

Prof. Dr. Michael Bothe

Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano

Gutachtliche Stellungnahme

zum Schriftsatz der Bundesregierung

1. Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter wegen Verletzung der Vorlagepflicht.....	2
1.1. Umfang der Berechtigung aus Art. 25 GG	2
1.2. Schutz einer subjektiven Rechtsposition	4
2. Die Frage eines möglichen subjektiven Rechts.....	5
2.1. Die zeitliche Dimension bei der Feststellung von völkerrechtlichem Gewohnheitsrecht	6
2.1.1. Internationale Praxis	11
2.1.1.1. EECC	11
2.1.1.2. EECC	12
2.1.1.3. ICC.....	13
2.1.2. Staatenpraxis.....	13
2.1.2.1. Großbritannien	13
2.1.2.2. Italien & Griechenland.....	14
2.1.2.3. Japan	15
2.1.2.4. USA	15
2.1.2.5. Niederlande.....	16
2.1.2.6. Israel	16
2.1.2.7. Zwischenergebnis	17
2.2. Die Schutzrichtung des humanitären Völkerrechts	17
2.2.1. Individualgerichtetheit.....	18
2.2.2. Verwobenheit von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht.....	19
2.2.3. Besatzungsregime kein haftungsrechtliches Aliud	23
2.3. Bildung von Gewohnheitsrecht durch Praxis	24
2.3.1. Internationale Praxis	24
2.3.1.1. ILA und ILC	24
2.3.1.2. EECC	26
2.3.1.3. Darfur-Kommission	27
2.3.1.4. Basic Principles and Guidelines.....	28
2.3.1.5. Zwischenergebnis	30
2.3.2. Staatenpraxis.....	30
2.3.2.1. Großbritannien	31
2.3.2.2. Italien & Griechenland.....	33
2.3.2.3. Japan	35
2.3.2.4. USA	36
2.3.2.5. Niederlande.....	37
2.3.2.6. Israel	38
2.3.2.7. Polen	41
2.3.3. Zwischenergebnis	42
3. Die Frage einer „gesamtschuldnerischen“ Haftung	43
4. Die Rechtmäßigkeit der Aktion.....	49
4.1 Gewaltverbot	49
4.2 Humanitäres Völkerrecht	50
5. Begründung subjektiver Rechte als Frage der Praktikabilität	53

Die folgende gutachterliche Stellungnahme zur Replik der Bundesregierung konzentriert sich auf einige ausgewählte Gesichtspunkte, in denen die Ausführungen der Bundesregierung nicht unwidersprochen bleiben dürfen: insbesondere die Auslegung des Art. 25 GG, die zeitliche Dimension bei der Feststellung von völkerrechtlichem Gewohnheitsrecht, Grundfragen der Entstehung von Individualansprüchen bei Verletzungen des humanitären Völkerrechts, die Bewertung der diesbezüglichen Staatenpraxis sowie die Frage der „gesamtschuldnerischen“ Haftung der Bundesrepublik Deutschland.

1. Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter wegen Verletzung der Vorlagepflicht

Die Bundesregierung behauptet, den Beschwerdeführern (BF) stehe das grundrechtlich verbürgte Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 I 2 GG iVm Art. 100 II GG) deshalb nicht zu, weil (1) der BF – da er kein Bewohner des Bundesgebietes im Sinne von Art. 25 S. 2 GG ist – kein Träger von Rechten iSd Art. 25 GG sei und weil (2) keine materielle Rechtsposition sondern

„lediglich der Schutz einer subjektiven Rechtsposition auf Zugang zum Bundesverfassungsgericht“

S. 26 des Schriftsatzes, im Org. teilweise kursiv

in Rede stehe. Beide Rechtsbehauptungen sind fehlerhaft:

1.1. Umfang der Berechtigung aus Art. 25 GG

Die Bundesregierung kann für ihre Rechtsauffassung, dass der Wortlaut des Art. 100 II GG für das Bestehen der Vorlagepflicht kumulativ voraussetze, dass Zweifel hinsichtlich einer Völkerrechtsregel bestehen und ob diese Regel, ihre Existenz unterstellt, Rechte und Pflichten für den Einzelnen (der in der Lesart der Bundesregierung dann nur ein Bewohner des Bundesgebietes sein kann) keinen einschlägigen Literatur- und Rechtsprechungsnachweis

benennen. Die mit dem Zusatz „vgl. nur“ auf S. 25 des Schriftsatzes der Bundesregierung referierte Kommentarliteratur widmet sich lediglich der Frage, was unter Bewohnern i.S.d. Art. 25 GG zu verstehen ist, Zum Umfang der Vorlagepflicht wird hier nicht Stellung bezogen.

Die Auffassung der Bundesregierung verkennt, dass die hM nicht, wie von der Bundesregierung behauptet, ein kumulatives Vorliegen der beiden Voraussetzungen verlangt, sondern bei Zweifelsfragen über eines der beiden Kriterien eine Vorlage für geboten hält. Konsequenterweise geht das BVerfG in ständiger Rechtsprechung richtig davon aus, dass Vorlagen im Rahmen des Verifikationsverfahrens selbst dann geboten sind, wenn die völkerrechtliche Regel aufgrund ihrer Staatsgerichtetheit nicht geeignet ist, unmittelbare Rechte und Pflichten für den einzelnen zu erzeugen.

BVerfG 64, 1/14

Das „und“ in Art. 100 II GG wird daher vom BVerfG und der ganz herrschenden Meinung als „oder“ verstanden. Eine kumulative Bindung des Individualbezugs an eine staatsgerichtete Völkerrechtsregel ist vom Wortlaut des Art. 100 Abs. 2 nicht beabsichtigt.

Statt aller Maunz/Dürig, Grundgesetz, 56. Ergänzungslieferung 2009, Art 100, Rdn 46.

In jedem Fall ist aber eine Vorlage geboten, wenn eine Völkerrechtsregel gerade in ihrer Individualberechtigung oder -verpflichtung zweifelhaft ist. Das ist hier der Fall. Vorliegend kommt es nicht einmal auf den – akademischen – Streit an, ob Art. 25 Satz 2, 2. Halbsatz lediglich deklaratorischer Charakter beigemessen wird, weil die unmittelbare Berechtigung und Verpflichtung des einzelnen durch die Völkerrechtsregel sich schon aus der Eingliederung in das Bundesrecht ergibt, oder ob eine konstitutive Bedeutung angenommen wird, indem man staatsgerichtete Völkerrechtssätze innerstaatlich dem Individuum zuordnet, sofern dies dem vom Völkerrecht erstrebten Zweck nicht widerspricht. Denn im vorliegenden Rechtsstreit stellt sich die Frage, ob sich bereits dem Völkerrecht eine allgemeine Regel entnehmen lässt, die in Fällen wie dem vorliegenden eine Individualberechtigung vorsieht. Auf Art. 25 S. 2 GG kommt es dann gar nicht an:

„Unproblematisch ist die Erzeugung von individuellen Rechten und Pflichten, wenn bereits die jeweilige *Völkerrechtsregel* selbst auf die Berechtigung oder die Inpflichtnahme des Einzelnen zielt und die völkerrechtliche Regel so schon auf völkerrechtlicher Ebene einen individuellen Adressatenkreis hat. Hier folgt die innerstaatliche Geltung einschließlich der subjektiven Berechtigung oder Verpflichtung bereits aus der Geltungsanordnung des Art. 25 Satz 1 GG.“

Herdegen, M/D, Art. 25, Rn. 48

Die Vorlage ist daher bereits unabhängig von der Inkorporation oder Transformation nach Art. 25 GG geboten, wenn die Frage – wie hier – entscheidungserheblich ausfällt. Darüber hinaus ist zu fragen, ob die von der BF behauptete individualberechtigende Völkergewohnheitsrechtsnorm über die Inkorporation oder Transformation des Art. 25 GG modifiziert und wie sie in das System des nationalen Amtshaftungsrechts eingefügt wird.

Vgl. Dutta, Amtshaftung wegen Völkerrechtsverstößen bei bewaffneten Auslandseinsätzen deutscher Streitkräfte. - In: Archiv des öffentlichen Rechts, 133(2008), 2, S. 191-234

Denn die Normen des Völkerrechts sind ggf. daraufhin zu überprüfen, ob sie unverändert, modifiziert oder ergänzt übernommen werden kann, um sowohl den Zielen des Völkerrechts als auch denen des innerstaatlichen Rechts zu genügen und Kollisionen nationaler und völkerrechtlicher Normen zu vermeiden.

Maunz/Dürig, Grundgesetz, 56. Ergänzungslieferung 2009, Art 100, Rdn 42.

1.2. Schutz einer subjektiven Rechtsposition

Sofern die Bundesregierung behauptet, den BF gehe es lediglich darum, den Schutz einer subjektiven Rechtsposition auf Zugang zum BVerfG zu realisieren, ohne dass mit diesem Verfahrensrecht ein materieller subjektiver Anspruch korrespondiere (S. 26), verkennt sie die materielle Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage im Hinblick auf die Subjektivberechtigung und die Zurechnung im Kontext des Völkerkompensationsrechts, die im vorliegenden Kontext zur Entschädigungspflicht der Bundesregierung führen.

Es ist evident, dass eine solche entscheidungserhebliche Vorlage zulässig und geboten ist. Denn eben dies ist die Funktion des Verifikationsverfahrens: Wenn durch Rechtsprechung, Schrifttum oder Äußerungen anderer Verfassungsorgane eine bedeutsame Streitfrage von entscheidungserheblichem Gewicht entstanden ist, muss verhindert werden, dass sich die Fachgerichte – wie vorliegend der BGH in der angegriffenen Entscheidung – einfach einer bestimmten Meinung anschließen oder eine eigene entwickeln. Ohne eine solche Vorlage liefe der Sinngehalt des Art. 100 II GG leer.

2. Die Frage eines möglichen subjektiven Rechts

Dass sich das Anliegen der BF nicht in der Durchsetzung eines Zugangsrechts zum BVerfG erschöpft, sondern eine entscheidungserhebliche Frage zum Kern hat, die ihren materiellen Kompensationsanspruch betrifft, anerkennt die Bundesregierung denn auch im Fortgang ihrer Argumentation (S. 27 ff.). Denn die in Rede stehende materielle Subjektivierung begründet nicht nur einen eigenen subjektiven völkerrechtlichen Anspruch, sondern wirkt sich auch auf die Auslegung des 839 BGB aus: Der völkerrechtliche Anspruch schlägt sich in der Begründung einer drittschützenden Amtspflicht nieder.

Die Argumentation der Bundesregierung leidet hier allerdings unter einem sehr grundsätzlichen Mangel. Sie greift einzelne Vorgänge auf (Gerichtsentscheidungen, Resolutionen, Verträge u.a.m.), aus denen sich ein kohärentes Gesamtbild der Entwicklung subjektiver Individualrechte ergibt, und versucht, die Irrelevanz der einzelnen Vorgänge nachzuweisen. Durchgängig bemüht sie dabei Umkehrschlüsse, die logisch fehlsam sind (z. B. S. 113). Vorgänge, die die Auffassung der Beschwerdeführer bestätigen, werden zu „singulären Erscheinungen“ herabgestuft oder interpretatorisch ihres Sinns entleert (Grundprinzipien und Leitlinien betreffend das Recht der Opfer von groben Verletzungen der internationalen Menschenrechtsnormen und schweren Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht auf Rechtsschutz und Wiedergutmachung, S. 114 ff.).

Auf drei Dimensionen der Argumentation der Bundesregierung zur Subjektivierung soll im Folgenden ausführlich eingegangen werden. Das betrifft einmal die Frage, ab welchem Datum rechtliche Entscheidungen heranzuziehen sind (2.1.), ferner die Frage der Schutzrichtung des

humanitären Völkerrechts (2.2.) und schließlich (2.3.) die Deutung der Staatenpraxis, bei der die Bundesregierung zahlreiche unzutreffende Differenzierungen (Besatzungsrecht als aliud; keine extritoriale Anwendung der Menschenrechte) entwickelt, die nicht unwidersprochen bleiben dürfen.

2.1. Die zeitliche Dimension bei der Feststellung von völkerrechtlichem Gewohnheitsrecht

Zentrale Argumentationsstränge der Bundesregierung sind rückwärtsgerichtet. So wird behauptet, dass Entscheidungen, die nach dem inkriminierten Akt – Bombardierung der Brücke von Varvarin im Mai 1999 ergangen seien – außer Acht gelassen werden müssten (S. 38-40). Wenn es bis 1999 Entscheidungen gebe, die eine Individualberechtigung annehmen, befänden diese sich im Widerspruch zu den völkervertraglichen Normen des Art. 3 Haager Abkommen und Art. 91 ZP I zu den Genfer Abkommen (S. 49-54).

Selbst wenn die Argumentation der Bundesregierung zur Genese der beiden Schadensersatzvorschriften zutreffend sein sollte, gewichtet die Bundesregierung das Verhältnis von Völkergewohnheitsrecht und historischer Auslegung falsch. Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge muss anhand der Auslegungsregeln, die in der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK)

BGBI. 1985 II S. 927.

niedergelegt worden sind, erfolgen. Nach deren Art. 31 I ist ein Vertrag nach Treu und Glauben und im Lichte seines Zieles und Zweckes zu interpretieren. Der historischen Auslegung kommt gem. Art. 32 WVK allenfalls subsidiäre Bedeutung zu. Bei der Auslegung sind in einem dynamischen Rechtssystem wie dem Völkerrecht Begriffswandlungen, die sich im Laufe der Zeit ergeben, ebenso wie Änderungen der völkerrechtlichen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen.

Dahm / Delbrück / Wolfrum, Völkerrecht, Band I/3, S. 649; Stein / Stein / von Buttlar, Völkerrecht, Rn. 83; Brownlie, Principles of Public International Law, S. 604; W.

Heintschel von Heinegg in Ipsen, Völkerrecht, § 11, Rn. 21; Frowein / Peukert, EMRK-Kommentar, Einführung, Rn. 10f.

