zunächst, dass das humanitäre Völkerrecht grundsätzlich von Feindseligkeiten zwischen zwei oder mehr Parteien ausgeht, die beide dieselben Rechte und Pflichten auferlegt bekommen. Darauf aufbauend kann eine Unterscheidung zwischen den Parteien grundsätzlich entweder auf dem Begriff der »unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten« oder einem »Membership«-Approach basieren. Die Entscheidung für die erste Alternative und damit die Anwendung des »Specific Acts«-Approaches erforderte einen erhöhten Schutz für die Mitglieder der regulären Streitkräfte, namentlich einen Schutz vor direkten Angriffen, solange sich diese nicht unmittelbar an den Feindseligkeiten beteiligen. Eine Schlussfolgerung, die sich mit den Realitäten des bewaffneten Konfliktes sowie dem geltenden humanitären Völkerrecht schwerlich vereinbaren ließe. Die alleinige Favorisierung eines »Membership«-Approaches würde im Gegensatz jedoch dazu führen, dass das Problem unorganisierter Zivilpersonen, die an Feindseligkeiten teilnehmen, ungelöst bliebe.

Des weiteren würde die friedvolle Bevölkerung verstärkten Risiken ausgesetzt.<sup>116</sup> In bewaffneten Konflikten schließt der Wortlaut der Zusatzprotokolle einen Schutzverlust, der auf der reinen Mitgliedschaft in einer bewaffneten Gruppierung besteht, klar aus: Zivilpersonen werden geschützt *»sofern und solange sie nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen«*. Würde die bloße Mitgliedschaft in einer organisierten bewaffneten Gruppierung als ständige unmittelbare Teilnahme an den Feindseligkeiten angesehen, bestünde kein Unterschied zwischen dem Status der betreffenden Person und deren individuellen Verhalten mehr.<sup>117</sup> Die Lösung des Problems ist folglich in einer hohen Anforderungsschwelle für die Bestimmung der Mitgliedschaft in einer solchen Gruppierung zu sehen. Als »organisierte bewaffnete Gruppen« gelten danach zunächst nur solche Gruppierungen, die ausreichend präzise als solche identifiziert werden können. Des weiteren soll ausschließlich kämpfenden Mitgliedern dieser Gruppen permanent der Schutz entzogen werden. Kämpfende Mitglieder

<sup>114</sup> Dazu auch Policzer, Neither Terrorists nor Freedom Fighters, [http://www.armedgroups.org/images/stories/pdfs/policzer\\_neither\\_terrorist\\_nor\\_freedom\\_fighters.pdf](http://www.armedgroups.org/images/stories/pdfs/policzer_neither_terrorist_nor_freedom_fighters.pdf) (abgerufen am 18.09.2007), S. 6 ff.

<sup>115</sup> FMLN (*Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional* - Nationale Befreiungsfront Farabundo Martí).

<sup>116</sup> Melzer (Fn. 4), S. 48 f.

<sup>117</sup> Melzer (Fn. 4), S. 50.

sind dabei solche, die sich regelmäßig und unmittelbar an den Feindseligkeiten beteiligen. Die schon stattgefundene unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten, die auch fort dauert und für die Zukunft vermutet werden kann,<sup>118</sup> reicht dabei für die Annahme einer Mitgliedschaft und damit einen verlängerten Schutzverlust aus. Mit einem dieser zwingenden Elemente entfällt so eine Mitgliedschaft und mithin auch die Legitimation eines direkten Angriffes.

