

23. Jahrgang
3/2010

Volume 23
3/2010

ISSN 0937-5414
G 10364

Humanitäres Völkerrecht Informationsschriften

Journal of International Law of Peace and Armed Conflict

Deutsches Rotes Kreuz 

Institut für Friedenssicherungsrecht
und Humanitäres Völkerrecht



Herausgeber:

Deutsches Rotes Kreuz e.V., Generalsekretariat, Carstennstraße 58, 12205 Berlin-Steglitz, Tel. (0 30) 8 54 04-0, Fax (0 30) 8 54 04-4 50, Internet: www.drk.de

Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV), Ruhr-Universität Bochum, 44780 Bochum, Tel. (02 34) 32-2 73 66, Fax (02 34) 32-1 42 08, Internet: www.ifhv.de

ISSN 0937-5414

Manuskripte: Herausgeber und Redaktion haften nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor den Herausgebern alle Rechte für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts, insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens. Dem Autor verbleibt das Recht, nach Ablauf eines Jahres anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

Urheber- und Verlagsrechte: Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung in fremde Sprachen, bleiben vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung der Herausgeber in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Auch die Rechte der Wiedergabe durch Vortrag, Funk- oder Fernsehsendung, im Magnettonverfahren oder ähnlichem Wege bleiben vorbehalten. Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen oder Teilen daraus als Einzelkopien hergestellt werden.

Bezug:

Erscheinungsweise vierteljährlich; Inlands-Abonnementpreis jährlich EUR 35,00 (inkl. MwSt. 7% und Porto und Versand); Auslands-Abonnementpreis jährlich EUR 44,50 (inkl. Porto und Versand); Einzelheftpreis Inland: EUR 9,90 (inkl. MwSt. 7%, zzgl. Porto und Versand EUR 1,28); Einzelheftpreis Ausland: EUR 22,75 (inkl. Porto, Versand und Bankgebühren).

Bestellungen unter DRK-Service GmbH, Geschäftsbereich Verlag, Berliner Straße 83, 13189 Berlin, Tel. (0 30) 47 90 04-50, Fax (0 30) 47 90 04-54, E-Mail: verlag@drkservice.de

Das Abonnement kann nur schriftlich mit einer Frist von drei Monaten zum Jahresende beim Verlag gekündigt werden.

Verlag:

DRK-Service GmbH, Geschäftsbereich Verlag, Berliner Straße 83, 13189 Berlin, Tel. (0 30) 47 90 04-50, Fax (0 30) 47 90 04-54, E-Mail: verlag@drkservice.de

Druck:

Mediengruppe UNIVERSAL, Kirschstraße 16, 80999 München, Tel. (0 89) 54 82 17-0, Fax (0 89) 55 55 51, Internet: www.universalmedien.de

Redaktion:

Dr. habil. Hans-Joachim Heintze (verantwortlicher Redakteur) und **Dr. Jana Hertwig, LL.M.** (Redaktionsassistentin), IFHV Bochum; **Ass. Prof. Dr. Robert Heinsch, LL.M. (London)**, Universität Leiden; **Prof. Dr. Math Noortmann, LL.M., MSc**, Oxford Brookes University; **Dr. Heike Spieker**, DRK Berlin

Ständige Mitarbeiter:

Dr. Cristina Churruca Muguruza, Bilbao/Spainien; **Prof. Dr. Dennis T.G. Dijkzeul**, Bochum; **Prof. Dr. Wolff Heintschel v. Heinegg**, Frankfurt (Oder); **Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Knut Ipsen**, Bochum; **Prof. Dr. Claus Kreß LL.M.**, Köln; **Prof. Dr. Thilo Marauhn**, Gießen; **Dr. Sven Peterke M.A.**, Brasilia/Brasilien; **Dr. Michaela Schneider**, Bochum; **Gregor Schotten**, Berlin; **Prof. Dr. Joachim Wolf**, Bochum; **Dr. Messeleth Worku LL.M.**, Bochum

Korrespondierende Mitarbeiter:

Dr. Knut Dörmann, Genf; **Dr. Robert Heinsch LL.M.**, Berlin; **Dr. Avril J.M. McDonald M.A., LL.M.**, Den Haag; **Dr. Sascha Rolf Lüder**, Hagen

Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften (HuV-I)

Journal of International Law of Peace and Armed Conflict (JILPA€)

23. Jahrgang
3/2010

Volume 23
3/2010

Editorial 111

Das Thema / Topic

„Lawfare“ – die Theorie von der Fortsetzung des Krieges mit „rechtlichen Mitteln“

Katharina Ziolkowski 112

The Conduct of Hostilities in Asymmetric Conflicts – Reciprocity, Distinction, Proportionality, Precautions

Robin Geiß 122

Der Wandel des Kriegsbegriffs – Brauchen wir eine Revision des humanitären Völkerrechts?

Robert Heinsch 133

Bundeswehr und „Neue Formen des Krieges“

Dieter Weingärtner 141

Beiträge / Notes and Comments

Artikel / Articles

Das Verbot von Streumunition nach dem Oslo-Übereinkommen und Investitionen in Streumunition entwickelnde bzw. herstellende Unternehmen

Jana Hertwig / Johannes Norpoth 146

Panorama / Panorama

Konferenzen / Conferences

14. Seminar „Legal Dimensions of Maritime Operations“ in der Marineoperationsschule Bremerhaven vom 8. bis 12. März 2010

Manuel Brunner 155

28. Sommerkurs im humanitären Völkerrecht in Warschau vom 28. Juni bis 8. Juli 2010

Heike Montag 156

Buchbesprechungen / Book Reviews

Peter Poguntke, Gleichgeschaltet. Rotkreuzgemeinschaften im NS-Staat

Christian B. Schad 158

Alexander Bahar, Auf dem Weg in ein neues Mittelalter? Folter im 21. Jahrhundert

Sarah Bontke / Damla Kuvvet 158

Marcel Schmutzler, Die norwegische Friedensdiplomatie in internationalen Konflikten

Sylvia Stoll 159



Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für
ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Begründet von Viktor Bruns

Hrsg.: A. von Bogdandy, R. Wolfrum

Kompetenzlehre internationaler Organisationen

N. Weiß, Berlin

Internationale Organisationen sind zu wichtigen internationalen Akteuren geworden, die im Rahmen der Völkerrechtsordnung agieren. Ihr Handeln beruht auf rechtlicher Grundlegung und bedarf rechtlicher Einhegung. Dies gilt um so mehr, je stärker dieses Handeln in die Rechtssphäre anderer Völkerrechtssubjekte und Individuen hineinwirkt. Ausgehend von einer breit angelegten historischen Analyse, entwickelt der Autor eine Kompetenzlehre internationaler Organisationen.

2009. XVIII, 540 S. (Bd. 209) Geb.

ISBN 978-3-642-03377-3 ► € (D) 99,95 | € (A) 102,75 | *sFr 145,00

Bei Fragen oder Bestellung wenden Sie sich bitte an ► Springer Customer Service Center GmbH, Haberstr. 7, 69126 Heidelberg ► **Telefon:** +49 (0) 6221-345-4301 ► **Fax:** +49 (0) 6221-345-4229 ► **Email:** orders-hd-individuals@springer.com
► € (D) sind gebundene Ladenpreise in Deutschland und enthalten 7% MwSt; € (A) sind gebundene Ladenpreise in Österreich und enthalten 10% MwSt. Die mit * gekennzeichneten Preise für Bücher und die mit ** gekennzeichneten Preise für elektronische Produkte sind unverbindliche Preisempfehlungen und enthalten die landesübliche MwSt.
► Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten.

014468x

Editorial

Neue Formen des Krieges?

Am 19. und 20. März 2010 fand in Bad Mergentheim die jährliche Tagung der Rechtsberater und Rechtslehrer der Bundeswehr sowie der Juristen und der Konventionsbeauftragten des Deutschen Roten Kreuzes (DRK) statt. Dieser ursprünglich in Bad Teinach durchgeführte Erfahrungsaustausch hat sich einen guten Ruf erworben und stößt auf breites Interesse nicht nur bei den humanitären Organisationen und der Bundeswehr, sondern auch bei den US-Streitkräften.

In ihrem 20. Jubiläumsjahr befasste sich die vom DRK in Zusammenarbeit mit dem Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) veranstaltete Konferenz mit neuen Formen des Krieges, wie sie sich in den letzten Jahren entwickelt haben.

Die Redaktion hat dies zum Anlass genommen, um die dritte Ausgabe der HuV-I im Jahr 2010 dem Thema der Tagung „Neue Formen des Krieges?“ zu widmen.

Die Beiträge zu Grundfragen der völkerrechtlichen Entwicklung bilden den Schwerpunkt dieses Hefts. Im Fokus der Untersuchungen stehen Themen wie „Lawfare“ (von Dr. *Katharina Ziolkowski*), „The Conduct of Hostilities in Asymmetric Conflicts“ (von Dr. *Robin Geiß*), „Der Wandel des Kriegsbegriffs“ (von Ass. Prof. Dr. *Robert Heinsch*) sowie „Bundeswehr und „Neue Formen des Krieges““ (von Dr. *Dieter Weingärtner*).

Der Schwerpunkt dieser dritten Ausgabe der HuV-I wird ergänzt durch einen Artikel zum Verbot von Streumunition nach dem Oslo-Übereinkommen und Investitionen in Streumunition entwickelnde bzw. herstellende Unternehmen (von Dr. *Jana Hertwig* und *Johannes Norpoth*).

Vom 8. bis 12. März 2010 fand das 14. Seminar „Legal Dimensions of Maritime Operations“ in der Marineoperationsschule Bremerhaven statt. *Manuel Brunner* hat darüber einen Bericht verfasst.

Auch in diesem Jahr organisierten das Polnische Rote Kreuz und das Internationale Komitee vom Roten Kreuz einen Sommerkurs im humanitären Völkerrecht. *Heike Montag* hat an dem vom 28. Juni bis 8. Juli 2010 in Warschau durchgeführten Kurs teilgenommen und die wichtigsten Inhalte festgehalten.

Drei Buchbesprechungen runden diese dritte Ausgabe der HuV-I im Jahr 2010 ab. Rezensiert werden „Peter Poguntke, Gleichgeschaltet. Rotkreuzgemeinschaften im NS-Staat“ (von *Christian B. Schad*), „Alexander Bahar, Auf dem Weg in ein neues Mittelalter? Folter im 21. Jahrhundert“ (von *Sarah Bontke* und *Damla Kuvvet*) sowie „Marcel Schmutzler, Die norwegische Friedensdiplomatie in internationalen Konflikten“ (von *Sylvia Stoll*).

Die Redaktion schließt dieses Heft mit dem Hinweis, dass die Inhalte der Beiträge nicht notwendigerweise die Meinung der Redaktion widerspiegeln. Nun hoffen wir, dass sich Information und Lesevergnügen auch in dieser Ausgabe der HuV-I verbinden, und wünschen Ihnen interessante Einblicke und Freude bei der Lektüre.

Jana Hertwig
Redaktionsassistentin

„Lawfare“ – die Theorie von der Fortsetzung des Krieges mit „rechtlichen Mitteln“

Katharina Ziolkowski*

For nearly ten years, the “lawfare” theory has enjoyed ever-growing popularity in the armed forces, political and scientific circles within – but increasingly also outside – the USA. The theory assumes that enemies who cannot match the USA by military means employ a strategy of using or misusing law as a substitute for traditional military means to achieve an operational objective. In the consequence, law turns into a weapon and claiming rights or initiating judicial proceedings turns into “continuation of war by other means”. Remarkably, the theory was considered in the presently still effective U.S. National Defense Strategy of 2008, being addressed in the context of asymmetric attacks. The present survey explores critically the various features of the lawfare theory and shows the perils it holds with regard to Public International Law, in particular to the mechanisms preserving international peace and security and to the Law of Armed Conflict.

Seit nahezu zehn Jahren erfreut sich die „lawfare“-Theorie wachsender Popularität innerhalb der Streitkräfte, der Politik und der Wissenschaft innerhalb – und zunehmend auch außerhalb – der USA. Sie geht davon aus, dass Gegner der USA, die den US-Streitkräften militärisch unterlegen sind, das Recht als Ersatz für traditionelle militärische Mittel einsetzen, um ein operatives Ziel zu erreichen. So wird das Recht zur Waffe und die Inanspruchnahme von Rechten oder das Anstrengen von Gerichtsverfahren zur „Fortsetzung des Krieges mit anderen Mitteln“. Bemerkenswerterweise fand die Theorie Berücksichtigung in der derzeit noch aktuellen Nationalen Verteidigungsstrategie der USA von 2008 – im Kontext der asymmetrischen Angriffe. Der vorliegende Beitrag setzt sich mit den unterschiedlichen Facetten der „lawfare“-Theorie kritisch auseinander und zeigt Gefahren auf, die diese in Bezug auf das Völkerrecht, vornehmlich das internationale Friedenssicherungssystem und das humanitäre Völkerrecht, in sich birgt.

1. Einleitung

Die erstmals im Jahre 1832 publizierte Aussage des *Carl von Clausewitz*, der Krieg sei „eine bloße Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln“¹, hat – auch international und außerhalb der Kreise der Militärgeschichtler – einen hohen Bekanntheitsgrad erlangt. Dass die Inanspruchnahme von Rechten oder Rechtsbehelfen als Fortsetzung des Krieges mit anderen Mitteln gewertet werden könnte, ist hingegen weniger bekannt. Hiervon geht aber die „lawfare“-Theorie aus.

Der Begriff „lawfare“ ist eine Wortkreation, die sich aus der englischen Vokabel „law“, das heißt „Recht“ oder „Gesetz“, und dem englischen Wort „warfare“, das heißt „Kriegsführung“, zusammensetzt. Der Ausdruck wurde wohl erstmals 1975 in einer australischen Abhandlung über Mediation in Bezug auf das „Gegner-Prinzip“ der zivilgerichtlichen Verfahren im angloamerikanischen Rechtskreis verwendet.² Bekannt wurde er jedoch erst durch die Aufstellung der im vorliegenden Beitrag vorzustellenden Theorie durch einen inzwischen pensionierten Generalmajor der US-Luftwaffe im Jahre 2001.³

„Lawfare“ wird derzeit als „strategy of using – or misusing – law as a substitute for traditional military means to achieve an operational objective“⁴ definiert. Demnach wird Recht als Waffe eingesetzt – eine zugegebenermaßen vereinfachende Formulierung, die jedoch einer frühen Definition von „lawfare“ als „use of law as a weapon of war“⁵ und einer verdeutlichenden Erklärung des „Urhebers“ der Theorie entspricht.⁶

Die Theorie erfreut sich seit 2001 stets wachsender Popularität innerhalb der Streitkräfte, der Politik und der Wissen-

* Dr. iur. Katharina Ziolkowski, LL.M. (UNSW) ist German Multinational Operations Attorney-Advisor am U.S. Army, The Judge Advocate General’s Legal Center and School, Center for Law and Military Operations in Charlottesville/USA. Der vorliegende Beitrag basiert auf einem Vortrag, den die Verfasserin anlässlich der „20. Tagung zum humanitären Völkerrecht für Rechtsberater und Rechtslehrer der Bundeswehr sowie für Juristen und Konventionsbeauftragte des Deutschen Roten Kreuzes“ am 19. März 2010 in Bad Mergentheim hielt. Der Beitrag spiegelt ausschließlich die persönliche Auffassung der Verfasserin wider.

¹ Siehe *C. von Clausewitz*, Vom Kriege, Berlin 1832, dort: Erster Teil, Erstes Buch, Erstes Kapitel, Ziff. 24: „Der Krieg ist eine bloße Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln.“

² Vgl. *J. Carlson / N. Yeomans*, Whiter Goeth the Law – Humanity or Barbarity, in: *M. Smith / D. Crossey* (Hrsg.), The Way Out – Radical Alternatives in Australia, Melbourne 1975, unter: <http://www.lacweb.org.au/whi.htm> (am 31. August 2010). Dort heißt es: „(...) [T]he adversary or accusatory procedure alone applies in our courts. The search for truth is replaced by the classification of issues and the refinement of combat. Lawfare replaces warfare and the duel is with words rather than swords (...)“.

³ Siehe *C.J. Dunlap*, Law and Military Interventions: Preserving Values in 21st Century Conflicts, Paper Prepared for the Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference (Carr Center for Human Rights Policy, Kennedy School of Government, Harvard University), Washington, D.C., 29. November 2001, S. 2, unter: <http://www.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf> (am 31. August 2010).

⁴ Siehe *ders.*, Lawfare: A Decisive Element of 21st Century Conflicts?, in: *Joint Forces Quarterly* 54 (2009), S. 34 (35) [I.], unter: <http://www.accessmylibrary.com/article-1G1-201712328/lawfare-decisive-element-21st.html> (am 31. August 2010); *ders.*, The Ethical Dimension of National Security Law, in: *South Texas Law Review* 50 (2009), S. 789 (795) [II.]; *ders.*, Lawfare Today: A Perspective, in: *Yale Journal of International Affairs* 3 (2008), S. 146 [III.], unter: http://yalejournal.org/sites/default/files/articles/YJIA_V3_I1_146-154.pdf (am 31. August 2010).

⁵ *Ders.*, a.a.O. (Fn. 3), S. 2.

⁶ Seine Definition von „lawfare“ ergänzte *C.J. Dunlap* um die Erklärung: „As such, I view law in this context much the same as a weapon“, vgl. *C.J. Dunlap*, a.a.O. (Fn. 4 [III.]), S. 146.

schaft innerhalb – und zunehmend auch außerhalb – der USA. Daher verdient sie besonderes Augenmerk und sollte insbesondere nicht als bloße Kuriosität abgetan werden.

Im Folgenden werden zunächst einzelne Facetten der „lawfare“-Theorie dargestellt und kritisch erörtert (unter Ziffer 2.). Hiernach wird erläutert, welche historischen Referenzen die „lawfare“-Theorie für sich in Anspruch nimmt (unter Ziffer 3.) und welche Resonanz sie in der US-amerikanischen Politik, Wissenschaft sowie global bei den Nichtregierungsorganisationen (NGOs) fand (unter Ziffer 4.). Dem folgen einige abschließende Bemerkungen, die die Bedeutung der „lawfare“-Theorie sowie die Gefahren, die sie birgt, veranschaulichen (unter Ziffer 5.).

2. Facetten der „lawfare“-Theorie

„Lawfare“ kann sich – laut der entsprechenden Theorie – in verschiedenen Formen sowohl auf der taktischen und operativen (unter Ziffer 2.1.) als auch auf der strategischen (unter Ziffer 2.2.) Ebene manifestieren. Darüber hinaus soll „lawfare“ die Sonderformen der „selbstveranlassten“ (negativen) und der „positiven lawfare“ aufweisen (unter Ziffer 2.3.).

2.1. Taktische und operative Ebene

Gemäß der „lawfare“-Theorie setzen die Gegner der USA das Recht auf der taktischen und operativen Ebene anstatt konventioneller militärischer Mittel ein, um Entscheidungen der militärischen Führer der US-Streitkräfte zu eigenen Gunsten zu beeinflussen.

Dabei würden die Gegner die Bindung der US-Streitkräfte an das humanitäre Völkerrecht ausnutzen, um sich einerseits vor Angriffen zu schützen und andererseits die amerikanischen Streitkräfte zu Verletzungen des humanitären Völkerrechts zu „provizieren“.⁷ Als Beispiel für ein solches Vorgehen wird genannt, dass die Gegner ein vom humanitären Völkerrecht geschütztes Objekt, wie zum Beispiel ein Gotteshaus, als Basis für Angriffe benutzen.⁸ Ein anderes Beispiel wäre, dass sich die Gegner der US-Streitkräfte inmitten der Nichtkombattanten verstecken, um diese als Schutzschild vor Angriffen zu nutzen.⁹ Zugleich würde ein solches „menschliches Schutzschild“ dazu ausgenutzt, selbst Angriffe gegen US-Streitkräfte durchzuführen und diese so zum Töten von Zivilisten zu veranlassen (wie es zum Beispiel bei der von den *Taliban* für solche Zwecke am 3. November 2008 in Geiselnhaft genommenen Hochzeitsgesellschaft in Wech Baghtu, Provinz Kandahar/Afghanistan der Fall gewesen sei).¹⁰

Die militärische Reaktion der US-Streitkräfte werde dann – ungeachtet der Rechtmäßigkeit des Vorgehens nach humanitärem Völkerrecht – für (anti-amerikanische) Propagandazwecke genutzt, um so die öffentliche Unterstützung für die US-Streitkräfte zu unterminieren.¹¹ Teilweise werde – mit der gleichen Zielsetzung – wahrheitswidrig behauptet, das Vorgehen der US-Streitkräfte sei rechtswidrig gewesen.¹² Bereits die bloße Annahme, die USA würden eine militärische Intervention unter Verletzung des humanitären Völkerrechts führen, könne die öffentliche Meinung negativ beeinflussen.¹³ Die öffentliche Unterstützung der eigenen

Bevölkerung sei aber für das Durchführen einer militärischen Intervention in einer Demokratie unverzichtbar.¹⁴ Ebenso sei die öffentliche Unterstützung der Koalitionspartner unerlässlich, um zum Beispiel Überflugrechte und den Betrieb von Militärbasen auf fremden Territorien zu sichern.¹⁵ Die Manipulation der öffentlichen Meinung könne damit entscheidenden Einfluss auf die tatsächliche Operationsführung nehmen.¹⁶ So versuchten die Gegner der USA, die Entscheidungen der militärischen Führer auf der taktischen und operativen Ebene zu eigenen Gunsten zu beeinflussen.¹⁷

Auch wenn das Vorgenannte in der Tat den Herausforderungen entspricht, denen sich militärische Führer und politische Entscheidungsträger in heutigen Konflikten, zum Beispiel in Afghanistan, ausgesetzt sehen, so werden hierbei rechtliche Sachverhalte mit Überlegungen in Bezug auf Medienwirksamkeit und Politik in einer – der hier vertretenen Ansicht nach – inadäquaten Weise vermengt:

Sollte die gegnerische Partei eines bewaffneten Konflikts überhaupt an das humanitäre Völkerrecht gebunden sein (und dies ist bei nicht-staatlichen bewaffneten Gruppen nicht immer der Fall), so könnte zum Beispiel die Nutzung eines Deiches, eines besonders geschützten Objekts, zu Kampfhandlungen als eine Rechtsverletzung anzusehen sein und es würden die vom humanitären Völkerrecht vorgesehenen Konsequenzen eintreten (das heißt unter Umständen der Verlust des besonderen Schutzes). Auch hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Inkaufnahme ziviler Opfer während eines bewaffneten Konflikts hält das humanitäre Völkerrecht eine – im konkreten Einzelfall ausfüllungsbedürftige und daher fle-

⁷ *Id.*, S. 148 f.; *ders.*, Lawfare Amid Warfare, in: The Washington Times v. 3. August 2007, unter: <http://www.washingtontimes.com/news/2007/aug/03/lawfare-amid-warfare/> (am 31. August 2010); *ders.*, a.a.O. (Fn. 3), S. 4. Vgl. auch: U.S. Department of Defense, The National Defense Strategy of The United States of America, Juni 2008, S. 2. Dort heißt es: „(...) Violent extremist movements such as al-Qaeda and its associates comprise a complex and urgent challenge. Like communism and fascism before it, today's violent extremist ideology rejects the rules and structures of the international system. (...) These extremists opportunistically exploit respect for these norms for their own purposes, hiding behind international norms and national laws when it suits them, and attempting to subvert them when it does not (...)“ (Hervorhebung durch die Verfasserin), unter: <http://www.defense.gov/news/2008%20national%20defense%20strategy.pdf> (am 31. August 2010).

⁸ *C.J. Dunlap*, a.a.O. (Fn. 4 [III.]), S. 149; *ders.*, a.a.O. (Fn. 3), S. 5.

⁹ *Ders.*, a.a.O. (Fn. 4 [I.]), S. 36; *ders.*, a.a.O. (Fn. 4 [II.]), S. 795; *ders.*, a.a.O. (Fn. 4 [III.]), S. 149.

¹⁰ *Ders.*, a.a.O. (Fn. 4 [I.]), S. 36. Vgl. auch *J. Straziuso*, Official: Taliban Tricking U.S. Into Killing Civilians, in: The Arizona Republic v. 8. November 2008, unter: <http://www.azcentral.com/arizonarepublic/news/articles/2008/11/08/20081108afghanistan1108.html> (am 31. August 2010).

¹¹ *C.J. Dunlap*, a.a.O. (Fn. 4 [I.]), S. 36; *ders.*, a.a.O. (Fn. 4 [II.]), S. 795; *ders.*, a.a.O. (Fn. 4 [III.]), S. 149; *ders.*, a.a.O. (Fn. 3), S. 4.

¹² *Ibid.*; *D.B. Rivkin / L.A. Casey*, Lawfare over Haditha – The Administration's Domestic Opponents Play Into the Enemy's Hands, in: The Wall Street Journal v. 7. Juni 2007, unter: <http://www.opinionjournal.com/extra/?id=110008481> (am 31. August 2010).

¹³ *C.J. Dunlap*, a.a.O. (Fn. 3), S. 5; *ders.*, Lawfare Amid Warfare, in: Washington Times v. 3. August 2007, unter: <http://www.washingtontimes.com/news/2007/aug/03/lawfare-amid-warfare/> (am 31. August 2010).

¹⁴ *Ders.*, a.a.O. (Fn. 4 [I.]), S. 36; *ders.*, a.a.O. (Fn. 4 [II.]), S. 795; *ders.*, a.a.O. (Fn. 4 [III.]), S. 149; *ders.*, a.a.O. (Fn. 3), S. 4.

¹⁵ *Ders.*, a.a.O. (Fn. 3), S. 5.

¹⁶ *Ibid.*; *ders.* a.a.O. (Fn. 13).

¹⁷ *Ders.*, a.a.O. (Fn. 3), S. 4.

xible – Regelung bereit. Dass die tatsächlich stattfindenden militärischen Handlungen in diesem Zusammenhang für Propagandazwecke gebraucht werden können, liegt im Zeitalter der Massenkommunikationsmittel auf der Hand. Sollte der militärische Führer seine Entscheidung von den zu erwartenden Medienberichten beeinflussen lassen, so hat dies etwas mit politischen Überlegungen zu tun und nicht mit rechtlichen. Angesichts der heutzutage höchst komplexen Missionen des Militärs, die auch das „Gewinnen von Herzen und Köpfen“ der Lokalbevölkerung umfassen, sind solche Überlegungen in Bezug auf die Medien – vor dem Hintergrund der vorgenannten Zielsetzung – auch hilfreich und notwendig. Öffentlichkeitsarbeit und Aufklärung über die rechtliche Zulässigkeit von – zum Beispiel – zivilen Opfern und über die Konsequenzen, die das Völkerrecht in Fällen des Missbrauchs desselben bereithält, sowie Transparenz in Bezug auf das eigene Vorgehen sind hierbei essenziell.

Was die „lawfare“-Theorie nicht berücksichtigt, ist, dass die Kritik an der Rechtmäßigkeit des Vorgehens der US-Streitkräfte nicht immer als Teil einer Propagandakampagne der Terroristen oder im üblichen Sinne militärisch schwachen Gegnern Amerikas in Erscheinung tritt. Die Kritik konnte und kann auch innerhalb der USA, im alliierten Europa oder etwa in Südamerika vernommen werden. Diese kann keinesfalls als Ersatz für traditionelle militärische Mittel – im Sinne der „lawfare“-Theorie – gelten, sondern ist als Teil eines nationalen und internationalen rechtlichen bzw. rechtspolitischen Diskurses anzusehen.

2.2. Strategische Ebene

Gemäß der „lawfare“-Theorie kann sich diese auch auf der strategischen Ebene auswirken.

In der Literatur wird angemerkt, „lawfare“ würde sich in dem Versuch manifestieren, auf Neuinterpretationen des humanitären Völkerrechts hinzuwirken, um das Verbot einer bestimmten Waffe oder Technologie herbeizuführen. In diesem Zusammenhang wird auf internationale Verträge zum Verbot von Antipersonenminen¹⁸, Streumunition¹⁹ und blindmachenden Laserwaffen²⁰ verwiesen. Zugleich wird gewarnt, auf Versuche zu achten, unbemannte Flugobjekte und andere Robotertechnologien zu verbieten oder die militärische Nutzung des Weltraumes zu drosseln.²¹ Es wird zu bedenken gegeben, dass es der technologische Fortschritt sei, der die Überlegenheit der USA gegenüber Gegnern, wie zum Beispiel den *Taliban*, sichert.²² Ebenso wird unterstrichen, dass hochentwickelte militärische Technologien, zum Beispiel gezielte Luftwaffeneinsätze, aufgrund der Präzision der Angriffe gerade helfen würden, die Normen des humanitären Völkerrechts einzuhalten und die Anzahl der Opfer unter der Zivilbevölkerung zu reduzieren.²³

Der fachliche, juristische Argumentationsaustausch in Bezug auf Neuinterpretationen des geltenden humanitären Völkerrechts gehört – je nach Wirkungsbereich und -ebene – in den Bereich der akademischen Forschung, Öffentlichkeitsarbeit, Jurisprudenz oder Völkerrechtspolitik. Dass dies als „lawfare“ einen Ersatz für traditionelle militärische Mittel darstellen soll, um ein operatives Ziel zu erreichen, überzeugt nicht. Den Argumentationsaustausch als „lawfare“ zu bezeichnen, verleiht der nationalen oder internationalen juristi-

schen Debatte über das humanitäre Völkerrecht den Anstrich des Martialischen, der nicht mitgetragen werden kann. Des Weiteren ist anzumerken, dass rechtliche Beschränkungen hinsichtlich mancher Technologien, wie Antipersonenminen, Streumunition oder Laserwaffen, im Wesentlichen in internationalen Verträgen verankert werden und damit Ausdruck des politischen Willens der Vertragsstaaten sind. Vertragsabschlüsse sowie die diese begleitenden politischen und rechtlichen Diskussionen gehören zum Tagesgeschäft der internationalen Staatengemeinschaft und stellen ein Mittel der friedlichen Regelung einer Frage dar. Die Bezeichnung dessen als „lawfare“, also Ersatz für kriegerische Mittel, um ein operatives Ziel zu erreichen, ist nicht nachvollziehbar.

Eine andere Art des strategischen Einsatzes von „lawfare“ sei das Anstrengen von Gerichtsverfahren gegen militärische und politische Führungspersonlichkeiten. Die Gefahr von entsprechender „lawfare“ sei in Bezug auf den Internationalen Strafgerichtshof rechtzeitig erkannt worden, könne aber auch von nationalen Gerichten herrühren.²⁴ Es wird darauf hingewiesen, dass *Al Qaida*-Handbücher Instruktionen für Terroristen enthielten, im Falle einer Gefangennahme von Anfang an darauf zu bestehen, gefoltert und anderweitig missbraucht worden zu sein.²⁵ Als Beispiel für „lawfare“ in Gestalt von Gerichtsverfahren werden Anklageerhebungen gegen Angehörige der kolumbianischen Streitkräfte wegen Menschenrechtsverletzungen genannt.²⁶ Gemäß kolumbianischem Recht führe bereits eine solche Anklage zur sofortigen Ablösung der betroffenen Person aus dem Amt; die Möglichkeit, dies zu erwirken, stelle daher eine mächtige Waffe in Händen nicht-staatlicher Akteure dar.²⁷ Auch Klagen der wegen Terrorismusverdachts Festgenommenen (insbesondere der Insassen des US-Gefängnisses auf der Guantánamo Bay Naval Base in Kuba), zum Beispiel auf Haftüberprüfung oder in Bezug auf die Beweisführung, werden als „lawfare“ bezeichnet: Sie würden eingereicht, um

¹⁸ *Id.*, S. 10, 13.

¹⁹ So behauptet *Dunlap*, die EU Politik, die sich gegen den Einsatz von Streumunition richtet, suggeriere den Gegnern, militärische Ziele in der Nähe von zivilen Objekten zu platzieren, um Angriffen durch andere Waffen als Streumunition, wie z.B. durch Sprengbomben, zu entgehen. Vgl. *C.J. Dunlap*, a.a.O. (Fn. 3), S. 10, 14.

²⁰ *Ders.*, a.a.O. (Fn. 3), S. 16, suggerierend, dass es humaner sei, jemanden zu blenden als zu töten.

²¹ *Ibid.*

²² *Ders.*, Roles, Missions, and Equipment: Military Lessons from Experience in this Decade, in: Foreign Policy Research Institute – E-Notes, Juni 2008, unter: <http://www.fpri.org/enotes/200806.dunlap.military.lessons.html> (am 31. August 2010).

²³ *Ibid.*

²⁴ *J. Goldsmith*, The Terror Presidency: Law and Judgment Inside the Bush Administration, New York/London 2007, S. 60-63.

²⁵ *D.B. Rivkin / L.A. Casey*, Lawfare, in: The Wall Street Journal v. 26. Februar 2007, S. 15, unter: <http://prasad.aem.cornell.edu/doc/media/PrasadRajan.WSJAFeb07.pdf> (am 31. August 2010). Die Autoren dienten im U.S.-Justizministerium während der Amtszeit der US-Präsidenten *Ronald Reagan* und *George H.W. Bush*. Vgl. auch *P. Dungan*, Fighting Lawfare at the Special Operations Task Force Level, in: Special Warfare 21 (2008), S. 9 (10), unter: <http://www.soc.mil/swcs/swmag/Assets/08Mar.pdf> (am 31. August 2010). Die Zeitschrift wird von U.S. Army, John F. Kennedy Special Warfare Center and School, Fort Bragg, N.C. herausgegeben.

²⁶ *C.J. Dunlap*, a.a.O. (Fn. 3), S. 19; relativierend: *ders.*, a.a.O. (Fn. 4 [III.]), S. 149.

²⁷ *Ibid.*

entweder Führungspersönlichkeiten der USA zu belästigen und von ihrer eigentlichen Mission abzubringen,²⁸ das Gerichtssystem der USA zu belasten²⁹ oder aber – in einer Art Partisanentaktik – Details über US-amerikanische Militäroperationen zu sammeln.³⁰

Es mag durchaus sein, dass das Beschreiten des Rechtsweges *de facto* als Teil einer Propagandakampagne verfolgt wird. Hierbei ist aber zu bedenken, dass jedem Recht und Rechtsbehelf die Gefahr des Missbrauchs innewohnt. Zudem verfügt jedes entwickelte Rechtssystem über Schutzmechanismen gegen den Prozessmissbrauch. Zumeist sind diese Regelungen bei der Prüfung der Zulässigkeit der Klage und insbesondere der Beschwer des Klägers verankert. Die in der Literatur teilweise angesprochene Gefahr, „Terroristen“ könnten das US-Gerichtssystem mit ungerechtfertigten Klagen *quasi* „spammen“ und so dasselbe lahmlegen, haben sich bisher als unhaltbar erwiesen.

In der Tat empfiehlt das durch die britische Polizei im Mai 2000 in Manchester sichergestellte, übersetzte und der *Al Qaida* zugesprochene Handbuch „Militärische Studien im Heiligen Krieg gegen die Tyrannen“³¹ gefangengenommenen „Brüdern“, während der Gefangennahme und eines Gerichtsprozesses darauf zu bestehen, dass „bewiesen wird“, dass der Betroffene gefoltert worden sei.³² Allerdings beschäftigen sich weite Teile des gesamten Handbuchs mit Beschreibungen von harschen Befragungstechniken und Folter durch staatliche Sicherheitskräfte sowie mit entsprechenden Ratschlägen zum Verhalten in solchen Situationen. Daher kann nicht zwingend geschlussfolgert werden, dass der vorgenannte Hinweis sich auch – oder gar ausschließlich – auf Foltterwürfe bezieht, die jeglicher Grundlage entbehren. Letztendlich muss herausgestellt werden, dass die – gerechtfertigte oder missbräuchliche – Inanspruchnahme von Rechten bzw. gerichtlichen Rechtsbehelfen eindeutig zu den friedlichen Mitteln gehört, die einem Individuum für die Klärung einer Frage von einem Rechtsstaat zur Verfügung gestellt werden. Gemäß der „lawfare“-Theorie ist dies jedoch als Ersatz für traditionelle militärische Mittel mit dem Ziel, ein operatives Ziel zu erreichen, anzusehen. Damit verleiht die „lawfare“-Theorie einem geordneten Gerichtsverfahren den Anstrich des Kriegerischen.

2.3. Sonderformen der „lawfare“

Des Weiteren soll sich „lawfare“ in den Sonderformen der „selbstveranlassten“ (negativen) und der „positiven lawfare“ manifestieren.

2.3.1. „Selbstveranlasste lawfare“

Als Beispiel für eine „selbstveranlasste lawfare“ werden einerseits die Misshandlungen von irakischen Insassen durch Angehörige der US-Streitkräfte im Gefängnis von Abu-Ghuraib im Irak genannt.³³ Die den Vorkommnissen folgenden negativen Medienberichte über das illegale Verhalten der einzelnen US-Soldaten würden einer konventionellen militärischen Niederlage gleichen.³⁴ Unterstützt wird angeführt, auch General *Ricardo Sanchez*, der im Jahre 2004 Oberbefehlshaber der US-Streitkräfte im Irak war, habe die Ereignisse als „klare Niederlage“ bezeichnet.³⁵

Es ist nachvollziehbar, dass die vorgenannten Geschehnisse zum Verlust von Glaubwürdigkeit und Legitimität sowie zu einem Anstieg von Aufständen im Irak führten, was in der Folge das Durchführen der militärischen Intervention erschwerte. Es erschließt sich aber nicht, inwieweit die Vorfälle eine „selbstveranlasste lawfare“, also Einsatz von Recht als Waffe – gegen sich selbst –, darstellen sollen. Es handelte sich gerade nicht um eine gewollte Aktion oder Reaktion der US-Regierung zur Selbstschwächung, sondern um strafbares Verhalten und mangelhafte Dienstaufsicht.

Eine andere Art der „selbstveranlassten lawfare“ – also des Einsatzes des Rechts als Waffe gegen sich selbst – soll die Auferlegung von Beschränkungen sein, die über die Verpflichtungen des humanitären Völkerrechts hinausgehen.³⁶ Als Beispiel hierfür wird ein Statement der NATO vom Jahre 2008 genannt, demnach im Rahmen des ISAF-Einsatzes in Afghanistan keine militärischen Ziele anzugreifen seien, wenn Zivilisten hierbei verletzt oder getötet werden könnten.³⁷ Eine solche „Null-Toleranz“-Politik³⁸ solle Terroristen nur dazu animieren, sich unter Zivilisten zu mischen, um sich so vor Angriffen – insbesondere aus der Luft – zu schützen.³⁹

²⁸ *D.B. Rivkin / L.A. Casey*, a.a.O. (Fn. 25); *Ph. Carter*, Legal Combat: Are Enemies Waging War in Our Courts?, in: *Slate* v. 4. April 2005, unter: <http://www.slate.com/id/2116169> (am 31. August 2010).

²⁹ *P. Dungan*, a.a.O. (Fn. 25), S. 10.

³⁰ Vgl. *Ph. Carter*, a.a.O. (Fn. 28); *J. Yoo*, Terror Suspects Are Waging „Lawfare“ on U.S., in: Philadelphia Newspapers LLC – *pilly.com* am 16. Januar 2008, derzeit nur noch verfügbar unter: <http://yidwithlid.blogspot.com/2008/01/waging-lawfare-litigious-silliness-gets.html> (am 3. Juni 2010). *John Yoo* ist Juraprofessor an der University of California, Berkeley, und war 2001 bis 2003 Mitglied des Department of Justice's Office of Legal Counsel und damit einer der Rechtsberater des US-Präsidenten *G.W. Bush*.

³¹ Vgl. *Military Studies in the Jihad against the Tyrants*, unter: <http://www.fas.org/irp/world/para/aqmanual.pdf> (am 31. August 2010).

³² *Id.*, S. 137. Dort heißt es: „(...) *Lesson Eighteen: PRISONS AND DETENTION CENTERS, IF AN INDICTMENT IS ISSUED AND THE TRIAL, BEGINS, THE BROTHER HAS TO PAY ATTENTION TO THE FOLLOWING: 1. At the beginning of the trial, once more the brothers must insist on proving that torture was inflicted on them by State Security [investigators] before the judge. (...)*“ (Hervorhebung der Verfasserin), unter: http://www.fas.org/irp/world/para/manualpart1_4.pdf (am 31. August 2010).

³³ *C.J. Dunlap*, a.a.O. (Fn. 4 [I.]), S. 34; *ders.*, a.a.O. (Fn. 4 [III.]), S. 149; *ders.*, a.a.O. (Fn. 13).

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Vgl. Interview mit General *Ricardo Sanchez* vom 30. Juni 2004, NBC News, unter: <http://www.msnbc.msn.com/id/5333895/> (am 31. August 2010).

³⁶ In der Tat verbietet das humanitäre Völkerrecht nicht vollends Verluste unter der Zivilbevölkerung, sondern nur solche, „die in keinem Verhältnis zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen“, vgl. Art. 57 Abs. 2 lit. a) iii) des Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler Konflikte (Protokoll I) vom 8. Juni 1977 (im Folgenden: ZP I).

³⁷ So *C.J. Dunlap*, a.a.O. (Fn. 4 [I.]), S. 36; *ders.*, a.a.O. (Fn. 4 [III.]), S. 149; *ders.*, a.a.O. (Fn. 13).

³⁸ Die Einschätzung von *Dunlap* gibt die NATO-Politik in Bezug auf zivile Opfer nicht richtig wieder, vgl. z.B. ISAF's Strategic Vision: Declaration by the Heads of State and Government of the Nations Contributing to the UN-mandated NATO-led International Security Assistance Force (ISAF) in Afghanistan, 3. April 2008, Ziff. 4: „(...) *To enhance our security effort we will (...) continue to ensure that every measure is taken to avoid civilian casualties (...)*“ (Hervorhebung durch die Verfasserin), unter: http://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_8444.htm (am 31. August 2010).

³⁹ *C.J. Dunlap*, a.a.O. (Fn. 4 [II.]), S. 796.

Hierbei werden von der „lawfare“-Theorie weder die politischen und militärstrategischen Rahmenbedingungen noch die taktischen Erfordernisse heutiger Militäroperationen berücksichtigt. Die den Streitkräften in der heutigen Zeit übertragenen Aufträge, wie zum Beispiel in Afghanistan, werden zunehmend komplexer und fokussieren in proaktiver Weise die Zivilbevölkerung im Einsatzgebiet, was regelmäßig in der Formel, es gelte, die „Herzen und Köpfe“ der Lokalbevölkerung zu gewinnen, sowie in der Aufgabe der Stabilisierung und des Aufbaus der Strukturen des Einsatzlandes zum Ausdruck kommt. Derartige Aufträge gehen über den vom Recht des bewaffneten Konflikts verlangten Schutz der Zivilbevölkerung „vor den von den Kriegshandlungen ausgehenden Gefahren“ (vgl. Artikel 51 Absatz 1 Satz 1 des Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler Konflikte (Protokoll I) vom 8. Juni 1977 – im Folgenden: ZP I) teilweise weit hinaus. Damit könnte ein solches Statement, das von der „lawfare“-Theorie als ein „Eigentor“ angesehen wird, im Gesamtkontext des politischen und strategischen Plans für ein bestimmtes Einsatzgebiet durchaus Sinn haben. Die Streitkräfte demokratischer Staaten stehen nämlich unter der Prerogative der Politik und unterstützen lediglich das Erreichen eines politischen Ziels. Eine andere Facette von „lawfare“, die in der Literatur bisher nicht erwähnt wird, kann durch einen aufmerksamen Beobachter innerhalb der NATO-Kreise vernommen werden. So werden nationale Vorbehalte („caveats“) zu bestimmten Einsatzregeln („rules of engagement“)⁴⁰ einer NATO-geführten Operation, die ihren Grund in national-rechtlichen (oder politischen) Beschränkungen eines NATO-Mitgliedstaates haben, von US-amerikanischen Juristen teilweise als „lawfare“ bezeichnet. Die Vorbehalte basieren auf dem Wunsch eines NATO-Mitgliedstaates, auch im Rahmen einer gemeinsamen, durch die NATO geführten militärischen Operation dem eigenen nationalen Recht und Gesetz (oder nationalen politischen Vorgaben) zu entsprechen. Es überzeugt daher nicht, das Einlegen von Vorbehalten als „lawfare“ der Koalitionspartner anzusehen, das heißt als Nutzung von Recht als Ersatz für traditionelle militärische Mittel mit dem Ziel, ein operatives Ziel zu erreichen.