Der EGMR

EGMR, Urt. v. 25. 04. 1978, *Tyler v. United Kingdom*, Series A 26 (1978), S. 15, § 31; zustimmend Bernhardt, in: *GYIL* Vol. 42 (1999), S. 11 (16); ebenso ("in the light of current circumstances") EGMR, Urt. v. 24. 1. 1986, *Rees v. United Kingdom*, Series A 106 (1986), S. 19, § 47; Urt. v. 24. 10. 1979, *Winterwerp*, Series A 33 (1980), S. 16, Rn. 37; EGMR, Urt. v. 25. 4. 1978, *Tyler v. United Kingdom*, Series A, Vol. 26 (1978), S. 16, § 32 f.; Urt. v. 13. 6. 1979, *Marckx v. Belgium*, Series A 31 (1979), § 41; Urt. v. 30.1. 1989, *Dudgeon v. United Kingdom*, Series A 45 (1981), S. 24, Rn. 60; EGMR, Urt. v. 12.12. 2001, *Banković and Others v. Belgium and Others*, Reports 2001-XII, S. 333, § 57; ebenso Urt. v. 21.11. 2001, *Al-Adsani v. United Kingdom*, Reports 2001-XI, S. 79, § 55.

und der IGH

Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, ICJ Reports 1997, S. 3 (111); *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*, ICJ Reports 1971, 4 (19); ähnlich bereits in *Right of Passage over Indian Territory (Preliminary Objections)*, ICJ Reports 1957, S. 142: "It is a rule of interpretation that a text (...) must, in principle, be interpreted (...) in accordance with existing law and not in violation of it".

betonen die besondere Bedeutung dieses Grundsatzes.

Konsequenterweise versteht denn auch das BVerfG das Völkerrecht nicht als statisches Regelsystem, sondern betont seine Prozesshaftigkeit. Im Nichtannahmebeschluss vom 15. Februar 2006 hat das Gericht festgehalten, dass im Hinblick auf sekundärrechtliche Schadensersatzansprüche von Individuen eines Staates gegenüber fremden Staatsangehörigen

„eventuelle Rechtsentwicklungen oder veränderte Rechtsanschauungen auf verfassungs- und völkerrechtlicher Ebene für die Beurteilung von Geschehnissen des Jahres 1944 ohnehin außer Betracht zu bleiben (haben),“

BVerfG, 2 BvR 1476/03 vom 15.2.2006, NJW 2006, S. 2542 ff. (2543).

sofern sie nach dem Zeitpunkt des inkriminierten Verhaltens liegen. Solche Änderungen sind aber auch nicht ausgeschlossen.

Anders als die Bundesregierung es darzustellen versucht, ergibt sich aus diesem Beschluss des BVerfG nicht, dass das BVerfG die Vorlagefrage bereits 2006 entschieden hat, indem das Gericht festgehalten hat, dass sekundärrechtliche Schadensersatzansprüche „grundsätzlich nach wie vor“ nur dem Heimatstaat zustünden. Diese Formulierung zielt ersichtlich auf den konkret zur Entscheidung vorgelegten Fall, der die Anspruchsdurchsetzung im Hinblick auf Rechtsverletzungen in Distomo zum Zeitpunkt des Zweiten Weltkrieges betraf. Zu einer Anspruchsdurchsetzung in Bezug auf später entstandene Ansprüche äußert sich der Beschluss entgegen der Auffassung der Bundesregierung (S. 40) nicht negativ, auch nicht im Wege eines obiter dictums. Selbst wenn es so wäre, so zeigt doch die Einschränkung „grundsätzlich“ – die die Bundesregierung in ihrem Zitat auf S. 40 des Schriftsatzes unterschlägt – an, dass die Aussage des BVerfG nicht generell und ausnahmslos gilt. Insofern stellt sich im vorliegenden Fall die bislang nicht durch das BVerfG entschiedene Frage, wie sich die Anspruchsdurchsetzung gestaltet, wenn Ansprüche betroffen sind, die nach 1945 entstanden sind.

So stellt das BVerfG fest, dass „grundsätzlich auf die Rechtsvorschriften abzustellen [ist], die im Zeitpunkt der haftungsbegründenden Tatsachen in Kraft waren“.

BVerfG, 2 BvR 1476/03 vom 15.2.2006, NJW 2006, S. 2542 ff. (2543).

Die Frage der Rechtsdurchsetzung betrifft nicht die „Haftungsbegründung“ und auch nicht die „Beurteilung von Geschehnissen des Jahres 1944“. Für die Durchsetzung in einem Zeitpunkt X für die zu einem Zeitpunkt Y entstandenen Ansprüche ist anhand der Grundsätze der Intertemporalität,

Zum intertemporalen Völkerrecht: Krause-Ablass, Intertemporales Völkerrecht, 1970; Elias, The Doctrine of intertemporal Law, AJIL 74 (1980), 285 ff.; Higgins, Some Observations on the inter-temporal Rule in International Law, in: Makarczyk (Hrg.), Theory of international law at the threshold of the 21st century, 1996, 173 ff.; Grodecki, Intertemporal conflict of laws, 1976.

wie sie das Völkerrecht hervorgebracht hat, zu differenzieren:

1. Die Haftungsbegründung und die Beurteilung des Geschehnisses muss der Rechtslage zum Zeitpunkt Y entsprechen.
2. Die Durchsetzung dieses zum Zeitpunkt Y entsandenen Anspruchs muss der (regelmäßig späteren) Rechtslage im Zeitpunkt X entsprechen.

Für die Frage, ob Individuen ein Sekundäranspruch zusteht, muss nach der Rechtslage im Zeitpunkt Y bemessen werden. Ob und unter welchen Bedingungen Individuen diesen Anspruch durchsetzen können, ist nach der Rechtslage im jeweiligen Durchsetzungszeitpunkt X zu beurteilen. Dementsprechend wendet auch das Bundesverfassungsgericht bei der Staatenimmunität nicht den Rechtszustand zum Zeitpunkt des inkriminierten Geschehens (Zeitpunkt Y) an, sondern stets das Recht zu dem Zeitpunkt, zu dem sich die Frage der Immunität stellt (Zeitpunkt X). Im Nichtannahmebeschluss vom 15.12.2008 benennt das Bundesverfassungsgericht den Zeitpunkt, dem der geltend gemachte Anspruch zugrunde lag, erst gar nicht.

BVerfG, 2 BvR 2495/08 vom 15.12.2008.

Und in der Rechtsprechung hinsichtlich des Umfang der Immunitätsrechte der Republik Argentinien im Zusammenhang mit Vollstreckungsmaßnahmen wegen der Nichtbedienung von im Jahr 1996

Siehe die Entscheidung des OLG Frankfurt v. 14.03.2003, Az. 2-21 O 294/02.

ausgegebenen Staatsanleihen, misst das BVerfG einen etwaigen Immunitätsverstoß nicht an der Rechtslage, wie sie im Zeitpunkt der Vereinbarung des Immunitätsverzichts bestanden hat, sondern bezieht explizit auch Entscheidungen in die Betrachtung ein, die nach 1996 ergangen

sind. Diese Vorgehensweise, die Völkerrechtmäßigkeit von Rechtsdurchsetzungsfragen am Zeitpunkt der Anspruchsdurchsetzung und nicht der Anspruchsbegründung zu ermitteln, entspricht auch der Rechtssprechung des IGH, der beispielsweise im Haftbefehlsfall den Rechtsrahmen der Immunität für amtierende Außenminister und Staatsoberhäupter fixiert hat, ohne dabei für die Anwendung des Rechtsrahmens zu differenzieren, ob das jeweilige Delikt vor oder nach einem bestimmten rechtshistorischen Zeitpunkt gelegen hat.

ICJ, Urt. v. 14. Februar 2002, Arrest warrant-Fall (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), ICJ Rep. 2002

Die Bundesregierung argumentiert unzutreffend und verkennt die Dynamik des Völkerrechts, wenn verlangt wird,

S. 50 ff. des Schriftsatzes.

dass bspw. Art. 3 des Haager Abkommens und Art. 91 ZP I eine explizite Individualberechtigung benennen müssten, wenn das Individuum als möglicher Begünstigter der Norm betrachtet werden sollte. Dass der Staat in der Person seiner Staatsangehörigen selbst als Verletzter gilt und damit zum Anspruchsberechtigten eines Sekundäranspruchs aus eigenem Recht wird, ist eine Fiktion, die nicht zur Exklusivität des staatlichen Anspruchs führt, sondern eine Anspruchsverdopplung zur Folge hat: Der mediatisierte Anspruch ist ein doppelter Rechtsanspruch: Er steht dem Staat und dem Individuum gleichermaßen zu.

Statt aller G. Ress, *La pratique allemande de la protection diplomatique*, in: Flauss (Hrg.), *La protection diplomatique*, 2003, 131 f.

Der Entschädigungsanspruch aus humanitärem Völkerrecht folgt dieser Logik der Anspruchsverdopplung. An keiner Stelle wird eine Exklusivität der Zwischenstaatlichkeit begründet. Die Bundesregierung verkennt diese Grundsätze der Anspruchsmediatisierung und verwischt Anspruchsbegründung und –durchsetzung. Ob Individuen ihren Kompensationsanspruch persönlich durchsetzen können, oder ob dafür ausschließlich der mediatisierte Weg offen steht, ist keine Frage des konkreten Anspruchs, sondern der Durchsetzungsbefugnis. Selbst wenn die ursprüngliche Konzeption des Völkerkompensationsrechts den Weg der Mediatisierung von Individualansprüchen

beschritten haben sollte, betrifft dies die Frage der Rechtsdurchsetzung, nicht der Rechtsentstehung.

Aber selbst wenn man das anders sieht und deshalb der Auffassung ist, dass Entwicklungen der Staatenpraxis nach 1999 außer Acht zu bleiben haben, kann dies nicht für solche Entscheidungen gelten, die, auch wenn sie nach 1999 ergangen sind, explizite oder implizite Aussagen treffen, die sich auf die Rechtslage vor 1999 beziehen.

so auch Schriftsatz der Bundesregierung, S. 39.

Denn solche Entscheidungen und andere Äußerungen sind Praxis, die sich auf die Zeit vor 1999 bezieht. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, handelt es sich bei der von der BF angeführten Praxis fast ausschließlich um solche, für die letzteres zutrifft.

2.1.1. Internationale Praxis

Die Bundesregierung weist im Hinblick auf die EECC (S. 81), die Darfur-Kommission (S. 84) und das ICC-Statut (S. 88) darauf hin, dass diese drei Verfahren, die alle drei das Bestehen sekundärrechtlicher Individualansprüche belegen, aus zeitlichen Gründen nicht zu berücksichtigen seien, da die Schaffung des EECC erst im Jahr 2000 erfolgt sei (S. 81), die Darfur-Kommission ihren Bericht erst 2005 vorgelegt habe (S. 84) und das Statut des ICC 1999 noch nicht in Kraft getreten war (S. 88). Alle drei Versuche, eine für die Bundesregierung ungünstige Quellenlage aus formellen Gründen einzuschränken, gehen fehl:

2.1.1.1. EECC

Dass Entscheidungen der EECC keine Berücksichtigung finden können, weil die Kommission erst im Jahr 2000 etabliert wurde, verkennt, dass die Individualansprüche, über die die Kommission judiziert, aus Geschehnissen resultieren, die ihren Entstehungszeitpunkt nach Ausbruch der Feindseligkeiten zwischen Äthiopien und Eritrea im Jahr 1998 haben. Das liegt zeitlich vor dem Angriff auf die Brücke von Varvarin.

2.1.1.2. EECC

Hinsichtlich der Darfur-Kommission verschweigt die Bundesregierung, dass die Begründung der Kommission zahlreiche implizite Hinweise auf den Rechtszustand vor 1999 enthält, die eine Nichtberücksichtigung des Berichts selbst nach der restriktiven Lesart der Bundesregierung in deshalb nicht rechtfertigen, weil der Bericht implizit auch Aussagen zum Rechtszustand des Jahres 1999 trifft. So hält die Kommission für die Rechtsentwicklung seit 1945 fest:

„The emergence of human rights doctrines in the international community and the proclamation of human rights at the universal and national level since the adoption of the United Nations Charter in 1945 had a significant impact on this area as well. In particular, the right to an effective remedy for any serious violation of human rights has been enshrined in many international treaties. Furthermore, the United Nations Declaration on Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, adopted by the General Assembly in 1985, provides that States should develop and make readily available appropriate rights and remedies for victims.”

International Commission of Inquiry on Darfur, Report to the United Nations Secretary-General pursuant to Security Council Resolution 1564, 25. Januar 2005, Ziff. 593, abrufbar (23.06.2010) unter http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf, Ziff. 595.

Den maßgeblichen Zeitpunkt für die Rechtsentwicklung im Bereich der individueller Sekundäransprüche verortet die Kommission daher zwischen 1945 und 1985. All dies führe dazu, dass

“customary international law not only provides for the criminal liability of the individuals who have committed that breach, but also imposes an obligation on States of which the perpetrators are nationals, or for which they acted as *de jure* or *de facto* organs, to make reparation (including compensation) for the damage made.”

Ibid., Ziff. 598.

2.1.1.3. ICC

Auch im Hinblick auf den ICC ist die Argumentation der Bundesregierung irreführend, denn zum Zeitpunkt des Bombardements der Brücke von Varvarin war das Römische Statut längst beschlossen. Die opferschützenden Kompensationsnormen drückten bereits zu diesem Zeitpunkt Völkergewohnheitsrecht aus und finden in sofern auch in den Verfahrensregeln des Jugoslawien- und des Ruandatribunals ihre Parallele. Die Verfahrens- und Beweisregeln beider Tribunale verweisen in Art. 106 auf die Möglichkeit von Schadensersatzklagen, was die Möglichkeit einschließt, dass solche Kompensationsansprüche vor dem Hintergrund der Feststellungen der Tribunale auch im staatshaftungsrechtlichen Wege geltend gemacht werden.

2.1.2. Staatenpraxis

Auch hinsichtlich der Staatenpraxis, die die Auffassung der Individualberechtigung stützt, bezieht sich die Rechtsargumentation des BF – selbst wenn man die restriktive Lesart der Bundesregierung akzeptiert, dass Rechtsentwicklungen auch hinsichtlich der Durchsetzung, die nach 1999 stattfanden, außer Acht zu bleiben haben – ausschließlich auf Entscheidungen, die vorliegend Berücksichtigung zu finden haben.