Dagegen wird eingewandt, dass die betreffenden Zivilpersonen damit unabhängig von der wirklich von ihnen ausgehenden Gefahr angegriffen werden dürfen.<sup>119</sup> Jedoch sind auch die Angehörigen der regulären Streitkräfte in diesen Situationen das Ziel von direkten Angriffen. Der »Membership«-Approach stellt damit eine gewisse Symmetrie zwischen den genannten regulären Streitkräften und anderen Gruppierungen her – eine Symmetrie, die im Bezug auf Bewaffnung und Organisation sowie logistische Unterstützung vielfach existiert. Problematisch erscheint, dass in der Diskussion zu asymmetrischen Konflikten fast zwangsläufig ein »David gegen Goliath«-Aspekt zum Tragen kommt: Die Mitglieder der gegen die regulären Streitkräfte kämpfenden Gruppierungen haben diesen gegenüber in der öffentlichen Wahrnehmung teilweise einen Sympathievorsprung, der jedoch nicht notwendigerweise gerechtfertigt sein muss. Diese moralische Ungleichheit setzt sich latent auch in der juristischen Diskussion fort. Die Gleichstellung bewaffneter Gruppierungen mit den regulären Streitkräften wird hinsichtlich des Schutzverlustes vielfach abgelehnt, wobei – so scheint es – das eigentliche Schutzgut der betreffenden Artikel der beiden Zusatzprotokolle außer Acht gelassen wird: die friedliche Zivilbevölkerung.

Vereinzelt wird der »Membership«-Approach allein aufgrund von Situationen, in denen Zweifel bestehen könnten, grundsätzlich abgelehnt.<sup>120</sup> Negiert wird dabei, dass in völlig transparenten Situationen der Anwendung eines »Membership«-Approaches nichts entgegenstünde. Des weiteren wird der Einwand vorgebracht, dass in zahlreichen Konflikten vor allem im afrikanischen Raum die Mitgliedschaft in bewaffneten Gruppen nicht freiwillig sei und somit nicht als Legitimationsgrundlage für einen Schutzverlust gelten könne. In Gebieten, in denen die Regierungskräfte keine Kontrolle mehr ausüben, sei die Mitgliedschaft in solchen Gruppierungen reine Überlebensstrategie.<sup>121</sup>

Dagegen ist vorzubringen, dass ein Schutzverlust nur ausgelöst würde, wenn alle drei Elemente des »Membership«-Approaches erfüllt wären: eine schon stattgefundene, fortgesetzte sowie zukünftig zu erwartende Beteiligung der betreffenden Person an den Feindseligkeiten. Außerdem kann der Schutz schwerlich wegen der fehlenden Freiwilligkeit der Mitgliedschaft aufrecht erhalten werden. Zum einen ist die fehlende Freiwilligkeit schwer nachzuweisen. Zum anderen ist gem. des Wortlauts der Artikel nicht die hinter der Beteiligung an Feindseligkeiten stehende Gesinnung der betreffenden Zivilperson entscheidend, sondern die bloße Beteiligung an sich. Anderenfalls würde der gegnerischen Partei kein wirksames Mittel zur adäquaten Reaktion auf Angriffe in die Hand gegeben. Eine aufgezwungene Mitgliedschaft kann mithin aus praktischen Gründen keinen Exkulpationsgrund darstellen. Primäre Intention des Art. 51 Abs. 3 ZP I bzw. Art. 13 Abs. 3 ZP II ist nicht der Schutz »jeder« Zivilperson, sondern allein solcher, die sich nicht »unmittelbar an Feindseligkeiten beteiligen«.

<sup>118</sup> Melzer (Fn. 4), S. 51.

<sup>119</sup> Melzer (Fn. 4), S. 53.

<sup>120</sup> Melzer (Fn. 4), S. 54.

<sup>121</sup> Melzer (Fn. 4), S. 54 f.; Beispiele bei Kasfir, *Guerrillas and Civilian Participation: The National Resistance Army in Uganda, 1981–86*, *Journal of Modern African Studies* 43, 2 (2005), S. 272 f.

Die oben beschriebene Beschränkung des »Membership«-Approaches auf Mitglieder der kämpfenden Verbände einer Gruppierung ist dabei jedoch zwingend geboten: Ausgeschlossen werden sollen damit gerade der politische Arm sowie rein logistisch tätige Teile der Gruppierung. Eine Ausweitung des »Membership«-Approaches auf jegliche Teile der Gruppierung würde eine Asymmetrie in umgekehrter Richtung erzeugen: Der politische Arm der regulären Streitkräfte dürfte nicht angegriffen werden – solange er nicht die Funktion des Oberbefehlshabers besitzt, wie dies in vielen Verfassungen bzw. einfachen Gesetzen der Nationalstaaten festgelegt ist, der politische Arm bewaffneter Gruppierungen wäre jedoch einem konstanten Schutzverlust ausgesetzt.

