



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2007

---

**Die Rolle des IGH im Nahost-Konflikt: Unter besonderer Berücksichtigung  
des «Mauer-Gutachtens» vom 9. Juli 2004 und den daraus resultierenden  
Folgen sowie Problemstellungen**

Schaer, Alexander ; Zimmermann, Claudia

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-7258>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Schaer, Alexander; Zimmermann, Claudia (2007). Die Rolle des IGH im Nahost-Konflikt: Unter besonderer Berücksichtigung des «Mauer-Gutachtens» vom 9. Juli 2004 und den daraus resultierenden Folgen sowie Problemstellungen. Jusletter, (03.12.2007):online.

Alexander Schaer / Claudia Zimmermann

## Die Rolle des IGH im Nahost-Konflikt

Unter besonderer Berücksichtigung des «Mauer-Gutachtens» vom 9. Juli 2004 und den daraus resultierenden Folgen sowie Problemstellungen

---

Mit der Nahost-Konferenz in Annapolis wurde unlängst ein weiterer Versuch unternommen, die Konfliktsituation im Nahen Osten einzudämmen. Eine wichtige Rolle in diesem Konflikt kommt jedoch nicht nur der Politik sondern auch der Justiz zu. Besonderes Augenmerk genießt in diesem Zusammenhang das Gutachten des IGH vom 9. Juli 2004 zu den israelischen Sperranlagen gegenüber dem Westjordanland.

---

Rechtsgebiet(e): Völkerrecht

Zitiervorschlag: Alexander Schaer / Claudia Zimmermann, Die Rolle des IGH im Nahost-Konflikt, in: Jusletter 3. Dezember 2007

## Inhaltsübersicht

- A. Der Weg zum Gutachten
  - I. Historischer Kontext
  - II. Stellung der Palästinenser in der UNO
  - III. Daten zur «Mauer»
  - IV. Sozioökonomische Auswirkungen der Mauer
  - V. Position der UNO
    - 1. Antrag zum Gutachten
    - 2. Verfahren vor dem IGH
  - VI. Die «Beit Sourik»-Entscheidung des Obersten Israelischen Gerichtshofes (HCJ)
- B. Das IGH-Gutachten vom 9. Juli 2004
  - I. Frage der Zuständigkeit
    - 1. Kompetenz der Generalversammlung zur Einholung eines Gutachtens
    - 2. Geeignetheit der Vorlagefrage für ein Gutachten
    - 3. Freiwilliges Ablehnen der Zuständigkeit?
  - II. Materielle Prüfung
    - 1. Anwendbares Recht
    - 2. Verstösse
    - 3. Rechtfertigungsgründe
  - III. Folgen
    - 1. Konsequenzen für Israel
    - 2. Konsequenzen für die Staatengemeinschaft und die UNO
- C. Reaktionen auf das IGH-Gutachten
  - I. «Declaration» von Richter Buergenthal
  - II. «Separate Opinions» der IGH-Richter
  - III. Reaktionen in der Lehre
  - IV. Reaktion des HCJ
  - V. Reaktion Israels
  - VI. Reaktionen der UNO
- D. Rolle der Schweiz im Nahostkonflikt
  - I. Schweizerische Besonderheiten
  - II. Das Schweizer UNO-Mandat
  - III. Kernaussagen des Berichts
  - IV. Bewertung
- E. Abschliessende Bemerkungen

*«There is no security without law.  
Satisfying the provisions of the law  
is an aspect of national security»*

*HCJ 2056/04, «Beit Sourik Village Council  
v. The Government of Israel», Ziff. 86.*

## A. Der Weg zum Gutachten

### I. Historischer Kontext<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Seit dem Ausbruch der zweiten Intifada im Jahre 2000 nahm

<sup>1</sup> Für einen detaillierten Überblick über die geschichtlichen Abläufe sowie das Verhältnis zwischen Israel und Palästina vgl. auch: [www.uni-kassel.de/fb5/frieden/regionen/Nahost/Chronik-Aktuell/Welcome.html](http://www.uni-kassel.de/fb5/frieden/regionen/Nahost/Chronik-Aktuell/Welcome.html); Written Statement of the League of Arab States vom 28. Januar 2004, S. 27 ff.; Written Statement submitted by Palestine vom 29. Januar 2004, Ziff. 78 ff. und Annex 3 sowie zum politischen Prozess Ziff. 227 ff. und Documents submitted by Palestine vom 30. Januar 2004, Vol. 2 Documentary Annex, Annex 13; Seidel Gerd, Die Palästinafrage und das Völkerrecht, in: Archiv des Völkerrechts, 44 (2006) 2, S. 121 ff.; Sutter Patrick, Die Rolle der UNO und des Völkerrechts im Palästina-Konflikt: Ein Überblick, in: Jusletter 2. Juni 2003; Khan Daniel-Erasmus, Sicherheitszaun oder Apartheidsmauer? Das Gutachten des Internationalen Gerichtshofes vom 9. Juli 2004

die Zahl der palästinensischen Terrorakte auf die Zivilbevölkerung Israels zu.<sup>2</sup> (Selbstmord)-Attentate bezweckten den Tod möglichst vieler jüdischer Zivilisten und Soldaten. Um die israelische Bevölkerung vor weiteren Attentaten zu schützen, begann sich das Israelische Kabinett im April 2002 konkret mit der Errichtung einer Sperranlage im Gebiet des Westjordanlandes zu befassen.<sup>3</sup> Am 23. Juni 2002 stimmte das Kabinett der ersten Phase der Sperranlage zu.<sup>4</sup> Der Phase zwei wurde im Dezember 2002, der vollständigen Route am 1. Oktober 2003 zugestimmt. Die knapp 763 Kilometer lange Anlage soll in mehreren Etappen realisiert werden und kommt den israelischen Staat gemäss Schätzungen auf mindestens 1,6 Milliarden US-Dollar zu stehen.<sup>5</sup> Der Bau der Mauer ist immer noch im Gange.

Bezüglich der Terminologie ist zu erwähnen, dass unterschiedliche Bezeichnungen für das Sperranlageprojekt kursieren. Israel spricht von «Sicherheitszaun» oder «Antiterrorzaun». Gegner hingegen sprechen von «Apartheid Wall» oder «Separation Wall». In der UN-Terminologie hat sich der Begriff «Wall» durchgesetzt. In dieser Arbeit werden denn auch vor allem die Begriffe «Mauer»<sup>6</sup> und «Sperranlage» verwendet.

## II. Stellung der Palästinenser in der UNO

Bis heute wurde der palästinensische Staat noch nicht realisiert, auch wenn das palästinensische Recht auf Selbstbestimmung kaum mehr ernsthaft bestritten wird.<sup>7</sup> Das

zu den israelischen Sperranlagen gegenüber dem Westjordanland, in: Die Friedenswarte, 79 (2004) 3-4, S. 345 ff.; International Court of Justice, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 9. Juli 2004, Ziff. 70 ff.

<sup>2</sup> Die Ursachen für den Terror sind vielschichtig. Gemäss Goldberger schöpft der islamische Terrorismus seine Motivation nicht direkt aus dem Leid der palästinensischen Bevölkerung. Dieses würde aber häufig als Vorwand herangezogen, um Israel als Verkörperung der westlichen Unkultur bekämpfen zu können. Siehe dazu: Goldberger Ernest, Doppelkrise im Nahen Osten: Der Konflikt zwischen Israel und Palästina, in: Baslerschriften zur europäischen Integration, Nr. 78, März 2006, S. 13.

<sup>3</sup> Wie Makovsky und Lehmann aufzeigen, reichen die geistigen Ursprünge dieser Anlage bis in die Rabin-Ära in den 90er-Jahren zurück (vgl. Makovsky David, How to Build a Fence, in: Foreign Affairs, 81 [März/April 2004] 2, S. 52 ff. sowie Lehmann Padi D., Sicherheitszaun mit linkem Copyright, in: Blätter für deutsche und internationale Politik, 49 [März 2004] 3, S. 283 ff.).

<sup>4</sup> Für die politischen Abläufe vgl. auch: «Advisory Opinion», Ziff. 80 f.; «Beit Sourik», Ziff. 3 ff.; «Mara'abe», Ziff. 3 ff.

<sup>5</sup> Lehmann (Fn 3), S. 283.

<sup>6</sup> Der Begriff «Mauer» ist allerdings nicht unproblematisch, werden doch durch ihn starke Assoziationen mit der Berliner Mauer hervorgerufen. Auch wird er den genauen baulichen Details der Sperranlage nicht gerecht. Der weitaus längste Abschnitt besteht nämlich aus einer Sperranlage mit vier Zäunen, Patrouillenweg und Spurenpfad (siehe A.III.).

<sup>7</sup> Bothe Michael, Die Mauer im Westjordanland. Ein Crashtest für das Völkerrecht?, in: HSFK Standpunkte: Beiträge zum demokratischen Frieden, Nr. 2/2004, S. 5; für Seidel geht es denn auch inzwischen nicht mehr um die Frage, ob ein palästinensischer Staat gegründet wird, sondern nur

palästinensische Volk verfügt zwar über eine Regierung und es wird von einem palästinensischen Autonomiegebiet gesprochen, doch ist «Palästina» noch kein Staat im völkerrechtlichen Sinn.<sup>8</sup>

4 Trotzdem bleiben die Palästinenser in der UNO nicht ungehört. So verfügt die PLO über Beobachter-Status<sup>9</sup> und kann bei Diskussionsrunden der Generalversammlung das Wort ergreifen. Dies ermöglicht es den Palästinensern, ihre Anliegen direkt bei der UNO einbringen zu können.

5 Weiter ist auf das arabische Zusammengehörigkeitsgefühl hinzuweisen, welches die Palästinenser mit diversen UNO-Mitgliedern verbindet. Palästinensische Interessen können so indirekt durch andere arabische Mitglieder vertreten werden. In diesem Zusammenhang muss auch die arabische Liga beachtet werden. Dieser internationalen Organisation arabischer Staaten gehört auch die PLO an. Unter anderem setzt sich die Liga für die Entstehung eines palästinensischen Staates ein. Die Beeinflussung der arabischen UN-Mitgliedsländer durch die Liga im Sinne einer pro-palästinensischen Einflussnahme ist nicht zu unterschätzen.

### III. Daten zur «Mauer»<sup>10</sup>

6 Hauptstreitpunkt bildet der Verlauf der Mauer. So wird ein beträchtlicher Teil der Sperranlage jenseits der «Grünen Linie»<sup>11</sup> auf palästinensischem Autonomiegebiet in der Westbank gebaut.<sup>12</sup> Israel stellt in diesem Gebiet immer noch die Besatzungsmacht dar.<sup>13</sup>

noch darum, wann dies geschieht (Seidel [Fn 1], S. 149).

<sup>8</sup> Vgl. Sina Stephan, Der völkerrechtliche Status des Westjordanlandes und des Gaza-Streifens nach den Osloer Verträgen, in: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 167 (2004), S. 341 ff.

<sup>9</sup> Der Status wurde der PLO, seit dem 14. Oktober 1974 von der Generalversammlung als Repräsentant des palästinensischen Volkes anerkannt (RES 3210 [XXIX]), am 22. November 1974 von der Generalversammlung mit RES 3237 (XXIX) eingeräumt. Am 15. Dezember 1988 wurde die Bezeichnung des Beobachtenden mit A/RES/43/177 in «Palästina» umgewandelt.