2.1.2.1. Großbritannien

Der britischen Entscheidung im Fall *Bici/Bici v. Ministry of Defense*

Bici & Bici v. Ministry of Defense, 2004 EWHC 786(QB), Rdn. 113.

liegt ein Sachverhalt aus dem Juli 1999 zugrunde, also einem Monat nach dem Bombardement auf die Brücke von Varvarin. Dass die Rechtslage aus zeitlichen Gründen im Juni 1999 eine andere als im Juli 1999 gewesen sein soll, kann die Bundesregierung nicht ernsthaft behaupten.

Zur Frage, ob das Besatzungsrecht ein *aliud* im Hinblick auf die Schadensersatzpflicht darstellt, wie die Bundesregierung behauptet (S. 101), sogleich unter 2.2.

2.1.2.2. Italien & Griechenland

Alle im Hinblick auf Italien und Griechenland genannten Entscheidungen beziehen sich auf Sachverhalte zur Zeit des zweiten Weltkrieges. Das betrifft das italienische Ferrini-Verfahren, in dem der *Corte Suprema di Cassazione* Individualansprüche aus Völkerrecht herleitete.

Corte Suprema di Cassazione, 11.03.2004, Ferrini, abgedruckt in: *Rivista di diritto internazionale* 87 (2004), S. 540 ff.

Das betrifft aber auch die Entscheidungen der griechischen Gerichte, die anlässlich des Distomo-Massakers ergangen sind und die die Rechtsauffassung des BF belegen, dass es Individualansprüche aus Völkergewohnheitsrecht gibt.

Anotato Eidiko Dikastirio, Dissenting Opinion, Bundesrepublik Deutschland ./.
Miltiadis Margellos, 17. September 2002; in: M. Panezi, *Sovereign Immunity and Violation of Ius Cogens Norms*, RHDI 56 (2003), S. 199 ff. (207, lit. d); Polymeles Protodikeio Leivadias 137/1997, S. 16

Seit Erhebung der Verfassungsbeschwerde sind weitere Entscheidungen in Italien hinzugekommen, was zum Verfahren vor dem IGH geführt hat.

IGH, Case concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), Verfahrensstand und Dokumente sind abrufbar unter www.icj-cij.org; zum Verfahren Knabe, *Pending ICJ Case questions scope of Foreign Sovereign Immunity Defense*, 25 No. 4 *International Enforcement Law Report* (2009), 162 ff.; Bettauer, *Germany sues Italy at the International Court of Justice on Foreign Sovereign Immunity – Legal Underpinnings and Implications for U.S. Law*, 13 *ASIL Insight* vom 19.11.2009, <http://www.asil.org/files/insight091119pdf.pdf> (letzter Aufruf 27.06.2010); Fischer-Lescano/Gericke, *Der IGH und das transnationale Recht*, KJ 2010, 82 ff.

Auch diese Verfahren haben Sachverhalte zum Gegenstand, die vor 1999 liegen. Sie betreffen vor allem:

- das Verfahren Max Milde - Corte Suprema di Cassazione , sez. I penale , Urteil vom 21.10.2008, Az. 1072 (Abdruck in 92 Rivista di diritto internazionale (2009) 618 ff.; hierzu: Annalisa Ciampi, The Civitella Case. The Italian Court of Cassation Asserts Civil Jurisdiction over Germany in a Criminal Case Relating to the Second World War, Journal of International Criminal Justice 2009, 587 ff.)
- das Verfahren wegen der Kostenvollstreckung hinsichtlich der griechischen Distomoverfahren (Vollstreckungsmaßnahmen die Villa Vigoni betreffend) – Corte Suprema di Cassazione (Italienischer Kassationshof Rom), Urteil vom 29. 5. 2008 - Nr. 14199 (Dístomo) – auszugsweise abgedruckt in NVwZ 2008, 1100 f.
- das Verfahren wegen der italienischen Militärinternierten - Corte Suprema di Cassazione (Italienischer Kassationshof Rom), Beschluss vom 29. 5. 2008, Mantellini – auszugsweise abgedruckt in NVwZ 2008, 1101 f.; hierzu Focarelli, Federal Republic of Germany v. Giovanni Mantelli and others. Order No 14201, 103 American Journal of International Law (2009), 122 ff.

2.1.2.3. Japan

Auch die japanischen Fälle beziehen sich allesamt auf Zeiträume des Zweiten Weltkrieges, auch hier scheidet eine Unbeachtlichkeit in zeitlicher Hinsicht aus. Das gilt für alle drei Opfergruppen, also: (1) die Opfer der biologischen Kriegsführung, (2) die Zwangsarbeiter und (3) die sog. „*Comfort Women*“.

2.1.2.4. USA

Die US-amerikanische Praxis ist insbesondere da relevant, wo die US-Gerichte Individualansprüche aufgrund von Geschehnissen des Zweiten Weltkrieges zusprechen, die letztlich zur Errichtung der öffentlich-rechtlichen Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“ durch das Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und

Zukunft“ trat am 2. August 2000 (BGBl I S. 1263) in Kraft und wurde durch die Gesetze vom 4. August 2001 (BGBl I S. 2036) und vom 21. August 2002 (BGBl I S. 3347) geführt haben.

Gesetz vom 2.8.2000, in Kraft getreten am 12.8.2000 (BGBl. 2000 I, 1263), geändert durch das Gesetz vom 4.8.2001, in Kraft getreten am 11.8.2001 (BGBl. 2001 I, 2036) sowie durch das Gesetz vom 21.8.2002, in Kraft getreten am 28.8.2002 (BGBl. 2002 I, 3347).

Auch neuere, seit 2006 entschiedene Fälle, die im vorliegenden Kontext relevant sind, wie *Brewer v. Islamic Republic of Iran*, 08- 0543, U.S. District Court, District of Columbia (Washington) und *Ben-Rafael v. Islamic Republic of Iran*, 540 F.Supp.2d 39 (D.D.C. 2008) betreffen Sachverhalte, die jeweils vor dem Bombardement auf die Brücke von Varvarin liegen. Einmal geht es um Ansprüche anlässlich eines Anschlages auf das US-Botschaftsgebäude in Ost-Beirut (*Brewer ./. Islamic Republic of Iran*) 1984, zum anderen um den Anschlag gegen die Israelische Botschaft in Argentinien 1992 (*Ben-Rafael v. Islamic Republic of Iran*).

2.1.2.5. Niederlande

Die zitierten Fälle, die Vorfälle um Srebrenica betreffen, beziehen sich auf einen Zeitraum Jahre vor dem Bombardement der Brücke von Varvarin. Die Klage betraf die niederländische Beteiligung am UN-Einsatz in Jugoslawien und zielte auf Kompensationszahlungen für erlittene Schäden.

2.1.2.6. Israel

Die Entscheidung des Supreme Courts bezieht sich explizit auf die völkervertraglichen Normen des Haager Abkommens und des ZP I, sie macht also implizit eine Aussage zur Rechtslage vor 1999, indem das Gericht festhält:

„In appropriate cases it is appropriate to pay compensation as a result of harm caused to an innocent civilian (see CASSESE, at pp. 419, 423, and §3 of *The Hague Regulations*; §91 of *The First Protocol*).”

Supreme Court Sitting as the High Court of Justice, Israel, The Public Committee against Torture in Israel et al. v. Government of Israel et al., HCJ 769/02, 11.12.2006, Rdn. 40, abrufbar unter (27.07.2010)

http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/a34/02007690.a34.pdf

2.1.2.7. Zwischenergebnis

Die von den BF benannten Entscheidungen sind, anders als die Bundesregierung meint, zeitlich einschlägig. Sie betreffen alle den Rechtsstand des Jahres 1999 zum Zeitpunkt der Zerstörung der Brücke und der Verursachung von Rechtsverletzungen der Zivilbevölkerung, oder die Zeit davor.

2.2. Die Schutzrichtung des humanitären Völkerrechts

Der Schriftsatz der Bundesregierung verkennt insgesamt, dass sich die Entstehung von Individualansprüchen bei Verletzungen des humanitären Völkerrechts, die die neuere Rechtentwicklung kennzeichnet, aus einem Gesamtbild der Staatenpraxis ergibt, also nur gesamthaft erfasst werden kann. Die Konzentration der Bundesregierung auf einzelne Vorgänge (unabhängig davon, dass deren Bewertung durch die Bundesregierung im Einzelnen widersprochen wird) verfälscht dieses Gesamtbild. Es ist Aufgabe der rechtsanwendenden Gerichte, insbesondere auch des Bundesverfassungsgerichts bei Entscheidungen nach Art. 100 II GG, aus einem solchen im Fluss befindlichen Gesamtbild die Momentaufnahme zur Feststellung des in dem entscheidungserheblichen Zeitpunkt geltenden Rechts zu fixieren. Dieser Aufgabe hat sich das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen zum Völkerrecht immer wieder gestellt, etwa in seinen Entscheidungen zu der seinerzeit noch umstrittenen Verneinung der Staatenimmunität bei Akten iure gestionis.

siehe bspw. BVerfG, 2 BvM 9/03 vom 6.12.2006

Unter Berücksichtigung dieses Gesamtzusammenhangs sind einzelne Argumente der Bundesregierung zu überprüfen.

2.2.1. Individualgerichtetheit

Die Bundesregierung beruft sich mehrfach auf die angebliche Staatsgerichtetheit der Art. 3 der Haager Konvention von 1907 sowie des Art. 91 ZP I. Dass eine gemeinsame Absicht der Vertragsparteien von 1907, ihr Bestehen unterstellt, die Entwicklung von neuem Gewohnheitsrecht für das Jahr 1999 ausschließen kann, ist fern liegend. Zeitnäher ist die Verhandlung des Art. 91 ZP I. Jedoch kann diese Bestimmung, was immer ihre genaue Bedeutung, nicht dahin ausgelegt werden, dass sie die Begründung von Gewohnheitsrecht, auf die sich die BF berufen, ausschließen sollte. In dem konflikthaften Zusammenhang der Verhandlungen des ZP I 1974-1977 (Ost-West-Konflikt, Vietnam, antikoloniale Befreiungskriege) war es schwierig, überhaupt eine Bestimmung über Schadenersatz einzufügen. Der Kompromiss, den Art. 91 darstellt, war nur möglich, weil die Bestimmung nur einen relativ unstreitigen Teilaspekt des Problems anspricht und darüber hinaus offen ist.

Vgl. K.J. Partsch, in Bothe/Partsch/Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, 1982, S. 547.

Irgendwelche neue Entwicklungen ausschließen zu wollen, kann den Verhandlungsparteien von 1977 wirklich nicht unterstellt werden.

Auch die Entwicklung des internationalen Strafrechts wird von der Bundesregierung in ihrer Bedeutung für das Entstehen individueller Ansprüche von Opfern verkannt.

S. 29 ff. des Schriftsatzes.

Es geht beim internationalen Strafrecht nicht nur um die individuelle Pflichtenstellung des Täters. Seit Beginn der Neuentwicklung des internationalen Strafrechts, im Zusammenhang mit „transitional justice“, in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts war der „fight against impunity“ ihr Leitmotiv, bei dem es nicht so sehr um die Durchsetzung einer objektiven Wertordnung, sondern um die Genugtuung für die Opfer geht. Wegen dieses Opferbezugs hat das internationale Strafrecht eine befriedende Funktion nach innergesellschaftlichen

gewaltsamen Konflikten. Nur deshalb kann die Schaffung von internationalen Strafgerichten durch den Sicherheitsrat als Maßnahme zur Wiederherstellung des Friedens im Sinne des Kap. VII SVN angesehen werden.

Bestätigt (nicht begründet!) wurde diese opferschützende Zielrichtung des internationalen Strafrechts durch die Bestandsaufnahme der Überprüfungskonferenz des Statuts des ICC, 31.5. bis 12.6.2010, auf der Opferrechte und insbesondere die angemessene Opferbeteiligung im Verfahren eine hervorgehobene Rolle spielten.

Vorbereitender Bericht von 18.3.2010, Report of the Bureau on stocktaking: The impact of the Rome Statute system on victims and affected communities, Dokument ICC-ASP/8/49 sowie die Zusammenfassung der Debatten der Überprüfungskonferenz vom 10.6.2010, Impact of the Rome Statute system on victims and affected communities, Draft informal summary by the focal points, Dokument RC/ST/V/1.

Das alles zeigt, dass die Entwicklung des internationalen Strafrechts in der Tat ein wichtiges Element der Entwicklung und Bestätigung von Individualansprüchen der Opfer von Verletzungen des humanitären Völkerrecht ist. Mit der Ausprägung eines Entschädigungsregimes innerhalb des ICC

hierzu ausführlich Dwertmann, The Reparation System of the International Criminal Court: Its Implementation, Possibilities and Limitations, 2009; Ferstmann, The Reparation Regime of the International Criminal Court: Practical Considerations, Leiden Journal of International Law 15 (2002), 667 ff.

hat diese Entwicklung ihren vorläufigen Höhepunkt gefunden.

2.2.2. Verwobenheit von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht

Auch der Versuch der Bundesregierung, das Entstehen subjektiver Individualansprüche auf den Bereich der Menschenrechte (wo er nun wirklich nicht zu bestreiten ist) zu beschränken und aus dem Bereich des humanitären Völkerrechts herauszuhalten, geht fehl. Er wird der Rechtsentwicklung, wie sie sich in der Praxis und in den sie begleitenden rechtlichen Diskursen zeigt, nicht gerecht. In diesen zeigt sich nämlich:

Die Rechtsregime des Menschenrechtsschutzes und des humanitären Völkerrechts sind miteinander verwoben und beeinflussen einander.

Hao Duy Phan, Reparations to Victims of Gross Human Rights Violations: The Case of Cambodia, in *East Asia Law Review* 4 (2009), 277 ff. (278 – 284); Marko Milanović, A Norm Conflict Perspective on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law, *Journal of Conflict and Security Law* 14 (2010), 459 ff. (462 f.); Damira Kamchibekova, State Responsibility for Extraterritorial Human Rights Violations, in *Buffalo Human Rights Law Review* 13 (2007), 87 ff. (104 ff.)