Zwar wird teilweise für einen »Specific Acts«-Approach angeführt, dass auch der Status der Mitglieder der regulären Streitkräfte zwischen einem »normalen« Leben – als Reservisten – sowie einem ungeschützten Status – als Kombattanten in bewaffneten Konflikten – wechseln könne. Auch hier bestehe mithin eine Drehtür, die auch Zivilpersonen zugestanden werden müsse, die sich zeitweise direkt an Feindseligkeiten beteiligen.<sup>122</sup> Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Jedoch kann dies nicht als Einwand gegen einen »Membership«-Approach gesehen werden. Wie oben festgestellt,<sup>123</sup> ist allein die Mitgliedschaft in einer bewaffneten Gruppe für eine Qualifikation als unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten bzw. als »Kämpfer« nicht ausreichend. Vielmehr muss sich diese Gruppe auch aktiv an den Feindseligkeiten beteiligen. Diese Teilnahme ist analog der Einberufung und subsekutiver Teilnahme an Kampfhandlungen von Reservisten zu sehen, die sich mit diesem Zeitpunkt ebenfalls einer aktiven Konfliktpartei angeschlossen haben. Die rein potenzielle Möglichkeit der Einberufung legitimiert noch keinen Schutzverlust.<sup>124</sup> Der »Specific Acts«-Approach schränkt die Möglichkeiten einer adäquaten Reaktion der regulären Streitkräfte auf die Aktivitäten bewaffneter organisierter Gruppen in nicht praktikabler Weise ein und würde zu einer Verschiebung der Chancengleichheit innerhalb des Konflikts führen, was die eigentliche Intention des Art. 52 Abs. 3 ZP I bzw. Art. 13 Abs. 3 ZP II, den Schutz der friedlichen Zivilbevölkerung, in unzulässiger Weise aushöhlen würde.

Folglich besteht für Mitglieder einer bewaffneten organisierten Gruppierung, die sich aktiv an den Feindseligkeiten beteiligt, für die Dauer ihrer Mitgliedschaft ein permanenter Schutzverlust. Dies gilt sowohl in nicht-internationalen Konflikten, in denen eine solche Mitgliedschaft die Funktion als »Kämpfer« konstituiert, als auch in internationalen Konflikten, in denen diese Mitgliedschaft eine »unmittelbare Beteiligung an Feindseligkeiten« begründet. Damit wird einer schwerlich zu leugnenden militärischen Notwendigkeit, adäquat auf die vermehrt auftretende Beteiligung von nicht-staatlichen Gruppierungen an den Feindseligkeiten zu reagieren, Rechnung getragen. Die Einordnung ergibt sich fast zwangsläufig auch aus der Behandlung durch die gegnerische Partei. Nimmt sich diese das Recht heraus, einen Widerstand leistende Organisation zu jedem Zeitpunkt – auch außerhalb eigentlicher Kampfhandlungen – anzugreifen, muss sie zwangsläufig auch deren Status als Konfliktpartei anerkennen und daraus folgend auch die Mitglieder dieser Organisation als Kombattanten behandeln. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass diesen damit das Recht eingeräumt wird,

<sup>122</sup> Melzer (Fn. 4), S. 60.

<sup>123</sup> Siehe oben, Text vor Fn. 117.

<sup>124</sup> Henckaerts/Doswald-Beck (Fn. 66), S. 14.

jederzeit – und ohne spätere rechtliche Konsequenzen – Mitglieder der gegnerischen Konfliktpartei töten zu dürfen.

Die »gezielten Tötungen« z.B. der israelischen Armee<sup>125</sup> würden bei einer Favorisierung des »Membership«-Approaches in einigen Fällen *de facto* rechtlich legitimiert: Personen, die Mitglieder einer Gruppierung sind, die die angesprochenen Anforderungen erfüllt, stellen mithin auch während ihrer Teilnahme am zivilen Leben legitime Ziele dar. Angriffe wären schlechthin aufgrund einer vorliegenden »unmittelbaren Beteiligung an Feindseligkeiten« gerechtfertigt. Völkerrechtlich ungerechtfertigt sind diese Tötungen jedoch weiterhin, wenn die Schwelle eines bewaffneten Konfliktes nicht erreicht ist, die bewaffnete Gruppierung die obengenannten Anforderungen nicht erfüllt oder die Mitgliedschaft nicht eindeutig nachgewiesen werden kann.