<sup>10</sup> Für die politischen Abläufe sowie detaillierte Daten vgl. auch: «Advisory Opinion», Ziff. 82 ff.; «Beit Sourik», Ziff. 3 ff.; <http://securityfence.mfa.gov.il/mfm/Data/49058.pps>; Written Statement of the Secretary-General of the United Nations Organization vom 29. Januar 2004; Written Statement submitted by Palestine vom 29. Januar 2004, Ziff. 238 ff.; für umfangreiches Bild- und Kartenmaterial vgl. auch Documents submitted by Palestine vom 30. Januar 2004, Vol. 1, Maps and Graphics.

<sup>11</sup> Die «Grüne Linie» beschreibt die Waffenstillstandslinie von 1949, welche die international anerkannte Grenze zwischen Israel und den besetzten palästinensischen Gebieten darstellt. Siehe dazu: Bothe (Fn 7), S. 3.

<sup>12</sup> Vgl. [www.btselem.org/Download/Separation\\_Barrier\\_Map\\_Eng.pdf](http://www.btselem.org/Download/Separation_Barrier_Map_Eng.pdf); vgl. auch «Mara'abe», Ziff. 70.

<sup>13</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 78.; «Beit Sourik», Ziff. 23; «Mara'abe», Ziff. 14; Becker Florian, IGH-Gutachten über «Rechtliche Konsequenzen des Baus einer Mauer in den besetzten palästinensischen Gebieten», in: Archiv des Völkerrechts, 43 (2005) 2, S. 226; Economic and Social Council: Economic, Social and Cultural Rights – The right to food: Report by Special Rapporteur, Jean Ziegler, Addendum, Mission to the Occupied Palestinian Territories vom 31. Oktober 2003, Ziff. 22; Written Statement submitted by

Je nach Abschnitt und Gefahreneinstufung handelt es sich bei der «Mauer» entweder um eine Betonkonstruktion oder einen Stacheldrahtzaun.<sup>14</sup> So oder so trage das Bauwerk gemäss Bothe den Charakter einer kontrollierten Grenzbefestigung.<sup>15</sup> Israel hingegen hebt stets hervor, dass es sich beim Sicherheitszaun um eine temporäre, friedliche Methode zur Eindämmung des palästinensischen Terrors handle, welche auf dem Recht zur Selbstverteidigung basiere und keine permanente Grenzziehung darstelle.<sup>16</sup> Zudem werden neben Sicherheitsaspekten auch geographische Besonderheiten für den Mauerlauf verantwortlich gemacht.<sup>17</sup>

### IV. Sozioökonomische Auswirkungen der Mauer<sup>18</sup>

Die Folgen des Mauerbaus für das Leben der palästinensischen Bevölkerung sind gravierend.<sup>19</sup> Die Mauer zerschneidet förmlich das palästinensische Gebiet. Die palästinensische Bevölkerung unterliegt einem strikten Kontrollregime,

Palestine vom 29. Januar 2004, Ziff. 345.

<sup>14</sup> Vgl. auch Auflistung in «Mara'abe», Ziff. 3 f.

<sup>15</sup> Bothe (Fn 7), S. 3.

<sup>16</sup> Vgl. Letter dated 29 January 2004 from the Deputy Director General and Legal Advisor of the Ministry of Foreign Affairs, together with the Written Statement of the Government of Israel, Ziff. 1.8, Stellungnahme des Israelischen Aussenministeriums, Israeli Press Conference vom 23. Februar 2004, Statement by Foreign Minister Silvan Shalom on the Security Fence vom 17. März 2004 sowie die ausführliche Stellungnahme des Israelischen UN-Botschafters Gillerman anlässlich der Sicherheitsratssitzung vom 14. Oktober 2003 (UN-Doc. S/PV.4841, S. 7 ff.); «Beit Sourik», Ziff. 4 ff. u. 29; «Mara'abe», Ziff. 3; Für weitere Informationen dazu vgl. die offiziellen Internetauftritte: <http://securityfence.mfa.gov.il> sowie [www.seamzone.mod.gov.il](http://www.seamzone.mod.gov.il); a.M. Economic and Social Council: Question of the Violation of Human Rights in the Occupied Arab Territories, including Palestine: Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, John Dugard, on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied by Israel since 1967, submitted in accordance with the Commission Resolution 12993/2 A vom 8. September 2003, Ziff. 6 u. 14 sowie Written Statement submitted by Palestine vom 29. Januar 2004, Ziff. 196.

<sup>17</sup> Vgl. Stellungnahme des Israelischen Aussenministeriums (Fn 16) sowie die ausführliche Stellungnahme Israels anlässlich der Sicherheitsratssitzung vom 14. Oktober 2003 (UN-Doc. S/PV.4841, S. 7 ff.); vgl. auch «Mara'abe», Ziff. 99 ff.

<sup>18</sup> Vgl. dazu auch Written Statement of the League of Arab States vom 28. Januar 2004, S. 53 ff.; Written Statement submitted by Palestine vom 29. Januar 2004, Ziff. 197 ff. u. Ziff. 252 ff.; Bothe (Fn 7), S. 4.

<sup>19</sup> Der Dugard-Report stellt fest: «There is a humanitarian crisis in the West Bank and Gaza. It is not the result of a natural disaster. Instead, it is a crisis imposed by a powerful State on its neighbour» (Dugard-Report [Fn 16], Ziff. 21); vgl. u.a. auch: Ziegler-Report (Fn 13), Ziff. 40 ff.; Documents submitted by Palestine vom 30. Januar 2004, Vol. 2, Documentary Annex, Annex 1-14 sowie den Human Rights Watch-Bericht Israel's «separation barrier» in the occupied West Bank: Human Rights and International Humanitarian Law consequences vom 20. Februar 2004; Lagerquist Peter, Fencing the Last Sky: Excavating Palestine after Israel's «Separation Wall», in: Journal of Palestine Studies, 33 (Winter 2004) 2, S. 14 f.; Baskin Gershon/Rosenberg Sharon, The New Walls and Fences: Consequences for Israel and Palestine, CEPS Working Paper Nr. 9, Juni 2003, S. 9 ff.

das ihre Bewegungsfreiheit einschränkt.<sup>20</sup> An einigen Stellen werden palästinensische Dörfer und Städte gar eingemauert, wobei der Zugang zu den Siedlungen nur durch ein einziges Tor möglich ist.<sup>21</sup> Der Mauerbau ist zudem äusserst landintensiv und wird teils auf privatem Gelände gebaut.<sup>22</sup> Ackerbauland wurde zerstört und Häuser sowohl von palästinensischen wie auch jüdischen Siedlern vernichtet.<sup>23</sup> Bothe betont, dass die Beschlagnahme des Landes häufig der rechtstaatlichen Praxis zuwiderlaufe.<sup>24</sup> Allerdings gibt es die Möglichkeit eines gerichtlichen Rechtsschutzes, welcher per se als aussichtslos bezeichnet werden kann.

- 9 Weiter ist der Verkehr zwischen den palästinensischen Siedlungen in der Westbank beeinträchtigt. So schneidet die Mauer Gläubige von religiösen Stätten ab, erschwert den Palästinensern den Zugang zu Schulen, Arbeit, Spitälern und verunmöglicht grundlegende Kommunikationsmöglichkeiten.<sup>25</sup>
- 10 Zusammenfassend stellt die Mauer – nicht zuletzt aufgrund der Migration der betroffenen Bevölkerung – für Bothe die Lebensfähigkeit eines zukünftigen palästinensischen Staates weitgehend in Frage.<sup>26</sup>

## V. Position der UNO

### 1. Antrag zum Gutachten

- 11 Schon früh kritisierte die UNO den Mauerbau. Doch interne Uneinigkeit verzögerte ihr Agieren. Der Sicherheitsrat lehnte am 15. Oktober 2003 aufgrund des US-Vetos einen Resolutionsantrag zur Feststellung der Illegalität der Mauer ab.<sup>27</sup>
- 12 Noch im Oktober 2003 beschäftigte sich die Generalversammlung auf der Grundlage der sogenannten (einst nicht zuletzt auch von den USA initiierten) «Uniting for Peace-Resolution» vom 3. November 1950<sup>28</sup> in einer dringlichen

Sondersitzung zur Palästinafrage mit der Problematik.<sup>29</sup> Mit grosser Mehrheit wurde die vom Sicherheitsrat zuvor abgelehnte Resolution angenommen und die Rechtswidrigkeit der Mauer festgestellt.<sup>30</sup> Im Unterschied aber zu einer Sicherheitsratsresolution ist eine Generalversammlungsresolution unverbindlich. Israel ignorierte denn auch den Beschluss der UNO. Daraufhin setzte sich die Generalversammlung erneut mit dem Problem auseinander und beauftragte schliesslich am 8. Dezember 2003 den IGH dringlich, ein Gutachten mit folgender Fragestellung zu erstellen:

*«What are the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, as described in the report of the Secretary-General, considering the rules and principles of international law, including the Fourth Geneva Convention of 1949, and relevant Security Council and General Assembly resolutions?»<sup>31</sup>*

### 2. Verfahren vor dem IGH

Bezüglich der Einschaltung des IGH ging ein tiefer Riss durch die Staatenwelt. Dies zeigt denn auch die hohe Zahl an Enthaltungen, zu welcher auch die Gesamtheit der europäischen Staaten gehörte.

So empfand es beispielsweise die Schweiz «unter den gegebenen Umständen» als «unangemessen», eine Frage mit so vielen politischen Implikationen vor ein Gericht zu bringen.<sup>32</sup> Nichts desto trotz befürwortete die Schweiz in der Folge im schriftlichen Verfahren die Stellungnahme des IGH und sprach gar von einem «Präzedenzfall» für Besatzungsfälle im Allgemeinen.<sup>33</sup>

<sup>20</sup> Vgl. «Advisory Opinion», Ziff. 133; «Beit Sourik», Ziff. 60, 67 f., 76, 80 u. 82; Written Statement submitted by Palestine vom 29. Januar 2004, Annex 2.

<sup>21</sup> Vgl. auch Köhli Armin, Die Mauer – Einschnüren und Abwürgen der Städte, in: inamo, 36 (Winter 2003), S. 31 ff.

<sup>22</sup> Massiv ist nicht zuletzt auch der Eingriff in den Wasserhaushalt Palästinas, vgl. Messerschmid Clemens, Israels Mauer und die Wasserressourcen in: inamo, 34 (Sommer 2003), S. 42 ff.

<sup>23</sup> Vgl. «Advisory Opinion», Ziff. 133; «Beit Sourik», Ziff. 60, 67 f., 76, 80 u. 82; Dugard-Report (Fn 16), Ziff. 33 ff.; Ziegler-Report (Fn 13), Ziff. 15 ff. u. 44 ff.

<sup>24</sup> Bothe (Fn 7), S. 4.

<sup>25</sup> Vgl. «Advisory Opinion», Ziff. 127 ff.; «Beit Sourik», Ziff. 60, 67 f., 76, 80 u. 82.

<sup>26</sup> Bothe (Fn 7), S. 4; Zudem werde gemäss Bothe eine faktische Situation geschaffen, «die jedenfalls die Verhandlungsposition der Palästinenser drastisch verschlechtert» (Bothe [Fn 7], S. 11); so auch Lagerquist (Fn 19), S. 22 sowie Böhme Jörn/Kriener Tobias/Sterzing Christina, Kleine Geschichte des israelisch-palästinensischen Konfliktes, Schwalbach 2005, S. 98.

<sup>27</sup> UN-Doc. S/PV.4841 und S/PV.4842.

<sup>28</sup> UN-Doc. A/RES/377 (V); vgl. zur Resolution im Speziellen insb. auch zur

Entstehungsgeschichte: Woolsey L.H., The «Uniting for Peace» Resolution of the United Nations, in: AJIL, 45 (1951) 1, S. 129 ff., Andrassy Juraj, Uniting for Peace, in: AJIL, 50 (1956), S. 563 ff., Stein Eric/Morrissey Richard C., Uniting for Peace Resolution, in: Bernhardt Rudolf (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, Amsterdam 1983, S. 379 ff., Tomuschat Christian, «Uniting for Peace» – Ein Rückblick nach 50 Jahren, in: Die Friedenswarte, 76 (2001) 2-3, S. 289 ff., Nolte Barbara, Uniting for Peace, in: Wolfrum Rüdiger (Hrsg.), Handbuch der Vereinten Nationen, 2. Aufl., München 1991, S. 950 ff. mit Literaturhinweisen sowie kritisch Schaefer Michael, Notstandssondertagungen der Generalversammlung, in: Vereinte Nationen, 31 (Juni 82) 3, S. 78 ff.

<sup>29</sup> Es handelt sich dabei um die zehnte Notstandssondertagung zur Thematik des israelischen Siedlungsbaus in den besetzten Gebieten. Diese wurde 1997 zum ersten Mal durchgeführt und in der Folge noch elfmal, stets als zehnte Notstandssondertagung, einberufen. Diese thematisch spezialisierte, dauerhafte «Neben-Generalversammlung» entspreche, so Becker, «nicht dem Ansinnen der 9Uniting for Peace-Resolution». (Becker [Fn 13], S. 221).

<sup>30</sup> A/RES/ES-10/13 (144 Ja-Stimmen, 8 Nein-Stimmen, 12 Enthaltungen).

<sup>31</sup> A/RES/ES-10/14 (90 Ja-Stimmen, 8 Nein-Stimmen, 94 Enthaltungen).

<sup>32</sup> Written Statement of the Swiss Confederation vom 30. Januar 2004, Rn. 7.

<sup>33</sup> Written Statement of the Swiss Confederation vom 30. Januar 2004, Rn. 9.

- 15 Deutschland lehnte im Gegensatz zur Schweiz eine Stellungnahme des IGH auch noch im schriftlichen Verfahren mit der Begründung ab, dass eine einzelne, politische Frage eines komplizierten Komplexes vorliege und ein Gutachten dem Friedensprozess sowie der «Road Map» schaden könnte.<sup>34</sup> Diesem Argument schlossen sich unter anderem auch die USA an.<sup>35</sup> Bothe wies diese Begründung entschieden zurück<sup>36</sup> und betonte, dass sie nicht nur falsch, sondern für die internationale Ordnung als Rechtsordnung höchst gefährlich sei.<sup>37</sup>
- 16 Israel bezeichnete die Resolution als «initiated by those who support terrorism»<sup>38</sup> und warf den Palästinensern vor, die Generalversammlung und das Gutachten-Verfahren zu missbrauchen sowie den Friedensprozess zu sabotieren und die UNO zu schädigen.<sup>39</sup> Israel stellte sich denn auch auf den Standpunkt, dass der IGH die Anfrage ablehnen soll.<sup>40</sup>
- 17 Zu den Befürwortern eines Gutachtens gehörten nicht zuletzt – und auch nicht überraschend – die Organisation der Islamischen Konferenz, die Arabische Liga sowie die palästinensische Autonomiebehörde. Für Letztere ist die Mauer «not just a fence; it is a regime, a regime of isolation, discrimination and the denial of rights which does not tally with its ostensible motive, security».<sup>41</sup>
- 18 Insgesamt bezogen im Verfahren vor dem IGH nicht weniger als 49 Staaten und internationale Organisationen Stellung.<sup>42</sup> 15 von ihnen (Israel, die USA sowie alle europäischen Staaten gehörten nicht dazu) äusserten sich zudem auch an den mündlichen Verhandlungen vom 23. – 25. Februar 2004.<sup>43</sup> Die allermeisten bezeichneten den Mauerbau als unrechtmässig.

<sup>34</sup> Letter dated 29 January 2004 from the Ambassador of the Federal Republic of Germany to the Netherlands, together with the Statement of the Government of the Federal Republic of Germany, S. 9; ähnlich argumentierte auch die EU in Statement of Ireland on behalf of the European Union vom 30. Januar 2004.

<sup>35</sup> Zusammenfassend: Written Statement of the United States of America vom 30. Januar 2004, Chapter 1, Ziff. 1.4 u. 1.6.

<sup>36</sup> «Das Gutachten kann nicht schädlich für den Friedensprozess sein, sondern nur nützlich». (Bothe [Fn 7], S. 11).

<sup>37</sup> Bothe (Fn 7), S. 11.

<sup>38</sup> Stellungnahme des Israelischen Aussenministeriums (Fn 16).

<sup>39</sup> Letter dated 29 January 2004 from the Deputy Director General and Legal Advisor of the Ministry of Foreign Affairs, together with the Written Statement of the Government of Israel, Ziff. 0.7 u. 1.5.

<sup>40</sup> Letter dated 29 January 2004 from the Deputy Director General and Legal Advisor of the Ministry of Foreign Affairs, together with the Written Statement of the Government of Israel, Ziff. 0.7 u. 10.8.

<sup>41</sup> Written Statement submitted by Palestine vom 29. Januar 2004, Ziff. 11.

<sup>42</sup> Vgl. [www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=5a&case=131&code=mwp&p3=1](http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=5a&case=131&code=mwp&p3=1) sowie «Mara'abe», Ziff. 37 ff.

<sup>43</sup> Vgl. [www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=5a&case=131&code=mwp&p3=2](http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=5a&case=131&code=mwp&p3=2).

## VI. Die «Beit Sourik»-Entscheidung des Obersten Israelischen Gerichtshofes (HCJ)

Am 30. Juni 2004 publizierte der HCJ sein Urteil im Fall «Beit Sourik». Darin stellte er zu allererst fest, dass die Bestimmungen des vierten Haager Abkommens von 1907 (LKO)<sup>44</sup> Völkergewohnheitsrecht darstellen.<sup>45</sup> Den Mauerbau sowie die dafür notwendigen Enteignungen erachtete der HCJ als Ausfluss der Rechte der LKO für die Besatzungsmacht als gerechtfertigt.<sup>46</sup> Er kam in der Folge zum Schluss, dass die Mauer durch Sicherheitsaspekte gerechtfertigt sei<sup>47</sup>, zumal Israel mehrfach betont habe, dass es sich bloss um eine «temporäre Massnahme» handle und keine Grenze festgelegt werden solle. Dies habe Israel auch gegen Aussen demonstriert.<sup>48</sup> Eine prinzipielle Verlegung der Mauer entlang der «Grünen Linie» lehnte der HCJ ab.<sup>49</sup>

Der HCJ stellte in seinem Urteil klar, dass die Mauer nicht aus politischen Gründen angeordnet werden könne, sprich damit keine Gebiete annektiert sowie politische Grenzen gesetzt werden dürfen.<sup>50</sup> Zudem müssten die Bedürfnisse der Armee gegen die Bedürfnisse der lokalen Bevölkerung abgewogen werden.<sup>51</sup> In der Folge prüfte der HCJ diverse Abschnitte der Mauer detailliert auf ihre Verhältnismässigkeit. Dabei stellte er zum Teil massive Menschen- und Völkerrechtsverletzungen fest und verlangte vom Staat bei bestimmten Mauerpassagen die Festlegung neuer Routen.<sup>52</sup>

### B. Das IGH-Gutachten vom 9. Juli 2004

Die Schlussfolgerungen des IGH<sup>53</sup> waren praktisch unbestritten. So wurde die Frage der Zuständigkeit einstimmig

<sup>44</sup> 41. Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs (IV. Haager Abkommen) vom 18. Oktober 1907.

<sup>45</sup> «Beit Sourik», Ziff. 23.

<sup>46</sup> «Beit Sourik», Ziff. 32.

<sup>47</sup> Der HCJ betonte in diesem Zusammenhang mehrfach, dass er Entscheide rein militärischer Natur nicht beurteile, den militärischen Behörden diesbezüglich also ein Ermessen einräumte und lediglich die Aspekte humanitärer und rechtlicher Natur prüfe («Beit Sourik», Ziff. 46, 48 u. 56.).

<sup>48</sup> So habe Israel Flexibilität gezeigt und im Verlaufe der Verhandlung mehrfach den Verlauf der Mauer verändert, «Beit Sourik», Ziff. 28 u. 30.

<sup>49</sup> «It is the security perspective – and not the political one – which must examine the route on its security merits alone, without regard for the location of the Green Line» («Beit Sourik», Ziff. 30).

<sup>50</sup> «Beit Sourik», Ziff. 27; Der HCJ stellte denn auch fest: «Only a separation fence built on a base of law will grant security to the state and its citizens. Only a separation route based on the path of law, will lead the state to the security so yearned for.» («Beit Sourik», Ziff. 86.).

<sup>51</sup> «Beit Sourik», Ziff. 27.

<sup>52</sup> «Beit Sourik», Ziff. 60 ff.

<sup>53</sup> Es fällt auf, dass sich die Schlussfolgerungen des IGH (auch im Aufbau) mit den Schlüssen und Anträgen der Arabischen Liga praktisch decken (vgl. Written Statement of the League of Arab States vom 28. Januar 2004, S. 111 f.).

bejaht, wenngleich Richter Buergenthal sich anschliessend als einziger der 15 Richterinnen und Richter dafür aussprach, dennoch kein Gutachten abzugeben.<sup>54</sup> Die Feststellungen, dass der Mauerbau gegen das Völkerrecht verstosse, sowie die daraus abgeleiteten Forderungen an Israel und die UNO erfolgten mit 14:1 Stimmen (ablehnend: Buergenthal), die Forderungen an die Staatengemeinschaft mit 13:2 Stimmen (ablehnend: Buergenthal, Kooijmans).<sup>55</sup>

## I. Frage der Zuständigkeit

22 Umstritten war bereits im Vorfeld die Frage der Zuständigkeit. Dabei ging es insbesondere um die Fragen, ob die Generalversammlung überhaupt zur Einholung eines Gutachtens ermächtigt war (vgl. Ziff. 1) sowie falls ja, ob die Problem- und Fragestellung sich überhaupt für ein Gutachten eignen (vgl. Ziff. 2). Auch ein freiwilliges Ablehnen seiner Zuständigkeit wurde dem IGH nahegelegt (vgl. Ziff. 3). Der IGH bejahte seine Zuständigkeit.<sup>56</sup>

### 1. Kompetenz der Generalversammlung zur Einholung eines Gutachtens

23 Von den Gegnern eines Gutachtens wurde der Generalversammlung unter anderem vorgeworfen, dass sie Art. 12 Abs. 1 der UN-Charta<sup>57</sup> sowie Resolution 377 A (V) verletzt hätte.

24 Die Kompetenz der Generalversammlung, ein Gutachten einzuholen, resultiert direkt aus Art. 96 Abs. 1 der UN-Charta. Allerdings bestimmt Art. 12 Abs. 1 der UN-Charta, dass die Generalversammlung – eine Ermächtigung des Sicherheitsrates ausgeschlossen – keine Empfehlungen abgeben darf, wenn der Sicherheitsrat bei einer Streitigkeit oder einer Situation die ihm in der UN-Charta zugewiesenen Aufgaben wahrnimmt.

25 Für den IGH lag keine Verletzung der genannten Bestimmungen vor.<sup>58</sup> Massgebend war für das Gericht dabei, dass trotz der ursprünglichen Intention einer klaren Trennung der Zuständigkeiten zwischen Generalversammlung und Sicherheitsrat «eine steigende Tendenz» zu einer parallelen Behandlung von Angelegenheiten betreffend den internationalen Frieden und die internationale Sicherheit ersichtlich sei.<sup>59</sup> Der IGH hob dabei auch die breitere Sichtweise der Generalversammlung, nicht zuletzt im humanitären, sozialen und wirtschaftlichen Bereich, gegenüber dem sich auf Friedens- und Sicherheitsaspekte konzentrierenden Sicherheitsrat hervor.<sup>60</sup>

Vorgebracht wurde auch ein Verstoß gegen Resolution 377 A (V). Auch diesem Argument wurde vom IGH nicht gefolgt.<sup>61</sup> So sei zu Beginn der zehnten Notfall-Session von 1997 sowie bei der Wiederaufnahme 2003 der Sicherheitsrat aufgrund des Vetos «eines ständigen Mitglieds» handlungsunfähig gewesen.<sup>62</sup> Auch sei eine Bedrohung des internationalen Friedens und der Sicherheit vorgelegen<sup>63</sup> und die entsprechenden Verfahrensvorschriften seien eingehalten worden.<sup>64</sup>

### 2. Geeignetheit der Vorlagefrage für ein Gutachten

Umstritten waren des Weiteren auch die Details der Vorlagefrage. So vor allem betreffend des Problems der «Rechtsfrage» aber auch bezüglich der angeblich unklaren Fragestellung.

Die Kompetenz der Generalversammlung, ein Gutachten einzuholen, wird von Art. 96 Abs. 1 der UN-Charta auf «Rechtsfragen» beschränkt. Der IGH verfolgt indessen schon lange die Praxis, dass die Tatsache alleine, dass eine Frage politische Aspekte berührt respektive diese allenfalls gar im Vordergrund stehen, das Vorliegen einer «Rechtsfrage» nicht ausschliesse.<sup>65</sup> Vielmehr gehe es darum, dass die Fragen «have been framed in terms of law and raise problems of international law».<sup>66</sup> Und auch bei der vorliegenden Frage bemerkte der Gerichtshof, dass «this question is directed to the legal consequences arising from a given factual situation considering the rules and principles of international law (...)».<sup>67</sup>

Bemängelt wurde auch die «unklare» Fragestellung. Doch auch hier betonte der IGH, dass ihn dies nicht von einer Zuständigkeit entbinde.<sup>68</sup> Er erachtete die Fragestellung als ausreichend, da darin ein Auftrag zu erkennen sei, zu prüfen, ob es i.c. bestimmte Regeln und Prinzipien des Völkerrechts gäbe und anschliessend zu kontrollieren, ob diese durch den Mauerbau verletzt wurden.<sup>69</sup>

### 3. Freiwilliges Ablehnen der Zuständigkeit?

Gemäss Art. 65 Abs. 1 des IGH-Statuts *kann* der IGH ein Gutachten abgeben. Es wurde denn auch mehrfach vorgebracht, dass der Gerichtshof seine Zuständigkeit freiwillig ablehnen soll. Der IGH vertritt jedoch in seiner Praxis den Standpunkt, dass eine Anfrage im Prinzip nicht zurückgewiesen werden

<sup>54</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 163.

<sup>55</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 163.

<sup>56</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 42 u. 65.

<sup>57</sup> Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 (SR 0.120).

<sup>58</sup> Vgl. «Advisory Opinion», Ziff. 25 ff.

<sup>59</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 27.

<sup>60</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 27.

<sup>61</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 31 ff.

<sup>62</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 31.

<sup>63</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 31.

<sup>64</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 32 u. 35.

<sup>65</sup> Vgl. Zusammenfassung der diesbezüglichen IGH-Praxis in: «Advisory Opinion», Ziff. 41.

<sup>66</sup> International Court of Justice, «Western Sahara», Advisory Opinion, 16 Oktober 1975, Ziff. 15.

<sup>67</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 37.

<sup>68</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 38.

<sup>69</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 39.

soll, sofern nicht «compelling reasons» vorliegen, was bislang noch nie der Fall war.<sup>70</sup> Nicht überraschend fanden denn auch die Argumentationen der «besonderen Situation» des israelisch-palästinensischen Konfliktes, die Hinweise auf die Verweigerung Israels, die möglichen Auswirkungen auf den Friedensprozess (v.a. auch bezüglich der «Road Map») sowie die Frage des Nutzens eines solchen Gutachtens kein Gehör beim Gerichtshof.<sup>71</sup> Auch lehnte es der IGH ab, i.c. nur von einem bilateralen Konflikt zu sprechen.<sup>72</sup> Und schliesslich wies der Gerichtshof das Argument zurück, dass er – nicht zuletzt auch aufgrund der Verweigerung Israels – nicht über genügend Fakten verfüge, um sich ein umfassendes Urteil zu bilden.<sup>73</sup>

## II. Materielle Prüfung

### 1. Anwendbares Recht

<sup>31</sup> In seinem Gutachten bezog sich der IGH zuerst auf das in Art. 2 Abs. 4 der UN-Charta sowie der «Friendly Relations-Declaration»<sup>74</sup> statuierte Gewaltverbot sowie das Verbot gewaltsamer Gebietsannexionen und bestätigte deren Status als Völkergewohnheitsrecht.<sup>75</sup> Denselben Status geniessen zudem die Regeln der LKO, welche damit auch für Staaten gelten, welche das Abkommen nicht ratifiziert haben.<sup>76</sup> Des Weiteren anerkannte der Gerichtshof die Anwendbarkeit des aus der UN-Charta, der «Friendly Relations-Declaration» sowie Art. 1 Abs. 1 des UNO-Pakt II abgeleiteten Grundsatzes des «Selbstbestimmungsrechts der Völker».<sup>77</sup>

<sup>32</sup> Strittig war die Anwendbarkeit der vierten Genfer Konvention von 1949 (ZPA)<sup>78</sup>. Der Gerichtshof wies jedoch auch hier die gegenteiligen Argumente Israels zurück und bestätigte,

<sup>70</sup> Vgl. Zusammenfassung der diesbezüglichen IGH-Praxis in: «Advisory Opinion», Ziff. 44 sowie Szasz Paul C., Enhancing the Advisory Opinion of the World Court, in: Gross Leo (Hrsg.), The Future of the International Court of Justice, New York 1976, S. 505.

<sup>71</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 47 f., 50, 54 u. 62; vgl. auch das diesbezügliche Statement von Richter Kooijmans in: Separate Opinion of Judge Kooijmans, Ziff. 21.; Gemäss Khan müsse die Einschätzung des Sicherheitsrates, wonach eine Intervention in der Mauerangelegenheit den Friedensprozess als Ganzes behindern könnte, zumindest als vertretbar angesehen werden (Khan [Fn 1], S. 355).

<sup>72</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 49; Für Seidel bildet die Palästinafrage «den Kern des komplexen Nahostproblems und ist seit langem ein zentrales Hindernis für den Weltfrieden und die internationale Sicherheit» (Seidel Gerd, Die Palästinafrage und das Völkerrecht, in: Archiv des Völkerrechts, 44 [2006] 2, S. 121 ff.).

<sup>73</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 58.

<sup>74</sup> Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations vom 24. Oktober 1970, Resolution 2625 (XXV).

<sup>75</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 87.

<sup>76</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 89.

<sup>77</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 88.

<sup>78</sup> Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten (SR 0.518.51).

dass die vierte Genfer Konvention in einem bewaffneten Konflikt zwischen zwei oder mehr Vertragsparteien in allen besetzten Gebieten anwendbar sei.<sup>79</sup>

Uneinigkeit herrschte zudem darüber, ob die von Israel unterzeichneten internationalen Menschenrechts-Konventionen in Streitigkeiten betreffend der Palästinenser-Gebiete überhaupt anwendbar seien. Da jedoch gemäss IGH auch die palästinensischen Gebiete letzten Endes israelischer Zwangsgewalt unterliegen, bejahte der Gerichtshof auch die Anwendbarkeit der beiden UNO-Pakte von 1966<sup>80</sup> sowie der Kinderrechtskonvention von 1989 (KRK)<sup>81, 82</sup>

### 2. Verstösse

Als erstes stellte der IGH einen Verstoss gegen den Grundsatz des «Selbstbestimmungsrechts der Völker» fest, welches das «Palästinensische Volk» unzweifelhaft besässe.<sup>83</sup> Dem israelischen Argument, dass es sich bei der Mauer lediglich um eine temporäre Massnahme handle, vermochte der Gerichtshof nicht zu folgen. Vielmehr ging dieser davon aus, dass die Mauer ein «fait accompli» kreierte und es sich um eine «de facto-Annexion» handle.<sup>84</sup>

Viele Fragen stellten sich dem IGH bezüglich Verstösse gegen das humanitäre (Völker-)Recht sowie die Menschenrechte, resultierend aus der LKO, dem ZPA, den beiden UNO-Pakten sowie der KRK.<sup>85</sup> Schlussendlich befand der Gerichtshof, dass die Mauer «has led to the destruction or requisition of properties under conditions which contravene the requirements of Articles 46 and 52 of the Hague Regulations of 1907 and of Article 53 of the Fourth Geneva Convention»<sup>86</sup> sowie «imposed substantial restrictions on the freedom of movement of the inhabitants of the Occupied Palestinian Territory»<sup>87</sup>. Dies führte unter anderem zu schweren Eingriffen in die palästinensische Wirtschaft sowie das Alltagsleben.<sup>88</sup> Der IGH folgerte daher:

*«To sum up, the Court is of the opinion that the construction of the wall and its associated regime impede the liberty of movement of the inhabitants of the Occupied Palestinian Territory (with the exception of Israeli citizens and those assimilated thereto) as guaranteed*

<sup>79</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 101.

<sup>80</sup> Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt I; SR 0.103.1) sowie Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 2006 (UNO-Pakt II; SR 0.103.2).

<sup>81</sup> Internationale Konvention über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (SR 0.107).

<sup>82</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 111 ff.

<sup>83</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 118.

<sup>84</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 121.

<sup>85</sup> Vgl. Detaillierte Auflistung in: «Advisory Opinion», Ziff. 124 ff.

<sup>86</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 132.

<sup>87</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 133.

<sup>88</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 133.



under Article 12, paragraph 1, of the International Covenant on Civil and Political Rights. They also impede the exercise by the persons concerned on the right to work, to health, to education and to an adequate standard of living as proclaimed in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and in the United Nations Convention on the Rights of the Child. Lastly, the construction of the wall and its associated regime, by contributing to the demographic changes referred to in paragraph 122 and 133 above, contravene Article 49, paragraph 6, of the Fourth Geneva Convention and the Security Council resolutions cited in paragraph 120 above.»<sup>89</sup>

### 3. Rechtfertigungsgründe

<sup>36</sup> Israel berief sich als Rechtfertigung für den Mauerbau vor allem auf die nationale Sicherheit, sein Recht auf Selbstverteidigung aus Art. 51 der UN-Charta sowie den Staatsnotstand.

<sup>37</sup> Sofern das Argument der nationalen Sicherheit für den IGH überhaupt als Rechtfertigungsgrund in Frage kam, wies es der Gerichtshof zurück. Dies mit der Begründung, dass die Mauer als Massnahme zur Erreichung der von Israel angestrebten Ziele unverhältnismässig, da nicht notwendig, gewesen sei.<sup>90</sup>

<sup>38</sup> Das Argument der Selbstverteidigung wies der IGH mit dem Argument zurück, dass Art. 51 der UN-Charta den Staaten lediglich gegen Angriffe anderer Staaten ein Selbstverteidigungsrecht einräume. Dies sei aber i.c. gerade nicht der Fall, da sich Israel gegen terroristische Attacken aus dem Landesinneren zu verteidigen suche.<sup>91</sup>

<sup>39</sup> Schliesslich wies das Gericht auch das Argument des Staatsnotstandes zurück. So sei der IGH nicht davon überzeugt, «that the construction of the wall along the route chosen was the only means to safeguard the interests of Israel against the peril which it has invoked as justification for that construction».<sup>92</sup> Dies ist jedoch gemäss herrschender Lehre eine der Voraussetzungen des Staatsnotstandes.

<sup>40</sup> Der IGH stellte abschliessend fest, dass der Mauerbau gegen das Völkerrecht verstösst<sup>93</sup> und, dass «Israel has to face numerous indiscriminate and deadly acts of violence against its civilian population».<sup>94</sup>

### III. Folgen

<sup>41</sup> Im letzten Teil des Gutachtens widmete sich der IGH der

<sup>89</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 134.

<sup>90</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 136.

<sup>91</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 138 f.

<sup>92</sup> Vgl. Art. 25 der International Law Commission's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts von 2001.

<sup>93</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 142.

<sup>94</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 141.

Frage, welche Konsequenzen aus den Völkerrechts-Verstössen Israels erwachsen. Er unterteilte dabei einerseits in Konsequenzen für Israel, andererseits aber auch in Konsequenzen für die ganze Staatengemeinschaft und die UNO.

#### 1. Konsequenzen für Israel

Der IGH forderte Israel in seinem Gutachten dazu auf, seine internationalen, völkerrechtlichen Pflichten einzuhalten und das palästinensische Selbstbestimmungsrecht zu respektieren.<sup>95</sup> Des Weiteren wurde Israel aufgefordert, die Arbeiten an der Mauer einzustellen, bereits erstellte Teile abzubauen sowie alle diesbezüglichen gesetzlichen Akte aufzuheben.<sup>96</sup> Daneben wurde auch die umfassende Restitutions- und Schadenersatzpflicht Israels festgestellt.<sup>97</sup>

#### 2. Konsequenzen für die Staatengemeinschaft und die UNO

Der IGH rief in seinem Gutachten erneut in Erinnerung, dass das Recht auf Selbstbestimmung sowie das humanitäre Völkerrecht für die ganze Staatengemeinschaft gelte.<sup>98</sup> Er forderte zudem die Staaten dazu auf, die aktuelle Situation, welche durch den Mauerbau entstanden ist, nicht anzuerkennen sowie keine Hilfe und Unterstützung zum Mauerbau zu leisten.<sup>99</sup> Die Vertragsstaaten ZPA hätten zudem dafür zu sorgen, dass Israel seinen Verpflichtungen, welche aus dieser Konvention resultieren, wieder nachkommt.<sup>100</sup>

Die UNO, und dabei insbesondere die Generalversammlung sowie der Sicherheitsrat, wurde zudem aufgefordert, das weitere Vorgehen festzulegen.<sup>101</sup>

### C. Reaktionen auf das IGH-Gutachten

#### I. «Declaration» von Richter Buergenthal

Als einziger stimmte der amerikanische Richter Buergenthal – mit Ausnahme in der Frage der Zuständigkeit – gegen die Feststellungen des Gerichts. Dies unter anderem mit der Begründung, dass das Gericht nicht genügend Fakten vorliegend habe, um ein seriöses Gutachten erstellen zu können.<sup>102</sup> Da Israel nicht verpflichtet sei, am Verfahren teilzunehmen, dürfe ihm jetzt daraus nicht wie bei einem normalen

<sup>95</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 149 f.

<sup>96</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 151.

<sup>97</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 152 f.

<sup>98</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 155 ff.

<sup>99</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 159.

<sup>100</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 159; in der Schweiz kamen darauf Bedenken betreffend des Handels mit Kriegsmaterial sowie der Rüstungszusammenarbeit mit Israel auf, vgl. dazu: Egli Patricia, Rechtliche Schranken des Handels mit Kriegsmaterial, in: SZIER 2005, S. 666 ff., insb. 679 ff.

<sup>101</sup> «Advisory Opinion», Ziff. 160.

<sup>102</sup> Declaration of Judge Buergenthal, Ziff. 1.

Gerichtsverfahren ein Nachteil erwachsen.<sup>103</sup> Ausserdem seien die Argumente Israels bezüglich Selbstverteidigung oder nationaler Sicherheit nie wirklich seriös vom Gericht untersucht worden<sup>104</sup>. Auch sei nirgends festgeschrieben, dass ein bewaffneter Angriff von einem Staat aus erfolgen müsse.<sup>105</sup>

## II. «Separate Opinions» der IGH-Richter

46 Wenngleich das Stimmverhalten der Richterinnen und Richter im Gutachten einen anderen Schluss nahelegt, so einheitlich einer Meinung war das Gericht in den Detailfragen nicht. Dies beweist das Vorliegen von nicht weniger als sechs «separate opinions». Dabei ging es jedoch weniger um die Schlussfolgerungen als vielmehr darum, wie das Gericht zu seinen Schlüssen gekommen ist.

47 So kritisierte Richterin Higgins beispielsweise den Aspekt, dass i.c. ein Element eines hochkomplexen Disputes aus dem Zusammenhang heraus begutachtet wurde.<sup>106</sup> Auch sei der geschichtliche Abriss im Gutachten «neither balanced nor satisfactory».<sup>107</sup> Es fehlte ihr denn auch an Feststellungen bezüglich der Pflichten sowie Rechtsverletzungen der Palästinenser.<sup>108</sup> Kritik übte Higgins auch an der Feststellung des Gerichtes, dass die Mauer ein Hindernis für das Selbstbestimmungsrecht der Palästinenser sei.<sup>109</sup> Überhaupt nicht einverstanden zeigte sie sich zudem mit den Schlussfolgerungen des Gerichtes zum Selbstverteidigungsrecht, da in Art. 51 der UN-Charta nirgends festgeschrieben sei, dass ein bewaffneter Angriff von einem Staat aus erfolgen müsse.<sup>110</sup> Zudem kritisierte sie die widersprüchliche Behandlung Palästinas in dem Sinne, dass es zwar «Prozesspartei» und «Profiteur» des humanitären Völkerrechts sein könne, nicht jedoch verantwortlich im Sinne der Staatenverantwortlichkeit für paramilitärische Aktivitäten gemacht werden.<sup>111</sup> Kritik kam zudem auch an der schwachen Faktenlage auf.<sup>112</sup>

48 Richter Kooijmans lehnte die Empfehlungen an die Staatengemeinschaft ab. Er tat dies in der Überzeugung, dass dies nicht Aufgabe des Gerichtes sei, sondern, dass dieses bloss die Anfrage der Generalversammlung zu beantworten, sprich sich an Israel zu wenden habe.<sup>113</sup> Auch er

kritisierte die mangelnde Berücksichtigung des Kontextes<sup>114</sup> sowie die festgestellte Einschränkung des palästinensischen Selbstbestimmungsrechts.<sup>115</sup>

Richter Owada schliesslich kritisierte vor allem, dass sich das Gericht bloss auf die Unterlagen und Statements gestützt hat, welche im schriftlichen und mündlichen Verfahren eingereicht wurden und keine tiefergehenden, eigenen Abklärungen getätigt hat.<sup>116</sup> Unter Berücksichtigung, dass Israel keine weiteren Unterlagen eingereicht habe, sei der Fairnessgrundsatz extrem strapaziert worden.<sup>117</sup>

## III. Reaktionen in der Lehre

Nicht unterwartet stiess das Urteil in der Lehre auf harsche Kritik, wenngleich dem IGH im Ergebnis zumeist beige-pflichtet wurde.

Der Hauptkritikpunkt war, dass der IGH sein Urteil auf einer dürrtigen Aktenlage getroffen habe, welche zwar die sozio-ökonomischen Folgen der Mauer erläuterte, nicht jedoch Aspekte sicherheitspolitischer bzw. militärischer Natur.<sup>118</sup> Insbesondere sei dem Selbstbestimmungsrecht der Palästinenser ein ungleich grösseres Gewicht eingeräumt worden als dem Recht der Israelis auf Sicherheit.<sup>119</sup>

Ganz allgemein stiess die simple und wenig vertiefte Argumentation des IGH auf Kritik.<sup>120</sup> Viele Befürworter hätten sich denn auch eine ähnlich differenzierte Auseinandersetzung wie diejenige des HCJ im «Beit Sourik»-Fall gewünscht.<sup>121</sup>

<sup>103</sup> Declaration of Judge Buergenthal, Ziff. 10.

<sup>104</sup> Declaration of Judge Buergenthal, Ziff. 3 u. 7.

<sup>105</sup> Für Buergenthal scheint seit dem 11. September 2001 vielmehr die gegenteilige Auffassung herrschend zu sein (Declaration of Judge Buergenthal, Ziff. 6).

<sup>106</sup> Separate Opinion of Judge Higgins, Ziff. 14.

<sup>107</sup> Separate Opinion of Judge Higgins, Ziff. 16.

<sup>108</sup> Separate Opinion of Judge Higgins, Ziff. 18 f. u. 24.

<sup>109</sup> Separate Opinion of Judge Higgins, Ziff. 30.

<sup>110</sup> Separate Opinion of Judge Higgins, Ziff. 33.

<sup>111</sup> Separate Opinion of Judge Higgins, Ziff. 34.

<sup>112</sup> Separate Opinion of Judge Higgins, Ziff. 40.

<sup>113</sup> Separate Opinion of Judge Kooijmans, Ziff. 1, 39 f. u. 46.

<sup>114</sup> Separate Opinion of Judge Kooijmans, Ziff. 12 f.

<sup>115</sup> Separate Opinion of Judge Kooijmans, Ziff. 32.

<sup>116</sup> Separate Opinion of Judge Owada, Ziff. 2.

<sup>117</sup> Separate Opinion of Judge Owada, Ziff. 16 u. 25.

<sup>118</sup> Khan (Fn 1), S. 359; Wedgwood Ruth, The ICJ Advisory Opinion on the Israeli Security Fence and the Limits of Self-Defense, in: AJIL, 99 (2005), S. 53 f.; Murphy Sean D., Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: An Ipse Dixit from the ICJ?, in: AJIL, 99 (2005), S. 62 u. 71 ff.; Kretzmer David, The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law, in: AJIL, 99 (2005), S. 99 f.; Imseis Ardi, Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion, in: AJIL, 99 (2005), S. 111; Gross Emanuel, Combating Terrorism: Does Self-Defense Include the Security Barrier? The Answer Depends on Who You Ask, in: Corn. Int. LJ, 38 (2005) 2, S. 570 u. 573; Scobbie Iain, Smoke, Mirrors and Killer Whales: the International Court's Opinion on the Israeli Barrier Wall, in: German Law Journal, 5 (2004) 9, S. 1107 u. 1110.

<sup>119</sup> So Pomerance Michla, The ICJ's Jurisdiction and the Crumbling Wall Between the Political and the Judicial, in: AJIL, 99 (2005), S. 37 f.; Gross (Fn 118), S. 572; Für Imseis hat der IGH die Chance verpasst, «to contribute to the substantive development of the law on military necessity» (Imseis [Fn 118], S. 111); Gross kritisierte, dass der IGH humanitäre Aspekte generell über Sicherheitsaspekte gestellt habe (Gross [Fn 118], S. 570 u. 580 ff.).

<sup>120</sup> Vgl. Khan (Fn 1), S. 364 ff.; Watson Geoffrey R., The «Wall» Decisions in Legal and Political Context, in: AJIL, 99 (2005), S. 24 f.; Becker (Fn 13), S. 239; Scobbie (Fn 118), S. 1107, 1113, 1118, 1125 f. u. sehr blumig zusammenfassend auf S. 1131.

<sup>121</sup> So z.B. Khan (Fn 1), S. 366 oder Orakhelashvili Alexander, International Public Order and the International Court's Advisory Opinion on Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian

Khan stellte fest, dass der IGH seine Chance vertan habe, «sich mit seiner ganzen Autorität konstruktiv und wegweisend in den aktuellen Diskurs über das Gewaltverbot und seine Grenzen einzubringen. Und er ist zweitens dem Anspruch Israels auf eine ernsthafte Würdigung seiner im Wesentlichen auf den Gesichtspunkt der Selbstverteidigung gestützten Argumente nicht gerecht geworden.»<sup>122</sup>

- 53 Erwartungsgemäss viel Kritik wurde an der Einschränkung des Selbstverteidigungsrechts geäussert.<sup>123</sup> Weitere Kritikpunkte betrafen schlussendlich auch das Recht der Generalversammlung, in dieser Sache überhaupt ein Gutachten einzuholen<sup>124</sup> oder die der Staatengemeinschaft auferlegten «Pflichten».<sup>125</sup>

#### IV. Reaktion des HCJ

- 54 Der HCJ befasste sich 2005 im Fall «Mara'abe v. The Prime Minister of Israel» intensiv und ausführlich mit der Bedeutung und den Auswirkungen des IGH-Gutachtens.<sup>126</sup>
- 55 Er bestätigte dabei seine Schlussfolgerungen im «Beit Sourik»-Fall.<sup>127</sup> Besonders betont wurde der Umstand, dass Israel eine völkerrechtliche Pflicht zum Schutz seiner Bürger und Bewohner habe.<sup>128</sup> Da der HCJ das Recht zum Mauerbau bereits aus Art. 43 LKO ableitete, setzte er sich nicht mit den IGH-Erwägungen zum Selbstverteidigungsrecht auseinander.<sup>129</sup>

Territory, in: Archiv des Völkerrecht, 43 (2005) 2, S. 254 ff.; Gross (Fn 118), S. 570 u. 580 ff.

<sup>122</sup> Khan (Fn 1), S. 366.

<sup>123</sup> Pomerance (Fn 119), S. 26 f.; Wedgwood (Fn 118), S. 58 f.; Murphy (Fn 118), S. 64 ff.; Becker (Fn 13), S. 235 f.; Gross (Fn 118), S. 575 ff.; vgl. aber auch Scobbie, welcher trotz Kritik (Scobbie [Fn 118], S. 1128) betont, dass «claims that self-defence may be invoked to justify the construction of the wall constitute legal nonsense, and dangerous nonsense at that». (Scobbie [Fn 118], S. 1129); Zum Themenbereich «Selbstverteidigungsrecht vs. Terroristen» vgl. auch: Franck Thomas M., Terrorism and the Right of Self-Defense, in: AJIL, 95 (2001), S. 840, wo der Autor festhält: «If the Council can act against Al Qaeda, so can an attacked state»; vgl. in diesem Zusammenhang aber auch – trotz Kritik am Stil des IGH – die alternative Begründung der Nicht-Anwendbarkeit von Art. 51 UN-Charta bei Tams Christian J., Light Treatment of a Complex Problem: The Law of Self-Defence in the Wall Case, in: EJIL, 16 (2005) 5, S. 969 ff.

<sup>124</sup> Becker (Fn 13), S. 222; Pomerance (Fn 119), S. 31 ff.

<sup>125</sup> Imseis (Fn 118), S. 115 f.

<sup>126</sup> «Mara'abe», Ziff. 37 ff.

<sup>127</sup> «Mara'abe», Ziff. 14 ff. u. 98 ff.; Israel kam dabei entgegen, dass die statistischen Daten diesbezüglichen massiver Rückgänge von Toten und Verletzten aufgrund von Terroranschlägen in Gebieten mit Schutzmauer den Sicherheitsstandpunkt und den Erfolg der Mauer verstärken (vgl. «Mara'abe», Ziff. 100 f., Stellungnahme des Israelischen Aussenministeriums (Fn 16), Newsletter der Israelischen Botschaft in Berlin vom 2. Juli 2004, Rz. 1, Makovsky [Fn 3], S. 55.); Baskin/Rosenberg bezeichnen diese Steigerung der Sicherheit jedoch als Trugschluss (vgl. Baskin/Rosenberg [Fn 19], S. 17.).

<sup>128</sup> «Mara'abe», Ziff. 23.

<sup>129</sup> «Mara'abe», Ziff. 23.

Zusammenfassend stellte der Gerichtshof fest, dass sowohl IGH als auch HCJ normativ dieselbe Basis für ihre Entscheidungen gehabt hätten. Trotzdem seien sie zu unterschiedlichen Schlüssen gekommen.<sup>130</sup> Hauptursache dafür war für den HCJ die unterschiedliche Faktenlage. Habe doch der IGH seinen Entscheid zur Hauptsache auf der Basis von vereinzelt UN-Dokumenten und -Berichten<sup>131</sup> getroffen, währenddessen der HCJ eine Fülle von Informationen von Seiten der Palästinenser, Israels sowie Militärexperten vorgelegt bekam.<sup>132</sup> Die Ursache dafür sah der HCJ im unterschiedlichen Verfahren. So seien vor dem HCJ die beiden Parteien zur Teilnahme verpflichtet gewesen, nicht hingegen vor dem IGH.<sup>133</sup>

Ein zweiter Punkt für die Unterschiede sei gewesen, dass der IGH die Mauer als Ganzes beurteilt habe, statt sich – wie der HCJ – mit jedem einzelnen Abschnitt intensiv zu befassen.<sup>134</sup>

Abschliessend kam das Gericht zum Schluss, dass das Gutachten den HCJ insbesondere wegen der völlig unterschiedlichen Faktenlage nicht dazu zwingt, von seinem detaillierten, streng dem Verhältnismässigkeitsprinzip unterlegenen Ansatz abzuweichen.<sup>135</sup>

#### V. Reaktion Israels

Israel hat das Gutachten stets abgelehnt und jede Zusammenarbeit verweigert. So seien für Israel nur Entscheidungen des eigenen höchsten Gerichts verbindlich und es obliege allein Israel und den Palästinensern, im Rahmen einer Friedensvereinbarung über die Sperranlage zu reden.<sup>136</sup> Zudem ignoriere das Urteil vollkommen den palästinensischen Terror und es werde nur über die Auswirkungen der Anlage und nicht die Gründe für ihren Bau gesprochen.<sup>137</sup>

Allerdings zeigte man sich im Rahmen der HCJ-Urteile nach «Beit Sourik» zu diversen Konzessionen bereit und änderte mehrfach die Route der Mauer.<sup>138</sup> Auch konnten nach intensiven Verhandlungen die meisten Mauer-Klagen aussergerichtlich geklärt werden.<sup>139</sup>

<sup>130</sup> «Mara'abe», Ziff. 57.

<sup>131</sup> Israel vermerkte vor dem HCJ deren Ungenauigkeit («Mara'abe», Ziff. 67).

<sup>132</sup> «Mara'abe», Ziff. 61.

<sup>133</sup> «Mara'abe», Ziff. 69.

<sup>134</sup> Der HCJ gibt jedoch hier zu bedenken, dass dies der IGH aufgrund der ihm vorliegenden spärlichen Akten auch gar nicht hätte tun können («Mara'abe», Ziff. 70).

<sup>135</sup> «Mara'abe», Ziff. 74.

<sup>136</sup> Israel wird Urteil gegen Sperranlage ignorieren, in: Süddeutsche Zeitung vom 9. Juni 2004.

<sup>137</sup> Israel wird Urteil gegen Sperranlage ignorieren, in: Süddeutsche Zeitung vom 9. Juni 2004.

<sup>138</sup> Vgl. «Mara'abe», Ziff. 6 u. 36.

<sup>139</sup> «Mara'abe», Ziff. 72.

## VI. Reaktionen der UNO

<sup>61</sup> Bereits am 20. Juli 2004 verabschiedete die Generalversammlung mit überwältigender Mehrheit eine Resolution, welche das Gutachten zur Kenntnis nahmen, Israel und die Staatengemeinschaft aufforderte, ihre darin genannten Pflichten zu erfüllen sowie den Generalsekretär aufforderte, ein Schadensregister zu erstellen.<sup>140</sup> Des Weiteren ermahnte man Israel und Palästina, ihren Verpflichtungen im Rahmen der «Road Map» nachzukommen.<sup>141</sup>

<sup>62</sup> Am 15. Januar 2007 bestätigte die Generalversammlung diese Resolution und stellte erneut die Anwendbarkeit der vierten Genfer Konvention auf die besetzten palästinensischen Gebiete einschliesslich Ost-Jerusalems und die anderen seit 1967 von Israel besetzten arabischen Gebiete fest.<sup>142</sup>

## D. Rolle der Schweiz im Nahostkonflikt

### I. Schweizerische Besonderheiten

<sup>63</sup> Wieso sich auch noch die Schweiz im Nahostkonflikt engagieren soll, mag auf den ersten Blick nicht gleich evident sein. Doch verfügt die Schweiz über Eigenschaften und Traditionen, welche sie als Vermittlungsinstanz zwischen den Konfliktparteien besonders geeignet erscheinen lassen. So basiert die schweizerische Neutralität auf langer Tradition und ist international respektiert. Dies befreit die Schweiz etwa von dem Verdacht, in der Region Machtpolitik betreiben zu wollen. Obwohl die Ausübung der sogenannten «guten Dienste» der Schweiz mittlerweile auf wenige Mandate zurückgegangen ist, verfügt sie nicht nur über das Vertrauen von internationalen Konfliktparteien, sondern auch über Erfahrung in der diplomatischen Vermittlung.

<sup>64</sup> Auch ist in diesem Zusammenhang die «Genfer Initiative» zu erwähnen. Es handelt sich dabei um eine private, nicht zuletzt auch von der Schweiz unterstützte, Initiative aus dem Jahre 2003. Sie soll eine Alternative zu den offiziellen Friedensverhandlungen bieten und sieht erstmals detaillierte Regelungsvorschläge für die meisten der zentralen Konfliktpunkte vor.<sup>143</sup>

<sup>65</sup> Seinen Niederschlag fand die Mauer-Thematik auch in der

<sup>140</sup> UN-Doc. A/RES/ES-10/15, Ziff. 1-4 (150 Ja-Stimmen, 6 Nein-Stimmen, 10 Enthaltungen); das Schadensregister sowie sein Büro mit Sitz in Wien wurden am 24. Januar 2007 mit UN-Doc. A/RES/ES-10/17 als Unterorgan der Generalversammlung errichtet.

<sup>141</sup> UN-Doc. A/RES/ES-10/15, Ziff. 6.

<sup>142</sup> Vgl. UN-Doc. A/RES/61/117.

<sup>143</sup> Der Entwurf des Abkommens sieht einen zukünftigen palästinensischen Staat in beinahe den gesamten Gebieten des Westjordanlandes und des gesamten Gazastreifens vor, dessen Hauptstadt Jerusalem sein würde (vgl. Art. 4 und Art. 6 «Genfer Initiative»); vgl. im Detail: Bernstein Reiner, Von Gaza nach Genf – Die Genfer Friedensinitiative von Israel und Palästinensern, Schwalbach 2006, S. 68 ff.

Schweizer Innenpolitik. So führte der Bundesrat bereits am 28. Januar 2004 bei seiner Antwort auf die Interpellation von Ruth-Gaby Vermot-Mangold (SP/BE) aus, dass der Mauerbau gegen das humanitäre Völkerrecht verstosse.<sup>144</sup> Diese Haltung bestätigte er am 24. September 2004 bei seiner Antwort auf die Interpellation der Grünen Fraktion.<sup>145</sup>

## II. Das Schweizer UNO-Mandat

Mit der Verabschiedung der UNO-Resolution zum Mauerbau vom 20. Juli 2004 wurde die Schweiz als Depositärstaat der Genfer Konventionen eingeladen, Konsultationen im Hinblick auf eine bessere Beachtung des humanitären Völkerrechtes durch die betroffenen Parteien zu führen sowie über die Ergebnisse Bericht zu erstatten.<sup>146</sup> Am 5. Juli 2005 reichte die Schweiz ihren Bericht – auf Wunsch der UNO unter Ausschluss der Öffentlichkeit – bei der UNO ein.<sup>147</sup>

## III. Kernaussagen des Berichts

In ihrem Bericht stellt die Schweiz fest, dass alle Vertragsparteien der ZPA das Bedürfnis einer schnellen Verbesserung der Situation der Zivilbevölkerung in den besetzten Gebieten anerkennen.<sup>148</sup> Priorität wurde zudem dem Dialog und direkten Kontakt der Konfliktparteien zugemessen<sup>149</sup>, eine Konferenz der Vertragsstaaten sollte nicht einberufen werden.<sup>150</sup> Anerkannt wurde das die völkerrechtlichen Prinzipien einhaltende israelische Selbstverteidigungsrecht, wobei auch die Palästinenser aufgefordert wurden, Terroranschläge zu verhindern sowie die Sicherheit zu garantieren.<sup>151</sup>

Wie der Bericht festhielt, wurden bezüglich der Sperranlage diverse Vorschläge eingereicht, welche unter anderem die Bewegungsfreiheit der Palästinenser wiederherstellen sollten.<sup>152</sup> Die Stellungnahmen bezüglich der Mauer variierten jedoch stark und gehen von der Verlegung der Mauer auf die «Grüne Linie» bis zum sofortigen Abriss oder einem Baustopp.<sup>153</sup> Weitere konkrete Vorschläge zielten auf eine Verbesserung der Infrastruktur.<sup>154</sup>

<sup>144</sup> Antwort des Bundesrates vom 28. Januar 2004 auf die Interpellation 03.3512 von Ruth-Gaby Vermot-Mangold, Israelischer Grenzzaun in den besetzten Gebieten. Völkerrechtliche Konsequenzen vom 2. Oktober 2003, Ziff. 1.

<sup>145</sup> Antwort des Bundesrates vom 24. September 2004 auf die Interpellation 04.3247 der Grünen Fraktion, Israelische Politik. Neueste Entwicklungen, vom 7. Mai 2004, Ziff. 1-3/4.

<sup>146</sup> UN-Doc. A/RES/ES-10/15, Ziff. 7.

<sup>147</sup> UN-Doc. A/ES-10/304.

<sup>148</sup> UN-Doc. A/ES-10/304, Ziff. 18.

<sup>149</sup> UN-Doc. A/ES-10/304, Ziff. 21 u. 34.

<sup>150</sup> UN-Doc. A/ES-10/304, Ziff. 58.

<sup>151</sup> UN-Doc. A/ES-10/304, Ziff. 24.

<sup>152</sup> UN-Doc. A/ES-10/304, Ziff. 30 ff.

<sup>153</sup> UN-Doc. A/ES-10/304, Ziff. 30.

<sup>154</sup> UN-Doc. A/ES-10/304, Ziff. 32 f.

- 69 Israel betonte auch gegenüber der Schweiz die temporäre Natur sowie den Sicherheitsaspekt der Sperranlage.<sup>155</sup> Dabei berief es sich nicht zuletzt auch auf die «Beit Sourik»-Entscheidung des HCJ und betonte, dass die Route einer steten Überprüfung unterzogen werde sowie dass man diverse Massnahmen zur Verbesserung des palästinensischen Alltags eingeführt habe.<sup>156</sup>
- 70 Die palästinensische Autonomiebehörde betonte die Dringlichkeit der Angelegenheit und betrachtete den Mauerbau als Hindernis einer zukünftigen Staatenbildung.<sup>157</sup> Auch erwarteten die Palästinenser, dass die Vertragsstaaten ihrer Verantwortung unter der ZPA nachkommen und geeignete Massnahmen ergreifen.<sup>158</sup>
- 71 Abschliessend wurden die palästinensischen Behörden aufgefordert, ihre Anstrengungen zur Verbesserung der Sicherheitslage fortzuführen. Israel wurde aufgefordert seinen humanitären Pflichten als Besatzungsmacht gegenüber der palästinensischen Zivilbevölkerung nachzukommen.<sup>159</sup> Die Aufrechterhaltung des Dialogs sollte durch zwei getrennte Verhandlungsgruppen, die das Vertrauen der Konfliktparteien geniessen, erreicht werden.<sup>160</sup>

#### IV. Bewertung

- 72 Obwohl das Schweizer Mandat der Generalversammlung begrenzt war und die Schweiz viel Energie in dessen Umsetzung investiert hat, bringt der Bericht eigentlich nichts Neues ans Tageslicht. Wiederum wird auf die Wichtigkeit des Dialogs hingewiesen. Weder die Israeli noch die Palästinenser willigten aber in direkte Gespräche über die Mauer ein. Bevor offenbar über die Mauer selbst verhandelt werden kann, muss zuerst eine Einigung über andere Hindernisse, wie zum Beispiel die jüdischen Siedlungen in der Westbank<sup>161</sup>, erreicht werden. Auch liess sich Israel nicht darauf verpflichten, bei Verbesserung der Sicherheitslage die Mauer wieder abzureissen respektive an die «Grüne Linie» zu versetzen.
- 73 Es ist allerdings zu betonen, dass es nie Ziel des Mandats gewesen ist, ein Friedensabkommen abzuschliessen. Den engen Rahmen des Mandats hat die Schweiz durchaus erfüllt. Ingeheim erhoffte man sich wohl etwas mehr. Die schwierigen Bedingungen und die Härte der Positionen der Konfliktparteien dürfen aber nicht ausser Acht gelassen werden. Die Schweiz hat in Anbetracht der Umstände wohl das Optimum herausgeholt.

<sup>155</sup> UN-Doc. A/ES-10/304, Ziff. 38.

<sup>156</sup> UN-Doc. A/ES-10/304, Ziff. 39 ff.

<sup>157</sup> UN-Doc. A/ES-10/304, Ziff. 46.

<sup>158</sup> UN-Doc. A/ES-10/304, Ziff. 47.

<sup>159</sup> UN-Doc. A/ES-10/304, Ziff. 53 ff.

<sup>160</sup> UN-Doc. A/ES-10/304, Ziff. 59.

<sup>161</sup> In seinem Gutachten stellte der IGH fest, dass die israelischen Siedlungen einen Verstoß gegen das Völkerrecht, i.c. Art. 49 Abs. 6 der ZPA, darstellen («Advisory Opinion», Ziff. 120).

#### E. Abschliessende Bemerkungen

Die Gutachten des IGH sind bloss feststellender Natur und nicht rechtsverbindlich. Dennoch sind die UNO und die Staaten gemäss herrschender Lehre gehalten, ihnen in angemessener Weise Rechnung zu tragen.<sup>162</sup> Es darf zudem nicht vergessen werden, dass sich der IGH in seiner zukünftigen Rechtsprechung und Gutachtertätigkeit jeweils auf dieses Gutachten berufen wird, sofern es denn relevant ist.<sup>163</sup> Es bleibt weiter festzustellen, dass der IGH in seinem Gutachten wichtige Feststellungen zu Prinzipien und Pflichten des Völkerrechts, insbesondere der Anwendbarkeit von humanitärem Völkerrecht und Menschenrechten auch in Kriegszeiten, getroffen hat – auch wenn er, wie von der Lehre zu Recht kritisiert wurde, nicht das ganze Spektrum seiner Möglichkeiten ausgeschöpft hat.<sup>164</sup> Wichtig ist zudem die Tatsache, dass sich der IGH erstmalig mit einem Aspekt der Palästina-Frage auseinandergesetzt hat.<sup>165</sup>

Die Kritik an der simplen und wenig vertieften Argumentation des IGH lässt sich nicht von der Hand weisen. Insofern haben sich die Befürchtungen Deutschlands bewahrheitet.<sup>166</sup> Ohne Zweifel wäre eine ähnlich detaillierte Auseinandersetzung wie diejenige des HCJ begrüssenswert gewesen. Dass Israel eine umfassende Kooperation mit dem Gericht – zu welcher es jedoch auch nicht verpflichtet war – verweigert hat, muss im Nachhinein als schwerer prozessualer Fehler eingestuft werden.<sup>167</sup> Es ist nicht auszuschliessen, dass eine umfassende Präsentation der israelischen Akten dem

<sup>162</sup> Nicht zuletzt führt das Gutachten auch zu einem internationalen, moralischen Druck; vgl. auch Seidel (Fn 1), S. 136; de Wet Erika, *Judicial Review of the United Nations Security Council and General Assembly through Advisory Opinions of the International Court of Justice*, in: SRIEL 2000, S. 241 u. 262; So betont de Wet denn auch: «Advisory opinions still provide authoritative statements of those points of international law to which they are addressed and consequently may in effect be dispositive of the issue submitted.» (de Wet [Fn 162], S. 263 f.); oder auch der HCJ: «(...) the opinion of the International Court of Justice is an interpretation of international law, performed by the highest judicial body in international law. (...) The ICJ's interpretation of international law should be given its full appropriate weight.» («Mara'abe», Rn. 56.). Pomerance bemerkt jedoch in diesem Zusammenhang, dass der IGH die Wirkungskraft des Gutachtens selber minimiert habe, da «their authoritative nature depends, naturally, on the persuasiveness of their reasoning». (Pomerance [Fn 119], S. 36; ähnlich auch Murphy [Fn 118], S. 76).

<sup>163</sup> Falk geht gar von «a significant and enduring place in the jurisprudence of the Court» aus (Falk Richard A., *Toward Authoritativeness: The ICJ Ruling on Israel's Security Wall*, in: AJIL, 99 (2005), S. 43).