So wirkt das humanitäre Völkerrecht auf Anwendung und Auslegung der Menschenrechte und umgekehrt. Zwar ist es richtig, dass die Rechtsschutzorgane des Menschenrechtsschutzes formell nur über die Anwendung von menschenrechtlichen Normen entscheiden. Das kann aus Gründen ihrer Zuständigkeit nicht anders sein. Dennoch entscheiden sie in der Sache u.U. auch über die Anwendung des humanitären Völkerrechts. Das zeigt sich deutlich in den Tschetschenien-Fällen des EGMR,

M.Ch. Isayeva u.a. gg. Russische Föderation, Rs. 57948/00, Urteil vom 24.2.2005;
Z.A. Isayeva gg. Russische Föderation, Rs 57950/00, Urteil vom 24.2.2005.

bei denen es um das Recht auf Leben im Rahmen von Kampfhandlungen ging. Angewandte und zitierte Norm ist Art. 2 EMRK (Recht auf Leben), aber die Reichweite dieser Garantie wird in der Sache und in der Begrifflichkeit unter Rückgriff auf Rechtsnormen ermittelt, die zum humanitären Völkerrecht gehören (Zivilisten, Kämpfer, militärisches Ziel etc.). Eine Verbindung zwischen dem vertraglichen Menschenrechtsschutz und humanitärem Völkerrecht wird auch durch Art. 15 Abs. 2 EMRK geschaffen, der eine Abweichung vom Recht auf Leben „bei Todesfällen infolge rechtmäßiger Kriegshandlungen“ erlaubt. Hier verweist die EMRK auf humanitäres Völkerrecht. Die Abweichungsmöglichkeit gilt nur, wenn humanitäres Völkerrecht nicht verletzt ist.

In diesem Zusammenhang ist die vom IGH in seinem Atomwaffen-Gutachten

Legality of the Threat and Use of Nuclear Weapons, Gutachten vom 8.7.1996.

und zuletzt in seinem Gutachten zum Bau einer Mauer in dem besetzten palästinensischen Gebiet

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Gutachten vom 9.6. 2004

gebrauchte Formel zu verstehen, dass unter Umständen das humanitäre Völkerrecht *lex specialis* gegenüber dem Recht des Menschenrechtsschutzes sei. Die Bundesregierung beruft sich in ihrer Replik mehrfach auf diese Formel, um ihre These zu begründen, dass die Menschenrechte nicht zu einer Entstehung von Individualrechten im Bereich des humanitären Völkerrechts beitragen. Dieses Verständnis ist jedoch genau das Gegenteil dessen, was der IGH gesagt hat. Der IGH betont gerade das Zusammenwirken der beiden Rechtsregime. In dem Mauer-Gutachten heißt es:

„(T)he Court will have to take into consideration both these branches of internationale law, namely human rights law and, as *lex specialis*, international humanitarian law.”

A.a.O. § 106.

Was damit auf der Ebene der Primärnormen gemeint ist, hatte das Gericht schon in seinem Atomwaffen-Gutachten deutlich gemacht.

A.a.O. § 25.

Nach Art. 6 Abs. 1 IPbPR darf niemand seines Lebens „willkürlich“ beraubt werden. Was „willkürlich“ ist, stellt der IGH unter Bezugnahme auf das anwendbare humanitäre Völkerrecht fest. In diesem Zusammenhang spricht der IGH von *lex specialis*. Das bedeutet in Wahrheit nichts anderes als eine Bestimmung der Grenzen des Menschenrechtsschutzes aus humanitärem Völkerrecht, genau wie das in der Sache der EGMR in den soeben zitierten Tschetschenien-Fällen auch argumentiert hat. Aus der Formel von der *lex specialis* irgendeine Beschränkung der Verschränkung von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht

herleiten zu wollen, verkehrt die Rechtsprechung, die sich dieser Formel bedient, in ihr Gegenteil.

Die Argumentation der Bundesregierung verkennt neben dieser Verschränkung von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht auch, dass auch das humanitäre Völkerrecht selbst subjektivrechtliche Primär- und Sekundäransprüche verleiht, diese Ansprüche also nicht nur aus dem Zusammenwirken mit den Menschenrechten herrühren. So ist der Verweis der Bundesregierung auf die Formulierung des Art. 4 Abs. 1 ZP II

S. 33 des Schriftsatzes der Bundesregierung.

nicht überzeugend. Zwar ist es richtig, dass die Formulierung dort eindeutig subjektivrechtlich ausgerichtet ist. Daraus aber im Umkehrschluss zu schließen, dass dies eine Ausnahme darstellt, ist fehlgehend. Insbesondere im Kontext des hier in Rede stehenden Schutzes der Zivilbevölkerung erwachsen dem humanitären Völkerrecht selbst die maßgeblichen Subjektivierungen. So ist in Art. 51 ZP I nicht alleine die Rede von „civilian population“ sondern auch von „civilians.“ Außerdem ist Art. 51 ZP I klassisch individualrechtlich formuliert: „The civilian population and individual civilians shall enjoy general protection against dangers arising from military operations.“ Alle im Zivilpakt verankerten Menschenrechte besitzen die selbe sprachliche Normstruktur: Die Norm beginnt mit der Benennung der zu schützenden Person – die i.Ü. auch im Plural verwendet wird, nicht notwendigerweise im Singular – („no one“, „all persons deprived of their liberty“, „everyone“), es folgt ein „shall“ und dann die Benennung der verbotenen Handlung des Staates („be subjected to torture“, „be held in slavery“) oder die Benennung der erlaubten Handlung des Einzelnen. Ob eine Handlung verboten wird oder eine Handlung als erlaubt bezeichnet wird, ändert nichts an ihrer rechtlichen Bewertung als subjektives Recht. Da hier die Formulierung des Art. 51 ZP I an die Formulierung des Zivilpaktes angelehnt ist, spricht entgegen der Ansicht der Bundesregierung der Wortlaut nicht nur nicht gegen die Annahme eines subjektiven Rechts des Einzelnen, sondern vielmehr für ein subjektives Recht.

Das gilt umso mehr, da innerhalb von bewaffneten Konflikten die Zivilbevölkerung einen „abzugrenzenden Personenkreis“ darstellt. Das humanitäre Völkerrecht beruht auf der Unterscheidung von Zivilbevölkerung einerseits und Kombattanten (oder, für den nicht-

internationalen bewaffneten Konflikt, „kämpfende Einheiten“) andererseits, wobei zivile Personen zu schützen sind.

Der BGH führte darum in seiner Distomo-Entscheidung richtig aus, dass die Amtspflicht,

„sich nicht in völkerrechtswidriger, kriegsverbrecherischer Art und Weise an fremdem Leben und Eigentum zu vergreifen“,

BGH, NJW 2003, 3488, 3492. Das Wort „kriegsverbrecherisch“ ist hier als eine Klarstellung der Taten, nicht als eine Voraussetzung für das Vorliegen einer Amtspflicht gemeint.

drittbezogen ist.

BGH, NJW 2003, 3488, 3492

Auch dies belegt die Überzeugung, dass Normen des humanitären Völkerrechts subjektiv-rechtlich wirken. Die Bundesregierung verkennt diese subjektivrechtliche Komponente des humanitären Völkerrechts.

2.2.3. Besetzungsregime kein haftungsrechtliches Aliud

In diesem Zusammenhang ist auch das von der Bundesregierung an verschiedenen Stellen gebrauchte Argument zu sehen und zu widerlegen, es mache für die Individualberechtigung einen Unterschied, dass man es vorliegend mit einem Verhalten außerhalb eines Besetzungsregimes zu tun habe. Dies spielt an auf die durchaus streitige Frage, in welchen Fällen überhaupt im Rahmen eines bewaffneten Konfliktes menschenrechtliche Schutzbestimmungen anwendbar sind. Das ist zwar im Rahmen von Besetzungsregimen der Fall, aber nicht allein in solchen Fällen. Das Zusammenwirken von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht geht viel weiter. Die Argumentation der Bundesregierung ist einmal mehr ein unzulässiger Umkehrschluss.

Der ein Territorium besetzende Staat muss alle Regeln des humanitären Völkerrechts einhalten (jedenfalls im ersten Jahr nach dem Ende aller Kampfhandlungen, vgl. Art. 6 Abs. 3

GK IV). Nach dem gemeinsamen Art. 2 Abs. 2 der Genfer Konventionen sind die Genfer Konventionen in “all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party, even if the said occupation meets with no armed resistance” anwendbar – und nicht etwa nur die Art. 47 ff GK IV, die ein spezielles Rechtsregime für besetzte Gebiet vorsehen. Dies gilt nach Art. 1 Abs. 3 ZP I auch für das Zusatzprotokoll. Die Haftungsnorm des Art. 3 Haager Abkommen differenziert in haftungsrechtlicher Hinsicht konsequenterweise auch nicht zwischen Besatzungs- und Nichtbesatzungssituation, denn dies ist hinsichtlich der Individualberechtigung auf Schadensersatz kein rechtlich relevantes Kriterium – und schon gar kein Aliud, wie die Bundesregierung behauptet. Die Haftungsnorm des Art. 3 des Haager Abkommens bezieht sich auf Verletzungen des Haager Abkommens als solches, ohne zu differenzieren, ob diese Verletzungen im Rahmen einer Besatzungssituation entstanden sind oder nicht. Strukturanalog verhält sich die mit Art. 91 ZP I.

2.3. Bildung von Gewohnheitsrecht durch Praxis

Die Bundesregierung verkennt demnach die grundlegenden Subjektivierungsmechanismen. Sie interpretiert darüber hinaus die völkerrechtliche Praxis im Bereich der Individualberechtigung unrichtig bzw. stellt sie falsch dar.

2.3.1. Internationale Praxis

Das gilt einerseits bereits für die internationale Praxis.

2.3.1.1. ILA und ILC

So behauptet die Bundesregierung, dass die Arbeiten der ILA und der ILC die These einer Individualberechtigung nicht zu stützen vermögen.

Im Hinblick auf die ILA ist das schon deshalb fehlgehend, weil Art. 6 des Entwurfs der Arbeitsgruppe zur Opferentschädigung explizit vorsieht:

„Right to Reparation: Victims of armed conflict have a right to full and prompt reparation.“

In der Kommentierung zu dieser Norm hält die Arbeitsgruppe – im übrigen verfasst durch Rainer Hoffmann, den die Bundesregierung wiederholt

siehe die Ausführungen S. 55-56 u. 60-61.

für ihre Auffassung zu vereinnahmen sucht – explizit fest:

“Taken together, the proliferation of State practice shows that modern international law recognizes the entitlement of the individual to reparation for the violation of international law during armed conflict from the beginning of the 1990s onwards”.

ILA, Report zur Konferenz in Rio de Janeiro, 2008, Kommentar zu Art. 6, (2) (m), abrufbar unter (letzter Abruf 27.06.2010): <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/0128BA4F-C0A3-43C0-ADAD76A989965AFF>

Wie bei der ILA so interpretiert die Bundesregierung auch die Texte der ILC falsch, wenn sie behauptet, durch sie würde die These einer Individualberechtigung nicht gestützt (S. 61-68). Das verkennt, dass im Rahmen der Arbeiten zum diplomatischen Schutz die zunehmende Subjektivberechtigung als Tendenz explizit anerkannt wurde

ILC, Draft Articles on Diplomatic Protection, 58. Session der ILC, in: Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10), Kommentar zu Art. 1, S. 25 f.

und dass im Rahmen der Arbeiten der ILC zur Staatenverantwortlichkeit die nicht-mediatisierte Durchsetzung von Kompensationsansprüchen Erwähnung und Bestätigung findet, indem die ILC ausdrücklich festhält, dass dann, wenn das Völkergewohnheitsrecht oder Völkervertragsrecht dies gestattet,

„that entity can invoke the responsibility on its own account and without the intermediation of any State.“

James Crawford (Hrg.), *The International Law Association's Draft Articles on State Responsibility*, 2002, Kommentar zur Kodifikation der Staatenverantwortlichkeit (A/RES/56/83, 12.12.2001), Art. 34, S. 210.

Das bezieht sich unmittelbar auf denkbare Fälle individueller Haftungsansprüche gegen Staaten. Für Kompensationsansprüche von Individuen gegen Staaten betont die ILC darum nicht nur den nicht-exklusiven Charakter der Kodifikation, sondern geht auch davon aus, dass das moderne Völkerrecht Kompensationsansprüche von Individuen gegen Staaten kennt.

James Crawford (Hrg.), *The International Law Association's Draft Articles on State Responsibility*, 2002, Kommentar zur Kodifikation der Staatenverantwortlichkeit (A/RES/56/83, 12.12.2001), Art. 28, S. 192 f.

2.3.1.2. EECC

Die Bundesregierung behauptet, das unstrittig Individualrechte verleihende Regime des EECC sei eine Vereinbarung ex post facto,

Schriftsatz der Bundesregierung, S. 80

die Sekundärrechte erst im nachhinein zuerkennt. Die Vereinbarung selbst sei die Rechtsgrundlage der Ansprüche.

Die Bundesregierung – die hier zugesteht, dass das EECC Individualrechte verhandelt – verkennt die Regelungstechnik im Kontext des Friedensvertrages zwischen Eritrea und Äthiopien vom 12.12.2000. Der Friedensvertrag sieht die Einrichtung einer „Neutral Claims Commission“ (EECC) vor, bei der individuelle Rechtspersonen Schadensersatzansprüche geltend machen können. Art. 5 Ziff. 1 des Vertrages lautet:

„Consistent with the Framework Agreement, in which the parties commit themselves to addressing the negative socio-economic impact of the crisis on the civilian population, including the impact on those persons who have been deported, a neutral Claims Commission shall be established. The mandate of the Commission is to decide through binding arbitration all claims for loss, damage

or injury by one Government against the other, and by nationals (including both natural and juridical persons) of one party against the Government of the other party or entities owned or controlled by the other party that are

- (a) related to the conflict that was the subject of the Framework Agreement, the Modalities for its Implementation and the Cessation of Hostilities Agreement, and
- (b) result from violations of international humanitarian law, including the 1949 Geneva Conventions, or other violations of international law.

The Commission shall not hear claims arising from the cost of military operations, preparing for military operations, or the use of force, except to the extent that such claims involve violations of international humanitarian law.”

Die Formulierung ist ganz deutlich darin, dass sie nicht rechtskonstituierend ist. Es werden keinerlei Anspruchsvoraussetzungen benannt, die Ansprüche werden regelungstechnisch gerade vorausgesetzt. Der Vertrag stellt lediglich (und das dann in der Tat ex post facto) ein Verfahren zur Realisierung von aus völkergewohnheitsrechtlichen Gründen bestehenden Individualansprüchen bereit.