Der »Affirmative Disengagement«-Approach ist aufgrund der beschriebenen<sup>126</sup> Unsicherheitsfaktoren abzulehnen. Die Bejahung des »Membership«-Approaches bedeutet dagegen im Ergebnis nicht zwangsläufig die Ablehnung des »Specific-Acts«-Approaches, vielmehr konstituieren Handlungen, die unter letztgenannten Begriff fallen, weiterhin die Legitimierung eines direkten Angriffs auf die betroffenen Personen. Der »Specific-Acts«-Approach ist mithin in bewaffneten Konflikten primär als »Fallback-Option« zu sehen, auf die in Zweifelsfällen zurückgegriffen werden kann: Handlungen, die eine »*unmittelbare Beteiligung an Feindseligkeiten*« konstituieren, begründen stets einen Schutzverlust für die betreffende Zivilperson, dies ist allein durch den Wortlaut des Art. 52 Abs. 3 ZP I bzw. Art. 13 Abs. 3 ZP II bestimmt.

## VI. *Private Military Companies*

Eine weiteres Problemfeld stellt die zunehmende Anzahl von privaten Militärunternehmen dar, die sich im Auftrag von Regierungen an einer großen Anzahl von internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikten beteiligen. Angestellte dieser Unternehmen übernehmen in steigendem Ausmaß Aufgaben, die den eigentlichen Kernbereich der regulären Streitkräfte betreffen.<sup>127</sup> Auf Seiten des Militärs existieren dabei starke Bemühungen, diesen Personen eine möglichst weitgehende Teilnahme an den Feindseligkeiten zu erlauben, ohne sie rechtlich in die Streitkräfte einzugliedern, sie einem Schutz vor direkten Angriffen zu unterstellen, ihnen jedoch bei Gefangennahme einen Kriegsgefangenenstatus zukommen zu lassen, ihnen mithin gleichsam einen Zwischenstatus zu verleihen.<sup>128</sup> Stark verkürzt gilt jedoch auch für die Träger solcher outsourceter Aufgaben nichts anderes als das oben Beschriebene: Wollen diese ihren Status als geschützte Zivilperson nicht verlieren, dürfen sie sich nicht unmittelbar an den Feindseligkeiten beteiligen. Tun sie dies dennoch – wobei an die »unmittelbare Beteiligung« dieselben Anforderungen zu stellen sind wie oben beschrieben –, können sie für ihre bloße Teilnahme auch angegriffen und gegebenenfalls später bestraft werden.<sup>129</sup> Dabei wird auch U.S. Army-intern die

<sup>125</sup> So z.B. Quéguiner (Fn. 44), S. 7 f.; Stein, *By Any Name Illegal and Immoral, Ethics and International Affairs* 17 (2003), S. 127 ff.; differenzierend: Ben-Naftali/Michaeli (Fn. 1), S. 287 ff.

<sup>126</sup> Siehe oben, Text nach Fn. 107.

<sup>127</sup> Kümmel, *Die Privatisierung der Sicherheit*, Zeitschrift für Internationale Beziehungen 2005, S. 141 ff.

<sup>128</sup> So z.B. Hemingway, *Outsourcing of War: The Role of Contractors on the Battlefield*, Humanitäres Völkerrecht 2/2006, S. 129 ff.; Novak, *Going to War with Defense Contractors: A Case Study Analysis of Battlefield Acquisition*, <https://research.maxwell.af.mil/papers/ay2004/afit/AFIT-GAQ-ENV-04M-08.pdf> (abgerufen am 18.09.2007), S. 23 f.

