

ANALYSEN UND BERICHTE

Das Völkerrecht des Kolonialismus: Genese, Bedeutung und Nachwirkungen

Von *Jörn Axel Kämmerer*, Hamburg

I. Einleitung

Ist die Ära des Kolonialismus für das Völkerrecht nach Anbruch des dritten Jahrtausends noch von Interesse? Mit der Unabhängigkeit des letzten UN-Treuhandgebietes Palau am 1. Oktober 1994 scheint das Kolonialzeitalter zwar besiegelt zu sein. Noch nicht abgeschlossen aber ist die historische Aufarbeitung der Epoche, um deren Bewertung bis heute Kontroversen ausgetragen werden. In der insgesamt gemischten Bilanz schlagen Entrechtung und Dezimierung von Kolonialvölkern als markantes Passivum zu Buche. Aufmerksamen Zeitgenossen, die sich von der Faszination kolonialen Abenteuerturns nicht blenden ließen, musste deutlich werden, dass die weitaus meisten Kolonialreiche für die indigene Bevölkerung gewiss kein „Platz an der Sonne“ waren; symbolhafte Anklageschriften wie *Joseph Conrads* „Herz der Finsternis“ belegen dies. Manche koloniale Rechnung ist, um im Bild zu bleiben, noch offen, wobei sich die Hoffnung auf Klärung verstärkt mit dem Völkerrecht verbindet. In der Blütezeit des Kolonialismus, um die Wende zum 20. Jahrhundert, negierten Völkerrechtslehre und -praxis den Zwiespalt zwischen einem moralisch begründeten Zivilisationsanspruch der Kolonialmächte und dem oft barbarischen Verhalten ihrer Repräsentanten. Die seinerzeit erörterten Rechtsfragen betrafen überwiegend die Grundlagen überseeischen Gebietserwerbs und den Rechtsstatus der Kolonien. Mit der Verfestigung der territorialen Ordnungen in Übersee flauten, lange vor der Dekolonisation, auch diese Debatten ab.

Das Verschwinden der Kolonien von der Weltkarte – vorwiegend zwischen 1955 und 1975 – setzte der Unselbständigkeit der Kolonialvölker ein Ende. Wohl fand die tatsächliche oder vermeintliche Ausbeutung der Kolonialgebiete und ihrer Bevölkerung den Weg auf die internationale Agenda, doch nicht um der Wiedergutmachung zugefügten Schadens willen. Vielmehr strebte die sich neu formierende Völkerrechtsgemeinschaft nach der

Begründung von Regeln, die gern unter dem Oberbegriff Entwicklungsvölkerrecht¹ zusammengefasst werden – wie die Meistbegünstigungsvorschriften des GATT/WTO-Systems, das Konzept der „common but differentiated responsibilities“ beim Umwelt- und Klimaschutz², das Cotonou-Vertragssystem zwischen EU und den sog. AKP-Staaten u.a. Dass tief unter diesen gegenwartsbezogenen Regeln ungelöste Probleme des kolonialen Völkerrechts weiter schwelten, hat sich in den letzten Jahren gezeigt, als sich das Kolonialzeitalter einen Weg zurück ins öffentliche Bewusstsein und auch das der Fachöffentlichkeit brach. Exemplarisch hierfür steht der Herero-Aufstand von 1904 in Deutsch-Südwestafrika³, dessen Niederschlagung nicht wenige Historiker als „Probelauf“ für den Holocaust interpretieren⁴. Das kleine afrikanische Volk sei aus rassistischen Motiven planmäßig und nach Maßgabe einer entsprechenden Anordnung in die Vernichtung getrieben und die wenigen diesem Schicksal Entgangenen in Lager gesperrt worden. Vertreter der Herero hatten hundert Jahre nach den Ereignissen Klagen in den USA gegen Deutschland und deutsche Unternehmen eingereicht, die, wie sie meinten, von der Niederwerfung und Dezimierung der Herero profitiert hatten⁵.

Die Herero-Klage ist, obschon gescheitert, kein Einzelfall gewesen und wird gewiss Nachahmer finden. Die Südseerepublik Palau, einst in deutschem Kolonialbesitz, kündigte im Jahre 2003 an, die einstige Kolonialmacht Deutschland wegen Ausbeutung der dortigen Phosphatvorkommen zu verklagen⁶, nachdem das benachbarte, ebenfalls einst deutsche Nauru sich – nach für zulässig erklärter Anrufung des IGH – mit dem Völkerbund-Mandat Australien 1992 außergerichtlich auf Kompensationsleistungen geeinigt hatte⁷. Die seit

¹ Vgl. nur *Maurice Flory*, *Droit international du développement*, 1. Aufl. 1977; *Francis G. Snyder/Peter Slinn* (Hrsg.), *International Law of Development: Comparative perspectives*, 1987; *Guy Feuer/Hervé Cassan*, *Droit international du développement*, 2. Aufl. 1991; *Markus Kaltenborn*, *Entwicklungsvölkerrecht und Neugestaltung der internationalen Ordnung: Rechtstheoretische und rechtspolitische Aspekte des Nord-Süd-Konflikts*, 1998.

² Vgl. dazu statt vieler *Christopher D. Stone*, *Common But Differentiated Responsibilities in International Law*, *AJIL* 98 (1004), S. 276 ff.; *Christina I. Doria*, *Reservations to the ICCPR and CEDAW in the Light of Common But Differentiated Responsibility*, *HagueYIL* 17 (2004), 37 ff.

³ Vgl. *Manfred O. Hinz*, *Der Krieg gegen die Herero: Friedensschluss hundert Jahre danach?*, in: *Norman Paech u.a.* (Hrsg.), *Völkerrecht statt Machtpolitik: Beiträge für Gerhard Stuby*, 2004, S. 148 ff.; *Jörn Axel Kämmerer/Jörg Föh*, *Das Völkerrecht als Instrument der Wiedergutmachung?*, *AVR* 42 (2004), S. 294 (298 ff.).

⁴ Vgl. insbesondere *Jürgen Zimmerer*, *Von Windhuk nach Auschwitz. Beiträge zum Verhältnis von Kolonialismus und Holocaust*, 2006, im Erscheinen; *ders.*, *Krieg, KZ & Völkermord. Der erste deutsche Genozid*, in: *ders./Joachim Zeller* (Hrsg.), *Völkermord in Deutsch-Südwestafrika: Der Kolonialkrieg (1904-1908) in Namibia und seine Folgen*, 2003, S. 45 ff.

⁵ Vgl. *Kämmerer/Föh*, *AVR* 42 (2004), S. 294 (295).

⁶ NDR-Meldung vom 22.12.2003. Von der Umsetzung des Vorhabens ist bis jetzt nichts bekannt.

⁷ Vgl. die Erledigungserklärung des IGH: *ICJ, Case Concerning Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, *Order of 13 Sept.* 1993.

Jahren angekündigte Klage von Vertretern der kenianischen Kikuyu vor britischen Gerichten wegen der brutalen Niederschlagung des Mau-Mau-Aufstandes in den fünfziger Jahren ist nunmehr für Ende 2006 vorgesehen⁸. Die italienische Regierung unter *Silvio Berlusconi* erklärte sich zur Finanzierung einer Autobahn in Libyen bereit, um eine Klage auf Ausgleich in der Kolonialzeit verursachter Schäden abzuwenden⁹. Insofern wirft das Thema „Kolonialrecht und Kolonialunrecht“ ähnliche Fragen auf wie der Ausgleich für Folgen mutmaßlicher Kriegsverbrechen: die nach der intertemporalen Geltung völkerrechtlicher Regeln, aber auch nach verfahrensrechtlichen Perspektiven und Grenzen eines Ausgleichs für erlittene Beeinträchtigungen¹⁰. Sein Erkenntniswert reicht aber darüber noch insoweit hinaus, denn wie zu zeigen sein wird, gestaltet es allgemeine Schlüsse auf Wesen und Genese der bestehenden völkerrechtlichen Ordnung. Deren vornehmliches Charakteristikum ist, jedenfalls in personaler Hinsicht, Postkolonialität.

Der erste Hauptteil dieses Beitrages (II.) ist normativen Befunden und kategorialen Eingrenzungen gewidmet: Welche sind die völkerrechtlichen Merkmale der Abhängigkeitsordnung zwischen Kolonialmächten und Kolonien, wie lassen sie sich erklären, und verdichten sich die relevanten Vorschriften in einer Weise, dass von „Kolonialvölkerrecht“ gesprochen werden könnte? Der zweite Hauptteil (III.) zeigt Perspektiven zur Bewältigung von Konflikten auf, die in der Gegenwart um Handlungen der Kolonialmächte an rechtsunterworfenen Völkern bzw. Bewohnern der Kolonien aufbrechen, zeichnet aber auch die Schwierigkeiten nach, die Rechtsuchenden hier begegnen.

II. Das europäische Völkerrecht (*Ius Publicum Europaeum*) als Ursprung der überstaatlichen Kolonialordnung

1. Das Völkerrecht der Kolonialzeit als exklusive Ordnung

a. „Zivilisierte Staaten“ als Völkerrechtsbildner

„Pardon wird nicht gegeben, Gefangene werden nicht gemacht“. Dieses Zitat aus der berühmten „Hunnenrede“ Wilhelms II. vom 27. Juli 1900 könnte exemplarisch für die

⁸ Vgl. Kenya; *Uneasy Start for the Compensation Race*, *The Nation*, 6.3.2005; *Darren Taylor*, *Lawsuit would compensate forgotten freedom fighters*, *Inter Press Service (IPS)*, 7.11.2005; *Kenya Rights Group to sue Britain for colonial-era atrocities*, AFP-Meldung vom 5.5.2006. – Zur Geschichte des Aufstandes vgl. *Caroline Elkins*, *Imperial Reckoning. The Untold Story of Britain's Gulag in Kenya*, 2005.

⁹ Vgl. *Die Presse* vom 25.2.2006; *Süddeutsche Zeitung* vom 3.4.2006, S. 7.

¹⁰ Vgl. hierzu *Jörn Axel Kämmerer*, *Kriegsrepressalie oder Kriegsverbrechen?*, AVR 37 (1999), S. 283 (287 ff.).

Attitüde europäischer Kolonialmächte gegenüber der Bevölkerung unterworfenen Gebiete stehen. Das rigorose Vorgehen, welches Wilhelm mit seinen markigen Worten den aufständischen chinesischen „Boxern“ androhte, wurde bekanntlich auch Realität. „Kommt ihr vor den Feind, so wird er geschlagen. [...] Wer euch in die Hände fällt, sei in eurer Hand.“ Auch Frauen und Kinder erfuhren keine Schonung. Zwar war China im engeren Sinne keine Kolonie, und doch glaubten die europäischen Mächte, dort bestimmte völkerrechtliche Grundsätze – wie denjenigen, sich ergebende gegnerische Soldaten als Kriegsgefangene zu behandeln und die Zivilbevölkerung zu schonen – unbeachtet lassen zu dürfen. Insoweit ist die „Hunnenrede“ – auch wenn China wegen seiner Sonderrolle hier nicht näher betrachtet werden soll – für das damalige Verständnis des Völkerrechts aufschlussreich. Das von den europäischen Mächten geprägte Völkerrecht, das „Ius Publicum Europaeum“¹¹, war bis zum Ersten Weltkrieg und zum Teil noch darüber hinaus eine nahezu geschlossene Rechtsordnung, an deren Bau außereuropäische Gemeinwesen grundsätzlich keinen Anteil haben sollten. Darüber hinaus verstand es sich zunehmend auch als exklusive Ordnung, die keine andere neben sich duldete. In *Thomas Lawrences* Worten umfasste die Völkerrechtsordnung „the rules which determine the conduct of the general body of civilized states in their dealings with one another“¹². Nur scheinbar entspricht diese Definition dem heutigen Verständnis, das „civilized states“ als Pleonasmus behandelt. Denn andere Gemeinwesen als die an der Ordnung beteiligten wurden per definitionem als un- oder halbzivilisierte ausgegrenzt; folglich konnten sie im Grundsatz auch keine Völkerrechtssubjekte, sondern allenfalls Objekte des Völkerrechts sein¹³. Das Attribut „europäisch“ ist seit dem 19. Jahrhundert nicht mehr geographisch, sondern politisch-kulturell zu verstehen. Dem „europäischen Konzert“ angeschlossen waren seit jeher die USA und die nach 1810 entstandenen mittel- und südamerikanischen Staaten. Alle folgten sie europäischen Ordnungsidealen und wurden zudem nicht von Indigenen, sondern von Oligarchien europäischen Ursprungs beherrscht; ihre Integration in das Modell bereitete daher geringe Probleme. Sonderfälle, die hier ausgeklammert bleiben sollen, bildeten der Freigelassenen-Staat Liberia, Maryland (1854-1857)¹⁴ und Haiti.

¹¹ Vgl. nur *Carl Schmitt*, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 1950, S. 111 ff.

¹² *Thomas Lawrence*, *The Principles of International Law*, 1895, S. 1, zit. n. *Antony Anghie*, *Imperialism, Sovereignty and International Law*, 2004, S. 108, der auf die Einebnung des Unterschiedes zwischen „zivilisierten“ und „nicht-zivilisierten“ Gemeinwesen im Völkerrecht der Gegenwart hinweist (S. 110).

¹³ Dazu *Paul Keal*, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples*, 2003, S. 29, 36, 39 m.w.N.; auch *Jörg Fisch*, *Die europäische Expansion und das Völkerrecht*, 1984, S. 322. – Die zeitgenössischen Rechtsgelehrten sahen keinen Anlass, dies zu beschönigen; vgl. *Kurt von Böckmann*, *Die Geltung der Reichsverfassung in den deutschen Kolonien*, 1912, S. 163: „rein[e] Objektqualität der eingeborenen Kolonialbevölkerung“.

¹⁴ *Charles Henry Alexandrowicz*, *The Afro-Asian World and the Law of Nations*, RdC 123 (1968 I), S. 117 (174 f.). „Maryland“ bezeichnet nicht den US-Bundesstaat, sondern eine gleichnamige,

b. *Prä- und Frühkolonialismus: Ordnungsrelativismus bei partizipativer Beschränktheit*

Bis zum 19. Jahrhundert waren die rechtlichen Beziehungen zwischen europäischen und anderen Mächten in weit stärkerem Maße durch Kooperationswillen geprägt als später. Dem europäischen Geschlossenheitsdogma widersprach dies keineswegs. Vielmehr lassen sich Indizien dafür finden, dass die Staatenpraxis einen „Relativismus der Völkerrechtsordnungen“ zuneigte. Zwar war der europäische „Club“ genuin außereuropäischen Mächten im Grundsatz verschlossen, doch erhob er auch nicht den Anspruch, die einzig bestehende alleinige Staatenordnung darzustellen und mit dem „Ius Publicum Europaeum“ über eine Rechtsordnung mit allumfassender Geltung zu verfügen. Man darf es als eine Art Vereinsatzung betrachten, die nur für ihre Mitglieder beachtlich war, deren Kreis wiederum nach dem Willen der ihr Zugehörenden begrenzt und nicht beliebig erweiterungsfähig war¹⁵. Zwischen den Gemeinwesen¹⁶ in Ostasien beispielsweise bestanden rechtliche Beziehungen, die anderen Ordnungsmodellen huldigten als das Ius Publicum Europaeum, ohne von diesem verdrängt zu werden¹⁷. Die von Tributverhältnissen geprägte Staatenhierarchie klingt noch heute in dem von den Chinesen für das eigene Land verwendeten Namen *Zhongguo* („Land“ bzw. „Reich der Mitte“) an. Auch im arabisch-ostafrikanischen Raum bestanden spezifische, teils hierarchische Ordnungsmodelle.

Da die europäischen Mächte auf der einen und China, Vietnam oder Siam auf der anderen Seite unterschiedlichen und geschlossenen Ordnungen zugehörten, musste ein *modus vivendi* für die Beziehungen zwischen ihnen gefunden werden. Die aus pragmatischen Gründen anfangs vollzogene Beachtung der für Vertreter asiatischer Staaten für den Auftritt vor dem Herrschern dieser Gemeinwesen geltenden Verhaltensregeln (sofern die Europäer den Status des Verhandlungspartners innerhalb der asiatischen Vasallitätsordnung nicht missdeuteten, was vorkam)¹⁸ konnte auf Dauer nicht beibehalten werden. Der Vollzug des Kottaus wäre von den Asiaten mit der Zeit als Zeichen der dauernden Unterwerfung und des Bekenntnisses zur Tributbereitschaft gedeutet worden. Die Europäer passten sich

später in Liberia aufgegangene Gebietskörperschaft gleichen Namens auf westafrikanischem Boden.

15 Vgl. *Herbert Krüger*, Das Prinzip der Effektivität, oder: Über die besondere Wirklichkeitsnähe des Völkerrechts, in: Constantopoulos u.a. (Hrsg.), *Grundprobleme des internationalen Rechts: Festschrift für Jean Spiropoulos*, 1957, S. 278 ff.

16 Ich verwende den Terminus des Gemeinwesens, da selbst Begriffe wie der des Staates dem europäischen Völkerrecht entspringen und in außereuropäischen Ordnungen nicht zwingend Entsprechungen finden.

17 Vgl. *Fisch* (o. Fn. 13), S. 37 f.

18 Vgl. *Alexandrowicz*, RdC 123 (1968 I), 117 (136 f.).

zu ihrem eigenen Vorteil den fremden Ordnungen äußerlich einerseits durchaus an¹⁹, waren aber andererseits bestrebt, den asiatischen Potentaten materialiter von gleich zu gleich zu begegnen – auch wenn solches in der hierarchischen Ordnungsvorstellung eines chinesischen Kaisers nicht vorgesehen war. Abgemildert wurden solche Widersprüche durch Begründung so genannter Kapitulationensysteme, die Europäern auf nationaler Ebene eine Art Sonderrechtsstatus zuerkannten, welcher der Exterritorialität oft nahe kam²⁰. Verfahrenspragmatismus prägte bereits die von den Jesuiten arrangierten russisch-chinesischen Grenzverträge von Nertschinsk (1689) und Burinsk/Kiachta (1727)²¹. Solche Praxis hätte vielleicht in eine Art „Kollisionsrecht“ für den Verkehr zwischen koexistierenden völkerrechtlichen Ordnungen münden können; die Entwicklungen aber nahmen einen anderen Verlauf.

c. *Universalität und Exklusivitätsanspruch der überstaatlichen Normenordnung im hochkolonialen Zeitalter*

Das Fortschreiten der europäischen Expansion ging mit einem Vordringen in Räume einher, die – wie große Teile Afrikas – nicht so offenkundig von überregionalen Ordnungen geprägt waren wie etwa Ost- oder Südasien. In dieser Phase begann sich das *Ius Publicum Europaeum* nicht nur von jeder Vorstellung einer Koexistenz völkerrechtlicher Ordnungen zu distanzieren, sondern nachweislich sogar von manchen zuvor eingegangenen paritätischen Beziehungen mit nichteuropäischen – im Grunde undogmatisch, da der Topos dem europäischen Völkerrecht verhaftet ist, so bezeichneten: – Staaten²². Die europäische Ordnung wird nicht mehr nur als geschlossene, sondern als einzige und exklusive völkerrechtliche Ordnung angesehen. Für die Mitglieder des „europäischen Konzerts“ gingen damit Anspruch und Auftrag einher, auch außerhalb Europas, ja mit Wirkung für die ganze Welt, verbindlich Recht zu setzen²³. Man könnte entgegenen, just dies habe das europäische Völ-

¹⁹ *Fisch* (o. Fn. 13), S. 39: „Die Frage, ob Asien zum Geltungsbereich des europäischen Völkerrechts gehört habe, ist [...] falsch gestellt. Das europäische Völkerrecht bildete keineswegs den Maßstab, an dem die Beziehungen gemessen wurden. [...] Es ging den Europäern nicht um den Export ihres Völkerrechts, [...] sondern darum, aus dem an Ort und Stelle vorgefundenen Völkerrecht möglichst viel zu ihren Gunsten herauszuholen.“

²⁰ *Alexandrowicz*, RdC 123 (1968 I), 117 (150 ff.).

²¹ Die Urfassung beider Verträge – in lateinischer(!) Sprache – gehörte neben einer russischen und einer mandschurischen Version (Mandschurisch war seinerzeitige Sprache am chinesischen Kaiserhof) zu den authentischen Textfassungen. Die chinesischen Übersetzungen sind inoffizieller Natur.

²² *Alexandrowicz*, RdC 123 (1968 I), 117 (164).

²³ Bezeichnend *Robert Adam*, Völkerrechtliche Okkupation und deutsches Kolonialstaatsrecht, AöR 6 (1891), 193 (245): „Für das positive Völkerrecht entscheidet bei der Okkupation staatenloser

kerrecht seit jeher praktiziert, insbesondere im Seerecht; doch ist hier die sich gegen die „mare clausum“-Doktrin am Ende durchsetzende *Grotius*'sche Freiheitsordnung doch vornehmlich durch Abwesenheit rechtlicher Bindungen geprägt. Exklusivitätsanspruch und partizipative Geschlossenheit verbanden sich zum rechtlichen Fundament des Kolonialismus. Aus Sicht des *Ius Publicum Europaeum* war, wie *Carl Schmitt* diagnostizierte, „alles Land der Erde entweder Staatsgebiet europäischer oder ihnen gleichgestellter Staaten, oder es ist noch frei okkupierbares Land, d.h. potenzielles Staatsgebiet oder potenzielle Kolonie.“²⁴

Die nunmehr fast einhellige Negation paralleler Völkerrechtsordnungen, insbesondere in Afrika, dämpfte die Bereitschaft der Europäer, „un- oder halbzivilisierte“ Gemeinwesen als Verhandlungspartner anzuerkennen oder gar dem „europäischen Club“ zu assoziieren. Dabei sind die Diskriminierungstendenzen nicht Spiegelbild der Geschlossenheit der europäischen Völkerrechtsordnung, sondern wurden durch sie nur begünstigt. Das europäische Völkerrecht hatte einen Spagat zu leisten: So sehr es sich *ratione materiae* zu einer universalen Ordnung entwickelte, so sehr behielt es *ratione personarum* die Beschränktheit des geschlossenen Clubs bei, ja es distanzierte sich von vorgängigen Öffnungstendenzen: Noch bis zur ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts waren auch mit afrikanischen Gemeinwesen noch Handelsverträge abgeschlossen und Konsularbeziehungen unterhalten worden – was später nach Möglichkeit negiert wurde²⁵. Die soziologischen Ursachen für diese Entwicklung zur Übersteigerung des europäischen Elitarismus hin können hier nur spekulativ gestreift werden. Neben Vorstellungen anthropologischer „Wertigkeit“²⁶ wird auch die durch technische Entwicklungen erleichterte Mobilität eine Rolle gespielt haben: Wer sich statisch verhält, weil er nicht über die Mittel verfügt, Erkundungs- und Handelsreisen zu unternehmen, riskiert, in den Augen der expansiven Europäer nicht als Kooperationspartner angesehen, sondern zum Gegenstand ihres Rechts degradiert zu werden. Wo dies, wie bei China, praktisch nicht gelang, wurde die Demutsgeste gesucht: Der erzwungene Kotau des chine-

Gebiete [...] die welthistorische Tatsache, dass europäische Nationen im auswärtigen Verkehr wechselseitig sich niemals das Recht der Okkupation an staatenlosen Gebieten bestritten haben.“

²⁴ *C. Schmitt* (o. Fn. 11), S. 143 (Hervorhebung im Original).

²⁵ *Fisch* (o. Fn. 13), S. 43, 332 ff., 337; *Alexandrowicz*, RdC 123 (1968 I), 117 (183 ff.).

²⁶ Zum Zusammenhang von Sozialdarwinismus, Rassismus und Imperialismus, vor allem im Vereinigten Königreich, vgl. etwa *Hannsjoachim Koch*, *Der Sozialdarwinismus. Seine Genese und sein Einfluss auf das imperialistische Denken*, 1973, S. 87 ff., 113 ff.. Das dort (S. 91) auf deutsch wiedergegebene Bekenntnis von *Cecil Rhodes* (aus dem Jahr 1877) lautet im Originaltext: "I contend that we are the finest race in the world and that the more of the world we inhabit the better it is for the human race. Just fancy those parts that are at present inhabited by the most despicable specimens of human beings, what an alteration there would be if they were brought under Anglo-Saxon influence, look again at the extra employment a new country added to our dominions gives. I contend that every acre added to our territory means in the future birth to some more of the English race who otherwise would not be brought into existence."

sischen Prinzen *Chun* vor *Wilhelm II.* nach der Niederschlagung des Boxeraufstandes kehrte das Ordnungs- und Hierarchieverständnis des „Reiches der Mitte“ regelrecht um²⁷.

2. Ein „Kolonialvölkerrecht“ als Teilgebiet der Völkerrechtsordnung?

Der festgestellte Befund deutet auf die Leitfrage für die weiteren Erörterungen, welche lautet: ob die dargestellten Entwicklungen denn eine Ordnung hervorbrachten, welche „Kolonialvölkerrecht“ genannt zu werden verdient. Daran bestehen, wie im Folgenden näher darzulegen sein wird, aus mehreren Gründen Zweifel: Ein klar umgrenzter Bezugsbereich ist nicht nur wegen des konturarmen Begriffs „Kolonie“ nicht zu erkennen, die Regelungsdichte ist gering, ja regelrecht „antipositive“ Züge werden erkennbar, dies alles bei deutlichen regionalen Unterschieden.

a. Mehrdeutigkeit der Begriffe „Kolonie“ und „Protektorat“

Schon der Versuch, die Vielfalt rechtlicher Bezugs- und Abhängigkeitsverhältnisse über den Kamm des Begriffes „Kolonie“ zu scheren, ist zum Scheitern verurteilt. Völkerrechtliche Bedeutung ist dem Topos, der sich überhaupt nur in wenigen offiziellen Dokumenten – darunter Art. 22 Abs. 1 der Völkerbundsatzung – findet, praktisch nicht zugewachsen. Es scheint, dass die europäischen Kolonialmächte (ganz anders als die Völkerrechtslehre ihrer Zeit) auch kein Interesse an einer völkerrechtlichen Kategorisierung aufbrachten. Wenn hier gleichwohl auf den Terminus rekurriert wird, geschieht dies um der Darstellung willen: „Kolonie“ steht insoweit als Sammelbegriff für überseeische abhängige Gebiete im Sinne des Art. 73 der UN-Charta.

Der Versuch einer präzisen und völkerrechtlich aussagekräftigen Kategorienbildung wird schon durch die Breite der rechtlichen wie tatsächlichen Phänomenologie erschwert. Hinzu kommt, dass selbst völkerrechtlich solide wirkende Bezeichnungen (wie Protektorat) in der Kolonialzeit oft nur als Fassade verwendet oder staatsrechtlich umgedeutet wurden. Überhaupt war, wo die Grenze zwischen Inland und Ausland zu ziehen war, heiß umstritten. Frankreich beispielsweise hatte in vielen Fällen Protektoratsverträge abgeschlossen, zog aber später die ausschließliche Herrschaft an sich und färbte den Sachverhalt damit staats-

²⁷ Dazu ausführlich *Klaus Mühlhahn*, Zwischen Sühne und nationaler Schande: Die Sühnebestimmungen des Boxerprotokolls 1901 und der Aufstieg des chinesischen Nationalismus. in: S. Kuß/B. Martin (Hrsg.), *Das Deutsche Reich und der Boxeraufstand*, 2002, S. 245 (251 ff.). Danach trug die „Sühneaktion“ tatsächlich aber auch zu einer nachhaltigen Verbesserung der Beziehungen zwischen Deutschland und China bei.

rechtlich ein²⁸. „Kolonie“ war für Paris nur die Bezeichnung für einen bestimmten Verwaltungstyp; der Norden Algeriens zählte sogar als integraler Teil Frankreichs. Französische Protektorate zeichneten sich vielfach durch die Koexistenz einer (auf französische Herrschaftsbefugnisse beschränkten) Kolonie und eines mit dieser nicht identischen, nicht souveränen Einheimischenstaates aus²⁹. Praktisch unüberschaubar – *Berber* kapitulierte vor der herkulischen Aufgabe einer Systematisierung³⁰ – war die im hohen Grade pragmatische Formenvielfalt im britischen Empire, das spätmittelalterlichen Relikten wie z.B. der Isle of Man ebenso Raum gab wie neuzeitlichen Abhängigkeitsbeziehungen bis hin zum Dominion mit Sitz und Stimme im Völkerbund. Mit dem Begriff der Kolonie gingen die Briten einerseits großzügig um, nahmen aber vor allem Indien von dieser Kategorie ausdrücklich aus³¹. Gemeinwesen wie (vor 1922) Ägypten wurde von den meisten deutschen Völkerrechtlern Staatscharakter zuerkannt, weshalb sie gern als Protektorate bezeichnet wurden. Allerdings war das heute vorherrschende Verständnis des Protektorats als eines nicht-souveränen Staats noch nicht verfestigt. Was Sansibar betrifft, bestand über die ursprünglich souveräne Herrschaft des (omanischen) Sultans immerhin Einigkeit, was sich auch an der Einrichtung europäischer Konsulate vor Mitte des 19. Jahrhunderts zeigte³². Die Annahme, Deutschland habe Sansibar dem Sultan für 4 Mill. Mark regelrecht abgekauft, trägt hingegen; Deutschland erwarb von ihm lediglich pachtweise einen Küstenstreifen des Festlandes, der dem Sultan unterstellt war. Erst nach Abschluss des „Vertrages über die Kolonien und Helgoland“, vulgo Helgoland-Sansibar-Vertrag³³, vom 1.7.1890 kam es zur Begründung

²⁸ *Albert Bleckmann*, Das französische Kolonialreich und die Gründung neuer Staaten: die Rechtsentwicklung in Syrien/Libanon, Indochina und Schwarzafrika, 1969, S. 86 ff., 93 f., 101 ff. – Ähnlich für Deutschland *Paul Laband*, Staatsrecht, Band 2, 5. Aufl. 1911, S. 283 f. (für Südwestafrika); *Georg Lüttich*, Die Mitwirkung von Bundesrat und Reichstag bei der Kolonialgesetzgebung, 1914, S. 52: Wegen Vertragsbruch der Häuptlinge sei die Zahl der kolonialen Protektorate zurückgegangen und die Schutzgewalt habe sich in volle Staatsgewalt verwandelt. Vgl. auch den Hinweis von *Alexandrowicz*, RdC 123 (1968 I), 117 (197), auf die vielfach bestehende Schwierigkeit der Zuordnung zum klassischen völkerrechtlichen oder „kolonialen“ Protektorat (dazu infra S. 11 f.).

²⁹ Vgl. *Bleckmann* (o. Fn. 29), S. 106 f.

³⁰ *Friedrich Berber*, Die Rechtsbeziehungen der britischen Dominions zum Mutterland, 1929, S. 7: „Die juristische Betrachtung der Herrschaftsformen im britischen Imperium würde wenig mehr bedeuten als ein Sammelsurium aller möglichen Staatsrechtsverhältnisse.“ Vgl. auch *Richard Kempe*, Das britische Weltreich als völkerrechtliche Organisation, 1929.

³¹ Zur besonderen Stellung Indiens (nach 1919) *Berber*, ebd., S. 15 f.

³² Vgl. *Heribert Schwörbel*, Die staats- und völkerrechtliche Stellung der deutschen Schutzgebiete – nebst Anhang: Über das Kolonialstaatsrecht Englands und Frankreichs, 1906, S. 16 f.; *Alexandrowicz*, RdC 123 (1968 I), 117 (184).

³³ Vgl. Das Staatsarchiv, Sammlung der offiziellen Aktenstücke zur Geschichte der Gegenwart, 51. Band, 1891, S.151. – Art. XI dieses Vertrages bringt klar zum Ausdruck, dass Sansibar beiden Parteien bis dato als souveräner Staat galt: „Großbritannien wird seinen ganzen Einfluß aufbieten, um ein freundschaftliches Übereinkommen zu erleichtern, wodurch der Sultan von Zanzibar seine auf dem Festland gelegenen [...] Besitzungen [...] an Deutschland ohne Vorbehalt abtritt. Es

einer echten Protektoratsbeziehung mit dem Sultan von Sansibar, nun aber nicht im Verhältnis zu Deutschland, sondern zu Großbritannien³⁴. Entgegen verbreiteter Auffassung handelte es sich beim Helgoland-Sansibar-Vertrag nicht um eine Gebietstauschvereinbarung, sondern lediglich (mit Ausnahme von Art. XII betreffend Helgoland) um eine zeittypische Abgrenzung von Interessensphären zwischen Kolonialmächten. Die Zuordnung zur Kategorie des „Protektorats“ wurde infolge der Begriffsverwirrung, welche insbesondere Deutschland mit seiner Lehnübersetzung³⁵ „Schutzgebiet“ stiftete, nicht gerade erleichtert. Die Bezeichnung wurde unterschiedslos auf Deutschlands abhängige Gebiete in Afrika und Ozeanien angewandt. Die meisten dieser Territorien wurden nicht auf vertraglicher Basis erworben, und selbst der Abschluss eines Schutzvertrages mit einheimischen Potentaten oder auch nur die Erteilung eines Schutzbriefes war nicht allenthalben die Regel³⁶. Als Schutzgebiet wurde selbst das chinesische Kiautschou betitelt – und fiel damit unter das Schutzgebietsgesetz des Deutschen Reiches von 1886 –, obwohl keineswegs Gewissheit darüber bestand, dass China seiner territorialen Souveränität entledigt war, und Deutschland durch „Pacht“ möglicherweise nur die Gebietshoheit erlangt hatte³⁷. Im Falle Samoas war zunächst (1879) ein bilateraler Freundschaftsvertrag zwischen den europäischen Mächten und Samoa geschlossen worden, später ordneten die interessierten Mächte (außer Deutschland auch die USA und Großbritannien) gemeinsam durch Vertragsschluss mit Samoa dessen zerrüttete innere Angelegenheiten. Die Kolonisierung schritt fort mit der Errichtung eines „gemeinsamen Kondominiums“ bzw. Protektorats über Samoa (Berliner Generalakte, 1889) – wohingegen manche vom Fortbestand eines unabhängigen Samoa ausgingen –, an dessen Stelle zehn Jahre später die Aufteilung des Gebietes kraft bilateraler Verträge der Kolonialmächte trat³⁸. Dem samoanischen König war zunächst wiederholt die Achtung seiner Souveränität zugesichert worden. Weite Teile des kolonialrechtlichen

herrscht Einverständnis darüber, dass Se. Hoheit gleichzeitig für den aus dieser Abtretung entstehenden Verlust von Einnahmen eine billige Entschädigung erhalten soll.“ In Abs. 2 verpflichtet sich Deutschland vorsorglich zur Anerkennung der noch zu begründenden Schutzherrschaft Großbritanniens über die verbleibenden Besitzungen des Sultans.

³⁴ Vgl. *Alexandrowicz*, RdC 123 (1968 I), 117 (195).

³⁵ Nach *Schwörbel* (o. Fn. 33), S. 18 ff., ist die Bezeichnung von den Briten entlehnt und vom Vorbild der englischen Gesellschaftskolonien geprägt; vgl. auch *Erich Dietzel*, Der Erwerb der Schutzgewalt über die deutschen Schutzgebiete, 1909, S. 76 (Anleihe am englischen „protectorate“).

³⁶ Vgl. zu den Schutzverträgen *Kämmerer/Föh*, AVR 42 (1004), 294 (306 f.) m.w.N.

³⁷ So *Georg Jellinek*, Die staats- und völkerrechtliche Stellung Kiautschous, DJZ 3 (1898), S. 253 ff. – englische Verpachtung („lease“) als neue Völkerrechtskategorie; *Laband* (o. Fn. 29), S. 275 (Deutschlands Rechte als Staatsservitut); a.A. *Franz von Liszt*, Das Völkerrecht: systematisch dargestellt, 1. Aufl. 1898, S. 60 f.; *Karl von Stengel*, Die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete, 1901, S. 23 („verschleierte Abtretung“); *Dietzel* (o. Fn. 36), S. 58 ff. („vorläufig auf 99 Jahre“ schließe den Gedanken des Gebietsheimfalls an China aus); weitere ausführliche Nachweise bei *Norbert Berthold Wagner*, Die deutschen Schutzgebiete, 2002, S. 596 ff.

³⁸ Vgl. *Hans-Jörg Fischer*, Die deutschen Kolonien, 2001, S. 58 f.; *Wagner* (o. Fn. 38), S. 619 ff.

Schrifttums indes bestritten, dass Samoa damit Aufnahme in die Staatengemeinschaft erfahren habe, sei die Zusage doch einem „halbwildem“ Gemeinwesen zur „Beruhigung der Bevölkerung“ erteilt worden³⁹. Damit wurde den europäischen Staaten implizit die Fähigkeit abgesprochen, sich von den Grundsätzen ihres eigenen Handelns lösen zu können, und sei es auch nur mit Wirkung *inter partes*⁴⁰ – was angesichts der Betonung ihrer Souveränität in sonstigen Belangen erstaunt.

Die terminologische Verwirrung kulminiert wohl im Topos des kolonialen Protektorats, der breite Rezeption erfuhr, sich aber nicht durchsetzen konnte. Unter einem völkerrechtlichen Protektorat verstand die Mehrheit in der damaligen Rechtslehre demgegenüber ein zwischen zwei als Völkerrechtssubjekten anerkannten Staaten durch Vertrag begründetes völkerrechtliches Schutz- und Abhängigkeitsverhältnis⁴¹. Im Gegensatz hierzu umriss das Konstrukt des kolonialen Protektorats eine vertraglich begründete Abhängigkeitsbeziehung zwischen einem souveränen Staat und einem indigenen Gemeinwesen, das (mangels zivilisatorischer Reife) völkerrechtliche Staatsqualität, nicht aber Rechtsfähigkeit entbehren sollte; mannigfache Varianten des Konstrukts sind nachweisbar, die es teils einem völkerrechtlichen, teils auch oder ausschließlich einem staatsrechtlichen Kontext einordnen⁴². Das von den Indigenen bewohnte Gebiet, darin stimmten (nicht nur) in Deutschland die meisten Rechtsgelehrten und auch nicht wenige unter den Apologeten des „kolonialen Protektorats“ überein⁴³, war im völkerrechtlichen Sinne herrenlos⁴⁴. Nicht wenige Rechtsgelehrte diskreditierten Zessions- und Schutzverträge als Scheinrechtsakte, fehle es doch den „Eingeborenen“ gleich Kindern an der Fähigkeit zur Vornahme wirksamer Rechts-handlungen⁴⁵. Inkonsistent ist diese Auffassung, wenn als Grund dafür, dass gleichwohl

³⁹ Dietzel (o. Fn. 36), S. 69 f.; Paul Erich Hinz, Die Rechtsbegriffe „Inland“ und „Ausland“ in Anwendung auf die deutschen Schutzgebiete, 1908, S. 17 („Scheinkönigtum“) a.A. Laband (o. Fn. 29), S. 269 ff., 276 ff., 284; Ludwig Bendix, Die rechtliche Natur der so genannten Oberhoheit in den deutschen Schutzgebieten, 1902, S. 68 ff.

⁴⁰ So in der Tat Schwörbel (o. Fn. 33), S. 14 f.: „Das Deutsche Reich bzw. seine Vertreter waren rechtlich überhaupt nicht in der Lage, den eingeborenen Machthabern Souveränität zuzuerkennen [...]“.

⁴¹ Vgl. Friedrich Schack, Das deutsche Kolonialrecht in seiner Entwicklung bis zum Weltkriege, 1923, S. 209 ff.; weitere Nachweise bei Wagner (o. Fn. 38), S. 184 ff., auch zu abweichenden Ansichten.

⁴² Überblick bei Wagner (o. Fn. 38), S. 195 ff.

⁴³ Zum gleichwohl breit gefächerten Meinungsspektrum im deutschen Schrifttum Wagner (o. Fn. 38), S. 104 ff.

⁴⁴ Zahlreiche Nachweise bei Fisch (o. Fn. 13), S. 297 ff. („Theorie der herrenlosen Souveränität“); vgl. auch Dietzel (o. Fn. 36), S. 37 ff., sowie die Nachweise in den folgenden Fußnoten.

⁴⁵ Adam (o. Fn. 24), S. 281; Franz von Holtendorff, Handbuch des Völkerrechts – Auf Grundlage europäischer Staatspraxis, Band 2: Die Völkerrechtliche Verfassung und Grundordnung der auswärtigen Staatsbeziehungen, 1887, S. 256 f.: „[...] weil den dabei beteiligten Barbaren die fundamentalen Vorstellungen von Staat, Gebiet, Grundeigentum und Hoheitsrecht völlig fehlen“/

der Vertragsrahmen Beachtung finde, das Gebot genannt wird, politische Klugheit der eingeborenen Bevölkerung gegenüber walten zu lassen⁴⁶: Wäre diese wirklich unverständig gewesen, hätte es solcher List nicht bedurft⁴⁷. Auch die aus der Erkenntnis ihrer Vertragsunfähigkeit gezogenen Schlüsse sind insoweit eigentümlich, als sie den Schutzbestrebungen des bürgerlichen Rechts fast diametral entgegenstehen: Während dieses den Minderjährigen in der Weise schützt, dass der Vertragspartner keinerlei Vorteil aus dem Geschäft ziehen und Erlangtes zu erstatten hat, schließen die Anhänger der völkerrechtlichen Vertragsunfähigkeitsthese, dass der andere Teil den Gegenstand dann eben durch einseitige Handlungen an sich ziehen dürfe. Die Anhänger der Lehre vom kolonialen Protektorat sprachen dem Protektoratsvertrag immerhin Rechtswirkung zu, doch sollte diese sich – da die indigenen Gemeinwesen nicht über Völkerrechtsfähigkeit und damit das Recht zu gebietsrechtlichen Dispositionen verfügten⁴⁸ – in der Regelung der Modalitäten der Besitzergreifung erschöpfen. Insoweit ist ein signifikanter Statusunterschied zwischen „herkömmlichen“ Kolonien und kolonialen Protektoraten nicht erkennbar. Die in den 1880er Jahren und selbst um die Jahrhundertwende noch gelegentlich vertretene und insbesondere von den USA unterstützte These von der Völkerrechtsnatur der Schutzgebiete bzw. Kolonien bzw. Qualifikation der Gemeinwesen der Indigenen als Staaten⁴⁹ konnte sich nicht durchsetzen. Auch die Verfechter dieser These konnten die Augen nicht vor dem Umstand verschließen, dass die Kolonialmächte umfassende Herrschaft errungen hatten, und nahmen, soweit eine Protektoratsbeziehung angenommen wurde, deren allmähliche Metamorphose zu einem staatsrechtlichen Verhältnis an⁵⁰.

Ad absurdum wird jedes Bemühen um Begriffsfindung schließlich durch den Kongo geführt. Formal betrachtet, verfügte Belgien bis 1908 im „Herzen der Finsternis“ über keine Kolonie. Dort bestand der (selbst von den USA anerkannte) Kongostaat unter der Leitung einer gleichnamigen Internationalen Gesellschaft. Materiell war dieser „Etat indépendant

„Europäischen Nationen gegenüber haben, völkerrechtlich gesehen, staatenlos lebende Wilde ebenso wenig Handlungsfähigkeit, wie in civilrechtlicher Hinsicht Kinder oder Unmündige“; differenzierend (Herrenlosigkeit in der Südsee, nicht aber in Afrika): *Laband* (o. Fn. 29), S. 272. Vgl. auch ebd., S. 282 f. m. Fn. 1 auf S. 283; Wer den Vertrag als Scheinrechtsakt ansehe, impu- tiere dem Kaiser doloses Verhalten; ebenso *P. E. Hinz* (o. Fn. 40), S. 4; *Lüttich* (o. Fn. 29) S. 51 f.; fragwürdige Begründung bei *Schwörbel* (o. Fn. 33), S. 13: Die Gültigkeit der Verträge folge daraus, dass das Reich sie stets beachtet habe; siehe auch *Bluntschli*, *Das moderne Völkerrecht*, 1868, S. 166, der sich für den Abschluss von Verträgen mit den Indigenen ausspricht (und somit davon auszugehen scheint, dass ein solches möglich ist).

⁴⁶ *Adam* (o. Fn. 24), S. 259.

⁴⁷ Deutlich auch *Bendix* (o. Fn. 40), S. 44: „Märchen von der Unintelligenz der Häuptlinge, von ihrem Unverständnis der Tragweite der Verträge“. In der Sache ebenso *Laband* (o. Fn. 29), S. 282.

⁴⁸ *Fisch* (o. Fn. 13), 322.

⁴⁹ Zur (internationalen) Diskussion über diese Frage *Adam* (o. Fn. 24), S. 241 ff.; ebenfalls noch *Bendix* (o. Fn. 40), S. 19 m.w.N.

⁵⁰ *Bendix* (o. Fn. 40), S. 42, 77.

du Congo“ (so die ihm von König *Leopold* am 29.5.1885 verliehene Staatsbezeichnung) seit jeher pure Fassade, doch wahrten alle europäischen Mächte den Schein; Deutschland etwa schloss mit dem Kongostaat 1884 einen Freundschafts- und Freihandelsvertrag ab⁵¹, nachdem er zuerst von den USA anerkannt worden war. Der Eindruck, durch die Kongo-Akte (an der alle europäischen Mächte beteiligt waren)⁵² sei das Gebiet faktisch internationalisiert worden, täuscht, und in diesem Punkt irrten wohl auch nicht wenige ihrer Unterzeichner: Der Kongo sollte König *Leopolds* Alleinherrschaft unterstehen⁵³.

b. Niedrige Erlaubtheitsschwellen und Rechtslücken als Charakteristika

Ein weiteres gegen die Annahme einer Ordnungskategorie „Kolonialvölkerrecht“ streitendes Charakteristikum ist die geringe Zahl und Dichte speziell auf Kolonien bezogener Normen. Es gibt gar Anhaltspunkte für Rechtslücken in dem Sinne, dass eine Vielzahl der auf Gebiete und Bewohner der europäischen Staaten anwendbaren Rechtsvorschriften den Kolonien – oder präziser formuliert: der indigenen Bevölkerung der Kolonien – nicht zugute kommen sollte. Kolonialvölkerrecht existierte nach dieser Prämisse allenfalls als negatorische Ordnung bzw. als *Corpus* diskriminierender Vorgaben. In der Tat finden sich, wie zu zeigen sein wird, nur vereinzelt rechtspositive „Inseln“. Das Ineinandergreifen von Völkerrecht und Staatsrecht sorgt für die erwünschten Interferenzen: Die staatsrechtliche Integration der Kolonien wurde, obwohl sie unter der territorialen Souveränität der Kolonialmacht standen, nur bis zu einem Grad vorgetrieben, der die Übertragung rechtsstaatlicher Garantien nicht offensichtlich erforderte.

(1) Die unvollkommene staatliche Integration überseeischer Gebiete

Das umschriebene Phänomen lässt sich als „unvollkommene staatsrechtliche Integration“ apostrophieren. Die „Verstaatsrechtlichung“ von Schutzbeziehungen zeichnete sich nicht in allen Fällen sogleich ab, sie erfolgte schleichend. In vielen Fällen, vor allem unter französischer Herrschaft, wandelten sich auch echte Protektorate allmählich in regelrechte Kolonien: Die Völkerrechtssubjektivität des Untergebenen wurde aufgesaugt⁵⁴ und Rechtsbezie-

⁵¹ Übereinkunft zwischen dem Deutschen Reich und der Internationalen Gesellschaft des Kongo vom 8.11.1884, RGBI.1885, S. 211 (darin Art. 5: „Das Deutsche Reich erkennt die Flagge der Gesellschaft [...] als diejenige eines befreundeten Staates an.“).

⁵² Acte Général de la Conférence de Berlin/General-Akte der Berliner Konferenz vom 26.2.1885, RGBI. 1885, S. 215.

⁵³ Dokumentation bei *Adam Hochschild*, Schatten über dem Kongo: Die Geschichte eines der großen, fast vergessenen Menschheitsverbrechens [King Leopold's Ghost], 2002, S. 120 ff., 130 ff., 134 f.

⁵⁴ *Bleckmann* (o. Fn. 29), S. 233: Die abgeschlossenen Protektoratsverträge seien als innerstaatliche Abkommen *sui generis* behandelt worden, die keinen Rechtsschutz der Indigenen begründeten.

hungen allein schon durch die Überführung in ein staatsrechtliches Ordnungssystem dem Befassungsinteresse des Völkerrechts schon zum Teil enthoben. Konnte sich die europäische Macht effektiver Beherrschung berühen, so hatte sie auch territoriale Souveränität erlangt. Nur wurde nicht allein in staatsrechtlicher Hinsicht anders verfahren als bei Gebietserwerben auf dem europäischen Kontinent: Ob deutsche Schutzgebiete im verfassungsrechtlichen Sinne zum Reichsgebiet gerechnet werden durften, war Gegenstand lebhafter Kontroversen unter Staatsrechtlern⁵⁵. Faktum war, dass zahlreiche Gesetze nicht von vornherein in den Kolonien galten, sondern eines Normanwendungsbefehles durch das Schutzgebietsgesetz oder (kaiserliche) Verordnung bedurften, sofern nicht simplifizierte Regeln speziell für die Schutzgebiete erlassen wurden. Die indigene Bevölkerung blieb weitgehend ausgeklammert. Ihr demokratische Mitwirkungsrechte zu verleihen, kam weder Politik noch Rechtslehre in den Sinn, und selbst von Frankreich sind solche Partizipationsmöglichkeiten erst im 20. Jahrhundert begründet worden⁵⁶. Auch die Verleihung der für viele Rechtsverbürgungen essenziellen Staatsangehörigkeit der Kolonialmacht wurde jedenfalls von Deutschland kaum in Erwägung gezogen⁵⁷. Dies kontrastiert mit dem Umstand, dass bei Veränderungen territorialer Souveränität in Bezug auf Gebiete auf dem europäischen Kontinent grundsätzlich angenommen wurde, dass der Gebietsbevölkerung

„Spätestens mit der Organisation des Gebiets als Kolonie, d.h. mit der verwaltungsmäßigen ‚Territorialisierung‘, konnten selbst untere Verwaltungsinstanzen das Abkommen beiseite schieben.“ Für die deutschen Kolonien *Bendix* (o. Fn. 40), S. 42, 77: Umwandlung der völkerrechtlichen Protektorate in ein staatsrechtliches Verhältnis, so in Südwestafrika und einigen anderen Gebieten.

⁵⁵ Vgl. auch die Übersicht bei *Marc Grohmann*, *Exotische Verfassung*, 2001, S. 92 ff.; *Fischer* (o. Fn. 39), S. 66 ff.; *Wagner* (o. Fn. 38), S. 205 ff. – Für staatsrechtlichen (nicht aber völkerrechtlichen) Auslandsstatus: etwa *Lüttich* (o. Fn. 29), S. 30 ff., insbes. 32: Geltung der Reichsverfassung nicht in den Schutzgebieten, sondern für die Schutzgebiete; diff. *P. E. Hinz* (o. Fn. 40), insbes. S. 24: keine Bestandteile des Bundesgebietes, aber des Deutschen Reiches; für (eingeschränkte) Zugehörigkeit der Schutzgebiete zum Inland etwa *Schwörbel* (o. Fn. 33), S. 22 ff., 30; *Laband* (o. Fn. 29), S. 285 f.: dem Reich nicht inkorporiert, sondern Pertinenz des Reichsgebietes; von *Böckmann*, *Die Geltung der Reichsverfassung in den deutschen Kolonien*, 1912, insbes. S. 159, 163: Nichtgeltung bestimmter Reichsgesetze, da Reifegrad der Kolonien an das Mutterland noch nicht heranreiche – eine Begründung, die wohl gemerkt an der Sozialstruktur der europäischen und nicht der indigenen Bewohner anknüpft. *Von Böckmann* äußert daran durchaus Kritik: „Man dachte bei der Organisation dieser Gebiete wohl instinktiv mehr an ihre unkultivierten Bewohner als an die Reichsangehörigen, die einmal diese Territorien bewohnen sollten [...]“

⁵⁶ Vgl. aber *Schwörbel* (o. Fn. 33), S. 30, zur Vertretung der Eingeborenen von Guadeloupe, Martinique, Réunion, Französisch-Indien, Cochinchina, Frz.-Guyana und Senegal in den gesetzgebenden Körperschaften des Mutterlandes. – In Deutschland war nicht einmal die weiße Bevölkerung der Schutzgebiete für den Reichstag wahlberechtigt; die Idee einer kolonialen Repräsentation gelangte nicht mehr zur Umsetzung (dazu *Grohmann* [o. Fn. 56], S. 211).

⁵⁷ Eine Demarche des späteren Reichsministers Erzberger blieb ohne Resonanz; vgl. *Grohmann* (o. Fn. 56), S. 179.

pauschal die Staatsangehörigkeit der neuen Territorialmacht zufalle⁵⁸. So erweist sich die staatsrechtliche Integration gerade mit Blick auf das staatskonstitutive Merkmal des Volkes als unvollkommen. Vom Kolonialstaatsrecht profitierten vorwiegend die zugewanderten weißen Minderheiten.

(2) Normierungsdefizit und Positivierungsansätze

Nicht minder dürftig stellen sich die völkerrechtlichen Verbürgungen dar. Die „Clubmitglieder“ des Europäischen Konzerts haben sich des Völkerrechts vor allem dazu bedient, Interessenzonen zu definieren, „Claims“ abzustecken, um andere Mächte von den ins Auge gefassten Gebieten fernzuhalten („*ius excluendi alium*“), und später Grenzverträge abgeschlossen⁵⁹. Mit dem Recht des frühen Entdeckerzeitalters haben solche Verträge – auch wenn „*beyond the line*“ nunmehr mehr kooperiert als gegeneinander gekämpft wurde – die partitive, antikooperative und antimaterielle Tendenz durchaus gemein. Über das oligopolistische europäische Völkerrecht erteilten seine Urheber einander Freibriefe für die völkerrechtliche Aneignung von Gebieten. Dies gilt insbesondere für jene Lehre, die einen originären Erwerb durch Okkupation besiedelten Gebiets für statthaft hielt, mit Einschränkungen aber auch für die Verfechter eines derivativen Gebietserwerbs. Art. 34 und 35 der Kongo-Akte sind insoweit nicht eindeutig und bieten Raum für beide Sichtweisen⁶⁰.

Der Nachweis der weiter oben umrissenen Rechtslücken oder oder auch nur spezifisch nachteiliger Völkerrechtsregeln fällt durchaus nicht leicht. Zum einen waren auch in Europa die humanitären Standards noch wenig ausgeprägt, völkerrechtlicher Menschenrechtsschutz existierte allenfalls im Ansatz. Diese Defizite wurden für die Angehörigen der europäischen Staaten allerdings jedoch durch rechtsstaatliche Gewährleistungen der Hei-

⁵⁸ Vgl. BVerfGE 4, 322 (325 ff.); *Wagner* (o. Fn. 38), S. 235 f.; vgl. auch bereits *Franz von Liszt*, *Das Völkerrecht: systematisch dargestellt*, 1. Aufl. 1898, S. 57.

⁵⁹ Vgl. *Dietzel* (o. Fn. 36), 1909, S. 24 f.; *C. Schmitt* (o. Fn. 11), S. 188 ff.; auch *Laband* (o. Fn. 29), S. 276 f. – Einige Beispiele für solche Verträge nennt *von Stengel* (o. Fn. 37), S. 101 ff.

⁶⁰ Art. 34 der Kongoakte von 1884, eines der wenigen Dokumente von allgemeiner Bedeutung, erscheint insoweit diffus. Die Überschrift des einschlägigen Kapitels spricht zwar (in der authentischen französischen Textfassung) von Bedingungen, die bei „*occupations nouvelles sur les côtes du Continent Africain*“ zu erfüllen seien, der Text ist aber zurückhaltender: „*La puissance qui dorénavant prendra possession d'un territoire [...] ou qui [...] viendrait à en acquérir, et de même, La Puissance qui y assumera un protectorat*“, sind Adressaten der dort festgelegten Notifikationspflicht. „*Prendre possession*“ wird in der deutschen Übersetzung mit „*Besitz ergreifen*“ wiedergegeben, andererseits aber auch „*occupations nouvelles*“ mit „*Besitzergreifungen*“ übersetzt. Das Wort „*territoires occupés*“ scheint in Art. 35 tatsächlich auf; allerdings ist das Partizip deutungsöffener als „*occupation*“ und setzt einen einseitigen Akt der Besitznahme nicht zwingend voraus. Dafür spricht auch die Erwähnung des „*Protectorats*“ in Art. 34, das nach überkommener Vorstellung eine vertragliche Grundlage hat. – Überwiegend anders das zeitgenössische Schrifttum; vgl. etwa *Schwörbel* (o. Fn. 33), S. 11.

matstaaten und demokratische Mitwirkungsrechte ausgeglichen. Ergänzt wurden sie durch das völkerrechtliche Fremdenrecht. Zu den wenigen Beispielen für konstruktive völkerrechtliche Kolonialrechtsetzung zählt die Generalakte der Berliner Kongo-Konferenz von 1885⁶¹. Hervorzuheben ist vor allem deren Art. 6, der auszugsweise lautet: „Alle Mächte, welche in den gedachten Gebieten Souveränitätsrechte oder einen Einfluss ausüben, verpflichten sich, die Erhaltung der eingeborenen Bevölkerung und die Verbesserung ihrer sittlichen und materiellen Lebensgrundlage zu überwachen und an der Unterdrückung der Sklaverei und insbesondere des Negerhandels mitzuwirken.“⁶² Weiter ist verfügt, dass „Gewissensfreiheit und religiöse Duldung [...] sowohl den Eingeborenen wie den Landesangehörigen und Fremden ausdrücklich gewährleistet“ werden. In Art. 9 der Akte verpflichten sich die Parteien zudem, die Durchlieferung von Sklaven durch das Kongogebiet zu unterbinden. Die Vorschriften der Akte zielen zwar nur auf den Kongobereich, lassen aber doch erkennen, welchen Mindeststandard die Europäer in ihren afrikanischen Kolonialgebieten allgemein gewahrt wissen wollten⁶³. Für das Be- oder zumindest Entstehen einer entsprechenden völkergewohnheitsrechtlichen Regel spricht auch die Bezugnahme auf Art. 6 der Kongo-Akte in der Generalakte der Brüsseler Antisklavereikonferenz vom 2.7.1890 und in Art. 11 des Vertrages von Saint-Germain vom 10.9.1919. In einem kleinen, aber entscheidenden Detail unterscheidet sich diese Bestimmung von Art. 6 Abs. 1 der Kongo-Akte: Er beschwört die Kontinuität einer allgemein für Kolonien geltenden Verpflichtung hervor („*continueront à veiller*“), welche die Kongo-Akte seinerzeit nur für das Kongobecken festgeschrieben hatte⁶⁴. Auch der Vertrag von 1841 zur Unterdrückung des Sklavenhandels, dem Deutschland 1879 beitrug, weist eine ausgeprägte koloniale Schlagseite auf, ist allerdings – er bezieht sich auf den „Negerhandel“ – mit einem nur schmalen Geltungsbe- reich versehen⁶⁵. Die Brüsseler Generalakte vom 2.7.1890⁶⁶ enthielt neben handelsrechtli-

⁶¹ RGBl. 1885, S. 244; vgl. auch ausführlich *Fisch* (o. Fn. 13), 106 ff.,

⁶² Im französischen Original: „Toutes les Puissances exerçant des droits de souveraineté ou une influence dans lesdits territoires s’engagent à veiller à la conservation des populations indigènes et à l’amélioration de leurs conditions morales et matérielles d’existence et à concourir à la suppression de l’esclavage et surtout de la traite de noirs [...]“. “

⁶³ In diese Richtung auch mit Einschränkungen *Adam* (o. Fn. 24), S. 240: Art. 6, 9 der Kongoakte formulierten „Verpflichtungen, welche die modernen Staaten gegen inferiore Rassen zu erfüllen haben.“ Ferner ebd., S. 272 (für Art. 34 f.): „Autorität eines allgemeingültigen Völkerrechts“. Eine Reichstagskommission hatte eine Ausdehnung der Rechtsverheißung des Art. 6 Abs. 3 der Generalakte der Berliner Kongokonferenz auf alle deutschen Schutzgebiete 1886 allerdings noch mit der Begründung abgelehnt, die Vorschrift gelte nur für das Kongogebiet; vgl. *von Stengel* (o. Fn. 37), S. 131.

⁶⁴ Darauf verweist *Jörg Schildknecht*, Bismarck, Südwestafrika und die Kongokonferenz, 2000, S. 272 ff.

⁶⁵ Vgl. *Carl Bareis*, Der Sklavenhandel, das Völkerrecht und das Deutsche Recht, 1884, insbes. S. 23.

⁶⁶ RGBl. 1890, 207.

chen Bestimmungen insbesondere solche zur Eindämmung des Sklavenhandels, darunter immerhin eine Art Asylrecht für flüchtige Sklaven im Herrschaftsbereich des Unterzeichnermächte (Art. VII).

Welche der übrigen Völkerrechtsregeln in den Kolonien Anwendung finden sollten und welche nicht, ist schwer zu ermitteln, da der Nachweis, dass eine Rechtsüberzeugung nur für Europa oder Amerika Geltung haben soll, oft nicht zu führen ist. Zu den Gründen hierfür gehört auch, dass es an Publizität mangelt: Die Kolonien waren nicht nur (aus tatsächlichen Gründen) von der Kontrolle der Presse, sondern oft (auch aus rechtlichen) von derjenigen der Parlamente teilweise abgekoppelt⁶⁷; so bestand wenig Legitimationszwang. Die Praxis des Umgangs mit Kolonialvölkern war hart, stieß aber selten auf Proteste, was den vorsichtigen Schluss nahe legt, dass sie überwiegend gutgeheißen wurde. Dazu zählen Zwangsarbeitssysteme, wie sie vielerorts bestanden, die trotz sklavereiähnlicher Praktiken selbst noch vom Völkerbundsrat gebilligt wurden – unter der Voraussetzung, dass die Arbeit entlohnt und die Projekte dem Aufbau der Infrastruktur dienlich wären; diese Vorgabe wurde in die Mandatsvereinbarungen aufgenommen⁶⁸. In Konfliktfällen war es meist üblich, Aufständische rücksichtslos niederzukämpfen und zu töten, ihre gesellschaftlichen Strukturen zu zerstören. Überspitzt formuliert, erscheint das Kolonialzeitalter nach heutigen Maßstäben als Abgrund von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, faktischer Sklaverei, Verletzung elementarer Menschenrechte – als Verletzung von Rechtspositionen, die allesamt nicht mehr zur Disposition souveräner Staaten stehen. Zur Ausbeutung des Kongo wurde die Bevölkerung in krassem Widerspruch zu Art. 6 der Kongo-Akte einem Zwangsarbeitsregime in Kautschukplantagen unterworfen, das durch drakonische Sanktionen – von der Peitsche bis hin zu abgeschnittenen Händen – gestützt wurde und wohl Millionen Menschen das Leben kostete⁶⁹. Die Niederwerfung des Maji-Maji-Aufstandes (1905-1907)⁷⁰ in Deutsch-Ostafrika hinterließ im wahrsten Sinne „verbrannte Erde“, sie entzog Völkern die Existenzgrundlage und ging über das möglicherweise berechnete Anliegen, einen Aufruhr zu bekämpfen, deutlich hinaus; nicht wesentlich anders ist, auch wenn die historischen Erkenntnisse insoweit nicht ganz gesichert sind, die Blockade der Wasserstellen der Herero durch deutsche Schutztruppen und die Knechtung der Übrigge-

⁶⁷ Insbesondere in Deutschland war die Kompetenzverteilung zwischen Kaiser, Reichsregierung und Reichstag äußerst umstritten; in der Praxis setzte sich der Reichstag immer mehr durch. Übersicht über die „Parlamentarisierung“ des Kolonialstaatsrechts bei *Grohmann* (o. Fn. 56), S. 81 ff., 160 ff.

⁶⁸ Vgl. – mit Zitat der Mandatsvereinbarung für Tanganyika – *Anghie* (o. Fn. 12), S. 167.

⁶⁹ *Hochschild* (o. Fn. 54), S. 183 ff., 256 ff., gibt die Zahl mit 10 Millionen an, was wahrscheinlich zu hoch gegriffen ist.

⁷⁰ Dazu in *Felicitas Becker/Jigal Beez* (Hrsg.), *Der Maji-Maji-Krieg in Deutsch-Ostafrika*, 2005, insbes. die Beiträge von *Becker*, *Von der Feldschlacht bis zum Guerillakrieg*, S. 74 ff., und *Wimmelbücker*, *Verbrannte Erde. Zu den Bevölkerungsverlusten als Folge des Maji-Maji-Krieges*, S. 87 ff. Vgl. auch *Mahr*, *FAZ* vom 30.11.2005, S. 8.

bliebenen zu beurteilen⁷¹. Ähnliches hat sich in den Einflussbereichen fast aller Kolonialmächte ereignet. Der Bau von Eisenbahnen im Kongo, welche die Flussmündung bzw. die Küste mit dem höhergelegenen Binnenland verbinden sollten, kostete auf französischer wie belgischer Seite jeweils Zehntausende Zwangsrekrutierte das Leben. Bekannt ist das harte Joch Koreas und Mandschukuos unter japanischer Herrschaft. Auf den Philippinen ging der Krieg zwischen den USA und Spanien (1898), in Libyen der Eroberungsfeldzug der Italiener (ab 1912) gegen das Osmanische Reich in einen regelrechten Kolonialkrieg mit Einheimischen über⁷². Auch Frankreichs Algerienkrieg fügt sich in dieses Kapitel ein⁷³. Handlungen des Osmanischen Reiches gegenüber seinen eigenen Staatsangehörigen – die Verfolgung der armenischen Bevölkerung, von der 1915 Hunderttausende zu Tode kamen – unterlagen demgegenüber strengeren Standards als Massaker im afrikanischen Busch und selbst – siehe die „Hunnenrede“ – in China; dies zeigen nicht nur die harschen Reaktionen europäischer Mächte schon auf vorgängige Massaker⁷⁴. Denn der Sultan von Konstantinopel war Mitglied im „Europäischen Konzert“, wenn auch ihr wohl exotischstes; folglich wurde auch er zur Unterzeichnung der Kongoakte eingeladen. So zeichnete sich, mochten auch die Haager Landkriegsregeln für innerstaatliche Auseinandersetzungen nicht gelten, für Europa doch ein humanitärer Mindeststandard ab, an dem Afrika, obwohl es fast zur Gänze unter der territorialen Souveränität europäischer Mächte stand, aber nicht partizipierte⁷⁵.

III. Nachwehen: Die Bedeutung kolonialen Völkerrechts für die Gegenwart

Die, was die Kolonien betrifft, im Kern ausgrenzende und diskriminierende europäische Völkerrechtsordnung der Kolonialzeit ist mittlerweile zwar Geschichte. Doch indem sie den von den Völkerrechtsbildnern seinerzeit gesetzten Erlaubnismaßstab kennzeichnet, ist sie erstens für gegenwärtige Streitigkeiten, die aus der kolonialen Vergangenheit resultieren, von Bedeutung. Zweitens liefert sie, wie zu zeigen sein wird, auch den Schlüssel für das Verständnis der heutigen Völkerrechtsordnung nach Abschluss der Dekolonisierung. So archaisch und auch verroht das *Ius Publicum Europaeum* der Kolonialzeit aus heutiger Perspektive sein mag, in materieller Hinsicht war es bereits eine „entgrenzte“ Ordnung und bildet damit den Ausgangspunkt für den heutigen Rechtszustand, mithin die Universalität der Staatenordnung wie auch des Rechtssystems. Am kolonialzeitlichen Monopolanspruch

⁷¹ *Kämmerer/Föh*, AVR 42 (2004), 294 (298 ff.).

⁷² Vgl. *H. L. Wesseling*, *The European Colonial Empires 1815-1919*, 2004, S. 181 ff., 220 f.

⁷³ Hierzu und zu anderen Kolonialkriegen Frankreichs *Yves Benot*, *Massacres coloniaux*, 1995.

⁷⁴ Vgl. *William Schabas*, *Genocide in international law*, 2000, S. 16; Jörn Axel Kämmerer, FAZ vom 24.4.2006, S. 42.

⁷⁵ Näher *Kämmerer/Föh*, AVR 42 (2004), S. 294 (314 ff.).

der in Europa im Jahre 1648 begründeten Völkerrechtsordnung hat sich bis jetzt nichts geändert, ja der IGH proklamierte gar die objektive Wirkung des Systems der Vereinten Nationen. Was sich mit der Dekolonisierung Mitte des 20. Jahrhunderts hingegen schloss, war die Kluft zwischen materieller Universalität und personellem Partikularismus. So mutierte das *Ius Publicum Europaeum* zum heutigen universellen Völkerrecht.

1. Dekolonisierung unter Perpetuierung der Völkerrechtsordnung

a. Der „*edukative Kolonialismus*“ des Völkerbundszeit

Die beschriebene Kluft schloss sich spät. Bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts blieben die meisten großen Kolonialimperien weitgehend intakt. Allein ihre Ausweitung durch Unterwerfung von Gemeinwesen, die fraglos staatlich organisiert waren, wurde dadurch erschwert, dass die „*occupatio bellica*“, die Eroberung eines Gebietes infolge kriegerischer Niederkämpfung, zwischen 1928 und dem Zweiten Weltkrieg ihre Funktion als Erwerbstitel territorialer Souveränität einbüßte⁷⁶. Ein kolonialrechtlicher Paradigmenwechsel ist im Übrigen nicht zu verzeichnen. Auch die Völkerbundsatzung wahrte den Spagat zwischen materieller Universalität und Partikularität der Beteiligung. Getreu dem Vorbild nicht weniger Kolonialherren und Völkerrechtler, welche die europäische Oberhoheit als „*Erziehung*“ der Indigenen zu zivilisatorischer Reife verstanden, deutet ihr Art. 22 Abs. 1 den Kolonialismus edukativ. Dabei wird manchen der unterworfenen Nationen (vornehmlich aber den quasi-europäischen in den Grenzen des zerfallenen Osmanischen Reiches) immerhin in Aussicht gestellt, nach Maßgabe ihres zivilisatorischen Fortschritts, jedenfalls probehalber, die Selbständigkeit zu erlangen. „*Sacred trust of civilisation*“ lautet das Schlüsselwort⁷⁷. Dekolonisation, vor allem der den Alliierten unterworfenen Gebiete, erschien noch nicht als Gebot der Stunde. Auch Völkerbundsmandate führen also zur Ausübung von, wie dort ausdrücklich geschrieben steht, Vormundschaft. Nur drei afrikanische Staaten waren jemals Mitglieder des Völkerbundes; von ihnen blieb nach dem Überfall *Mussolinis* auf Äthiopien, das bis 1942 nicht mehr über eine handlungsfähige eigene Regierung verfügte, zeitweise nur eines übrig.

⁷⁶ Die Feststellung des StIGH im Ostgrönland-Fall (PCIJ, Series A/B, Nr. 53, Judgment, S. 47), wonach „[c]onquest [...] operates as a cause of law of sovereignty where there is war between two States and by reason of the defeat of one of them sovereignty over the territory passes from the loser to the victorious State“, stützt nicht eindeutig den Fortbestand der „*occupatio bellica*“ als völkerrechtlicher Erwerbsregel zum Zeitpunkt der Entscheidung (5.4.1933), da mit diesem Satz auf Hunderte von Jahren zurückliegende Ereignisse Bezug genommen wird.

⁷⁷ Vgl. nur *Anghie* (o. Fn. 12), S. 119 ff., 140 (Zitat), 157: „The Mandate System, by adopting the concept of trusteeship, justified the management of colonized peoples by presenting it as directed by concern for native interests and a desire to promote their self-government rather than by selfish desires of the colonial power.“

b. *Dekolonisation – Zur Ambivalenz des „Beitritts zur Völkerrechtsgemeinschaft“*

Der umrissene Erziehungsgedanke schwingt selbst noch in der UN-Charta mit, wenngleich deren Art. 76 lit. b deutlicher auf die „Entwicklung zur Selbstregierung oder Unabhängigkeit“ gerichtet ist. Auf Einzelheiten der von den Vereinten Nationen wesentlich unterstützten Dekolonisierungsphase soll hier nicht eingegangen werden. Sie hat die numerische Dominanz der europäischen Staaten innerhalb der Staatengemeinschaft beseitigt und das Modell begrenzter Partizipation durch eine universelle ersetzt. Das Kolonialzeitalter ist also Geschichte; jene spärlichen Überbleibsel einstiger Imperien, die auch zum Teil noch den Titel Kolonie tragen⁷⁸, haben meist kein Interesse an der völkerrechtlichen Selbständigkeit. Die Dekolonisationsvorgänge haben zur Entstehung neuer Regeln geführt. Die mit einer Sezession (als welche die Dekolonisation gehandelt wird⁷⁹) sonst einhergehende Nachfolge in Staatsschulden beispielsweise musste vereitelt werden. Vor allem wenn die Kolonialmacht sie aufgenommen hatte, um Autonomiebestrebungen im Kolonialgebiet niederzuwerfen, gingen sie als „odious debts“ nicht auf den Neustaat über⁸⁰.

Solche Marginalien aber können den Grundsatz, dass die Dekolonisation nicht zur Ersetzung des alten *Ius Publicum Europaeum* durch ein neues Völkerrecht führte, sondern nur zu seiner „runderneuernten“ Fortgeltung⁸¹, nicht erschüttern. Wer sich zu einer vorformulierten Ordnung bekennt, also einem „Verein“ beitrifft, erkennt existente Regeln *ipso actu* an. Mit dem Hinzutreten zur „Völkerrechtsfamilie“ fügten sich „newly independent states“ m.a.W. in eine Ordnung, deren Grund sie nicht gelegt hatten. Sie ererbten Begriffe und Regeln, die vor ihrem Entstehen vom „closed shop“ europäischer und amerikanischer Mächte geschaffen wurden, angefangen beim Staat, beim Grundsatz der Souveränität, beim Seerecht, bei den diplomatischen Beziehungen u.a.

Solange Normen noch in Kraft sind, können sie durch konsensuale Änderung, an welcher der Neustaat beteiligt ist, abbedungen werden. Wie aber ist mit den für sie nachteiligen Rechtsakten des Kolonialzeitalters zu verfahren? Zu den Sedimenten, auf denen die Neustaaten ruhen, zählt auch das Völkerrecht der Kolonialzeit. Der vormalige Ausschluss von

⁷⁸ Vgl. die von der UN-Generalversammlung zuletzt 2002 aufgestellte Liste der „non-self-governing territories“: <http://www0.un.org/Depts/dpi/decolonization/trust3.htm>. Sie führt keineswegs alle abhängigen überseeischen Gebiete auf, sondern diejenigen, denen nach Ansicht der Generalversammlung (bzw. des „Special Committee on Decolonization“) noch keine Selbstbestimmung – nicht mit Unabhängigkeit gleichzusetzen – zuteil geworden ist.

⁷⁹ Vgl. anstelle vieler *Heintze*, in: Ipsen, *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2004, § 29 Rn. 9.

⁸⁰ Vgl. *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, Band I/1, 2. Aufl. 1989, S. 179 f.; *Epping*, in: Ipsen (o. Rn. 79), § 25 Rn. 26; *Hailbronner*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 3. Aufl. 2004, 3. Abschn., Rn. 190.

⁸¹ Es entbehrt nicht der Ironie, dass sie mit der Wiedergeburt eines genuin europäischen Völkerrechts, dem der EWG, koinzierte.

der Partizipation selbst muss als Rechtstatsache hingenommen werden, ohne dass der Neustaat es mit seinem Hinzutreten zur Völkerrechtsgemeinschaft zu goutieren braucht. Die materielle Diskriminierung der Vorfahren ihrer Staatsangehörigen entspringt der gleichen Quelle, der diese Staaten ihr Bestehen verdanken. Daraus könnte geschlossen werden, dass sie auch die Folgen von Handlungen hinzunehmen haben, die vor ihrem Entstehen im Einklang mit dem Völkerrecht ergingen, auch wenn diese Regeln für sie nachteilige Folgen hatten, die bis in die Gegenwart andauern. Zweifel an diesem „Erbschicksal“ müssen aber aufkommen, wenn die damals erlaubte Rechtshandlung sich aus postkolonialer Sicht als Unrecht darstellt, und insbesondere, wenn der Akt nach heutigen Maßstäben gegen *ius cogens* verstößt. Soweit Völkerrechtsregeln nicht im allgemeinen Konsens rückwirkend geändert werden, könnte es geboten erscheinen, das heute bestehende Unwerturteil, weil es zugleich eine Frage der Disposition der Völkerrechtssubjekte entzieht, auch auf frühere Geschehnisse zu übertragen. Dies wirt die Frage nach der Haftung für schädigende Handlungen der Kolonialmacht an den Bewohnern der Kolonie in der Gegenwart auf.

2. Zeitgebundenheit oder Retroaktivität des Unrechtsmaßstabs?

Die völkerrechtliche Haftung der einstigen Kolonialmacht richtet sich danach, ob der Haftungsmaßstab zeitgebunden ist (nur was damals verboten gewesen sei, könne eine Haftung auslösen) oder ob heutige Verbote rückwirkende Kraft entfalten. In jedem Fall muss, wer völkerrechtlichen Schadensersatz begehrt, die Verletzung einer Völkerrechtsnorm nachweisen. Im Widerstreit von Zeitbindung und Retroaktivität spiegelt sich, wenn auch in einer speziellen Konstellation, das klassische Spannungsverhältnis von Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit. Er stellt sich in besonderer Schärfe für koloniale Konflikte vor dem Zweiten Weltkrieg. Spätere Ereignisse hingegen können unter Rekurs auf die UN-Menschenrechtserklärung von 1948 und die Genozid-Konvention von 1947 bewertet werden. Sollten Kenianer, wie angekündigt, im Herbst 2006 gegen das Vereinigte Königreich wegen der Unterdrückung der Kikuyu vor Gericht ziehen, dürften ihre Erfolgchancen schon deswegen höher zu veranschlagen sein als die der (allerdings durch Rücknahme erledigten) Washingtoner Herero-Klage⁸².

a. Haftung für Verletzung des „kolonialen Völkerrechts“

Legt man die Völkerrechtslage zum Geschehenszeitpunkt zugrunde, könnten sich die einstigen Kolonialmächte im Extremfall auf den Standpunkt zurückziehen, in Afrika sei nach den relevanten kolonialzeitlichen Maßstäben außer Sklaverei nahezu alles erlaubt gewesen. Schwierigkeiten begegnet zumindest die Feststellung einer Verletzung individu-

⁸² Kämmerer/Föh, AVR 42 (2004), 294 (295).

eller Rechte. Zwar begründet die Kongoakte, wie bereits dargelegt, Schonungsgebote, deren Qualität als subjektive Rechte jedoch zweifelhaft erscheint und die mutmaßlich nur im Verhältnis der (europäischen) Vertragsparteien untereinander Pflichten begründeten. Verheißungsvoller erscheint es, die Kolonialmacht für die Verletzung elementarer Menschenrechte haftbar machen zu wollen. Eine Aktivlegitimation steht in bestimmten Konstellationen auch den Geschädigten bzw. ihren Rechtsnachfolgern zu. Das Mediatisierungsproblem – ein durch Beeinträchtigung seiner Angehörigen rechtlich betroffener fremder Staat existierte zum Zeitpunkt der Handlung nicht – würde sich dabei nicht in voller Schärfe stellen. Von einem konsistenten völkerrechtlichen Menschenrechtssystem kann bis zum Erlass der UN-Menschenrechtserklärung von 1948 allerdings nicht gesprochen werden. Hinweise, dass dem europäischen Völkerrecht bereits um die Wende zum 20. Jahrhundert menschenrechtliche Basisstandards immanent waren, lassen sich allerdings finden. Die Mitglieder des „europäischen Clubs“ hatten in Verfassungsurkunden und einfachen Gesetzen rechtsstaatliche und menschenrechtliche Grundstandards geschaffen, die über die bereits damals anerkannte Figur der allgemeinen Rechtsgrundsätze als Ordnungsprinzipien auch in das Völkerrecht Eingang fanden. Ihre Anerkennung als Menschenrechte universaler Art ist damit aber noch nicht präjudiziert: Die Grundsätze galten, wie Art. 38 I lit. c StIGH-Statut formuliert, für die Kulturvölker, aber auch nur für diese. Als un- oder halbzivilisiert geltenden Völkern und ihren Angehörigen wurden vielfach Rechte wie Freizügigkeit, Gewerbeausübung, teils auch Eigentum⁸³, unter Hinweis auf einen Mangel an geistig-politischer Reife vorenthalten⁸⁴. Ein allgemeiner Auslieferungsschutz bestand nicht, auch wenn er zwischen manchen Staaten immerhin vertraglich vereinbart wurde⁸⁵. Die Billigung der Zwangsarbeit wurde hier bereits ebenso erwähnt wie die Vorenthaltung politischer Rechte. Auch das Sanktionssystem für Indigene („Eingeborene“) unterschied sich von dem für Weiße geltende; in den deutschen Kolonien etwa waren Prügel als strafrechtliche Sanktion durchaus vorgesehen⁸⁶. Im Falle der nicht seltenen bewaffneten Konflikte gab

⁸³ Insofern hinsichtlich des Schutzes des Eigentums der Indigenen nicht ganz zutreffend *Adam* (o. Fn. 24), S. 235: „Die thatsächliche Uebung der modernen Staaten entspricht diesen Forderungen.“ In Deutsch-Südwestafrika wurde durch Eingeborenenerordnungen vom 18.7.1907 das Stammesvermögen der bereits niedergeschlagenen Herero zugunsten des Deutschen Reiches konfisziert, m.a.W. zu Kronland erklärt.

⁸⁴ Dabei wurde nach deutschem Recht meist grds. auf die Hautfarbe abgestellt, also zwischen Weißen und Nichtweißen differenziert; allerdings war nach § 9 eine Naturalisierung der Eingeborenen zulässig, kraft derer sie – ebenso wie in Schutzgebieten niedergelassene Ausländer – Reichsangehörige mit allen hierzu zählenden Rechten werden konnten, also am „gemeinsamen Indigenat“ der Bundesstaaten des Reiches hätten teilhaben können. Näher hierzu *von Stengel* (o. Fn. 37), S. 58 f., 62; *Wagner* (o. Fn. 38), S. 237 ff., 249 m.w.N., unter Hinweis darauf, dass die Naturalisation in der Praxis nur in wenigen Fällen erfolgte.

⁸⁵ Dazu – mit Kritik an den eingeräumten Privilegien – *Max Fleischmann*, Die Verpflichtung zur Auslieferung aus den Kolonien seitens der Kolonialstaaten untereinander, in: D. Reimer, Verhandlungen des deutschen Kolonialkongresses, 1905, S. 329 ff., 338 f.

⁸⁶ Vgl. nur *Wagner* (o. Fn. 38), S. 350.

die oft aus Unkenntnis resultierende Missachtung der humanitären Regeln durch die sich der Unterwerfung widersetzen Indigenen den Europäern probaten Anlass, sich der Kriegsrepressalie zu bedienen oder gar die Nichtanwendbarkeit humanitärer Grundregeln auf die nicht für staatsfähig erachteten „Wilden“ oder „Halbwilden“ zu proklamieren. Mit erfolgter Unterwerfung waren Kolonialkriege nur noch interne Konflikte, für die damals auch in Europa kaum humanitären Regeln gegolten hätten. „Gefangene werden nicht gemacht“ war auch in Europa der Imperativ gegenüber irregulären Kombattanten und Aufständischen. Warum auch hätten sie gegen die Herero schonender vorgehen sollen als gegen Insurgenten der Pariser Kommune?

b. Die Suche nach dem materiell Verletzten

Ein nicht unmaßgebliches Hindernis für die Haftung im Verhältnis zwischen Kolonialmacht und ehemaliger Kolonie besteht auch darin, dass die mutmaßliche Rechtsverletzung der Entstehung der Rechtspersönlichkeit des präsumtiven Klägers vorausgeht und nicht umgekehrt. Zum Geschehenszeitpunkt existierte in vielen Fällen kein völkerrechtlich materiell Betroffener. Die Zuerkennung völkerrechtlicher Individualrechtspositionen ist eine relativ neue Entwicklung, und selbst ihre Verletzung wird im Grundsatz noch immer durch den Heimatstaat geltend gemacht, den es noch nicht gab – oder nicht mehr. Hätte Namibia und nicht Herero-Gruppen von Deutschland Schadensersatz für die Dezimierung und Entrechtung des kleinen Volkes verlangt, so hätte es darlegen müssen, warum es als Staat, der damals noch nicht existierte, kraft der Verletzung von Individuen, die niemals seine Staatsangehörigkeit hatten, selbst verletzt und einen völkerrechtlichen Haftungsanspruch innehatte. Hinzu kommen Probleme mit der Passivlegitimation, wenn der anspruchstellende Neustaat zugleich Teilrechtsnachfolger der schädigenden Kolonialmacht ist⁸⁷. Südwestafrika wurde 1920 als Mandatsgebiet des Völkerbunds Südafrika anvertraut, der Völkerbund später durch die Vereinten Nationen und damit das Mandats- durch das Treuhandsystem abgelöst⁸⁸. Hätte der IGH im Rechtsstreit Nauru gegen Australien ein Urteil fällen können, so würde dies zur Klärung mancher dieser Fragen sicherlich beigetragen haben.

⁸⁷ Vgl. *Kämmerer/Föh*, AVR 42 (2004), 294 (317 ff.).

⁸⁸ Zur Frage, wer Rechtsnachfolger Deutschlands als territorialer Souverän über die vormaligen Schutzgebiete geworden war (der Völkerbund, die alliierten Hauptmächte, diese gemeinsam mit dem Völkerbund, die Mandatäre oder gar niemand – weil das Gebiet herrenlos geworden oder materiell beim Deutschen Reich verblieben sei), vgl. *Wagner* (o. Fn. 38), S. 525 ff. m.w.N.; für Südwestafrika *Lynn Berat*, *Genocide: The Namibian Case against Germany*, *Pace Intl'l. Law Rev.* 1993, S. 165 (188 ff.). Zum nachwirkenden Kolonialgeist auch nach der Beendigung von Treuhandverhältnissen vgl. *Kunig/Rublack*, VN 1991, S. 55 ff.

c. *Rückwirkung zwingenden Völkerrechts?*

Einige der gezeichneten Hürden können umgangen werden, wenn die Geschädigten bzw. ihre Rechtsnachfolger sich selbst gegen die einstige Kolonialmacht vor deren Gerichten wenden – wenngleich solchen Klagen vielfach die Einrede der Verjährung begegnet wird.

(1) Wechselwirkung materieller und prozessualer Vorgaben

Werden Gerichte von Drittstaaten (insbesondere solcher, die – wie die USA – „punitive damages“ gewähren) durch geschädigte Neustaatsangehörige gegen die einstige Kolonialmacht in Anspruch genommen, bleibt vor allem der Einwand der Staatenimmunität beachtlich – auch wenn die forensische Praxis immer mehr Durchbrechungen der Immunitätschranke zulässt⁸⁹. Nach den Bestimmungen des Alien Tort Claims Act (ACTA) erfüllen Verletzungen grundlegender Menschenrechte und insbesondere Folter, auch wenn (bzw. gerade wenn) sie außerhalb der USA begangen worden sind, den staatlichen Deliktstatbestand. Nur hält § 1605 des amerikanischen Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) das Banner der Immunität weiterhin höher, als dies in manch anderem Staat der Fall ist. In Teilen des Schrifttums und der Judikatur wird erwogen, für Fälle der Verletzung von *Ius cogens* eine inzidente Durchbrechung der Immunität anzunehmen⁹⁰. Die Frage nach der Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verbotstatbestände auf Ereignisse der Kolonialzeit stellt sich auf der Zulässigkeits- und Begründetheitsebene zugleich: Um die Zulässigkeitschranke der Immunitätseinrede zu überwinden, muss belegt werden, dass die in Anspruch genommene Völkerrechtsregel bereits im Geschehenszeitpunkt als zwingende Norm Anwendung finden konnte. Dies ist der Fall, wenn die Regel erstens damals gewohnheitsrechtliche Geltung beanspruchen durfte, zweitens die Existenz zwingender Regeln der Vorstellung der damaligen Völkerrechtsbildner entsprach und drittens die Norm als zwingend betrachtet wurde. Trifft dies nicht zu, könnte es geboten sein, die posthume Erkenntnis ihres zwingenden Charakters auf den Moment des Geschehens zurückwirken zu lassen. Zwar werfen intertemporale Rechtsfragen bei rein prozessualen Vorgaben selten Probleme auf, da insoweit stets die *Lex fori* im Entscheidungszeitpunkt und nicht das zum Tatzeitpunkt geltende Prozessrecht beachtlich ist. In der Praxis lassen sich Prozessrecht und materielles Recht aber nicht scharf voneinander trennen: Während einerseits nach § 1605 (2)(a) FSIA – allerdings nur, wenn der weiter oben referierten Auffassung gefolgt wird⁹¹ – zur Durchbrechung der Immunität an die materielle Rechtslage (Verstoß gegen eine *Ius*

⁸⁹ Dazu statt vieler *Lee M. Caplan*, AJIL 97 (2003), S. 741 (insbes. 771); *Wolfram Cremer*, AVR 41 (2003), S. 137 ff.

⁹⁰ Hintergründe und Nachweise: *Erika de Wet*, The Prohibition of Torture as an International Norm of *jus cogens* and its Implications for National and International Law, EJIL 15 (2004), S. 97 (105 ff.).

⁹¹ Ablehnend insoweit *de Wet*, EJIL 15 (2004), 97 (105 ff.).

cogens-Bestimmung) angeknüpft wird, ist auch das Deliktsrecht des ATCA doppelbödig, denn es begründet ein subjektives öffentliches Recht und im gleichen Atemzug die Zuständigkeit amerikanischer Gerichte⁹². Amerikanischen Gerichte lassen (seit dem Urteil im Rechtsstreit *Doe v. Unocal*, 2003) eine zunehmende Neigung erkennen, nichtstaatliche Akteure selbst dann dem ATCA zu unterwerfen, wenn sie nicht in funktionaler Verbindung mit einem Staat gehandelt haben⁹³. Die Frage nach dem intertemporal anwendbaren völkerrechtlichen Maßstab stellt sich bei Klagen gegen private (Mit-)Täter jedenfalls in ähnlicher Weise wie beim gerichtlichen Vorgehen gegen Staaten. Klagen gegen Private wegen Beteiligung an Kolonialverbrechen dürften – auch wenn insoweit kein Schutz durch Immunität besteht und über die Subsumtion bloßer privater Mitwirkung⁹⁴ unter den ATCA weitgehend Einigkeit besteht – nur ausnahmsweise erhoben werden: wenn juristische Personen, die anders als natürliche nicht durch Tod der deliktischen Haftung entgehen können, an der Unterdrückung der Indigenen teilgenommen oder aus ihr systematisch Profit gezogen haben. Daher hatten die Herero gemeinsam mit der Bundesrepublik Deutschland auch deutsche Unternehmen verklagt.

(2) Rückwirkung zwingender Völkerrechtsnormen?

Im Mittelpunkt der Untersuchung scheint nach alledem die Frage nach der Verletzung von *Ius cogens* zu stehen, die zugleich den Hebel für die Durchbrechung der Immunität der einstigen Kolonialmacht bereitstellen könnte. Der Grundsatz der Staatenimmunität zählt zur „Erbmasse“ des *Ius Publicum Europaeum*, welche den Neustaaten, zum Guten wie zur Last, in der „juristischen Sekunde“ ihrer Staatenwerdung zugefallen ist. Immunität muss aber weichen, wenn ihre Inanspruchnahme in unerträglicher Weise mit Grundprinzipien des geltenden Völkerrechts kollidiert. Parallel hierzu müsste dann die Zeitgebundenheit des materiellen Unrechtsmaßstabes aufgehoben und einer Rückwirkung zwingender Normen die Bahn bereitet sein. Auf dieser Grundlage könnte sich die Rückprojektion zwingender völkerrechtlicher Verhaltensregeln, die erst in jüngerer Zeit ausdrückliche Anerkennung gefunden haben, nicht nur als möglich, sondern als unumgänglich erweisen. Auf dieses Ergebnis könnten – theoretisch – drei Begründungswege zulaufen: zunächst ein naturrechtlicher, welcher den elementaren Menschenrechten Vorrang vor kollidierendem positivem Völkerrecht zuerkennt, sodann ein normhierarchischer, der den Vorrang des *Ius cogens*

⁹² Kämmerer/Föh, AVR 42 (2004), 294 (322 m. Fn. 125).

⁹³ Vgl. *Jens-Christian Gaedtke*, AVR 42 (2004), 241(246 ff.). Überblick zu den grundlegenden Fragen etwa *Joshua M. Chanin*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 12 (2005), S. 745 (757). Kritisch zur Einbeziehung privater Akte etwa *Justin Lu*, *Colum. J. Transnat'l Law* 35 (1997), S. 531 (546).

⁹⁴ Zum Erfordernis der „state action“ und sonstigen Einschränkungen *Gaedtke*, AVR 42 (2004), 241 (252 ff.).

auch auf die Vergangenheit erstreckt, und schließlich der Nachweis eines bereits zum Geschehenszeitpunkt bestehenden völkergewohnheitsrechtlichen Verbots.

Eine rein naturrechtliche Anknüpfung wird, soweit ersichtlich, nicht ernsthaft propagiert; sie würde auch das völkerrechtliche Axiom der Staatensouveränität als Grundlage völkerrechtlicher Regelsetzung zur Disposition stellen. Nicht wesentlich anders wäre die Forderung zu beurteilen, heute für zwingend erachtete Völkerrechtsregeln posthum allein kraft ihrer zwingenden Natur auch für die Vergangenheit für maßgeblich zu erklären; denn auch damit würde ihre Existenz und Unabdingbarkeit vom positiven Willen der Staaten abgekoppelt. Im Völkerrecht ist, wie *Herbert Krüger* einmal feststellte, der Wirksamkeit tendenziell Vorrang vor der Richtigkeit beigemessen worden⁹⁵. Ein Rückbezug gegenwärtiger ius-cogens-Normen würde diese Praxis weiter verwässern, ohne dass eine Instanz vorhanden wäre, die den Richtigkeitsmaßstab letztverbindlich formulieren könnte. Art. 53 WVRK gründet auf der Annahme, dass zwingendes Völkerrecht sich vornehmlich in Gewohnheitsrecht manifestiert⁹⁶. Die gewohnheitsrechtliche Begründung ihrerseits verstrickt sich allzu leicht in Perplexität: Ihre Fürsprecher müssten nachweisen, dass dem realen Staatengebaren gerade keine Rechtsüberzeugung entsprach, ja dass jenes im Gegenteil einer Rechtsüberzeugung zuwiderlief, die als *Ius cogens* Vorrang genoss.

(3) Faktisches *Ius cogens* und sonstiges Gewohnheitsrecht

Zweifel sind bereits daran angebracht, ob das Völkerrecht des Kolonialzeitalters den *Ius-cogens*-Gedanken überhaupt schon inkorporiert hatte. Wohl kursierte die *Ius-cogens*-Idee unter Rechtslehren des 19. Jahrhunderts⁹⁷, doch war ihr erst mit der Wiener Vertragsrechtskonvention (1969) der Durchbruch beschieden⁹⁸. Gleichwohl könnte die spätere Erkenntnis über den zwingenden Charakter einer Rechtsregel für einen früheren Zeitpunkt fruchtbar gemacht werden, wenn sich Anhaltspunkte dafür finden, dass sich die Völkerrechtssubjekte zwar noch nicht der Kategorie „zwingendes Völkerrecht“ bewusst waren, eine Norm aber bereits in dieser Weise behandelten. Auch dieses „faktische *Ius cogens*“ setzt aber voraus, dass eine gewohnheitsrechtliche Regel zum Geschehenszeitpunkt existierte. Dieser Annahme widerspricht – für die Kolonien jedenfalls – in vielerlei Hinsicht nicht nur die Rechtspraxis, sondern auch der Nachweis von Rechtsüberzeugungen betreffend die Geltung eines humanitären menschenrechtlichen Kanons wird, wie gezeigt, schwerlich gelingen. Von den allgemeinen Regeln des Rechts waren die Bewohner der Kolonien, wie bereits

⁹⁵ *Krüger* (o. Fn. 15), S. 265.

⁹⁶ *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (o. Fn. 79), S.46.

⁹⁷ Vgl. hierzu *Heintschel von Heinegg*, in: *Ipsen* (o. Fn. 79), § 15 Rn. 36 ff.

⁹⁸ Darauf verweist auch *de Wet*, *EJIL* 15 (2004), S. 97 (103); ebenso *Alfred Verdross/Bruno Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, § 525.

weiter oben dargelegt, weitgehend ausgenommen. Allenfalls das (eng zu verstehende) Sklavereiverbot könnte zum Bereich des „faktischen *Ius cogens*“ zu rechnen sein.

Zurückhaltung gegenüber einem Rückbezug ist insbesondere bei komplexeren Tatbeständen wie Völkermord geboten. Bis zum Zweiten Weltkrieg war er nicht nur materiell nicht umrissen, sondern der Topos selbst war vor 1944 unbekannt⁹⁹. Wollte man sich über das Fehlen eines expliziten Rechtsbildungswillens der souveränen Staaten mit Hinweis auf den naturrechtlichen Gehalt des Verbots hinwegsetzen, dürfte sein Inhalt dann jedenfalls nicht Wort für Wort aus dem von den Staaten kraft ihrer souveränen Willensbekundung 1948 geschlossenen Vertrag abgeleitet werden. Der Verweis auf die Präambel der Völkermord-Konvention („Recognizing that at all periods of history genocide has inflicted great losses on humanity“) und GA Res. 96 (I) von 1946 vermag die Annahme, die Vertragsparteien hätten die Rückwirkung eines komplexen (Straf-)Tatbestandes intendiert, schwerlich zu tragen und reicht als Beleg für das Bestehen eines korrespondierenden Verbots für vergangene Zeiträume nicht aus¹⁰⁰. Insbesondere kann der vermutete gewohnheitsrechtliche Inhalt nicht Wort für Wort aus einem komplexen Vertragstext von 1948 für fünfzig Jahre zurückliegende Ereignisse abgeleitet werden¹⁰¹. Gewohnheitsrechtlich gebunden waren die Kolonialmächte nur an ein eng verstandenes objektivrechtliches Schonungsgebot, wie es in Art. 6 der Kongo-Akte niedergelegt war; allenfalls für Völker innerhalb des europäischen Rechtsraums kristallisierten sich in den Reaktionen auf die Verfolgung der Armenier grundständige humanitäre Regeln heraus, die jedoch nicht die Dichte und Unbedingtheit des vertragsrechtlichen Genozidverbots erreichten und ihm daher – auch wenn die Ereignisse nach heutigen Maßstäben Völkermord darstellten – auch nicht gleichgesetzt werden dürfen. Auf die Frage, ob diese für die Kolonien rudimentären, sonst elementaren Regeln dem (faktischen) *Ius cogens* zuzuordnen sind, kommt es im Ergebnis nicht an, da entgegenstehendes Vertragsrecht oder partikuläres Völkergewohnheitsrecht, dem gegenüber es sich hätte durchsetzen müssen, nicht nachweisbar ist.

3. Fazit

Das Völkerrecht kann Erwartungen nicht erfüllen, die es strukturell überfordern. Historisches Leiden lässt sich nicht wiedergutmachen, indem das Recht, das es verursachte, im

⁹⁹ Erstmalige Erwähnung des Begriffs bei *Raphael Lemkin*, *Axis Rule in Occupied Europe*, 1944, S. 79 ff.

¹⁰⁰ In diese Richtung aber *Schabas* (o. Fn. 75), S. 411, 547.

¹⁰¹ Vgl. die umfassende Subsumtion (zur Verfolgung der Armenier 1915) bei *Otto Luchterhandt*, *Der türkisch-armenische Konflikt, die Deutschen und Europa*, *Hamburger Beiträge zur Friedensforschung und Sicherheitspolitik*, Heft 132, 2003, S. 21 ff., der im Ergebnis darauf hinweist, dass der Vertrag wegen Art. 28 WVRK keine Anwendung finden könne.

Lichte vermeintlich neuer und höherer Erkenntnisse korrigiert oder Rechtsvakuen rückwirkend aufgefüllt werden. Der Versuch, das in der Tat noch „primitive“ (Max Huber)¹⁰² und in Kolonialdingen geradezu verrohte Fin-de-Siècle-Völkerrecht nachträglich materiell anzureichern, würde seine Statik überfordern und am Ende die Axiomatik der Völkerrechtssetzung in Frage stellen¹⁰³. Dennoch bleibt die Kolonialzeit, die spätere zumal, ein noch kaum bewältigtes Kapitel der Völkerrechtsgeschichte. Mit Dekolonisation und Entwicklungsvölkerrecht allein sind die offenen Fragen nicht beantwortet, sondern ein strukturelles Defizit – die Benachteiligung der Spätgekommenen – wird perpetuiert. Zumindest soweit die Ausgrenzung mit Rechtspraktiken einherging, die völkerrechtlich nicht verboten waren oder, wie Verstöße gegen Art. 6 der Kongo-Akte, keine Haftung gegenüber den Betroffenen auslösen konnten, die aber aus heutiger Sicht Völkerrechtsverstöße darstellen würden, sind vor allem die ehemaligen Kolonialmächte aufgerufen, auf bilateralem Wege oder durch multilaterale Rechtsetzung einen postkolonialen rechtsverbindlichen modus vivendi anzustreben. Insoweit ist erwogen worden, ob in Abwesenheit einer materiellen Rechtspflicht zu Ausgleichsleistungen nicht aus dem Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben eine Pflicht der einstigen Kolonialmacht abgeleitet werden müsse, mit dem Neustaat zumindest in ernsthafte Verhandlungen über einen Ausgleich für die einst an der Kolonialbevölkerung begangenen schädigenden Handlungen einzutreten¹⁰⁴. Gegenüber einer solchen Verhandlungspflicht kraft Ingerenz, also vorausgegangenen schädigenden Handelns, ist insoweit Zurückhaltung geboten, als der Bona-fides-Grundsatz grundsätzlich die Erfüllung einer schon bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtung betrifft, aber aus sich selbst heraus nicht isoliert Verpflichtungen im Verhältnis der Parteien generieren kann. Die Herausbildung entsprechenden Gewohnheitsrechts, die man insofern für erforderlich halten müsste, erscheint indes nicht unrealistisch und wäre zumindest ein verheißungsvoller erster Schritt, um aus dem umrissenen völkerrechtlichen Dilemma einen auch völkerrechtlich soliden Ausweg zu finden.

¹⁰² Huber, Staatensuccession, 1898, S. 20 f.

¹⁰³ Dazu auch *Kämmerer/Föh*, AVR 42 (2004), 294 (325 ff.).

¹⁰⁴ Ich verdanke diese Anregung meinem Kollegen *Andreas von Arnould*.

ABSTRACTS

Public International Law in the Age of Colonialism: Genesis, Importance and Consequences

By *Jörn Axel Kämmerer*, Hamburg

Decolonisation has by no means put an end to colonialism as a matter for Public International Law. This has been evidenced e.g. by lawsuits filed by Herero people, who claimed that German colonial troops had virtually annihilated this ethnic community in 1904; or, yet to be launched, by victims of British countermeasures as a consequence of the Kenyan Mau Mau revolt in the 1950s. Analysing legal rules of the colonial era is not only a means to evaluate the legitimacy of acts committed by colonial powers to the detriment of indigenous peoples, and thus the likelihood of claims to be successful. As will be shown, it also helps understand the evolution of public international law between about 1850 and present.

One of the main characteristics of contemporary international law is that it is a postcolonial order, for it has evolved from *Ius Publicum Europaeum*. While European states formed a “closed shop”, rejecting participation of most overseas powers in international law-making, they nevertheless claimed their legal order to be exclusive and also globally applicable. Before the mid-19th century, the existence of concurring international orders had still been admitted by European public international law, when states sought to establish relations with non-European peoples on a (de facto) non-hierarchic basis. Colonialism degraded non-European peoples to objects of international law. Yet, its legal features are far from being clear-cut. European states avoided to agree on a common perception of “colonies” or “protectorate” in order to prevent international law from penetrating overseas dependent territories. Regarding the only partial integration of many of these lands into the legal order of the governing European powers, this practice opened a “normative gap” regarding colonies and their indigenous inhabitants. Forced labour systems and cruel punishment, deprivation of land and property were widely accepted inhumane practices. The colonial powers intentionally prevented the application of European standards to dependent overseas territories (although their territorial sovereignty extended to these territories). Furthermore, there is little evidence of “positive” colonial international law apart from a set of conventions, which, *inter alia*, focussed on the treatment of the indigenous population. However, apart from the prohibition of slavery, they were hardly respected in state practice. This is also true for the Congo Act of 1885, although its Art. 6 and 9 may be considered to reflect basic standards of contemporary “colonial” customary law.

Colonial public international law has by no means vanished. On the contrary: Upon acquisition of independence, the political entities representing the indigenous peoples acceded to

the legal order that until then had disfavoured them. By discarding discrimination and the European monopoly on international law-making likewise, international law evolved from a European to a universal order *ratione personae*, but was not replaced by a different regime. This is the reason why newly independent states, at the very moment of becoming subjects of public international law, inherited rules that had been made without their participation and in some cases against their interest. It is unclear whether and to what extent the inevitable structural disadvantage protects former colonial powers from demands for compensation for damages inflicted upon indigenous peoples by acts which today would constitute a breach of (humanitarian) international law. Even if the hurdle of sovereign immunity could be taken, the applicable law in general would remain the one being in force at the time of the incident. Because of the discriminatory nature of these rules, this result appears to be unsatisfactory, and attempts have been made to declare posterior rules retroactively applicable as long as they reflect peremptory international law. However, it cannot easily be ascertained whether the mere idea of *ius cogens* existed in public international law at the end of the 19th century. Furthermore, as even compulsory rules are rooted in customary law, the absence of a historical evidence of a states' will should not be neglected. In order to mitigate the unsatisfactory consequences of the due respect that must be paid to sovereign law-making, former colonizing states could be deemed to be under a duty to negotiate with the concerned newly independent states, provided that the damaging action would constitute a breach of peremptory public international law if committed today. This at least is a viable and realistic perspective for forthcoming customary international law.

‘The Khmer Rouge Tribunal

By *Jörg Menzel*, Phnom Penh

Between 1975 and 1979 the Khmer Rouge under their leader Saloth Sar (Pol Pot) governed the country they called „Democratic Kampuchea“. Within less than four years probably about 1.7 Mio people died of system related reasons, hundreds of thousands were killed on so called “killing fields” around the country. More than thirty years after their seizure of power, some of the surviving senior leaders and those most responsible for the crimes of the Khmer Rouge will now be prosecuted and face trial in a special court. The “Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia” (ECCC) are a hybrid court consisting of Cambodian and international judges, based on an agreement between the United Nations and the State of Cambodia and a Cambodian law. Its task will be to bring at least some late justice to the victims of the Khmer Rouge, to document the truth about their barbaric system and – hopefully – to provide some momentum for urgently necessary improvements in the Cambodian judicial system. The work of the ECCC will be of major interest for the development of international criminal law and it will be a landmark event in Cambodia