2.3.1.3. Darfur-Kommission

Auch die Ergebnisse der Darfur-Kommission deutet die Bundesregierung falsch. Die International Commission of Inquiry on Darfur macht deutlich, dass es sich bei Kompensationsansprüchen um Ansprüche handelt, die die Individuen selbst innehaben, subjektivierte Restitutionsrechte also:

„Serious violations of international humanitarian law and human rights law can entail not only the individual criminal liability of the perpetrator but also the international responsibility of the State (or state-like entity) on whose behalf the perpetrator was acting. This international responsibility involves that the State (or the state-like entity) must pay compensation to the victim.”

International Commission of Inquiry on Darfur, Report to the United Nations Secretary-General pursuant to Security Council Resolution 1564, 25. Januar

2005, Ziff. 593, abrufbar (28.06.2010) unter
http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf

Die Bundesregierung behauptet, die Nutzung der Worte “serious violations” beschränke die Haftung auf Fälle von Kriegsverbrechen

S. 83 des Schriftsatzes der Bundesregierung.

Das ist unrichtig. Die Bundesregierung verwechselt insofern die „serious violations“ mit den „grave breaches“ der Genfer Konventionen, die Pönalisierungspflichten nach sich ziehen. Die „serious violations“, die im Kontext des Völkerkompensationsrechtes auch von den „Grundprinzipien und Leitlinien betreffend das Recht der Opfer von groben Verletzungen der internationalen Menschenrechtsnormen und schweren Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht auf Rechtsschutz und Wiedergutmachung“

hierzu sogleich

in Bezug genommen werden, sind gerade nicht identisch mit Kriegsverbrechen. In der Diktion der Arbeitsgruppe der ILA:

„The acts or omissions having caused injury or loss must constitute serious violations of international humanitarian law and/or gross violations of international human rights law to be applied in the situation of armed conflict. The violations of international humanitarian law in the present Article are to have the nature of certain seriousness. However, those violations do not necessarily constitute crimes under international law, of which perpetrators are individually responsible and liable for punishment.”

ILA, Report zur Konferenz in Rio de Janeiro, 2008, Kommentar zu Art. 2, (5), abrufbar unter (letzter Abruf 27.06.2010): <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/0128BA4F-C0A3-43C0-ADAD76A989965AFF>

2.3.1.4. Basic Principles and Guidelines

Die Bundesregierung meint ferner fälschlich, dass sich aus den Grundprinzipien und Leitlinien betreffend das Recht der Opfer von groben Verletzungen der internationalen Menschenrechtsnormen und schweren Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht auf Rechtsschutz und Wiedergutmachung (im folgenden „Grundprinzipien und Leitlinien“)

UN GA, 21. März 2006, A/RES/60/147, Präambel.

nichts im Hinblick auf das Völkergewohnheitsrecht bzgl. individueller Entschädigungsansprüche herleiten ließe und dass, wer Gegenteiliges behauptet, die Grenze zwischen geltendem Recht und bloßer Empfehlung verkenne (S. 118).

Zwar ist es richtig, dass weder die Beschlüsse der Menschenrechtskommission (jetzt Menschenrechtsrat) noch die der Generalversammlung als solche verbindlich sind. Es ist jedoch im Grundsatz heute unbestritten, dass solche Beschlüsse als Nachweis von Gewohnheitsrecht Bedeutung haben können. Diese Nachzeichnungs- und Klarstellungsfunktion insbesondere von Resolutionen der Generalversammlung ist gänzlich unbestritten. Wichtigster Ausdruck ist die Resolution der Generalversammlung zu den Allgemeinen Menschenrechten. Auch die „Grundprinzipien und Leitlinien“ verkörpern völkergewohnheitsrechtliche Normen. Das gilt insbesondere auch für die Passagen zu den völkerrechtlichen Vorgaben für individuelle Schadenersatzansprüche.

Die Bundesregierung stellt sich mit ihrer These gegen die Völkerrechtspraxis, die sich bereits mehrfach auf die „Grundprinzipien und Leitlinien“ als geltendes Recht bezogen hat, eben aufgrund der genannten Bedeutung. So hat der Inter-Amerikanische Gerichtshof für Menschenrechte bspw. im Fall *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*

IAGMR, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, 22.02.2002, Ser. C, No. 91 (2002). In Rdn. 76 zitiert das Gericht: „United Nations, Human Rights Committee, Subcommittee on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 45th Session, Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Final report submitted by Theo van Boven, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/1993/8.“

aber auch im Fall *Castillo Paez* – hier bereits 1998 – die „Grundprinzipien und Leitlinien“ in Bezug genommen.

IAGMR, Pastillo Paez, Series C 43 (1998): 7 IHRR (2000), Ziff. 307.

In der Völkerrechtslehre werden gerade die Passagen zur Entschädigung, die zwischen Verletzungen des Völkerrechts und des humanitären Völkerrechts nicht differenzieren und individuelle Rechte als Rechte (und nicht als Empfehlungen) vorsehen, als „basic rights of redress“ und als verbindliche Völkergewohnheitsrecht zum Ausdruck bringende Handlungsanweisung verstanden.

M. Cherif Bassiouni, International Recognition of Victims' Rights, Human Rights Law Review 6 (2006), 203 ff. (265 ff.).

Schließlich ist, entgegen der Auffassung der Bundesregierung,

S. 117 des Schriftsatzes

auch aus dem in den Basic Principles and Guidelines enthaltenen Verweis auf nationales Recht („in accordance with its domestic laws“) nicht der Schluss zu ziehen, dass individuelle Schadensersatzansprüche dem Ermessen jedes Staates überlassen sind und deswegen nicht schon nach Völkerrecht bestehen. Solche, in der Vertragspraxis durchaus übliche Vorbehaltsklauseln sind keine Selbstzerstörungsmechanismen für völkerrechtliche Verpflichtungen. Sie ändern nichts an einer bestimmten völkerrechtlichen Verpflichtung, sie besagen vielmehr, dass der Staat verpflichtet ist, diese durch die notwendigen nationalen gesetzlichen Maßnahmen im innerstaatlichen Recht umzusetzen.

2.3.1.5. Zwischenergebnis

Die Bundesregierung verkennt diese Entwicklung der völkerrechtlichen Praxis und interpretiert ihre Elemente unrichtig.

2.3.2. Staatenpraxis

Auch die Staatenpraxis belegt die zunehmende Tendenz, Individuen durchsetzbare Entschädigungsansprüche zu gewähren. Die Bundesregierung vermag es nicht, diese Praxis zu widerlegen. Sie stellt die Rechtslage in den Staaten zum Teil unzutreffend dar (Israel), interpretiert sie falsch (Niederlande, USA, Japan) oder versucht – methodisch verfehlt – die Staatenpraxis als irrelevant da rechtsfehlerhaft darzustellen (Italien, Griechenland).

Der Schriftsatz der Beschwerdegegnerin beantwortet ferner nicht die Frage, ob es eine völkergewohnheitsrechtliche Regel auf Individualberechtigung bei Verletzungen des humanitären Völkerrechts gibt, sondern bezieht sich auf die – vorliegend nicht gestellte – Frage, ob ein allgemeiner Rechtsgrundsatz existiert, nach dem Staaten Amtshaftungsansprüche gegen sich selbst bei Kriegshandlungen ermöglichen. Das geht an den Fragen, die sich im Rahmen der Verfassungsbeschwerde stellen, vorbei. Denn hier steht im Vordergrund, ob dem Völkergewohnheitsrecht eine Norm zu entnehmen ist, die individualberechtigend in Bezug auf Sekundäransprüche ist und die über Art. 25 GG in das deutsche Recht transformiert wird.

2.3.2.1. Großbritannien

Anders als die Darstellung der Bundesregierung glauben zu machen sucht, hat im Fall *Bici/Bici v. Ministry of Defense* der High Court zwar grundsätzlich die combat immunity bestätigt, aber, wie auch das Zitat belegt, das die Bundesregierung (S. 101 f.) anführt, Ausnahmen der Immunität – die im übrigen der Frage der Individualberechtigung nachgeordnet sind –, wenn die Maßnahmen unverhältnismäßig und nicht im öffentlichen Interesse sind.

Bici & Bici v. Ministry of Defense, 2004 EWHC 786(QB), Rdn. 101.

Immunität umfasse daher nur

“attack and resistance, advance and retreat, pursuit and avoidance, reconnaissance and engagement.”

Den entscheidenden Unterschied sehen die britischen Gerichte darin, ob es sich um operative Maßnahmen gegen den Konfliktgegner handelt, oder ob es sich um

Maßnahmen gegen Zivilisten handelt. Nur in ersterem Fall ist eine Immunität anzunehmen:

“the real distinction does exist between active operations against the enemy and other activities of the combatant services in time of war”.

Bici v. Ministry of Defence, EWHC 786 [2004])

So wurden denn auch im Zuge des Irak-Konfliktes bislang mehr als 8 Millionen engl. Pfund an Entschädigungen gezahlt.

<http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/1638m-britains-compensation-bill-for-dead-and-injured-iraqis-2001609.html>

Die britischen Gerichte sind zunehmend mit Entschädigungsklagen befasst. Dabei – so in *Al Jedda v Secretary of State for Defence* – gehen sie davon aus, dass die Grundsätze der Immunität

“would not prevent any claim based on an allegation of wrongdoing otherwise than as so required - for example, where the procedures under Geneva 4 were not observed or where the Claimant was ill-treated. It was not addressed on the limits of the act of state defence in cases of the use of force (other than detention) by British military personnel; but it would plainly be unavailable in cases of wanton or unjustified violence. I thus do not think that the spectre of unaccountability can fairly be invoked. In his speech in *Al-Skeini* (at para 26), Lord Bingham, having held that the Human Rights Act 1998 (and thus the Convention) had no application, continued: "This does not mean that members of the British armed forces serving abroad are free to murder, rape and pillage with impunity. They are triable and punishable for any crimes they commit under the three service discipline Acts already mentioned, no matter where the crime is committed or who the victim may be. They are triable for genocide, crimes against humanity and war crimes under the International Criminal Court Act 2001. The UK itself is bound, in a situation such as prevailed in Iraq, to comply with the Hague Convention respecting the Laws and Customs of War on Land 1907 and the Regulations made under it. The Convention provides (in Article 3) that a belligerent

state is responsible for all acts committed by members of its armed forces, being obliged to pay compensation if it violates the provisions of the Regulations and if the case demands it. By Article 1 of the Geneva IV Convention relating to the Protection of Civilian Persons in Time of War 1949 the UK is bound to ensure respect for that convention in all circumstances and (Article 3) to prohibit (among other things) murder and cruel treatment of persons taking no active part in hostilities. Additional obligations are placed on contracting states by protocol 1 to the Geneva IV Convention. An action in tort may, on appropriate facts, be brought in this country against the Secretary of State: see *Bici v Ministry of Defence* [2004] EWHC 786 (QB); *The Times*, 11 June 2004”.'

Al Jedda v Secretary of State for Defence, QUEEN'S BENCH DIVISION, [2009] EWHC 397 (QB), HQ08X01398, (Transcript), 5 MARCH 2009, Rdn. 85

Diese Entscheidung sieht also (Individual-)Klagen aus unerlaubter Handlung als eine Form der Durchsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen aus dem humanitären Völkerrecht an.

2.3.2.2. Italien & Griechenland

Die Bundesregierung meint, die italienischen und griechischen Entscheidungen im Hinblick auf die Individualberechtigung könnten die Rechtsauffassung der BF nicht stützen, da dem Landgericht Lidvadia in Griechenland ein Rechtsanwendungsfehler unterlaufen sei und auch die Ferrini-Entscheidung in Italien den Grundsatz der Staatenimmunität verkenne (S. 94 u. 97). Die Bundesregierung verkennt hier indes, dass es bei der Zusammenstellung der völkerrechtlichen Staatenpraxis nicht darauf ankommen kann, dass die Staatenpraxis nur dann relevant ist, wenn sie der (irrigen) Rechtsauffassung der Bundesregierung entspricht. Denn vorliegend geht es zunächst einmal um eine Bestandsaufnahme der Staatenpraxis im Hinblick auf die Individualberechtigung zum Schadensersatz.

Die griechischen und italienischen Gerichte haben in diesen Fragen eindeutige und nicht wegzudiskutierende Entscheidungslinien vorgelegt. Sie alle gehen von einer Individualberechtigung aus – selbst wenn es vereinzelt zu (im vorliegenden Kontext aber irrelevanten) Immunitätsannahmen gekommen ist.

Zuletzt bestätigt wurde diese Entwicklung durch die Entscheidungen des Kassationsgerichts in Rom in den bereits zitierten Fällen

- das Verfahren Max Milde - Corte Suprema di Cassazione , sez. I penale , Urteil vom 21.10.2008, Az. 1072 (Abdruck in 92 Rivista di diritto internazionale (2009) 618 ff.; hierzu: Annalisa Ciampi, The Civitella Case. The Italian Court of Cassation Asserts Civil Jurisdiction over Germany in a Criminal Case Relating to the Second World War, Journal of International Criminal Justice 2009, 587 ff.)
- das Verfahren wegen der Kostenvollstreckung hinsichtlich der griechischen Distomoverfahren (Vollstreckungsmaßnahmen die Villa Vigoni betreffend) – Corte Suprema di Cassazione (Italienischer Kassationshof Rom), Urteil vom 29. 5. 2008 - Nr. 14199 (Dístomo) – auszugsweise abgedruckt in NVwZ 2008, 1100 f.
- das Verfahren wegen der italienischen Militärinternierten - Corte Suprema di Cassazione (Italienischer Kassationshof Rom), Beschluss vom 29. 5. 2008, Mantellini – auszugsweise abgedruckt in NVwZ 2008, 1101 f.; hierzu Focarelli, Federal Republic of Germany v. Giovanni Mantelli and others. Order No 14201, 103 American Journal of International Law (2009), 122 ff.