## VII. Fazit

Auch in der öffentlichen Wahrnehmung hat die Zivilperson inzwischen in Anerkennung der Realitäten ihre »Unschuld« teilweise verloren.<sup>131</sup> Dies ist dem Faktum geschuldet, dass die Zivilperson des humanitären Völkerrechts nicht *stricto sensu* dem allgemeinen Verständnis der »Zivilperson« entspricht. Angesichts einer stetigen Zunahme asymmetrischer Konflikte und der steigenden Partizipation von Gruppierungen, die das humanitäre Völkerrecht nur sehr eingeschränkt beachten, werden auch Forderungen lauter, nur durch eine Anpassung und Liberalisierung des humanitären Völkerrechts ließe sich eine Geringschätzung desselben durch die regulären Streitkräfte verhindern.<sup>132</sup> Übersehen wird dabei, dass das humanitäre Völkerrecht nicht auf Reziprozität, sondern – die Etymologie des Terminus beachtend – auf humanitären Grundsätzen fußt.<sup>133</sup> Eine Ausweitung der Definition einer »unmittelbaren Beteiligung an Feindseligkeiten« kann und darf mithin nicht mit der Nichtbeachtung des humanitären Völkerrechts durch andere bewaffnete Akteure legitimiert werden.

Diese Nichtbeachtung ist ebenso Folge der Praxis, die Befolgung völkerrechtlicher Regelungen nicht konsequent durchzusetzen.<sup>134</sup> Die nunmehr bestehenden völkerrechtlichen Regelungen sind adäquates Produkt eines historischen Bedürfnisses und Erfordernisses. Insbesondere die grundlegende Unterscheidung zwischen Kombattanten und der Zivilbevölkerung bleibt eine Errungenschaft der Aufklärung, die nicht allein aufgrund einer daraus resultierenden etwaigen Schwerfälligkeit der regulären Streitkräfte aufgegeben werden darf. Bloße Mitgliedschaft in einer bewaffneten Gruppierung kann eine unmittelbare Beteiligung an Feindseligkeiten konstituieren, diese Folgerung ist jedoch – wie aufgezeigt – nicht notwendigerweise zwingend. Grundlegend für eine Entzerrung der rechtlichen Asymmetrie in internationalen sowie nicht-internationalen asymmetrischen Konflikten ist die zumindest grundsätzliche Herstellung einer rechtlichen Gleichbehandlung von regulären Streitkräften und anderen bewaffneten Gruppen. Dazu müssten diese bewaffneten Gruppen auch von den Staaten

129 Gasser, Outsourcing of War Efforts – einige Fragen aus der Sicht des humanitären Völkerrechts, Humanitäres Völkerrecht 2/2006, S. 134; McDonald (Fn. 44), S. 7, bezüglich des Kriegsgefangenenstatus jedoch differenzierend, S. 15.

130 Urey, Civilian Contractors on the Battlefield, 2005, <http://handle.dtic.mil/100.2/ADA431808> (abgerufen am 18.09.2007), S. 12.

131 Kniebe, Das Prinzip Zivilist, Süddeutsche Zeitung Magazin, Nr. 33, 18. August 2006, S. 34.

132 Melzer (Fn. 4), S. 49; Schmitt, 'Direct Participation in Hostilities' and 21<sup>st</sup> Century Armed Conflict, in: Fischer et al. (Hrsg.): Krisensicherung und humanitärer Schutz: Festschrift für Dieter Fleck, 2004, S. 509; ähnlich Hoffman (Fn. 56), S. 248 f.; Weiss, Principles, Politics, and Humanitarian Action, Ethics & International Affairs 13 (1999), S. 2.

133 Green (Fn. 23), S. 160; Moir (Fn. 1), S. 109 ff.; krit.: Hoffman, State Practice, the Customary Law of War and Terrorism: Adapting Old Rules to Meet New Threats, Israel Yearbook on Human Rights 34 (2004), S. 248 f.; Mallison, W. Thomas/Mallison, Sally V., The Juridical Status of Privileged Combatants under the Geneva Protocol of 1977 Concerning International Conflicts, Law and Contemporary Problems 42 (1978), S. 31.