2.3.2. „Positive lawfare“

Letztendlich soll „lawfare“ auch eine „positive“ Komponente haben. Als Beispiel für eine solche „positive lawfare“ wird der Kauf von Exklusivrechten an kommerziellen Satellitenbildern von Afghanistan durch die USA im Jahre 2001 angegeben.⁴¹ Die USA – über eigene, leistungsfähigere Aufklärungssatelliten verfügend – kauften die Exklusivrechte an den Bildern des Erdbeobachtungssatelliten „Ikonos“ (Space Imaging, Inc., Colorado/USA), um sicherzustellen, dass andere keinen Einblick in die Vorgänge im afghanischen Gebiet der „Operation Enduring Freedom“ bekommen.⁴² Laut der „lawfare“-Theorie konnte dem Feind so der Zugang zu diesen Satellitenbildern verwehrt werden, ohne kinetische Mittel einzusetzen.⁴³ Das (Vertrags-)Recht sei also als Waffe eingesetzt worden, um ein bestimmtes operatives Ziel zu erreichen.⁴⁴ Dem ist zu entgegnen, dass die Unterstützung des Auftrages der Streitkräfte durch Vertragsabschlüsse eine nicht ungewöhnliche Aufgabenerfüllung eines bei den Streitkräften beschäftig-

ten Juristen darstellt – nicht jedoch den Einsatz von Recht als Waffe. Die von der „lawfare“-Theorie andeutungsweise suggerierte Zugehörigkeit der Militärjuristen zur „kämpfenden Truppe“, das Recht als Waffe einsetzend, ist ausschließlich vor dem Hintergrund des hohen Ansehens und der Ehrung der kämpfenden Soldaten innerhalb des Großteils der US-Bevölkerung zu verstehen. Damit steht die „lawfare“-Theorie in der generellen Tendenz innerhalb der US-Streitkräfte, genuin nicht-militärischen Mitteln den Anstrich des Martialischen zu verleihen. So heißt zum Beispiel die US-Standardanweisung in Bezug auf Hilfgelder, die einem militärischen Führer im Einsatzgebiet zum „Gewinnen von Herzen und Köpfen“ der Lokalbevölkerung zur Verfügung stehen, „Money as a Weapon System“⁴⁵, also „Geld als ein Waffensystem“.

3. Historische Referenzen

Die Verfechter der „lawfare“-Theorie stellen das Konzept in Bezug zu historischen Werken, die bis zu *Niccolò Machiavelli* „Der Fürst“ von 1513 reichen. Dort belehrt *Machiavelli* den Fürsten *Lorenzo II de' Medici*: „(...) Zuvörderst muss man daher wissen, dass man mit zweierlei Waffen kämpfen könne: d.h. **mit den Gesetzen** und mit der Gewalt. Die erste ist Sache der Menschen, die zweite Sache der wilden Tiere. Aber bei der Unzulänglichkeit der ersten muss man öfters zur letzteren seine Zuflucht nehmen. Ein Fürst muss also die Rolle eines Menschen und jene einer Bestie zu spielen verstehen. (...)“⁴⁶

⁴⁰ Weiterführende Informationen über Einsatzregeln und Vorbehalte enthalten folgende Abhandlungen: *P. Dreist*, Rules of Engagement in NATO-Operationen, in: Unterrichtsblätter für die Bundeswehrverwaltung 3 (2008), S. 93–108 und 4 (2008), S. 129–139; *ders.*, Rules of Engagement in multinationalen Operationen – ausgewählte Grundsatzfragen (Teil 1–3), in: Neue Zeitschrift für Wehrrecht 2 (2007), S. 45 ff. (Teil 1), 3 (2007), S. 99 ff. (Teil 2), 4 (2007), S. 146 ff. (Teil 3); *S.Ch. Spies*, Die Bedeutung von „Rules of Engagement“ in multinationalen Operationen: Vom Rechtskonsens der truppenstellenden Staaten zu den nationalen Dienstabweisungen für den Einsatz militärischer Gewalt, in: *D. Weingärtner* (Hrsg.), Einsatz der Bundeswehr im Ausland: Rechtsgrundlagen und Rechtspraxis, Baden-Baden 2006, S. 115 ff.; *S. Weber*, Rules of Engagement: Ein Paradigmenwechsel für Einsatz und Ausbildung?, in: Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 14 (2001), S. 76 ff. Vorgenannte Zeitschriftenartikel sind verfügbar auf der privaten Webseite zum Wehrrecht unter „Aufsätze“, „Recht der Auslandseinsätze (Einsatzrecht)“ unter: <http://www.deutsches-wehrrecht.de> (am 31. August 2010).

⁴¹ *C.J. Dunlap*, a.a.O. (Fn. 4 [I.]), S. 35; *ders.*, a.a.O. (Fn. 4 [III.]), S. 147.

⁴² Vgl.: *J.J. Lumpkin*, Military Buy's Exclusive Rights to Space Imaging's Pictures of Afghanistan War Zone, in: Space.com News v. 15. Oktober 2001, unter: http://www.space.com/news/dod_spaceimaging_011015.html (am 31. August 2010).

⁴³ *C.J. Dunlap*, a.a.O. (Fn. 4 [III.]), S. 147.

⁴⁴ *Ibid.*; *ders.*, a.a.O. (Fn. 4 [I.]), S. 35. Dort heißt es: „(...) a legal 'weapon' – a contract – was used to deny potentially valuable information (...) from hostile forces. (...)“.

⁴⁵ Vgl. Commander's Emergency Response Program (CERP), SOP Iraq / SOP Afghanistan, „Money as a Weapon System“. Siehe insbesondere: Center for Army Lessons Learned (CALL), Handbook No. 09-27: Commander's Guide to Money as a Weapon System. Tactics, Techniques and Procedures, April 2009, unter: <https://acc.dau.mil/GetAttachments.aspx?id=298821&pname=file&aid=45162&lang=en-US> (am 31. August 2010). Innerhalb der NATO wird diese Begrifflichkeit nicht verwendet. Die demnächst herauszugebende ISAF-Mission Specific Training Guidance der NATO spricht von „integrated financial operations“.

⁴⁶ *N. Machiavelli*, Der Fürst, übersetzt von *F.N. Baur*, Berlin 1932, Kapitel XVIII („Wie ein Fürst sein Versprechen und Wort halten müsse“), Abs. 2, S. 59 (Hervorhebung durch die Verfasserin).

Hieraus wird gefolgert, *Machiavelli* habe erkannt, dass das Recht als eine strategische Waffe eingesetzt werden kann.⁴⁷ Dem ist zu entgegnen, dass im Zusammenhang des Kapitels, dem die vorgenannte Textpassage entliehen ist und welches die Vorteile des Wortbruches eines Fürsten gegenüber seinem Volk analysiert, das Zitat eher als ein Aufruf zur Willkür zu verstehen ist denn als ein Hinweis auf die Nutzung oder den Missbrauch des Rechts. Dies wird sichtbar, wenn eine andere Übersetzung derselben Passage zurate gezogen wird: „(...) *Man muß wissen, daß es zwei Arten zu kämpfen gibt, die eine nach Gesetzen, die andere durch Gewalt; die erste ist die Sitte der Menschen, die andere die der Tiere. Da jedoch die erste oft nicht ausreicht, so muß man seine Zuflucht zur zweiten nehmen. Ein Fürst muß daher sowohl den Menschen wie die Bestie zu spielen wissen.* (...)“⁴⁸

Des Weiteren wird in der Literatur bekräftigt, die „lawfare“-Theorie hätte eine solide Basis in der prominenten Aussage des *Carl von Clausewitz*, der Krieg sei „eine bloße Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln“.⁴⁹ Zudem fände sich die „lawfare“-Theorie in *Clausewitz*' Analyse vom Krieg anhand einer Achse aus Zweck, Ziel und Mittel wieder.⁵⁰ Jeder Krieg hat laut *Clausewitz* einen Zweck, der im Wesentlichen darin besteht, dem Gegner den eigenen Willen aufzuzwingen.⁵¹ Der genaue Zweck werde dabei von der Politik bestimmt.⁵² Um den Zweck zu erreichen, müsse der Gegner wehrlos gemacht werden, was bedeute, dass die gegnerischen Streitkräfte ausgeschaltet werden müssen.⁵³ Der „lawfare“-Theorie nach dienen auch die moralischen Kräfte eines Staates als Mittel zum Erreichen des gesetzten Zieles.⁵⁴ Demnach fokussierten diejenigen Gegner der USA, die den US-Streitkräften militärisch unterlegen sind, die moralischen Kräfte, indem sie die öffentliche Unterstützung für Maßnahmen des US-Militärs zu schwächen versuchten.⁵⁵

Obwohl die dargestellte Parallele einiges für sich hat, kann die Theorie dennoch nicht in der Tradition von *Clausewitz* stehen: *Clausewitz* hat die „moralischen Kräfte“ aus der Definition der „Mittel“ eines Krieges ausdrücklich ausgeschlossen, indem er bestimmte: „*Gewalt, d.h. die physische Gewalt (denn eine moralische gibt es außer dem Begriffe des Staates und Gesetzes nicht), ist das Mittel* (...)“.⁵⁶ Zudem hat *Clausewitz* – aus der Sicht des militärisch potenten Preußens – den Krieg als *ultima ratio* für den Fall angesehen, dass die politische Klärung einer Streitfrage nicht erwirkt werden kann. Die „lawfare“-Theorie sieht die friedliche Beilegung einer Streitfrage – nämlich durch Inanspruchnahme von Rechten und Rechtsbehelfen oder aber durch den (US-kritischen) öffentlichen Rechtsdiskurs – in dem Falle, dass militärische Mittel für die Entscheidung einer Streitfrage aufgrund der militärischen Unterlegenheit des Gegners nicht in Frage kommen, als *ultima ratio* an und stellt somit die Hypothese von *Clausewitz* auf den Kopf.

Ferner soll „lawfare“ bereits 1999 in dem von den Obersten der chinesischen Volksbefreiungsarmee *Qiao Liang* und *Wang Xiangsui* verfassten Werk „Unrestricted Warfare“⁵⁷ enthalten sein. Dort soll „lawfare“ als „international law warfare“ beschrieben sein.⁵⁸ Ein Blick auf die Konkretisierung des vorgenannten Begriffs als „*seizing the earliest opportunity to set up regulations*“⁵⁹ sowie auf den Kontext lässt darauf schließen, dass hierbei lediglich der Vorteil einer aktiven Teilnahme an der Fortbildung des Völkervertrags-

rechts durch eine frühzeitige Einbindung Chinas in den entsprechenden völkerrechtspolitischen Prozess dargelegt wird. Auch wenn China hierbei Ziele verfolgen sollte, die den nationalen Interessen dienen würden (und gleichzeitig zum Beispiel den Einfluss von mächtigen Staaten wie den USA schwächen sollten), ist ein solches Vorgehen – generell – einer nahezu jeden Vertragsverhandlung immanent und gehört zum Tagesgeschäft der internationalen (Völkerrechts-)Politik. Daher erscheint es nicht überzeugend, das Verfolgen von nationalen Interessen während internationaler Vertragsverhandlungen als – im Sinne der „lawfare“-Theorie – Einsatz von Völkervertragsrecht als „Waffe“ anzusehen. Insgesamt überzeugen die dargelegten Bezugnahmen – insbesondere auf namhafte Denker der Vergangenheit – nicht.

4. Die Resonanz der „lawfare“-Theorie

Die „lawfare“-Theorie stieß sowohl in der US-amerikanischen Politik als auch Wissenschaft auf eine enorme Resonanz. International genießt die Theorie insbesondere innerhalb der Kreise der NGOs große Popularität.

4.1. US-amerikanische Verteidigungsstrategie

Bemerkenswerterweise fand die „lawfare“-Theorie Eingang in die Nationale Verteidigungsstrategie der USA vom März 2005. Dort es heißt, unter der Beschreibung der verteidigungsstrategischen Schwächen des Landes: „(...) *Our strength as a nation state will continue to be challenged by those who employ a strategy of the weak using international fora, judicial processes, and terrorism.* (...)“⁶⁰ Dass die In-

⁴⁷ R. Grace, Lawfare, in: Foreign Policy Association – Blog, am 9. November 2009, unter: <http://lawandsecurity.foreignpolicyblogs.com/2009/11/09/welcome/> (am 31. August 2010).

⁴⁸ N. Machiavelli, Der Fürst, übersetzt von Friedrich von Oppeln-Bronikowski, Frankfurt am Main 1990, Kapitel XVIII, („Inwiefern die Fürsten ihr Wort halten sollen“), Abs. 2, S. 86 (Hervorhebung durch die Verfasserin).

⁴⁹ C.J. Dunlap, a.a.O. (Fn. 4 [I.]), S. 35; ders., a.a.O. (Fn. 22). Vgl. C. von Clausewitz, a.a.O. (Fn. 1), Erster Teil, Erstes Buch, Erstes Kapitel, Ziff. 24.

⁵⁰ C.J. Dunlap, a.a.O. (Fn. 4 [I.]), S. 35; ders., a.a.O. (Fn. 3), S. 4. Siehe auch: C. von Clausewitz, a.a.O. (Fn. 1), Erster Teil, Erstes Buch, Zweites Kapitel („Zweck und Mittel im Kriege“).

⁵¹ C. von Clausewitz, a.a.O. (Fn. 1), Erster Teil, Erstes Buch, Erstes Kapitel, Ziff. 2; Erster Teil, Erstes Buch, Zweites Kapitel („Zweck und Mittel im Kriege“), Abs. 3 und 5.

⁵² *Id.*, Erster Teil, Erstes Buch, Erstes Kapitel, Ziff. 11.

⁵³ *Id.*, Erster Teil, Erstes Buch, Erstes Kapitel, Ziff. 4 und 11.

⁵⁴ C.J. Dunlap, a.a.O. (Fn. 4 [I.]), S. 35; ders., a.a.O. (Fn. 3), S. 4.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ C. von Clausewitz, a.a.O. (Fn. 1), Erster Teil, Erstes Buch, Erstes Kapitel, Ziff. 2, Abs. 3.

⁵⁷ Siehe: Q. Liang / W. Xiangsui, Unrestricted Warfare, Beijing 1999, Übersetzung von U.S. CIA / FBIS (U.S. Central Intelligence Agency, Directorate of Science and Technology / Foreign Broadcast Information Service), unter: <http://www.c4i.org/unrestricted.pdf> (am 31. August 2010).

⁵⁸ *Id.*, S. 55.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ U.S. Department of Defense, The National Defense Strategy of The United States of America, März 2005, S. 5, (I. „Americas Security in the 21st Century“, lit. B „Changing Security Environment“, Ziff. 3 „Assumptions Framing the Strategy – Our Vulnerabilities“) (Hervorhebung durch die Verfasserin), unter: <http://www.defense.gov/news/mar2005/d20050318nds1.pdf> (am 31. August 2010).

anspruchnahme von internationalen Foren und Gerichtsverfahren als Strategie der Schwachen in einem Atemzug mit dem Terrorismus genannt wird, ist – auch wenn Kläger und ihre Rechtsvertreter nicht explizit mit Terroristen gleichgesetzt werden⁶¹ – doch recht bedenklich.⁶² So wurde in der Literatur bereits – ironisch – geschlussfolgert, Rechtsanwälte, die vor Gericht die Rechtmäßigkeit von Handlungen der US-Regierung anzweifeln, führten wohl „lawfare“ gegen diese und müssten den „enemy combatants“ gleichgestellt werden.⁶³

Die oben zitierte Formulierung „strategy of the weak“ lässt bereits erahnen, dass das Beschreiten des Rechtsweges durchaus einem „asymmetrischen Angriff“ im Wege der „asymmetrischen Kriegsführung“ gleichgestellt werden könnte. Klar wird dies in der derzeit noch aktuellen⁶⁴ Nationalen Verteidigungsstrategie der USA vom Juni 2008.⁶⁵ Diese legt im Zusammenhang mit asymmetrischen Angriffen auf die USA Folgendes dar: „(...) *U.S. dominance in conventional warfare has given prospective adversaries, particularly non-state actors and their state sponsors, strong motivation to adopt asymmetric methods to counter our advantages. (...) These challenges [development and proliferation of chemical, biological, and nuclear weapons]*⁶⁶ could come not only in the obvious forms we see today but also in less traditional forms of influence such as *manipulating global opinion using mass communications venues and exploiting international commitments and legal avenues (...)*“⁶⁷

Die Aussage bringt – im Kontext der asymmetrischen Angriffe – die Beeinflussung der globalen öffentlichen Meinung mit der Ausnutzung völkerrechtlicher Verpflichtungen und Rechtsbehelfe im Sinne der „lawfare“-Theorie in Verbindung. Dies birgt die Gefahr der Vermengung friedlicher und kriegerischer Mittel der Streitbeilegung in sich: Die Inanspruchnahme von Rechtsbehelfen bzw. das Beschreiten des nationalen oder internationalen Rechtsweges, ergo das Eintreten in ein geordnetes Friedenssystem, gehört eindeutig zu den friedlichen Mitteln der Streitbeilegung – im Gegensatz zu einem gewaltsamen asymmetrischen Angriff, der ein nicht-friedliches Mittel der Streitbeilegung darstellt. Die Manipulation der öffentlichen Meinung kann allenfalls dem Bereich der politischen Einflussnahme oder des politischen Zwangs in internationalen Beziehungen zugeordnet werden, ist aber ebenfalls keine kriegerische Handlung, wie von der „lawfare“-Theorie suggeriert. Der Rechtssicherheit im nationalen Bereich wie in internationalen Beziehungen wegen sollte zwischen friedlichen und gewaltsamen Mitteln der Streitbeilegung klar getrennt werden, was die Theorie jedoch bei Benennung der (ungerechtfertigten) Inanspruchnahme von Rechten, Rechtsbehelfen bzw. der Gerichtsbarkeit als „lawfare“ – also Ersatz für traditionelle militärische Mittel – vermengt.

4.2. Wissenschaft

Dass die „lawfare“-Theorie in den wissenschaftlichen (und politischen) Kreisen der USA bereits einige Bedeutung erlangt hat, wird dadurch indiziert, dass der US-amerikanische „Council on Foreign Relations“⁶⁸ dem Thema bereits zwei Veranstaltungen widmete.⁶⁹ Der „Council on Foreign Relations“ ist eine traditionsträchtige und renommierte Gesellschaft, der einiger Einfluss auf die US-Außenpolitik zu-

gesprochen wird und die die politikwissenschaftliche Zeitschrift „Foreign Affairs“ herausgibt. Der „Council“ beschloss während der Sitzung am 22. Mai 2003, dass es zwei Kategorien von „lawfare“ gebe: Eine Art von „lawfare“ sei die asymmetrische Kriegsführung gegen die USA, wie zum Beispiel die Versuche der „Aktivisten“, die (damaligen) Pläne der USA, im Irak einzumarschieren, als illegal darzustellen. Die andere Art von „lawfare“ werde in Friedenszeiten durchgeführt, zum Beispiel indem internationale Gruppen und Organisationen versuchten, bestimmte Waffenarten international verbieten zu lassen, was letztendlich die Effizienz der US-Streitkräfte in Kriegszeiten beeinträchtigen würde (siehe auch oben Ziffer 2.2.).⁷⁰

Innerhalb der juristischen Literatur wurde die „lawfare“-Theorie insbesondere im Zusammenhang mit den *habeas corpus*⁷¹-Klagen der Insassen des US-Gefängnisses auf der Guantánamo Bay Naval Base besprochen. Hierbei wurden die angestrebten gerichtlichen Haftüberprüfungsverfahren

⁶¹ Anders: S. Horton, State of Exception: Bush's War on the Rule of Law, in: Harper's Magazine, Juli 2007, Abs. 3, unter: <http://www.harpers.org/archive/2007/07/0081595> (am 31. August 2010). Dagegen: C.J. Dunlap, a.a.O. (Fn. 4 [III.]), S. 148.

⁶² „Alarmierend“ fand dies David Luban, Juraprofessor an der Georgetown University in Washington D.C. und erklärter Gegner der „lawfare“-Theorie, vgl. D. Luban, Lawfare and Legal Ethics in Guantánamo, in: Stanford Law Review 60 (2008), S. 1981 (2020), unter: <http://www.stanfordlawreview.org/content/article/lawfare-and-legal-ethics-guantanamo> (am 31. August 2010).

⁶³ *Id.*, S. 2020 f.: „(...) *This easy equation [National Defense Strategy 2005, S. 5] of judicial processes with terrorism is startling, but it makes sense to those who regard lawyers invoking international law, human rights, or civil liberties as witting or unwitting agents of America's enemies. Jack Goldsmith's recent memoir of his service in the Bush administration confirms that the administration accepts the lawfare theory. If lawyers opposing the U.S. government are really waging lawfare against the United States, that makes them the equivalent of enemy combatants, witting or not. (...)*“ (Hinzufügung durch die Verfasserin).

⁶⁴ Es bleibt abzuwarten, ob und wann das US-Verteidigungsministerium eine neue Verteidigungsstrategie, welche die vom Präsidenten Obama in der Nationalen Sicherheitsstrategie vom Mai 2010 erklärte, eher „internationalistische“ Herangehensweise an die US-amerikanische Außenpolitik berücksichtigt. Vgl. President of the United States of America, National Security Strategy, Mai 2010, S. 16 (Kapitel II. „Strategic Approach“, „Strengthening National Capacity – A Whole of Government Approach“), unter: http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/national_security_strategy.pdf (am 31. August 2010).

⁶⁵ U.S. Department of Defense, The National Defense Strategy of the United States of America, Juni 2008, unter: <http://www.defense.gov/news/2008%20national%20defense%20strategy.pdf> (am 31. August 2010).

⁶⁶ Ergänzung durch die Verfasserin.

⁶⁷ *Id.*, a.a.O. (Fn. 65), S. 4 („The Strategic Environment“) (Hervorhebung durch die Verfasserin).

⁶⁸ Der „Council on Foreign Relations“ ist ein 1921 gegründetes, privates Studienzentrum mit Sitz in New York/USA. Die Mitglieder des Rates sind Regierungsmitglieder und -mitarbeiter, Geschäftsleute, Personal der Eliteuniversitäten, Journalisten und Verleger. Es wird vermutet, dass der Rat inoffiziell wesentlichen Einfluss auf die Außenpolitik der USA nimmt. Vgl. Webseite des „Council on Foreign Relations“ unter: <http://www.cfr.org/about/mission.html> (am 31. August 2010).

⁶⁹ Council on Foreign Relations, Roundtable, Lawfare, the Latest in Asymmetries v. 18. März 2003, Protokoll unter: http://www.cfr.org/publication/5772/lawfare_the_latest_in_asymmetries.html (am 31. August 2010); Roundtable v. 22. Mai 2003, Protokoll unter: http://www.cfr.org/publication/6191/lawfare_the_latest_in_asymmetries_part_two.htm (am 31. August 2010).

⁷⁰ *Ibid.*; vgl. Protokoll vom Roundtable v. 22. Mai 2003.

⁷¹ *Habeas corpus* ist die Kurzform für *writ of habeas corpus*, in diesem Zusammenhang: Antrag des Festgehaltenen auf ein gerichtliches Haftprüfungsverfahren.

als „lawfare“ bezeichnet, da sie die Kriegsführung der USA erschweren würden.⁷²

Aber auch außerhalb der – laut US-Rechtsprechung doch recht einzigartigen⁷³ – „Guantánamo-Frage“ wurde zum Beispiel der Versuch des wegen Terrorismusverdachts auf US-Territorium festgehaltenen *Jose Padilla*, seine Haft gerichtlich überprüfen zu lassen, als „lawfare“ bezeichnet.⁷⁴ Die Administration hat *Padilla* bereits über sieben Monate lang den Zugang zu einem Rechtsanwalt mit der Begründung verweigert, dass dies einen negativen Effekt auf die Vernehmungen des *Padilla* durch die Sicherheitsbehörden haben würde.⁷⁵ Die Rechtsschritte, die *Padilla* in der Folgezeit zwecks gerichtlicher Haftüberprüfung anstrebte, wurden als Einsatz des US-amerikanischen Rechtssystems als Waffe gegen die USA bezeichnet.⁷⁶ Das Prozedere hätte den Zweck, Regierungsmitglieder zu belästigen und sie zur Offenlegung wertvoller Geheimdienstinformationen zu zwingen.⁷⁷

Einen Schritt weiter gingen Autoren, die – den später in der Nationalen Verteidigungsstrategie der USA von 2008 verankerten Gedanken der Inanspruchnahme von Rechtsbehelfen als asymmetrischer Angriff aufnehmend – eine Bestrafung von Rechtsanwälten forderten, die „frivole Klagen“ einreichten, um US-amerikanische Streitkräfte zu delegitimieren.⁷⁸ Bereits kurz vor der Veröffentlichung des entsprechenden Beitrages im Februar 2007 riet *Cully Stimson*, damaliger stellvertretender Assistent des US-Verteidigungsministers (für Festnahme-Fragen verantwortlich), Geschäftskonzerne, keine Dienste von Anwaltskanzleien anzunehmen, die Guantánamo-Häftlinge vertraten.⁷⁹ Diese Aussage führte zu einer Entrüstung, auch innerhalb der American Bar Association (vergleichbar der deutschen Bundesrechtsanwaltskammer), und letztendlich zu seinem Rücktritt.

Einigen juristischen Beiträgen nach sollen NGOs wie Human Rights Watch und amnesty international eine „lawfare“ gegen die Ausübung der demokratischen Souveränität der amerikanischen Nation führen, indem sie schleichend die Demokratie im Namen der Menschenrechte unterminieren.⁸⁰ Des Weiteren soll das Gutachten des Internationalen Gerichtshofes vom 9. Juli 2004⁸¹, welcher die Illegalität des Baus der israelischen Sicherheitsmauer in den besetzten Gebieten statuiert, eine erfolgreiche „lawfare“ (der das Gutachten anfordernden VN-Generalversammlung und der arabischen Staaten gegen Israel und den VN-Sicherheitsrat) sein.⁸² Schlussendlich – nachfolgend die Worte zweier Juristen zitierend, die hohe Positionen im US-Justizministerium während der Amtszeit der Präsidenten *Ronald Reagan* und *George H.W. Bush* innehatten – nutze auch das Internationale Komitee des Roten Kreuzes das Recht, um im Wege einer asymmetrischen Kriegsführung die Macht der USA zu beschränken: “(...) [T]he International Committee of the Red Cross (ICRC) has clashed with the United States over the detention of captured al Qaeda and Taliban terrorists at Guantanamo Bay, and over their classification as unlawful enemy combatants. Its most recent salvo takes the form of a massive ‘Study on Customary International Humanitarian Law. (...) Indeed, the ICRC has become the leading practitioner of ‘lawfare’ – a form of asymmetrical warfare that aims to constrain American power using the law (...)”⁸³

Nur wenige Beiträge der juristischen Literatur lehnen die „lawfare“-Theorie ab und kritisieren diese als einen Angriff

auf den Anwaltsstand, den Rechtsstaat oder auf das Völkerrecht. In diesem Zusammenhang wenden sich die Autoren insbesondere gegen die Verunglimpfung der Inanspruchnahme der *habeas corpus*-Rechte durch die Insassen des US-Gefängnisses auf der Guantánamo Bay Naval Base, die Verleumdung und teilweise Einschüchterung derer zivilen wie auch militärischen Verteidiger sowie die Er-

⁷² *J. Breinholt*, Is Lawfare Being Abused by American Lawyers?, in: FindLaw – Legal News and Commentary v. 9. März 2007, unter: http://writ.news.findlaw.com/commentary/20070309_breinholt.html (am 31. August 2010). *Jeff Breinholt* ist stellvertretender Direktor der Counterterrorism Section des US-Justizministeriums.

⁷³ Die Situation der Insassen im US-Gefängnis auf der Guantánamo Bay Naval Base/Kuba wurde vom U.S. Supreme Court als besonders gewertet, da das Gefängnis sich zwar außerhalb des US-Staatsgebietes befindet, jedoch angesichts der über 100-jährigen kompletten und ununterbrochenen Kontrolle über das Gebiet *de facto* als US-Staatsterritorium gelten könne, was im Ergebnis – in einer Mehrheitsentscheidung – zur Bestätigung des Rechts der Insassen auf eine gerichtliche Haftüberprüfung führte, vgl. U.S. Supreme Court of The United States, *Boumediene et al. v. Bush, President of the United States, et al.*, Nr. 553 U.S. 723 (2008), Urteil v. 12. Juni 2008, S. 34, 69 f., unter: <http://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1195.pdf> (am 31. August 2010).

⁷⁴ Vgl. *J. Yoo*, a.a.O. (Fn. 30).

⁷⁵ Vgl. Declaration of Vice Admiral *Lowell E. Jacoby* (U.S. Navy), Director of the Defense Intelligence Agency, an das United States District Court for the Southern District of New York (*Jose Padilla v. George W. Bush et al.*, Case No. 02 Civ. 4445), S. 8. Dort heißt es: “(...) Because *Padilla* is likely more attuned to the possibility of counsel intervention than most detainees, I believe that any potential sign of counsel involvement would disrupt our ability to gather intelligence from *Padilla*. *Padilla* has been detained without access to counsel for seven months since the DoD took control of him on 9 June 2002. Providing him access to counsel now would create expectations by *Padilla* that his ultimate release may be obtained through an adversarial civil litigation process. This would break probably irreparably the sense of dependency and trust that the interrogators are attempting to create. (...)” (Hervorhebung der Verfasserin), unter: http://www.pegc.us/archive/Padilla_vs_Rumsfeld/Jacoby_declaration_20030109.pdf (am 31. August 2010).

⁷⁶ *J. Yoo*, a.a.O. (Fn. 30).

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *D.B. Rivkin / L.A. Casey*, a.a.O. (Fn. 25), letzter Absatz.

⁷⁹ Dies geschah in einem Interview, das *Stimpson* dem Federal News Radio/Washington D.C. am 11. Januar 2007 gab, vgl. Pentagon Official Who Criticized Detainee Lawyers Quits, in: The Washington Post v. 3 Februar 2007, unter: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/02/02/AR2007020201575.html> (am 31. August 2010).

⁸⁰ *J. Fonte*, Democracy’s Trojan Horse, in: The National Interest, Januar 2004, S. 5, unter: <http://www.ipa.org.au/library/.svn/text-base/56-4-Democracy%20Trojan%20Horse.pdf.svn-base> (am 31. August 2010). Vgl. auch den Beitrag von *Ulf Häußler*, der im Rahmen einer ausführlichen Auseinandersetzung mit dem – offensichtlich teilweise auf falschen Tatsachen basierenden – Bericht von amnesty international (Afghanistan – Detainees Transferred to Torture: ISAF Complicity?) v. 13. November 2007 diesen als „paradigm of lawfare“ bewertet: *U. Häußler*, Meeting the Lawfare Challenge. Why NATO Should Listen to Amnesty International – Yet Shouldn’t Believe Everything they Say, in: NATO Legal Gazette 12 (2008), S. 6 (7) (Kopie bei der Verfasserin). Der Text des vorgenannten Berichts ist verfügbar unter: <http://www.amnesty.org/en/library/info/ASA11/011/2007> (am 31. August 2010).

⁸¹ Vgl. International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Gutachten v. 9. Juli 2004, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, S. 136.

⁸² *J. Rabkin*, Lawfare – The International Court of Justice Rules on Favor of Terrorism, in: The Wall Street Journal v. 17. Juli 2004, unter: <http://www.opinionjournal.com/forms/printThis.html?id=110005366> (am 31. August 2010). *Jeremy Rabkin* ist Juraprofessor an der George Mason University.

⁸³ *D.B. Rivkin / L.A. Casey*, Friend or Foe? The International Committee of the Red Cross Should Stop Championing Terrorists or Lose U.S. Funding, in: The Wall Street Journal v. 17. April 2005, S. A23 (Hervorhebung durch die Verfasserin), unter: <http://www.opinionjournal.com/extra/?id=110006570> (am 31. August 2010).

schwerung ihrer Arbeit.⁸⁴ Auch wenn die Bedeutung der „Guantánamo-Frage“ schwindet, scheint die Angelegenheit noch nicht ausgestanden zu sein: Am 26. Mai 2010 sandte die Präsidentin der American Bar Association einen Bittbrief an den US-Kongress, dem Verteidigungsministerium für das Haushaltsjahr 2011 keine Mittel für Ermittlungen (zu unterscheiden von: Sicherheitsüberprüfungen) gegen Rechtsanwälte, die Guantánamo-Häftlinge vertreten, zu gewähren.⁸⁵ Teilweise wird die „lawfare“-Theorie als ein „*fehlgeleiteter und gefährlicher Versuch, sich der zivilen bzw. demokratischen und gerichtlichen Überwachung von Militäraktionen zu widersetzen*“, beurteilt.⁸⁶ In diesem Kontext wird zu bedenken gegeben, dass die „lawfare“-Theorie versuche, die Kritiker der Rechtmäßigkeit von Handlungen der US-Regierung zum Schweigen zu bringen und dadurch selbst zum „Recht durch andere Mittel“ werde.⁸⁷ Ferner wird angemerkt, „lawfare“ sei als ein „Schmitt’sches Konzept“ dem Rechtsstaat diametral entgegengesetzt.⁸⁸ Teilweise wird die Theorie schlicht als „Resistenz“ gegen oder gar als ein „Angriff“ auf das Völkerrecht bewertet.⁸⁹ Interessanterweise wurde in der Literatur angemerkt, dass die der „lawfare“-Theorie latent immanente Ablehnung gerichtlicher Verfahren recht subtil sei: Letztere könnten aufzeigen, dass polizeiliche und gerichtliche Mittel, also zivile Rechtsdurchsetzungsmittel, im Kampf gegen den Terrorismus ausreichend seien und die Regierung die ihr gewährten außergewöhnlichen Ermächtigungen für den „globalen Krieg gegen den Terrorismus“ nicht mehr bräuchte, was weitreichende Konsequenzen für die Exekutive hätte.⁹⁰

4.3. NGOs

Der „lawfare“-Gedanke wird auch von weniger seriösen Stimmen postuliert. Gerade bei Internetauftritten und -veröffentlichungen der mannigfaltigen NGOs – insbesondere solchen, die deutlich eine politische Agenda aufweisen – wurde der Begriff politisiert und insbesondere polemisiert. Die Polemisierung wird besonders im Zusammenhang mit dem palästinensisch-israelischen Konflikt sichtbar, wo „lawfare“ teilweise den Beinamen „legal Jihad“⁹¹ oder „islamist lawfare“⁹² bekam. Dort wird „lawfare“ als „*Ausnutzung von Gerichten in demokratischen Ländern, um israelische Politiker zu belästigen*“, definiert.⁹³

So findet sich zum Beispiel auf der Webseite NGO-MONITOR eine Liste von Gerichtsverfahren gegen israelische Staatsvertreter samt Angaben, welche „anti-israelische Menschenrechts-NGO“ – angeblich auch von europäischen Regierungen und der EU unterstützt – diese initiiert hätte.⁹⁴ Es wird auch der Status der Klagen angezeigt. Bezeichnenderweise wurden alle Klagen – außer einer, bei der die Entscheidung noch aussteht – als abgewiesen markiert. Dies zeigt, dass die europäischen Gerichtssysteme sich nicht vereinnahmen lassen.

Dennoch scheint das, was als „lawfare“ bezeichnet wird, wohl zu funktionieren. Seit einiger Zeit stellen NGOs angeblich belastende Dokumente in Bezug auf behauptete Kriegsverbrechen israelischer Politiker während des Gaza-Krieges 2008 zusammen und senden diese Anwälten sowie Staatsanwälten in europäischen Staaten zu.⁹⁵ In der Tat führte ein solches Vorgehen Mitte Dezember 2009 zur Absage eines Besuchs der

israelischen Oppositionsführerin und früheren Außenministerin *Zipi Livni* in Großbritannien, da beim Amtsgericht Westminster ein Haftbefehlsantrag gegen sie vorlag.⁹⁶

Sicherlich kann davon ausgegangen werden, dass die – hier lediglich angedeuteten – polemischen Auswüchse im Zusammenhang mit dem Begriff „lawfare“ vom „Urheber“ der gleichnamigen Theorie nicht beabsichtigt oder vorhergesehen wurden. Dennoch bestätigt ein Blick in den „cyber-space“: Der Begriff „lawfare“ ist in aller Munde.

5. Abschlussbemerkungen

Es ist der Verdienst der „lawfare“-Theorie, dass das Verhältnis von Recht und Medien wieder in den Fokus der Diskussion geriet. Auch kann der Theorie zugutegehalten werden, dass sie die Bedeutung des Rechts für militärische Operationen – im Zusammenhang mit der Medienberichterstattung – herausstellt.

Dementsprechend besteht die eigentliche Herausforderung, mit der sich die Theorie beschäftigt, nicht im Missbrauch von Schutzrechten des humanitären Völkerrechts und der in einem Rechtsstaat zur Verfügung stehenden (gerichtlichen)

⁸⁴ *D. Luban*, a.a.O. (Fn. 62), S. 2021; *S. Horton*, a.a.O. (Fn. 61); *D. Pearlstein*, The Lawfare Scare, in: *The American Prospect* v. 6. März 2007, unter: http://www.prospect.org/cs/articles?article=the_lawfare_scare (am 31. August 2010).

⁸⁵ Siehe: American Bar Association, ABA President Lamm Opposes Authorizing Defense Department Investigations of Guantanamo Detainees’ Lawyers, Mitteilung v. 26. Mai 2010; „(...) [T]he American Bar Association is calling on Congress not to include a provision in the National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2011 directing the inspector general of the Department of Defense to investigate lawyers representing Guantanamo detainees. (...)“ (Hervorhebung durch die Verfasserin), unter: <http://www.abanow.org/2010/05/aba-president-lamm-opposes-authorizing-defense-department-investigations-of-guantanamo-detainees-lawyers/> (am 31. August 2010).

⁸⁶ *Ch. Waters*, Beyond Lawfare: Juridical Oversight of Western Militaries, in: *Alberta Law Review* 46 (2009), S. 885 (890) [Übersetzung aus dem Englischen durch die Verfasserin]. *Christopher Waters* ist Juraprofessor an der University of Windsor (Kanada).

⁸⁷ *D. Luban*, a.a.O. (Fn. 62), S. 2021.

⁸⁸ *S. Horton*, a.a.O. (Fn. 61).

⁸⁹ *A. Huq*, Waging Lawfare, in: *TomPaine.com – Online Public Affairs Journal* v. 22. November 2006, unter: http://www.tompaine.com/articles/2006/11/22/waging_lawfare.php (am 31. August 2010).

⁹⁰ *Ph. Carter*, a.a.O. (Fn. 28).

⁹¹ Die Eingabe des Begriffes „legal Jihad“ bei <http://www.google.com> am 31. Mai 2010 resultierte in ungefähr 46.100 Ergebnissen. Auf eine – auch nur beispielhafte – Auflistung der Beiträge (teilweise mit juristischem Hintergrund) zu diesem Thema wird hier daher verzichtet.

⁹² Die Eingabe des Begriffes „islamist lawfare“ bei <http://www.google.com> am 31. Mai 2010 resultierte in ungefähr 18.100 Ergebnissen. Auf eine – auch nur beispielhafte – Auflistung der Beiträge wird hier daher ebenfalls verzichtet.

⁹³ *A. Herzberg*, Lawfare against Israel, in: *The Wall Street Journal Europe* v. 5. November 2008, unter: <http://online.wsj.com/article/SB122583394143998285.html> (am 31. August 2010).

⁹⁴ Vgl. die Webseite der NGO-MONITOR, unter: http://www.ngo-monitor.org/article/ngo_lawfare (am 31. August 2010).

⁹⁵ Vgl. den deutschen Beitrag von *U.W. Sahn*, Juristischer Krieg gegen Israel: Der „Lawfare“ der Palästinenser, in: *n-tv.de* v. 15. Dezember 2009, unter: http://www.n-tv.de/politik/politik_kommentare/Der-Lawfare-der-Palaestiner-article641782.html (am 31. August 2010).

⁹⁶ Vgl. Meldung der FAZ v. 21. Dezember 2009, S. 5: Hamas hinter Anklage *Zipi Livni*, unter: <http://www.faz.net/s/RubDDBDABB9457A437BAA85A49C26FB23A0/Doc~EADFB36C26C654DF4A30996F5139DD4EE~ATpl~Ecommon~Scontent.html> (am 31. August 2010).

Rechtsbehelfe oder aber in dem Versuch, der Öffentlichkeit ein falsches Bild von der Rechtmäßigkeit des Vorgehens der Streitkräfte zu vermitteln. Die eigentliche Herausforderung ist die mangelnde Fähigkeit der Streitkräfte, Fakten, Prozeduren und das eigene Vorgehen den Medien transparent und verständlich zu vermitteln. Das Problem – und zugleich die Lösung – liegen also in der Öffentlichkeitsarbeit. Da besteht – in vielen Nationen – Nachbesserungsbedarf (vgl. die entsprechenden Ausführungen in der aktuellen Nationalen Sicherheitsstrategie der USA vom Mai 2010)⁹⁷, was jedoch nicht im Verantwortungsbereich der Juristenprofession liegt. Wie der „Urheber“ der „lawfare“-Theorie im Jahre 2008 richtig anmerkte, wäre es ein Fehler, diese lediglich zu einer Komponente einer globalen Propagandakampagne zu reduzieren.⁹⁸ Die Theorie zeigt in der Tat – über eine sicherheitspolitische Bedeutung für die USA hinaus – insbesondere völkerrechtspolitische Relevanz.

Um die Theorie in ihrer Gänze zu erfassen, ist es essenziell zu verstehen, auf welcher Grundannahme diese basiert. Der „Urheber“ sowie die Verfechter der „lawfare“-Theorie suggerieren, dass das derzeitige Völkerrecht eine gewisse „anti-amerikanische Tendenz“ aufweise und es die Fähigkeit der USA, militärische Interventionen effektiv durchzuführen, behindern könnte.⁹⁹ An dieser Stelle darf angemerkt werden, dass innerhalb des Kreises der Juristen der US-Streitkräfte „lawfare“ ein fester Begriff ist und die Militärjuristen – durch Lehre und Veröffentlichungen von entsprechenden Aufsätzen – bereits darauf vorbereitet werden, ihre Rolle als „strategische Rechtsberater“ im Kampf gegen „lawfare“ einzunehmen.¹⁰⁰

Es besteht die Befürchtung, dass die „lawfare“-Theorie den Weg für eine mögliche Einordnung der „Unterminierung der öffentlichen Unterstützung“ für militärische Operationen als eine Kriegshandlung bereiten könnte. Bereits 2001 wurde von dem „Urheber“ der „lawfare“-Theorie statuiert, dass die „Unterminierung der öffentlichen Unterstützung“ in heutigen Zeiten dem Gegner klar einen „direkten und konkreten militärischen Vorteil“ im Sinne der Definition des militärischen Ziels gemäß Artikel 52 Absatz 2 Satz 2 ZP I¹⁰¹ biete.¹⁰² Eine Folge hiervon wäre, dass Propagandamittel, wie zum Beispiel Radio- oder Fernsehstationen (entgegen der Rechtsauffassung des Anklägerbüros des Internationalen Strafgerichtshofes für das ehemalige Jugoslawien von 2001¹⁰³), als ein legitimes militärisches Ziel gelten würden.¹⁰⁴ In der Folge könnten aber auch Journalisten, die aufgrund politisch ungenehmer, US-kritischer Berichterstattung in Bezug auf die Rechtmäßigkeit des Vorgehens der Streitkräfte zur „Unterminierung der öffentlichen Unterstützung“ und daher zur Schaffung eines „direkten und konkreten militärischen Vorteils“ des Gegners unmittelbar beitragen, wegen unmittelbarer Teilnahme an Feindseligkeiten gemäß Artikel 51 Absatz 3 ZP I als ein militärisches Ziel angesehen werden. Dasselbe müsste für Kläger gelten, die im Sinne der Theorie „lawfare“ führen. Die Folgen dessen wären unabsehbar – sowohl für die freie Meinungsäußerung als auch für das Vertrauen in das Recht *per se*. Bedenklich ist ferner die in der derzeit noch aktuellen Nationalen Verteidigungsstrategie der USA von 2008 enthaltene Bewertung der Ausnutzung von völkerrechtlichen Verpflichtungen und von Rechtsbehelfen als ein asymmetrischer Angriff. Die Bewertung entspricht der von der „lawfare“-Theo-

rie vorgenommenen Einordnung vom Recht als Waffe, die von den US-Streitkräften militärisch unterlegenen Gegnern der USA als Ersatz für traditionelle militärische Mittel eingesetzt werde. Dass die Inanspruchnahme von Rechten oder Rechtsbehelfen, die das Völkerrecht (oder ein nationales Rechtssystem) zur Verfügung stellt, als eine kriegerische Handlung gegen die USA gewertet wird, stellt die Grundsätze des Völkerrechts auf den Kopf. Die Klärung von Rechtsfragen durch internationale (oder nationale) Gerichte und Schiedsgremien ist gerade keine Fortsetzung des Krieges oder ein asymmetrischer Angriff, sondern der Auftakt friedlicher Streitbeilegung. Indem die „lawfare“-Theorie diesem einen negativen und gar kriegerischen Anstrich verleiht, stellt sie die Grundsätze der friedlichen Streitbeilegung in internationalen Beziehungen und damit auch das hiermit flankierende Gewaltverbot in Frage.

Schlussendlich muss die „lawfare“-Theorie aber aufgrund folgender Überlegung entschieden abgelehnt werden: Recht ist die Grundlage einer funktionierenden Gesellschaft und Völkerrecht ist die Grundlage einer geordneten Völkerrechtsgemeinschaft. Im Kontext eines Krieges oder bewaffneten Konflikts hat Recht eine Beschränkungs- und Kontrollfunktion gegenüber den Streitkräften. Es steht ihnen gerade nicht gleich einer Waffe zur Verfügung. ■

⁹⁷ Vgl. President of the United States of America, National Security Strategy, Mai 2010, S. 16 (Kapitel II. „Strategic Approach“, „Strengthening National Capacity – A Whole of Government Approach“): „(...) Across all of our efforts, effective strategic communications are essential to sustaining global legitimacy and supporting our policy aims. Aligning our actions with our words is a shared responsibility that must be fostered by a culture of communication throughout government. We must also be more effective in our deliberate communication and engagement and do a better job understanding the attitudes, opinions, grievances, and concerns of peoples—not just elites—around the world. Doing so allows us to convey credible, consistent messages and to develop effective plans, while better understanding **how our actions will be perceived**. We must also use a broad range of methods for **communicating with foreign publics, including new media**. (...)“ (Hervorhebung der Verfasserin), unter: http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/national_security_strategy.pdf (am 31. August 2010).

⁹⁸ C.J. Dunlap, a.a.O. (Fn. 4 [III.]), S. 148.

⁹⁹ So fragte C.J. Dunlap in dem Beitrag, der die „lawfare“-Theorie erstmals darstellte, gleich im zweiten Satz: „In other words, is international law undercutting the ability of the U.S. to conduct effective military interventions?“, vgl. C.J. Dunlap, a.a.O. (Fn. 3), S. 1 (und 3). Vgl. auch D.B. Rivkin / L.A. Casey, The Rocky Shoals of International Law, in: The National Interest, Dezember 2000, S. 35, unter: <http://www.nationalinterest.org/General.aspx?id=92&id2=10704> (am 31. August 2010).

¹⁰⁰ Vgl. z.B. (Oberst) K.D. Wheaton, Strategic Lawyering: Realizing the Potential of Military Lawyers at the Strategic Level, in: The Army Lawyer, September 2006, unter: <https://www.jagcnet.army.mil/> (am 31. August 2010).

¹⁰¹ Art. 52 Abs. 2 des ZP I besagt: „Angriffe sind streng auf militärische Ziele zu beschränken. Soweit es sich um Objekte handelt, gelten als militärische Ziele nur solche Objekte, die auf Grund ihrer Beschaffenheit, ihres Standorts, ihrer Zweckbestimmung oder ihrer Verwendung wirksam zu militärischen Handlungen beitragen und deren gänzliche oder teilweise Zerstörung, deren Inbesitznahme oder Neutralisierung unter den in dem betreffenden Zeitpunkt gegebenen Umständen einen eindeutigen militärischen Vorteil darstellt.“

¹⁰² So C.J. Dunlap, a.a.O. (Fn. 3), S. 15.

¹⁰³ Vgl. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, VI.B.iii., Ziff. 76, unter: <http://www.icty.org/sid/10052#IVB3> (am 31. August 2010).

¹⁰⁴ Dieser Ansicht ist C.J. Dunlap, a.a.O. (Fn. 3), S. 15.

The Conduct of Hostilities in Asymmetric Conflicts – Reciprocity, Distinction, Proportionality, Precautions

Robin Geiß*

Asymmetrische Konflikte sind gekennzeichnet durch das Verschwimmen der Grenzen zwischen geschützten Personen und Kämpfern sowie zwischen militärischen und zivilen Objekten. Kampfhandlungen werden oftmals in urbane Gebiete verlagert und zum Teil mischen sich die Kämpfenden auch ganz gezielt unter die Zivilbevölkerung. Die Folge davon ist, dass einerseits Zivilisten immer größere Gefahr laufen, Opfer von Angriffen zu werden, andererseits aber auch die Angehörigen der Streitkräfte zunehmend Risiken ausgesetzt sind, da sie den militärischen Gegner nicht immer eindeutig identifizieren können. In dieser Konstellation kommt der Einhaltung humanitär-völkerrechtlicher Kampfführungsregeln, wie etwa dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder der Pflicht zum Ergreifen von Vorsichtsmaßnahmen zum Schutz der Zivilbevölkerung, erhebliche Bedeutung zu. Gleichzeitig wirft die konkrete Anwendung dieser Kampfführungsregeln gerade in asymmetrischen Konflikten aber auch zahlreiche Fragen auf. Diesen Fragen nachzugehen, ist Ziel dieses Beitrags.

In asymmetric conflicts the lines of distinction between protected civilians and combatants as well as military and civilian objects are often blurred. Hostilities are frequently shifted into the proximity of urban and civilian surroundings and fighters deliberately mingle with the civilian population. As a result the risks for the civilian population but also for soldiers operating on the ground are significantly increased. In this constellation, compliance with the humanitarian rules regarding the conduct of hostilities, in particular the principle of proportionality and the obligation to take precautions prior to an attack, is of utmost importance. At the same time, asymmetric conflict structures bring to the fore a number of questions pertaining to the concrete application of the humanitarian rules regarding the conduct of hostilities. Pursuing these particular questions is the objective of this contribution.

1. Introduction

The term “asymmetric warfare” has become a buzzword of late. But “asymmetric warfare” is a multi-faceted notion and a common understanding, least of all a clear-cut definition of what “asymmetric warfare” means does not exist. Some have even argued that the concept of asymmetry has been “twisted beyond utility”.¹ Be that as it may, in legal doctrine the phrase “asymmetric warfare” is commonly used as descriptive shorthand for the changing structures of modern armed conflicts and for the corresponding challenges that this development poses for the application of international humanitarian law (IHL). In this context the term “asymmetric warfare” is commonly used to describe inequalities and imbalances between belligerents involved in modern armed conflicts that can reach across the entire spectrum of warfare. Most often reference is made to a disparate distribution of military power and technological capacity.² There is an evident chain of cause and effect between such power imbalances and what is called guerrilla warfare.³ Disparate military strength induces the inferior party to adopt so-called guerrilla tactics so as to evade direct military confrontation with a superior enemy and to level out its inferiority. This simple logic is not new; it has a long history in warfare.⁴ In the 20th century the wars of national liberation and the vast majority of non-international armed conflicts were all inherently asymmetric in this sense.

What is genuinely new is the geopolitical and technological context in which non-state actors operate today. As far as the geopolitical context is concerned, globalisation has capacitated non-state actors to engage states more effectively and also transnationally. States perceive these actors as a verita-

ble threat to their national security and will employ military force to counter them. Cross-border military operations for example against Al Qaeda, Hezbollah, the PKK and the FARC are testament to this reality.⁵ As far as the technological context is concerned, the power imbalances between the parties involved in various contemporary armed conflicts, in-

* Dr. Robin Geiß, LL.M. (NYU) is Legal Adviser at the International Committee of the Red Cross (ICRC). The views expressed in this article reflect the author's opinions and not necessarily those of the ICRC.

¹ S.J. Blank, *Rethinking Asymmetric Threats*, U.S. Army War College, Strategic Studies Institute, September 2003, <http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pubs/display.cfm?pubID=103> (accessed 31 August 2010).

² R. Geiß, “Asymmetric Conflict Structures”, (2006) 88 *Revue Internationale de la Croix-Rouge* 757–777; M.N. Schmitt, “Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law”, in: W. Heintschel v. Heinegg / V. Epping (eds.), *International Humanitarian Law Facing New Challenges*, Berlin / Heidelberg, Springer Science and Business Media, 2007, at 11–48; T. Pfanner, “Asymmetrical Warfare from the Perspective of Humanitarian Law and Humanitarian Action”, (2005) 87 *Revue Internationale de la Croix-Rouge* 149–174.

³ Traditionally, especially in military theory, asymmetric warfare has often been equated with guerrilla and partisan warfare. See S. Metz / D.V. Johnson, *Asymmetry and U.S. Military Strategy: Definition, Background, and Strategic Concepts*, US Army War College, Strategic Studies Institute, January 2001, <http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/ssii/asymmetry.pdf> (accessed 31 August 2010).

⁴ A.J.R. Mack, “Why Big Nations Lose Small Wars: The Politics of Asymmetric Conflict”, (January 1975) 27 *World Politics* 175–200.

⁵ See e.g. G. Corn, “Hamdan, Lebanon, and the Regulation of Hostilities: The Need to Recognize a Hybrid Category of Armed Conflict”, (2007) 40 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 295–323; A. Zimmermann, “The Second Lebanon War, Jus ad Bellum, Jus in Bello and the Issue of Proportionality”, (2007) 11 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 99–141.

ternational as well as non-international⁶, are often so pronounced that from the outset the inferior party is bereft of any realistic prospect of winning the conflict militarily. Military victory in the classical sense may not even be the objective of the parties involved.⁷ Such power-imbalances are most distinct when a state or a coalition of states enters into an armed conflict against a non-state actor. The 2006 so-called Second Lebanon War, principally between the overwhelmingly superior Israeli army and Hezbollah, as well as the ongoing non-international armed conflict in Afghanistan between the Afghan government, Operation Enduring Freedom (OEF) and the International Security and Assistance Force (ISAF) on the one side and the Taliban – or perhaps more precisely the various groups that are commonly subsumed under this heading – on the other are examples of distinctly asymmetric armed conflicts in this sense.

Notwithstanding their limited military means non-state actors have the capacity to obstruct the strategic aims of their superior adversary in the furtherance of their own.⁸ As a result asymmetric conflicts often last over a significant period of time. These conflicts are highly dynamic and tend to evade clear-cut spatial and temporal demarcations. The level of violence is fluctuating; hostilities erupt sporadically and potentially anywhere. Thus, battle space is everywhere and traditional conceptions of a distinct “battlefield” often seem rather obsolete in such constellations.⁹ Asymmetric conflict structures thus raise an array of different (legal) problems.¹⁰ As far as the actual conduct of hostilities is concerned, discussions centre on the impact of increasingly blurred lines of distinction on the application and adequacy of the respective humanitarian rules. The constant evasion of direct military confrontation, the deliberate shifting of hostilities from one location to another and frequently into the proximity of urban and civilian surroundings as well as the fact that in modern armed conflicts many civilian activities and objects are of potential military value, aggravate the distinction between those who fight and protected civilians. In practice, determining who or what may be attacked is increasingly difficult. As a result the risks for the civilian population but also for soldiers operating on the ground are significantly increased. This deplorable trend is well-known.¹¹ Time and again international fora have expressed concern that civilians continue to bear the brunt of modern armed conflicts. Less attention, however, has been devoted to the various “follow-up” questions that blurred lines of distinction raise when it comes to the identification of legitimate military objectives, the application of the proportionality principle and the precautionary measures prescribed by virtue of Article 57 AP I and customary law. Asymmetric conflicts, it seems, bring to the fore a number of long-standing questions and ambiguities pertaining to the humanitarian rules regarding the conduct of hostilities. They will be the focus of this article.

2. The Conduct of Hostilities in Asymmetric Conflicts

The evasion of direct confrontation and the preservation of one’s own forces become compelling priorities especially for a militarily inferior belligerent. This may encourage disregard particularly of the fundamental principle of distinction.

Fighters can easily evade direct attacks by discarding their uniforms and by assuming civilian guise. Feigning protected status, mingling with the civilian population and launching attacks from objects that enjoy special protection, such as cultural and religious sites or medical units, are most deplorable but seemingly inevitable consequences of this logic. All of these practices have been observed in recent armed conflicts.¹² Protection of military objectives that cannot so readily be concealed may be sought by the use of human shields, thereby, in addition to violating the precautionary principle laid out in Article 58 of Additional Protocol I, manipulating the enemy’s proportionality assessment. Suicide attacks directed against civilians, hostage-taking and generally perfidious attacks have also figured prominently in asymmetric conflict constellations. Evidently, the risk of civilian casualties and damages is considerably increased and detrimental effects for the civilian population may well be part of a deliberate strategy that aims to influence public opinion.¹³

2.1. Reciprocity

While the above-described tactics and practices could simply be summed up under the heading of flagrant violations of international humanitarian law, their detailed depiction seems worthwhile in order to understand the specific dynamics and legal challenges involved in asymmetric conflicts. Repeated violations of humanitarian rules by one side are likely to also influence the other side’s behaviour. The theoretical worst

⁶ Operation Iraqi Freedom, i.e. the Iraq-United States war in 2003, is an example of a modern inter-state armed conflict that exhibited absolute technological and military superiority of one belligerent throughout the entire conflict. The Coalition declared air supremacy over all of Iraq already on 6 April 2003, i.e. little more than two weeks after the beginning of the operation on 20 March 2003. In the pursuance of over 20,000 aerial sorties during this conflict, the Coalition only lost one fixed-wing aircraft while the activities of the Iraqi air force were negligible. See Operation Iraqi Freedom: By the Numbers, 30 April 2003, p. 3, http://www.globalsecurity.org/military/library/report/2003/uscentaf_oif_report_30apr2003.pdf (accessed 31 August 2010).

⁷ W.C. Martel, *Victory in War, Foundations of Modern Military Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

⁸ I. Arreguin-Toft, *How the Weak Win Wars: A Theory of Asymmetric Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

⁹ H. Münkler, “The Wars of the 21st Century”, (2003) 85 *Revue Internationale de la Croix-Rouge* 7-22; H. Münkler, *Der Wandel des Krieges – Von der Symmetrie zur Asymmetrie*, 2nd ed., Weilerswist, Velbrück Wissenschaft, 2006.

¹⁰ The notion and definition of armed conflict under international humanitarian law has sequentially received considerable attention in the (recent) literature. See only A. Paulus / M. Vashakmadze, “Asymmetrical War and the Notion of Armed Conflict – An Attempt at a Conceptualization”, (2009) 91 *Revue Internationale de la Croix-Rouge* 95–125.

¹¹ International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts, document prepared by the International Committee of the Red Cross for the 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 30IC/07/8.4, October 2007, <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/conf30> (accessed 31 August 2010).

¹² J. Kellenberger, “Sixty Years of the Geneva Conventions: Learning from the Past to Better Face the Future”, address delivered at the occasion of the 60th anniversary of the Geneva Conventions, 12 August 2009; <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/geneva-conventions-statement-president-120809> (accessed 31 August 2010).

¹³ T. Pfanner, *supra* note 2, pp. 149–174.

case-scenario is a dynamic of negative reciprocity, i.e. a spiral down effect that ultimately culminates in mutual disregard for the rules of IHL. If one belligerent constantly violates humanitarian law and if such behaviour yields a tangible military advantage the other side may eventually also be inclined to disregard these rules in turn in order to enlarge its room for manoeuvre and thereby supposedly the effectiveness of its counter-strategies. Evidently, this tendency is aggravated if the enemy not only successfully evades its opponent but at the same time, in spite of its general military inferiority, indeed poses a veritable, grave and imminent threat.

The vicious circle of forthright reciprocal disregard of humanitarian rules, however, has remained largely theoretical.¹⁴ Experiences especially in Afghanistan have shown that strict adherence to fundamental humanitarian precepts is conducive for the achievement of the long-term strategic objectives of states engaged in modern, asymmetric conflicts. Conversely, repeated violations of humanitarian law, even if they seem to promise short-term military gains, in the long run may undermine a state's credibility and reputation with potentially detrimental consequences for its ability to pursue diplomatic, humanitarian, developmental and other strategies that may be central for achieving long-term strategic goals.¹⁵ Even the short term military advantages that may be hoped to be gained by violating humanitarian rules are often negligible. Superfluous injury and unnecessary suffering are just that: superfluous and unnecessary. They hardly further the (military) objectives pursued. Thus far, the central lesson in Afghanistan has been that the conflict will not be won solely by military force or even primarily by that strategic instrument. Winning the "hearts and minds" of the Afghan population has become the overall strategic priority. Thus, since 2009 ISAF operates on the premise that civilian casualties and damages are to be minimised as much as possible irrespective of how the adversary conducts hostilities.¹⁶ It thus seems safe to conclude that in asymmetric conflict constellations frequent disregard of humanitarian rules by one side to the conflict does not automatically or necessarily lead to a forthright race to the bottom in terms of compliance with humanitarian rules. The predominant realisation is rather that compliance with IHL continues to serve vital (state) interests even in the absence of traditional *do ut des* conceptions of reciprocity and that IHL is not rendered dysfunctional even where its fundamental precepts may be observed by only one side to an armed conflict.

2.2. The Principle of Distinction

Nevertheless, the effects of continuous and perhaps even strategic disregard of international humanitarian law by one side to the conflict are far more diversified and subtle than an outright disregard of humanitarian rules in direct response to preceding violations. The sheer inconceivability of an oftentimes unfathomable and indistinguishable enemy has sparked debate about where to draw the line between protected and unprotected persons, civilian and military objects and whether this binary categorisation inherent in the principle of distinction is still adequate on the modern battlefield and in highly dynamic combat situations.

2.2.1. Distinguishing Persons who are Protected against Direct Attack from Persons who May be Attacked

Blurred lines of distinction have led some authors to argue in favour of rather lenient interpretations of those legal criteria that are determinative for a loss of protection from direct attack. Put simply, in response to an increasingly difficult distinction between fighters and protected persons in practice, proponents of this view suggest a widening of the legal category of persons who may be legitimately attacked. Generally speaking, this line of argumentation is often based on the premise that the modern battlefield has become ever more dangerous for the soldiers operating therein and that therefore their margin of discretion regarding the use of lethal force must be enlarged. Contemporary debate surrounding the interpretation of the notion of "direct participation in hostilities", an activity that temporarily deprives civilians of their protection from direct attack, particularly the endorsement of rather generous interpretations of this notion and its temporal scope, are reflective of this tendency.¹⁷ For example, the assumption that so-called "human shields" are *per se* directly participating in hostilities thereby losing their protection from direct attack as well as the suggestion that in case of doubt there should be a presumption that "dubious" activity amounts to a "direct participation in hostilities" are symptomatic for this trend.¹⁸ In the same vein there have been proposals to define membership in organised armed groups rather broadly.¹⁹ Members of organised armed groups cease to be civilians and, therefore, lose protection against direct attack for as long as their membership lasts. They no longer benefit from the so called "revolving door" of civilian protection, meaning – unlike civilians – they do not automatically regain their protection from direct attack the moment

¹⁴ The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia has aptly noted that: "After the First World War, the application of the laws of war moved away from a reliance on reciprocity between belligerents, with the consequence that, in general, rules came to be increasingly applied by each belligerent despite their possible disregard by the enemy. The underpinning of this shift was that it became clear to States that norms of international humanitarian law were not intended to protect State interests; they were primarily designed to benefit individuals qua human beings."; *Prosecutor v. Kupreskic*, Case No. IT-95-16-T, Judgment, para. 518 (14 January 2000).

¹⁵ R.D. Sloane, Prologue to a Voluntarist War Convention, (2007/08) 106 *Michigan Law Review* 481.

¹⁶ *Generäle gegen Obama*, *Der Spiegel*, 26 September 2009, pp. 107–109.

¹⁷ For an in-depth discussion see the various contributions in the *New York Journal of International Law and Politics* (2010) 42, No. 3, <http://www.law.nyu.edu/journals/jilp/issues/jilpvolume42/index.htm> (accessed 31 August 2010).

¹⁸ M.N. Schmitt, "Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements", (2010) 42 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 738, note 123 citing M.N. Schmitt, "'Direct Participation in Hostilities' and 21st Century Armed Conflict", in H. Fischer *et al.* (eds.), *Crisis Management and Humanitarian Protection: Festschrift für Dieter Fleck*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, at 509. The author argues that "[g]ray areas should be interpreted liberally, i.e., in favour of finding direct participation."

¹⁹ K. Watkin, "Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC 'Direct Participation in Hostilities' Interpretive Guidance", (2010) 42 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 691.

they stop directly participating in hostilities. Rather, as fighters they may be directly attacked at any time according to the same principles as members of the armed forces, that is to say, independently from any actual direct participation in hostilities at the time of the attack. Evidently, if membership in an organised armed group was to be determined merely on the basis of a person's affiliation with such a group, the category of unprotected persons ("fighters") would be enlarged considerably. What is more, any such determination would likely be prone to arbitrariness in the absence of objectively ascertainable criteria for a person's affiliation with an armed group.²⁰

A diametrical tendency however, rejects any attempts to further broaden the categories of those who may legitimately be attacked.²¹ Proponents of this trend, in view of the diffuse structures of asymmetric (non-international) conflicts tend to perceive the binary code of international humanitarian law, the categorical distinction between fighters on the one hand and protected civilians on the other, as overly rigid and inflexible.²² Some have even claimed that IHL's status categories have outlived their utility altogether. For example, it has been suggested to recur to human rights law as the applicable *lex specialis* also in times of non-international armed conflict.²³ In particular, the Isayeva judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR) of 2005 sparked debate, as to whether especially in non-international armed conflicts a higher but still realistic degree of protection could not possibly be achieved through the (exclusive or preferential) application of human rights law.²⁴ Leaving aside the question whether international human rights law is binding on armed groups as well as the problem of the extraterritorial application of human rights law that arises whenever third states intervene in a non-international armed conflict like Afghanistan – *nota bene* it is undisputed that IHL is binding on armed groups and that it applies extraterritorially – as far as the conduct of hostilities is concerned predominant recourse to human rights law rather than IHL would mark a paradigm shift which at least for the time being finds little support in state practice. Unlike international humanitarian law, human rights law would allow the use of potentially lethal force only in response to an imminent and sufficiently grave threat. In particular, human rights law requires the taking into consideration of the concrete circumstances of a given situation irrespective of any categorical distinction between targetable combatants or fighters and protected civilians.²⁵ The force employed must be proportionate in relation to the acute threat posed.²⁶ In theory, this standard is more protective. Most importantly, it is threat-proportionate and case-specific. In practice, however, this standard is still widely perceived as battlefield-inadequate, risky to implement and therefore unrealistic. Consequently, in Afghanistan the principle of distinction, in spite of its inherent deficiencies in asymmetric conflict constellations, has not been put into question as a fundamental legal precept of the humanitarian legal order. IHL's status categories thus continue to remain central to states operating in modern asymmetric armed conflicts.

The two strains of argumentation are reflective of the diametrically opposed impulses on which IHL is based: military necessity and humanity. The former line of reasoning which ar-

gues in favour not only of the maintenance of IHL's status categories but at least partially also of their extension seems to be predominantly concerned with the minimisation of risks for operating soldiers, at times without giving due regard to the protection of civilians. Conversely, the latter opinion while rightly aiming to enhance the protection of the civilian population – as mentioned before, civilians continue to bear the brunt in modern armed conflicts – at times seems to neglect the operational realities in which soldiers operate. Of course, a middle way may allow to strike a more subtle balance between the impulses of military necessity and humanity without according categorical predominance to one or the other. Theoretically, such a middle way could be sought by flexibilising humanitarian legal standards towards greater protectiveness, by flexibilising human rights standards towards greater permissiveness, which is what the ECtHR seemed to be doing in Isayeva, or by combining elements of both legal regimes.²⁷

The ICRC's "Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities" also pursues a middle way based on the interpretation of the law as it currently stands. On the one hand the Interpretive Guidance reconfirms the application of the principle of distinction in modern armed conflicts and clarifies its application. Especially with regard to non-international armed conflicts the group of persons ("fighters")

²⁰ For an in-depth overview of the discussion N. Melzer, "Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities", (2010) 42 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 831.

²¹ See Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, "Study on Targeted Killings", A/HRC/14/24/Add. 6, 28 May 2010, p. 65. See also D. Jinks, "Protective Parity and the Laws of War", (2004) 79 Notre Dame L. Rev. 1524-1528.

²² R. Ehrenreich Brooks, "War Everywhere: Rights, National Security Law, and the Law of Armed Conflict in the Age of Terror", (2004) 153 U. Pa. L. Rev. 675 and 757: "It would be far better to make combatant status a purely functional question, one that hinges not on technicalities, but on the degree to which a person is directly, actively, and primarily involved in knowingly or intentionally planning or carrying out acts of violence."; L. May, "Killing Naked Soldiers: Distinguishing between Combatants and Noncombatants", (Dec. 2005) 19 Ethics & Int'l Aff. 39.

²³ W. Abresch, "A Human Rights Law of Internal Armed Conflict – The European Court of Human Rights in Chechnya", (2005) 16 EJIL 759 and 767.

²⁴ *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v Russia*, ECtHR, App. Nos. 57947-49/00 (24 Feb. 2005); *Isayeva v Russia*, ECtHR, App. No. 57950/00 (24 Feb. 2005).

²⁵ In its country report on Colombia (1999) the Inter-American Commission of Human Rights emphasised that, under Article 4 ACHR, the use of lethal force in law enforcement operations could not lawfully be based on mere suspicion or on collective criteria, such as membership in a group. According to the report: "(...) the police are never justified in depriving an individual of his life based on the fact that he belongs to a 'marginal group' or has been suspected of involvement in criminal activity. Nor may the police automatically use lethal force to impede a crime or to act in self-defence. The use of lethal force in such cases would only be permissible if it were proportionate and necessary."; IACiHR, Report Colombia 1999, Chapter IV, para. 213.

²⁶ Moreover, the justification of so-called collateral damage, while it is not *per se* illegal under international human rights law, would be far more difficult than it is under IHL.

²⁷ See also F. Martin, "Using International Human Rights Law for Establishing a Unified Use of Force Rule in the Law of Armed Conflict", (2001) 64 Saskatchewan Law Review 347-396.

who are not civilian and who may lawfully be attacked is defined on a functional basis by reference to their “continuous combat function”.²⁸ On the other hand, the Interpretive Guidance reiterates an important constraint in relation to the use of force against persons who are not protected against direct attack. The kind and degree of force which is permissible against such persons must not exceed what is actually necessary to accomplish a legitimate military purpose in the prevailing circumstances.²⁹ Concern has been expressed that this standard imposes an overly restrictive “law enforcement paradigm” which aims to subject war time military operations “to an unrealistic use-of-force continuum beginning with the least-injurious action before resorting to ‘grave injury’ in attack of an enemy combatant or a civilian taking a direct part in hostilities.”³⁰ This critique, however, is based on a misconception. The obligation to employ the least harmful among equally effective means or methods does not amount to an extension of a “law enforcement paradigm” or in other words the application of the human rights principle of proportionality vis-à-vis fighters in an armed conflict. The principle of distinction already entails the prescription that during an armed conflict the relative “value” inherent in the rendering *hors de combat* of enemy combatants/fighters or civilians directly participating in hostilities outweighs the right to life, physical integrity and liberty of these persons. This alleviates individual soldiers of intricate value-balancing judgments in the heat of combat. The necessity-restraint, by contrast, – without interfering with this value judgment –, merely implies that there is no categorical relaxation of the purely factual and in any case situational assessment whether less harmful measures of equal effectiveness are available in a given situation.³¹ If an enemy can already be rendered *hors de combat* by way of capture he must not be killed. Of course, in the frontline of combat capture will almost always be impossible without taking a considerable risk for one’s own troops whereas in other situations, for example in the context of house searches or road blocks, this risk is often likely to be mitigated to a level where capture instead of killing becomes obligatory. The Interpretive Guidance’s prescription that force “must not exceed what is actually necessary to accomplish a legitimate military purpose in the prevailing circumstances” is flexible enough to accommodate these different scenarios.

2.2.2. Distinguishing Military Objects from Civilian Objects: The Problem of “Dual-use”

Challenges regarding the application of the principle of distinction exist not only with regard to persons but also in relation to objects. Of course, debate about the definition and identification of military objectives is not new. It existed long before the term asymmetric warfare was coined and popularised. Yet, the shift of hostilities into the proximity of urban population centres and increasing possibilities to use civilian objects so as to make an effective contribution to military action are pushing this particular problematic more and more to the fore. Discussions about which objects constitute a legitimate military objective, particularly in relation to so-called “dual-use” and war-sustaining objects, are ongoing.³² Generally speaking, it is not disputed that power grids, in-

dustrial and communication facilities, computer networks, transportation systems, and other infrastructure including airports and railways – all of which primarily fulfil civilian functions – can become lawful military targets if they meet the various criteria laid out in Article 52 para. 2 AP I.³³ In fact each and every civilian object could theoretically become a military objective, provided it cumulatively fulfils the respective criteria. “Dual-use” is only the colloquial, non-legal denomination given to those civilian objects that are particularly prone to be employed for military purposes. Thus, with regard to these so-called “dual-use” objects the problem is not whether such objects can become military objectives – clearly they can – but at what point and for how long an attacker may conclude that they still are legitimate military objectives.

Broadly speaking the discussion focuses on the question whether only actual or already potential military benefit may qualify an object as a legitimate military objective.³⁴ If a “dual-use object” is visibly being used to make an effective contribution to military action, then its classification will raise no particular problems. If it is not being so used at the time of an attack, then the object’s status determination will conceptually turn on its nature, purpose or location. This is problematic because especially the former two criteria of nature and purpose remain somewhat ambiguous and subject of much discussion. The criterion of purpose is disputed especially because of the difficulty to determine at which point it becomes sufficiently clear or sufficiently reasonable to assume that an object’s purpose is to contribute effectively to military action. It is ambiguous because it is not entirely clear whether the criterion aims to encapsulate an object’s inherent purpose – which would seem to denote the objects design or an intrinsic characteristic and therefore render redundant the distinction between “nature” and “purpose” in Article 52 para. 2 AP I – or the purpose

²⁸ N. Melzer, *ICRC Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law*, Geneva, International Committee of the Red Cross, May 2009, pp. 27–36.

²⁹ *Id.*, pp. 77–82.

³⁰ H. Parks, “Part IX of the ICRC ‘Direct Participation in Hostilities’ Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect”, (2010) 42 *N.Y.U. J. Int’l L. & Pol.* 815.

³¹ The US Air Force Pamphlet, § 1-3 (1), pp. 1–5 recalls that “(...) armed conflict must be carried on (...) within the limits of the prohibitions of international law, including the restraints inherent in the principle of necessity.”

³² H. Parks, “Asymmetries and the Identification of Legitimate Military Objectives”, in W. Heintschel v. Heinegg / V. Epping (eds.), *supra* note 2, at 65–116.

³³ Although there is discussion about the interpretation of Article 52 AP I, the wording itself is undisputed and it is not contested the definition has customary law status; see J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, Volume I, Rule 8.

³⁴ F.J. Hampson, *Proportionality and Necessity in the Gulf Conflicts*, (1992) 86 *PASIL* 45 and 49; Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 93; M. Bothe, “The Protection of the Civilian Population and NATO Bombing on Yugoslavia: Comments on a Report to the Prosecutor of the ICTY”, (2001) 12 *European Journal of International Law* 534.

that a person has accorded to the object. The ICRC Commentary speaks of the “intended future use” of an object thereby seemingly invoking the latter interpretation.³⁵ The criterion of nature is problematic because if applied to “dual use” objects it would categorically and automatically render these objects legitimate military targets irrespective of their actual use or purpose. Evidently, this would render redundant the very idea of “dual-use” because these objects would categorically amount to military objectives. It may be precisely for this reason that some authors argue that for example bridges and railway tracks should be considered military objectives by nature.³⁶ In the same vein, the commentary to the recently released HPCR “Air and Missile Warfare Manual” refers to an opinion expressed during the deliberations of the Manual according to which military objectives by nature are to be divided into two subsets consisting of “military objectives by nature at all times” and a second subset consisting of objects which become “military objectives by nature only in light of the circumstances ruling at the time”.³⁷

The suggestion of such broadened interpretations of the definition of military objects is again reflective of attempts to remedy practical difficulties in identifying legitimate military targets through the expansion of the corresponding legal concepts. Evidently, the “nature-criterion” is far more categorical and abstract whereas the criterion of an object’s actual use is more flexible and case-specific, i.e. it takes into consideration how a given object is being used at the time of the attack. Conversely, the criterion of an object’s nature denotes the intrinsic characteristics of the object. The object by way of its design must have an inherent attribute which *eo ipso* and irrespective of its actual use makes an effective contribution to military action.³⁸ Thus, the conception of a category of “temporary military objectives by nature” or in other words “military objectives by nature (...) in light of the circumstances ruling at the time” would seem irreconcilable with this common understanding of the “nature-criterion”. Still, up until today ambiguity has remained as to which intrinsic characteristics would count in this regard. Traditionally, the category of objects that are considered to be military objectives by nature has been interpreted rather narrowly and was understood to encompass for example tanks, fixed military fortifications, weapon systems, military aircraft and stockrooms for the storage of weapons and munitions. If already bridges and railway tracks, i.e. objects that commonly and overwhelmingly serve civilian purposes were to be considered as having intrinsic characteristics that render them permanent military objectives by nature irrespective of their actual use, the remaining criteria of Article 52 para. 2 AP I, namely location, purpose and use would largely be redundant. Put simply, if already a bridge was considered to have intrinsic military characteristics basically any object could be defined as a military object by nature. This was neither the intention of the drafters of Article 52 para. 2 AP I nor does it correspond to the traditional interpretation of the “nature” criterion and ultimately such an interpretation would erode the principle of distinction. Instead, especially so-called “dual-use” objects, because they are not by their nature military, should only be attacked once they actually effectively contribute to the party’s military action.³⁹

2.3. The Humanitarian Proportionality Principle

In view of blurred lines of distinction in asymmetric armed conflicts, carefully assessing the proportionality of an imminent attack is ever more important and often ever more difficult. In practice, the application of the humanitarian proportionality principle requires the following test: First, a factual assessment must be conducted in order to determine whether a planned attack “may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, and damage to civilian objects”. Secondly, it has to be determined what “concrete and direct military advantage” may be anticipated from the attack. If civilian casualties and/or damages may be expected, the military commander deciding upon the attack, in a third step, must determine the relative value of the anticipated military advantage on the one hand, and the relative value attributed to the damage on the civilian side, on the other. In a final step a balancing decision is required.⁴⁰ The operating commander has to balance the relative value accorded to the military advantage expected from the attack against the relative value of the expected civilian damage(s) and to make a judgment about which value takes precedence over the other. Despite the fact that IHL pursues the overall aim of limiting civilian casualties and damages as far as possible, IHL does not prescribe any absolute limit in relation to “collateral damage”. Thus, a very considerable military advantage could potentially justify significant civilian damages and even casualties, i.e. extensive as opposed to excessive “collateral damage”.

2.3.1. Factors to be Considered within the Proportionality Assessment

The humanitarian proportionality principle’s deficiencies are well known. The main difficulty lies in the balancing of such unequal factors as civilian life and injury against an anticipated military advantage. Notwithstanding, there is still widespread agreement that in times of armed conflict a better, equally realistic alternative simply does not exist.⁴¹ While that may be true, it should also be clear that the details

³⁵ Y. Sandoz / C. Swinarski / B. Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, Martinus Nijhoff, 1987, para. 2022.

³⁶ Y. Dinstein, *supra* note 34, p. 93.

³⁷ HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, Commentary, 2009, p. 109, <http://www.ihlresearch.org/amw/manual/> (accessed 31 August 2010).

³⁸ Y. Dinstein, *supra* note 34, p. 88.

³⁹ With regard to dual-use objects the ICTY Prosecutor’s report emphasised that the criteria laid out in Article 52 AP I must be met in each individual case and that “[a] general label is insufficient”; Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, 8 June 2000, pp. 47, 55, http://www.icty.org/x/file/About/OTP/otp_report_nato_bombing_en.pdf (accessed 31 August 2010).

⁴⁰ A. Eide, “The Laws of War and Human Rights – Differences and Convergences”, in C. Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honor of Jean Pictet*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1984, at 681. See also A. Zimmermann, *supra* note 5, p. 136.

⁴¹ Y. Dinstein, *supra* note 34, p. 122.

of the proportionality principle and its application in practice could still be worked out more concretely than they have been to date. In this regard the “Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia” raised an array of instructive questions relevant for the application of the humanitarian proportionality principle. The Final Report asked *inter alia*: “a) What are the relative values to be assigned to the military advantage gained and the injury to non-combatants or the damage to civilian objects? b) What do you include or exclude in totaling your sums? [and] c) What is the standard of measurement in time or space?”⁴² The report was published on 13 June 2000 but even ten years later the questions it raised with regard to the proportionality principle remain as pertinent as they were at the time.

De lege lata IHL’s answers to these questions are abstract at best. The military commander deciding upon the attack must determine the relative value given to the military advantage on the one hand and the relative value attributed to the anticipated damage on the civilian side on the other. Normative guidance and systemic restraints of the margin of discretion in the identification of the military advantage and its relative value are rather frail. The adjectives “concrete” and “direct” in Article 51 para. 5 lit. b) AP I limit the advantages to be considered to finite advantages in order to prevent the taking into consideration of abstract considerations such as the global aim of winning the war, which as the highest military aim would *per se* trump almost all civilian interests. But there seems to be widespread agreement that the military advantage need not necessarily or exclusively be derived from the destruction of the specific object of the attack and that the assessment of the military advantage may be conducted by taking into consideration the larger operational picture.⁴³ On the basis of Article 8 para. 2 b) lit. iv) ICC-Statute some authors argue in favour of the consideration of the overall military advantage anticipated from an attack as a matter of general law.⁴⁴ The overall military advantage would encapsulate military advantages derived from temporally and geographically distant occurrences. In this context it seems noteworthy that during the Rome Conference the ICRC stated that the insertion of the word “overall” to the definition of the crime could not be interpreted as changing existing law.⁴⁵

A corollary to the debate about the scope of the military advantage is the question in how far indirect civilian damages resulting from an attack are to be taken into consideration. The spectrum of opinion is wide. Moderate positions do not exclude the consideration of indirect civilian damages but try to sketch out where to draw the line between indirect damages that may be considered and such indirect damages that should not figure in the equation.⁴⁶ The wording of Articles 52 para. 2 lit. b) and 57 para. 2 lit. b) AP I would seem to suggest that the concept of anticipated civilian casualties and damages is to be interpreted at least as broadly as the notion of the military advantage. Otherwise the proportionality assessment would be distorted from the outset in favour of military considerations. Moreover, Articles 52 para. 2 lit. b) and 57 para. 2 lit. b) AP I explicitly require that the anticipated military advantage is “concrete” and “direct”, whereas no such limiting qualifiers were added to the expected incident-

tal civilian damages. The word “incidental” is certainly broader than the adjectives “concrete” and “direct”. Similarly, it would seem that the conception of what “may be expected” (civilian damages) from an attack is broader than what is actually “anticipated” (military advantage). Thus, in line with the fundamental tenet that the civilian population enjoys general protection arising not only from attacks but from military operations in general, expectable long-term repercussions on the civilian population are to be taken into account in the context of the proportionality assessment.

2.3.2. The Standard of a “Reasonable Military Commander”

The value judgment inherent in the proportionality analysis is difficult to scrutinise. Controversy continues as to whether this judgment is to be evaluated on the basis of a subjective or an objective standard. The Final Report to the Prosecutor emphasised that the assignment of relative values under the proportionality equation may differ depending on the background and values of the decision maker, that consequently a human rights lawyer and an experienced combat commander, or military commanders with different doctrinal backgrounds and different degrees of combat experience were unlikely to assign the same relative values to military advantages and the anticipated damages.⁴⁷ It is in view of this value judgment and not – as one could suspect – in view of the fact that in operational theatres of conflict the environment may not lend itself to rigorous factual assessments that the report as well as the Trial Chamber in the Kupreskic case arrived at the conclusion that there exist grey zones between “indisputable legality and unlawfulness in which one may not yet determine that a violation of the principle of proportionality has indeed occurred”.⁴⁸

In the realm of international criminal law footnote 36 of the elements of crime of Article 8 para. 2 lit. (b) (iv) of the Rome

⁴² Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, para. 49, http://www.icty.org/x/file/About/OTP/otp_report_nato_bombing_en.pdf (accessed 31 August 2010).

⁴³ Almost all NATO Member States ratifying AP I but also other states when signing or ratifying AP I made identical declarations according to which “military advantage” is to be understood to refer to the advantage anticipated from the attack considered as a whole and not only from isolated or particular parts of the attack.

⁴⁴ Y. Dinstein, *supra* note 34, p. 123; W.J. Fenrick, “The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare”, (1982) 98 Mil. LR 111–112; I. Henderson, *The Contemporary Law of Targeting – Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, p. 200 (“the assessment can include a military advantage that will not crystallize until sometime in the future”).

⁴⁵ ICRC, War Crimes, Working Paper Prepared by the ICRC for the Preparatory Committee for the Establishment of an International Criminal Court, New York, 14 February 1997.

⁴⁶ I. Henderson, *supra* note 44, p. 208.

⁴⁷ Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, para. 50, http://www.icty.org/x/file/About/OTP/otp_report_nato_bombing_en.pdf (accessed 31 August 2010).

⁴⁸ *Id.*, para. 52; *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, IT-95-16-T, Judgment of 14 January 2000, para. 526.

Statute explains that the “military advantage” refers to the advantage foreseeable by the perpetrator and footnote 37 requires that the perpetrator personally makes the required value judgment.⁴⁹ The Final Report to the Prosecutor of the ICTC, however, rightly endorsed a more objectified standard. According to the report the decisive yardstick for such far ranging decisions as the assignment of the relative value of a military advantage and the relative value of the anticipated civilian losses is that of a “reasonable military commander”.⁵⁰ Indeed, operational requirements in an armed conflict neither demand nor justify a purely subjective decision making standard. Of course, IHL must provide for fluctuating circumstances and the myriad uncertainties that are prevalent in an armed conflict and it must – in order to be realistic – leave a considerable margin of discretion to soldiers operating on the ground. However, the actual margin of discretion and the standard relevant for the evaluation of individual decision-making are to be distinguished. An objectified decision making standard – the standard of the “reasonable military commander” – does not curtail a soldier’s margin of discretion in the assessment of situational realities but simply forestalls arbitrariness in the exercise of this discretion.

2.4. Risk Minimisation for One’s Own Forces

In asymmetric conflict scenarios the question of risk minimisation for one’s own forces is particularly pertinent to all parties involved. Indistinguishable enemies render ground operations particularly dangerous. Naturally, a party to an armed conflict will be inclined to minimise risks for its own forces as much as possible. Risk minimisation for soldiers, however, may increase the risk of civilian casualties. This is particularly evident if a choice has to be made for example between the employment of aerial power or ground forces or between low- and high-altitude aerial operations. Again, already ten years ago the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia raised the issue of whether risk minimisation can be taken into consideration as a relevant factor when conducting a proportionality assessment.

Generally speaking, the protection and preservation of one’s own forces is a legitimate consideration under IHL. Anything else would contradict the realities of armed conflict. It is for this reason that different modern military manuals define military necessity as requiring measures to defeat the enemy with the “least expenditure of time, means or personnel” or a “minimum expenditure of life and resources”.⁵¹ But this does not answer the question whether and if so in how far the contemporary humanitarian legal framework leaves room to take into consideration the protection of one’s own forces in the context of a concrete proportionality assessment conducted prior to a specific attack.

IHL bars any attempts to take into account general considerations that could *per se* trump the protection of the civilian population or individual civilians. Article 51 para. 5 lit. b) AP I shows that a balancing decision is required on a case-by-case basis and in view of each and every attack. Sweeping assumptions that any particular consideration – like the security of one’s own forces – could *per se* override civilian inter-

ests are not allowed. In view of IHL’s general tenet to protect and in any event to minimise civilian casualties and damages, the protection of one’s own forces cannot be regarded or invoked as categorically overriding the protection of the civilian population or the lives of individual civilians. However, this does not exclude the consideration of risks as far as the planning of a concrete attack and the determination of a concrete military advantage is concerned. In this regard two issues must be distinguished: The security of one’s own forces in general and the security of the attacking forces in particular. If “A” is attacking the ground forces of “B” and if “B” therefore calls in aerial support to stop the attack and to protect its ground forces, the preservation of “B’s” ground forces is a military advantage that may be taken into consideration in addition to the military advantage derived from the destruction of “A’s” troops. The reason is that both advantages (the destruction of “A’s” troops and the preservation of “B’s” troops) will directly result from the attack. Both of these advantages will only materialise after the attack has been carried out. Therefore, they are advantages that may be “anticipated” in the sense of Articles 52 para. 2 lit. b) and 57 para. 2 lit. b) AP I.

The security of the attacking forces, however, is not a result of the attack. It materialises not from but in the course of the attack. It depends on how the attack is designed. Thus, the security of the attacking forces is part of the attack rather

⁴⁹ Footnote 37 of the elements of crime of Article 8 para. 2 lit. b) (iv) of the Rome Statute contains an exception to the mental requirements laid out in paragraph 4 of the “General Introduction” according to which, with respect to mental elements associated with elements involving value judgment, such as those using the terms “inhumane” or “severe”, it is not necessary that the perpetrator personally completed a particular value judgment, unless otherwise indicated, see K. Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court – Sources and Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 161. Different views have been expressed on the interpretation of footnote 37. However, on the whole a rather subjective standard seems to be endorsed in this regard. There seemed to be agreement between states that this footnote should not lead to the result of exonerating a reckless perpetrator who knows the anticipated military advantage and the expected incidental damage or injury, but gives no thought to evaluating the possible excessiveness of the incidental injury or damages; *id.*, p. 165.

⁵⁰ The Final Report to the Prosecutor states: “Although there will be room for argument in close cases, there will be many cases where reasonable military commanders will agree that the injury to noncombatants or the damage to civilian objects was clearly disproportionate to the military advantage gained”, para. 50, http://www.icty.org/x/file/About/OTP/otp_report_nato_bombing_en.pdf (accessed 31 August 2010). In the Kupreškic case, the ICTY relied on the Martens Clause as a minimum reference and argued on this basis that the prescriptions – in this case the prescriptions of Articles 57 and 58 AP I – must be interpreted so as to construe as narrowly as possible the discretionary power to attack belligerents and by the same token, so as to expand the protection accorded to civilians; *Prosecutor v. Zoran Kupreškic et al.*, IT-95-16-T, Judgment of 14 January 2000, para. 525.

⁵¹ United Kingdom: Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Section 2.2, Oxford, Oxford University Press, 2004; United States: Department of the Navy, *The Commander’s Handbook on the Law of Naval Operations*, NWP 1-14M / MCWP 5-12-1/COMDT-PUB P5800.7A, July 2007, para. 5.3.1. It has been pointed out that the criterion of minimum expenditure of time, life and physical resources should be understood to apply not only to the assailant, but also to the party attacked; see Y. Sandoz / C. Swinarski / B. Zimmermann (eds.), *supra* note 35, para. 1397.

than a result thereof. If in the example given the security of the attacking forces could be taken into consideration within the proportionality equation – *quid non* –, the fact that “B” has chosen a very secure and therefore ostensibly “militarily advantageous method” (aerial bombardment of “A”) would mean that in view of the heightened military advantage of this particular form of attack higher numbers of civilian casualties could be justified. Evidently, this is an extremely slippery slope. The consideration of the security of the attacking forces within the proportionality assessment would add an additional third factor to the proportionality equation thereby distorting the proportionality assessment in favor of military considerations and to the detriment of the civilian population it intends to protect. This does not mean that military commanders would be barred from taking into consideration the security of their attacking forces when planning an attack. Clearly, they may. But whatever the outcome of their planning may be, each and every attack they intend to carry out must be in accordance with humanitarian law. If an aerial bombardment would cause excessive civilian casualties it must not be carried out. In this case, a military commander may either decide not to attack at all, to resort to alternative means and methods of attack (for which he would again have to carry out a proportionality assessment) or to wait for circumstances on the ground to change. However, under no circumstances could the aerial bombardment – in spite of the initial, negative proportionality assessment – be justified on the basis of arguing that it is “safer” and therefore of a higher military advantage than hypothetical alternative forms of attack.

2.5. Precautions in Attack

Modern armies have unprecedented surveillance possibilities and targeting accuracy. Surveillance drones, for example, can monitor any given area without interruption over significant periods of time and they can provide real-time visual footage to those who plan and decide upon the attack.⁵² These technological possibilities notwithstanding, blurred lines of distinction in asymmetric conflict constellations often impede an accurate analysis of the target area as well as reliable predictions of potential civilian damages. The detection and identification of legitimate targets as well as the maintenance of such identification in realistic battlefield conditions has been described as one of the most difficult problems facing modern armies involved in combat.⁵³

2.5.1. Target Verification

What quantity and quality of information about a military objective is an attacker required to obtain before executing an attack? Is it sufficient to rely exclusively on aerial surveillance or is on the spot human intelligence required? IHL does not, and could not provide a clear-cut, generic answer to these questions. According to Article 57 para. 2 lit. a) i) AP I those who plan or decide upon an attack are required to do everything feasible to verify that the objectives to be attacked are military objectives. It follows that the answers to the above-raised questions depend on what is “feasible” under the given circumstances of a specific attack. Already during

the drafting stages the phrase “everything feasible” was discussed at length.⁵⁴ The initial draft put forward at the 1971 Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts had foreseen the word “ensure”, but ultimately did not succeed.⁵⁵ The word “feasible” was preferred over the term “reasonable” and it was understood to denote “that which is practicable or practically possible”.⁵⁶ To this some delegations added that when assessing what was practicable or practically possible “all the circumstances at the time of the attack, including those relevant to the *success* of military operations” would have to be taken into account.⁵⁷ Understood in this way the feasibility requirement would seem to denote not only that which is objectively practicable or practically possible but also what is militarily sound from the perspective of the military commander. Such an extended reading of the feasibility requirement would add another rather subjective element to the assessment. A comparison with Article 57 para. 2 lit. c) AP I, however, shows that where such a far reaching caveat was intended, it is expressed in explicit terms. Article 57 para. 2 lit. c) AP I requires effective advance warnings “unless circumstances do not permit”. No such explicit caveat was included within the obligation to verify the status of an anticipated target contained in Article 57 para. 2 lit. a) i) AP I. The ICRC Commentary therefore rejects an interpretation of the feasibility criterion which would include “all circumstances relevant to the *success* of military operations” as too broad and as a possible avenue to opt-out of the precautionary obligation prescribed by Article 57 para. 2 lit. a) i) AP I.⁵⁸ This must be right. After all, target verification is a fundamental prerequisite for any application of the principle of distinction.

Irrespective of this particular debate the formulation “do everything feasible to verify” seems to imply that if everything practically possible has been done but doubt remains as to the status of the envisaged target, a military commander, in spite of the remaining uncertainty, would be allowed to attack. The ICRC Commentary rejects such a lenient reading

⁵² J.M. Beard, “Law and War in the Virtual Era”, (2010) 103 AJIL 433.

⁵³ I. Henderson, *supra* note 44, p. 164.

⁵⁴ See Y. Sandoz / C. Swinarski / B. Zimmermann (eds.), *supra* note 35, para. 2198.

⁵⁵ ICRC, Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Volume III, Protection of the Civilian Population against Dangers of Hostilities (1971), p. 136.

⁵⁶ ICRC, Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts (1974–1977), Vol. XV, p. 285. A feasibility assessment is necessarily contextual and what is feasible also hinges on the reconnaissance resources available to the attacker. It is therefore generally accepted that in practice, technologically advanced parties may be bound to a higher standard than those parties who lack similarly advanced reconnaissance means.

⁵⁷ See e.g. the statements made by the UK, Turkey, Germany, Canada and the US, ICRC, Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts (1974–1977), Vol. VI, pp. 211, 214, 224, 226, and 241 respectively.

⁵⁸ Y. Sandoz / C. Swinarski / B. Zimmermann (eds.), *supra* note 35, para. 2918.

of the obligation to verify an object's status prior to an attack. According to the Commentary a commander planning an attack must "in case of doubt, even if there is only a slight doubt (...) call for additional information and if need be give orders for further reconnaissance".⁵⁹ This standard, which requires the elimination of doubt about an object's status, has been criticised as too high.⁶⁰ However, allowing attacks in spite of remaining doubt about an object's status – i.e. attacks into the blue – would significantly undermine the principle of distinction. The ICRC Commentary on Article 48 AP I reiterates that "a distinction must always be made".⁶¹ Thus, a military commander must be sure about the status of the person or object under attack and in addition, as a precautionary measure in the true sense, he must *verify* this conviction with all means and methods which are practicable or practically possible under the given circumstances. The use of the word "verify" – as opposed to the word "identify" in Article 57 para. 2 lit. a) i) AP I also militates in favor of this interpretation. For as long as doubt remains IHL stipulates certain presumptions in favour of a protected status (Article 50 para. 1 AP I and Article 52 para. 3 AP I).⁶² These presumptions would be rendered meaningless if an attack would be allowed in cases of doubt.

Of course, it is true and perhaps in asymmetric conflicts even more so that targeting decisions often have to be made in the "fog of battle" and that "clinical accuracy" may not always be possible.⁶³ But the fog of battle is risky not only for soldiers operating therein; it is similarly dangerous for civilians who are often trapped therein. Nothing in the humanitarian legal framework indicates that factual uncertainties, i.e. the metaphorical fog of battle would require a lowering of civilian protection as a matter of law. To the contrary, the very existence of the presumption of civilian status in case of doubt about a person's status (Article 50 para. 1 AP I) – albeit it is not undisputed and has not yet acquired the status of customary law – is potentially dangerous for soldiers. It may be seen as a general indication that military interests do not automatically override civilian interests in view of factual uncertainties. Thus, while the fog of battle may not always allow "clinical accuracy" in decision-making it may well be argued that it is precisely for the fog of battle, precisely because conflicts are highly dynamic and circumstances change rapidly that IHL requires target verification and disallows attacks into the blue.

2.5.2. Effective Warnings

According to Article 57 para. 2 lit. c) AP I and customary law effective advance warning shall be given of "attacks which may affect the civilian population, unless circumstances do not permit".⁶⁴ The obligation to warn, in view of increasingly blurred lines of distinction, is constantly growing in importance and humanitarian impact. Leaving aside the questions which kind of warnings amount to an "effective" advance warning, at which point a warning rendered by military means such as a small explosive device is no longer a warning but already an attack in the sense of Article 49 AP I, and how the caveat "unless circumstances do not permit" is to be interpreted, the warning obligation prescribed by Article 57 para. 2 lit. c) AP I stands and falls with the determination

whether an attack "may affect the civilian population". In the context of the Kunduz incident of 4 September 2009 the Office of the Federal Prosecutor did not consider the existence of an obligation to warn on the premise that the attack had not been expected to affect any civilians.⁶⁵ Consequentially, the Federal Prosecutor did not have to deal with any of the questions laid out above, namely whether the circumstances would have permitted a warning or not. In the same vein the US Air Force Pamphlet states that no warning is required if civilians are unlikely to be affected by the attack.⁶⁶ The UK Military Manual, arguably somewhat more narrowly, considers that no warning is required if no civilians are left in the area to be attacked.⁶⁷ But in view of the dynamics of modern asymmetric armed conflicts and in light of increasingly blurred lines of distinction could it ever realistically be excluded that an (aerial) attack "may affect the civilian population"? Especially in the case of aerial attacks and bombardments it seems that this could hardly ever be ruled out with any degree of certainty. The Kunduz incident, viewed from an *ex post* perspective, is testament to this reality. Certainly, the word "may" in Article 57 para. 2 lit. c) AP I does not require any degree of certainty as to whether an attack will affect civilians; the mere possibility suffices. And the word "affect" does not require the expectation of civilian casualties or damages but comprises adverse effects on the civilian population more generally. Thus, the criterion of "attacks which may affect the civilian population" should be interpreted broadly. Unless it can be ruled out that an attack will affect the civilian population the obligation to warn is triggered. This can hardly be perceived as an overly onerous standard. After all, Article 57 para. 2 lit. c) AP I still explicitly allows for the consideration of situational circumstances including military considerations.⁶⁸ Thus, even on the basis of a broadened understanding of when an attack "may affect the civilian population", Article 57 para. 2 lit. c) AP I would not categorically require a warning prior to each and every attack. Military commanders would still be granted a considerable margin of discretion in determining whether the circumstances actually permit a warning or not.

⁵⁹ *Id.*, para. 2195. Moreover, the ICRC Commentary requires that the evaluation of the information obtained must include a serious check of its accuracy.

⁶⁰ I. Henderson, *supra* note 44, p. 163.

⁶¹ See Y. Sandoz / C. Swinarski / B. Zimmermann (eds.), *supra* note 35, para. 1871.

⁶² The presumptions entailed in Article 51 para. 1 AP I and Article 52 para. 3 AP I, however, have remained the subject of controversy.

⁶³ M. Bothe / K. Partsch / W. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the two 1977 Protocols Additional to the Geneva Convention of 1949*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1982, p. 279.

⁶⁴ J.-M. Henckaerts / L. Doswald-Beck, *supra* note 33, Volume I, Rule 20, p. 62 (emphasis added).

⁶⁵ See Statement of the Office of the Federal Prosecutor of 19 April 2010, para. 2, <http://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?searchstring=Klein&newsid=360> (accessed 31 August 2010).

⁶⁶ United States, Air Force Pamphlet (1976), para. 5-3 (c) (2) (d).

⁶⁷ United Kingdom, Military Manual (1958), para. 291.

⁶⁸ The ICRC Commentary provides that giving a warning may be inconvenient when the element of surprise in the attack is a condition of its success, see Y. Sandoz / C. Swinarski / B. Zimmermann (eds.), *supra* note 35, para. 2223.

3. Conclusion

The challenges that asymmetric warfare poses to the humanitarian legal order are as multi-faceted as the phenomenon itself. Some are exaggerated, some are real and some are self-induced if IHL is prematurely applied to law enforcement patterns it was never designed to regulate. As far as the humanitarian rules relating to the conduct of hostilities are concerned, currently the greatest challenge derives from the blurred lines of distinction that are so characteristic of asymmetric conflict scenarios. Still, thus far the fundamental precepts of the humanitarian legal order have not been put into question by this development. Despite all discussion about IHL's potential need of reform, nine years after 9/11 and the beginning of Operation Enduring Freedom in Afghanistan in October 2001 a compelling reform proposal for the rules relating to the conduct of hostilities has nowhere been made. Nor has there been a compelling showing that military necessity and humanitarian considerations are no longer adequately taken into consideration by these rules.

Still, as conflict structures become more and more diffuse, legal certainty and clarity of humanitarian law prescriptions become ever more important. It is no coincidence that a num-

ber of so-called expert clarification processes, for example with regard to the notion of direct participation in hostilities, air and missile warfare or cyber-warfare have been instigated in recent years. All of these processes touched upon important conduct of hostilities issues. At the same time a number of long-standing questions and ambiguities inherent for example in the proportionality principle or the definition of military objectives still remain unresolved and insufficiently discussed. Of course some of these issues are difficult and it seems eternally disputed. Unsurprisingly, they have been part and parcel of the modern humanitarian legal framework almost since its nascence. Many can be traced back to the negotiations leading to the adoption of Additional Protocol I in 1977. Certainly, increasingly asymmetric conflict structures have not made their solution any easier in 2010. But the need for legal clarity in relation to the conduct of hostilities is clearly increasing. In this particular area of humanitarian law, legal clarity has a direct humanitarian impact. In this regard persisting asymmetric conflict structures could become an increasingly compelling argument to overcome the traditional reluctance and to further clarify some of the long-standing legal issues pertaining to the conduct of hostilities. ■

Der Wandel des Kriegsbegriffs – Brauchen wir eine Revision des humanitären Völkerrechts?

Robert Heinsch*

Since the terrorist attacks during and after September 11, there has been a revival of the discussion about the notion of “war”, and what exactly the conditions are under which international humanitarian law is applicable. While the term “war” is used too often and too easily by the media and politicians, it remains the task of the international lawyer to find criteria in order to decide whether a certain situation amounts to an “armed conflict” in the sense of the Geneva Conventions. The modern wars are not always easy to classify especially because of the growing importance and involvement of non-state actors in this domain which traditionally was dominated by interstate wars. However, international courts and tribunals as well as state practice has developed refined criteria for deciding whether an “armed conflict” exists and answering the question whether international humanitarian law is applicable. It is decisive in this context not to follow a general evaluation of the situation which might have been made by the parties to the conflict, but rely on the established objective criteria and conduct a case-by-case analysis of the situation. Only then it can be guaranteed that international humanitarian law is applied to the situations it was designed for.

Nicht erst seit den terroristischen Anschlägen im Zusammenhang mit dem Anschlag auf das World Trade Center am 11. September 2001 und dem anschließenden „Krieg gegen den Terror“ hat die Diskussion um den Wandel des Kriegsbegriffs neuen Auftrieb erhalten. Gerade im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts ist es nämlich von äußerster Wichtigkeit, dass die Kategorien von bewaffneten Konflikten klar definiert sind und man keine pauschalen Einschätzungen vornimmt, sondern vielmehr immer eine Fall-zu-Fall-Analyse durchführt. Die heutigen Konflikte entziehen sich immer mehr einer eindeutigen Kategorisierung, insbesondere angesichts der verstärkten Rolle von nicht-staatlichen Akteuren. Gleichzeitig wird der Begriff des Krieges nicht selten durch Medien und Politiker gebraucht, ohne dass klar ist, ob dies in einer rechtlich korrekten Art und Weise geschieht. Die für das Vorliegen eines „bewaffneten Konflikts“ notwendigen Kriterien sind mittlerweile durch internationale Gerichte und Tribunale sowie durch Staatenpraxis sehr viel stärker konkretisiert als noch vor 15 Jahren. Allerdings kann nur bei richtiger Anwendung dieser Kriterien gewährleistet werden, dass das humanitäre Völkerrecht auch in korrekter Weise auf die „neuen Kriege“ angewendet wird, das heißt nur in Fällen, wenn es sich tatsächlich um einen bewaffneten Konflikt im Sinne der Genfer Abkommen handelt.

1. Einleitung: der Krieg als „Chamäleon“

Die Verwendung des Kriegsbegriffs sowohl in der öffentlichen Diskussion als auch in der wissenschaftlichen Kommentierung hat in den letzten Jahren eine erstaunliche Wiederbelebung erfahren.¹ An hervorgehobener Stelle steht hier sicherlich die Diskussion, die durch den von *George W. Bush* ausgerufenen „Krieg gegen den Terror“ entfacht wurde.² Ständig präsent ist das Thema des Kriegszustands auch im Zusammenhang mit der Frage nach dem Einsatzfeld deutscher Soldaten in Afghanistan bzw. den Konflikten im Libanon im Jahre 2006 oder im Gaza-Streifen Anfang 2009.

Betrachtet man die genannten Situationen von der Warte des humanitären Völkerrechts, stellt sich nun die Frage, ob es sich wirklich immer um Fälle handelt, in denen das humanitäre Völkerrecht, das heißt das „Recht des Krieges“, auch tatsächlich anwendbar ist, oder ob der Kriegsbegriff hier unrechtmäßig verwendet wird – eine Gefahr, die offensichtlich die Väter der Genfer Abkommen (GA)³ schon 1949 vorhergesehen, als sie sich entschieden, sich nicht allein auf den Anwendungsbereich des erklärten „Krieges“ zu beschränken, sondern in dem gemeinsamen Artikel 2 normierten, dass die Genfer Abkommen „in allen Fällen des erklärten Krieges oder eines anderen bewaffneten Konflikts, der zwischen zwei oder mehreren der Hohen Vertragsparteien entsteht, auch wenn der Kriegszustand von einer dieser Parteien nicht anerkannt wird.“ Schon damals wurde offensichtlich er-

* Dr. Robert Heinsch, LL.M. (London) ist Assistant Professor of Public International Law am Grotius Centre for International Legal Studies der Universität Leiden, Niederlande, vormalig tätig als Rechtsberater im Völkerrechtsreferat des DRK-Generalsekretariats, Berlin, und in der Hauptverfahrensabteilung des Internationalen Strafgerichtshofs, Den Haag. Dieser Artikel ist die schriftliche Fassung eines Vortrages, der vom Autor am 20. März 2010 im Rahmen der „20. Tagung zum humanitären Völkerrecht für Rechtsberater und Rechtslehrer der Bundeswehr sowie für Juristen und Konventionsbeauftragte des Deutschen Roten Kreuzes“ in Bad Mergentheim gehalten wurde.

¹ Vgl. u.a. *L. Reydam*, A la guerre comme à la guerre: Patterns of Armed Conflict, *Humanitarian Law Responses and New Challenges*, in: *International Review of the Red Cross* 88 (2006), S. 729–756; siehe auch die Tatsache, dass das *Use of Force*-Komitee der International Law Association (ILA) anlässlich seiner 74. Konferenz im August 2010 den „Final Report on The Meaning of Armed Conflict in International Law“ veröffentlichte, im Folgenden „ILA-Report (2010)“, unter: <http://www.ila-hq.org/en/committees/draft-committee-reports-the-hague-2010.cfm> (am 31. August 2010).

² Vg. z.B. die Homepage des Weißen Hauses und den entsprechenden Bericht: *Progress Report on the Global War on Terrorism*, unter: <http://www.whitehouse.gov/homeland/progress/> (am 31. August 2010); siehe auch *M.E. O’Connell*, *International Law and the „Global War on Terror“*, Paris 2007.

³ Genfer Abkommen vom 12. August 1949 zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte im Felde (I. Genfer Abkommen), BGBl. 1954 II, S. 783; Genfer Abkommen vom 12. August 1949 zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der bewaffneten Kräfte zur See (II. Genfer Abkommen), BGBl. 1954 II, S. 813; Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über die Behandlung der Kriegsgefangenen (III. Genfer Abkommen), BGBl. 1954 II, S. 838; Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten (IV. Genfer Abkommen), BGBl. 1954 II, S. 917, BGBl. 1956 II, S. 1586.

kannt, dass die Verwendung des Begriffs „Krieg“ Probleme mit sich bringen könnte, unter anderem deswegen, weil sich die Natur der bewaffneten Auseinandersetzungen über die Zeit teilweise sehr drastisch gewandelt hat.⁴ Dass dies erst recht in der heutigen Zeit gilt, wird deutlich allein an der Menge der Publikationen, die sich aus rechtlicher, politologischer und soziologischer Sicht mit den „neuen Kriegen“ auseinandersetzen.⁵

Wie früh diese Möglichkeit der Wandlungsfähigkeit des Krieges beobachtet wurde, wird deutlich, wenn wir eine der berühmtesten Abhandlungen zum Kriegsbegriff, das von *Carl von Clausewitz* verfasste Buch „Vom Kriege“, zu Rate ziehen. Dort wird der Krieg als „ein wahres Chamäleon“ beschrieben, nicht nur „weil er im konkreten Fall seine Natur etwas ändert, sondern [weil] er (...) auch seinen Gesamterscheinungen nach, in Beziehung auf die in ihm herrschenden Tendenzen eine wunderliche Dreifaltigkeit [ist], zusammengesetzt aus der ursprünglichen Gewaltsamkeit seines Elements, dem Hass und der Feindschaft, die wie ein blinder Naturtrieb anzusehen sind, aus dem Spiel der Wahrscheinlichkeiten und des Zufalls, die ihn zu einer freien Seelentätigkeit machen und aus der untergeordneten Natur eines politischen Werkzeuges, wodurch er dem bloßen Verstand anheim fällt“.⁶ Während diese Einschätzung sicherlich eher eine politologische bzw. soziologische ist, interessiert den Völkerrechtler die Frage nach dem richtigen Verständnis des Kriegsbegriffs vor allem in einem Zusammenhang: dem Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts.⁷ Denn nur wenn es sich um einen „Krieg“ bzw. einen „internationalen“ oder „nicht-internationalen bewaffneten Konflikt“ im Sinne des humanitären Völkerrechts handelt, finden die entsprechenden Regeln des Genfer bzw. Haager Rechts auch Anwendung.⁸ Und dies zeigt auch die Relevanz dieser Diskussion für die heutige Zeit: Genießen Personen, die im Rahmen des Kampfes gegen den Terror festgenommen werden, den Status und den Schutz eines Kriegsgefangenen gemäß des III. Genfer Abkommens?⁹ Sind *Hisbollah*-Kämpfer Kombattanten oder lediglich Zivilisten, die direkt an Kampfhandlungen teilnehmen? Müssen deutsche Soldaten in Afghanistan bei ihrem Einsatz humanitäres Völkerrecht beachten?

2. Die historische Entwicklung des Kriegsbegriffes: ein Überblick

Um diese Fragen umfassend beantworten zu können, ist es sinnvoll, einen kurzen Überblick über die Entwicklung des Kriegsbegriffes im Völkerrecht zu geben.¹⁰ Gemäß der klassisch kontinental-europäischen Kriegsauffassung verstand man traditionell unter „Krieg“ die mit Waffengewalt zwischen den Staaten ausgetragene Auseinandersetzung, welche mit dem Ziel verfolgt wurde, dem Gegner den eigenen Willen aufzuzwingen.¹¹ Dieses Ziel wurde erreicht, wenn das militärische Instrument des Gegners überwunden war. Typischerweise handelte es sich hier um einen sogenannten „Streitkräfte-Krieg“ oder auch „Duell-Krieg“.¹² Im völkerrechtlichen Sinne begann dabei der (Staaten-)Krieg mit der Kriegserklärung, einem bedingten Ultimatum oder der Eröffnung der Feindseligkeiten mit der Absicht, den Kriegszustand herbeizuführen. Der Krieg bzw. die Kriegserklärung war dabei die unabdingbare Voraussetzung für die Anwen-

dung des gesamten Kriegs- und Neutralitätsrechts.¹³ Die völkervertragliche Normierung dieser Bedingung konnte man 1907 in Artikel 1 des III. Haager Abkommens finden, in dem es heißt: „Die Vertragsmächte kennen an, dass die Feindseligkeiten unter ihnen nicht beginnen dürfen, ohne eine vorausgehende unzweideutige Benachrichtigung, die entweder die Form einer mit Gründen versehenen Kriegserklärung oder eines Ultimatums mit bedingter Kriegserklärung haben muss.“ Die drei klassischen Rechtsfolgen des „Krieges“ als Eintritt eines Rechtszustandes waren: (1) das Kriegsrecht wurde anwendbar, (2) die nicht-feindlichen, das heißt friedlichen (Vertrags-)Beziehungen zwischen den Kriegsparteien wurden suspendiert und (3) die Beziehungen zwischen den Kriegsparteien und anderen Staaten wurden Subjekt des Neutralitätsrechts.

Hauptproblem der ursprünglichen Definition des Kriegszustandes ist, dass seit dem Zweiten Weltkrieg Konflikte die Regel sind, in denen Staaten zwar Streitkräfte gegeneinander einsetzen, allerdings ohne einander als im Kriegszustand befindlich zu handeln und damit alle Rechtsfolgen des Krieges eintreten zu lassen.¹⁴

⁴ Siehe dazu: *J. Pictet* (Hrsg.), *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Volume I, Geneva 1952, S. 32.

⁵ *H.-J. Heintze*, *Neue Kriege und ihre völkerrechtlichen Rechtfertigungen*, in: *ders. / A. Fath-Lilic* (Hrsg.), *Kriegsbegründungen – Wie Gewaltanwendung und Opfer gerechtfertigt werden sollten*, Berlin 2008, S. 59–72; *H. Münkler*, *Die neuen Kriege*, Reinbek bei Hamburg 2002; *W. Vitzthum*, *Das Völkerrecht angesichts der „Neuen Kriege“*, in: *I. Richter* (Hrsg.), *Transnationale Menschenrechte: Schritte zu einer weltweiten Verwirklichung der Menschenrechte*, Opladen u.a. 2008, S. 223–240.

⁶ *C. v. Clausewitz*, *Vom Kriege*, Erstes Buch, 1963, Kapitel 1, Punkt 28 („Resultat für die Theorie“).

⁷ Dazu allgemein *C. Greenwood*, *Scope of Application of Humanitarian Law*, in: *D. Fleck* (Hrsg.), *Handbook of International Humanitarian Law*, 2nd ed., Oxford 2008, Rn. 45–78; siehe auch *Y. Dinstein*, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2nd ed., Cambridge 2010, S. 26 ff.

⁸ *C. Greenwood*, a.a.O. (Fn. 7), Rn. 201.

⁹ Für eine ausführliche Analyse des Problems vgl.: *G.H. Aldrich*, *The Taliban, al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants*, in: *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* 15 (2002), S. 202–207; *G.H. Aldrich*, *The Taliban, al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants*, in: *American Journal of International Law* 96 (2002), S. 891–896; *I. Detter*, *The Law of War and Illegal Combatants*, in: *George Washington Law Review* 75 (2007), S. 1049–1104; *A. Behnken*, *The Status of Mercenaries and other Illegal Combatants under International Humanitarian Law*, in: *German Yearbook of International Law* 46 (2004), S. 494–536.

¹⁰ Instruktiv hierzu: *K. Ipsen*, *Die Fortentwicklung des Kriegsrechts*, in: *ders.*, *Völkerrecht*, 5. Aufl., München 2004, § 65, Rn. 5 ff.; siehe auch *G. Best*, *Humanity in Warfare: The Modern History of the International Law of Armed Conflicts*, New York 1980; *G. Draper*, *The Development of International Humanitarian Law*, in: *Henry-Dunant Institute / UNESCO* (Hrsg.), *International Dimensions of International Humanitarian Law*, The Hague 1988, S. 67–90; siehe auch *ILA-Report* (2010), a.a.O. (Fn. 1), S. 9–28 mit einer sehr detaillierten Übersicht über verschiedene Beispiele von bewaffneten Konflikten.

¹¹ *K. Ipsen*, *Moderner bewaffneter Konflikt und geltendes Recht*, in: *ders.*, *Völkerrecht*, 5. Aufl., München 2004, § 64, Rn. 4.

¹² *Ibid.*

¹³ *H.-P. Gasser*, *Humanitäres Völkerrecht*, Baden-Baden 2007, S. 57 ff.; siehe auch *C. Greenwood*, *Scope of Application of Humanitarian Law*, in: *D. Fleck*, *Handbook of International Humanitarian Law*, 2nd ed., Oxford 2008, Rn. 201.

¹⁴ *C. Greenwood*, *id.*, Rn. 203.

So hat Greenwood festgestellt, dass es seit 1945 keine formellen Kriegserklärungen gegeben habe, welche durch diplomatische Kanäle vermittelt wurden.¹⁵ Nur in einigen Fällen haben beteiligte Staaten – allerdings nicht in Form einer offiziellen Kriegserklärung – die Meinung geäußert, dass sie sich selbst im Kriegszustand befänden. Beispiele sind hier Erklärungen der arabischen Staaten 1948 und 1967, dass sie sich mit Israel im Kriege befänden, und ähnliche Erklärungen des Iraks und des Irans während des Ersten Golfkrieges zwischen 1980 und 1988 sowie 1965 durch Pakistan hinsichtlich Indiens.¹⁶

3. Der Krieg und das humanitäre Völkerrecht: eine spezielle Beziehung

Der größte Nachteil des traditionellen Kriegsbegriffes lag offensichtlich in der starken Abhängigkeit von der Kriegserklärung der Parteien.

3.1. Ablösung des Kriegsbegriffes durch das Konzept des bewaffneten Konflikts

Dies veranlasste die Staaten, bei der Neuabfassung der Genfer Abkommen nach dem Zweiten Weltkrieg neben dem Kriegsbegriff das Konzept des „bewaffneten Konflikts“ einzuführen, welches im Gegensatz zum Krieg nicht mehr von einer (subjektiven) Kriegserklärung, sondern von der (objektiven) Sachlage abhängig sein sollte. So sah der gemeinsame Artikel 2 der Genfer Abkommen vor, dass diese Anwendung fänden in „*allen Fällen des erklärten Krieges oder eines anderen bewaffneten Konflikts, der zwischen zwei oder mehreren der Hohen Vertragsparteien entsteht, auch wenn der Kriegszustand von einer dieser Parteien nicht anerkannt wird*“. Abgesehen von der Tatsache, dass hier der Begriff des bewaffneten Konflikts eingeführt wird, ist jedoch auffällig, dass es an einer detaillierten Definition fehlt.¹⁷ Dies war nicht ganz ohne Absicht von den Vätern der Genfer Abkommen so vorgesehen, da eine offene Definition natürlich auch den Vorteil hat, dass es sich über Jahre den Gegebenheiten besser anpassen kann, verglichen mit einer gegebenenfalls (zu) engen Definition. Nichtsdestotrotz finden wir eine erste Anleitung, was unter einem internationalen bewaffneten Konflikt zu verstehen ist, in der offiziellen Kommentierung des Kommentars des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz (IKRK) zu Artikel 2, welcher festhält, dass ein bewaffneter Konflikt in dem Falle gegeben ist bei jeglichem Konflikt zwischen zwei Staaten, welcher zum Einsatz der Mitglieder bewaffneter Truppen führt.¹⁸ Dabei mache es keinen Unterschied, wie lange der Konflikt dauert oder wie viele Gewalttätigkeiten stattfinden.¹⁹ Der Einsatz bewaffneter Truppen zwischen zwei Staaten scheint also unabhängig von seiner Dauer hier der entscheidende Faktor zu sein. Nach 1949 wird der Kriegsbegriff in den Kodifikationen des humanitären Völkerrechts weitestgehend durch das Konzept des „bewaffneten Konflikts“ abgelöst.²⁰ Beispiele hierfür sind die Genfer Abkommen von 1949, die Konvention zum Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten, die VN-Waffenkonvention, das Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen und das Römische Statut für einen internationalen Strafgerichtshof.²¹ Dies zeigt, dass die

Weltgemeinschaft entschlossen war, die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts unabhängig von einer subjektiven Kriegserklärung zu machen.

3.2. Ausdehnung des Anwendungsbereichs des humanitären Völkerrechts auf nicht-internationale bewaffnete Konflikte

Während ursprünglich das humanitäre Völkerrecht nur für internationale bewaffnete Konflikte Anwendung fand, findet sich im gemeinsamen Artikel 3 der Genfer Abkommen das erste Mal eine Regelung zum nicht-internationalen bewaffneten Konflikt.²² Diese Norm, die allgemein als „Mini-Konvention“ bezeichnet wird,²³ und unter anderem als Reaktion auf den Spanischen Bürgerkrieg während des Zweiten Weltkriegs in die Genfer Abkommen aufgenommen wurde, war die erste humanitär-rechtliche Regelung, welche auf „nicht-internationale“ bewaffnete Konflikte Anwendung fand.²⁴ Der Anwendungsbereich wird durch Artikel 3 wie folgt beschrieben: „*Im Falle eines bewaffneten Konflikts, der keinen internationalen Charakter hat und auf dem Gebiet einer der Hohen Vertragsparteien entsteht, ist jede der am Konflikt beteiligten Parteien gehalten, mindestens die folgenden Bestimmungen anzuwenden (...)*.“ Wie schon beim gemeinsamen Artikel 2 fällt hier auf, dass es an einer genaueren Definition fehlt. Das Problem wurde auch während der Diplomatischen Konferenz gesehen und für eine Zeit lang gab es den Vorschlag, eine Liste von Kriterien aufzustellen, nach denen der „Konflikt“ definiert wurde.²⁵ Schlussendlich wurde aber die vorgeschlagene Liste aus dem Entwurf entfernt.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ C. Greenwood, The Concept of War in Modern International Law, in: *International & Comparative Law Quarterly* 36 (1987), S. 290–294.

¹⁷ Bis zum heutigen Tag fehlt es an einer klaren offiziellen Definition; das IKRK hat lediglich im März 2008 ein sog. „Opinion Paper“ mit dem Titel „How is the Term ‚Armed Conflict‘ Defined in International Humanitarian Law?“ veröffentlicht, unter: [http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/armed-conflict-article-170308/\\$file/Opinion-paper-armed-conflict.pdf](http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/armed-conflict-article-170308/$file/Opinion-paper-armed-conflict.pdf) (am 31. August 2010).

¹⁸ J. Pictet, *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Volume I, Geneva 1952, S. 32: „[a]ny difference arising between two States and leading to the intervention of members of the armed forces“.

¹⁹ *Ibid.*: „does not make a difference how long the conflict lasts, or how much slaughter takes place“.

²⁰ K. Ipsen, Die Entwicklung zum Recht des bewaffneten Konflikts, in: *Völkerrecht*, 4. Aufl., München 2004, § 65, Rn. 7, lässt allerdings offen, ob der Begriff des „bewaffneten Konflikts“ den „Kriegsbegriff“ vollständig ersetzt hat.

²¹ *Id.*, § 65, Rn. 6.

²² Siehe zur historischen Entwicklung: D.A. Elder, The Historical Background of Common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949, in: *Case Western Reserve Journal of International Law* 11 (1979), S. 37–69.

²³ F. Kalshoven / L. Zegveld, *Constraints on the Waging of War*, 3rd ed., Geneva 2001, S. 69.

²⁴ *Id.*, S. 28.

²⁵ Vgl. ICRC Commentary, Art. 3, S. 49–50: „(1) That the Party in revolt against the de jure Government possesses an organized military force, an authority responsible for its acts, acting within a determinate territory and having the means of respecting and ensuring respect for the Convention. (2) That the legal Government is obliged to have recourse to the regular military forces against insurgents organized as military and in possession of a part of the national territory. (3) (a) That the de jure Government has recognized the insurgents as belligerents; or (b) that it has claimed for itself the rights of a belligerent; or (c) that it has

Diese Lücke wurde auch nicht durch die Verabschiedung des Zweiten Zusatzprotokolls²⁶ von 1977 geschlossen, welches in Artikel 1 Absatz 1 seinen Anwendungsbereich beschreibt. Danach ist das Protokoll anwendbar auf „alle bewaffneten Konflikte (...), die von Artikel 1 des Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I) nicht erfasst sind und die im Hoheitsgebiet einer Hohen Vertragspartei zwischen deren Streitkräften und abtrünnigen Streitkräften oder anderen organisierten bewaffneten Gruppen stattfinden, die unter einer verantwortlichen Führung eine solche Kontrolle über einen Teil des Hoheitsgebietes der Hohen Vertragspartei ausüben, dass sie anhaltende, koordinierte Kampfhandlungen durchführen und dieses Protokoll anzuwenden vermögen.“ Im Vergleich zum gemeinsamen Artikel 3 wird deutlich, dass die Vertragsstaaten eine höhere Schwelle ansetzen,²⁷ da gewisse qualifizierende Merkmale hinzukommen müssen (wie zum Beispiel die Kontrollmöglichkeit über das Gebiet). Es wird aber allgemein anerkannt, dass die zusätzlichen Bedingungen nicht automatisch auch auf den gemeinsamen Artikel 3 anzuwenden sind.²⁸

Gleichzeitig wird der nicht-internationale bewaffnete Konflikt im Sinne des Zweiten Zusatzprotokolls durch den zweiten Absatz von Artikel 1 nach unten hin abgegrenzt, indem festgestellt wird, dass „[d]ieses Protokoll (...) nicht auf Fälle innerer Unruhen und Spannungen wie Tumulte vereinzelt auftretender Gewalttaten und andere ähnliche Handlungen Anwendung [findet], die nicht als bewaffnete Konflikte gelten.“ Damit wird angedeutet, dass der nicht-internationale Konflikt im Sinne von ZP II eine gewisse Intensität erreichen muss, und damit von zum Beispiel reinen Polizeiaktionen gegen gewalttätige Randalierer abzugrenzen ist.

Abgesehen von den höheren Anforderungen an den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt in Artikel 1 des ZP II, haben die Zusatzprotokolle von 1977 noch eine weitere Kategorie von bewaffneten Konflikten eingeführt, und zwar durch Artikel 1 Absatz 4 ZP I.²⁹ Danach sind nämlich auch als internationale bewaffnete Konflikte im Sinne von Artikel 1 Absatz 3 ZP I in Verbindung mit dem gemeinsamen Artikel 2 der GA solche Konflikte zu sehen, „in denen Völker gegen Kolonialherrschaft und fremde Besetzung sowie gegen rassistische Regime in Ausübung ihres Rechts auf Selbstbestimmung kämpfen, wie es in der Charta der Vereinten Nationen und in der Erklärung über Grundsätze des Völkerrechts betreffend freundschaftliche Beziehungen und Zusammenarbeit zwischen den Staaten im Einklang mit der Charta der Vereinten Nationen niederlegt ist“. Hier werden also drei Konfliktkategorien, die grundsätzlich wohl unter den Bereich der nicht-internationalen bewaffneten Konflikte zu fassen wären, zu internationalen bewaffneten Konflikten „hochgestuft“.

3.3. Die Ausformung der Definition des bewaffneten Konflikts in der Rechtsprechung der internationalen Straftribunale

Die bislang dargestellte Entwicklung weg vom klassischen Kriegsbegriff hin zu dem objektiv verstandenen Konzept des „bewaffneten Konflikts“ war bis Anfang der 1990er Jahre zwar verschiedentlich Objekt von wissenschaftlichen Abhandlungen;³⁰ allerdings mussten die entsprechenden Defini-

tionen erst mit der Etablierung der Straftribunale für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) bzw. für Ruanda (ICTR) auf ihre Anwendung in der Praxis geprüft werden.³¹ Die zentrale Entscheidung, welche den Begriff des „bewaffneten Konflikts“ auf Jahre prägen würde, war die *Tadić*-Jurisdiktionsentscheidung des ICTY aus dem Jahre 1995.³² Hintergrund war, dass das Tribunal sich mit der Behauptung des Klägers konfrontiert sah, dass zum Zeitpunkt der infrage stehenden Taten kein rechtlich erkennbarer bewaffneter Konflikt bestanden hätte.³³ Nach einer extensiven Erörterung insbesondere des zeitlichen und örtlichen Anwendungsbereichs des „bewaffneten Konflikts“ stellte die Berufungskammer folgende Definition auf: „[A]n armed conflict exists whenever there is resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State.“³⁴ Obwohl die Kammer nicht ausdrücklich auf die Unterscheidung zwischen einem internationalen bzw. nicht-internationalen Konflikt in ihrer Definition hinwies, war doch offensichtlich, dass sie in dem ersten Teil der Definition den internationalen bewaffneten Konflikt und im zweiten Teil den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt definierte.

Diese Definition durch das ICTY war insbesondere für den Bereich des Völkerstrafrechts wegweisend, und wurde von dem Gericht in der folgenden Rechtsprechung bestätigt und weiter ausdifferenziert.³⁵ Zum einen wurde für den internationalen bewaffneten Konflikt auf den bereits in der IKRK-

accorded the insurgents recognition as belligerents for the purposes only of the present Convention; or [p.50] (d) that the dispute has been admitted to the agenda of the Security Council or the General Assembly of the United Nations as being a threat to international peace, a breach of the peace, or an act of aggression. (4) (a) That the insurgents have an organisation purporting to have the characteristics of a State. (b) That the insurgent civil authority exercises de facto authority over persons within a determinate territory. (c) That the armed forces act under the direction of the organized civil authority and are prepared to observe the ordinary laws of war. (d) That the insurgent civil authority agrees to be bound by the provisions of the Convention.“

²⁶ Zusatzprotokoll vom 8. Juni 1977 zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll II), BGBl. 1990 II, S. 1637.

²⁷ Vgl. F. Kalshoven / L. Zegveld, a.a.O. (Fn. 23), S. 132–134; ebenso H.-P. Gasser, *Humanitäres Völkerrecht*, Baden-Baden 2007, S. 63.

²⁸ Vgl. allgemein zum Zweiten Zusatzprotokoll M. Bothe / K.J. Partsch / W.A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, The Hague 1982; H.S. Levie, *The Law of Non-International Armed Conflict: Protocol II to the 1949 Geneva Conventions*, Dordrecht 1987; C. Swinarski / B. Zimmermann (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Dordrecht 1987.

²⁹ F. Kalshoven / L. Zegveld, a.a.O. (Fn. 23), S. 85; für mehr Details siehe M. Bothe / K.J. Partsch / W.A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflict*, The Hague 1982, S. 45 ff.

³⁰ E.K. Kwakwa, *International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, Dordrecht 1992.

³¹ Ausführlich hierzu R. Heinsch, *Die Weiterentwicklung des humanitären Völkerrechts durch die Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda*, Berlin 2007, S. 82–127.

³² ICTY, *The Prosecutor v. Duško Tadić*, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2. Oktober 1995.

³³ *Id.*, Rn. 66.

³⁴ *Id.*, Rn. 70.

³⁵ Eine detaillierte Analyse findet sich bei R. Heinsch, a.a.O. (Fn. 31), S. 82 ff.

Kommentierung zum gemeinsamen Artikel 2 der Genfer Abkommen hingewiesen und klargestellt, dass die Existenz von bewaffneter Gewalt zwischen zwei Staaten die einzige Voraussetzung sei, um die Anwendung des für den internationalen bewaffneten Konflikt geltenden humanitären Völkerrechts auszulösen.³⁶ Hinsichtlich der weiteren Konkretisierung des Anwendungsbereichs des humanitären Völkerrechts im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt haben die *Ad hoc*-Tribunale ebenfalls maßgeblich beigetragen. Hierbei ist wichtig hervorzuheben, dass, obwohl das ICTY sich bei der Feststellung seiner Definition in der *Tadić*-Entscheidung nicht ausdrücklich dazu äußert, auf welches Abkommen es sich bezieht, man aus dem Zusammenhang doch schließen kann, dass es dem Tribunal um bewaffnete Konflikte im Sinne des gemeinsamen Artikels 3 ging.³⁷ Das Tribunal hat darüber hinaus in der weiteren Rechtsprechung klargestellt, dass bei der Beurteilung, ob es sich um einen nicht-internationalen bewaffneten Konflikt handelt, zusätzliche Kriterien wie zum Beispiel die Intensität des Konflikts und die Organisation der Parteien zu Rate zu ziehen sind.³⁸ Besonders interessant ist in diesem Zusammenhang, dass das ICTY diese Kriterien insbesondere benutzt, um den für das humanitäre Völkerrecht relevanten bewaffneten Konflikt von zivilem Ungehorsam und terroristischen Aktivitäten abzugrenzen: „[I]n order to distinguish from cases of civil unrest or terrorist activities, the emphasis is on the protracted extent of the armed violence and the extent of the organisation of the parties involved.“³⁹

3.4. Übernahme der ICTY-Definition durch das Römische Statut für einen internationalen Strafgerichtshof

Wie maßgeblich der Einfluss der Tribunal-Rechtsprechung auf die weitere Rechtsentwicklung war, zeigt sich in Artikel 8 Absatz 2 lit. f) des Römischen Statuts für einen internationalen Strafgerichtshof, der in starker Anlehnung an die *Tadić*-Rechtsprechung die nicht-internationalen bewaffneten Konflikte im Sinne des Artikels 8 Absatz 2 lit. e) definiert als „*bewaffnete Konflikte, die im Hoheitsgebiet eines Staates stattfinden, wenn zwischen den staatlichen Behörden und organisierten bewaffneten Gruppen oder zwischen Gruppen ein lang anhaltender bewaffneter Konflikt besteht*“.⁴⁰

Es gibt nun einige Stimmen in der Literatur, welche andeuten, dass diese Definition aus dem Rom-Statut eine neue (dritte) Kategorie des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts geschaffen hat, die von der Höhe der Anwendungsschwelle zwischen dem des gemeinsamen Artikels 3 und demjenigen des Zweiten Zusatzprotokolls liegt.⁴¹ Dies scheint zumindest deswegen zweifelhaft, da ganz offensichtlich die Vertragsstaaten des Rom-Statuts sich an der Definition des ICTY aus der *Tadić*-Entscheidung orientiert haben, welche keine dritte Kategorie von nicht-internationalen bewaffneten Konflikten schaffen wollte, sondern eine allgemein gültige und insbesondere auch für die Fälle des gemeinsamen Artikels 3 anwendbare Begriffsbestimmung festlegte.

Diese Ansicht und die Gültigkeit der gefundenen Definitionen wurde sowohl durch die Literatur als auch durch das IKRK bestätigt, welches in einem sogenannten „opinion paper“ im Jahre 2008 nach Analyse des entsprechenden Ver-

tragsrechts sowie der Jurisprudenz und der Literatur folgenden Vorschlag für die Definition des bewaffneten Konflikts machte:

Internationale bewaffnete Konflikte existieren, wenn es zu bewaffneter Gewalt zwischen zwei oder mehreren Staaten kommt.⁴²

Nicht-internationale bewaffnete Konflikte sind langanhaltende bewaffnete Konfrontationen, welche zwischen Regierungstruppen und Truppen von einer oder mehreren bewaffneten Gruppen oder zwischen solchen Gruppen entstehen, und zwar auf dem Territorium eines Staates [welcher Partei der Genfer Abkommen ist]. Die bewaffnete Konfrontation muss dabei ein minimales Level an Intensität und die am Konflikt beteiligten Parteien müssen ein Minimum an Organisation aufweisen.⁴³

In die gleiche Richtung geht auch der gerade von der International Law Association veröffentlichte „Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law“, welcher feststellt, dass es zumindest zwei Merkmale für alle bewaffneten Konflikte gebe: „1.) *The existence of organized armed groups*; 2.) *Engaged in fighting of some intensity*“.⁴⁴ Dies fasst im Grunde die IKRK-Definition auf minimale Weise zusammen. In diesem Kontext muss aber festgehalten werden, dass das „Meinungspapier“ des IKRK kein bindendes Recht darstellt, sondern lediglich ein Vorschlag („*the ICRC proposes the following definitions*“)⁴⁵ ist. Auffällig ist dabei auch, dass die im Jahre 2005 publizierte Studie zum humanitären Völkergewohnheitsrecht des IKRK zwar weitestgehend alle Bereiche des humanitären Völkerrechts abdeckt,⁴⁶ aber gerade zum Anwendungsbereich, also zur Definition des

³⁶ *Delalic et al.*, Trial Chamber, Judgment (1998), Rn. 184.

³⁷ Davon geht scheinbar auch *Kreß* aus: C. *Kreß*, War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice, in: Israel Yearbook on Human Rights 30 (2000), S. 118.

³⁸ *Akayesu*, Trial Chamber, Judgment (1998), Rn. 620.

³⁹ *Delalic et al.*, Trial Chamber, Judgment (1998), Rn. 184.

⁴⁰ Zur genaueren Analyse der Vertragsverhandlungen zu Artikel 8 des Rom-Statuts vgl. K. *Dörmann*, Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, Cambridge 2003; siehe auch M. *Bothe*, War Crimes, in: A. *Cassese* / P. *Gaeta* / J.R.W.D. *Jones*, The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Oxford 2002, S. 379.

⁴¹ M. *Cottier*, Article 8, Rn. 6, in: O. *Triffterer* (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Oxford / Baden-Baden 2008.

⁴² ICRC, Opinion Paper, a.a.O. (Fn. 17), S. 5: „*International armed conflicts exist whenever there is resort to armed force between two or more States.*“ (eigene Hervorhebung), unter: [http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/armed-conflict-article-170308/\\$file/Opinion-paper-armed-conflict.pdf](http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/armed-conflict-article-170308/$file/Opinion-paper-armed-conflict.pdf) (am 31. August 2010).

⁴³ ICRC, Opinion Paper, a.a.O. (Fn. 17), S. 5: „*Non-international armed conflicts are protracted armed confrontations occurring between governmental armed forces and the forces of one or more armed groups, or between such groups arising on the territory of a State [party to the Geneva Conventions]. The armed confrontation must reach a minimum level of intensity and the parties involved in the conflict must show a minimum of organization.*“

⁴⁴ ILA-Report (2010), a.a.O. (Fn. 1), S. 2.

⁴⁵ ICRC, a.a.O. (Fn. 17), Opinion Paper, S. 5.

⁴⁶ J.-M. *Henckaerts* / L. *Doswald-Beck*, Customary International Humanitarian Law, Cambridge 2005, Volume I: Rules, S. v-vii; vgl. auch J.-M. *Henckaerts*, Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict, in: International Review of the Red Cross 87 (2005), S. 175, 187–212.

„bewaffneten Konflikts“, schweigt.⁴⁷ In diesem Sinne bleiben die oben genannten Vertragsnormen in den Genfer Abkommen bzw. die durch die Straftribunale vorgenommenen Definitionen die aussagekräftigsten Normierungen.

4. Neue Verwendungen des Kriegsbegriffes: der „Krieg gegen den Terror“ und die Konsequenzen für das humanitäre Völkerrecht

Wie anfangs bereits angedeutet, hat sich der Konflikttypus stark gewandelt. Während vor dem Zweiten Weltkrieg als klassischer Konflikt die Auseinandersetzung zwischen souveränen Staaten vorherrschte und dementsprechend das humanitäre Völkerrecht darauf ausgerichtet war, sind heute internationale Konflikte die Seltenheit, und stellen wahrscheinlich nur noch fünf bis zehn Prozent der Gesamtzahl der Konflikte dar. Dagegen sind die nicht-internationalen Konflikte weit in der Überzahl mit 90 bis 95 Prozent. Beispiele sind hier die Konflikte in Ruanda, im ehemaligen Jugoslawien, in Russland (Tschetschenien), in Kolumbien, im Sudan (Darfur), im Libanon und im Gaza-Streifen.⁴⁸

Dass die Bedeutung von nicht-internationalen Konflikten gewachsen ist, hat man an der oben dargestellten Jurisprudenz der Straftribunale gesehen, aber auch an der Übernahme einer größeren Anzahl von Verletzungen des gemeinsamen Artikels 3 und des Zweiten Zusatzprotokolls als Kriegsverbrechen in Artikel 8 des Rom-Statuts. Noch deutlicher wird diese Tendenz, wenn man einen Blick auf die 161 Regeln der IKRK-Studie zum Völkergewohnheitsrecht wirft. Denn nur noch 16 dieser Regeln (also circa zehn Prozent) sind allein im internationalen bewaffneten Konflikt anwendbar.⁴⁹ Die übrigen Regeln sind anwendbar sowohl im internationalen als auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt. Wenn man diese Zahlen mit dem Verhältnis in den Genfer Abkommen (ein gemeinsamer Artikel 3 verglichen zu mehreren hundert von Artikeln in den Genfer Abkommen) oder in den Zusatzprotokollen (28 Artikel im ZP II gegenüber 102 Artikeln im ZP I) vergleicht, muss man zu dem Schluss kommen, dass das humanitäre Völkerrecht einen langen Weg gegangen ist, um eine Assimilierung der Rechtsnormen für internationale und nicht-internationale bewaffnete Konflikte voranzutreiben.

4.1. Die Herausforderungen durch den Terrorismus und die asymmetrische Kriegsführung

Die Assimilierung der Rechtsregime für den internationalen und den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt war eine der Haupterrungenschaften der Zeit zwischen 1995 und 2005, beginnend mit der *Tadić*-Entscheidung, fortgesetzt mit der Verabschiedung von Artikel 8 des Rom-Statuts und seinem vorläufigen Höhepunkt, der IKRK-Studie zum humanitären Völkergewohnheitsrecht. Während diese Entwicklung hauptsächlich die Herausforderungen durch die verstärkt nicht-internationalen und inter-ethnischen Konflikte in den 1990er Jahren berücksichtigt, stellt sich angesichts der aktuellen Herausforderungen für das humanitäre Völkerrecht insbesondere durch den internationalen Terrorismus die Frage, inwiefern das humanitäre Völkerrecht in diesen Fällen überhaupt anwendbar ist.⁵⁰ Stellt der Angriff auf die Twin

Towers des World Trade Center mithilfe von zivilen Passagierflugzeugen einen „bewaffneten Konflikt“ im Sinne der Genfer Abkommen oder seiner Zusatzprotokolle dar? Ist der „Krieg gegen den Terror“, wie er von *George W. Bush* proklamiert wurde, ein Krieg im Sinne des gemeinsamen Artikels 2 der Genfer Abkommen? Denn nur wenn der Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts gegeben ist, müssen sich die beteiligten Parteien an die entsprechenden Regeln halten. Nur dann haben gegebenenfalls die Gefangenen in Guantánamo-Bay Anspruch auf eine Behandlung als Kriegsgefangene im Sinne des III. Genfer Abkommens.⁵¹ Erstaunlicherweise wurde diese Frage nach der Eröffnung des Anwendungsbereichs des humanitären Völkerrechts auf Fälle von transnationalem Terrorismus zumindest anfänglich mit der Frage vermischt, ob die Regeln des humanitären Völkerrechts für die Terrorismusbekämpfung überhaupt geeignet seien. Es wurde die Frage gestellt, ob man nicht sogar eine Überarbeitung der Genfer Abkommen benötige, und damit eine Revision dieses Rechtsgebietes.⁵²

Wenn man sich auf diese Diskussion einlässt, begibt man sich jedoch auf den „Holzweg“, verleitet durch öffentliche Feststellungen, dass man sich im „Krieg gegen den Terror“ befände. Die zentrale Frage, die man sich stellen muss, ist, ob ein bewaffneter Konflikt im Sinne der Genfer Abkommen vorliegt. Dies wurde auch so mittlerweile vom IKRK in diversen Veröffentlichungen hervorgehoben.⁵³ Die wichtigste

⁴⁷ Allgemein zur IKRK-Studie siehe: *G.H. Aldrich*, Customary International Law – An Interpretation on Behalf of the International Committee of the Red Cross, in: *British Yearbook of International Law* 76 (2006), S. 503–524; *M. Bothe*, Customary International Humanitarian Law: Some Reflections on the ICRC Study, in: *Yearbook of International Humanitarian Law* 8 (2005), S. 143–178; *M. Cowling*, International Lawmaking in Action – the 2005 Customary International Humanitarian Law Study and Non-international Armed Conflicts, in: *African Yearbook on International Humanitarian Law* 1 (2006), S. 65–87; *R. Cryer*, Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel: The Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study, in: *Journal of Conflict and Security Law* 11 (2006), S. 239–263; *Y. Dinstein*, The ICRC Customary International Law Study, in: *Israel Yearbook on Human Rights* 36 (2006), S. 1–15; *L. Doswald-Beck*, Developments in Customary International Humanitarian Law, in: *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht* 15 (2005), S. 471–498; *D. Fleck*, International Accountability for Violations of the Ius in Bello: The Impact of the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law, in: *Journal of Conflict and Security Law* 11 (2006), S. 179–199; *J.M. Henckaerts*, Study on Customary Rules of International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict, in: *International Review of the Red Cross* 87 (2005), S. 175–212.

⁴⁸ Vgl. *L. Reydams*, a.a.O. (Fn. 1), S. 729–756.

⁴⁹ Vgl. auch *J.M. Henckaerts*, a.a.O. (Fn. 46), S. 175, 198 ff.

⁵⁰ Dazu im Einzelnen siehe auch *R. Heinsch*, The International Committee of the Red Cross and the Challenges of Today's Armed Conflicts, in: *Th. Giegerich* (Hrsg.), *A Wiser Century? Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the Second Hague Peace Conference*, Berlin 2009, S. 393, 404 ff.

⁵¹ *Id.*, S. 411 ff.

⁵² Vgl. zu dieser Diskussion: *M. Schmitt*, Rethinking the Geneva Conventions, in: *Crimes of War*, unter: <http://www.crimesofwar.org/expert/genevaConventions/gc-schmitt.html> (am 31. August 2010).

⁵³ Beispielhaft sei hier genannt: ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Document Prepared by the ICRC on the Occasion of the 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva 2007, S. 5 ff., unter: [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/ihl-30-international-conference-101207/\\$File/IHL-challenges-30th-International-Conference-ENG.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/ihl-30-international-conference-101207/$File/IHL-challenges-30th-International-Conference-ENG.pdf) (am 31. August 2010).

Erkenntnis in diesem Zusammenhang ist, dass man sich nicht dazu verleiten lassen darf, das Vorliegen eines „Krieges“ anzunehmen, nur weil dies durch Medien und Politiker möglicherweise behauptet wird, und daraus dann die Anwendbarkeit (und als Folge möglicherweise die Unzulänglichkeit) des humanitären Völkerrechts zu schließen.⁵⁴ In Fällen, in denen dies dennoch getan wird, liegt meist eine Vermischung von politologischer und soziologischer Nutzung des Begriffs „Krieg“ mit seiner rechtlichen Bedeutung vor. Dies gilt es, unter Anwendung der oben dargestellten Kriterien zur Etablierung eines „bewaffneten Konflikts“ zu vermeiden, und zwar durch eine Fall-zu-Fall-Analyse. Eine Darstellung anhand verschiedener aktueller Konflikte soll dies kurz verdeutlichen:

4.2. „Kampf gegen den Terrorismus“ (Afghanistan)

Insbesondere im Konflikt in Afghanistan hatte die Bekämpfung des Terrorismus eine hervorgehobene Bedeutung.⁵⁵ Dabei war der Auslöser allein, der Angriff auf das World Trade Center, sicherlich noch nicht als bewaffneter Konflikt anzusehen. Mangels Zurechnung der Handlungen der Terroristen zum afghanischen Staat konnte es sich nicht um einen internationalen bewaffneten Konflikt handeln, und mangels einer langanhaltenden Dauer der Angriffshandlungen war auch kein nicht-internationaler Konflikt gegeben. Dies änderte sich allerdings schlagartig mit dem Angriff der unter Leitung der USA angeführten alliierten Truppen, die den Staat Afghanistan attackierten. Hier kam es zum Einsatz bewaffneter Streitkräfte zwischen wenigstens zwei Staaten; damit lag eindeutig ein internationaler bewaffneter Konflikt vor. Schwieriger ist heute – nach Einstellung der zwischenstaatlichen Kampfhandlungen – die Lage zu beurteilen. Lange Zeit versuchte insbesondere die deutsche Regierung, das Vorliegen eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts auch im Norden des Landes zu verneinen.⁵⁶ Dies ist wohl aufgrund der immer wieder aufflammenden Kriegshandlungen zwischen internationalen ISAF-Truppen und Aufständischen nicht mehr tragbar, sodass auch hier das humanitäre Völkerrecht für den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt Anwendung findet.⁵⁷

4.3. Krieg gegen Diktaturen (Irak)

Eine etwas andere Ausgangslage ergibt sich bezüglich des Angriffs der Alliierten gegen den Irak aus dem Frühjahr 2003. Hier hatte nicht unmittelbar zuvor der Angriff auf das World Trade Center stattgefunden; vielmehr brachten die USA im VN-Sicherheitsrat vor, dass sie wegen des Vorliegens von Massenvernichtungswaffen (MVW) eine präemptive Verteidigungshandlung vornehmen würden.⁵⁸ Allerdings spielt bekanntermaßen die Rechtfertigung für Kampfhandlungen keine Rolle bei der Beurteilung, ob das humanitäre Völkerrecht anwendbar ist, das heißt, ob ein bewaffneter Konflikt vorliegt. Denn Fragen des *ius in bello* sind streng von denen des *ius ad bellum* zu trennen.⁵⁹ Da es im vorliegenden Fall ebenfalls zum Einsatz bewaffneter Gewalt von Truppen wenigstens zweier Staaten kam, lag somit ein internationaler bewaffneter Konflikt im Sinne des gemeinsamen Artikels 2 der GA vor. Nach Übergabe der Staatsgewalt an

die alliierten Kräfte und dem späteren Aufflammen der Kämpfe durch aufständische Truppen muss man hingegen wegen seiner langandauernden Art von einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt ausgehen.⁶⁰

4.4. Transnationale Konflikte (Libanon und Gaza)

Eine besondere Situation stellt sich wiederum in den Konflikten im Libanon (2006) und in Gaza (2009) dar. Hier operieren nicht-staatliche Akteure wie die *Hisbollah* oder die *Hamas* transnational oder über die Grenzen besetzter Gebiete hinweg.⁶¹ Solange allerdings diese Aktionen nicht einem anderen Staat zugerechnet werden können, scheint es sich zumindest nicht um eine klassische Situation des internationalen bewaffneten Konflikts zu handeln. Dennoch gehen einige Kommentatoren im Fall des Libanon-Konflikts offensichtlich davon aus, dass das entsprechende Recht zum Schutz von geschützten Personen anwendbar sei, und begründen dies mit Verweis auf die grenzüberschreitende Komponente und der Tatsache, dass Israel Teile des libanesischen Territoriums besetzt hielt.⁶² Im Gaza-Streifen wird die Situation noch durch die Frage verkompliziert, ob Israel Besatzungsmacht ist, und es immer noch nicht geklärt ist, ob das palästinensische Gebiet als Staat anzusehen ist. Die für die Ereignisse in Gaza bestellte und unter Vorsitz von *Richard Goldstone* handelnde Untersuchungs-

⁵⁴ Mit dieser Problematik beschäftigt sich u.a. *J.-P. Lavoyer*, *International Humanitarian Law: Should it be Reaffirmed, Clarified or Developed?*, in: *Israel Yearbook on Human Rights* 34 (2004), S. 35–58.

⁵⁵ Zum generellen Problem des Terrorismus vgl. *D. O'Donnell*, *International Treaties against Terrorism and the Use of Terrorism During Armed Conflict by Armed Forces*, in: *International Review of the Red Cross* 88 (2006), S. 853–880.

⁵⁶ Siehe z.B. die Aussage des ehemaligen Bundesverteidigungsministers *Jung* „und es ist kein Krieg“ mit Bezug auf den Afghanistan-Einsatz; vgl. Spiegel-Artikel v. 2. Juli 2009, „Bundesregierung fordert Ende der Kriegsdebatte“, unter: <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,633855,00.html> (am 31. August 2010).

⁵⁷ So hat Bundesaußenminister *Westerwelle* im Februar 2010 die Situation im Norden Afghanistans, wo die Bundeswehr in der Schutztruppe ISAF ihren Schwerpunkt hat, als „nichtinternationalen bewaffneten Konflikt“ im Sinne des humanitären Völkerrechts qualifiziert, vgl. FAZ-Artikel v. 10. Februar 2010, „Westerwelle: „Bewaffneter Konflikt“ in Afghanistan“, unter: <http://www.faz.net/> (am 31. August 2010).

⁵⁸ Generell zum Irak-Krieg siehe *C. Greenwood*, *International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaida and Iraq*, in: *ders.*, *Essays on War in International Law*, London 2006, S. 667–700.

⁵⁹ *H.-P. Gasser*, *Humanitäres Völkerrecht*, Baden-Baden 2007, S. 21.

⁶⁰ Siehe dazu im Detail: *K. Dörmann / L. Colassis*, *German Yearbook of International Law* 47 (2004), S. 293–342, in dem die Autoren feststellen, dass „In the authors' view, if one agrees that the new Iraqi Interim Government could give valid consent to the presence of the Multinational Forces and the occupation thus ended on 28 June 2004, the most straightforward legal approach would be to re-qualify the conflict as one or possibly several (1) internationalized internal armed conflicts regulated by common Article 3 GC [1949 Geneva Conventions] and customary rules (applicable in non-international armed conflicts), since the international presence is on the government side against insurgents. Taking into account the rather rudimentary nature of treaty rules applicable in non-international armed conflicts, the substance of the law of occupation may in practical terms provide a more appropriate framework for activities such as fighting of insurgents and taking of prisoners if it goes beyond customary international law applicable to non-international armed conflicts and applicable human rights standards.“

⁶¹ Zu der speziellen Situation im Libanon vgl. *D. Turns*, *Some Reflections on the Conflict in Southern Lebanon: the Qana Incident and International Humanitarian Law*, in: *Journal of Conflict & Security Law* 5 (2000), S. 177–209, insbesondere S. 192–193.

⁶² *Id.*, S. 193 mit Verweis auf einen Bericht von Human Rights Watch.

kommission nahm in ihrem abschließenden Bericht allerdings im Grunde ohne weitere Diskussion an, dass es sich um einen bewaffneten Konflikt im Sinne des humanitären Völkerrechts handele, und ließ lediglich offen, ob dieser international oder nicht-international sei.⁶³

4.5. Asymmetrische Konflikte

Ob es nun Konflikte zwischen Terroristen und Staaten, Aufständischen gegen Regierungstruppen oder ein kleines Land gegen eine ganze Gruppe von hochgerüsteten Industrienationen ist, die Zeiten der am Anfang erwähnten „Duell-Kriege“ zweier ungefähr gleich starker Staaten gegeneinander scheinen vorbei zu sein, abgelöst durch eine immer stärkere Entwicklung zur Asymmetrie.⁶⁴ Denn selbst wenn Staaten gegen andere Staaten kämpfen, besteht die Tendenz, heutzutage möglichst aus einer Position der größtmöglichen Überlegenheit zu agieren, um die eigenen Verluste möglichst klein zu halten. Dies kann zum Beispiel dazu führen, dass zunächst hauptsächlich die Bombardierung aus der Luft gesucht wird, welches nicht selten zu entsprechenden Gefahren für die Zivilbevölkerung führt, insbesondere wenn zivile Objekte und Personen sich unmittelbar in der Nähe von militärischen Zielen befinden. Eine andere Tendenz ist, dass die unterlegene Seite versucht, die eigene Schwäche durch Missachtung der Regeln des humanitären Völkerrechts auszugleichen, was wiederum die diesem Rechtsgebiet zugrundeliegende Gegenseitigkeitserwartung *ad absurdum* führt. Beispiele sind Widerstandskämpfer, die als Zivilpersonen erscheinen, und dann bei Gelegenheit an Kampfhandlungen teilnehmen („direct participation in hostilities“).⁶⁵ Die Herausforderungen, die sich zumindest aus letzterer Problematik ergeben, hat das IKRK gerade durch die Veröffentlichung eines „guidance document“ zu beantworten versucht.⁶⁶

Im Grunde ist es aber wichtig festzuhalten, dass asymmetrische Konflikte *per se* sich nicht dem Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts entziehen. Vielmehr kommt es auch hier darauf an, den Einzelfall nach den oben erläuterten Kriterien zu beurteilen und zu entscheiden, ob es sich um einen internationalen oder um einen nicht-internationalen bewaffneten Konflikt handelt, oder womöglich um keines von beiden. Letzteres mag sicherlich des Öfteren dann der Fall sein, wenn es sich „nur“ um sporadische terroristische Anschläge handelt und die Intensität eines bewaffneten Konflikts nicht erreicht wird. Wichtig ist es, in diesen Fällen nicht dem humanitären Völkerrecht vorzuwerfen, dass es unzureichend mit dem Problem des Terrorismus umgeht, sondern die Frage zu stellen, ob nicht andere Rechtsbereiche zuständig sind. Es wäre hier insbesondere an das nationale Strafrecht oder an das Regime des internationalen Friedensrechts zu denken (Kapitel VII der VN-Charta). Tatsächlich ist dies ein Gebiet, das auf der internationalen Ebene noch ausbaufähig ist, allerdings sicherlich auch unabhängig vom humanitären Völkerrecht, welches sich klassischerweise nur mit Situationen des bewaffneten Konflikts beschäftigt.

5. Schluss: das Recht gleicht sich an

Die vorangegangenen Zeilen haben eine Entwicklung aufgezeigt, die sich über einen Zeitraum von mehr als einem Jahr-

hundert vollzogen hat. Es wurde die Entwicklung des für die Anwendung des humanitären Völkerrechts zentralen Begriffes dargestellt: der Kriegsbegriff. Wir haben gesehen, dass, während ursprünglich der durch eine Kriegserklärung hervorgerufene Kriegszustand zentral war, heutzutage dieser Begriff in der rechtlichen Beurteilung eine untergeordnete Rolle spielt. Vielmehr ist der „Krieg“ als Auslöser für die Anwendung des humanitären Völkerrechts durch den „bewaffneten Konflikt“ abgelöst worden. Es hat sich gerade in den letzten 20 Jahren gezeigt, dass dieser Begriff auch besser geeignet ist, mit den sich immer wieder ändernden Konflikttypen umzugehen. Die treibende Kraft bei der Anpassung der Begrifflichkeiten an die neuen Arten von Konflikten sind dabei die internationalen Strafgerichte gewesen, die in vielen Bereichen geholfen haben, das im bewaffneten Konflikt geltende humanitäre Völkergewohnheitsrecht und dessen Anwendungsbereich zu klären. Gleichzeitig muss betont werden, dass die Konzentration auf den Begriff „bewaffneter Konflikt“ es möglich gemacht hat, dass das humanitäre Völkerrecht auch den Herausforderungen des 21. Jahrhunderts standhalten kann, solange man die bekannten Kriterien auf den Einzelfall anwendet und sich bewusst ist, dass das humanitäre Völkerrecht nur für bewaffnete Konflikte entworfen wurde, und nicht etwa als „Allheilmittel“ gegen den Terrorismus.

So hat das IKRK im Jahre 2007 festgestellt: „[E]ach situation of organized armed violence must be examined in the specific context in which it takes place and must be legally qualified as armed conflict, or not, based on the factual circumstances. The law of war was tailored for situations of armed conflict, both from a practical and a legal standpoint. (...) In other words, it is both dangerous and unnecessary, in practical terms, to apply IHL to situations that do not amount to war. This is not always fully appreciated.“⁶⁷

⁶³ Human Rights Council, Human Rights in Palestine and other Occupied Arab Territories, Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, 15. September 2009, A/HRC/12/48, §§ 268–285, insbesondere § 282, wo sie feststellt, dass „Nonetheless, as the Government of Israel suggests, the classification of the armed conflict in question as international or non-international, may not be too important as ‘many similar norms and principles govern both types of conflicts’“.

⁶⁴ Für einen detaillierten Überblick siehe R. Geiß, Asymmetric Conflict Structures, in: International Review of the Red Cross 88 (2006), S. 757–777; M.N. Schmitt, Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law, in: W. Heintschel von Heinegg / V. Epping (Hrsg.), International Humanitarian Law Facing New Challenges: Symposium in Honour of Knut Ipsen, Heidelberg 2007, S. 11–49; T. Pfanner, Asymmetrical Warfare from the Perspective of Humanitarian Law and Humanitarian Action, in: International Review of the Red Cross 87 (2005), S. 149–174.

⁶⁵ Vgl. M.N. Schmitt, Direct Participation in Hostilities and 21st Century Armed Conflict, in: H. Fischer et al. (Hrsg.), Krisensicherung und humanitärer Schutz: Festschrift für Dieter Fleck, Berlin 2004, S. 505–529.

⁶⁶ N. Melzer, Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation of Hostilities under International Humanitarian Law, Mai 2009, unter: <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/p0990> (am 31. August 2010); siehe auch N. Melzer, The ICRC’s Clarification Process on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, in: C. Tomuschat / E. Lagrange / S. Oeter (Hrsg.), The Right to Life, Leiden 2010, S. 151–166.

⁶⁷ ICRC, International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts, Document Prepared by the International Committee of the Red Cross on the Occasion of the 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, October 2007, Reprinted in: International Review of the Red Cross 89 (2007), S. 726.

Wenn man diese mahnenden Worte in Erinnerung hält, dann kann man sicher sein, dass das Rechtssystem des humanitären Völkerrechts, welches sich über Jahrhunderte entwickelt hat, auch in Zukunft adäquat mit den Herausforderungen neuer Konflikttypen umgehen wird. Oder um wieder zurück zu unserem Ausgangspunkt zu kommen und mit Clausewitz' Bild vom Krieg als ein Chamäleon zu sprechen: „Ein Chamäleon bleibt ein Chamäleon, auch wenn es fallweise die Farbe wechselt.“⁶⁸ Übertragen auf die Situation des humanitären Völkerrechts mag man daraus schließen:

Wenn es die Aufgabe des humanitären Völkerrechtlers bleibt, die bestehenden Regeln auf die neuen und wechselnden Situationen des Krieges anzuwenden, dann wird man es auch in Zukunft schaffen, die Balance zwischen militärischer Notwendigkeit und den Grundsätzen der Menschlichkeit zu erhalten. ■

⁶⁸ H. Gärtner, Das Chamäleon des Krieges, in: Der Standard v. 5. Januar 2008, unter: http://www.oip.ac.at/fileadmin/Unterlagen/Dateien/Chamaeleon_des_Krieges.pdf (am 31. August 2010).

Bundeswehr und „Neue Formen des Krieges“

Dieter Weingärtner*

1. Zur Aktualität des Themas

20. Tagung von Deutschem Roten Kreuz, Bundesministerium der Verteidigung und Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht der Ruhr-Universität Bochum – dieses Jubiläum gibt zunächst einmal Anlass zurückzublicken auf das breite Spektrum von Themen, die in diesem Kreis bereits behandelt worden sind, vom Krieg im Libanon bis zum Kulturgüterschutz, vom Internationalen Strafgerichtshof bis zu „Medien und Krieg“. Viele dieser Themen waren für die Bundeswehr, insbesondere für die Rechtspflege der Bundeswehr, von großem Interesse. Deren Betroffenheit war aber, wenn es um Fragen des humanitären Völkerrechts ging, meist nur eine theoretische. Über die Rechtmäßigkeit militärischen Vorgehens anderer Staaten in entfernten Teilen der Erde ließ sich ohne konkreten Inlandsbezug unbefangen diskutieren, ebenso über die Implementierung der Genfer Zusatzprotokolle in Deutschland.

Diese – aus Sicht der Bundeswehr – Abstraktheit der Diskussionen kennzeichnete nicht nur die Bad Teinacher/Bad Mergentheimer Tagungen. Sie galt lange Zeit auch für die völkerrechtliche Ausbildung in den deutschen Streitkräften. Immer noch ist die Zentrale Dienstvorschrift 15/2 – Handbuch Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – aus dem Jahr 1992 in Kraft, in der die Genfer Abkommen mit ihren Zusatzprotokollen und die sonstigen Regelungen des Kriegsvölkerrechts dargestellt werden. Für die Einsatzpraxis der Bundeswehr erlangten diese Regeln lange Zeit keine praktische Bedeutung. Dass die völkerrechtlichen Schutzvorschriften im Rahmen ihrer Auslandsverwendungen, bei Katastrophenhilfe und Friedensmissionen, inhaltlich beachtet würden, war eine Selbstverständlichkeit, für die beteiligten Soldaten, aber auch für die deutsche Öffentlichkeit. Mit Krieg sollte dies alles nichts zu tun haben. Wenn heute eine Umfrage durchgeführt würde, wann Deutschland das letzte Mal an einem Krieg beteiligt war, würde als Ergebnis ganz

überwiegend der Zweite Weltkrieg stehen. Nach dessen Ende herrschte bis heute die Devise „Nie wieder Krieg“, und zwar nicht nur in der öffentlichen Meinung, sondern auch in der deutschen Politik.

Doch trifft dies zu angesichts neuer Formen von Auseinandersetzungen, bei denen zwar Kriegserklärungen nicht mehr üblich sind, es in der Sache aber gleichwohl um Krieg und Bürgerkrieg geht, juristisch heute „bewaffneter Konflikt“ genannt? Wer das diesjährige Bad Mergentheimer Thema „Neue Formen des Krieges?“ diskutieren will, kann getrost auf das Fragezeichen verzichten und braucht auch nicht in die automatisierte Zukunft oder an Phänomene wie „cyberwar“ oder „lawfare“ zu denken, die sowohl hinsichtlich ihrer Ausprägungen als auch hinsichtlich ihrer rechtlichen Beurteilung zurzeit noch nicht abschließend einschätzbar erscheinen. Neue Erscheinungsformen des Krieges sind heute Realität, denken wir nur an sektoral begrenzte Konflikte oder an Auseinandersetzungen mit nicht-staatlichen Akteuren.

Um derartige Erscheinungen rechtlich bewerten zu können, ist zunächst eine klare Einordnung erforderlich. Aus dieser ergibt sich, welche inhaltlichen Regeln Anwendung finden. So neuartig manche Situationen auch sein mögen, einen rechtsfreien Raum darf es nicht geben. Genauso wenig hilft eine Verschleierung oder Beschönigung der Realitäten aus Gründen politischer Opportunität. Denn die beteiligten Soldaten brauchen Rechtssicherheit für ihr Handeln. Eine juristische Aufarbeitung der neuen Formen des Krieges ist unerlässlich.

* Mit diesem Vortrag führte der Verfasser, Leiter der Rechtsabteilung des Bundesministeriums der Verteidigung, in den zweiten Tag der „20. Tagung zum humanitären Völkerrecht für Rechtsberater und Rechtslehrer der Bundeswehr sowie für Juristen und Konventionsbeauftragte des Deutschen Roten Kreuzes“ in Bad Mergentheim am 20. März 2010 ein. Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung des Autors wieder.

2. Zur Ehrlichkeit der Begriffswahl

Der Krieg im klassischen Sinn als bewaffnete Auseinandersetzung zwischen Staaten mittels Streitkräften ist völkerrechtlich in weitem Umfang geregelt, teils vertragsrechtlich, teils gewohnheitsrechtlich, von der Kriegserklärung bis zum Friedensschluss. Doch die heutige Wirklichkeit des Konfliktes sieht anders aus: asymmetrisch, kommerzialisiert, privatisiert. Zumindest auf einer Seite stehen oft nicht-staatliche Akteure: Terroristen, Partisanen, Söldner, ethnisch geprägte militärische Gruppen, Heckenschützen, Verbrecherbanden, Kindersoldaten. Und an Einsätzen in solchem Umfeld ist zunehmend auch die Bundeswehr beteiligt. Die Aufgaben, die sie dort wahrnimmt, unterscheiden sich grundlegend von den klassischen Fähigkeiten zur traditionellen Kriegsführung.

Betrachtet man die Auslandseinsätze der vergangenen Jahre näher, stellt sich die Frage, ob die Bundeswehr in den über 50 Jahren ihres Bestehens wirklich noch nie an einem bewaffneten Konflikt beteiligt war. In den zahlreichen Mandaten zu Auslandseinsätzen der Streitkräfte, die der Deutsche Bundestag auf Antrag der Bundesregierung erteilt hat, taucht dieser Begriff tatsächlich nicht auf:

Der Entsendebeschluss zur Beteiligung an den NATO-Luftoperationen gegen die Bundesrepublik Jugoslawien vom Oktober 1998 (Bundestagsdrucksache 13/11469) spricht von dem deutschen Beitrag „zur Abwendung einer humanitären Katastrophe im Kosovo-Konflikt“ und „für die von den NATO-Mitgliedstaaten gebildete Eingreiftruppe“. In der Begründung ihres Antrags schließt sich die Bundesregierung der Auffassung an, dass „die Drohung mit und ggfs. der Einsatz von Gewalt durch die NATO gerechtfertigt ist“, und erklärt ihre Bereitschaft, Streitkräfte bereitzustellen, „um die Forderungen aus den Sicherheitsrats-Resolutionen 1160 und 1199 durchzusetzen“. Dass sich Deutschland damit aufseiten der NATO an einem bewaffneten Konflikt gegen die Bundesrepublik Jugoslawien beteiligt, wird an keiner Stelle des Beschlusses erwähnt.

Bei der Beteiligung bewaffneter deutscher Streitkräfte an der Unterstützung der gemeinsamen Reaktion auf terroristische Angriffe gegen die USA, die im November 2001 beschlossen wurde – der Operation Enduring Freedom (Bundestagsdrucksache 14/7296) –, sahen sich Bundesregierung und Bundestag, anders als die Regierung der Vereinigten Staaten, – mit guten Gründen – nicht in einem weltweiten bewaffneten Konflikt gegen den Terrorismus. Die Bundeswehr wurde beauftragt, „im Rahmen der kollektiven Selbstverteidigung zu Maßnahmen der Bündnispartner gegen den Terrorismus beizutragen“. Der Entsendebeschluss führt an, dass sich das Taliban-Regime in Afghanistan „mit der Beherbergung und dem Schutz für eine solche Gruppierung (...) zum Mittäter geschehener und möglicher weiterer Terrorangriffe“ mache. Den Schluss, dass damals angesichts des militärischen Vorgehens gegen die Regierung von Afghanistan ein internationaler bewaffneter Konflikt gegeben war, zog der Beschluss indes nicht.

Erst vor kurzem hat sich die Bundesregierung dazu entschlossen, die derzeitige Einsatzsituation im Norden Afghanistans als – nicht-internationalen – bewaffneten Konflikt im Sinne des humanitären Völkerrechts zu qualifizieren. Bun-

desaußenminister *Westerwelle* äußerte dies in einer Regierungserklärung vor dem Deutschen Bundestag am 10. Februar 2010. Hintergrund waren die zunehmende Intensität der mit Waffengewalt ausgetragenen Auseinandersetzungen mit Aufständischen und deren gestiegene militärische Organisation. Zuvor hatte der Bundesminister der Verteidigung bereits von „kriegsähnlichen Zuständen“ in Nordafghanistan gesprochen. Zum ersten Mal wurde der Begriff „bewaffneter Konflikt“ damit im Zusammenhang mit Handeln der Bundeswehr von Regierungsseite offiziell ausgesprochen. Gleichwohl verwendet ihn auch das neue ISAF-Mandat vom Februar 2010 (Bundestagsdrucksache 17/654) nicht.

3. Die Schwelle zum bewaffneten Konflikt

Bei der Einordnung der Situation, in der Soldaten der Bundeswehr im Ausland eingesetzt werden, geht es nicht nur um politische Rhetorik. Denn im bewaffneten Konflikt ist die Rechtslage eine andere als bei Einsätzen außerhalb bewaffneter Konflikte. Deshalb kommt es bei „neuen Formen des Krieges“ zunächst einmal darauf an festzustellen, ob überhaupt ein bewaffneter Konflikt im Sinne des Völkerrechts vorliegt.

Die überkommene Form des Krieges ist in der Realität der heutigen Welt eher zur Ausnahme geworden. Militärische Auseinandersetzungen haben immer häufiger einen nicht-internationalen oder transnationalen Charakter. Es geht um die Anwendung militärischer Gewalt auf dem Gebiet eines Staates zwischen dessen Organen und einer nicht-staatlichen Gruppe oder zwischen mehreren nicht-staatlichen Gruppen, oft unter Beteiligung von Streitkräften eines anderen Staates. Angesichts solcher Vorgänge erscheint die Begriffsbestimmung des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts in Artikel 1 Absatz 1 des II. Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen von 1977 (ZP II) zu eng. Für die unmittelbare Anwendbarkeit des Protokolls müsste der Konflikt demnach „im Hoheitsgebiet einer hohen Vertragspartei zwischen deren Streitkräften und abtrünnigen Streitkräften oder anderen organisierten bewaffneten Gruppen stattfinden, die unter einer verantwortlichen Führung eine solche Kontrolle über einen Teil des Hoheitsgebiets der Hohen Vertragspartei ausüben, dass sie anhaltende, koordinierte Kampfhandlungen durchführen und dieses Protokoll anzuwenden vermögen“. Das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs sieht einen nicht-internationalen bewaffneten Konflikt hingegen bereits als gegeben an, wenn zwischen staatlichen Institutionen und organisierten bewaffneten Gruppen oder zwischen solchen Gruppen anhaltend bewaffnete Gewalt ausgeübt wird, die über „Fälle innerer Unruhen und Spannungen wie Tumulte, vereinzelt auftretende Gewalttaten oder andere ähnliche Handlungen“ hinausgeht. In die gleiche Richtung weist die *Tadić*-Entscheidung des Internationalen Jugoslawien-Straftribunals.

Ob in einer Konfliktsituation die Schwelle zum bewaffneten Konflikt überschritten ist, ist also anhand der konkreten Umstände, der Intensität der Kampfhandlungen, des Organisationsgrades der Gegner und auch der Dauer der Anwendung militärischer Gewalt festzustellen. Zu beurteilen haben dies zunächst die beteiligten staatlichen oder nicht-staatlichen Parteien. Sie müssen erklären, ob sie die aus dem Vorliegen

eines bewaffneten Konflikts resultierenden Rechtsfolgen für staatliche Organe, bewaffnete Gruppen, aber auch die einzelnen Kämpfenden zur Anwendung bringen wollen. Abschließende juristische Klärung bringt indes jeweils nur eine nachgelagerte gerichtliche Aufarbeitung.

4. Die Folgen für den ISAF-Einsatz der Bundeswehr

Im bewaffneten Konflikt gilt das humanitäre Völkerrecht. Das humanitäre Völkerrecht umfasst einerseits Schutzbestimmungen, wie sie die Genfer Konventionen und ihre Zusatzprotokolle enthalten, andererseits aber auch die kriegsrechtliche Kampfführungsbefugnis, das Recht zur Schädigung des Gegners. So wünschenswert die verbindliche Geltung der Schutzvorschriften bereits bei einem niedrigen Niveau militärischer Auseinandersetzung erscheint, so sehr muss die andere Seite des Konfliktvölkerrechts, das Schädigungsrecht, mitbedacht werden, wenn neue Formen von Auseinandersetzungen in den Kriegsbegriff einbezogen werden.

Die Bundeswehr hat bei ihrer Beteiligung am ISAF-Einsatz in Afghanistan von Anfang an, also bereits bevor die Bundesregierung die Situation als nicht-internationalen bewaffneten Konflikt qualifizierte, die Schutzbestimmungen der Genfer Konventionen und ihrer Zusatzprotokolle beachtet. Das Gegenstück, den operativen Handlungsspielraum des Konfliktvölkerrechts, wird die Bundesregierung auch künftig nicht ausschöpfen. Weiterhin verbindlich sind der Operationsplan der NATO, die gemeinsamen ISAF-Einsatzregeln („rules of engagement“) und die darauf aufbauenden Weisungen und Befehle. Von deutscher Seite her bestehen schon seit längerem – abgesehen vom lokalen Einsatzraum und von der Drogenbekämpfung – keine nationalen Vorbehalte („caveats“) hierzu mehr. Wie bisher sind Rechtsgrundlage des Einsatzes die Resolution des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen und das Mandat des Deutschen Bundestages. Diese ermächtigen zur Anwendung aller erforderlichen Maßnahmen („all necessary measures“) zur Erfüllung des Auftrages, der Unterstützung der afghanischen Regierung bei der Herstellung und Aufrechterhaltung der Sicherheit im Lande. Dabei sind die ISAF-Streitkräfte – selbst wenn man das Bestehen eines bewaffneten Konflikts verneint – nicht, wie es manche Interpretatoren verlangen, auf polizeiliche Maßnahmen und Einsatzmittel beschränkt. Das Mandat ermächtigt auch zum Einsatz militärischer Mittel, bis hin zu tödlicher Gewalt, und zwar auch außerhalb von Selbstverteidigungssituationen.

Mit der Anerkennung des Vorliegens eines nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes durch die Bundesregierung ist also kein Systemwechsel in dem Sinn erfolgt, dass anstelle der Befugnisse aus dem Mandat nun umfassend das Recht des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts Anwendung findet. Die neue Einstufung ist eher politischen Charakters. Allerdings sind die strafrechtlichen Konsequenzen zu berücksichtigen: Im bewaffneten Konflikt gilt das Völkerstrafrecht, kodifiziert im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs und in deutsches Recht umgesetzt durch das Völkerstrafgesetzbuch. Die Strafvorschriften des Völkerstrafgesetzbuches gehen denen des Strafgesetzbuches vor und verdrängen sie zumindest teilweise, wobei das Konkurrenzverhältnis noch nicht in allen Einzelheiten geklärt ist. Bei der derzeitigen Situation in Afghanistan handelt es sich

nicht um die überkommene Form eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts. *Al-Qaida*-Kämpfer und *Taliban* vermögen es gerade nicht oder sind zumindest nicht dazu bereit, das ZP II anzuwenden. Sie agieren heimtückisch, sie nutzen Zivilpersonen als Schutzschilde, sie erkennen den Schutz von Sanitätspersonal nicht an. Dem typischen Bild einer nicht-internationalen – also innerstaatlichen – bewaffneten Auseinandersetzung entspricht es auch nicht, dass eine Partei auf der Grundlage einer Resolution des VN-Sicherheitsrates in massiver Weise von ausländischen Streitkräften unterstützt wird.

Auf diese Besonderheiten des „Bürgerkrieges“ in Afghanistan ist es zurückzuführen, dass die Bundeswehr dort auch künftig nicht von allen Befugnissen Gebrauch machen wird, die das Recht des bewaffneten Konfliktes bietet. Sie wird gegnerische Kämpfer auch weiterhin möglichst gefangen nehmen und nicht sofort letale Mittel einsetzen, sofern das ohne eigene Gefährdung möglich ist. Sie wird zivile Kollateralschäden nicht nur dann zu vermeiden versuchen, wenn – entsprechend Artikel 51 ZP I – damit zu rechnen ist, dass ein Angriff „auch Verluste an Menschenleben unter der Zivilbevölkerung, die Verwundung von Zivilpersonen, die Beschädigung ziviler Objekte oder mehrere derartige Folgen zusammen verursacht, die in keinem Verhältnis zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen“. Ein anderes Vorgehen wäre politisch nicht vermittelbar. Es müsste zudem international im Kreis der an ISAF beteiligten Staaten abgesprochen werden, denn im Rahmen einer internationalen Sicherheitsunterstützungstruppe sollten einheitliche Maßstäbe gelten. Nationale Vorbehalte beeinträchtigen die gemeinsame Aktionsführung.

Ganz besondere Anforderungen stellt in einem Konflikt wie dem derzeit in Afghanistan stattfindenden das Gebot der Unterscheidung zwischen gegnerischen Kämpfern und Zivilpersonen. Wer darf wann mit welchen Mitteln bekämpft werden? Wie ist der Bauer einzustufen, der tagsüber sein Feld bestellt und nachts – in gleicher Kleidung – zur Waffe greift, wie der Lastwagenfahrer, der Nachschub liefert? Oder derjenige, der einen Tankwagen entführt, um eine Gruppe Aufständischer mit Benzin zu versorgen? Wie kann gegen einen Drahtzieher im Hintergrund vorgegangen werden, von dem bekannt ist, dass er Anschläge plant, oder gegen denjenigen, der Sprengstoff für Attentate zusammenmischt? Für derartige Konstellationen bietet die „Direct Participation“-Studie des IKRK wertvolle Anhaltspunkte, auch wenn man über einige der dort aufgestellten Regeln, etwa über die Kriterien der Mitgliedschaft in einer organisierten bewaffneten Gruppe, sicherlich wird diskutieren können.

5. Rechtliche Einzelaspekte

Einzelne Erscheinungsformen der bewaffneten Auseinandersetzung in Afghanistan werfen besondere völkerrechtliche Fragen auf. So zeigt die Einsatzrealität, dass Sanitätsfahrzeuge trotz oder gerade wegen ihrer Kennzeichnung gezielt angegriffen werden. Die völkerrechtlich vorgesehene Wirkung des Schutzzeichens verkehrt sich geradezu ins Gegenteil, indem dieses als Zielscheibe dient.

Das humanitäre Völkerrecht garantiert einen besonderen Schutz des Sanitätspersonals, der Sanitätseinheiten, -einrich-

tungen und -transportmittel. Diese dürfen unter keinen Umständen angegriffen werden und sind von den Konfliktparteien zu schonen und zu schützen. Dies gilt nicht nur für den internationalen bewaffneten Konflikt, sondern nach dem ZP II auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt und gewohnheitsrechtlich auch für militärische Konflikte unterhalb der Schwelle des ZP II. Die Kennzeichnung mit dem Schutzzeichen – bei der Bundeswehr mit dem Roten Kreuz – erfolgt, damit für die gegnerische Partei erkennbar ist, dass es sich um geschützte Einheiten und Einrichtungen handelt, und diese dem völkerrechtlichen Schutz Rechnung tragen kann. Allerdings stellt das Anbringen der Schutzzeichen keine rechtliche Verpflichtung dar. Dies lässt sich aus der Formulierung des Artikels 42 Absatz 4 GA I („soweit die militärischen Erfordernisse es gestatten“) und des Artikels 18 Absatz 1 ZP I („bemüht sich (...) sicherzustellen“) ableiten. Damit stellt das Entfernen des Schutzzeichens von den Sanitätsfahrzeugen keinen Völkerrechtsverstoß dar. Nachdem Sanitätsfahrzeuge gerade wegen des Schutzzeichens und wegen des vermuteten geringeren militärischen Schutzes zu einem bevorzugten Angriffsziel geworden sind, hat das deutsche ISAF-Kontingent ebenso wie Bündnispartner diese Maßnahme ergriffen.

Angesichts einer zunehmenden Zahl von Geiselnahmen und der Taktik der *Taliban*, militärische Angriffe aus einem zivilen Umfeld heraus und unter Ausnutzung durch Zivilisten gebotener Deckung vorzunehmen, stellt sich die Frage, ob das völkerrechtliche „Verbot von Geschossen, die sich leicht im menschlichen Körper ausdehnen oder plattdrücken“ der Haager Erklärung vom 29. Juli 1899 in derartigen Situationen Sinn macht. Grund des völkerrechtlichen Verbots sogenannter „Dum-Dum-Geschosse“, das sich auch im deutschen Völkerstrafgesetzbuch und hier auch bezogen auf den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt findet, ist, dass derartige Geschosse eine Trudelwirkung entfalten, im Körper „aufpilzen“ und so zu besonders schweren Wunden führen. Damit können sie unnötige Leiden verursachen. Auf der anderen Seite hat diese Munition den Vorteil, dass wegen ihrer geringeren Durchschlagswahrscheinlichkeit die Gefährdung unbeteiligter oder zu schützender Personen deutlich niedriger ist. Besonders bei Einsatz in engen Räumlichkeiten oder in urbanem Umfeld sinkt die Abprall- und Querschlägergefahr. Die Polizei setzt Mann-Stopp-Munition daher bei Geisellagen im Inland ein. Die Bundeswehr nutzt wegen des völkerrechtlichen Verbots jedoch diese Munition im bewaffneten Konflikt auch in Lagen nicht, in denen ihr Einsatz dem Schutz von Zivilpersonen dienlich sein würde.

6. Anpassung des humanitären Völkerrechts an die „Neuen Formen des Krieges“?

Der Konflikt in Afghanistan bietet aber auch Anlass zu generellen völkerrechtlichen Überlegungen. Ist das geltende humanitäre Völkerrecht, das sich von Solferino über die beiden Weltkriege bis zum heutigen Tag mit dem Ziel der Begrenzung des Leidens im Krieg und des Schutzes von Verwundeten, Kranken und Zivilpersonen stetig fortentwickelt hat, in der Lage, solche asymmetrischen Konfliktformen sachgerecht zu bewältigen? Geben die Konventionen und Zusatzprotokolle sowie das Gewohnheitsrecht des bewaffne-

ten Konfliktes zufriedenstellende Antworten auf alle Herausforderungen derartiger Auseinandersetzungen?

Aus militärischer Sicht kann diese Frage weitgehend bejaht werden. Das humanitäre Völkerrecht bereitet der Bundeswehr im Rahmen ihrer Auslandseinsätze keine Hindernisse bei der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben. Im Gegenteil: Bei Einsätzen im bewaffneten Konflikt – auch im nicht-internationalen – ist die Regelungsdichte höher als außerhalb bewaffneter Konflikte, und damit die Rechtssicherheit für die eingesetzten Soldaten größer. Wenn es gelingt, im Sinne des Unterscheidungsgebotes näher zu konkretisieren, welche Voraussetzungen an die Qualifikation einer Person als gegnerischer Kämpfer zu stellen sind und unter welchen Umständen solche Personen bekämpft werden dürfen – die erwähnte Studie des IKRK bietet hier bereits Auslegungshilfen –, bleibt vor allem die Frage der zulässigen Ingewahrsamnahme von Personen und des weiteren Verfahrens im Fall von Ingewahrsamnahmen zu vertiefen.

Unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten verbleiben Zweifel, ob das humanitäre Völkerrecht im Hinblick auf alle neuen Erscheinungsformen bewaffneter Konflikte ein hinreichendes Schutzniveau bietet. Das humanitäre Völkerrecht wird allgemein als dem sogenannten Menschenrechtsrecht, also Menschenrechtspakten wie dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte und der Europäischen Menschenrechtskonvention, vorgehende Spezialregelung verstanden. Einer Diskussion, ob die Maßstäbe des humanitären Völkerrechts ausreichen oder ob in bestimmten Situationen nicht doch ein höherer Schutzstandard gelten muss, wird man sich stellen müssen. Ich will dies an zwei Beispielen verdeutlichen:

Nach herrschender Meinung kann ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt nur auf dem gesamten Staatsgebiet eines Staates gegeben sein. Demgemäß hat es die Bundesregierung abgelehnt, im Hinblick auf das Vorliegen eines bewaffneten Konflikts zwischen verschiedenen Regionen im Norden Afghanistans zu differenzieren. Die eingesetzten Soldaten sollten hinsichtlich ihres militärischen Handlungsspielraums zudem nicht davon abhängig sein, ob sie gerade in einem eher friedlichen oder eher unfriedlichen Umfeld agieren. Doch lässt dies den Schluss zu, dass dann ein Ausbildungslager oder eine Planungseinrichtung der nicht-staatlichen Konfliktpartei, in dem sich Führungspersonal befindet, das aber in einem entfernten, befriedeten Landesteil gelegen ist, aus der Luft mit tödlich wirkenden Waffen angegriffen werden darf? Das Konfliktvölkerrecht würde solches nicht ausschließen.

Das Völkerrecht erlaubt es im bewaffneten Konflikt beim Vorgehen gegen gegnerische Kräfte, zivile Kollateralschäden, die nicht außer Verhältnis zum bezweckten militärischen Erfolg stehen, in Kauf zu nehmen. Aber kann dies auch in Situationen wie in Afghanistan gelten, in denen eine Konfliktpartei keinerlei Rücksicht auf das Leben von Zivilisten nimmt, in denen sie nicht nur aus einer Deckung durch Zivilpersonen heraus Angriffe startet, sondern sie durch Gewalt oder Drohung zwingt, als Deckung zu dienen?

Derartige Fragen können hier nur angerissen werden. Jedenfalls erscheint eine vertragliche Weiterentwicklung der Genfer Abkommen und ihrer Zusatzprotokolle im Hinblick auf neue, asymmetrische Konflikte nicht realistisch. Umso wich-

tiger ist es, die Einsatzregeln der an solchen Konflikten beteiligten Staatenbündnisse und Einzelstaaten, insbesondere die Vorgaben für die Anwendung militärischer Gewalt, zu analysieren. Denn Staatenpraxis kann zur Bildung von Gewohnheitsrecht beitragen.

7. Schluss

Lassen Sie mich meine Ausführungen zum Thema „Bundeswehr und neue Formen des Krieges“ in drei Thesen zusammenfassen:

Erstens: Für die Bundesrepublik Deutschland ist jede Form eines Krieges, an dem sie sich beteiligt, neu. Dies gilt vor allem für die Politik und für die Öffentlichkeit.

Zweitens: Die Bundeswehr beachtet bei ihren Auslandseinsätzen die Schutzvorschriften des humanitären Völkerrechts auch angesichts neuer Erscheinungsformen des bewaffneten Konflikts und auch in Situationen, in denen die Sinnhaftigkeit einzelner Regelungen zweifelhaft erscheint. Die völkerrechtlichen Befugnisse zur Anwendung militärischer Gewalt schöpft sie – aus politischen Gründen – regelmäßig nicht aus.

Drittens: Ob die Reichweite der konfliktvölkerrechtlichen Handlungsbefugnisse und der Schutzbestimmungen des humanitären Völkerrechts neuen Erscheinungsformen bewaffneter Konflikte hinreichend Rechnung trägt, sollte in Einzelpunkten hinterfragt werden. ■

Das Verbot von Streumunition nach dem Oslo-Übereinkommen und Investitionen in Streumunition entwickelnde bzw. herstellende Unternehmen

Jana Hertwig / Johannes Norpoth*

On 1 August 2010 the Convention on Cluster Munitions entered into force. This step marks a successful conclusion to the "Oslo Process" which commenced in Oslo in February 2007 and came to an end in that city in December 2008 with the signature of the Convention. Apart from critical remarks already made since the negotiations, such as the exclusion of so-called sensor-fused munitions and military cooperation with non-signatories, non-governmental organisations have recently introduced a new issue to the discussion: the question whether the Convention includes a prohibition on investments in companies producing or developing cluster munitions. According to supporters of this position, a prohibition on investments is encompassed by the prohibition to assist pursuant Article 1 para. 1 lit. c) of the Convention. This article aims to seize this issue and put it up for academic discussion.

Am 1. August 2010 ist das Übereinkommen über Streumunition in Kraft getreten. Damit gelangt der im Februar 2007 in Oslo begonnene und dort im Dezember 2008 mit der Zeichnung des Übereinkommens beendete „Oslo-Prozess“ zu einem erfolgreichen Abschluss. Neben den bereits seit den Verhandlungen geäußerten Kritikpunkten (Ausschluss der sogenannten Zielpunktmunition sowie militärische Zusammenarbeit mit Nichtvertragsstaaten) wird von den Nichtregierungsorganisationen in neuerer Zeit ein weiterer Streitpunkt in die Diskussion eingeführt. Dieser betrifft die Frage, ob das Übereinkommen auch ein Verbot von Investitionen in Unternehmen umfasst, die Streumunition entwickeln bzw. herstellen. Zum Teil wird hierbei ein Investitionsverbot direkt aus dem Verbot der Unterstützung („assist“) gemäß Artikel 1 Absatz 1 lit. c) des Übereinkommens geschlussfolgert. Diese Thematik will der Beitrag aufgreifen und zur Diskussion stellen.

1. Einleitung

Am 1. August 2010 ist nach dreijähriger Verhandlungseinschließlich Ratifizierungsphase das Übereinkommen über Streumunition („Convention on Cluster Munitions“, CCM¹), auch Oslo-Übereinkommen genannt, in Kraft getreten. Damit ist der im Februar 2007 in Oslo begonnene „Oslo-Prozess“ zu einem erfolgreichen Abschluss gelangt.² Bislang haben 108 Staaten das Übereinkommen unterzeichnet; davon haben es 39 Staaten – darunter Deutschland – ratifiziert (Stand: 31. August 2010).

Unter Streumunition wird konventionelle Munition verstanden, die dazu bestimmt ist, explosive Submunitionen mit jeweils weniger als 20 Kilogramm Gewicht zu verstreuen oder freizugeben (Artikel 2 Ziffer 2 Satz 1 CCM). Das Übereinkommen beinhaltet in Artikel 1 Absatz 1 lit. a)-c) CCM ein Verbot des Einsatzes, der Entwicklung, der Herstellung, des Erwerbs, der Lagerung, des Zurückbehalts und der Weitergabe von Streumunition sowie ein Verbot, diese Tätigkeiten zu unterstützen. Zudem enthält es Bestimmungen zur Vernichtung von Lagerbeständen (Artikel 3 CCM) sowie zur umfassenden Hilfe für die unmittelbar betroffenen Personen sowie deren Familien und Gemeinschaften („weiter Opferbegriff“, Artikel 5 CCM i.V.m. Artikel 2 Ziffer 1 CCM). Das Übereinkommen bezieht sich auf alle bislang zum Einsatz gekommenen Streumunitionstypen und enthält keine Übergangsregeln, das heißt die entsprechenden Verpflichtungen gelten ab Inkrafttreten des Übereinkommens.

Gleichwohl gibt es Kritik, vor allem seitens verschiedener Nichtregierungsorganisationen (NGOs) wie der Cluster Munition Coalition (CMC)³ sowie des Aktionsbündnisses Landmine.de⁴, die aktiv zum erfolgreichen Abschluss des

Oslo-Übereinkommens beigetragen haben. Die maßgeblichen Kritik- und Streitpunkte betreffen die Nichtanwendbarkeit des Übereinkommens auf sogenannte Zielpunktmunition (Artikel 2 Ziffer 2 lit. c) CCM)⁵ sowie die Vereinbarkeit

* Dr. iur. Jana Hertwig, LL.M. (Eur. Integration) ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) der Ruhr-Universität Bochum. Johannes Norpoth, LL.M. (Maastricht) ist Rechtsreferendar am Landgericht Essen und hat von März bis Mai 2010 seine Verwaltungsstation am IFHV absolviert.

¹ Convention on Cluster Munitions, Doc. CCM 77, 30 May 2008, deutsche Fassung: BGBl. 2009 II, S. 502.

² Näher zum Oslo-Prozess (Auswahl): D. Justen, Der Vertrag von Oslo über das umfassende Verbot von Streumunition: Die „Convention on Cluster Munitions“, in: Sicherheit und Frieden 27 (2009), S. 102–106 und ders., A Twenty-First Century without Cluster Munitions? Options for the Geneva Negotiations on the UN Weapons Convention, SWP Comments 2009/C 06, Mai 2009; A. Breitegger, Disarmament with a Human Face? The Case of Cluster Munitions, Dissertation (i.E. 2010; Kopie bei den Verfassern) und ders., Preventing Human Suffering During and After Conflict? The Complementary Case for a Specific Convention on Cluster Munitions, in: Austrian Review of International and European Law 10 (2007), S. 3–40; B. Docherty, Breaking New Ground: The Convention on Cluster Munitions and the Evolution of International Humanitarian Law, in: Human Rights Quarterly 31 (2009), S. 934–963; J. Hertwig, Der Oslo-Prozess: multilaterale Verhandlungen über ein völkerrechtlich verbindliches Verbot von Streumunition (Oslo, Lima), in: Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 20 (2007), S. 219–231 und dies., The Oslo Process on Cluster Munitions: Outcomes of the Follow-up Conferences in Vienna (2007) and Wellington (2008), in: Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 21 (2008), S. 47–48.

³ Vgl. unter: <http://www.stopclustermunitions.org> (am 31. August 2010).

⁴ Siehe unter: <http://www.landmine.de> (am 31. August 2010).

⁵ In Art. 2 Ziff. 2 lit. c) CCM heißt es: „Streumunition“ bezeichnet nicht (...) Munition, die zur Vermeidung von unterschiedslosen Flächenwirkungen und von Gefahren, die von nicht zur Wirkung gelangter Submunition ausgehen, alle nachstehenden Merkmale aufweist: i) jede

militärischer Zusammenarbeit und militärischer Einsätze mit Staaten, die nicht Vertragspartei des Übereinkommens sind (Artikel 21 Absätze 3, 4 CCM)⁶. Letztere Situation betrifft vor allem Staaten wie China, Israel, Russland und die USA, die das Oslo-Übereinkommen nicht unterzeichnet haben, aber zu den wichtigsten Produzenten und Exporteuren sowie (bis auf China) Anwendern von Streumunition zählen.

Mit dem vorliegenden Beitrag soll ein weiterer Kritik- und Streitpunkt in die wissenschaftliche Diskussion eingeführt werden: und zwar die Frage danach, ob das Oslo-Übereinkommen auch ein Verbot der Investitionen in Unternehmen umfasst, die Streumunition entwickeln bzw. herstellen. Diese Problematik ist hoch aktuell, da erst im April 2010 ein entsprechender aktualisierter Bericht der CMC-Mitgliederorganisationen IKV Pax Christi (Niederlande), Handicap International-Schweiz und Netwerk Vlaanderen (Belgien) der Öffentlichkeit präsentiert wurde. Von diesen wird die Auffassung vertreten (ebenso wie zunehmend von einzelnen Vertragsstaaten des Oslo-Übereinkommens, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden), dass ein Verbot der Investitionen in Unternehmen, die Streumunition entwickeln bzw. herstellen, direkt aus dem Verbot der Unterstützung („assist“) gemäß Artikel 1 Absatz 1 lit. c) CCM zu schlussfolgern ist. Diese Thematik will der Beitrag aufgreifen und zur Diskussion stellen.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage nach einer möglichen völkerrechtlichen Verantwortlichkeit eines Vertragsstaates des Oslo-Übereinkommens. Für eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit kämen zwei Anknüpfungspunkte in Betracht. Zum einen könnte der betreffende Staat seiner Verpflichtung nach Artikel 9 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 lit. c) CCM zum Erlass geeigneter innerstaatlicher Durchführungsmaßnahmen nicht nachgekommen sein, weil das entsprechende Umsetzungsgesetz kein Investitionsverbot für Streumunition entwickelnde bzw. herstellende Unternehmen vorsieht. Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit entspränge in diesem Falle einer fehlenden oder mangelhaften Umsetzung des Übereinkommens. Zum anderen käme eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Staates in Betracht, wenn dem Staat zurechenbare Finanzakteure, beispielsweise staatlicher Lenkung unterliegende Staatsfonds, in Streumunition entwickelnde bzw. herstellende Unternehmen investieren. Dann würde die völkerrechtliche Verantwortlichkeit direkt aus dem an den Vertragsstaat selbst gerichteten Unterstützungsverbot des Artikels 1 Absatz 1 lit. c) CCM folgen. Entscheidend ist aber zunächst, ob dem Oslo-Übereinkommen tatsächlich ein solches Investitionsverbot zu entnehmen ist. Bevor auf diese Problematik unter Punkt 3 eingegangen wird, soll zunächst die Situation im Hinblick auf Investitionen in Streumunition entwickelnde bzw. herstellende Unternehmen dargestellt werden.

2. Bericht „Worldwide Investments in Cluster Munitions: A Shared Responsibility“

Am 14. April 2010 präsentierten die CMC-Mitgliederorganisationen IKV Pax Christi (Niederlande), Handicap International-Schweiz und Netwerk Vlaanderen (Belgien) der Öffentlichkeit einen aktualisierten Bericht zu „Worldwide Investments in Cluster Munitions: A Shared Responsibility“.

Der Bericht stellt eine „hall of shame“⁸ von Finanzinstituten, die in Streumunitionsherstellern investieren, einer „hall of fame“⁹ gegenüber, in der Finanzinstitute aufgelistet werden, die derartige Investitionen in ihrer Geschäftspolitik ausgeschlossen haben.

Auf Grundlage öffentlich zugänglicher Quellen wurden in dem Bericht Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen aufgelistet, bei denen feststeht, dass (1) sie selbst oder durch Tochterunternehmen Streumunition im Sinne des Oslo-Übereinkommens oder Komponenten solcher Munition seit Mai 2008 entwickeln oder herstellen, (2) bei ihnen keine Nachweise für die Beendigung der Herstellung im Laufe des nächsten Jahres vorliegen und (3) bei ihnen Verbindungen zu Finanzinstituten bzw. -institutionen nachzuweisen sind.¹⁰ Erfasst wurden alle Unternehmen, die einen, wenn auch nur marginalen Anteil ihres Umsatzes mit Streumunition erzielen.¹¹ Diese Liste beinhaltet insgesamt sieben Hersteller¹² (USA: 4, Südkorea: 2, Singapur: 1), erhebt aber mangels umfassender Transparenz über die Hersteller von Streumunition keinen Anspruch auf Vollständigkeit.¹³

Als Investitionen erfasst der Bericht drei grob unterscheidbare Formen von Finanzdienstleistungen an Streumunitionshersteller: „commercial banking“, „investment banking“ und „Vermögensmanagement“.¹⁴ Unter „commercial banking“ wird dabei vor allem die Vergabe von Krediten verstanden, während „investment banking“ sowohl Finanzberatungs-

Munition enthält weniger als zehn explosive Submunitionen, ii) jede explosive Submunition wiegt mehr als vier Kilogramm, iii) jede explosive Submunition ist dazu bestimmt, ein einzelnes Zielobjekt zu erfassen und zu bekämpfen, iv) jede explosive Submunition ist mit einem elektronischen Selbstzerstörungsmechanismus ausgestattet, v) jede explosive Submunition ist mit einer elektronischen Selbstdeaktivierungseigenschaft ausgestattet.“ (eigene Hervorhebung).

⁶ Art. 21 Abs. 3 CCM lautet: „(...) Unbeschadet des Artikels 1 und in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht können Vertragsstaaten, ihr Militärpersonal oder ihre Staatsangehörigen militärische Zusammenarbeit und militärische Einsätze mit Staaten durchführen, die nicht Vertragsparteien dieses Übereinkommens sind und die möglicherweise Tätigkeiten vornehmen, die einem Vertragsstaat verboten sind.“ Art. 21 Abs. 4 CCM bestimmt: „(...) Durch Absatz 3 wird ein Vertragsstaat nicht ermächtigt, a) Streumunition zu entwickeln, herzustellen oder auf andere Weise zu erwerben, b) selbst Streumunition zu lagern oder weiterzugeben, c) selbst Streumunition einzusetzen oder d) ausdrücklich um den Einsatz von Streumunition in Fällen zu ersuchen, in denen die Wahl der eingesetzten Munition seiner ausschließlichen Kontrolle unterliegt.“ Vgl. näher E. Schwager, *The Question of Interoperability – Interpretation of Articles 1 and 21 of the Convention on Cluster Munitions (CCM)*, in: *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* 21 (2008), S. 247–250 und *dies.*, *Zur Auslegung der Art. 1 und 21 der Konvention über Streumunition*, Handicap International, Juli 2008, unter: http://www.streubomben.de/fileadmin/redaktion/pdf/jur_kommentar_vertrag_streumunition.pdf (am 31. August 2010).

⁷ IKV Pax Christi / Netwerk Vlaanderen, *Worldwide Investments in Cluster Munitions – A Shared Responsibility – April 2010 Update*, Utrecht 2010, unter: <http://www.ikvpaxchristi.nl> (am 31. August 2010).

⁸ *Id.*, S. 17 ff.

⁹ *Id.*, S. 22.

¹⁰ *Id.*, S. 26 ff., sog. „Red Flag List“.

¹¹ *Id.*, S. 27.

¹² *Id.*, S. 28 ff. Bei den aufgelisteten Unternehmen handelt es sich um: Alliant Techsystems (USA), Hanwha (Südkorea), L-3 Communications (USA), Lockheed Martin (USA), Poongsan (Südkorea), Singapore Technologies Engineering (Singapur) und Textron (USA).

¹³ *Id.*, S. 23.

¹⁴ Vgl. zum Ganzen *id.*, S. 32 f.

dienstleistungen als auch den Verkauf von Anteilen an Investoren umfasst. „Vermögensmanagement“ umfasst zum einen den Kauf von Unternehmensanteilen durch den Finanzdienstleister für Dritte, beispielsweise im Rahmen der Verwaltung eines Investmentfonds, an dem Dritte Anteile besitzen. Aber auch der Kauf von Unternehmensanteilen für das Dienstleistungsunternehmen selbst wird laut dem Bericht als Vermögensmanagement verstanden.¹⁵

Sämtliche Finanzdienstleister oder Finanzinstitute, die nachweislich eine oder mehrere dieser Formen von Investitionsverbindungen zu Herstellerunternehmen von Streumunition unterhalten – unabhängig davon, wie bedeutend die Verbindung für den Hersteller oder den Finanzdienstleister ist¹⁶ –, sind in dem Bericht aufgeführt. Unerheblich war auch, ob die Investitionen generell dem Unternehmen oder dem Streumunitionszweig des Unternehmens zufließen.¹⁷ Von den 146 aufgelisteten Finanzdienstleistern stammen immerhin 44 aus Unterzeichnerstaaten des Oslo-Übereinkommens.¹⁸

Auch folgende deutsche Finanzinstitute finden in dem Bericht Erwähnung: Allianz¹⁹, Bayerische Landesbank²⁰, Commerzbank²¹, Deutsche Bank²², Universal Investment²³ und WestLB²⁴. Während die Dienstleistungen der Allianz und von Universal Investment in den Bereich des Vermögensmanagements fallen, stehen die Bayerische Landesbank, die Commerzbank und die WestLB jeweils durch Beteiligungen an Krediten in Verbindung zu Streumunitionsherstellern. Die Deutsche Bank sticht hervor, da sie neben der Beteiligung an Kreditvergabe und Vermögensmanagement mehrfach Dienstleistungen im Bereich des Investmentbankings, vor allem die Erteilung von Garantien für Anleihen für den US-Hersteller Textron, durchführte. Aus diesem Grund ist besonders die Deutsche Bank in den Fokus der Kritik deutscher NGOs geraten.²⁵ Im Bericht der drei CMC-Mitgliedsorganisationen wird die Deutsche Bank als eine der „top 5 of largest Investment Banking Services providers in our Hall of Shame“ geführt. Die Deutsche Bank ist danach auf Platz vier hinter der Bank of America (USA), JP Morgan Chase (USA), Goldman Sachs (USA) und vor HSBC (Großbritannien).²⁶

Die diesen Finanzdienstleistern in der „hall of fame“ gegenübergestellte Liste von Banken mit transparenter Ausschlusspolitik gegenüber Streumunitionsunternehmen enthält neben „ethischen“ Banken und Staatsfonds auch Banken mit konventionellem Geschäftsmodell. Auffallend ist, dass diese alle aus Skandinavien oder den Beneluxstaaten stammen.²⁷

Insgesamt dürfte der Bericht erheblich dazu beigetragen haben, Investitionen in Streumunition entwickelnde bzw. herstellende Unternehmen öffentlich zu problematisieren und in der politischen Diskussion zu verankern.

3. Rechtslage

Ein ausdrückliches Investitionsverbot in Streumunition entwickelnde bzw. herstellende Unternehmen ist im Übereinkommen über Streumunition nicht geregelt. Wenn überhaupt kann es deshalb nur aus den anderen Verbotstatbeständen des Artikels 1 Absatz 1 CCM heraus entwickelt werden. In Betracht kommen Artikel 1 Absatz 1 lit. b) CCM (Erwerbs- und Weitergabeverbot) und Artikel 1 Absatz 1 lit. c) CCM (Unterstützungsverbot).

3.1. Erwerbs- und Weitergabeverbot gemäß Artikel 1 Absatz 1 lit. b) CCM

Gemäß Artikel 1 Absatz 1 lit. b) CCM ist jeder Vertragsstaat verpflichtet, unter keinen Umständen jemals „*Streumunition (...) auf andere Weise zu erwerben (...) oder an irgendjemanden unmittelbar oder mittelbar weiterzugeben*“. „Weitergabe“ umfasst dabei neben der physischen Verbringung von Streumunition in ein staatliches oder aus einem staatlichen Hoheitsgebiet auch die Übertragung des Rechts an Streumunition und der Kontrolle über Streumunition (Artikel 2 Ziffer 8 CCM). Da jedoch selbst die mittelbare Übertragung eines Rechts an Streumunition voraussetzt, dass die entsprechende Munition bereits entwickelt und hergestellt ist, bietet selbst die weite Fassung des Erwerbs- und Weitergabeverbots des Artikels 1 Absatz 1 lit. b) CCM keine Grundlage für ein Verbot von Investitionen in Unternehmen, die Streumunition herstellen oder entwickeln. Artikel 1 Absatz 1 lit. b) CCM ist als weit gefasstes Handelsverbot mit bereits entwickelter und hergestellter, also physisch bereits existenter Streumunition zu verstehen. Das Investitionsverbot ist deshalb nicht im Erwerbs- und Weitergabeverbot des Artikels 1 Absatz 1 lit. b) CCM enthalten.

3.2. Unterstützungsverbot gemäß Artikel 1 Absatz 1 lit. c) CCM

Gemäß Artikel 1 Absatz 1 lit. c) CCM verpflichten sich die Vertragsstaaten, unter keinen Umständen jemals „*irgendjemanden zu unterstützen, zu ermutigen oder zu veranlassen, Tätigkeiten vorzunehmen, die einem Vertragsstaat aufgrund dieses Übereinkommens verboten sind*“. Den Vertragsstaaten ist es nach Artikel 1 Absatz 1 lit. b) CCM unter anderem verboten, Streumunition zu entwickeln und herzustellen. Fraglich ist, ob das Unterstützungsverbot auch ein Investitionsverbot in Streumunition entwickelnde bzw. herstellende Unternehmen beinhaltet.

Da ein ausdrückliches Investitionsverbot nicht zu erkennen ist, bedarf es der Auslegung des Artikels 1 Absatz 1 lit. c) CCM. Grundlage für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge ist nach Artikel 31–33 Wiener Vertragsrechtskonvention²⁸ (WVK) der Wortlaut des Vertrages unter Berücksich-

¹⁵ Vgl. zu diesen Definitionen und Unterscheidungen *id.*, S. 32 f.

¹⁶ *Id.*, S. 33.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Id.*, S. 21.

¹⁹ *Id.*, S. 35.

²⁰ *Id.*, S. 39.

²¹ *Id.*, S. 44.

²² *Id.*, S. 45 f.

²³ *Id.*, S. 68.

²⁴ *Id.*, S. 71.

²⁵ Vgl. <http://www.streubomben.de/die-laender/investitionen.html> (am 31. August 2010).

²⁶ IKV Pax Christi / Netwerk Vlaanderen, Worldwide Investments in Cluster Munition – A Shared Responsibility – Summary and Key Findings, Update April 2010, Utrecht 2010, <http://www.ikvpaxchristi.nl/files/Documenten/wap%20cluster%20munitie/Clustermunition/Stop%20Explosive%20Investments/2010%20final%20Key%20findings.pdf> (am 31. August 2010), S. 5.

²⁷ IKV Pax Christi / Netwerk Vlaanderen, a.a.O. (Fn. 7), S. 76 ff.

²⁸ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge v. 23. Mai 1969, U.N.T.S. Vol. 1155, S. 331; deutsche Fassung in: BGBl. 1985 II, S. 927.

tigung des Inhalts, des Ziels und Zwecks sowie der von den Vertragsstaaten tatsächlich geübten Vertragspraxis. Ergänzend können die „travaux preparatoires“, also die den Vertragsschluss vorbereitenden Verhandlungsdokumente, herangezogen werden, um eine mit den vorgenannten Auslegungsmethoden gefundene Bedeutung zu stützen oder bei der eindeutigen Bestimmung einer sonst zweideutig bleibenden Vertragsklausel zu helfen.²⁹

3.2.1. Argumente für eine weite Auslegung des Begriffs „Unterstützen“

Systematik und Wortlaut des Artikels 1 Absatz 1 lit. c) CCM deuten auf ein weites Verständnis des Begriffs „Unterstützen“ hin. So räumt das Oslo-Übereinkommen dem Unterstützungsverbot systematisch den gleichen Rang wie den anderen Verboten des Artikels 1 Absatz 1 CCM ein. Zudem legt die einleitende Formulierung des Artikels es nahe, dass ein umfassender Verbotstatbestand geschaffen werden sollte: Die Vertragsstaaten verpflichten sich, „*unter keinen Umständen jemals (...) c) irgendjemanden zu unterstützen, zu ermutigen oder zu veranlassen, Tätigkeiten vorzunehmen, die einem Vertragsstaat aufgrund dieses Abkommens verboten [sind]*“ (eig. Hervorhebung). Die Formulierung „*unter keinen Umständen jemals*“ macht deutlich, dass den Vertragsstaaten keine temporären oder sachlichen Ausweich- oder Rechtfertigungsmöglichkeiten zustehen sollen, also Ziel des Artikels die Formulierung eines umfassenden Verbots ist.

Unzweifelhaft sind durch das Wort „irgendjemanden“ auch Unterstützungshandlungen gegenüber nicht-staatlichen Akteuren verboten. Selbst wenn das primäre Augenmerk der Vertragsstaaten darauf gelegen haben sollte, auf diese Weise nicht-staatliche Konfliktparteien in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten zu erfassen,³⁰ schließt der Wortlaut der Norm auch private Unternehmen und Individuen mit ein. Die Vertragsstaaten des Oslo-Übereinkommens sind also verpflichtet, Unterstützungshandlungen an Nichtvertragsstaaten ebenso zu unterlassen wie die Unterstützung von Unternehmen als nicht-staatliche Akteure. Für private Akteure in den Vertragsstaaten des Übereinkommens wird das Unterstützungsverbot dann verpflichtend über die von den Vertragsstaaten nach Artikel 9 CCM zu erlassenden nationalen Umsetzungsakte.

Aus Systematik und Wortlaut ergeben sich daher keine einschränkenden Vorgaben an ein „Unterstützen“, vielmehr aber Indizien für eine weite Auslegung. Auch bei Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Vertrages wird die Vermutung zugunsten einer weiten Auslegung des Artikels weiter gestärkt. Ziel des Oslo-Übereinkommens ist es, das durch Streumunition verursachte Leiden umfassend auszuschließen.³¹ Im Lichte dieses Vertragszwecks und im Hinblick auf eine Vertragsinterpretation, die auf eine effektive Wirksamkeit der Vertragsregelungen bedacht ist, erscheint eine weite Auslegung des Begriffs „Unterstützen“, die Investitionen in Streumunition entwickelnde bzw. herstellende Unternehmen umfasst, gerechtfertigt. Dementsprechend kann die von den Nichtregierungsorganisationen IKV Pax Christi und Netwerk Vlaanderen, den Initiatoren der NGO-Kampagne „Stop Explosive Investments“³², verfochtene Ansicht, dass auch Investitionen, verstanden als aktive Entscheidungen von Finanzdienstleistern, die auf einer klaren Analyse des

jeweiligen Unternehmens und seiner wirtschaftlichen Pläne beruhen, ein „Unterstützen“ im Sinne dieses Artikels darstellen,³³ durchaus als vertretbar eingeschätzt werden.

Betrachtet man nur direkte Investitionen – insbesondere projektbezogene Kredite oder Bürgschaften – für Unternehmen, die ausschließlich Streumunition herstellen oder die finanzielle Mittel projektbezogen für die Entwicklung oder Herstellung von Streumunition erhalten, erscheint dieses Ergebnis geradezu zwingend. Eine derart klar erkennbare finanzielle Förderung der Herstellung oder Entwicklung von Streumunition dürfte bei unbefangener Betrachtung wohl als „Unterstützen“ im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 lit. c) CCM zu werten sein, insbesondere wenn man sich Systematik des Artikels 1 und Telos des Oslo-Übereinkommens vergegenwärtigt. Allerdings hat eine Beschränkung des Unterstützungsverbots auf Investitionen in Unternehmen, die ausschließlich Streumunition herstellen, wenig Wirkung, da zumindest alle sieben Unternehmen, die in dem NGO-Bericht aufgeführt werden, außer Streumunition noch andere Geschäftszweige unterhalten.³⁴

3.2.2. Argumente für eine enge Auslegung des Begriffs „Unterstützen“

Allerdings bestehen auch Anhaltspunkte dafür, ein engeres Verständnis der Norm zugrunde zu legen. So ist zu konstatieren, dass sich kein Punkt in der Präambel des CCM konkret auf eine wirtschaftliche Komponente beim Verbot von Streumunition bezieht. Dies kann als Beleg dafür gesehen werden, dass die Vertragsparteien ein Investitionsverbot zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht beabsichtigten.

Für ein engeres Normverständnis spricht auch, dass eine solche Auslegung unter dem insoweit nahezu gleichlautenden Artikel 1 Absatz 1 lit. c)³⁵ des 1997 unterzeichneten Übereinkommens über das Verbot des Einsatzes, der Lagerung, der Herstellung und der Weitergabe von Antipersonenminen und über deren Vernichtung (Ottawa-Konvention)³⁶ bisher nicht diskutiert worden ist.³⁷ Diese Konvention bildete textlich

²⁹ Vgl. zum Ganzen *M. Fitzmaurice, The Practical Working of the Law of Treaties*, in: *M. Evans, International Law*, 2. Aufl., Oxford 2006, S. 187–213, 198 ff.

³⁰ Vgl. *B. Docherty, Breaking New Ground: The Convention on Cluster Munitions and the Evolution of International Humanitarian Law*, in: *Human Rights Quarterly* 31 (2009), S. 934–963, 959 ff.

³¹ Vgl. Präambel des Übereinkommens über Streumunition, Erwägungspunkt 2.

³² Vgl. unter: <http://www.stopexplosiveinvestments.org/> (am 31. August 2010).

³³ IKV Pax Christi / Netwerk Vlaanderen, a.a.O. (Fn. 7), S. 24.

³⁴ *Id.*, S. 26 ff.

³⁵ „*Each State Party undertakes never under any circumstances (...) c) to assist, encourage or induce, in any way, anyone to engage in any activity prohibited to a State Party under this Convention.*“

³⁶ BGBl. 1998 II, S. 779.

³⁷ Vgl. zu diesem Punkt vor allem Landmine Monitor, *The Prohibition on Assistance in the Mine Ban Treaty*, Prepared by Human Rights Watch, May 2009, Factsheet, unter: <http://www.the-monitor.org/index.php/content/view/full/24111> (am 31. August 2010). Im Report des Standing Joint Committee on Treaties des australischen Parlaments zum Umsetzungsgesetz der CCM wird auch darauf hingewiesen, dass im Mine Ban Treaty „assist“ nur als „*direct physical participation in any activity prohibited by the Convention*“ verstanden wird (Rn. 3.58), unter: <http://www.aph.gov.au/house/committee/jsc/13may2009/report/chapter3.pdf> (am 31. August 2010).

das Vorbild für das Oslo-Übereinkommen. Zwar haben die Vertragsstaaten auch zum dort festgeschriebenen Unterstützungsverbot unterschiedliche Interpretationen vertreten; diese betrafen allerdings in erster Linie die Frage, wie das Unterstützungsverbot im Zusammenhang mit gemeinsamen Militäroperationen mit Nichtvertragsstaaten, die Landminen nutzen, zu verstehen sei.³⁸

Allein Norwegen kann als Beispiel für eine relevante Staatenpraxis für Investitionsverbote in Landminen angeführt werden. Die Entscheidung des norwegischen Finanzministeriums, Singapore Technologies als Landminen produzierendes Unternehmen aus dem „Investmentuniversum“ seines Petroleum (Staats-)Fonds³⁹ auszuschließen,⁴⁰ kann als Staatenpraxis gewertet werden,⁴¹ nach der das Unterstützungsverbot der Ottawa-Konvention auch ein Investitionsverbot umfasst. Das Finanzministerium Norwegens stützte seine Entscheidung auf ein Gutachten der norwegischen „Advisory Commission on International Law“. Diese zur Verwaltung des Fonds geschaffene beratende Kommission hatte aufgrund einer rechtlichen Analyse befunden, dass das Unterstützungsverbot in Artikel 1 Absatz 1 lit. c) Ottawa-Konvention unter Berücksichtigung von Wortlaut und Sinn und Zweck der Konvention auch Investitionen umfasse und daher selbst geringe Anteile des norwegischen Staatsfonds an Landminen herstellenden Unternehmen eine Verletzung der Ottawa-Konvention implizieren könnten.⁴² Der „Advisory Council of Ethics“, der ab 2004 die „Advisory Commission on International Law“ als beratendes Gremium ersetzte, ist dieser Einschätzung gefolgt.⁴³ Einschränkung ist anzumerken, dass sowohl die „Advisory Commission on International Law“ als auch der „Advisory Council of Ethics“ ihre Empfehlungen an das norwegische Finanzministerium zwar auf der Grundlage rechtlicher Einschätzungen aussprechen, aber nicht das Mandat zu rechtlich zwingenden Feststellungen haben.⁴⁴ Letztlich beruht aber die Entscheidung des norwegischen Finanzministeriums, Investitionen zu untersagen, als das maßgebliche Staatshandeln auf den juristisch geprägten Gutachten dieser beratenden Gremien, sodass vom Handeln in einer entsprechenden *opinio iuris* auszugehen ist.

Trotz der weitergehenden Auffassung Norwegens ist aber festzuhalten, dass die Vertragsstaaten der Ottawa-Konvention eine solche Lesart des Unterstützungsverbots nicht übernommen oder weiter diskutiert haben. Somit ist nicht davon auszugehen, dass beim Aufgreifen der Formulierung in Artikel 1 Absatz 1 lit. c) CCM die Verankerung eines Investitionsverbotes gewollt war. Diese Schlussfolgerung ist für die Vertragsinterpretation des Oslo-Übereinkommens von besonderer Bedeutung, da gemäß des „principle of contemporaneity“ den Bestimmungen eines Vertrages grundsätzlich das Verständnis zugrunde zu legen ist, welches ihnen von den Vertragsparteien bei Vertragsschluss gegeben wurde.⁴⁵

3.2.3. „Travaux Preperatoires“

Zur Stützung einer weiten Auslegung, nach der ein Investitionsverbot im Unterstützungsverbot aus Artikel 1 Absatz 1 lit. c) CCM enthalten wäre, bietet die Dokumentation der Vertragsverhandlungen im Rahmen des Oslo-Prozesses kaum Anhaltspunkte. Bei den Beratungen zu Artikel 1 Absatz 1 CCM wurde diese Frage von den verhandelnden Staa-

ten nicht diskutiert. Stattdessen wurde unter der Überschrift „Inter-operability“ intensiv besprochen, welche Pflichten einen Vertragsstaat treffen, wenn seine Truppen an einer gemeinsamen Militäroperation mit Streumunition anwendenden Nichtvertragsstaaten beteiligt sind. Diese mit den Erfahrungen mit der Ottawa-Konvention verbundene Diskussion sollte schließlich durch die Einfügung des speziellen Artikels 21 Absätze 3 und 4 CCM⁴⁶ gelöst werden, wenngleich immer noch zum Teil ungelöste Rechtsfragen bestehen. Einziger Anhaltspunkt, der eine ein Investitionsverbot umfassende Auslegung stützen könnte, ist eine Erklärung des Vertreters

³⁸ Ausführlich Landmine Monitor, The Prohibition on Assistance in the Mine Ban Treaty, Prepared by Human Rights Watch, May 2009, Factsheet, unter: <http://www.the-monitor.org/index.php/content/view/full/24111> (am 31. August 2010).

³⁹ Der „Petroleum Fund“ war der Vorläufer des jetzigen „Government Pension Fund – Global“.

⁴⁰ Vgl. Angaben zur Entscheidung v. 26. April 2002 unter: <http://www.regjeringen.no/en/dep/fin/Selected-topics/the-government-pension-fund/responsible-investments/History.html?id=434896> (am 31. August 2010) und in Advisory Council of Ethics, Recommendation Concerning Whether the Weapons Systems Spider and Intelligent Munition System (IMS) Might be Contrary to International Law, Oslo, 20. September 2005, unter: <http://www.regjeringen.no> (am 31. August 2010).

⁴¹ Vgl. zur rechtlichen Bewertung des Handelns von Staatsfonds im Allgemeinen und des norwegischen Pensionsfonds im Speziellen: *L.C. Backer*, Sovereign Wealth Funds as Regulatory Chameleons: The Norwegian Sovereign Wealth Funds and Public Global Governance Through Private Global Investment, in: *Georgetown Journal of International Law* 41 (2010) S. 425–500.

⁴² The Petroleum Fund Advisory Commission on International Law, Question of Whether Investments in Singapore Technologies Engineering Can Imply a Violation of Norway's International Obligations, Oslo, 22. März 2002, unter: <http://www.regjeringen.no/en/dep/fin/Selected-topics/the-government-pension-fund/responsible-investments/Advisory-Commission-Documents/Advisory-Commission.html?id=413581> (am 31. August 2010).

⁴³ Advisory Council of Ethics, Recommendation Concerning Whether the Weapons Systems Spider and Intelligent Munition System (IMS) Might be Contrary to International Law, Oslo, 20. September 2005, unter: <http://www.regjeringen.no> (am 31. August 2010); vgl. zu den Entscheidungen der Advisory Commission on International Law und dem Advisory Council of Ethics S. *Chesterman*, The Turn to Ethics: Disinvestment from Multinational Corporations for Human Rights Violations – The Case of Norway's Sovereign Wealth, in: *American University International Law Review* 23 (2008), S. 577–615.

⁴⁴ Aufgabe des „Council of Ethics“ ist es, „to provide evaluation on whether or not investment in specified companies is inconsistent with the established ethical guidelines (...)“, vgl. näher unter: http://www.regjeringen.no/en/sub/Styret-rad-utvalg/ethics_council.html?id=434879 (am 31. August 2010). Dort können die „Ethical Guidelines“ und die „List of Excluded Companies“ eingesehen werden. Vgl. zur Empfehlungspraxis des Advisory Council of Ethics S. *Chesterman*, The Turn to Ethics: Disinvestment from Multinational Corporations for Human Rights Violations – The Case of Norway's Sovereign Wealth, in: *American University International Law Review* 23 (2008), S. 577–615, 594 und 610 ff.

⁴⁵ Vgl. *M. Fitzmaurice*, The Practical Working of the Law of Treaties, in: *M. Evans*, *International Law*, 2. Aufl., Oxford 2006, S. 187–213, 199.

⁴⁶ Art. 21 Abs. 3, 4 CCM: „Unbeschadet des Artikels 1 und in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht können Vertragsstaaten, ihr Militärpersonal oder ihre Staatsangehörigen militärische Zusammenarbeit und militärische Einsätze mit Staaten durchführen, die nicht Vertragsparteien dieses Übereinkommens sind und die möglicherweise Tätigkeiten vornehmen, die einem Vertragsstaat verboten sind. (4) Durch Absatz 3 wird ein Vertragsstaat nicht ermächtigt, a) Streumunition zu entwickeln, herzustellen oder auf andere Weise zu erwerben, b) selbst Streumunition zu lagern oder weiterzugeben, c) selbst Streumunition einzusetzen oder d) ausdrücklich um den Einsatz von Streumunition in Fällen zu ersuchen, in denen die Wahl der eingesetzten Munition seiner ausschließlichen Kontrolle unterliegt.“

der britischen Delegation. Dieser wies in den Verhandlungen zu Artikel 1 CCM darauf hin, dass der Begriff „assist“ sehr unbestimmt sei und der weiteren Klärung, zum Beispiel durch eine politische Deklaration, bedürfe. In diesem Zusammenhang verdeutlichte er die Auslegung des Begriffs im nationalen Strafrecht Großbritanniens. Danach würden von dem Begriff „unterstützen“/„assist“ das Helfen, Anstiften, Beraten und Vermitteln bzw. Verschaffen der Möglichkeit der Begehung einer strafbaren Handlung erfasst.⁴⁷ Unter Zugrundelegung dieser Definition von „unterstützen“ erscheint es vertretbar, Investitionen, also die Bereitstellung von Finanzmitteln, als von Artikel 1 Absatz 1 lit. c) CCM erfasst anzusehen. Eine entsprechende Kenntnis von dem Geschäftsfeld des Unternehmens, in das investiert wird, vorausgesetzt, steckt in solchen Handlungen zumindest ein Verschaffen der Möglichkeit zur Herstellung oder Entwicklung von Streumunition. An dieser Stelle wird jedoch auch deutlich, dass in der Praxis der Nachweis der Kenntnis ein entscheidendes Problem sein dürfte. Insgesamt stützt eine Analyse der Vertragsverhandlungen eher die Annahme, dass die Vertragsstaaten ein Investitionsverbot bei der Beratung von Artikel 1 Absatz 1 lit. c) CCM nicht im Blick hatten, sondern vielmehr eine der Ottawa-Konvention entsprechende Lesart angedacht war. Wie bereits erwähnt, stand dort die Frage nach einem Investitionsverbot in Antipersonenminen herstellende Unternehmen nicht zur Diskussion.

3.2.4. Vertragspraxis

Fraglich ist jedoch, ob sich nicht nach Vertragsschluss unter den Vertragsstaaten eine Auffassung durchgesetzt hat, nach welcher Artikel 1 Absatz 1 lit. c) CCM ein Investitionsverbot enthält. Dafür sprechen eine wachsende Zahl entsprechender Interpretationserklärungen und nationaler Umsetzungsakte. Einige Vertragsstaaten (Bulgarien⁴⁸, Libanon⁴⁹, Malta⁵⁰, Mexiko⁵¹ und Ruanda⁵²) haben nach Abschluss der Vertragsverhandlungen gegenüber der NGO Human Rights Watch (HRW) erklärt, dass sie Artikel 1 Absatz 1 lit. c) CCM in dem Sinne verstehen, dass das Unterstützungsverbot auch ein Verbot von Investitionen in Streumunition entwickelnde oder herstellende Unternehmen umfasst. Selbst wenn diesen gegenüber einer NGO gemachten Erklärungen keine unmittelbare rechtliche Wirkung im Sinne einer völkerrechtlichen Staatenpraxis zukommt, haben sie dennoch wichtigen Indizcharakter, da sie, wenn auch informell, die Rechtsauffassung der jeweiligen Staaten wiedergeben. Zudem erwecken diese Erklärungen durchaus die Erwartung, dass diese Staaten in ihren Umsetzungsakten zur CCM ein Investitionsverbot vorsehen oder ihre Umsetzungsakte entsprechend anwenden werden.

Einige Vertragsstaaten haben bereits in ihren nationalen Umsetzungsakten Investitionsverbote ausdrücklich verankert. Dazu zählen Irland⁵³, Luxemburg⁵⁴ und Neuseeland⁵⁵. Allerdings bestehen deutliche Unterschiede zwischen diesen Investitionsverboten. So stellt das irische Gesetz auf direkte und indirekte Investitionen ab, beschränkt den Anwendungsbereich aber auf die Verwendung öffentlicher Gelder.⁵⁶ Im Gegensatz zur relativ ausführlichen irischen Gesetzesregelung stellen die Gesetze Luxemburgs und Neuseelands nur darauf ab, ob der Investor Kenntnis davon hat, dass die

gewährten Finanzmittel der Herstellung von Streumunition dienen.⁵⁷ In Australien⁵⁸, Dänemark⁵⁹, Frankreich⁶⁰, Norwegen⁶¹ und der Schweiz⁶² werden zurzeit nationale Rechtsakte beraten, die ebenfalls explizite Investitionsverbote vorsehen sollen. Zudem hat der neuseeländische Staatsfonds „Superannuation Fund“ in Reaktion auf die Unterzeichnung des Oslo-Übereinkommens Streumunition entwickelnde bzw. herstellende Unternehmen aus ihrem Investmentportfolios ausgeschlossen.⁶³ Dies war in Norwegen für den dortigen Staatsfonds „Government’s Pension Fund – Global“ bereits

⁴⁷ Dublin Diplomatic Conference, Doc. CCM/CW/SR/10, Summary Records of the Committee of the Whole, 26 May 2008, S. 8.

⁴⁸ Letter of the Republic of Bulgaria Ministry of Foreign Affairs to Human Rights Watch, 25. Februar 2009, unter: <http://www.the-monitor.org/cm/2009/countries/pdf/Bulgaria%20MFA%20Cluster%20Response%202.2009.pdf> (am 31. August 2010), wobei Bulgariens Position vorsichtig formuliert ist: „*The issue of investment in the production, although not expressly referred to in the text of the Convention, has to be considered in light of the general prohibition on the development and production of cluster munitions (...)*“.

⁴⁹ Letter of the Permanent Mission of Lebanon to the United Nations Office and other International Organizations in Geneva to Human Rights Watch, 10. Februar 2009, Reiteration Nr. 5, unter: <http://www.the-monitor.org/cm/2009/countries/pdf/Lebanon%20MFA%20Cluster%20Response%203.2009.pdf> (am 31. August 2010).

⁵⁰ Vgl. Cluster Munitions Coalition, Newsletter, Issue 21, April 2010, S. 5.

⁵¹ Letter to Human Rights Watch, 7. März 2009, unter: <http://www.the-monitor.org/cm/2009/countries/pdf/Mexico%20MFA%20Cluster%20Response%203.2009.pdf> (am 31. August 2010).

⁵² Vgl. IKV Pax Christi/Netzwerk Vlaanderen, Worldwide Investments in Cluster Munitions – A Shared Responsibility – April 2010 Update, Utrecht 2010, S. 105.

⁵³ Art. 11-15 Cluster Munitions und Anti-Personnel Mines Act 2008, unter: <http://www.irishstatutebook.ie/2008/en/act/pub/0020/index.html> (am 31. August 2010).

⁵⁴ Art. 3 Loi du 4 Juin 2009 portant approbation de la Convention sur les armes à sous-munitions, unter: <http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2009/0147/a147.pdf#page=2> (am 31. August 2010).

⁵⁵ Art. 10 Abs. 2 Cluster Munitions Prohibition Act, unter: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2009/0068/latest/view.pdf.aspx> (am 31. August 2010).

⁵⁶ Vgl. Definition von „investor“ und „public moneys“ in Art. 11 und die gestuften Pflichten für direkte und indirekte Investitionen in Art. 13 und 14 Cluster Munitions und Anti-Personnel Mines Act 2008.

⁵⁷ Vgl. Art. 3 Loi du 4 Juin 2009 portant approbation de la Convention sur les armes à sous-munitions und Art. 10 Abs. 2 Cluster Munitions Prohibition Act.

⁵⁸ Australian Parliament Joint Standing Committee on Treaties, Report 103, Recommendation, unter: <http://www.aph.gov.au/house/committee/jsc/13may2009/report/chapter3.pdf> (am 31. August 2010).

⁵⁹ Vgl. <http://www.armscontrol.org/print/3992> (am 31. August 2010).

⁶⁰ Vgl. Cluster Munition Coalition Newsletter 23 (2010), <http://www.stopclustermunitions.org/wp/wp-content/uploads/2010/07/cmc-newsletter-june-2010.pdf> (am 31. August 2010), S. 5: „*French Secretary of State for Defence made a powerful interpretation on investment during the debate for the adoption of the national implementation law at the French National Assembly on 6 July. He stated that, knowingly providing financial support, in a direct or indirect way, to a company that produces or trades cluster munitions, will be considered as an incitation or a support which will fall under the law. France now considers that knowingly financing, directly or indirectly, companies involved in cluster munitions production or trade is strictly forbidden.*“.

⁶¹ Vgl. http://www.clusterconvention.org/pages/pages_v/documents/NationallegislationNorway.pdf (am 31. August 2010), S. 12 f.

⁶² Vgl. http://www.responsible-investor.com/home/article/swiss_pension_funds_face_cluster_bomb_investment_ban/ (am 31. August 2010) und <http://www.streubomben.de/die-laender/schweiz.html> (am 31. August 2010).

⁶³ New Zealand Superannuation Fund, Responsible Investment in Practice Report, Juni 2009, unter: <http://www.nzsuperfund.co.nz> (am 31. August 2010), S. 8.

vor der Unterzeichnung des Oslo-Übereinkommens gängige Praxis.⁶⁴

Großbritannien hat deutlich gemacht, dass unter seiner nationalen Gesetzgebung auch ohne explizite Festschreibung eines Investitionsverbots die „direkte“ Finanzierung von Streumunition herstellenden Unternehmen verboten ist.⁶⁵ Gemeint ist damit eine Bereitstellung von Finanzmitteln, die direkt zur Herstellung von Streumunition beiträgt, im Gegensatz zur „indirekten“ Finanzierung durch die Bereitstellung von Finanzmitteln an Unternehmen, die außer Streumunition auch weitere Produkte herstellen. Diese Differenzierung sei aus dem Oslo-Übereinkommen zu folgern, das nur direkte, aber keine indirekten Investitionen verbiete.⁶⁶ Indirekter Finanzierung von Streumunitionsproduktion will die britische Regierung mit freiwilligen Selbstverpflichtungen der Finanzdienstleister begegnen.⁶⁷

Die deutsche Bundesregierung vertritt demgegenüber eine restriktivere Auffassung. Dies wurde in ihrer Antwort auf eine mündliche Anfrage aus dem Deutschen Bundestag vom 16. Juni 2010 deutlich.⁶⁸ Die Anfrage war darauf gerichtet, ob die Bundesregierung die Auffassung teilt, dass die Finanzgeschäfte der Deutschen Bank AG mit Firmen, die Streumunition herstellen, gegen das gesetzliche Verbot des Förderns, der Entwicklung, der Herstellung und der Ausfuhr von Streumunition nach § 18 a des Kriegswaffenkontrollgesetzes (KWKG)⁶⁹ verstoßen. Zudem war die Frage zu beantworten, was die Bundesregierung unternimmt, um dieses gesetzliche Verbot durchzusetzen und die Verantwortlichen gemäß § 20 a KWKG zur Rechenschaft zu ziehen.

Die deutsche Bundesregierung stellte in ihrer Antwort klar, dass „[m]it §§ 18 a und 20 a KWKG (...) die im Übereinkommen über Streumunition (...) übernommenen völkerrechtlichen Verpflichtungen in nationales Recht umgesetzt [werden]. Danach sind die Entwicklung, Herstellung und Ausfuhr von Streumunition sowie das Fördern dieser Aktivitäten verboten. Regelungen zu Finanzierungsfragen oder aktienrechtlichen Bestimmungen im Zusammenhang mit Streumunition sind im KWKG nicht getroffen worden. Entsprechende Verpflichtungen zur Regelung dieser Sachverhalte finden sich auch nicht im Oslo-Übereinkommen selbst. Ob die in der Frage angesprochenen ‚Finanzgeschäfte‘, die der Bundesregierung im Einzelnen nicht bekannt sind, als ein ‚Fördern‘ im Sinne von §§ 18 a, 20 a KWKG anzusehen sind, kann nur einzelfallbezogen beantwortet werden. Zu abstrakten Rechtsfragen nimmt die Bundesregierung grundsätzlich keine Stellung.“ Damit positioniert sich die Bundesregierung gegen ein aus dem Oslo-Übereinkommen folgendes Investitionsverbot, auch wenn sie ihre Aussage insoweit einschränkt, als im Einzelfall auch „Finanzgeschäfte“ vom Verbot des „Förderns“ in § 18 a KWKG erfasst sein könnten.⁷⁰

In den Niederlanden ist ein Vorschlag zum Verbot der Investitionen in Streumunition aus der Mitte des Parlaments durch die Regierung mit dem Argument abgelehnt worden, dies sei reine „Symbolgesetzgebung“.⁷¹ Die (alte) niederländische Regierung hat gegenüber HRW die Auffassung geäußert, Investitionen in Streumunition herstellende Unternehmen verstießen zwar nicht gegen den Wortlaut, aber gegen den „Geist“ der Konvention. Ihrer Ansicht nach müssten private Banken aufgrund von freiwilligen Standards dazu

gebracht werden, von Investitionen in Streumunition herstellende Unternehmen Abstand zu nehmen.⁷² Allerdings ist nach den Neuwahlen im Juni 2010 eine Neuverhandlung des Themas möglich.⁷³

⁶⁴ Vgl. folgende Entscheidungen des norwegischen Finanzministeriums: Allied Techsystems Inc (31. August 2005), General Dynamics Corporation (31. August 2005), L3 Communications Holdings Inc (31. August 2005), Lockheed Martin Corp (31. August 2005), Raytheon Co. (31. August 2005), Poongsan Corporation (30. November 2006), Hanwha Corporation (31. Dezember 2007), Textron Inc. (31. Dezember 2008), dazu näher unter: <http://www.regjeringen.no> (am 31. August 2010). Das norwegische Finanzministerium ist bei diesen Entscheidungen jeweils den Empfehlungen des „Advisory Council“ gefolgt, der in der Empfehlung bezüglich Textron Inc. vom 26. August 2008 seine Definition von Streumunition der Definition im Vertragstext der CCM angepasst hat.

⁶⁵ Schriftliche Stellungnahme des Europaministers *Chris Bryant* v. 7. Dezember 2009, abgedruckt in: House of Commons Library, Cluster Munitions (Prohibitions) Bill [HL], Research Paper 10/11, 11. Februar 2010, S. 17 f.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.* Vgl. <http://www.unpri.org> (am 31. August 2010) als Beispiel für eine Initiative für freiwillige Selbstverpflichtungen von Unternehmen zu „Responsible Investments“ unter dem Dach der Vereinten Nationen. NGOs aus dem Bereich der Rüstungskontrolle begrüßen diese Initiative zwar, aber kritisieren auch, dass bei dieser Initiative die Produktion geächteter Waffen wie Streumunition nicht explizit in die Kriterien für verantwortliches Investment aufgenommen wurde, vgl. <http://www.ethisches-investment.info/startseite?PHPSESSID=d7re0um8hfi227o5jnmrvuia2> (am 31. August 2010).

⁶⁸ Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Antwort durch den Parlamentarischen Staatssekretär Ernst Burgbacher (MdB) auf Frage Nr. 96 in der Fragestunde des Deutschen Bundestages am 16. Juni 2010, BT-Plenarprotokoll 17/48 v. 16. Juni 2010, Anlage 59.

⁶⁹ Ausführungsgesetz zu Artikel 26 Abs. 2 des Grundgesetzes (Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen) in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. November 1990, BGBl. 1990 I, S. 2506, zuletzt geändert durch Art. 2 G zu dem Übereinkommen vom 30. Mai 2008 über Streumunition v. 6. Juni 2009, BGBl. 2009 II, S. 502.

⁷⁰ Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, a.a.O. (Fn. 68). In der Kommentarliteratur zum Kriegswaffenkontrollgesetz wird dieses Problem nicht behandelt, vgl. *J. Steindorf / B. Heinrich / C. Papsthart*, Waffenrecht, 9. Aufl., München 2010, Kriegswaffenkontrollgesetz-Heinrich, § 18 a Rn. 4, § 19 Rn. 5; *G. Erbs / M. Kohlhaas*, Strafrechtliche Nebengesetze, Band II, 178. Ergänzungslieferung, München 2010, Kriegswaffenkontrollgesetz-Lampe § 18 a Rn. 5, § 19 Rn. 5. Allgemein ist zum Begriff des „Förderns“, der im Kriegswaffenkontrollgesetz auch bezüglich ABC-Waffen verwendet wird, teilweise die Auffassung vertreten worden, dies umfasse auch „die finanzielle Unterstützung eines solchen Waffenprojekts, auch in der Form kapitalmäßiger Beteiligung an einem darauf gerichteten ausländischen Unternehmen“, vgl. *D. Holthausen*, Zum Tatbestand des Förderns in den neuen Strafvorschriften des Kriegswaffenkontrollgesetzes (§§ 16–21 KWKG), in: Neue Juristische Wochenschrift 44 (1991), S. 203–207, 204. In der Rechtsprechung zum Kriegswaffenkontrollgesetz ist der Begriff des „Förderns“ noch nicht in Bezug auf Investitionen ausgelegt worden, vgl. LG Stuttgart, Urt. v. 1. Oktober 1996, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 17 (1997), S. 288–290; OLG Stuttgart, Beschl. v. 22. Mai 1997, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungsreport 3 (1998), S. 63; BGH, Beschl. v. 26. Oktober 2005, GSSt 1/05; BGH, Beschl. v. 26. März 2009 – StB 20/08.

⁷¹ Vgl. <http://www.nu.nl/binenland/2216842/geen-verbod-investeringen-clustermunitie.html> (am 31. August 2010); http://www.ikvpaxchristi.nl/files/Documenten/wap%20cluster%20munitie/Gewijzigde%20motie%20van%20velzen_van%20dam%20investeringen%20clustermunitie.pdf (am 31. August 2010) (Antrag der Parlamentarier *van Velzen* und *van Dam*, 8. Dezember 2009).

⁷² Ministerie van Buitenlandse Zaken, Letter to Human Rights Watch, 26. Februar 2009, unter: <http://www.the-monitor.org/cm/2009/countries/pdf/Netherlands%20MFA%20Cluster%20Response%203%202009.pdf> (am 31. August 2010).

⁷³ Vgl. http://www.telegraaf.nl/binenland/6425606/_Geen_verbod_investeringen_clustermunitie_.html?cid=rss http (am 31. August 2010).

Belgien hatte bereits vor der Unterzeichnung des Oslo-Übereinkommens ein nationales Gesetz erlassen, das Investitionen in Streumunition herstellende Unternehmen verbietet,⁷⁴ und ist daher als Befürworter eines Investitionsverbots einzuschätzen. Als zeitlicher Vorläufer zum Oslo-Übereinkommen kann dieses Gesetz aber nicht als Nachweis dafür dienen, dass der belgische Staat die Rechtsüberzeugung teilt, das Oslo-Übereinkommen sehe ein solches Verbot vor. Ebenso wenig vermag dies die vom Europäischen Parlament am 25. Oktober 2007 verabschiedete rechtlich unverbindliche Resolution „Towards a Global Treaty to Ban all Cluster Munitions“⁷⁵, in der das Europäische Parlament sich für die Aushandlung eines völkerrechtlichen Vertrages ausspricht, der unter anderem die Finanzierung von Streumunition verbieten soll.⁷⁶

Insgesamt kann man festhalten, dass von den 108 Unterzeichnerstaaten des Oslo-Übereinkommens 15 Staaten, nämlich Australien, Belgien, Bulgarien, Dänemark, Frankreich, Großbritannien, Irland, Libanon, Luxemburg, Malta, Mexiko, Neuseeland, Norwegen, Ruanda und die Schweiz ein Investitionsverbot befürworten. Unter diesen Staaten bestehen aber deutlich differierende Auffassungen über Fragen der genauen Reichweite des Verbotes – sollen beispielsweise nur direkte oder auch indirekte Investitionen erfasst sein oder sollen neben öffentlichen auch private Investitionen dem Verbot unterfallen? Des Weiteren bleibt bei einigen Staaten, die ein Investitionsverbot befürworten, unklar, ob sie dies auch aus dem Text des Oslo-Übereinkommens ableiten oder ob sie bewusst im Interesse einer effektiveren Sanktionierung des Herstellens von Streumunition über den vom Oslo-Übereinkommen verlangten Standard hinausgehen wollen. Abgesehen vom bereits erwähnten Beispiel Belgiens ließe sich Letzteres den Beratungen des australischen Parlaments entnehmen.⁷⁷

Damit besteht zwar eine Vertragspraxis einer wachsenden Zahl von Unterzeichnerstaaten, auch Investitionen in Streumunition entwickelnde bzw. herstellende Unternehmen nationalstaatlich zu verbieten. Eine (gemeinsame) einheitliche Rechtsüberzeugung einer Mehrheit der Unterzeichnerstaaten, dass aus Artikel 1 Absatz 1 lit. c) CCM tatsächlich ein Investitionsverbot folgt, besteht indes (noch) nicht. Die bisherige Vertragspraxis der Vertragsstaaten ist daher nach bisherigem Stand nicht hinreichend, um aus dem Unterstützungsverbot des Artikels 1 Absatz 1 lit. c) CCM zwingend ein Investitionsverbot herauszulesen.

3.3. Ergebnis

Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck des Oslo-Übereinkommens liefern gute Argumente, um in dem Unterstützungsverbot des Artikels 1 Absatz 1 lit. c) CCM auch ein Investitionsverbot zu sehen. Dies gilt insbesondere für Investitionen in Unternehmen, die ausschließlich Streumunition herstellen, oder die Vergabe von Geldmitteln für konkrete Streumunitionsprojekte von Unternehmen mit verschiedenen Geschäftsfeldern.

Berücksichtigt man jedoch das maßgebliche Wortlautverständnis der Vertragsstaaten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, liegt es näher, von einer engeren Auslegung auszugehen mit dem Ergebnis, dass ein Investitionsverbot in

Streumunition entwickelnde bzw. herstellende Unternehmen als nicht von Artikel 1 Absatz 1 lit. c) CCM erfasst gilt. Die wachsende Zahl an Vertragsstaaten, die in ihren nationalen Umsetzungsakten ein Investitionsverbot festschreiben, vermag zum jetzigen Zeitpunkt noch keine hinreichende nachträglich geübte Vertragspraxis anzunehmen, um ein Investitionsverbot zwingend aus dem Oslo-Übereinkommen zu folgern.

4. Rechtsfolgen

Vertragsstaaten haben nach Artikel 26 WVK ihre Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Verträgen nach Treu und Glauben („in good faith“) zu erfüllen, und auch die Auslegung des Vertragsinhalts wird gemäß Artikel 31 WVK durch das Prinzip der Vertragsinterpretation „in good faith“ geprägt. Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass der Begriff „Unterstützen“ sowohl einer weiten als auch einer engen Auslegung zugänglich ist. Staaten, die einer engen Auslegung dieses Begriffs folgen, also kein Investitionsverbot aus Artikel 1 Absatz 1 lit. c) CCM folgern und ihre nationalen Umsetzungsakte entsprechend eng formulieren, dürften ebenso wie Staaten, die in der Rechtsüberzeugung, ein Investitionsverbot sei von Artikel 1 Absatz 1 lit. c) CCM erfasst, entsprechende Umsetzungsakte erlassen haben, ihrer Verpflichtung zur Umsetzung des Oslo-Übereinkommens „in good faith“ nachgekommen sein. Daher ist bislang nicht von einer völkerrechtlichen Verantwortlichkeit wegen mangelnder Umsetzung des Oslo-Übereinkommens auszugehen. Allerdings sollte im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit der Vertragsstaaten eine möglichst zeitnahe Klärung dieser Frage erfolgen. Dauerhaft ist eine derart unterschiedliche Auslegung des Unterstützungsverbots der CCM jedenfalls nicht wünschenswert.

Sollte sich die Auffassung durchsetzen, dass dem Unterstützungsverbot des Oslo-Übereinkommens auch ein Investitionsverbot zu entnehmen ist, käme auch eine völkerrechtliche Verantwortung eines Vertragsstaates als direktem Adressaten des Unterstützungsverbots in Betracht, wenn dem Staat zurechenbare private Akteure verbotene Investitionen in Streumunition herstellende bzw. entwickelnde Unternehmen vornehmen. Zwar erkennt auch das Völkerrecht grundsätzlich an, dass staatliche Unternehmen als eigene

⁷⁴ Art. 8 Wet houdende regeling van economische en individuele activiteiten met wapens/Art. 8 Loi réglant des activités économiques et individuelles avec des armes, unter: http://www.juridat.be/cgi_loi/loi_N.pl?cn=2006060830 (am 31. August 2010).

⁷⁵ European Parliament Resolution of 25 October 2007: Towards a Global Treaty to Ban all Cluster Munitions, Doc. P6 TA(2007)0484.

⁷⁶ Vgl. Punkt 12 (a) der Resolution.

⁷⁷ Obwohl die australische Regierung dem zuständigen Komitee gegenüber erklärt hatte, es wäre zweifelhaft, ob Investitionen in Streumunition herstellende oder entwickelnde Unternehmen nach dem Oslo-Übereinkommen verboten seien, hatte das Komitee die Empfehlung ausgesprochen, dass im nationalen Umsetzungsakt Investitionen australischer Rechtspersonen in Streumunition herstellende oder entwickelnde Unternehmen verhindert werden sollten. Vgl. Australian Parliament Joint Standing Committee on Treaties, Report 103, unter: <http://www.aph.gov.au/house/committee/jsc/13may2009/report/chapter3.pdf> (am 31. August 2010), vgl. para. 3.59 und Recommendation am Ende.

Rechtspersönlichkeiten als vom Staat getrennt anzusehen sind.⁷⁸ Wenn aber der Staat das Verhalten des Unternehmens maßgeblich leitet oder kontrolliert oder das staatliche Unternehmen öffentliche Gewalt ausübt, besteht trotz der separaten Rechtspersönlichkeit des Unternehmens nach den Regeln der Staatenverantwortlichkeit eine völkerrechtliche Verantwortung des Staates.⁷⁹ Dies könnte vor allem von Relevanz sein für staatliche Unternehmen und Banken sowie für Staatsfonds, die teilweise gezielt zur Erreichung öffentlicher Zwecke und zur Durchsetzung staatlicher Politik gelenkt werden.

5. Empfehlungen für das weitere Verfahren im Rahmen des Oslo-Prozesses

Eine zeitnahe Klärung der Frage nach einem möglichen Einschluss des Investitionsverbots in Artikel 1 Absatz 1 lit. c) CCM könnte noch im Jahr 2010 möglich sein, denn das Oslo-Übereinkommen eröffnet den Vertragsstaaten mehrere Möglichkeiten, um nachträglich Interpretationsfragen, und damit auch Fragen nach einem Investitionsverbot, zu klären. Artikel 11 CCM sieht regelmäßige Treffen der Vertragsstaaten vor, um alle Angelegenheiten in Bezug auf die Anwendung oder Durchführung des Oslo-Übereinkommens zu prüfen und erforderlichenfalls diesbezüglich Beschlüsse zu fassen. Dazu gehört unter anderem die Überprüfung der Wirkungsweise und des Status des Oslo-Übereinkommens (Artikel 11 Absatz 1 lit. a) CCM). Dieses erste Treffen wird vom 8. bis 12. November 2010 in Vientiane/Laos stattfinden. Hier könnte die Problematik der Investitionen und eines möglichen Verbotes gemäß Artikel 1 Absatz 1 lit. c) CCM geklärt und ein entsprechender Beschluss gefasst werden – vorausgesetzt, es kommt zu einer entsprechenden Einigung. Die 15 Staaten, die ein Investitionsverbot befürworten, sollten bereits im Vorbereitungsprozess für diese Konferenz, spätestens aber auf der Konferenz selbst, die Problematik ansprechen und mit Erklärungen auf die Tagesordnung bringen. Damit kann bei den anderen Vertragsstaaten das Bewusstsein für die Problematik der Investitionen geschärft und unter Umständen sogar ein Erfolg erzielt werden. Gleiches Vorgehen gilt für die NGOs, allen voran die Cluster Munition Coalition, die zwar nur als Beobachterin in Laos zugelassen werden wird, aber die Möglichkeit hat, mit eigenen Erklärungen auf zentrale Probleme aufmerksam zu machen. Fraglich ist indes, ob bei dem Treffen in Laos tatsächlich zu einem erfolgreichen Abschluss in diesem Punkt gelangt werden kann. Die vergleichsweise geringe Zahl der Befürworterstaaten eines Investitionsverbotes, die zudem in ihrer nationalen Umsetzung Unterschiede aufweisen, ist ein politischer Faktor, der die Einigung auf ein umfassendes Investitionsverbot schwierig erscheinen lässt. Möglich scheint aber eine Einigung in Form einer gemeinsam verabschiedeten Deklaration darüber, zumindest direkte Investitionen als von Artikel 1 Absatz 1 lit. c) CCM erfasst zu sehen, da insoweit wohl Konsens unter den Befürwortern

eines Investitionsverbots besteht und eine unbefangene Betrachtung des Wortlauts dies ohnehin nahelegt.

Sollten sich die Vertragsstaaten auf der Konferenz in Laos nicht darauf einigen können, dass Artikel 1 Absatz 1 lit. c) CCM auch ein Investitionsverbot in Streumunition entwickelnde bzw. herstellende Unternehmen enthält, können die 15 Staaten, die bereits ein Investitionsverbot befürworten, die weiteren Verfahrensmöglichkeiten des Oslo-Übereinkommens anstreben. Davon umfasst ist zum einen die Möglichkeit, das Änderungsverfahren gemäß Artikel 13 CCM in Gang zu setzen, wonach jeder Vertragsstaat jederzeit nach Inkrafttreten des Übereinkommens Änderungen vorschlagen kann. Dieses Verfahren wird vom Generalsekretär der Vereinten Nationen (VN) koordiniert. Für eine Änderung des Übereinkommens ist eine Zweidrittelmehrheit der auf der Änderungskonferenz anwesenden und abstimmenden Vertragsstaaten notwendig (Artikel 13 Absatz 4 Satz 1 CCM). Zum anderen besteht die Möglichkeit, auf einem der nächsten Vertragsstaatentreffen bzw. auf der ersten Überprüfungs-konferenz in fünf Jahren diplomatisch auf den Einbezug des Investitionsverbots in das Oslo-Übereinkommen hinzuwirken. Allerdings hat dies einen langen Prozess zur Folge und erfordert einen „langen Atem“ der Befürworterstaaten, aber auch der NGOs. Zudem bedarf es zumindest der Zweidrittelmehrheit der Vertragsstaaten, die aber schwer erreichbar sein dürfte.

Eine erfolgversprechendere Möglichkeit, auf die häufig in der Praxis (vor allem im Rahmen der Menschenrechtsverträge) zurückgegriffen wird, besteht darin, ein Zusatzprotokoll zum Oslo-Übereinkommen anzustreben. Inhalt eines solchen Zusatzprotokolls wäre der ausdrückliche Einbezug des Investitionsverbots in den Verbotstatbestand des Artikels 1 Absatz 1 lit. c) CCM. Auf dieses Zusatzprotokoll müssten NGOs und „willige“ Vertragsstaaten hinarbeiten. Das Zusatzprotokoll könnte jeder Vertragsstaat des Oslo-Übereinkommens unterzeichnen und es würde für ihn ab Abschluss seines Ratifikationsverfahrens sowie ab Erreichen einer Mindestzahl an Staaten gelten. Nachteil wäre jedoch auch hier die vermutlich lange Verfahrensdauer bis zum Abschluss eines solchen Zusatzprotokolls.

Es bleibt daher abzuwarten, ob es bereits bei dem ersten Treffen im November 2010 in Laos möglich wird, eine einvernehmliche Erklärung aller Vertragsstaaten über den Einbezug des Investitionsverbots in Artikel 1 Absatz 1 lit. c) CCM zu verabschieden. Hierdurch könnte es den Vertragsstaaten gelingen, dem Ziel des Oslo-Übereinkommens, das durch Streumunition verursachte Leiden umfassend auszuschließen, deutlich näher zu kommen. ■

⁷⁸ Vgl. IGH, *Barcelona Traction, Light and Power Co Ltd (Belgium v. Spain)* (Second Phase), 1970 I.C.J. Reports 3, Rn. 56–58.

⁷⁹ Vgl. *J. Crawford*, *International Law Commission's Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts – Introduction, Text and Commentary*, Cambridge 2002, Art. 8 Comment 6 mit Verweisen auf entsprechende Entscheidungen internationaler Gerichte.

14. Seminar „Legal Dimensions of Maritime Operations“ in der Marineoperationsschule Bremerhaven vom 8. bis 12. März 2010

Manuel Brunner*

Bereits zum vierzehnten Mal fand in der Woche von Montag, den 8. März 2010, bis zum Freitag, den 12. März 2010, im Taktikzentrum der Marineoperationsschule in Bremerhaven das alljährliche Seminar zum Recht des bewaffneten Konflikts auf See statt. Unter dem Titel „Legal Dimensions of Maritime Operations“ luden die Marineoperationsschule Bremerhaven sowie der Lehrstuhl von Prof. Dr. *Wolff Heintschel von Heinegg* von der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder) ein. Neben Studierenden der Rechtswissenschaft aus Deutschland und Polen sowie Offizieren der Bundesmarine nahmen an dem Seminar auch Angehörige der Seestreitkräfte der NATO-Staaten Belgien, Dänemark, Italien, Kanada, Niederlande sowie Polen teil. Aus diesem Grunde wurde das Seminar – wie es seit dem Jahr 2004 regelmäßig der Fall ist – in englischer Sprache abgehalten. Ziel des Seminars war es einerseits, den beteiligten Offizieren die Sicht der Juristen auf Operationen der Seestreitkräfte nahe zu bringen. Auf der anderen Seite sollten dem interessierten juristischen Publikum die tatsächlichen militärischen Probleme und Aufgabenstellungen solcher Operationen verdeutlicht werden.

Eröffnet wurde das Seminar am Montag durch einen Vortrag von Prof. Dr. *Wolff Heintschel von Heinegg* zum Themenkomplex „Armed Robbery at Sea, Piracy and Terrorism“. Hierbei wurde den Zuhörern die Notwendigkeit vor Augen geführt, diese drei Bedrohungslagen getrennt voneinander zu behandeln, da verschiedene Rechtsregime zur Anwendung kommen. Piraterie findet grundsätzlich nur gegen Schiffe außerhalb der Hoheitsgewässer eines Staates statt, also auf Hoher See. Der Vortrag konzentrierte sich in diesem Teil besonders auf die Regelungen des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen von 1982 zum Umgang mit Piraterie. Demgegenüber handelt es sich bei „armed robbery at sea“ um räuberische Übergriffe auf die Schifffahrt in den Hoheitsgewässern eines Staates, bei denen nur nationales Straf- und Ordnungsrecht Anwendung findet. Im letzten Teil des Vortrages befasste sich Prof. Dr. *Wolff Heintschel von Heinegg* noch mit den Rechtsfragen, die durch terroristische Bedrohungen auf oder von See aufgeworfen werden.

Der Dienstag wurde erneut durch einen Vortrag von Prof. Dr. *Wolff Heintschel von Heinegg* eingeleitet. In diesem gab er einen

Überblick über das Recht des bewaffneten Konflikts. Schwerpunkte setzte er dabei vor allem auf den Status des Kombattanten und den entsprechenden Regelungen – dem Thema des Seminars folgend – für den maritimen Bereich. Der zweite Teil des Tages war dem Bereich der „rules of engagement“ (RoE) gewidmet. Hierbei handelt es sich um Handlungsanweisungen für den Kommandanten auf See oder im Feld, in die juristische, militärische und diplomatische Erwägungen gleichermaßen einfließen.

Fregattenkapitän *Marco Thiele* von der Bundesmarine sprach sodann über die Probleme des Einsatzes von Gewalt und der Selbstverteidigung bei militärischen Operationen im Rahmen der EU. Er ging dabei auf die geltenden RoE genauso ein wie auf den Standpunkt der Vereinigten Staaten zu diesen Problemfeldern. Anschließend führte Lieutenant Commander *Philip Tilden* von der britischen Royal Navy in die folgende Gruppenarbeit zur Erstellung von RoE ein. Hierzu bildeten die Teilnehmer drei Gruppen, von denen jede innerhalb eines fiktiven Szenarios RoE für bestimmte Teiloperationen, wie etwa die Pirateriebekämpfung oder Katastrophenhilfe, entwickelte. Jeder Gruppe stand ein erfahrener Mentor mit Anregungen und Kritik zur Seite. Während der Diskussionen konnten die Teilnehmer ihre nationalen und professionellen Hintergründe einbringen, was die Arbeit sehr bereicherte.

Am Mittwochmorgen wurden die Ergebnisse der Gruppenarbeiten des Vortages vorgestellt und diskutiert. Im Anschluss daran stand die Operation ATALANTA zur Bekämpfung der Piraterie vor der Küste von Somalia und im Golf von Aden im Blickpunkt. Fregattenkapitän *Götz Eichberg* von der Fregatte Bremen beleuchtete die Thematik aus militärisch-operativer Sicht. Er schilderte anschaulich das militärische Vorgehen auf See gegen die Piraten sowie die Zusammenarbeit mit den Seestreitkräften der Partnernationen am Horn von Afrika. Danach berichtete Oberregierungsrat *Nils Hoburg* vom Bundesministerium der Verteidigung von seinen Erfahrungen als Rechtsberater an Bord einer deutschen Fregatte im Rahmen der Operation ATALANTA. Neben der Darstellung des rechtlichen Rahmens der Mission durch Völker- und Europarecht sowie nationales Recht erläuterte *Nils Hoburg* auch die persönlichen Probleme, mit denen ein Rechts-

berater an Bord eines Kriegsschiffes zu kämpfen hat, so etwa die Notwendigkeit, Sachverhalte sofort vor Ort – und nicht wie sonst für einen Juristen üblich erst im Nachhinein – einer Bewertung zuzuführen und der Mangel an einschlägiger Fachliteratur. Einen weiteren großen Teil des Vortrages nahm der Prozess der Inhaftierung von Piraten ein.

Der Nachmittag war für eine Simulation reserviert. In speziellen Simulationsräumen wurden wiederum die Gruppen des Vortages auf die Brücke eines deutschen Kriegsschiffes in der Straße von Hormuz versetzt. Nachdem ein Kommandant, ein Erster Offizier, ein Rechtsberater und ein Funker auserkoren waren, begannen verschiedene Szenarien, welche die Teilnehmer unter Zeitdruck zu durchlaufen hatten. Dabei waren sowohl militärische als auch juristische Erwägungen anzustellen. Zu den Situationen, mit denen die Gruppen konfrontiert wurden, gehörten unter anderen die Rettung von Flüchtlingen und der Umgang mit unidentifizierten Flugzeugen.

Am Donnerstag wurde Vertretern einzelner NATO-Staaten die Möglichkeit geboten, die Erfahrungen ihrer Seestreitkräfte im Bereich maritimer Operationen vorzustellen. Major *Robert Stoney* aus Kanada und Major *Philippe van Gysegem* von der belgischen Marine sprachen zu operativen Erfahrungen ihrer Marinen aus juristischer Sicht. Hierbei stand bei beiden Vorträgen wiederum vor allem die Operation ATALANTA im Fokus. Es wurde deutlich, wie unterschiedlich sich die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen auf die Möglichkeiten der Truppen im Ausland auswirken. Im Anschluss referierte Oberstleutnant *Robert Krupa* kurz zur Sicht der polnischen Streitkräfte auf die Implementierung von und den Umgang mit RoE. Am Nachmittag trug Prof. Dr. *Wolff Heintschel von Heinegg* zu den Problemen des Rechts auf Selbstverteidigung gemäß Artikel 51 VN-Charta und der Truppensicherung vor.

Auch der Freitag wurde durch einen Vortrag von Prof. Dr. *Wolff Heintschel von Heinegg* eröffnet. Er stellte das jüngst erschienene „Manual on Air and Missile Warfare“ nebst dem zugehörigen Kommentar vor, an deren

* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. *Volker Epping* für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Leibniz Universität Hannover.

Erstellung er selbst im Rahmen einer Expertenkommission mitgewirkt hatte. Die Ausarbeitung eines solchen Regelwerkes wurde als nötig erachtet, da in diesem Bereich nur wenige völkerrechtliche Regelungen existieren und der rasante technische Fortschritt neue Herausforderungen bedeutet. Geschlossen wurde die Veranstaltung durch eine gemeinsame Diskussionsrunde, in

welcher die Teilnehmer die vergangenen fünf Tage noch einmal Revue passieren ließen und Anregungen für das 15. Seminar im nächsten Jahr gaben.

Zusammenfassend kann die Veranstaltung als voller Erfolg bezeichnet werden. Das Ziel des Seminars, den Teilnehmern aus dem Kreis des Militärs juristisches Handwerkzeug für ihre Einsätze mitzugeben

sowie den teilnehmenden Juristen die militärische Sichtweise auf maritime Operationen zu eröffnen, wurde erreicht. Die Diskussionen während der Veranstaltung und am Abend erwiesen sich als äußerst fruchtbar. Nicht zuletzt wird auch das Abendprogramm in der Offiziersmesse den Teilnehmern in guter Erinnerung bleiben. ■

28. Sommerkurs im humanitären Völkerrecht in Warschau vom 28. Juni bis 8. Juli 2010

Heike Montag*

Zum 28. Mal organisierten das Polnische Rote Kreuz und das Internationale Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) gemeinsam einen Sommerkurs im humanitären Völkerrecht (HVR), der sich insbesondere an Masterstudierende mit Kenntnissen im Völkerrecht sowie an Experten und Juristen im Fachbereich des HVR richtet. Dieser englischsprachige Kurs im Zentrum Europas gilt als Vorbild für den französischsprachigen Kurs im HVR sowie den deutschsprachigen in Berlin, und richtete sich erstmals an Teilnehmer aus der ganzen Welt.

Vor Beginn wurde den 38 Teilnehmern aus 25 Nationen nicht nur ein verpflichtendes Vorbereitungsprogramm online zur Verfügung gestellt, um ein gewisses Maß an Vorwissen zu gewährleisten, sondern auch ein Teil einer fiktiven Fallstudie präsentiert, die den Teilnehmern während des Kurses immer wieder begegnete. Dieser Fall spielt in einer Region, die Heimat mehrerer Staaten und einer Unabhängigkeitsbewegung ist, die untereinander in bewaffneten Konflikten verschiedener Intensität und Art stehen. Durch die Einbeziehung dieses Falles, vornehmlich in die in viele Vortragseinheiten integrierten Gruppenarbeiten und ihren Nachbereitungen, konnte das erlernte Wissen am „praktischen Fall“ vertieft werden. Nach der Begrüßung am ersten Abend des elftägigen Kurses folgte am Dienstagmorgen eine Einführung, ein Überblick über die Kursinhalte sowie eine zusammenfassende Präsentation der Fallstudie. *Elzbieta Mikos-Skuza* (Dozentin, Universität Warschau, Vizepräsidentin des Polnischen Roten Kreuzes) hieß die Teilnehmer zunächst herzlich willkommen. Anschließend übernahmen *Thomas Graditzky* (Leiter des Akademischen Bereichs, Abteilung für Beziehungen mit der Zivilgesellschaft, IKRK) und *Juliane Garcia* (Akademischer Bereich, Abteilung für Beziehungen mit

der Zivilgesellschaft, IKRK), die den Teilnehmern die ganze Kursdauer über als Ansprechpartner zur Verfügung standen und durch den Kurs führten. Aufseiten des Polnischen Roten Kreuzes ist *Elzbieta Mikos-Skuza* verantwortliche Leiterin des Kurses, eine Position, die *Thomas Graditzky* für das IKRK innehat. Die Reihe der Fachvorträge eröffnete *Tristan Ferraro* (Rechtsberater, Rechtsabteilung, IKRK) über den Anwendungsbereich des HVR. Währenddessen sowie in der restlichen Zeit seiner Anwesenheit stellte er sich, wie auch die ihm nachfolgenden Redner, den vielen Nach- und Anfragen der Teilnehmer.

Den dritten Tag begann *Maria-Daniella Marouda* (Dozentin für Völkerrecht, Pantheon-Universität Athen) zur Thematik der Verwundeten und Kranken. Am Nachmittag referierte *Bernard J. Dougherty* (Gastdozent, Deutsches Rotes Kreuz (DRK) und Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV)) über Gefangene, wobei die Situation in Guantánamo immer wieder fokussiert wurde. Der Vortragstag wurde durch einen Abend, der der Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung gewidmet war, beendet. Nicht nur die Präsentation der Referentin *Marta Kulikowska* (Internationale Zusammenarbeit, Polnisches Rotes Kreuz), die zudem für die Organisationen vor Ort verantwortlich war, sondern auch die Anmerkungen und Beiträge vieler Teilnehmer, die in ihren nationalen Rotkreuz- und Rothalbmondgesellschaften aktiv sind, sowie *Thomas Graditzky* als Vertreter des IKRK, trugen zum Gelingen dieses Abends bei. Am kommenden Vormittag stand die momentan viel diskutierte Thematik der Zivilisten im Mittelpunkt, zu denen *Elzbieta Mikos-Skuza* referierte. Am Nachmittag wurde einer der beiden Ausflüge im Rahmen des Kurses durchgeführt. In der Innenstadt Warschaus

besuchten die Teilnehmer das Museum, das dem Warschauer Aufstand im Zweiten Weltkrieg gewidmet ist.

Theo Boutruche (Referent für internationale Menschenrechte und HVR) führte die Zuhörer am nächsten Vormittag in die Thematik der Waffen ein und eröffnete nach den Vorträgen, die sich vornehmlich mit dem Genfer Recht befassten, die Sparte des Haager Rechts, das überwiegend Regeln für Methoden und Mittel des Krieges enthält. Daran anschließend trug *Paul Berman* (Rechtsberater im Kabinettsamt, Vereinigtes Königreich) zur Kriegsführung vor. Der Abend war für den besonderen Gastredner, *Theodor Meron* (Richter an den Berufungskammern des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien und dem Internationalen Strafgerichtshof für Ruanda sowie emeritierter Professor, Juristische Fakultät, Universität New York), reserviert. In seinem Vortrag widmete er sich nicht nur den beiden *Ad hoc*-Strafgerichtshöfen, bei denen er beschäftigt ist, sondern auch dem für Sierra Leone, den Außerordentlichen Kammern an den Gerichten von Kambodscha sowie dem Internationalen Strafgerichtshof.

Am Wochenende wurde die zweite Exkursion unternommen. Nach einer Besichtigung des etwa sechs Busstunden entfernten Konzentrationslagers Auschwitz-Birkenau wurde Krakau besucht.

Montagvormittag trug *Naz Modirzadeh* (stellvertretende Direktorin, Internationale Vereinigung für humanitäre Politik und

* *Heike Montag* ist Doktorandin der Rechtswissenschaft und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht der Ruhr-Universität Bochum. Die Autorin dankt Herrn *Thomas Graditzky* (IKRK) für wertvolle Hinweise.

Konfliktforschung (HPCR)) zur gegenwärtigen rechtlichen, jedoch durch die Politik beeinflussten Debatte über die Anwendbarkeit von Menschenrechten und HVR in bewaffneten Konflikten vor. Anschließend befasste sich *Joakim Dungal* (Leitender Rechtsberater, Temporäre internationale Präsenz in Hebron) mit der Materie der Kriminalrepression. Den folgenden Vormittag gestaltete *Olivier Bangerter* (IKRK-Delegierter, Abteilung für Beziehungen zu Militär und Sicherheitskräften, IKRK). Die Problematik der Beeinflussung des Verhaltens der Kombattanten legte er nicht nur durch die Darstellung der theoretischen

Aspekte, sondern auch durch ein Rollenspiel der Zuhörer dar. Nach der Mittagspause standen nicht-internationale bewaffnete Konflikte im Fokus. Es referierte *Norman G. Printer* (Dozent für juristische Fähigkeiten, Juristische Fakultät, Universität Seattle). Den letzten Vortragstag eröffnete *Anna Segall* (Leitende Rechtsberaterin, Hilfswerk der Vereinten Nationen für Palästina-Flüchtlinge im Nahen Osten (UNRWA)) zu Flüchtlingen, Binnenflüchtlingen und HVR. Im Anschluss griff *Noam Lubell* (Dozent, Nationale Universität Irland, Galway) die aktuelle Problematik Terrorismus und HVR auf.

Der thematisch fein abgestimmte, gut organisierte und mit hervorragenden Rednern besetzte 28. Kurs im HVR endete mit einer feierlichen Abschiedsveranstaltung, bei der die Teilnahmebestätigungen überreicht wurden. Über diese Bestätigung hinaus steht den Teilnehmern die Möglichkeit offen, durch die Anfertigung einer schriftlichen Arbeit im Bereich des HVR ein IKRK-Diplom zu bekommen.

Der bewährte und empfehlenswerte Kurs im HVR in Warschau zeichnet sich insbesondere durch seine Qualität, Intensität und Internationalität aus. ■

Peter Poguntke, Gleichgeschaltet: Rotkreuzgemeinschaften im NS-Staat, Köln / Weimar 2009, 352 Seiten, € 44,90

Christian B. Schad*

Am 30. Oktober 2010 wird der 100. Todestag von *Henry Dunant* begangen werden. Es ist wohl dem Zufall zuzuschreiben, dass das anstehende historische Datum genau in das Jahr fällt, in welchem *Peter Poguntke* sein Buch „Gleichgeschaltet. Rotkreuzgemeinschaften im NS-Staat“ vorlegt. Im Gedenkjahr befasst er sich einerseits mit einem Rotkreuz-Thema, welches bisher nicht im Zentrum historischer Forschung gestanden hat, andererseits hat er mit diesem Opus promoviert. Schon der Titel macht deutlich, dass das Werk im Kontrast zu den Idealen des Rotkreuz-Gründers *Dunant* gelesen werden muss. Es untersucht, inwieweit sich das Rote Kreuz in Deutschland während der Zeit des Nationalsozialismus von den Wertvorstellungen seines Gründers abgewandt hat.

Es ist für einen Rezensenten nicht leicht, eine Promotionsarbeit zu besprechen, denn er begibt sich in Gefahr, sich mit seinem Urteil mit den die Arbeit betreuenden Professoren messen zu müssen. Diese haben ja die Arbeit schon universitär bewertet und angenommen, und gerade eine historische Arbeit über ein konfliktreiches Thema bedarf der sorgfältigen, überprüfbaren Quellenrichtung. Das bedeutet für den Forschenden zunächst eine enorme Fleißarbeit. Archive müssen gesichtet, die bereits vorliegende Literatur muss ausgewertet, neue Quellen müssen aufgefunden werden. All das muss chronologisch eingeordnet und historisch kritisch bewertet werden.

Es ist das Verdienst von *Poguntke*, gerade nicht die Spitze des DRK zu untersuchen, inwieweit sich diese in ideologischer Weise hat korrumpieren lassen und damit zu den Grundmaximen der Rotkreuz-Bewegung in massiven Widerspruch geriet. Dies ist in einschlägigen Werken deutlich herausgearbeitet worden. Deshalb ist das Deutsche Rote Kreuz von den Alliierten nach dem Zweiten Weltkrieg aufgelöst worden. Seine Spitzenvertreter waren mehr dem Regime verpflichtet als den eigentlichen Rotkreuz-Prinzipien. *Poguntke* wählt einen anderen Blickwinkel. Ihn interessiert, inwieweit auch die Basis der Rotkreuzler dem Wahn des Nationalsozialismus anheim viel. Durch den zunächst noch föderalen Aufbau des DRK muss es bei dem Prozess der Gleichschaltung innerhalb der Organisation nicht nur Zustimmung, sondern auch Widerstände gegeben haben. Der Autor gliedert sein Werk historisch folgerichtig und nachvollziehbar von den An-

fängen der Rotkreuz-Bewegung, die in Deutschland auf besonders fruchtbaren Boden fiel, über die Zeit der Weimarer Republik bis in den zu untersuchenden Zeitraum während des nationalsozialistischen Regimes. Dabei erweist er sich als profunder Kenner der Materie. Sorgsam und mit der notwendigen wissenschaftlichen Distanz, trotzdem nie langweilig, beschreibt er die vielfältigen Wege des Roten Kreuzes in Deutschland.

Das Verdienst von *Poguntke* ist es, neben historischer Glaubwürdigkeit vor allem Einfühlungsvermögen in die historischen Entwicklungen aufzuzeigen. Gerade als nationale Rotkreuz-Gesellschaft, welche auf dem Gebiet des humanitären Völkerrechts eine besondere Aufgabe und Stellung hat, musste und muss es immer noch mit allen gesellschaftlichen Gruppen zusammenarbeiten, so auch mit den jeweiligen Regierungen. Es kann deshalb nur in äußersten Notfällen Opposition zugunsten von Opfern gegen die jeweilige Regierung ergreifen. So ist seine Unabhängigkeit einerseits garantiert, aber es kann auch einer Umarungsstrategie seitens der Machthaber anheim fallen. „Halb zog es hin, halb wurde es gezogen“, mit diesem abgewandelten Wort scheint das Dilemma des Roten Kreuzes während der Zeit des Nationalsozialismus deutlich beschreibbar. Die Machthaber waren klug genug, die Eigenständigkeit des Roten Kreuzes zwar formell zu bewahren, die Organisation personell und ideologisch

aber durch ihnen genehme Vertreter zu formieren. Dass sich hierbei auf lokaler Ebene Widerstand regte, zeigt *Poguntke* an mehreren Beispielen. Gerade auch die Eingliederung des Arbeiter-Samariter-Bundes (ASB) in das Rote Kreuz verlief nicht unproblematisch. Es erschreckt, dass die obersten Funktionäre die Gleichschaltungspolitik konsequent bis in die unteren Gliederungen des DRK durchsetzen konnten. An der Basis vermochte sich kaum jemand dem Druck zu entziehen, selbst wenn er wollte – dies mag die Situation verdeutlichen, der sich die Aktiven ausgesetzt sahen.

Peter Poguntke, selbst aktives Mitglied des Deutschen Roten Kreuzes in Stuttgart, hat ein vielschichtiges, profundes und lesenswertes Werk verfasst. Es ist klar, dass er bei allen kommenden Untersuchungen zitiert werden wird – und das ist auch gut so. Deshalb sei das Buch allen Rot-Kreuz-Mitgliedern, die sich für die Geschichte ihres Verbandes interessieren, empfohlen. Anderen historisch Interessierten zeigt das Buch, was es bedeutet, gleichgeschaltet zu werden. Damit ruft es indirekt dazu auf, sich der Visionen *Dunants*, die nämlich einer humanen Gesellschaft, immer wieder neu anzunehmen. Das wird zeitloser Auftrag bleiben. Die zentralen Werte des Roten Kreuzes der Menschlichkeit, Neutralität und Unparteilichkeit, aber auch der Nichtdiskriminierung dürfen sich auch in Zukunft nie in die Abhängigkeit staatlicher Ideologien begeben. Widerspruch ist hier im Sinne der Opfer notwendig. Das lehrt die Auseinandersetzung mit der dunkelsten Seite der Geschichtsschreibung in Deutschland. ■

* *Christian B. Schad*, M.A. ist Konventionsbeauftragter des Deutschen Roten Kreuzes (DRK).

Alexander Bahar, Auf dem Weg in ein neues Mittelalter? Folter im 21. Jahrhundert, München 2009, 300 Seiten, € 16,90

Sarah Bontke / Damla Kuvvet*

Der Einsatz von Folter in westlichen oder westlich kontrollierten Gebieten ist ein brisantes und stets aktuelles Thema bei Analysen und Diskussionen im Bereich des humanitären Völkerrechts. Das Werk von *Alexander Bahar* fügt sich in eine Reihe von Publikationen zum Thema Folter ein und nimmt dabei historisch, international und kritisch Stellung zu der Entwicklung der heutigen Folterpraktiken im „Krieg gegen den Terror“.

Alexander Bahar beginnt sein Buch mit einem kurzen geschichtlichen Überblick

* *Sarah Bontke* ist Studentin der Bildungswissenschaften an der Universität Duisburg-Essen. *Damla Kuvvet* studiert Rechtswissenschaften an der Ruhr-Universität Bochum. Beide sind als studentische Mitarbeiterinnen am Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) der Ruhr-Universität Bochum tätig.

über die Folterverbreitung von der Antike bis zum 21. Jahrhundert. Dabei liegen seine Schwerpunkte in der mittelalter- und kirchlichen Folterpraxis, die Vorbild einiger heutiger Foltermethoden sind. In einem weiteren Kapitel beschreibt der Autor die ersten internationalen Konventionen, die sich gegen Folter, sowohl gegenüber Kriegsgefangenen als auch gegenüber Zivilpersonen, ausgesprochen haben. In seiner geschichtlichen Abhandlung durchleuchtet *Alexander Bahar* außerdem Experimente und Folterstudien des Dritten Reiches, die mithilfe von Medizinern zur Entwicklung der psychischen Folter geführt haben. Die Entwicklung der Folter im Kalten Krieg wird in den folgenden Abschnitten des Buches kurz skizziert. Dabei spricht der Autor unter anderem von „Folterforschung“ und dem „Praxistest Vietnam“, während er in die Methoden der „sensorischen Deprivation“ einführt. Der Hauptteil des Buches steht unter dem Titel „Vom 11. September nach Guantánamo und Abu Ghraib“. Obwohl Titel und Einführungsteil des Buches allgemein gehalten sind, behält es sich der Autor vor, seinen wissenschaftlichen Schwerpunkt auf die praktizierte Folter durch US-amerikanische Soldaten und die Angestellten und Helfer der US-Regierung zu legen. Dabei werden immer wieder die politischen Umstände nach dem 11. September dargestellt und Aussagen von US-Politikern und der Regierung herangezogen, um die Sicht des Autors über die Entstehung der aktuellen Folterpraxis zu begründen. *Bahar* lässt dabei sehr vielen Einzelschicksalen beispielhaft Raum und reiht ein Folterschicksal an das nächste.

Erschreckend ehrlich und genau werden die Foltermethoden in einigen Fällen beschrieben und zeigen dadurch, dass sowohl die Folter selbst als auch der Versuch ihrer Rechtfertigung unmenschlich sind. Der Autor lässt nicht nur die in den Medien ausführlich debattierten Folterskandale zur Sprache kommen, sondern auch weniger bekannte und nicht weniger verachtenswerte Fälle.

Im letzten Abschnitt des Buches lenkt *Alexander Bahar* den Blick des Lesers auf die Folterdebatte in Deutschland, indem er den Fall des *Magnus Gäfgen* erläutert. Dabei wird deutlich, wie engagiert die Debatte um Folter und unmenschliche oder grausame Behandlung in Deutschland geführt wurde und immer noch geführt wird. Interessant erscheint, dass es verschiedentlich sogar Bestrebungen deutscher Juristen gibt, das Folterverbot dadurch aufzuweichen, dass die Menschenwürde nicht mehr zu den bedingungslos zu schützenden Rechtsgütern zählt. Der Autor stellt allerdings klar, dass derartige Debatten eine historisch gesehen rückläufige Tendenz besitzen, da das absolute Fol-

terverbot eine Errungenschaft der Aufklärung und des Verständnisses der Menschenrechte ist. Die eingeschränkte Folterfreigabe führe laut *Bahar* zur Aushöhlung des Folterverbotes. Eine Grenzziehung des Begriffs „Folter“ sei durch seine abstrakte Art unmöglich. Allein die *Milgram*-Versuche zeigen, wie einfach es ist, Folter auszuführen, ohne selbst verantwortlich zu sein. *Alexander Bahar* schreibt verständlich, so dass politische und juristische Thematiken auch für den interessierten Laien zugänglich sind. Das immer spürbare politische Engagement des Autors ist in Teilen einnehmend und mitreißend. Allerdings fehlt vor allem im Hauptteil des Werkes der rote Faden, wodurch die Zielsetzung der Darstellung teilweise unklar wird. Durch die breite Ausführung der Einzelschicksale mit allen Namen, Daten und vie-

len Fakten und die häufige Wiederholung von immer ähnlichen Fällen kann der Leser den Überblick schnell verlieren. Die ironische und alltägliche Sprache erleichtert dem Leser zwar den Lesefluss, lässt aber wissenschaftlichere und ernste Betrachtungen vermissen.

Die Quellenauswahl des Autors scheint zudem etwas einseitig zu sein, da Quellen aus erster Hand und neutrale Dokumente fehlen. Die mahnenden Worte am Ende des Werkes, die einerseits überspitzt, aber andererseits zutreffend sind, machen die Kritik des Autors an der aktuellen Folterdebatte besonders spürbar. Insgesamt ist das Werk für Laien und Interessierte lesenswert, für wissenschaftliche Erarbeitungen des Themas der Folter aber nur eingeschränkt zu nutzen. ■

Marcel Schmutzler, Die norwegische Friedensdiplomatie in internationalen Konflikten, Münster 2009, 240 Seiten, € 29,90

Sylvia Stoll*

Obwohl Norwegen in der Gesellschaft großer Weltmächte eine eher untergeordnete Rolle spielt, ist dieses Land für sein politisches Engagement in Bereichen wie Friedensbildung und Friedensdiplomatie sehr bekannt. Wie kommt ein kleines Land wie Norwegen dazu, auf internationaler und politischer Ebene so geschätzt zu werden? Anhand des Beispiels der Kleinstaatennation Norwegen zeigt *Marcel Schmutzler* in seinem Buch „Die norwegische Friedensdiplomatie in internationalen Konflikten“, welche Bandbreite von Faktoren die diplomatischen Bemühungen und die Entwicklung Norwegens beeinflusst haben. Dem Autor geht es in diesem Band nicht nur darum, Norwegens Rolle in der Friedensdiplomatie zu erläutern; vielmehr geht er auf eine angebliche Affinität von Kleinststaaten mit der Friedensdiplomatie ein. Er testet anhand des Beispiels Norwegens, ob Kleinststaaten tatsächlich besonders für die Rolle als friedensdiplomatische Akteure geeignet sind oder nicht.

Norwegen eignet sich besonders dafür, diese Frage zu beantworten, da es sich im Laufe seiner diplomatischen Geschichte von einer „passiven“ Rolle als bloßem Zuschauer der Weltgeschichte weiterentwickelt hat. Norwegens aktiver Einsatz als Geldgeber für Truppeneinsätze und humanitäre Hilfe sowie der weltbekannte Friedensnobelpreis unterstützen das heutige

Image als Friedensnation. Die internationale Friedensdiplomatie ist ein junger Wirkungsbereich, der davon geprägt wurde, dass mit Ende des Kalten Krieges der Begriff „Sicherheit“ durch den Begriff „Frieden“ abgelöst wurde. Diese Wandlung war insbesondere für kleine Staaten von Vorteil, da sich ihnen nun vermehrt Möglichkeiten boten, um zu internationalem Prestige und Anerkennung zu gelangen.

Schmutzler erörtert dieses spezielle Interesse von Kleinststaaten an der internationalen Friedensdiplomatie anhand der Frage, welche Möglichkeiten Norwegen unter den ihm gegebenen Rahmenbedingungen als Kleinstaat hat, an der friedlichen Bearbeitung internationaler gewaltsamer Konflikte mitzuarbeiten, und wie es diese wahrnimmt

* *Sylvia Stoll* ist Doktorandin (Medienwissenschaft) und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) der Ruhr-Universität Bochum. Zurzeit nimmt sie an einem Universitätsaustausch des NOHA-Netzwerks (Network on Humanitarian Action) mit der Université Saint Joseph, Libanon, teil. Ab Oktober 2010 wird sie ihre Forschung zu „Empowerment through Media“ in Kriegsgebieten mit einem Marie-Curie Stipendium am Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), Spanien, fortführen.

(Seite 9). Außerdem bestimmt er die innenpolitischen und internationalen Rahmenbedingungen für Norwegens Rolle als friedensdiplomatischer Akteur.

Durch seine Fragestellung zeigt der Autor auch, wie Norwegen auf die Nachteile eines typischen Kleinstaates eingeht und versucht, diese auszugleichen (Seite 10). Diese norwegische Vorgehensweise oder das norwegische Modell der Friedensdiplomatie ist ein zentraler Bestandteil von *Schmutzlers* Analyse. Darüber hinaus diskutiert er, welche Lehren andere Akteure aus diesem Modell ziehen können und wie sie diese nutzbar machen können.

In Norwegen hat man sich in den letzten Jahren vermehrt mit Fragen bezüglich der eigenen Außenpolitik auseinandergesetzt, aber eine Studie zur norwegischen Friedensdiplomatie existiert noch nicht. Trotz dieser von *Schmutzler* aufgezeigten Forschungslücke befasst sich dieses Buch nicht vorrangig mit der Rekonstruktion von historischen Ereignissen, sondern mit der Systematisierung und Analyse bisher verfügbaren Wissens aufgrund verschiedener Theorienkomplexe der internationalen Beziehungen (Konflikttheorie, Verhandlungsbzw. Vermittlungstheorie sowie Kleinstaatentheorie) (Seite 10). Die Untersuchungen dieser Studie basieren vor allem auf *Jacob Bercovitcs* „contingency framework“, und *Schmutzlers* qualitativer Ansatz bezieht sich auf Verhandlungsergebnisse, die er aus öffentlichen Regierungsdokumenten, Zeitungsartikeln und Sekundärliteratur (Seite 10) gewonnen hat.

Der Autor dieser Arbeit setzt sich einleitend mit den theoretischen Grundlagen der Friedensdiplomatie und den derzeitigen Arten von Konflikten und interstaatlichen Kriegen auseinander. Er behandelt dabei Ursachen, Strukturen und Strategien sowie Austragungsformen von Konflikten. Obwohl einige der aufgeführten Punkte kein „neues“ Wissen *per se* darstellen, gibt *Schmutzler* hier eine kurze und zugleich kohärente und nützliche Übersicht bzw. Zusammenfassung von gegenwärtigen Kriegsformen und Trends. In diesem Zusammenhang weist er auf die Problematik

hin, die entsteht, wenn schnell eine Einigung oder eine nachhaltige Lösung gefunden werden soll, wie zum Beispiel durch die Miteinbeziehung möglichst vieler Konfliktparteien (Seite 33). Besonders interessant an diesem Teil der Arbeit ist, wie *Schmutzler* auf die verschiedenen Ebenen der Komplexität der Friedensdiplomatie eingeht. Jedoch kommt bei seiner Offenlegung der Schwierigkeit, die mit der Definition von Kleinstaaten zusammenhängt, die Frage auf, warum der Autor es dennoch für vorteilhaft hält, mit diesem Begriff zu arbeiten (Seite 37).

Nach einer tiefen theoretischen Einleitung wendet sich *Schmutzler* praktischen Beispielen aus der norwegischen Friedensdiplomatie zu. Er gibt einen historischen Überblick über Norwegens Außenpolitik, die zuerst darauf fokussiert war, den eigenen Frieden zu sichern. Dennoch traten sehr früh einzelne Personen hervor, die sich in der Verantwortung des Volkes (Seite 48) für Frieden nicht nur zwischen Staaten, sondern zwischen Völkern einsetzten. Diese Personen wurden indirekt vom norwegischen Staat unterstützt, während dieser nach außen eine Neutralitätspolitik unterhielt.

Der Erste Weltkrieg schaffte neue Anforderungen an die norwegische Regierung, die nun notwendigerweise begann, eine aktivere Rolle in der internationalen Politik zu spielen. Sie setzte sich für die Mitgliedschaft aller Staaten im Völkerbund und für den Internationalen Gerichtshof (IGH) ein. In diesem Umfeld wurde *Fridtjof Nansen* auf der internationalen Bühne der Weltpolitik tätig. Dass er einen Einfluss auf die norwegische Friedensdiplomatie hatte, wird vom Autor nicht angezweifelt, wohl aber, inwieweit sein Engagement von norwegischen Entscheidungsträgern bekräftigt wurde. Der „Bankrott von Norwegens Neutralität“ (Seite 52) wurde mit der Besetzung Deutschlands während des Zweiten Weltkrieges in Verbindung gebracht. Nach 1940 wurde Norwegen Alliiertes der Westmächte. 1944 marschierte die Rote Armee im Norden Norwegens ein. Die Notwendigkeit, mit west-

lichen und östlichen Mächten friedliche Verhältnisse zu führen, war der Anfang einer norwegischen „Bridge Building“-Politik, die sich bemühte, mit zwei miteinander verfeindeten Parteien gleichzeitig verbündet zu sein.

Die Rolle des Vermittlers, die Aufgaben und Dilemmata, die mit der Friedensdiplomatie verbunden sind, demonstriert *Schmutzler* daraufhin anhand von Beispielen aus der norwegischen Friedensdiplomatie nach 1990, wie die Oslo-Verhandlungen von 1993 sowie Norwegens Einsatz im Bürgerkrieg in Guatemala, in Sri Lanka und im Sudan. Eine große Rolle in der Konfliktbewältigung spielen in diesen Beispielen nicht nur staatliche Akteure, sondern auch Nichtregierungsorganisationen (NGOs). Im norwegischen Fall hat der Einfluss von NGOs durch Entwicklungsprojekte eine ausschlaggebende Rolle gespielt. Nach *Schmutzler* sind Einzelpersonen und auch Forschungsinstitute andere wichtige nicht-staatliche Akteure der norwegischen Friedensdiplomatie. Dennoch kommt er zu dem Schluss, dass keine der beiden Komponenten der norwegischen Friedensdiplomatie – ob staatlich oder nicht-staatlich – eine Strategie darstellt, sondern eher ein Phänomen sind (Seite 202). Auch ist dieses Modell nicht auf alle Konflikte anwendbar, da bestimmte Bedingungen in den Beziehungen zwischen den einzelnen Akteuren unabdingbar sind. Da die Verknüpfungen der Friedensdiplomatie mit der Entwicklungshilfe grundlegend sind, setzt die erfolgreiche Anwendung des norwegischen Modells einen langfristigen Einsatz im Entwicklungsbereich voraus. Ein weiterer Kritikpunkt dieses Modells ist, dass der vermittelnde Kleinstaat keinen realen alternativen Machteinfluss durch sein Engagement in der Friedensdiplomatie gewinnt. Gleichwohl kann man abschließend über *Schmutzlers* Veröffentlichung sagen, dass sie für Nichtexperten interessante Einblicke in gegenwärtige Konflikte bietet und die Grundzüge der Friedensdiplomatie sowie deren praktische Anwendung anhand des Beispiels Norwegens äußerst interessant gestaltet. ■

NEUERSCHEINUNGEN ZUM HUMANITÄREN VÖLKERRECHT

Markus Moke, Andrej Zwitter, Christoph Schewe (eds.)

Humanitarian Action Facing the New Challenges

Delivering humanitarian aid has become a complex issue in contemporary politics and practice. The expansion of the humanitarian field caused by an increasing number of humanitarian actors and international donors – such as the EU, the United States, and the United Nations – leads to new questions concerning complex coordination, legitimacy, and accountability. These changes in the humanitarian arena, the so-called “New Wars”, and advances in international law confront humanitarian actors with additional challenges. In turn, such changes require a professionalization of aid in terms of policy and education. This book provides an overview of contemporary challenges and advances in humanitarian action, as well as an inside view to policy-making and higher education in this field.

(Bochumer Schriften zur Friedenssicherung und zum
Humanitären Völkerrecht, Band 61)

Eckart Klein (Hrsg.)

Gewaltenteilung und Menschenrechte 2. überarbeitete Auflage

Baron de La Brède et de Montesquieu, universal gebildeter Rechtsgelehrter und Philosoph, war bereits zu Lebzeiten ein weit über die Grenzen Frankreichs hinaus anerkannter Autor. Vor allem seine Ideen von der Gewaltenteilung haben das Staatsverständnis nachhaltig geprägt. Sie sind zu einem festen Grundsatz des modernen Verfassungsstaates geworden und haben wesentlich dazu beigetragen, Freiheit zu sichern. Divergierende Auffassungen besonders hinsichtlich der Steuerungsfunktionen des Staates haben in einer Reihe von Ländern zu unterschiedlichen Ausprägungen des Gewaltenteilungsgrundsatzes geführt. Die daraus stetig entspringenden Herausforderungen betreffen Formen der Kooperation staatlicher Gewalten ebenso wie die damit verbundene Übertragung von Hoheitsgewalt im Mehrebenensystem, die wiederum Fragen der demokratischen Legitimation und der gerichtlichen Kontrolle aufwirft.

(Schriftenreihe des Menschenrechtszentrums der Universität
Potsdam, Band 27)

Peter Becker, Reiner Braun, Dieter Deiseroth (Hrsg.)

Frieden durch Recht?

Die Normen des Völkerrechts, die auf die Bewahrung und Schaffung des Friedens ausgerichtet sind, aber auch die Gewaltverbote und Friedensgebote des nationalen Rechts werden immer wieder missachtet, gerade auch von denen, die einen Amtseid auf die Verfassung und damit zugleich auch auf das geltende Völkerrecht geleistet haben. Dies geschieht nicht nur durch Regierungen und Exekutivorgane, die sich in ihrer Außenpolitik nach ihren Worten immer nur für „den Frieden“ einsetzen. Es gilt auch für Gerichte, deren Entscheidungen friedensrechtliche Gebote fahrlässig übersehen, übergehen oder gar missachten. Die jüngere und jüngste Vergangenheit bietet dafür zahlreiche illustrative Beispiele, auch für Deutschland. Es ist deshalb dringend an der Zeit, die konkreten Inhalte und Funktion(en) der Friedensgebote des Grundgesetzes und des geltenden Völkerrechts neu zu vermessen.

(Wissenschaft in der Verantwortung)

Elis Schmeer

Responsibility to Protect und Wandel von Souveränität

Untersucht am Fallbeispiel des Krieges in Darfur

Somalia, Ruanda, Srebrenica, Darfur – Bilder von unvorstellbaren Verbrechen, von Völkermorden und Vertreibung, Exekutionen und Menschenvergewaltigungen gehen um die Welt. Unter dem Vorwand der Staatssouveränität und des Interventionsverbots schaut die internationale Staatengemeinschaft tatenlos zu. Die UN-Charta schreibt einerseits staatliche Souveränität als zentrales Element internationaler Beziehungen fest, andererseits aber sollen jedem Staatsbürger die Menschenrechte gewährt werden. Die Responsibility to Protect (RTP) oder, im deutschen Sprachgebrauch, das Konzept der Schutzverantwortung versteht Souveränität als Verantwortung für den Schutz der eigenen Zivilbevölkerung und nicht mehr in der Tradition der westfälischen Ordnung als Schutz für innerstaatliche Willkür. Kommt es hierdurch zu einem Paradigmenwechsel des staatlichen Souveränitätsverständnisses? Existiert heute ein Konzept der „humanen Souveränität“? Ist die Schutzverantwortung gar schon geltende Norm des Völkerrechts? Am Fallbeispiel des Darfur-Konfliktes wird außerdem die operationelle Umsetzung der RTP untersucht und kritisch beleuchtet.



BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Markgrafenstraße 12–14 • 10969 Berlin • Tel. 030 / 841770-0 • Fax 030 / 841770-21

E-Mail: bwv@bwv-verlag.de • Internet: <http://www.bwv-verlag.de>



Humanitäres Völkerrecht



Informationsschriften (HuV-I)/ Journal of International Law of Peace and Armed Conflict (JILPAC)

The journal is unique among German publications, but its effects reach much further due to the fact that it also features articles in English. Thus, it was recognised in projects of the United Nations (UN) and the International Committee of the Red Cross (ICRC), as well as in publications in Germany, Austria and Switzerland. The content of the journal mainly consists of scientific essays on the implementation of international humanitarian law, human rights and peace-keeping law. It is addressed to lawyers, people interested in the political scene and members of humanitarian organisations. The board of editors is composed of the following members:
Ass. Prof. Dr. Robert Heinsch, LL.M., Dr. habil. Hans-Joachim Heintze, Dr. Jana Hertwig, LL.M., Prof. Dr. Math Noortmann, LL.M., MSc and Dr. Heike Spieker.

One of the aims of the journal is to combine academic examination and practical usefulness for the dissemination of international humanitarian law. Every issue focuses on recent debates in international humanitarian law, case studies and case law, as well as the dissemination work of the German Red Cross. Further contributions are reviews of conferences and new books.

It is published quarterly by the National Headquarters of the German Red Cross and the Institute for International Law of Peace and Armed Conflict (IFHV). About 600 exemplars are printed each time. It was founded in 1988.

annual subscription:

national
35,- EUR*

abroad
44,50 EUR*

Main topics were and are:

- the Gulf war
- the conflict in former Yugoslavia
- the development of international criminal justice
- September 11th and its effects
- the wars in Iraq, Afghanistan and Lebanon, as well as the fight against international terrorism

Institute for International Law of Peace and Armed Conflict



Editorial office:

Ass. Prof. Dr. Robert Heinsch, LL.M.
Dr. habil. Hans-Joachim Heintze
Dr. Jana Hertwig, LL.M.
Prof. Dr. Math Noortmann, LL.M., MSc
Dr. Heike Spieker
Email: lfhv-publications@rub.de
Tel.: (0234) 3228259
Fax: (0234) 3214208

German Red Cross

Subscription-service and publishing company:

DRK-Service GmbH
Berliner Straße 83
13189 Berlin
Email: verlag@drkservice.de
Tel.: (030) 47900450
Fax: (030) 47900454

* *The prices include the mailing expenses and value added tax (VAT). The subscription will be valid for one year. It will be extended automatically but can be canceled by letter three months before the one year term ends.