Der enge Zusammenhang zwischen den italienischen und griechischen Entscheidungen kommt auch darin zum Ausdruck, dass die Vollstreckungsentscheidung hinsichtlich der Villa Vigoni anerkennt, dass die Individualansprüche der griechischen Opfer dem Primat der Grundwerte auf Freiheit und Würde entsprechen und ihre Durchsetzung weder eine Verletzung des *ordre public* noch eine Verletzung der Staatenimmunität darstellen. Das Kassationsgericht hält fest:

„Auch der Vortrag, die Anerkennung des Urteils des griechischen *Areopags* sei mit den Grundsätzen des innerstaatlichen *ordre public* unvereinbar, ist in gleicher Weise nicht stichhaltig. Zwar ist richtig, dass der Kostenausspruch, dessen Anerkennung die griechische Verwaltungsbehörde begehrt, nicht aus dem Zusammenhang mit der Hauptsacheentscheidung, die den Entschädigungsanspruch der Erben der Opfer eines von der deutschen Armee während des Zweiten Weltkriegs in Griechenland an Zivilisten begangenen Massakers bejaht hat, gelöst werden kann. Diesem heutigen Urteil liegt zu Grunde, dass sich die Immunität eines Staates in einem Zivilprozess nicht auf *acta iure imperii* erstreckt, wenn diese als Verbrechen gegen die

Menschlichkeit zu qualifizieren sind. Dies steht nicht im Gegensatz zu der Entscheidung dieses *Gerichtshofs* im Urteil Nr. 5044 vom 11. 3. 2004, sondern stimmt vielmehr völlig damit überein. Die Grundsätze dieses Urteils werden hiermit im Einklang mit dem absoluten Primat der Grundwerte der Freiheit und Würde der menschlichen Person bekräftigt (vgl. auch die zahlreichen anderen Beschlüsse heutigen Datums in Verfahren der präventiven Klärung der internationalen Zuständigkeit).“

NVwZ 2008, 1100 f. (1101).

In diesem Urteil wird also nicht nur die Staatenimmunität abgelehnt, sondern auch ein individueller Ersatzanspruch anerkannt und „bekräftigt“, der letztlich menschenrechtlich begründet wird.

2.3.2.3. Japan

Die Bundesregierung versucht den Nachweis, dass sich in Japan keine Tendenz zur Durchsetzung individueller Ansprüche herausbilde. Sie beruft sich dabei im Wesentlichen auf eine einzige Entscheidung, der jedoch andere Entwicklungen entgegen stehen. Die Bundesregierung verkennt dabei den Wandel der japanischen Rechtsprechung. Die traditionelle Antwort der japanischen Justiz ist nicht länger vorherrschend. Beobachter registrieren daher

“signs that Japanese law may be undergoing a shift, allowing it to accommodate these types of suits.”

William Gao, *Overdue Redress: Surveying and Explaining the Shifting Japanese Jurisprudence on Victims' Compensation Claims*, *Columbia Journal of Transnational Law* 45 (2007), 529 ff. (538).

Selbst wenn die höchstrichterliche Rechtsprechung in Japan untergerichtliche Entscheidungen aufhebt, dann nicht, weil der Oberste Gerichtshof die Existenz von Individualansprüchen in Frage stellt, sondern weil das Gericht vor dem Hintergrund japanischer Friedensverträge der Auffassung ist, dass diese Individualansprüche ausschließen. Das setzt aber logisch voraus,

dass der Oberste Gerichtshof Individualansprüche im Grundsatz für gegeben hält. So formuliert der Oberste Gerichtshof denn auch im Hinblick auf Ansprüche von chinesischen Zwangsarbeitern in Japan deutlich, dass die Friedensverträge einer Kollektivlösung den Vorzug gaben und ausgeschlossen haben, dass

„the issues concerning various claims arising in the course of prosecution of the war were to be solved by way of the exercise of rights in individual, ex-post civil litigations”.

SC, Urt. v. 27.04.2007, 2004 (Ju), Az. 1658, Abschnitt II.2.(2).

Diese Entscheidung des Obersten Gerichtshofs ist nicht das Ende individueller Kompensationsansprüche in Japan, sondern hat die Tendenzen ziviler Durchsetzung verstärkt.

2.3.2.4. USA

Die Bundesregierung versucht die umfangreichen Nachweise zur US-amerikanischen Rechtsprechung dadurch zu entkräften, dass sie behauptet, dass die nachgewiesenen Entscheidungen zwar eine Individualberechtigung zugesprochen hätten, dies aber humanitärvölkerrechtliche Primärnormen nicht betroffen habe, sondern nur sonstige Verletzungen des Völkerrechts. Im humanitären Völkerrecht gebe es aber eine spezielle Reziprozitätserwartung, weshalb sich die Kompensationslage hier anders darstellen müsse (S. 103). Ferner hätten die US-Gerichte in keinem Fall darüber über US-amerikanische Schädigungshandlungen judiziert, da es hier einen weitgehenden Haftungsausschluss und eine Anwendung der political questions doctrine gebe (S. 103 f.).

Beide Einwände verkennen die völkergewohnheitsrechtliche Frage, die im vorliegenden Verfahren im Streit steht: Ob es Jurisdiktionskreise gibt, die political questions doctrines anwenden und ihre eigenen Streitkräfte ggf. privilegieren, ist nicht die Frage. Im vorliegenden Verfahren geht es um die Frage, ob bei Verletzungen des Völkerrechts (und das schließt das humanitäre Völkerrecht ein) Kompensationsansprüche zustehen. Die auf die USA bezogenen Immunitätserwägungen und die Ausführungen zur political questions doctrine sind deshalb irrelevant, weil sie eine nachgeordnete Frage betreffen und weil – wie die Bundesregierung zugesteht – es eine ganze Reihe von Verfahren gibt, in denen eine Immunität nicht

zugestanden wurde und Staatshaftungsansprüche festgestellt wurden. Zuletzt – wie erwähnt – sind hier zu nennen *Brewer v. Islamic Republic of Iran*, 08- 0543, U.S. District Court, District of Columbia (Washington) und *Ben-Rafael v. Islamic Republic of Iran*, 540 F.Supp.2d 39 (D.D.C. 2008), bei denen einmal Schadensersatz wegen eines Anschlages auf das US-Botschaftsgebäude in Ost-Beirut (*Brewer ./. Islamic Republic of Iran*) 1984 und zum anderen wegen eines Anschlages gegen die Israelische Botschaft in Argentinien 1992 (*Ben-Rafael v. Islamic Republic of Iran*) zuerkannt wurde.

Ebenso geht es fehl, wenn die Bundesregierung versucht, aus einem etwaigen *lex specialis*-Charakter des humanitären Völkerrechts zu schließen, dass die US-amerikanische Staatenpraxis zwar bei Verletzungen des Völkerrechts im allgemeinen, aber nicht des humanitären Völkerrechts Kompensationsansprüche zugestehe. Dies ist deshalb falsch, weil weder die US-amerikanische Gesetzeslage noch die Judikatur im Hinblick auf die sekundärrechtlichen Folgen von Primärrechtsverletzungen differenziert zwischen Verletzungen des Völkerrechts im allgemeinen und Verletzungen des humanitären Völkerrechts.

I.d.S. auch Jordan J. Paust, *Civil Liability of Bush, Cheney, et al. For Torture, Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment and Forced Disappearance*, in 42 *Case Western Reserve Journal of International Law* 2009, 359 ff.; siehe auch oben unter Ziff. 2.2.2.

Insbesondere macht auch der ATCA hier keine Differenz, sondern findet auch auf Verletzungen von humanitärem Völkerrecht Anwendung.

M.C. Dahl, *Soldiers of Fortune – Holding Private Security Contractors Accountable: The Alien Torts Claim Act and its Potential Application to Abtan, et al. v. Blackwater Lodge and Training Center, Inc., et al.*, in 37 *Denver Journal of International Law and Policy* (2008/9), 119 ff.

2.3.2.5. Niederlande

Die Bundesregierung meint, auch die niederländischen Gerichte würden eine Staatshaftung bei Verletzungen des humanitären Völkerrechts ablehnen. Sie zitiert als Beleg einige

untergerichtliche Entscheidungen, in denen Ansprüche jeweils nur an Immunitätsgesichtspunkten gescheitert sind (S. 99 f.). Das gibt die Rechtslage in den Niederlanden nur unzutreffend wieder.

So hat denn auch das Appellationsgericht in den Den Haag in seinem Urteil vom 30. März 2010 deutlich gemacht, dass Kompensationsklagen gegen die Niederlande vor niederländischen Gerichten möglich sind und nicht an der Immunität scheitern:

„the course of bringing the State, which they reproach for the same things as the UN, before a Netherlands court of law is open. This course has indeed been taken by the Association et al. The State cannot invoke immunity from prosecution before a Netherlands court of law, so that a Netherlands court will have to give a substantive assessment of the claim against the State anyway.”

Appellationsgericht Den Haag, Urteil v. 30.03.2010, z 200.022.151/01, Ziff. 5.12; zur niederl. Rechtslage siehe auch André Nollkaemper, *Internationally Wrongful Acts in Domestic Courts*, AJIL 101 (2007), 760 ff. (761 ff.).

2.3.2.6. Israel

Für Israel behauptet die Bundesregierung, der Oberste Gerichtshof habe keine Ersatzansprüche bei Verletzungen des humanitären Völkerrechts zuerkannt (S. 96). Das verkennt den Wortlaut der Entscheidung, die sich explizit auf Art. 3 des Haager Abkommens und Art. 91 ZP I bezieht:

„In appropriate cases it is appropriate to pay compensation as a result of harm caused to an innocent civilian (*see CASSESE*, at pp. 419, 423, and §3 of *The Hague Regulations*; §91 of *The First Protocol*).”

Supreme Court Sitting as the High Court of Justice, Israel, *The Public Committee against Torture in Israel et al. v. Government of Israel et al.*, HCJ 769/02, 11.12.2006, Rdn. 40, abrufbar unter (27.07.2010)
http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/a34/02007690.a34.pdf

Die Bundesregierung verkennt hier erneut, dass es vorliegend nicht darum geht, ob in anderen Rechtskreisen die Frage der Immunität anders regeln, als dies die deutsche Rechtsordnung tut. Der Hinweis der Bundesregierung auf den Haftungsausschluss in Ziff. 5 des israelischen Staatshaftungsgesetzes (S. 95 f.), geht darum schon deshalb fehl, weil er für die vorliegende Fragestellung irrelevant ist.

Der Hinweis gibt aber auch die israelische Rechtslage nur unzutreffend wieder. Die Ziff. 5 des Staatshaftungsgesetzes ist längst in dieser Form außer Kraft gesetzt. Früh hatte der Israelische Supreme Court sich um Einschränkungen des Haftungsausschlusses bemüht und den Begriff der „war action“ definiert:

“In responding to the question of whether an action is a “war” action, all the circumstances of the incident must be examined. It is necessary to check the purpose of the action, place of the incident, how long the activity lasted, the identity of the military force in action, the threat that preceded it, and what was expected from it, the intensity and magnitude of the military force in action, and the time that the incident lasted (supra, 9).”

Adalah, HCJ 8276/05, A.4.

Durch verschiedenen Gesetzesänderungen hat der Israelische Gesetzgeber sodann versucht, der Exekutive für Konfliktzonen (unabhängig von der Frage der Besatzungsregelung) eine Haftungsfreistellung bei gleichzeitiger Implementierung eines ex gratia-Regimes zu ermöglichen. Das 7. Änderungsgesetz zum Staatshaftungsgesetz führte Ziff. 5 C ein:

- “5C. (a) Notwithstanding the provisions of any law, the State is not civilly liable for damages sustained in a zone of conflict as a result of an act that was carried out by the security forces except for injury that is sustained in the kinds of claims or to the kinds of claimants set forth in the Second Schedule.
- (b) (1) The Minister of Defense shall appoint a committee, which shall be authorized to approve, not according to the strict letter of the law, in special circumstances, payment to a claimant as to

whom subsection (a) applies and to set the amount of the payment. . .

- (c) The Minister of Defense may declare a territory a zone of conflict; where the minister so declared, the declaration shall establish the borders of the zone of conflict and the period for which the declaration applies; announcement of the declaration shall be published in *Reshumot*.”

Diese Versuche der Haftungsfreistellung hat der Supreme Court sitting as the High Court of Justice in seinem Urteil vom 12. Dezember 2006 unterbunden und den Ausschluss für nichtig erklärt. Das Gericht hält den Haftungsausschluss für unverhältnismäßig:

„In these circumstances, sweeping immunity of this kind given to the state under section 5C of Amendment No. 7 is the equivalent of a grant of exemption to the State from tort liability in broad areas of action that are not war actions also under the broad definition of that expression. It would leave many injured persons , who are not involved in any hostile activity whatsoever, and who are not injured incidental to actions of security forces intended to cope with hostile activity, without relief for injury to their life, body, and property. This sweeping infringement of rights is not necessary to achieve the purposes underlying section 5C of Amendment No. 7. Negation of State liability given in section 5C does not “adapt the tort law to the war situation.” It removes from the application of the tort law many actions that are not war actions.”

Adalah, HCJ 8276/05, Ziff. A. 36.

Den Versuchen, lediglich ein System von ex gratia-Ersatzleistungen zu schaffen – so wie es der Bundesregierung offenbar auch vorschwebt -, hat der israelische Supreme Court damit einen Riegel vorgeschoben.

Ausf. siehe Yael Ronen, Avoid or Compensate? Liability for Incidental Injury to Civilians Inflicted During Armed Conflict, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 42 (2009), 181 ff.

2.3.2.7. Polen

Auch in Polen ist zwischenzeitlich ein Beschluss ergangen, der die Frage des Völkerkompensationsrechts betrifft. Der Beschluss des Obersten Gerichts in der Sache Natoniewski ./ Bundeskanzleramt vom 13.05.2008 (polnisches Aktenzeichen: „sygn. akt I ACz 595/08“) hat als Hintergrund einen Sachverhalt aus dem Zweiten Weltkrieg. Am 29.10.2007 legte der 70-Jährige Wincjusz Natoniewski Klage vor dem Kreisgericht Gdańsk (Sąd Okręgowy) auf Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 1.000.000 PLN g. die BRD (vertreten durch das Bundeskanzleramt) ein. Die Klage basiert auf der Vornahme von unerlaubten Handlungen, die von Streitkräften der Beklagten am 2. Februar.1944 während der „Pazifizierung“ des Dorfes Szczecyn in der polnischen Wojewodschaft Lubelskie verübt worden waren. Das Dorf befand sich zum Tatzeitpunkt auf dem Gebiet des Generalgouvernement, das 1939 bis 1945 vom Deutschen Reich militärisch besetzt und nicht unmittelbar in das Reichsgebiet eingegliedert worden war. Die dort errichteten Verwaltungsstrukturen unterstanden dem Generalgouverneur und NSDAP-Funktionär Hans Frank mit Sitz in Krakau. Frank wurde beim Hauptkriegsverbrecherprozess in Nürnberg am 1. Oktober 1946 wegen Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit zum Tode verurteilt und am 16. Oktober 1946 hingerichtet. Bei der Pazifizierung des Dorfes wurde das Eigentum der Bewohner durch Brandschatzung vernichtet, männliche Bewohner teilweise erschossen. Der Kläger versteckte sich zusammen mit seinem Großvater Aleksander Rogala in einem Kartoffelrloch in der Nähe seines Wohnhauses. Infolge der Pazifizierung erlitt der damals 5 Jahre alte Kläger zahlreiche Verbrennungen am ganzen Körper (insbesondere im Gesichtsbereich und den Extremitäten), die Dutzende chirurgische Eingriffe notwendig machten. Die Körperteile sind licht- und windempfindlich. Natoniewski lebt heute mit seiner Familie in der Nähe der Stadt Władysławowo in Nord-Polen.