134 Bothe, »War Crimes in Non-International Armed Conflicts«, in: Dinstein/Tabory (Hrsg.), War Crimes in International Law, 1996, S. 293 f.; Dahl, The Legal Status of the Opposition Fighter in International Armed Conflict, Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre 2004, S. 146; Fleck (Fn. 44), S. 88 ff.; Zegveld (Fn. 59) S. 93; a.A. Schabas, Punishment of Non-State Actors in Non-International Armed Conflict, Fordham International Law Journal 26 (2002/2003), S. 932 f.; zu rechtlichen Gründen Casese, The Status of Rebels under the 1977 Geneva Protocol on Non-International Armed Conflicts, International and Comparative Law Quarterly 30 (1981), S. 419 f.

anerkannt werden bzw. ihnen gewisse Rechte zugesprochen werden. Die im Zuge der Diplomatischen Konferenz zu den Zusatzprotokollen<sup>135</sup> sichtbare fundamental ablehnende Haltung einiger Staaten zur rechtlichen Anerkennung dieser Gruppierungen hat sich auch mehr als zwanzig Jahre danach nicht geändert.<sup>136</sup>

Ein Umdenken in dieser Frage ist mithin nicht zu erwarten und muss gleichwohl streng angemahnt werden. Die Notwendigkeit einer Entzerrung dieser Asymmetrie darf jedoch nicht bedeuten, dass diese völlig aufgehoben werden soll: Bei der Durchsetzung staatlicher Gewalt in besetzten Gebieten handelt es sich zwangsläufig um asymmetrische Situationen, in denen dem Staat nicht dieselben Mittel zur Verfügung stehen wie im bewaffneten Konflikt.<sup>137</sup> Die bisher vertretene und in der Praxis ausgeführte Position, dass in der Frage eines Schutzverlustes vorschnell vom Bestehen eines Kombattanten-Status ausgegangen wird, in Fragen eines Rechtes derselben Person zur legitimen Beteiligung an den Feindseligkeiten jedoch keinerlei Zugeständnisse gemacht werden, ist nicht haltbar. Eine – völkerrechtlich problematische – Beschneidung des Schutzes von Zivilpersonen vor Angriffen muss ebenso zwingend eine Ausweitung der Rechte derselben nach sich ziehen. Eine zu starke Ausweitung des Begriffes der unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten würde einen Kniefall des Völkerrechts vor vorgeblich neuen Herausforderungen konstituieren, die einzig in der Häufigkeit ihres Auftretens<sup>138</sup> ein Novum darstellen. Ziel muss es mithin sein, möglichst nahe Annäherungen an die Begriffe der »unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten« zu entwickeln, um den in Sekundenbruchteilen auf dem Schlachtfeld getroffenen Entscheidungen eine klare Entscheidungsbasis zugrunde legen zu können. Durch die aufgezeigten Determinanten ist eine klare Eingrenzung möglich. Zu allgemeine Definitionen würden einerseits zwar jegliche Formen der Beteiligung einschließen, könnten jedoch andererseits ein Ausnutzen ermöglichen und würden damit dem Schutzcharakter der Zusatzprotokolle nicht mehr gerecht werden. Die konkrete Ausgestaltung muss weiterhin der Wirklichkeit überlassen werden.

Dabei ist festzuhalten, dass die Aufrechterhaltung des Unterscheidungsprinzips essentiell für die Aufrechterhaltung des Schutzprinzips ist. Entscheidend ist dabei die Einsicht, dass eine zu weite Definition zwar – ohne dass dies verifizierbar sei – zur »Abschreckung« einer unmittelbaren Teilnahme von Zivilpersonen an den Feindseligkeiten führen mag, dies jedoch keine Stärkung des humanitären Völkerrechts begründen kann. Der Kniefall des humanitären Völkerrechts vor real existierenden Gegebenheiten wäre damit vollzogen. Ziel muss jedoch vielmehr eine gegenläufige Entwicklung sein: Die (Wieder-)Angleichung der Realitäten auf dem Schlachtfeld an die Intention der Genfer Konventionen sowie der Zusatzprotokolle. Der Schutz der unbeteiligten Zivilbevölkerung muss oberstes Gebot bleiben.

<sup>135</sup> Bothe/Partsch/Solf-Partsch/Bothe (Fn. 1), S. 606.

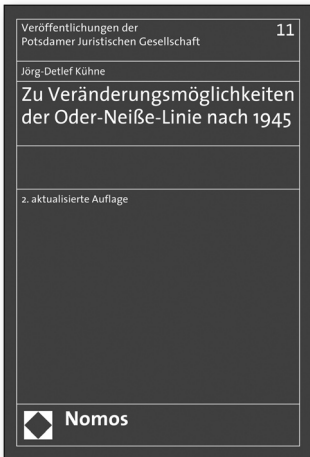
<sup>136</sup> Working Group on Involvement of Children in Armed Conflict, Report on its Second Session, UN Doc. E/CN.4/1996/102, Paras 31 f.; Hoffman, Emerging Combatants, War Crimes and the Future of International Humanitarian Law, Crime, Law & Social Change 34 (2000), S. 107; Mack (Fn. 36), S. 2; Sandoz, Private Security and International Law in: Cilliers/Mason (Hrsg.), Peace, Profit or Plunder? The Privatisation of Security in War-Torn African Societies, 1999, S. 203.

<sup>137</sup> Bothe (Fn. 1), S. 84.

<sup>138</sup> Dinstein, Unlawful Combatancy, Israel Yearbook on Human Rights 32 (2002), S. 270; Pokštefl/Bothe, Bericht über Entwicklungen und Tendenzen des Kriegsrechts seit den Nachkriegskodifikationen, ZaöRV 1975, S. 591; Slim (Fn. 9), S. 499.

### Summary:

*Die Geschichte der Kriege ist auch eine Geschichte der aktiven und passiven Einbeziehung von Zivilpersonen in militärische Auseinandersetzungen. Dem trägt das humanitäre Völkerrecht Rechnung: Für die Dauer der direkten Beteiligung an Feindseligkeiten ist der Schutz vor direkten Angriffen aufgehoben, lebt jedoch ex lege nach Beendigung der Beteiligung sofort von neuem wieder auf. Damit existiert eine Drehtür. Für Mitglieder bewaffneter Gruppierungen, welche in Struktur und Organisation den regulären Streitkräften ebenbürtig sind, bleibt der Schutzverlust indessen für die gesamte Dauer der Mitgliedschaft bestehen. Eine andere Auslegung der Normen würde zu einer übersteigerten und lediglich rechtlichen Asymmetrie zwischen regulären Streitkräften und jenen Gruppierungen führen, die sich in der Realität nicht wiederfindet. Darüber hinausgehend kann eine Ausweitung des Schutzverlustes und damit eine rechtliche Legitimierung von Angriffen auf Zivilpersonen jedoch nicht befürwortet und auch nicht mit vermeintlich »neuen Realitäten« begründet werden: Sinn und Zweck der Zusatzprotokolle ist primär der Schutz der unbeteiligten Zivilbevölkerung. Ziel muss daher eine Wiederangleichung der Realität an die rechtlichen Vorgaben sein, keine antagonistische Entwicklung.*



### Zu Veränderungsmöglichkeiten der Oder-Neiße-Linie nach 1945

Von Prof. Dr. Jörg-Detlef Kühne,  
Leibniz Universität Hannover  
2. aktualisierte Auflage 2008, 45 S.,  
Rückendrahtheftung, 14,- €,  
ISBN 978-3-8329-3124-7  
(Veröffentlichungen der Potsdamer  
Juristischen Gesellschaft, Bd. 11)

Der Autor unternimmt den Versuch, die Vertreibungen aus den ehemaligen deutschen Ostgebieten nicht im Wege einer einseitigen Deklamation

und Forderung, sondern im Rahmen einer partnerschaftlichen Verhandlungsbasis darzustellen.

Das Werk widmet sich dem deutsch-polnischen Ausgleich, der angesichts der gegebenen Nachbarschaft und gerade auch im zusammenwachsenden Europa ungeachtet aller historischer Bitterkeiten alternativlos ist.

Bitte bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung  
oder bei Nomos | Telefon 07221/2104-37 | Fax -43 |  
[www.nomos.de](http://www.nomos.de) | [sabine.horn@nomos.de](mailto:sabine.horn@nomos.de)



# Nomos