<sup>164</sup> Imseis (Fn 118), S. 118.

<sup>165</sup> Richter Elaraby stellt denn auch fest, dass das Gutachten «has great historical significance as a landmark which will definitely add its legal value». (Separate Opinion of Judge Elaraby, Ziff. 1).

<sup>166</sup> Letter dated 29 January 2004 from the Ambassador of the Federal Republic of Germany to the Netherlands, together with the Statement of the Government of the Federal Republic of Germany, S. 12 f.

<sup>167</sup> So auch Falk (Fn 163), S. 46 f., Becker (Fn 13), S. 234 sowie Gross (Fn 118), S. 573; etwas kryptischer der HCJ in «Mara'abe», Rn. 65.

Gutachten ein differenzierteres Gesicht gegeben hätte.<sup>168</sup> Es stellt sich hier die Frage, ob der IGH damit das System des Gutachten-Verfahrens verändert hat. Die Bedeutung des Mauer-Gutachtens im prozessualen Bereich wird denn auch erst die Zukunft zeigen und liegt insbesondere in den Händen des IGH selber. Es bietet sich ihm hier die Möglichkeit, das Gutachten aufzuwerten zu einer Art «Feststellungsurteil», welches jedoch (noch) nicht durchsetzbar ist.<sup>169</sup> Aus prozessualer Sicht hätte dies zu bedeuten, dass sich Staaten neu wie bei einem ordentlichen IGH-Prozess zu verteidigen hätten, sofern sie denn nicht ein (wie i.c. für Israel) ähnlich negatives Gutachten erhalten möchten. Bis sich zeigt, ob die diesbezügliche Vorgehensweise des IGH auch bei zukünftigen Gutachten beibehalten wird, dürften Staaten gut beraten sein, sich wie bei einem ordentlichen Gerichtsverfahren intensiv zu beteiligen.

76 Es zeigt sich in diesem Zusammenhang aber auch noch eine andere Tatsache: Die Reformbedürftigkeit der UN-Strukturen.<sup>170</sup> Der Sicherheitsrat wie auch das Veto-Recht der fünf Siegermächte aus dem zweiten Weltkrieg stehen schon seit langem im Hauptaugenmerk der Kritik. Gerade die Palästinafrage zeigt, dass diese Kritik nicht unberechtigt ist.<sup>171</sup> Da gemäss Art. 109 Abs. 2 für Änderungen der UNO-Charta letzten Endes auch die Zustimmung aller Veto-Mächte erforderlich ist, scheinen tief greifende strukturelle Reformen wie diejenigen beim Sicherheitsrat und beim Veto-Recht illusorisch zu sein, da zumindest zum jetzigen Zeitpunkt nicht

davon auszugehen ist, dass die Veto-Mächte freiwillig ihre Macht einschränken wollen.<sup>172</sup> Gerade vor diesem Hintergrund ist denn auch eine flexible Anwendung der «Uniting for Peace»-Resolution zu begrüssen. Wenn man so will, wie Tomuschat richtig betont<sup>173</sup>, um «den Sicherheitsrat an die Erfüllung seiner Pflichten nach Art. 24 in Verbindung mit dem Kapitel VII der Charta zu mahnen».<sup>174</sup> Ein echtes Risikopotential für die Existenz der UNO oder den Weltfrieden ist, nicht zuletzt auch aufgrund der bei Tomuschat<sup>175</sup> sowie Nolte<sup>176</sup> aufgeführten Gründe, nicht zu erkennen. Das Gutachten bleibt die einzige Möglichkeit, Staaten, welche sich nicht der IGH-Rechtsprechung unterworfen haben, sowie nichtstaatliche Akteure einer justiziellen Überprüfung zu unterziehen. Dass es sich dabei nicht zuletzt auch um die meisten der Veto-Mächte handelt, gibt diesem «Institut» der Kombination von «Uniting for Peace»-Resolution und «Antrag auf Gutachten» der Generalversammlung eine besonders bedeutende Note.<sup>177</sup>

Trotz der mehrfachen israelischen Versicherung, dass die Mauer bloss temporärer Natur sei und keine Grenze festlege, 77 bleiben doch berechtigte Zweifel daran, ob die Mauer jemals verschwinden wird, zumal «Schutzmauern» derzeit wieder eine Hochkonjunktur erleben.<sup>178</sup> Das israelische Statement gegenüber der Schweiz im Rahmen der Resolution ES-10/15 bestärkt diese Befürchtungen.<sup>179</sup> Die Hoffnungen der Schweiz, dass eine Verbesserung der Sicherheitslage diesen Umstand ändern könnte, scheinen etwas gar optimistisch zu sein und lassen sich bei der aktuellen Faktenlage kaum erhärten.<sup>180</sup>

Es bleibt der Eindruck, dass die Ausgangslage für Israel 78

<sup>168</sup> So auch Gross (Fn 118), S. 573.

<sup>169</sup> Es bleibt allerdings abzuwarten, wie der Sicherheitsrat bezügliche Massnahmen entscheiden würde, wenn ein Gutachten massive Rechtsverletzungen eines Staates feststellen würde, welcher nicht den Schutz einer Veto-Macht geniesst; Für eine Aufwertung des Gutachtens sprechen sich auch Szasz sowie Falk aus (vgl. Szasz [Fn 70], S. 508 ff., Falk [Fn 163], S. 51 f.); Für eine allgemeine Verstärkung des Mechanismus zum Schutze humanitären Völkerrechts spricht sich Kretzmer aus (Kretzmer [Fn 118], S. 102); Es bleibt somit abzuwarten, ob sich die Meinung des Komitees des Ständigen Internationalen Gerichtshofes vom 2. September 1927 schlussendlich nicht doch noch durchsetzt, welche besagt, dass «the difference between contentious cases and advisory cases is only nominal. (...) So the view, that advisory opinions are not binding is more theoretical than real» (P.C.I.J., Series E, No. 4, S. 76).

<sup>170</sup> Zu den aktuellen Reformbestrebungen vgl. Gänswein Olivier, Streit um die Neubesetzung des Sicherheitsrates – Völker- und Europarecht AKTUELL, in: Jusletter 8. Januar 2007 sowie Rittberger Volker / Baumgärtner Heiko, Die Reform des Weltsicherheitsrats – Stand und Perspektiven, in: Varwick Johannes / Zimmermann Andreas (Hrsg.), Die Reform der Vereinten Nationen – Bilanz und Perspektiven, Berlin 2006, S. 47 ff., insb. S. 62 ff.

<sup>171</sup> Für Seidel ist denn auch klar: «Israel konnte die vielfachen Völkerrechtsbrüche folgenlos begehen und sich über Jahrzehnte folgenlos über die zahllosen Verurteilungen in UNO-Resolutionen nur deshalb hinwegsetzen, weil es sich der politischen, finanziellen und militärischen Unterstützung der USA stets sicher sein konnte. (...) Hätte ein anderer UN-Mitgliedsstaat, der nicht das Wohlwollen eines der ständigen Mitglieder des UN-Sicherheitsrates geniesst, wie Israel über Jahrzehnte hinweg ein solches Verhalten an den Tag gelegt, dann wären gewiss zumindest Überlegungen über die Suspendierung der UN-Mitgliedschaft gemäss Art. 5 UN-Charta angestellt worden.» (Seidel [Fn 1], S. 157).

<sup>172</sup> So auch Gänswein (Fn 170), Rz. 30 sowie Rittberger / Baumgärtner (Fn 170), S. 65.

<sup>173</sup> Tomuschat (Fn 28), S. 300 u. 302.

<sup>174</sup> Tomuschat (Fn 28), S. 300; vgl. auch Nolte (Fn 28), S. 953, Rz. 15.

<sup>175</sup> Tomuschat (Fn 28), S. 302.

<sup>176</sup> Nolte (Fn 28), S. 953, Rz. 16 u. 19 f.

<sup>177</sup> de Wet (Fn 162), S. 272; Falk (Fn 163), S. 48 f.

<sup>178</sup> So auch Böhme/Kriener/Sterzing (Fn 26), S. 98, Lehmann (Fn 3), S. 286, Lagerquist (Fn 19), S. 6 ff., Watson (Fn 120), S. 26. und Kretzmer (Fn 118), S. 101; Kretzmer zweifelt an den Intentionen Israels: «The debate in Israel clearly demonstrates that the government did indeed have political intentions in setting the barrier's route» (Kretzmer [Fn 118], S. 92.); vgl. auch Antwort des Bundesrates vom 28. Januar 2004 auf die Interpellation 03.3512 von Ruth-Gaby Vermot-Mangold Israelischer Grenzzaun in den besetzten Gebieten. Völkerrechtliche Konsequenzen vom 2. Oktober 2003, Ziff. 2; für Makovsky stellt eine gut konstruierte Mauer allerdings auch eine Chance für einen endgültigen Frieden dar (vgl. Makovsky [Fn 3], S. 50 f., 56 f. u. 64).

<sup>179</sup> «Although it has stressed the temporary nature of the barrier, Israel does not want to make any advance promise to dismantle, even if the security situation were to improve. Israel has said that it will pursue its construction of the Barrier». (UN-Doc. A/ES-10/304, Ziff. 43).

<sup>180</sup> Vgl. UN-Doc. A/ES-10/304, Ziff. 52 sowie Interview mit dem Schweizer UNO-Botschafter Peter Maurer in: McLean Morven, Bericht über Israels Sperrwall kein Fehlschlag, auf: swissinfo, 20. Juli 2005.

besser gewesen wäre (und wohl auch in Zukunft weiter ist), wenn es Palästina als eigenständigen, souveränen Staat anerkennen würde (v.a. auch bezüglich Selbstverteidigungsrecht). Damit wird denn auch bereits wieder die enge Konnektivität zwischen Recht und Politik in dieser Sachfrage deutlich. Die Diskussion, ob mit dem Recht politische Probleme gelöst werden können, wird wohl auch in Zukunft intensiv geführt werden.<sup>181</sup> Es ist dabei jedoch der Meinung von Khan beizupflichten, dass die Politik auf das Recht zu reagieren, und nicht sich das Recht vor der Politik zu verstecken habe.<sup>182</sup> Schlussendlich bleibt dem HCJ beizupflichten, welcher in seiner «Beit Sourik»-Entscheidung betonte: «There is no security without law. Satisfying the provisions of the law is an aspect of national security».<sup>183</sup>

---

lic.iur. Alexander Schaer ist Assistent am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte sowie Staats- und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. iur. Andreas Kley an der Universität Zürich. lic.phil. Claudia Zimmermann ist Lehrbeauftragte Berufsmatura für Geschichte/Staatskunde und Englisch am Berufsbildungszentrum Emmen und Berufsbildungszentrum Sursee.

---

\* \* \*

---

<sup>181</sup> So ist z.B. für Pomerance klar, dass «the Court became, in effect, an accomplice in a transparent attempt to impose compulsory jurisdiction through the advisory back door, and provide a «judicial» cover for further political pressures» (Pomerance [Fn 119], S. 39 ff.); ähnlich argumentiert u.a. auch Becker (Becker [Fn 13], S. 226 u. 239).

<sup>182</sup> Khan (Fn 1), S. 358; Khan schränkt jedoch zurecht auch ein: «Wer glaubt, dass das Recht einen absoluten Zustand von Frieden und Gerechtigkeit schaffen kann, irrt». (Khan [Fn 1], S. 370).

<sup>183</sup> «Beit Sourik», Ziff. 86.