Da die erstinstanzlichen Gerichte die Klage abgewiesen hatten, wandte sich der Kläger im Rahmen einer Kassationsklage an das Oberste Gericht (Sąd Najwyższy). Dieses nahm die Klage zur Entscheidung mit Beschluss vom 13. Mai 2008 an (polnisches Aktenzeichen: „sygn. akt IV CSK 465/09). Die Berichterstatterin Mirosława Wysocka wandte sich ferner an das polnische Außenministerium mit der Bitte, Informationen betreffend die Existenz einer gerichtlichen Immunität der Beklagten vorzulegen und insbesondere auch Materialien (Wortlaut völkerrechtlicher Rechtsakte sowie nationalen und internationalen

Gerichtsentscheidungen), die bei der Untersuchung des Völkergewohnheitsrechts in Bezug auf eine gerichtliche Immunität von Staaten hilfreich sein könnten.

Am 8. 10.2007 entschied bereits das oberste Gericht (AZ: I Co 29/07) in einem anderen Verfahren dass das

„Kreisgericht in Warschau zuständig ist für Rechtsstreitigkeiten gegen die Bundesrepublik Deutschland im Zusammenhang von Schmerzensgeld für erlittenen Schaden in Folge medizinischer Experimente, die von Hitlerschen Kriegsverbrechern während des Zweiten Weltkrieges verübt worden sind.“

Dem Beschluss lag eine Klage von Krzysztof Skrzypek aus Warschau zugrunde. Dieser fordert von Deutschland umgerechnet ca. 50 Tausend EURO Schmerzensgeld und eine Rente für sog. Traumata der zweiten Generation. Sein Vater Jerzy Skrzypek wurde in Auschwitz im Rahmen pseudomedizinischer Versuche stundenlang in eiskaltem Wasser gehalten, um die Überlebensfähigkeit deutscher Piloten bei einem Abschuss über dem Meer zu testen. Betrachtet man den genannten Beschluss gemeinsam mit einem Urteil des Obersten Gerichtes vom 6.09.2000 (AZ: II Co 8/00), nach welchem eine

„Festlegung im Rahmen des Verfahrens nach Art. 45 ZPO über die örtliche Zuständigkeit des Gerichts zur Prüfung des Rechtsstreits nur dann erfolgen kann, wenn zur Prüfung der Angelegenheit eine örtliche Zuständigkeit und der Rechtsweg gegeben sind“,

dann bietet dies einen Weg, zukünftig die Zuständigkeit polnischer Gerichte für Klagen gegen die Bundesrepublik Deutschland zu bejahen. Auch die polnische Rechtsordnung ist damit ein Beleg für die dargestellte Tendenz, Individuen gegen Völkerrechtsverletzer Sekundärrechte zuzuerkennen.

2.3.3. Zwischenergebnis

Die Staatenpraxis belegt daher die Tendenz, dass es nach 1945 in einer Vielzahl von Fällen in einer Vielzahl von Staaten zur Zuweisung von Kompensationsrechten gekommen ist, die Verletzungen auch des humanitären Völkerrechts zum Ausgang haben.

3. Die Frage einer „gesamtschuldnerischen“ Haftung

In der Frage der Beteiligung der Bundesrepublik an der Zielfindung (targeting) während der NATO-Bombardierung Jugoslawiens gehen der Tatsachenvortrag der Beschwerdeführer und der der Beschwerdegegnerin in wesentlichen Punkten auseinander. Insbesondere behauptet die Beschwerdegegnerin, dass an der Zielfindung keine deutschen Soldaten beteiligt waren. Darüber wäre ggf. nach einer Rückverweisung an die Fachgerichtsbarkeit Beweis zu erheben.

Aber auch wenn der Tatsachenvortrag der Beschwerdegegnerin zutreffen sollte, so folgt daraus nicht, dass die Beschwerdegegnerin für Zielfindungsbeschlüsse nicht haftet. Die diesbezügliche rechtliche Argumentation begegnet schwerwiegenden Bedenken. Das wesentliche Rechtsargument der Beschwerdegegnerin geht dahin, dass der Zielfindungsbeschluss durch eine internationale Organisation, nämlich die NATO getroffen worden sei, für den die Mitglieder nach den allgemeinen Regeln über die Haftung internationaler Organisationen nicht hafteten. Dies ist aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen unzutreffend.

Diese Argumentation verkennt zunächst, dass die Verantwortlichkeit internationaler Organisationen für völkerrechtswidrige Akte ihrer Organe keineswegs immer eine ausschließliche ist. Die International Law Commission, deren Kodifikationsarbeit in diesem Bereich eine hohe Autorität besitzt und weitgehend als Ausdruck von Gewohnheitsrecht anerkannt ist, hat vielmehr in ihren verschiedenen Berichten zur Verantwortlichkeit internationaler Organisationen dargelegt, dass es durchaus Situationen einer kumulativen Verantwortlichkeit aufgrund mehrfacher Zurechenbarkeit der fraglichen Akte gibt.

C.A. Bell, Reassessing Multiple Attribution: The International Law Commission and the Behrami and Saramati Decision, *New York University Journal of International Law and Politics* 42 (2010), 501 ff.

Die neueste Fassung des Entwurfs der International Law Commission zur Verantwortlichkeit internationaler Organisationen

International Law Commission, Report on the work of its sixty-first session, UN GAOR 64th session, Supp. 10, UN Doc. A/64/10, S. 13 ff.

Sieht ausdrücklich eine mehrfache Zurechnung und gegebenenfalls Verantwortlichkeit vor. Art. 47 Abs. 1 des Entwurfs lautet:

„Where an international organisation and one or more States or other organizations are responsible for the same internationally wrongful act, the responsibility of each State or international organisation may be invoked in relation to that act.”

Hier wird mit anderen Worten eine Art gesamtschuldnerische Haftung von internationalen Organisationen und Staaten vorgesehen. Voraussetzung ist nur, dass mehrere Zurechnungsgründe parallel zutreffen. Solche Gründe sind etwa die Organqualität der handelnden Personen (Art. 5) und effektive Kontrolle bei Organleihe (Art. 6). Mit konkreten Beispielsfällen hat sich die ILC mehrfach befasst, insbesondere im Hinblick auf die im vorliegenden Fall zu beurteilende NATO-Aktion. So heißt es im Zweiten Bericht des Berichterstatters der ILC:

„(C)onduct does not necessarily have to be attributed exclusively to one subject only. Thus, for instance, two States may establish a joint organ, whose conduct will generally have to be attributed to both States. Similarly, one could envisage cases in which conduct should be simultaneously attributed to an international organization and one or more of its members.

[.] A paradigmatic example is offered by the bombing in 1999 of the territory of the Federal Republic of Yugoslavia. ... (O)ne may argue that attribution of conduct to an international organization does not necessarily exclude attribution of the same conduct to a State ... Thus, one envisageable solution would be for the relevant conduct to be attributed both to NATO and to one or more of its member States, for instance because those States contributed to planning the military action or to carrying it out.”

Second report on responsibility of international organisations, Giorgio Gaja, Special Rapporteur, UN Doc A/CN.4/541, S. 3 f.

Der Berichterstatter beruft sich in diesem Zusammenhang auf eine Erklärung des niederländischen Außenministeriums, die genau den vorliegenden Fall trifft:

„... the Netherlands was fully involved in the decision-making process regarding all aspects of the aerial operation, the formulation of the political objectives of the aerial campaign, the establishment of the operational plan on which the campaign was based, the decision concerning the beginning and the end of the operation and and the decision concerning the beginning of the various stages.”

A.a.O. S. 4, Fn 11.

Zum Beleg ihrer gegenteiligen Auffassung kann sich die Bundesregierung auch nicht mit Erfolg auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Rechtssache Behrami und Saramati

Berahmi gg. Frankreich und Saramati gg. Deutschland, Frankreich und Norwegen, Beschwerde 71412/01 und 78166/01, Entscheidung der Großen Kammer vom 2.5.2007, EuGRZ 2007, S. 522 ff.

berufen, die die Möglichkeit einer mehrfachen Zurechnung jedenfalls für den Einsatz der KFOR im Kosovo. Sie ist für den vorliegenden Fall nicht einschlägig. Sie wird in der Literatur überwiegend abgelehnt und auch von der ILC kritisiert. Sie ist allenfalls als eine besondere Rücksichtnahme auf die Befugnisse des Sicherheitsrates, die ggf. sogar den Vorrang vor den menschenrechtlichen Verpflichtungen der Vertragsstaaten der EMRK haben sollen, zu rechtfertigen.

Bell, a.a.O. S. 531, 535 ff. m.w.N.

Im vorliegenden Fall geht es aber nicht um Streitkräfte, die gemäß einem Mandat des Sicherheitsrats nach Kap. VII SVN eingesetzt werden, sondern um eine von einer Gruppe von NATO-Staaten autonom durchgeführte Aktion. Für sie gelten die allgemeinen Grundsätze über die Verantwortlichkeit von Staaten und von internationalen Organisationen für ihnen zuzurechnende völkerrechtswidrige Akte. Bei der Anwendung dieser Grundsätze kommt es darauf an, wie im Einzelnen die Kontrolle über einzelne Entscheidungen ausgestaltet ist und welche Folgen sich daraus für die Zurechnung ergeben.

Die NATO ist ein Militärbündnis, keine supranationale Militärorganisation wie die 1954 gescheiterte EVG. Im Rahmen des Bündnisses behalten die Streitkräfte der Mitgliedstaaten grundsätzlich ihre nationale Identität. Es gibt stärker integrierte Elemente, insbesondere integrierte Stäbe und Befehlshaber mit Befugnissen gegenüber Einheiten, die eine andere Nationalität als der Befehlshaber besitzen. Diesen integrierten Stäben und Kommandeuren haben die NATO-Staaten allerdings keine volle Befehlsgewalt übertragen, auch nicht über der NATO assignierte Einheiten. Ihnen sind vielmehr lediglich sorgfältig abgestufte begrenzte Befehlsbefugnisse übertragen,

K. Ipsen, Rechtsgrundlagen und Institutionalisierung der atlantisch-westeuropäischen Verteidigung, Hamburg 1967, S. 176 ff.; ders., Die rechtliche Institutionalisierung der Verteidigung im atlantisch-westeuropäischen Raum, JöR N.F. 21 (1972), S 1 ff., 45 ff.; ferner S. Mayer, Europäische Sicherheitspolitik jenseits des Nationalstaats. Die Internationalisierung von Präventions- und Interventionsmaßnahmen in NATO und EU, 2009.

in der NATO-Terminologie operational command (OPCOM), operational control (OPCON), tactical command (TACOM) und tactical control (TACON). Von militärischer Seite wird das als uneffektiv kritisiert,

T.-D. Young, Command and Control for the 21st Century, JFQ Autumn/Winter 2001/02, S. 40 ff.

ist aber der politischen Realität geschuldet.

K. Ipsen, Rechtsgrundlagen und Institutionalisierung der atlantisch-westeuropäischen Verteidigung, Hamburg 1967, S. 176 ff.; ders., Die rechtliche Institutionalisierung der Verteidigung im atlantisch-westeuropäischen Raum, JöR N.F. 21 (1972), S 1 ff., 45 ff.

Alle Mitgliedstaaten behalten sich eine letzte Kontrolle über den Einsatz ihrer Streitkräfte auch im Rahmen des Bündnisses vor. Aus dem gleichen Grund sind die Entscheidungsverfahren in den obersten Leitungsgremien der NATO, insbesondere dem NATO-Rat, streng intergouvernemental und nicht integriert strukturiert. Wegen des dort

herrschenden Einstimmigkeitsprinzips bleiben die Entscheidungen den einzelnen Mitgliedstaaten zurechenbar. Eine Verbindlichkeit beruht nicht auf einer Beschlusskompetenz, sondern auf der mit einer Zustimmung eingegangenen Selbstverpflichtung der Mitgliedstaaten.

K. Ipsen, Völkerrechtliche Probleme des Nordatlantikvertrages, in: K.-D. Schwarz (Hrsg.) Sicherheitspolitik, 3. Aufl. Bad Honnef 1978, 435 ff., 442

Im Einzelnen ergibt sich aus dem Gesagten für den vorliegenden Fall folgendes: Es ist, wie auch die Bundesregierung betont, zwischen der Aufstellung der allgemeinen Zielliste (auf der auch die Brücke von Vavarin enthalten war) und dem konkreten Einsatzbefehl zu unterscheiden.

Unstreitig waren Vertreter der Bundesrepublik Deutschland an der Beschlussfassung über die generelle Zielliste beteiligt, auf der auch die Brücke von Vavarin enthalten war. Offenbar ist auch nach Auffassung der Bundesregierung diese Mitwirkung abstrakt gesehen geeignet, eine Verantwortlichkeit der Bundesrepublik zu begründen. Sie ist lediglich der Auffassung, dass diese Festlegung nicht konkret genug sei, um eine Verantwortung für einen späteren völkerrechtswidrigen Umsetzungsakt zu begründen. Dem ist aber entgegen zu halten, dass mit dieser Zielliste jedenfalls eine Ursache für den späteren Angriff auch durch die Bundesrepublik gesetzt war. Wegen der mit dieser Zielliste verbundenen politischen Kontrolle ist die Aufnahme in die Liste *condition sine qua non* für den späteren Angriff. Ob diese Mitwirkung eine Verantwortlichkeit der Bundesrepublik begründet, hängt davon ab, ob sie im Sinne der ILC-Art. 16 und 17 „in Kenntnis der Umstände des völkerrechtswidrigen Akts“ („with the knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act“) erfolgte. Insofern ist davon auszugehen, dass die Festlegung jedenfalls in Kenntnis eines entscheidenden Umstandes erfolgt sein muss, nämlich der Nähe der Brücke zu einem belebten Ort, eine Lage, die das Entstehen erheblicher ziviler Kollateralschäden nahe legte. Darüber hinaus, und das ist entscheidend, gingen die Regierungen bei der Festlegung der Zielliste rechtsirrig davon aus, dass diese (und manche andere Brücken) überhaupt ein militärisches Ziel war. Irgendeine militärische Bedeutung der Brücke, die diese zu einem militärischen Ziel gemacht hätte, ist jedoch konkret, trotz der eher spekulativen Behauptungen im Schriftsatz der Beschwerdegegnerin, nicht nachzuweisen. Was die Infrastruktur angeht, so wurde bei der NATO-Bombenkampagne generell davon ausgegangen, dass Brücken militärische Ziele sind, ohne die Frage ihrer konkreten militärischen Bedeutung überhaupt zu stellen.

Zur Kritik dieser Praxis vgl. M. Bothe, Targeting, in A. Wall (Hrsg.), Legal and Ethical Lesson of NATO's Kosovo Campaign, U.S. Naval War College International Law Studies Bd. 78, 2002, S. 173 ff., 179 f.

Schon die allgemeine Festlegung des Ziels (die unstreitig auch der Bundesrepublik Deutschland zuzurechnen ist) ist darum völkerrechtswidrig gewesen, nicht erst der spätere Akt der Umsetzung.

Was den konkreten Einsatzbefehl selbst angeht, so ist dieser nicht oder nicht allein der NATO zuzurechnen. Zu welcher der Stufen der NATO-Befehlsgewalt diese konkrete Zielfestlegung gehört, ist nicht ohne weiteres ersichtlich. Sei dem wie auch immer, diese Zielfestlegung kann bei näherer Betrachtung nicht der NATO, sondern muss den Mitgliedstaaten zugerechnet werden. Die rechtliche Konstruktion der Streitkräfte im Bündnis geht dahin, dass jeder Bündnisstaat für die Einhaltung des für ihn verbindlichen Völkerrechts durch seine Truppenteile zu sorgen hat.

HPCR (Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University), Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, Bern 2009, Ziff. 161 und 162 (S. 51).

Wollte man die Zielfindung und den Einsatzbefehl allein der NATO zurechnen, so wäre ein entscheidender Teil der Verantwortung des Staates für die Einhaltung des humanitären Völkerrechts, wie sie heute ausgestaltet ist, nämlich die „command responsibility“

Vgl. u.a. Art. 87 ZP I.

sozusagen ausgelagert. Eine solche haftungsbefreiende Auslagerung ist jedoch unzulässig. Deshalb dürfen die Staaten ihre Verantwortung für die Zielfindung und den Einsatzbefehl nicht ohne Kontrolle delegieren, und haben dies auch nicht getan. Von daher ist es allein sachgerecht, die integrierten Stäbe (hier AFSOUTH) bei Entscheidungen über den Einsatz nationaler Truppen als gemeinsame Organe der an der Operation beteiligten Mitgliedstaaten anzusehen, für die auch alle diese Mitgliedstaaten verantwortlich sind.

Dass es für diese Zurechnung nicht darauf ankommen kann, ob ein Staatsangehöriger eines bestimmten Staates an einer Entscheidung mitgewirkt hat oder nicht, wird schon daraus deutlich, dass bei anderer Betrachtung die völkerrechtliche Verantwortlichkeit stündlich wechseln könnte – ein Ergebnis, das ohne weiteres als sinnwidrig erkennbar ist.

In der Praxis war es auch eindeutig so, dass Entscheidungen über Zielfindung und Einsatz im konkreten Fall nicht allein im AFSOUTH getroffen wurden. Es gab jedenfalls eine davon getrennte amerikanische Zielfindung und Einsatzentscheidung.

T. Montgomery, Legal Perspective from the EUCOM Targeting Cell, in A. Wall (Hrsg.), Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign, U.S. Naval War College International Law Studies Bd. 78, 2002, S. 189 ff., 194 f.; H. Dalton, Commentary, ebenda S. 199 ff.

Angesichts der jedenfalls formal-rechtlichen Gleichberechtigung der NATO-Mitgliedstaaten stand nichts im Wege, dass auch die Bundesrepublik Zielfindung und Einsatzentscheidungen genauer kontrollierte. Nachdem es starke öffentliche Kritik an der Zielfindung der NATO gegeben hatte, konnte die Bundesrepublik nicht mehr ohne weiteres davon ausgehen, dass alle Entscheidungen im Einklang mit dem geltenden Recht getroffen wurden.

Diese Zurechnungsfragen sind solche der allgemeinen Regeln des Völkerrechts, deren Feststellung nach deutschem Verfassungsrecht dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten ist.

4. Die Rechtmäßigkeit der Aktion

4.1 Gewaltverbot

Bei den Ausführungen zur Verletzung des Gewaltverbots

S. 139 ff. des Schriftsatzes.

wird von der Bundesregierung keine wirkliche Rechtsgrundlage genannt. Das entspricht auch der offiziellen Haltung der Bundesregierung während der Kosovo-Kampagne, die sich stets einer klaren Aussage zu den Rechtsgrundlagen enthalten hat. Wenn behauptet wird, das BVerfG habe in seiner Kosovo-Entscheidung,

BVerfGE 100, 266.

in der es lediglich aus prozessualen Gründen den Antrag im Organstreitverfahren als unzulässig verwarf, irgendetwas zur völkerrechtlichen Zulässigkeit der Kosovo-Kampagne gesagt, so ist das eine nicht nachvollziehbare Unterstellung, die nicht weiter zu kommentieren ist.

4.2 Humanitäres Völkerrecht

Die Ausführungen der Bundesregierung zur Frage einer Verletzung des humanitären Völkerrechts, aus der die BF Ansprüche herleiten, werden der Problematik in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht. Die BF stützt ihre Auffassung, die Bombardierung der Brücke von Vavarin sei völkerrechtskonform gewesen, vor allem auf rechtliche Analyse einer (anonymen) Kommission, die die Leiterin der Anklagebehörde des Jugoslawientribunals eingesetzt hatte, um herauszufinden, ob denn durch die Bombenkampagne Verletzungen des Rechts bewaffneten Konflikte begangen wurden, die unter die Zuständigkeit des ICTY fallen könnten.

Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NAOT Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, International Legal Materials 39 (2000), S. 1257.

Der Bericht dieser Kommission, die durch NATO-Kräfte verübte Kriegsverbrechen in Jugoslawien in Abrede stellt, kann bei näherer Betrachtung das Ergebnis, die Bombenabwürfe seien rechtmäßig, da zulässiges Mittel der Kampfführung, nicht rechtfertigen. Die seinerzeitige Leiterin der Anklagebehörde Carla del Ponte äußert in ihren Erinnerungen selbst Zweifel an der Arbeit der Kommission.

Carla del Ponte, Im Namen der Anklage, Frankfurt 2009, S. 89.

Die entscheidenden Fragen, die für die Rechtmäßigkeit des Angriffs auf die Brücke von Vavarin ausschlaggebend sind, werden nicht gestellt und folglich auch nicht beantwortet.

Ein Objekt ist ein militärisches Ziel, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind: Es muss einen Beitrag zu den militärischen Anstrengungen des Gegners leisten und seine Zerstörung muss einen militärischen Vorteil zur Folge haben. Die abstrakte Behauptung, über eine Brücke könne Nachschub laufen (die auch von der Bundesregierung wiederholt wird), reicht nicht zu begründen, welchen Vorteil die Zerstörung der vielen Brücken haben soll, solange nicht einmal andeutungsweise klar ist, welcher Nachschub eigentlich wohin sollte. In einem Konflikt, in dem es keine Front am Boden gab und auch nicht geben sollte, ist Nachschub sinn- und nutzlos, die Verhinderung eines Nachschubs, der wegen Sinnlosigkeit gar nicht stattfindet, hat auch keinen militärischen Vorteil zufolge. Deshalb sind die Brücken unter diesen Umständen keine militärischen Ziele.

M. Bothe, Targeting, in A. Wall (Hrsg.), *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, a.a.O. S. 173 ff., 178 f.; ders., *The Protection of the Civilian Population and NATO Bombing on Yugoslavia: Comments on a Report to the Prosecutor of the ICTY*, *EJIL* 12 (2001), 531 ff., 534; ebenso letztlich auch P. Rowe, *Kosovo 1999: the Air Campaign*, *IRRC* 82 (2000), no. 837, S. 147 ff., 151 f.

Zu dieser Frage sagt weder der Bericht der genannten Kommission der Anklagebehörde des Jugoslawientribunals noch die Bundesregierung etwas Hinreichendes. Der Bericht behandelt nur eine der vielen angegriffenen Brücken, nämlich die über die Grdelica-Schlucht,

§§ 58 ff. des Berichts.

und dies unter einem ganz anderen Gesichtspunkt, nämlich dem des zivilen Kollateralschadens. Das Problem, ob die Brücke überhaupt ein militärisches Ziel war, wird nur in einem Nebensatz und unsubstantiiert angesprochen:

„which was claimed to be part of a re-supply route being used for Serb forces in Kosovo.”

Zum Beleg für die militärische Bedeutung dieser Brücke reicht das nicht aus. Es mag auch sein, wie die Bundesregierung geltend macht, dass der Angreifer insofern eine Einschätzungsprärogative hat und dass es nicht nur auf den einzelnen Angriff, sondern auf die Beurteilung einer Gesamtsituation ankommt. Aber Einschätzungsprärogative heißt nicht, dass auf jegliche konkrete Angaben zum militärischen Nutzen verzichtet werden kann. Wenn man die Gesamtsituation bewertet, dann bleibt es doch beim Fehlen eines militärischen Nutzens. Insofern gilt für die Zerstörung der vielen Brücken in Serbien insgesamt nichts anderes als für die Zerstörung der Brücke von Vavarin.

Selbst wenn man der These folgt, eine Brücke sei wegen ihrer abstrakt möglichen militärischen Nützlichkeit immer ein militärisches Ziel, ist jedenfalls die Verhältnismäßigkeit des zivilen Schadens ausgeschlossen. Ein lediglich hypothetischer Nutzen kann keinen zivilen Begleitschaden rechtfertigen, schon gar nicht einen so erheblichen wie im vorliegenden Fall.

Die Brücken wurden denn auch nicht wegen ihrer militärischen Bedeutung zerstört, sondern weil ihre Zerstörung ein psychologisches Druckmittel gegen die serbische Führung sein sollte. Diese Politik der Zielfindung wird deutlich aus einem Kommentar eines in diese Zielfindung eingebundenen amerikanischen Rechtsberaters:

„At the outset of the conflict, it was expected that Operation Allied Force was going to be quick and easy. There were about fifty to seventy-five predesignated target approved in advance. These were very traditional targets that were chosen for immediate military impact. They involved command and control, integrated air defense systems, airfields and aircraft – thoroughly traditional military targets. But Operation Allied Force was not quick and short lived. We realized very quickly that the Serbs were not going to leave Kosovo easily. This caused two things to happen: there was a need for more targets, and there was a need to move to different type of targets other than just the traditional military targets.”

H. Dalton, Commentary, in A. Wall (Hrsg.), *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, a.a.O.. S. 199.

So kamen denn die Brücken zur Lösung einer politischen Verlegenheit als Ziele hinzu, die eben nicht “traditionelle militärische Ziele” waren. Von der militärischen Bedeutung der Brücken ist da nicht die Rede. Der erstrebte Vorteil war mit anderen Worten kein

militärischer, sondern ein politischer. Ein solcher rein politischer Vorteil kann aber eine solche Zerstörung nach humanitärem Völkerrecht nicht rechtfertigen.

M. Bothe, Kosovo – Anlässe zum völkerrechtlichen Nachdenken, in Ipsen u.a. (Hrsg.), Wehrecht und Friedenssicherung, Festschrift für Klaus Dau, S. 13 ff., 24.

5. Begründung subjektiver Rechte als Frage der Praktikabilität

Die Bundesregierung begründet ihre Ablehnung von individuellen Rechten der Opfer von Verletzungen des humanitären Völkerrechts auch mit der Behauptung, solche Rechte seien nicht praktikabel. Dem liegt offenbar die Annahme zugrunde, eine effiziente Regelung der internationalen Beziehungen sei nur möglich, wenn man sie in den Händen der Regierungen, d.h. der staatlichen Bürokratien belässt. Dieses Konzept der internationalen Beziehungen entsprach den Realitäten allenfalls bis in die 60er Jahre des letzten Jahrhunderts. Seitdem ist dieses Monopol der staatlichen Bürokratien immer mehr verdrängt worden. Eine Vielzahl von Akteuren gestaltet die internationalen Beziehungen: transnationale Unternehmen, internationale Verbände, Nichtregierungsorganisationen und eben zunehmend auch Individuen, letztere nicht nur im Bereich der Menschenrechte. So setzt die völkerrechtliche Vertragspraxis im Bereich des Umweltnachbarrechts seit den 70er Jahren des letzten Jahrhunderts systematisch auf grenzüberschreitende Bürgerbeteiligung und grenzüberschreitende individuelle Rechtsbehelfe. All dies hat sich manchen Bedenken zum Trotz als durchaus praktikabel erwiesen.

Die Bundesregierung scheint zu befürchten, dass die Anerkennung von Individualrechten den Regierungen die Möglichkeit nähme, mit anderen Staaten völkervertraglich für bestimmte Problemkomplexe Gesamtregelungen zu treffen. Davon kann jedoch keine Rede sein. Die Möglichkeit, dass Staaten völkervertraglich über Ansprüche ihrer Bürger disponieren, bleibt, vorbehaltlich der Beachtung von *ius cogens*, unberührt. Welche verfassungsrechtlichen Grenzen die Staaten dabei nach ihrem Recht zu beachten haben, ist eine andere Frage. An der Praktikabilität dieses Weges ändert das nichts.

Frankfurt am Main, den 29. Juni 2010

Prof. Dr. Michael Bothe

Bremen, den 29. Juni 2010

Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano