

25. Jahrgang  
2/2012

Volume 25  
2/2012

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 1,45); 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) 86 87 78-4 10, Fax (0 30) 86 87 78-4 19, 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) 86 87 78-4 10, Fax (0 30) 86 87 78-4 19, 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:**

**Prof. Dr. Hans-Joachim Heintze** (verantwortlicher Chefredakteur) und **Charlotte Lülff, M.A.** (stellv. Chefredakteurin), IFHV Bochum; **Prof. Dr. Robin Geiß, LL.M. (NYU)**, Universität Potsdam; **Ass. Prof. Dr. Robert Heinsch, LL.M.**, Universität Leiden; **Dr. Jana Hertwig, LL.M.** (Eur. Integration), Bochum; **Ass. Prof. Dr. Jann K. Kleffner, LL.M.**, Swedish National Defence College, Stockholm; **Prof. Dr. Math Noortmann, LL.M., MSc**, Oxford Brookes University; **Dr. Stefanie Haumer**, DRK Berlin

## **Ständige Mitarbeiter:**

**Prof. Dr. Dennis T.G. Dijkzeul**, IFHV Bochum; **Prof. Dr. Wolff Heintschel v. Heinegg**, Universität Frankfurt (Oder); **Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Knut Ipsen**, Bochum; **Prof. Dr. Claus Kreß, LL.M.**, Universität Köln; **Prof. Dr. Thilo Marauhn**, Universität Gießen; **Prof. Dr. Sven Peterke, M.A.**, Universität João Pessoa, Brasilien; **Dr. Gregor Schotten**, Auswärtiges Amt Berlin; **Prof. Dr. Joachim Wolf**, Universität Bochum; **Dr. Messeleth Worku, LL.M.**, Addis Abeba, Äthiopien

# Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften (HuV-I)

Journal of International Law of Peace and Armed Conflict (JILPAC)

25. Jahrgang  
2/2012

Volume 25  
2/2012

## Editorial 55

## Das Thema / Topic

Die Bundeswehr in Libyen – Operation Pegasus  
aus Sicht des Völker- und Staatsrechts

**Dieter Wiefelspütz 56**

## Beiträge / Notes and Comments

### Artikel / Articles

Committing Core Crimes through Complicity:  
Establishing an International Criminal Responsibility  
of Arms Brokers

**Christina Schröder 69**

Der Schutz des Meeres in bewaffneten Konflikten

**Lars Kramm 74**

Regulatory Approaches to Unmanned Naval Systems  
in International Law of Peace and War

**Robert Frau 84**

Small Arms and Light Weapons: The Current Regime  
is Insufficient and Ineffective. What Do We Need?

**Thyla Fontein 92**

## Panorama / Panorama

### Konferenzen / Conferences

„Piraterie und Offshore Windenergie im Fokus der  
Rechtswissenschaften“, 1. Bremer Konferenz zum  
maritimen Recht der Universität Bremen  
vom 6. bis 7. Oktober 2012 in Bremen

**Lars Kramm 103**

„Worse than War“ - Dokumentarfilm und  
Paneldiskussion über Völkermord im 20. und  
21. Jahrhundert am 26. Oktober 2011 in Basel

**Katja Schöberl 106**

XIII. Humanitärer Kongress: Reflexionen zum  
Status Quo und zur Zukunft der humanitären Hilfe  
vom 28. bis 29. Oktober 2011 in Berlin

**Kerstin Rosenow-Williams 108**

2nd IWA Development Congress and Exhibition:  
Pioneering Water Solutions in Urbanizing Areas  
from 21 to 24 November 2011 in Kuala Lumpur and  
6th World Water Forum: Time for Solutions from  
12 to 17 March 2012 in Marseille

**Lisa Hilleke 111**

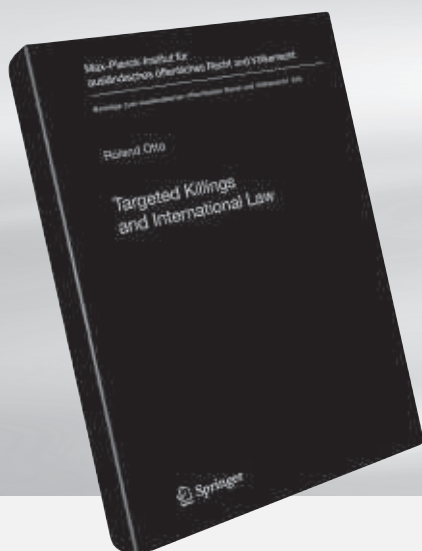
„Brauchen wir neue Regelungen im humanitären  
Völkerrecht?“, 22. Tagung zum Humanitären  
Völkerrecht vom 23. bis 24. März 2012 in Ettlingen

**Charlotte Lülfi 113**

### Buchbesprechungen / Book Reviews

T. Markus Funk, *Victims' Rights and Advocacy at the Inter-  
national Criminal Court*, Oxford University Press, 2010

**Sergey Sayapin 115**



## 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

### Targeted Killings and International Law

With special regard to Human Rights and International  
Humanitarian Law

R. Otto, Göttingen, Germany

Existing international law is capable to govern the “war on terror” also in the aftermath of September 11, 2001. The standards generally applicable to targeted killings are those of human rights law. Force may be used in order to address immediate threats, preventive killings are permitted under strict preconditions but targeted killings are prohibited. In the context of armed conflicts, these standards are complemented by international humanitarian law as *lex specialis*. Civilians may only be targeted while directly taking part in hostilities and posing a threat to the adversary. Also in Israel and the Occupied Territory, these standards apply. Contrary to the Israeli Supreme Court’s view, international humanitarian law is not complemented by human rights law, but human rights law is – to some degree – complemented by international humanitarian law. According to these standards, many killings which would be legal according to the Israeli Supreme Court violate international law.



2012. XXII, 662 p. (Vol. 230) Hardcover

ISBN 978-3-642-24857-3 ► \* € (D) 117,65 | € (A) 120,95 | sFr 146,50

**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  
Preiseempfehlungen und enthalten die landesübliche MwSt. ► Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten.

015123x

# Editorial

## **Auslandseinsätze der Bundeswehr, kleine und leichte Waffen im Internationalen Recht, Schutz der Meere, unbemannte Militärsysteme auf See**

Unser aktuelles HuV-I Heft 02\_2012 widmet sich dieses Mal unter anderem den rechtlichen Grundlagen für Auslandsoperationen der Bundeswehr, neusten Entwicklungen im Völkerstrafrecht sowie offenen Fragen beim Einsatz neuer Waffentechnologien.

Dieter Wiefelspütz eröffnet in unserem Themenschwerpunkt mit seiner detaillierten Untersuchung der Operation Pegasus, des Bundeswehreininsatzes zur Rettung deutscher Staatsangehöriger in Libyen. Sowohl völkerrechtliche als auch staatsrechtliche Ermächtigungsgrundlagen werden für bewaffnete Auslandseinsätze im Allgemeinen und die Operation Pegasus im Speziellen untersucht.

Mit Christina Schröders Beitrag „Committing Core Crimes through Complicity: Establishing an International Responsibility of Arms Brokers“ wendet sich das Heft neueren Entwicklungen im Völkerstrafrecht zu. Der Straftatbestand der Mittäterschaft durch Waffenhandel ist gegenwärtig noch unausgereift und bewegt sich in nationalen sowie internationalen rechtlichen Grauzonen. Straflosigkeit ist oftmals eine unerwünschte Folge. Die Autorin widmet sich den Möglichkeiten einer effektiven Strafverfolgung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs und der *ad-hoc* Tribunale.

Der Schutz des Meeres ist auch in Zeiten bewaffneter Konflikte entscheidend. Lars Kramm sucht innerhalb der verschiedenen Rechtsgebiete nach einschlägigen Regelungen zum Schutz der maritimen Ökosysteme. Humanitäres und allgemeines Völkerrecht sowie gegenwärtige Entwicklungen in den Bereichen Soft Law und aktueller Jurisprudenz zeichnen gegenwärtige Entwicklungen sowie Lücken im Rechtsschutz auf.

Neue technische Entwicklungen in der Kriegsführung werfen die Frage nach der Wirksamkeit unseres Rechtsbestandes auf. Robert Frau wendet sich mit seinem Aufsatz „Regulatory Approaches to Unmanned Naval Systems in International Law of Peace and War“ dem Einsatz von unbemannten Militärsystemen zur See zu. Der Status solcher Systeme und daraus resultierende Rechtsfolgen werden, unter anderem im Rückgriff auf Bewährte Ansätze zur Regelung von Drohnen, analysiert.

Thyla Fontein zweifelt die Effektivität von Regelungen zu kleinen und leichten Waffen an: „Small Arms and Light Weapons: The Current Regime is Insufficient and Ineffective. What Do We Need?“ Völkerrechtliche Regelungen sowie internationale und regionale Initiativen zur Eindämmung dieser Waffenart werden hier auf ihre Wirksamkeit hin geprüft und zukünftige Verbesserungen diskutiert.

Konferenzberichte zu hochaktuellen Entwicklungen in den Bereichen Völkerrecht und humanitäres Völkerrecht runden das Heft ab. Diese stammen aus den Bereichen Wasserschutz, Piraterie, Völkermord und humanitärer Hilfe und liefern Einblicke in den Stand derzeitiger Forschung und akademischer Diskussion.

Mit seiner Buchbesprechung zu Markus Funks „Victim’s Rights and Advocacy at the International Criminal Court“, schließt Sergey Sayapin Heft 2 der HuV-I 2012.

Die Redaktion möchte auch hier darauf hinweisen, dass die Beiträge nicht zwangsläufig die Meinung der Redaktion widerspiegeln. Wir wünschen Ihnen viel Freude und Anregung bei der Lektüre sowie spannende neue Einblicke in die vielseitige Thematik des Völkerrechts.

**Charlotte Lülff**  
**Stellv. Chefredakteurin**

# Die Bundeswehr in Libyen – Operation Pegasus aus Sicht des Völker- und Staatsrechts

Dieter Wiefelspütz\*

## 1. Einführung

Am 26. Februar 2011 setzte die Bundeswehr zwei geschützte Lufttransportfahrzeuge vom Typ Transall C-160 für eine Luftevakuierung deutscher und anderer Staatsbürger aus dem Raum Nafura/Libyen ein. Der Bundesminister des Auswärtigen unterrichtete die Fraktionsvorsitzenden vor und nach der Operation telefonisch.<sup>1</sup> In der Antwort der Bundesregierung vom 11. Juli 2011 heißt es wörtlich: „Die Entscheidung zur Durchführung der Evakuierungsflüge am 26. Februar 2011 erfolgte vor dem Hintergrund einer akuten humanitären Notlage der deutschen und anderen Staatsangehörigen auf dem Gelände der deutschen Firma Wintershall im Raum Nafura.“<sup>2</sup>

Eine Genehmigung zur Nutzung des libyschen Luftraums lag nicht vor. Die Bundesregierung erklärte dazu: „Im Vorfeld der Evakuierung wurde auf diplomatischem Wege die Genehmigung zur Nutzung des libyschen Luftraums beantragt. Der Antrag wurde – der jüngsten Praxis bei Evakuierungsflügen in Libyen entsprechend – nicht bearbeitet; aus diplomatischen Kontakten mit der libyschen Seite konnte aber auf die Duldung von Einflügen zu Evakuierungszwecken geschlossen werden. Nach erfolgtem Antrag konnte die Bundesregierung daher von der konkludenten Zustimmung Libyens zur Evakuierung von in einer humanitären Notlage befindlichen Staatsbürgern ausgehen.“<sup>3</sup>

Zum Ablauf der Operation heißt es in der Antwort der Bundesregierung: „Am 26. Februar 2011 sind zwei Flugzeuge (C-160 ESS Transall) um 14.07 Uhr aus Chania auf Kreta in Richtung Nafura in Libyen gestartet. Diese Flugzeuge landeten um 16.30 Uhr im Camp Nafura und verließen es wieder um 17.17 Uhr in Richtung Chania. Nachdem um 18.25 Uhr beide Flugzeuge den libyschen Luftraum verlassen hatten, landeten diese um 19.29 Uhr auf Kreta.“<sup>4</sup>

Die beiden Lufttransportflugzeuge Transall C-160 ESS führten Scheinziele zum Selbstschutz (sogenannte Chaff und Flares) mit sich. Insgesamt befanden sich an Bord der zwei Luftfahrzeuge 720 „Flares“<sup>5</sup> und 960 „Chaff“<sup>6,7</sup>. In beiden Luftfahrzeugen befanden sich jeweils sechs Fallschirmjäger. Ihr Auftrag bestand in der Sicherung sowohl des Lufttransportmittels nach der Landung beziehungsweise bei einer eventuellen Notlandung als auch der zu Evakuierenden beim Anbordgehen.<sup>8</sup> Die Fallschirmjäger waren mit ihren persönlichen Ausstattungsgegenständen (Uniformteile, Gefechts Helm, Rucksack) sowie mit Schutzwesten ausgerüstet und führten insgesamt vier Funkgeräte, Handwaffen und dazugehörige Munition mit sich.<sup>9</sup> Die Besatzungen der Luftfahrzeuge bestanden insgesamt aus elf Soldaten zur Durchführung des Flugauftrages und einem Mediziner. Diese führten als Waffen insgesamt 15 Pistolen P8 sowie Munition (30 Patronen pro Pistole) mit sich.<sup>10</sup> Zur Beurteilung der Sicherheitslage nach Landung in Nafura heißt es in der Antwort der Bundesregierung: „Obwohl nach Beurteilung der

Sicherheitslage nicht von einer Bedrohung der deutschen Soldatinnen und Soldaten und der zu Evakuierenden auf dem Flugplatz Nafura durch libysche Kräfte auszugehen war, konnte eine unvorhersehbare kurzfristig auftretende Bedrohung nicht gänzlich ausgeschlossen werden.“<sup>11</sup> Anders als bei der Operation Libelle im Jahre 1997<sup>12</sup> beantragte die Bundesregierung keine Zustimmung – auch nicht nachträglich – zum Einsatz der deutschen Soldaten. Zum Charakter des Einsatzes heißt es in der Antwort der Bundesregierung: „Aufgrund der zum Zeitpunkt der entsprechenden Entscheidungen bekannten Bedrohungslage bestand die klare Erwartung, dass die eingesetzten Soldaten durch libysche Kräfte nicht bedroht sind, ihre Waffen nicht würden einsetzen müssen und mithin nicht in eine bewaffnete Unternehmung einbezogen werden würden.“<sup>13</sup>

Bundesaußenminister Dr. Guido Westerwelle, MdB, teilte dem Parlamentarischen Geschäftsführer der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, Volker Beck, MdB, am

\* Dr. iur. Dieter Wiefelspütz arbeitete zunächst als Richter, bis er 1989 als Rechtsanwalt zugelassen wurde. Seine 2002 erfolgte Promotion beschäftigte sich mit dem Thema „Das Untersuchungsausschussgesetz“. Seit 1987 ist er zudem Mitglied des deutschen Bundestages und gehört seit 1994 dem Vorstand der SPD-Bundestagsfraktion an.

<sup>1</sup> BT-Drs. 17/6564, S. 3.

<sup>2</sup> *Id.*, S. 1.

<sup>3</sup> *Id.*, S. 2.

<sup>4</sup> BT-Drs. 17/5359, S. 2.

<sup>5</sup> „Flares“ (etwa „Stichflammen“) sind Täuschkörper gegen Lenkwaffen mit Infrarotsuchkopf.

<sup>6</sup> Als „Chaffs“ (Düppel) werden Täuschmittel bezeichnet, mit denen Radargeräte gestört werden können.

<sup>7</sup> BT-Drs. 17/6564, S. 4.

<sup>8</sup> *Id.*, S. 3.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Id.*, S. 4.

<sup>12</sup> Operation Libelle, Evakuierung deutscher Staatsbürger aus Albanien, Kabinettsentscheidung am 14. März 1997, BT-Drs. 13/7233, Zustimmung des Deutschen Bundestages am 20. März 1997, Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode, Sten. Prot. S. 14989 D (Beschluss). Zur Operation Libelle: V. Epping, in: Archiv des öffentlichen Rechts 124 (1999), S. 423 ff.; C. Kreß, in: Zeitschrift für öffentliches ausländisches Recht und Völkerrecht 57 (1997), S. 329 ff.; K. Dau, in: Neue Zeitschrift für Wehrrecht (1998), S. 89 ff.; W. Hermsdörfer, in: Bayerische Verwaltungsblätter (1998), S. 652 ff.; H. von Lersner, in: Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 12 (1999), S. 156 ff.; F. Schröder, Das parlamentarische Zustimmungsverfahren zum Auslandseinsatz der Bundeswehr in der Praxis, Köln 2005, S. 69 ff.; A. L. Paulus, Parlament und Streitkräfteeinsatz in rechtshistorischer und rechtsvergleichender Perspektive, Habilitationsschrift, Universität München, Typoskript (noch nicht veröffentlicht), März 2006, S. 265 ff.; J. Güntert, Die materielle Verfassungsmäßigkeit von unilateralen Evakuierungsmaßnahmen der Bundeswehr im Ausland, (zugleich: Diss., Universität Köln, 2008), Hamburg 2008, S. 13 ff.; P. Scherrer, Das Parlament und sein Heer. Das Parlamentsbeteiligungsgesetz, (zugleich: Diss., Universität Tübingen, 2008), Berlin 2010, S. 123 f.

<sup>13</sup> BT-Drs. 17/6564, S. 2.

11. März 2011 mit, „bei der Evakuierung handelt es sich jedoch um einen humanitären Einsatz. Ein solcher Einsatz ist nicht mandatierungspflichtig. Der Einsatz war mit der klaren Erwartung verbunden, dass die Soldaten ihre Waffen nicht würden einsetzen müssen [...]. Vor diesem Hintergrund beabsichtigt die Bundesregierung nicht, eine nachträgliche Zustimmung des Deutschen Bundestages einzuholen.“<sup>14</sup>

In einem weiteren Schreiben des Bundesaußenministers vom 5. April 2011 an den Parlamentarischen Geschäftsführer der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, Volker Beck, MdB, heißt es: „Das Parlamentsbeteiligungsgesetz findet nur bei einem Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte im Ausland Anwendung. Ein Einsatz bewaffneter Streitkräfte ist nicht anzunehmen, wenn deutsche Soldatinnen und Soldaten in eine bewaffnete Unternehmung nicht einbezogen sind und eine solche Einbeziehung nach den konkreten Umständen des Einsatzes nicht zu erwarten ist. Dies war bei der Evakuierungsaktion Nafura der Fall.“<sup>15</sup>

Im August 2011 machte die Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen beim Bundesverfassungsgericht ein Organstreitverfahren anhängig mit dem Antrag festzustellen: Die Bundesregierung hat den Deutschen Bundestag in seinem wehrverfassungsrechtlichen Beteiligungsrecht in Form des konstitutiven Parlamentsvorbehalts für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte verletzt, indem sie es unterlassen hat, seine Zustimmung zum Einsatz deutscher Soldaten zur Rettung deutscher Staatsangehöriger aus Libyen am 26. Februar 2011 einzuholen.

Die Meldung über diese besonders gelungene humanitäre Operation der Bundeswehr (Operation Pegasus), bei der kein Schuss fiel, fand angesichts der spektakulären Auseinandersetzung um den damaligen Bundesminister der Verteidigung, Karl-Theodor zu Guttenberg, kaum Beachtung. Die Operation wirft aber gravierende Fragen völkerrechtlicher und staatsrechtlicher Art auf. Lässt das Völkerrecht solche Einsätze ohne Zustimmung des betroffenen Staates zu? Erlaubt das Grundgesetz solche Unternehmungen? Ist es nicht eher Sache der Polizei und nicht Aufgabe der Bundeswehr, im Ausland in Not geratene Staatsbürger zu evakuieren? Muss die Bundesregierung den Deutschen Bundestag zumindest nachträglich um Zustimmung zur Operation Pegasus bitten?

## 2. Das Völkerrecht und Rettungsaktionen im Ausland

Beim Einsatz deutscher Polizeibeamter im Ausland, aber auch beim Auslandseinsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte sind die Normen des Grundgesetzes, die Vorschriften des Völkervertragsrechts und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts (Artikel 25 Grundgesetz (GG)) zu beachten und einzuhalten.<sup>16</sup> Nach Artikel 2 Ziffer 4 der Charta der Vereinten Nationen (VNCh) enthalten sich alle Mitglieder in ihren internationalen Beziehungen der Drohung mit Gewalt oder der Gewaltanwendung, die gegen die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit irgendeines Staates gerichtet oder sonst mit den Zielen der Vereinten Nationen (VN) unvereinbar ist.

Das Gewaltverbot bezieht sich nicht nur auf militärische Operationen gegen einen Staat, sondern erfasst sämtliche be-

waffnete Handlungen, auch die Anwendung polizeilicher Gewalt.<sup>17</sup>

Ausnahmen vom Gewaltverbot sind die Zwangsmaßnahmen des Sicherheitsrats der VN nach Kapitel VII VNCh<sup>18</sup> und das Recht auf individuelle und kollektive Selbstverteidigung (Artikel 51 VNCh).<sup>19</sup> Zunehmend wird freilich die gewaltsame Selbsthilfe zum Schutz eigener Staatsbürger im Ausland mit einem weit verstandenen Selbstverteidigungsrecht im Sinne von Artikel 51 VNCh, einer gewohnheitsrechtlichen Ausnahme vom Gewaltverbot oder einer Einschränkung des Gewaltverbots durch die humanitäre Zwecksetzung gerechtfertigt.<sup>20</sup> Liegt das Einverständnis des betroffenen Staates zur Anwendung von Gewalt bei Rettungs- oder Evakuierungsaktionen vor, handelt es sich um eine einverständliche, völkerrechtlich unbedenkliche Gewaltanwendung.<sup>21</sup>

### 2.1. Die Staatspraxis und die VN

In einer souveränen Würdigung der Staatenpraxis im Zeitraum von 1960 bis 1998 kommt Thomas M. Franck<sup>22</sup> zu dem Ergebnis, dass die Organe der VN auf militärische Interventionen zum Schutz eigener Staatsbürger eher situationsgebunden und pragmatisch und nicht dogmatisch reagierten: „When the facts and their political context are widely seen to warrant a pre-emptive or deterrent intervention on behalf of credibly endangered citizens abroad, and if the UN [United Nations] itself, for political reasons, is incapable of acting, then some use of force by a state may be accepted as legitimate self-defense within the meaning of Article 51 [...]. In practice, whether an action is deemed lawful or not has come to depend on the special circumstances of each case, as demonstrated to, and perceived by, the political and legal institutions of the international system [...]. [...] [I]n a broader interpretation of practice, the system may be said to have adapted the concept of self-defense, under Article 51, to include a right to use force in response to an attack against nationals, providing there is clear evidence of extreme necessity and the means chosen are proportionate.“<sup>23</sup>

<sup>14</sup> Schreiben des Bundesministers des Auswärtigen, Dr. Guido Westerwelle, MdB, vom 11. März 2011.

<sup>15</sup> Schreiben des Bundesministers des Auswärtigen, Dr. Guido Westerwelle, MdB, vom 5. April 2011.

<sup>16</sup> Vgl. D. Wiefelspütz, *Das Parlamentsrecht*, Berlin 2005, S. 252.

<sup>17</sup> S.N. Pieper, *Völkerrechtliche Aspekte der internationalen Terrorismusbekämpfung*, Diss., Universität München, München 2004, S. 67.

<sup>18</sup> Vgl. A. Randelzhofer, in: B. Simma (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, Vol. I, 2nd Edition, Oxford 2002, Art. 2 Ziff. 4 Rn. 41 ff.; H. Fischer, in: K. Ipsen, *Völkerrecht* (Hrsg.), 5. Aufl., München 2004, § 60 Rn. 18 ff.

<sup>19</sup> M. Bothe, in: W. Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 5. Aufl., Berlin 2010, 8. Abschnitt, Rn. 19.

<sup>20</sup> Vgl. M. Herdegen, *Völkerrecht*, 10. Aufl., München 2011, § 34 Rn. 21 m. w. N.

<sup>21</sup> D. Deiseroth, in: D. C. Umbach/T. Clemens (Hrsg.), *Grundgesetz*, Bd. I, Heidelberg 2002, Art. 24 Rn. 309.

<sup>22</sup> T.M. Franck, *Recourse to Force*, 6. Aufl., New York 2005, S. 76 ff., sowie umfassend T. C. Wingfield/J.E. Meyen (Hrsg.), *Lillich on the Forcible Protection of Nationals Abroad*, in: *International Law Studies* 77 (2002), S. 25-108.

<sup>23</sup> T.M. Franck, a.a.O. (Fn. 22), S. 96.

## 2.2. Das Meinungsbild

### 2.2.1. Die Befürwortung der Zulässigkeit von Rettungsmaßnahmen

Es wird weitgehend als realitätsfremd bewertet, einem Staat die gewaltsame Rettung eigener Staatsbürger vor völkerrechtswidriger Bedrohung an Leib und Leben zu versagen.<sup>24</sup> Militärisch mächtige Staaten nahmen sich in der Vergangenheit stets das Recht, ihre Staatsbürger im Ausland militärisch zu schützen.<sup>25</sup> Bis zum Inkrafttreten der Charta der VN war völkergewohnheitsrechtlich anerkannt, dass militärische Interventionen zum Schutz eigener Staatsbürger im Ausland zulässig sind.<sup>26</sup> Aber auch nach dem Inkrafttreten der Charta wird die Zulässigkeit des militärischen Schutzes eigener Staatsbürger – wengleich mit unterschiedlichen Begründungen – vertreten.<sup>27</sup> Vielfach wird die Auffassung vertreten, die Bedrohung eigener Staatsangehöriger auf fremdem Boden sei ein bewaffneter Angriff im Sinne des Artikel 51 VNCh, der militärische Selbstverteidigung erlaube.<sup>28</sup> Vor allem im US-amerikanischen Schrifttum ist in Anwendung expansiver Konzepte von Selbstverteidigung die Meinung verbreitet, das überkommene, völkergewohnheitsrechtlich geltende Selbstverteidigungsrecht werde durch Artikel 51 VNCh nicht beeinträchtigt.<sup>29</sup> Danach soll das lange gewohnheitsrechtlich ausgeübte Recht zum militärischen Schutz des Lebens und des Eigentums eigener Staatsangehöriger im Ausland neben dem System der Charta weiterbestehen.

Ein weiterer Begründungszusammenhang beschreibt den Schutz eigener Staatsangehöriger im Ausland als eine zulässige Anwendung von Gewalt unterhalb der Schwelle des Artikel 2 Ziffer 4 VNCh. Diese Norm habe einen quantitativen – das Ausmaß der Gewalt betreffend – und einen qualitativen Aspekt, der den Zweck und die Zielrichtung der Gewalt meint. Schutzzweck von Artikel 2 Ziffer 4 VNCh sei die territoriale Integrität und die politische Unabhängigkeit der Staaten. Eine räumlich und zeitlich limitierte Rettungs- oder Evakuierungsoperation beeinträchtige aber weder die territoriale Integrität noch die politische Unabhängigkeit des betroffenen Staates.<sup>30</sup>

Schließlich wird bestritten, dass der überragende Hauptzweck des VN-Systems die Wahrung des internationalen Friedens und der Sicherheit sei. Vielmehr stünde neben dieser Zielsetzung mit gleichem Gewicht der Schutz der Menschenrechte. Der kumulierende Effekt der Artikel 1, 55 und 56 VNCh begründe die Legalität unilateraler Selbsthilfe.<sup>31</sup> Im deutschen Schrifttum wird die Auffassung vertreten, die Rettung eigener Staatsangehöriger sei unter Umständen als Selbstverteidigung nach Artikel 51 VNCh<sup>32</sup>, als ungeschriebene Ausnahme vom Gewaltverbot des Artikel 2 Ziffer 4 VNCh<sup>33</sup> oder als Recht zur Nothilfe nach Völkergewohnheitsrecht<sup>34</sup> gerechtfertigt.

### 2.2.2. Die Ablehnung der Zulässigkeit von Rettungsmaßnahmen

Ein nach wie vor erheblicher Teil des Schrifttums hält den unilateralen Einsatz militärischer Gewalt zum Schutz eigener Staatsbürger ohne Zustimmung des betroffenen Staates für nicht völkerrechtskonform.<sup>35</sup> Argumentiert wird vor

allem mit dem Geist und den Buchstaben der VNCh. Das vornehmste Ziel der VN sei die Wahrung des internationalen Friedens und der Sicherheit. Die VN hätten das Monopol über die gesetzmäßige Anwendung von Gewalt. Wäre es Staaten erlaubt, ihre Staatsangehörigen im Ausland mit militärischer Gewalt zu schützen, würde das Recht auf individuelle oder kollektive Selbstverteidigung uferlos ausgeweitet. Um den in der Vor-Charta-Ära häufig anzutreffenden Missbrauch der militärischen Intervention zum Schutz eigener Staatsbürger im Ausland zu unterbinden, hätten die Väter der VN-Charta die unilaterale Anwendung militärischer Gewalt untersagt, mit Ausnahme der offensichtlichen nationalen Selbstverteidigung gegen einen bewaffneten Angriff, und dann auch nur, soweit der Sicherheitsrat der VN noch nicht eingeschritten ist.<sup>36</sup> Gegen die Zulässigkeit des unilateralen Einsatzes von militärischer Gewalt wird eingewandt, militärische Maßnahmen gegen einen Staat seien immer wieder missbräuchlich damit begründet worden, dass diese der Rettung eigener (oder fremder) Staatsangehöriger dienen. Es treffe nicht zu, dass in der Bedrohung eigener Staatsangehöriger ein bewaffneter Angriff liege, der Selbstverteidigungsmaßnahmen rechtfertige. Es sei nicht möglich, den Angriff auf eine Gruppe von Staatsangehörigen mit einem Angriff auf ein Staatsgebiet gleichzusetzen, denn mit dem Angriff auf die Staatsangehörigen sei keine Gefährdung der territorialen Integrität beziehungsweise der politischen Handlungsfreiheit des Heimatstaates verbunden. Es überzeuge auch nicht, Befreiungsaktionen auf den Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision zu stützen. Die Begrün-

<sup>24</sup> M. Herdegen, a.a.O. (Fn. 20), § 34 Rn. 22 m.w.N.; O. Dörr, in: *ders.* (Hrsg.), Ein Rechtslehrer in Berlin. Symposium für Albrecht Randelzhofer, Berlin 2004, S. 46 f.; V. Epping, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, GG, Version: 11, Stand: 1. Juli 2011, Art. 87a Rn. 10.2 m.w.N.

<sup>25</sup> G. Nolte, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 59 (1999), S. 951.

<sup>26</sup> Vgl. H. Fischer, a.a.O. (Fn. 18), § 59 Rn. 34.

<sup>27</sup> In der US-amerikanischen Literatur wird diese Ansicht „counter-restrictionist theory“ genannt, vgl. T.C. Wingfield/J.E. Meyen (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 22), S. 245.

<sup>28</sup> Vgl. O. Schachter, in: Michigan Law Review 82 (1984), S. 1632.

<sup>29</sup> C.H. Waldock, The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law, in: Recueil des Cours de l'Academie de droit international 81 (1952), S. 496 ff.; R.B. Lillich, in: Iowa Law Review 53 (1967/1968), S. 325 ff.; K.E. Eichenseher, in: Virginia Journal of International Law 48 (2007/2008), S. 466; J.R. D'Angelo, in: Virginia Journal of International Law 21 (1981), S. 485 ff.; M.S. McDougal, in: American Journal of International Law 57 (1963), S. 600; S. Schwebel, in: Recueil des Cours de l'Academie de droit international 136 (1972), S. 479 ff.; L.C. Green, in: Archiv des Völkerrechts 6 (1956/57), S. 432 ff.; O. Schachter, in: Michigan Law Review 82 (1984), S. 1634; *ders.*, in: Israel Yearbook on Human Rights 19 (1989), S. 225 ff.

<sup>30</sup> Vgl. T.C. Wingfield/J.E. Meyen (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 22), S. 246.

<sup>31</sup> *Id.*, S. 247.

<sup>32</sup> C. Stahn, in: C. Walter/S. Vöneky/V. Röben/F. Schorkopf (Hrsg.), in: Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?, Berlin/Heidelberg 2004, S. 856 f.

<sup>33</sup> G. Nolte, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 59 (1999), S. 951.

<sup>34</sup> K. Doehring, Völkerrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2004, S. 331.

<sup>35</sup> I. Brownlie, International Law and the Use of Force by States, Oxford 1963, S. 272; D. Deiseroth, a.a.O. (Fn. 21), Art. 24 Rn. 300 ff. m.w.N.

<sup>36</sup> T.C. Wingfield/J.E. Meyen (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 22), S. 244 f.



dung sei eine unzulässige Vorwegnahme des gewünschten Ergebnisses und hebe das Gewaltverbot aus den Angeln.<sup>37</sup>

### 2.3. Bewertung

Es verdient Zustimmung, dass eine „Völkerrechtslehre, die einem Staat die gewaltsame Rettung eigener Staatsangehöriger vor völkerrechtswidriger Bedrohung an Leib oder Leben versagt, unzumutbare Anforderungen an die Opferbereitschaft des einzelnen Staates“<sup>38</sup> stellt.<sup>39</sup> Erkennbar dringt die Meinung vor, die den gewaltsamen Schutz eigener Staatsangehöriger unter bestimmten Voraussetzungen zulässt.<sup>40</sup> Oliver Dörr meint, es sei eine völkergewohnheitsrechtliche Ausnahme zum Gewaltverbot entstanden.<sup>41</sup> Allerdings darf dies nicht als Vorwand für politisch motivierte Gewaltaktionen dienen.<sup>42</sup> In der Tat darf inzwischen davon ausgegangen werden, dass der Einsatz von Streitkräften zur Rettung eigener und befreundeter Staatsangehöriger auf fremdem Territorium völkergewohnheitsrechtlich zulässig ist, wenn die Bedrohung gravierend und evident ist, nachvollziehbare Alternativen zur gewaltsamen Rettung nicht ersichtlich sind und die militärische oder polizeiliche Operation in jeder Beziehung verhältnismäßig ist.<sup>43</sup> Nach all dem ist die gewaltsame Selbsthilfe zum Schutz eigener Staatsbürger im Ausland in extremen Notlagen völkerrechtlich erlaubt. Das gilt für Rettungsaktionen der Streitkräfte ebenso wie für Operationen der Polizei.

## 3. Bewaffnete Auslandseinsätze der Bundeswehr und das Grundgesetz

### 3.1. Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht äußert im denkwürdigen Lissabon-Urteil vom 30. Juni 2009 apodiktisch und leider ohne nähere Begründung, der Auslandseinsatz der Streitkräfte sei „außer im Verteidigungsfall nur in Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit erlaubt (Art. 24 Abs. 2 GG)“.<sup>44</sup> Die dezidierte Bewertung des Bundesverfassungsgerichts im Lissabon-Urteil ist bislang weder von der Bundesregierung noch vom Deutschen Bundestag aufgearbeitet worden. Gleiches gilt für das wehrverfassungsrechtliche Schrifttum.<sup>45</sup> Die wenigen Wörter des Bundesverfassungsgerichts haben es in sich und sind von erheblicher Tragweite. Sie bedeuten im Klartext: Auslandseinsätze der Streitkräfte sind von Verfassung wegen jedenfalls dann nicht erlaubt, wenn sie weder Verteidigung noch Einsätze in Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit sind. Das ist deshalb so problematisch, weil Rettungs- oder Evakuierungsaktionen der Bundeswehr im Ausland nach zutreffender herrschender Meinung nicht Verteidigung im Sinne des Grundgesetzes sind. Andererseits erfolgen Rettungs- oder Evakuierungsaktionen im Ausland regelmäßig im nationalen Alleingang (unilateral) und nicht in Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit. Juliane Kokott wendet allerdings ein, die hier hervorgehobene Passage aus dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts zähle nicht zu den tragenden Gründen des Urteils. Dem Bundesverfassungsgericht sei „kaum zu unterstellen, mit einem Satz ohne jegliche Begründung die (Teil)Verfas-

ungswidrigkeit von § 5 ParlBG [Parlamentsbeteiligungsgesetz] zu statuieren, die Evakuierung von Deutschen und Ausländern in Tirana 1997 für verfassungswidrig zu erklären und die eigene Rechtsprechung fortzuentwickeln“<sup>46</sup>. Matthias G. Fischer und Manuel Ladiges halten hingegen für denkbar, dass das Gericht den Einsatz „zur Verteidigung“ gemäß Artikel 87a Absatz 2 GG gemeint habe – und dennoch vom Verteidigungsfall gesprochen habe.<sup>47</sup>

### 3.2. Rettungs- oder Evakuierungsoperationen als Landesverteidigung?

Immerhin kommt in Betracht, bewaffnete Rettungs- oder Evakuierungsoperationen der Streitkräfte im Ausland als Landesverteidigung zu bewerten. Bereits der Wortlaut des Artikel 87a Absatz 1 Satz 1 GG legt indes nahe, dass unter Verteidigung die Verteidigung der Bundesrepublik Deutschland zu verstehen ist, und zwar der Schutz des Territoriums der Bundesrepublik Deutschland<sup>48</sup> unter Einbeziehung des Bündnisfalles, weil bei einem Angriff auf ein Mitglied der North Atlantic Treaty Organization (NATO) regelmäßig auch die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt ist.<sup>49</sup> Der Verteidigungsauftrag der Streitkräfte wurde im Übrigen von Anfang an bündnisorientiert verstanden.<sup>50</sup> Denn die Aufstellung von Streitkräften in der Bundesrepublik Deutschland erfolgte – darauf weist Juliane Kokott<sup>51</sup> mit Recht hin – unter der Voraussetzung ihrer Einbeziehung in das NATO-Bündnis und wäre anders nicht oder zumindest nicht zum damaligen Zeitpunkt möglich gewesen. Aber auch die Nothilfe zugunsten eines angegriffenen Staates – sei es eines verbündeten, sei es eines nicht verbündeten Staates – war bei der Einfügung der Wehrverfassung in das Grundgesetz Bestandteil des Verständnisses von Verteidigung.<sup>52</sup> Das

<sup>37</sup> S. Weinzierl, in: Juristische Schulung (2004), S. 605.

<sup>38</sup> M. Herdegen, a.a.O. (Fn. 20), § 34 Rn. 22.

<sup>39</sup> D. Wiefelspütz, in: Zeitschrift für Politik 53 (2006), S. 168.

<sup>40</sup> Vgl. M. Herdegen, a.a.O. (Fn. 20), § 34 Rn. 22.

<sup>41</sup> O. Dörr, a.a.O. (Fn. 24), S. 46.

<sup>42</sup> Vgl. M. Herdegen, a.a.O. (Fn. 20), § 34 Rn. 22.

<sup>43</sup> V. Epping, a.a.O. (Fn. 24), Art. 87a Rn. 10.2 m.w.N.

<sup>44</sup> BVerfGE 123, S. 360.

<sup>45</sup> Vgl. aber D. Wiefelspütz, in: Die Öffentliche Verwaltung 63 (2010), S. 73 ff.; J. Kokott, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl., München 2011, Art. 87a Rn. 32.

<sup>46</sup> J. Kokott, a.a.O. (Fn. 45), Art. 87a Rn. 32.

<sup>47</sup> Inzident bereits D. Wiefelspütz, a.a.O. (Fn. 45), S. 75 f.

<sup>48</sup> T. Günther, in: M. Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, Tübingen 2003, S. 345, und M. Wild, in: Die Öffentliche Verwaltung 53 (2000), S. 625, verkennen, dass „Verteidigung“ der Bundesrepublik Deutschland nicht gleichbedeutend mit dem Verteidigungsfall i.S.d. Art. 115a GG ist. Das Territorium der Bundesrepublik Deutschland kann auch verteidigt werden, ohne die weitreichende Feststellung des Verteidigungsfalls vorzunehmen.

<sup>49</sup> A. Randelzhofer, in: T. Maunz/G. Dürig, Grundgesetz, München 1971, Art. 24 Abs. 2 Rn. 53.

<sup>50</sup> C. Hillgruber, in: D.C. Umbach/T. Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. II, Heidelberg 2002, Art. 87a Rn. 18.

<sup>51</sup> J. Kokott, a.a.O. (Fn. 45), Art. 87a Rn. 24.

<sup>52</sup> Vgl. Abg. Willy Brandt (SPD), Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, BT-Drs. II/1200, S. 39 f.; Abg. Dr. Richard Jäger (CDU/CSU), Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, Ausschuss für Rechtswesen und Verfassungsrecht, 107. Sitzung, 8. Februar 1956, Protokoll Nr. 107, S. 34.

kann auch nicht überraschen, weil Territorialverteidigung gegenüber einem Angriff von außen, Bündnisverteidigung und Nothilfe zugunsten eines angegriffenen Staates dem herkömmlichen Verständnis der Wehrhoheit eines Staates auf der Ebene des Staatsrechts entsprach und bis heute als Völkergewohnheitsrecht Geltung beansprucht.<sup>53</sup> Es ist deshalb die Auffassung vorzugswürdig, die Verteidigung im Sinne des Grundgesetzes als Territorialverteidigung, Bündnisverteidigung und Nothilfe zugunsten eines angegriffenen Staates, mithin als individuelle oder kollektive Selbstverteidigung im Sinne des völkerrechtlichen Verteidigungsbegriffs versteht.<sup>54</sup>

Erheblich zu weit geht freilich die Auffassung von Matthias G. Fischer und Manuel Ladiges. Danach stehe Verteidigung im Grundgesetz schlechthin für Belange der deutschen Streitkräfte und schließe damit grundsätzlich auch alle kompetenziellen Fragen zur militärischen (äußeren) Sicherheit ein. Verteidigung sei als Wahrung der äußeren Sicherheit, als Abwehr äußerer Gefahren mit militärischen Mitteln zu verstehen.<sup>55</sup> In der Konsequenz heißt das, dass bereits der Schutz einer einzelnen Person oder gar bedrohte wirtschaftliche Interessen im Ausland Verteidigung im Sinne des Grundgesetzes sind. Das ist eine völlig unhaltbare Auffassung, die den Verteidigungsbegriff uferlos ausweitet. Neuerdings wird der Begriff Verteidigung um die Komponente Personalverteidigung erweitert. Otto Depenheuer versteht unter Verteidigung neben der Abwehr unmittelbarer oder drohender Angriffe auf das Territorium Deutschlands oder auf das Staatsgebiet eines Bündnispartners auch den Schutz deutscher Staatsbürger im Ausland.<sup>56</sup> Nach dieser Auffassung sollen aufgrund der staatlichen Schutzpflicht für die Staatsangehörigen entsprechende militärische Rettungsmaßnahmen im Ausland als Verteidigung qualifiziert werden.<sup>57</sup>

Diese Auffassung überzeugt freilich nicht. Der Staat hat zwar Schutzpflichten gegenüber deutschen Staatsbürgern im Ausland, ein Angriff auf einen Deutschen im Ausland ist aber in der Regel noch kein Angriff auf die Bundesrepublik Deutschland, der eine militärische Verteidigung erlaubt.<sup>58</sup> Dementsprechend ist die Wahrnehmung der Schutzpflichten gegenüber einem Deutschen im Ausland nach herrschender Meinung auch keine Verteidigung der Bundesrepublik Deutschland.<sup>59</sup>

### 3.3. Artikel 32 GG als staatsrechtliche Ermächtigunggrundlage für die Bundeswehr

Nimmt man die wehrverfassungsrechtlichen Passagen des Lissabon-Urteils wörtlich und verneint mit der herrschenden Meinung bei Rettungs- oder Evakuierungsoperationen der Bundeswehr das Vorliegen von Verteidigung im Sinne des Grundgesetzes, so kommt man zwangsläufig zu dem Ergebnis, dass im nationalen Alleingang unternommene bewaffnete Rettungs- oder Evakuierungsoperationen der Bundeswehr im Ausland nicht zulässig sind. Diese durchaus nicht selten anzutreffende Auffassung<sup>60</sup> ist nicht hinnehmbar. Sie kann zu der unwürdigen und unzumutbaren Situation führen, dass mit Rücksicht auf bundesdeutsches Staatsrecht befreundete Staaten gebeten werden müssen, Rettungsaktionen für die Bundesrepublik Deutschland wahrzunehmen. Hinzu kommt: Der Bundespolizei sind bewaffnete Rettungsoperationen im Ausland nach Artikel 32 GG im Verhältnis mit dem

Bundespolizeigesetz (BPolG) nach ganz überwiegender Auffassung erlaubt,<sup>61</sup> nach der vorstehenden Auffassung nicht aber den Streitkräften. Und schließlich: Was nahezu alle Staaten für sich reklamieren – das völkergewohnheitsrechtlich geltende Recht, im äußersten Notfall eigene Staatsbürger im Ausland durch eine militärische Operation zu retten oder zu evakuieren – dürfte die Bundesrepublik Deutschland nicht für sich in Anspruch nehmen. Es gibt keinen vernünftigen Grund, dies hinzunehmen.

Unverkennbar geht die Bundesregierung davon aus, dass bewaffnete Rettungs- oder Evakuierungsmaßnahmen der Bundeswehr im Ausland nicht nur völkerrechtlich, sondern auch staatsrechtlich zulässig sind. Das belegen die Einsatzentscheidungen für die unilateralen Bundeswehroperationen Libelle im Jahre 1997 und Pegasus im Jahre 2011. In den Verteidigungspolitischen Richtlinien des Bundesministers der Verteidigung vom 18. Mai 2011 heißt es: „Die Verantwortung für den Schutz der Bürgerinnen und Bürger geht über die Grenzen Deutschlands hinaus. Deutsche Staatsbürger müssen bestmöglich durch den Einsatz von Streitkräften auch in nationaler Verantwortung bei unmittelbaren Gefahren im Ausland gerettet und evakuiert werden können.“<sup>62</sup> Aber nicht nur die Bundesregierung, auch der Bundesgesetzgeber geht davon aus, dass Rettungs- oder Evakuierungsaktionen im Ausland unter Einsatz bewaffneter deutscher Soldaten erforderlich und zulässig sein können. In § 5 Absatz 1 des Parlamentsbeteiligungsgesetzes (ParlBG) heißt es, dass Einsätze bei Gefahr im Verzug, die keinen Aufschub dulden, keiner vorherigen Zustimmung des Bundestages bedürfen. Gleiches gilt für Einsätze zur Rettung von Menschen aus besonderen Gefahrenlagen, solange durch die öffentliche Befassung des Bundestages das Leben der zu rettenden Menschen gefährdet würde.

Alle in Betracht kommenden völkerrechtskonformen Auslandseinsätze bewaffneter deutscher Streitkräfte außerhalb von Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit und außerhalb von Verteidigung im Sinne des Grundgesetzes haben ihre Rechtsgrundlage in Artikel 32 Absatz 1 GG<sup>63</sup> beziehungsweise in Artikel 25 GG im Verhältnis mit dem Völkergewohnheitsrecht oder in Artikel 59 Absatz 2 GG im Verhältnis mit Völkervertragsrecht.

Nach Artikel 32 Absatz 1 GG ist die Pflege der Beziehungen zu anderen Staaten Sache des Bundes. Darunter ist die Ge-

<sup>53</sup> Vgl. A. Randelzhofer, a.a.O. (Fn. 51) Art. 51 Rn. 43 ff.

<sup>54</sup> D. Wiefelspütz, a.a.O. (Fn. 16), S. 119.

<sup>55</sup> M.G. Fischer/M. Ladiges, in: Neue Zeitschrift für Wehrrecht (2011), S. 226.

<sup>56</sup> O. Depenheuer, in: Deutsches Verwaltungsblatt (1997), S. 688.

<sup>57</sup> H.-G. Franzke, in: Neue Zeitschrift für Wehrrecht (1996), S. 192.

<sup>58</sup> Vgl. D. Wiefelspütz, a.a.O. (Fn. 16), S. 258 f.

<sup>59</sup> Vgl. auch *Id.*, S. 119; H. Krieger, Streitkräfte im demokratischen Verfassungsstaat, Habilitationsschrift, Universität Göttingen, Typoskript, Juni 2004 (noch nicht veröffentlicht), S. 409.

<sup>60</sup> V. Epping, a.a.O. (Fn. 24), Art. 87a Rn. 10.

<sup>61</sup> Vgl. A. Hernekamp, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 3, 5. Aufl., München 2003, Art. 87a Rn. 12.

<sup>62</sup> Verteidigungspolitische Richtlinien des Bundesministers der Verteidigung vom 18. Mai 2011, S. 5 f.

<sup>63</sup> D. Wiefelspütz, Der Auslandseinsatz der Bundeswehr und das Parlamentsbeteiligungsgesetz, Frankfurt a.M. 2008, S. 160 ff. m.w.N.

samtheit grenzüberschreitender Handlungszusammenhänge zu verstehen, die sich auf die Stellung der Bundesrepublik Deutschland als Völkerrechtssubjekt in der Staatengemeinschaft auswirken.<sup>64</sup> Alle Maßnahmen, die im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten erforderlich werden, sind Gegenstand der Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten.<sup>65</sup> Die Ansicht, als Kompetenznorm erfasse Artikel 32 Absatz 1 GG nur völkerrechtsförmliches Handeln,<sup>66</sup> hat sich nicht durchgesetzt.<sup>67</sup> Militärische Einsätze der Bundeswehr im Ausland, aber auch sonst außerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes (Hohe See, Weltraum), sind in den Geltungsbereich des Artikel 32 Absatz 1 GG einzubeziehen,<sup>68</sup> soweit nicht bereits andere Regelungen des Grundgesetzes als Ermächtigungsgrundlage in Betracht kommen. Demgegenüber weist Klaus Dau darauf hin, die grundgesetzliche Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Ländern in auswärtigen Angelegenheiten sei für eine selbständige Befugnisnorm nicht ausgebildet, sie könne allenfalls Sekundärverwendungen der Bundeswehr im Ausland wie Flottenbesuche abdecken.<sup>69</sup> Christian Hillgruber wendet ein, die Streitkräfte seien vom verfassungsändernden Gesetzgeber im Jahre 1956 nicht als beliebig verwendbares Instrument der Außenpolitik der Bundesrepublik Deutschland zur verfassungsrechtlich ungebundenen Verfügung der Bundesexekutive als der Trägerin der auswärtigen Gewalt geschaffen, sondern in ihrer hoheitlichen Funktion spezifisch der Verteidigung gewidmet worden. Eine anderweitige Verwendung der Streitkräfte als Mittel der vollziehenden Gewalt stelle daher, wenn sie nicht durch eine zusätzliche Zweckbestimmung gedeckt sei, eine verfassungswidrige Zweckentfremdung dar. Dies gelte auch für den Auslandseinsatz.<sup>70</sup> Diese Auffassungen sind nicht überzeugend. Einerseits unterstellen sie dem verfassungsändernden Gesetzgeber eine nicht nachweisbare Begrenzung der völkerrechtlich zulässigen Einsatzmöglichkeiten der Streitkräfte. Andererseits überdehnt Christian Hillgruber den Begriff Verteidigung, indem er die Beteiligung der Bundeswehr an Friedensmissionen im Rahmen der VN oder der NATO als Verteidigung qualifiziert, obwohl weder die Bundesrepublik Deutschland noch ein Bündnispartner verteidigt wird.<sup>71</sup>

Artikel 32 Absatz 1 GG beziehungsweise Artikel 25 GG im Verhältnis mit dem Völkergewohnheitsrecht oder Völkervertragsrecht im Verhältnis mit Artikel 59 Absatz 2 GG sind danach Ermächtigungsgrundlage insbesondere für völkerrechtlich zulässige militärische Einsätze deutscher Streitkräfte außerhalb von Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit im Sinne des Artikel 24 Absatz 2 GG<sup>72</sup>, wie die unilaterale humanitäre Intervention,<sup>73</sup> Rettungsaktionen zugunsten deutscher oder fremder Staatsangehöriger,<sup>74</sup> militärische Operationen der Bundeswehr auf Einladung eines Staates,<sup>75</sup> völkergewohnheitsrechtlich<sup>76</sup> oder völkervertragsrechtlich zulässige Auslandseinsätze der Bundeswehr auf Hoher See, wie die Bekämpfung der Piraterie<sup>77</sup> und der Sklaverei,<sup>78</sup> die Wahrnehmung von Hoheitsbefugnissen auf Hoher See nach Maßgabe des Flaggenstaatsprinzips,<sup>79</sup> die Nacheile („hot pursuit“)<sup>80</sup> und humanitäre Verwendungen der Bundeswehr, wie zum Beispiel Katastrophenhilfe.<sup>81</sup>

Angesichts der Rechtsunsicherheit, die durch das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Bereich unilateraler Auslandseinsätze der Bundeswehr hervorgerufen wurde,

empfiehlt sich aber eine Ergänzung des Grundgesetzes im Bereich des Artikel 87a GG. Artikel 87a Absatz 5 GG neu könnte danach lauten: „Die Streitkräfte dürfen nach den Regeln des Völkerrechts, auch zur Unterstützung der zuständigen Behörden, eingesetzt werden.“

Viele staatsrechtliche Streitfragen zum Auslandseinsatz der Streitkräfte würden durch die Parallelisierung von Staatsrecht und Völkerrecht weitgehend der Vergangenheit angehören. Die Ergänzung des Artikel 87a GG um einen Absatz 5 in der vorgeschlagenen Fassung würde verfassungsrechtlich eindeutig ein umfassendes völkerrechtskonformes Einsatzspektrum der Bundeswehr ermöglichen. Für den Auslandseinsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte gäbe es eine klare grundgesetzliche Vorgabe: Was völkerrechtlich erlaubt ist, ist auch staatsrechtlich zulässig.<sup>82</sup>

#### 4. Das Trennungsgebot

Eine bewaffnete Rettungs- oder Evakuierungsoperation der Bundeswehr kann im Einzelfall ein eher polizeiliches Gepräge haben, ähnlich dem Spezialeinsatzkommando-Einsatz der Polizei oder einer Operation der GSG 9. In diesem Zusammenhang wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur immer wieder geltend gemacht, dem Grundgesetz sei ein striktes Trennungsgebot zu entnehmen, das eine Betrauung der Streitkräfte mit polizeilichen Aufgaben bei Auslandseinsätzen untersage.<sup>83</sup> Das hieße, dass militärische Rettungsaktionen nicht einmal in Systemen gegenseitiger kollektiver Sicherheit zulässig wären. In der rechtswissenschaftlichen Literatur finden sich inzwischen zahlreiche zustimmende

<sup>64</sup> O. Rojahn, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 2, München 2001, Art. 59 Rn. 10.

<sup>65</sup> H. Risse, in: D. Hömig (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl., Baden-Baden 2010, Art. 32 Rn. 1.

<sup>66</sup> So U. Fastenrath, Kompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt, München 1986, S. 70, 83 ff.

<sup>67</sup> W.G. Grewe, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, Das Handeln des Staates, 2. Aufl., Heidelberg 1996, § 77 Rn. 82.

<sup>68</sup> D. Wiefelspütz, in: Archiv des öffentlichen Rechts 132 (2007), S. 88.

<sup>69</sup> K. Dau, in: Neue Zeitschrift für Wehrrecht (2005), S. 220.

<sup>70</sup> C. Hillgruber, a.a.O. (Fn. 50), Art. 87a Rn. 52.

<sup>71</sup> D. Wiefelspütz, a.a.O. (Fn. 68), S. 89.

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> Vgl. D. Wiefelspütz, a.a.O. (Fn. 16), S. 281 ff.

<sup>74</sup> *Id.*, S. 285 f.

<sup>75</sup> Vgl. dazu H. Fischer, a.a.O. (Fn. 18), § 59 Rn. 16 ff.

<sup>76</sup> Nach V. Röben, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 63 (2003), S. 585, ist in solchen Fällen Art. 25 GG Ermächtigungsgrundlage für die Verwendung der Streitkräfte.

<sup>77</sup> Vgl. dazu H. Fischer, a.a.O. (Fn. 18), § 54 Rn. 16.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> Vgl. dazu *id.*, § 54 Rn. 14 f.

<sup>80</sup> *Id.*, § 54 Rn. 17.

<sup>81</sup> A. Coridaß, Der Auslandseinsatz von Bundeswehr und Nationaler Volksarmee, Frankfurt a.M./Bern/New York 1985, S. 111 f.

<sup>82</sup> D. Wiefelspütz, in: Zeitschrift für Gesetzgebung 22 (2007), S. 131; *ders.*, Reform der Wehrverfassung, Frankfurt a.M. 2008, S. 120 f.

<sup>83</sup> Vgl. A. Fischer-Lescano, in: Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland 12 (2009), S. 54.

und ablehnende Stimmen zum Trennungsgebot.<sup>84</sup> Insbesondere die Beteiligung der Bundeswehr an der seepolizeilichen Operation Atalanta der Europäischen Union zur Bekämpfung der Piraterie hat die Diskussion beflügelt.

#### 4.1. Das Meinungsbild

Ein verfassungsrechtlich fundiertes Trennungsgebot vertritt insbesondere Fischer-Lescano. Im Jahre 2003 schrieb Fischer-Lescano, eine verfassungssystematische Betrachtung stütze die These, dass das Trennungsgebot aktuelles Verfassungsrecht darstelle. Nach der Einführung der Wehrverfassung 1956 stünden sich für die innerstaatliche Verwendung von Polizei und Militär die jeweiligen Regelungskomplexe der Wehr- beziehungsweise Polizeiverfassung gegenüber. Die Trennung von Bundesgrenzschutz und Streitkräften werde durch die Gegenüberstellung in Artikel 35 Absatz 2 und 3 Satz 1 GG sowie Artikel 87a Absatz 4 Satz 1 GG dokumentiert. Sie komme auch in den unterschiedlichen dienstrechtlichen Unterstellungen zum Ausdruck.

Die Aufgabenteilung vollziehe sich dergestalt, dass es Aufgabe der Polizei sei, den Staat und seine Bürger vor Gefahren zu schützen, die vom Staatsinnern herrühren, während es den Streitkräften obliege, die staatliche Integrität und den Bürger vor den Einwirkungen äußerer Gefahren zu bewahren. Das Grundgesetz vollziehe diese Trennung in einer solchen Konsequenz, dass von einem verfassungsrechtlichen Prinzip gesprochen werden könne. Diese verfassungsrechtliche Wertentscheidung diene nicht nur der innerstaatlichen Machtbalance, sondern sei organisatorisches Prinzip der grundsätzlichen Binnendifferenzierung in der Exekutive und daher auch bei Auslandseinsätzen von Bundesgrenzschutz und Bundeswehr zu berücksichtigen.<sup>85</sup>

In weiteren Beiträgen betont Fischer-Lescano, nach herrschender Meinung könne die Bundeswehr nicht zu Polizeimaßnahmen herangezogen werden. Das ergebe sich aus Artikel 87a Absatz 2 GG, dem ein striktes Trennungsgebot zu entnehmen sei, welches auch bei Außeneinsätzen gelte. Aus diesem Trennungsgebot, das die Etablierung eines Staatssicherheitsdienstes mit Universalzuständigkeit verhindern solle, ergebe sich, dass polizeiliche Maßnahmen durch die Polizei und militärische Maßnahmen durch das Militär ausgeführt werden müssen. Allerdings gebe es immer wieder Überschneidungen zwischen den Bereichen. Deshalb habe eine Rechtsbetrachtung auf den Schwerpunkt der jeweiligen Maßnahme abzustellen.<sup>86</sup>

Ähnliche Auffassungen vertreten Schultz<sup>87</sup>, Brinkmann<sup>88</sup>, Heinicke<sup>89</sup>, Thiel<sup>90</sup> sowie Braun und Plate<sup>91</sup>. Gegen das Trennungsgebot bei Auslandseinsätzen sprechen sich Wolff<sup>92</sup>, Heintschel von Heinegg<sup>93</sup>, Paulus und Cornick<sup>94</sup>, Epping<sup>95</sup>, Limpert<sup>96</sup>, Arnauld<sup>97</sup> und Wiefelspütz<sup>98</sup> aus.

#### 4.2. Bewertung

Der Schlüssel zur Beantwortung der Frage, ob es ein verfassungsrechtlich fundiertes Trennungsgebot von Polizei und Bundeswehr bei Auslandseinsätzen gibt, ist die Interpretation des Artikel 87a Absatz 2 GG. Ob Artikel 87a Absatz 2 GG lediglich ein Verfassungsvorbehalt für den Einsatz der Bundeswehr im Innern ist<sup>99</sup> oder ob die Norm neben Inlands-

einsätzen auch Einsätze der Streitkräfte im Ausland einbezieht,<sup>100</sup> wird bis heute kontrovers diskutiert.

Nicht streitig freilich sind die Intentionen des Verfassungsgesetzgebers, die mit der Fassung des Artikel 87a Absatz 2 GG im Jahre 1968 verbunden waren. Bereits im Streitkräf-teurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Juli 1994 heißt es dazu: „Ihre Aufmerksamkeit war vielmehr darauf gerichtet, den Verfassungsvorbehalt des Art. 143 des Grundgesetzes in der Fassung vom 19. März 1956 (BGBl. I S. 111) auszufüllen und im Grundgesetz nunmehr auch die Voraussetzungen zu regeln, unter denen die Streitkräfte im Falle eines inneren Notstandes eingesetzt werden dürfen. Darüber hinaus sollte die Notstandsverfassung weder neue Einsatzmöglichkeiten der Streitkräfte schaffen noch im Grundgesetz bereits zugelassene beschränken. Das wird auch durch die Motive belegt. So sollte nach dem Bericht des Rechtsausschusses durch Art. 87 a Abs. 2 GG verhindert werden, dass „ungeschriebene Zuständigkeiten aus der Natur der Sache“ abgeleitet werden. Nicht dagegen sollten Befugnisse ausgeschlossen werden, „die sich aus einem Wortzusammenhang mit der Verteidigungskompetenz ergeben“<sup>101</sup>. Maßgeblich war demnach das Ziel, die Möglichkeiten für einen Einsatz der Bundeswehr im Innern durch das Gebot strikter Text-treue zu begrenzen. Die schon im ursprünglichen Text des Grundgesetzes zugelassene Mitgliedschaft in einem System

<sup>84</sup> Vgl. M. Königeter, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, WD 2 – 3000 – 021/09, S. 14 ff. m.w.N.

<sup>85</sup> A. Fischer-Lescano, in: Archiv des öffentlichen Rechts 128 (2003), S. 69; kritisch dazu D. Wiefelspütz, in: M.H.W. Möllers/R.C. van Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2006/2007, Frankfurt a.M. 2007, S. 264 f.

<sup>86</sup> A. Fischer-Lescano, in: Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland 12 (2009), S. 54.

<sup>87</sup> M. Schultz, Die Auslandsentsendung von Bundeswehr und Bundesgrenzschutz zum Zwecke der Friedenswahrung und Verteidigung, Frankfurt a.M. et al. 1998, S. 128 f.

<sup>88</sup> G. Brinkmann, in: Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland 13 (2010), S. 54 f.

<sup>89</sup> T. Heinicke, in: Kritische Justiz 42 (2009), S. 192 f.

<sup>90</sup> M. Thiel, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr. Grundfragen von Freiheit und Sicherheit im Zeitalter der Globalisierung, Tübingen 2011, S. 456 f.

<sup>91</sup> K. Braun/T. Plate, in: Die Öffentliche Verwaltung 63 (2010), S. 208.

<sup>92</sup> Wolff, a.a.O. (Fn. 46), S. 177 f. m.w.N.

<sup>93</sup> W. Heintschel von Heinegg, <http://www.welt.de/vermisches/article/2517009/Warum-die-Bundeswehr-Piraten-jagen-sollte.html>.

<sup>94</sup> A. Paulus/M. Cornick, in: S. Mair (Hrsg.), Piraterie und maritime Sicherheit, Berlin 2010, S. 89.

<sup>95</sup> V. Epping, a.a.O. (Fn. 24), Art. 87a Rn. 29.3.

<sup>96</sup> M. Limpert, in: M. Limpert/H.-W. Arndt/K. Fischer, Deutscher Bundestag, Wissenschaftlicher Dienst, WD 3 – 3000 – 182/09, WD 2 – 3000 – 056/09, WD 7 – 3000 – 098/09, S. 13.

<sup>97</sup> A. von Arnauld, in: M.H.W. Möllers/R. van Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2010/2011, 2. Hbd., Frankfurt a.M. 2011, S. 112.

<sup>98</sup> D. Wiefelspütz, in: Unterrichtsblätter für die Bundeswehrverwaltung (2011), S. 84 ff.

<sup>99</sup> G. Dürig, in: T. Maunz/G. Dürig, Grundgesetz, München 1971, Art. 87a Rn. 32; J. Kokott, a.a.O. (Fn. 45), Art. 87a Rn. 12; F. Kirchhof, in: J. Isensee/F. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, Aufgaben des Staates, 3. Aufl., Heidelberg 2006, § 84 Rn. 57.

<sup>100</sup> K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, München 1980, S. 1477 f.

<sup>101</sup> Bericht des Rechtsausschusses, BTDrucks. V/2873, S. 13.

gegenseitiger kollektiver Sicherheit und die damit mögliche Teilnahme deutscher Streitkräfte an Einsätzen im Rahmen eines solchen Systems sollten nicht eingeschränkt werden.“<sup>102</sup>

Diese Rechtsprechung bestätigte das Gericht im Luftsicherheitsurteil vom 15. Februar 2006 nahezu wörtlich.<sup>103</sup> Es ging dem Verfassungsgesetzgeber bei der Neufassung des Artikel 87a Absatz 2 GG im Jahre 1968 um die „möglichst weitgehende Neutralisierung der Streitkräfte als Machtfaktor im Innern der Bundesrepublik“<sup>104</sup> oder – anders formuliert – Artikel 87a Absatz 2 GG „lässt das Bestreben des verfassungsändernden Gesetzgebers erkennen, jeden Einsatz der Streitkräfte im Inneren im Hinblick auf die damit verbundenen innenpolitischen Gefahren eng zu begrenzen“<sup>105</sup>. Maßgeblich war das Ziel, „die Möglichkeiten für einen Einsatz der Bundeswehr im Innern durch das Gebot strikter Texttreue zu begrenzen“<sup>106</sup>. Es sollte verhindert werden, dass „ungeschriebene Zuständigkeiten aus der Natur der Sache“ abgeleitet werden.<sup>107</sup> Auslandseinsätze waren demgegenüber nicht in die Regelungsabsichten des Verfassungsgesetzgebers einbezogen.<sup>108</sup>

Aus dem Entstehungszusammenhang ergibt sich eindeutig, dass Artikel 87a Absatz 2 GG ausschließlich Einsätze der Streitkräfte im Innern Deutschlands erfasst.<sup>109</sup> Die einzelnen Phasen der Entstehungsgeschichte der Norm belegen ferner, dass Artikel 87a Absatz 2 GG nur die Regelung des Artikel 143 GG alte Fassung ersetzen<sup>110</sup> und somit lediglich Inlandseinsätze regeln sollte.<sup>111</sup>

Die Normierung des Einsatzes der Streitkräfte „für den Fall des inneren Notstandes sollte nicht zuletzt der Sorge Rechnung tragen, die Streitkräfte könnten gegen Streikende eingesetzt werden“<sup>112</sup>. In einer politisch aufgeladenen und gereizten Debatte war lediglich der Einsatz der Streitkräfte im Innern Deutschlands im Blickfeld des Verfassungsgesetzgebers.<sup>113</sup>

Auslandseinsätze der Bundeswehr kamen bei den parlamentarischen Beratungen des Artikel 87a Absatz 2 GG nicht zur Sprache.<sup>114</sup> Der Wortlaut „außer zur Verteidigung“ belegt, dass Artikel 87a Absatz 2 GG die Kernaufgabe der Bundeswehr, die Verteidigung, nicht zum Regelungsgegenstand hatte. Vor dem Hintergrund der Erarbeitung einer Notstandsverfassung, die unter anderem Inlandseinsätze der Bundeswehr, nicht aber Auslandseinsätze zu regeln hatte, bestand dazu auch keine Veranlassung. Auslandsverwendungen der Bundeswehr waren für den Verfassungsgesetzgeber im Jahre 1968 ohne Bedeutung. Sie waren nicht Gegenstand der Beratungen.<sup>115</sup> Aber selbst wenn man annähme, der Verfassungsvorbehalt des Artikel 87a Absatz 2 GG gelte auch für Auslandseinsätze der Streitkräfte, stützt dies das Trennungsgebot nicht. Die Gründe für die Beschränkung der Inlandseinsätze der Bundeswehr lassen sich ersichtlich nicht auf Auslandseinsätze der Streitkräfte übertragen. Die innenpolitischen Konfliktsituationen, die durch den Verfassungsvorbehalt des Artikel 87a Absatz 2 GG gebannt werden sollen, treten bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr nicht auf. Der Sprachgebrauch des Bundesverfassungsgerichts ist sorgfältig und präzise und lässt keinen Raum für eine Übertragung auf Auslandseinsätze. Noch wichtiger aber ist, dass das Grundgesetz keine Normen kennt, die für Auslandseinsätze eine ähnlich streng begrenzende Funktion haben wie Artikel 35 Absatz 2

und 3 GG sowie Artikel 87a Absatz 3 und 4 GG für den Inlandseinsatz der Streitkräfte.

Aus alledem lässt sich nur der Schluss ziehen, dass Auslandseinsätze der Bundeswehr durchaus ein polizeiliches Gepräge haben dürfen. Das in der Literatur behauptete Trennungsgebot, wonach der Bundeswehr im Ausland polizeilich geprägte Einsätze kraft eines verfassungsrechtlich abgeleiteten Trennungsgebotes untersagt seien, existiert nicht. Es gehört in den Bereich der staatsrechtlichen Legende.<sup>116</sup>

## 5. Rettungs- oder Evakuierungseinsätze der Bundeswehr und die Zustimmung des Deutschen Bundestages

Das Bundesverfassungsgericht hat aus dem Gesamtzusammenhang wehrverfassungsrechtlicher Vorschriften des Grundgesetzes und vor dem Hintergrund der deutschen Verfassungstradition seit 1918 dem Grundgesetz ein allgemeines Prinzip entnommen, nach dem jeder Einsatz bewaffneter Streitkräfte der konstitutiven, grundsätzlich vorherigen Zustimmung des Deutschen Bundestags bedarf.<sup>117</sup> Die auf die Streitkräfte bezogenen Regelungen des Grundgesetzes sind darauf angelegt, die Bundeswehr nicht als Machtpotenzial allein der Exekutive zu überlassen, sondern sie als „Parlamentsheer“ in die demokratisch rechtsstaatliche Verfassungsordnung einzufügen.<sup>118</sup> Das Bundesverfassungsgericht hatte bislang noch nicht zu entscheiden, ob eine Rettungs- oder Evakuierungsoperation der Bundeswehr den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt auslöst. In Übereinstimmung mit der herrschenden Auffassung<sup>119</sup> geht das Parlamentsbeteiligungsgesetz davon aus, dass jeder bewaffnete Auslandseinsatz der Bundeswehr der Zustimmung des Bundestages bedarf.<sup>120</sup> Es wird freilich auch die Auffassung vertreten, dass Auslandseinsätze der Bundeswehr mit lediglich polizeilichem Charakter wie die Wahrnehmung der Flaggenhoheit, der Schutz

<sup>102</sup> BVerfGE 90, S. 356 f.

<sup>103</sup> BVerfGE 121, S. 142.

<sup>104</sup> A. Randelzhofer, a.a.O. (Fn. 49), Art. 24 Abs. 2 Rn. 66.

<sup>105</sup> G. Dürig, a.a.O. (Fn. 99), Art. 87a Rn. 32.

<sup>106</sup> BVerfGE 90, S. 357.

<sup>107</sup> Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, BT-Drs. V/2873, S. 13; vgl. auch P. Badura, in: Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften 5 (2007), S. 360.

<sup>108</sup> So jetzt auch F. Kirchhof (Fn. 99), § 84 Rn. 57.

<sup>109</sup> D. Wiefelspütz, a.a.O. (Fn. 68), S. 50; Vgl. J. Isensee/A. Randelzhofer, in: K. Dau/G. Wöhrmann (Hrsg.), Der Auslandseinsatz deutscher Streitkräfte, Heidelberg 1996, S. 548 f.

<sup>110</sup> D. Wiefelspütz, a.a.O. (Fn. 16), S. 61 ff., 67 ff.

<sup>111</sup> D. Wiefelspütz, a.a.O. (Fn. 68), S. 50.

<sup>112</sup> J. Isensee/A. Randelzhofer, a.a.O. (Fn. 109), S. 546.

<sup>113</sup> Überzeugend: M. Limpert, a.a.O. (Fn. 98), S. 21 ff.

<sup>114</sup> H. Krieger, a.a.O. (Fn. 59), S. 412.

<sup>115</sup> D. Wiefelspütz, a.a.O. (Fn. 68), S. 51.

<sup>116</sup> D. Wiefelspütz, a.a.O. (Fn. 82), S. 592.

<sup>117</sup> BVerfGE 90, S. 381 ff.

<sup>118</sup> Vgl. *Id.*, S. 381 f.

<sup>119</sup> Vgl. H.-H. Klein, Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode, Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung, Protokoll G 25 vom 17. Juni 2004, S. 13.

<sup>120</sup> D. Wiefelspütz, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2005), S. 497.

der deutschen Handelsmarine gegenüber kriminellen Angriffen auf Hoher See, die Nacheile, die Bekämpfung der Piraterie und des Sklavenhandels und vergleichbare Operationen keiner Zustimmung des Deutschen Bundestages bedürfen.<sup>121</sup> Diese Auffassung hat sich indes nicht durchgesetzt, zumal die Abgrenzung materiell polizeilicher Operationen von genuin militärischen Einsätzen schwerfallen dürfte, wenn die Operation von einem eindeutig militärischen Verband der Bundeswehr unternommen wird. Es liegt nahe anzunehmen, dass solch eine Operation immer ein militärisches Gepräge hat. Nach alledem bedarf jedenfalls nach Auffassung der Verfassungsorgane Bundesregierung und Bundestag in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung der polizeilich geprägte Auslandseinsatz der Bundeswehr der Zustimmung des Deutschen Bundestages.

Nicht Gegenstand der konstitutiven Zustimmung des Deutschen Bundestages zu einem Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte ist die Beteiligung von Polizeivollzugsbeamten des Bundes und der Länder oder von Kräften anderer Bundes- oder Landesbehörden oder die Beteiligung von Zivilpersonen an solchen Einsätzen.<sup>122</sup> Denn der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt bezieht sich ausschließlich auf den Einsatz bewaffneter Streitkräfte.

## 6. Parlamentsvorbehalt und Operation Pegasus

### 6.1. Der Einsatz bewaffneter Streitkräfte als verfassungsrechtlicher Begriff

Die Operation Pegasus bedarf der (nachträglichen) Zustimmung des Deutschen Bundestages, wenn sie ein „Einsatz bewaffneter Streitkräfte“ war.

Denn nach § 1 Absatz 2 ParlBG bedarf der Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte außerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes der Zustimmung des Bundestages.

Gemäß § 2 Absatz 1 ParlBG liegt ein Einsatz bewaffneter Streitkräfte vor, wenn Soldatinnen oder Soldaten der Bundeswehr in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind oder eine Einbeziehung in eine bewaffnete Unternehmung zu erwarten ist. Vorbereitende Maßnahmen und Planungen sind kein Einsatz im Sinne dieses Gesetzes. Sie bedürfen keiner Zustimmung des Bundestages. Gleiches gilt für humanitäre Hilfsdienste und Hilfsleistungen der Streitkräfte, bei denen Waffen lediglich zum Zweck der Selbstverteidigung mitgeführt werden, wenn nicht zu erwarten ist, dass die Soldatinnen oder Soldaten in bewaffnete Unternehmungen einbezogen werden (Absatz 2).

Einsätze bei Gefahr im Verzug, die keinen Aufschub dulden, bedürfen nach § 5 Absatz 1 Satz 1 ParlBG keiner vorherigen Zustimmung des Bundestages. Gleiches gilt für Einsätze zur Rettung von Menschen aus besonderen Gefahrenlagen, solange durch die öffentliche Befassung des Bundestages das Leben der zu rettenden Menschen gefährdet würde (Satz 2). Der Bundestag ist vor Beginn und während des Einsatzes in geeigneter Weise zu unterrichten (Absatz 2). Der Antrag auf Zustimmung zum Einsatz ist unverzüglich nachzuholen. Lehnt der Bundestag den Antrag ab, ist der Einsatz zu beenden (Absatz 3). Von besonderer praktischer Bedeutung für die Bundesregierung und den Deutschen Bundestag bei der Anwendung des Parlamentsbeteiligungsgesetzes sind die

Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im AWACS/Türkei-Urteil vom 7. Mai 2008 – 2 BvE 1/03 –<sup>123</sup> zu den Voraussetzungen eines „Einsatzes bewaffneter Streitkräfte“. Das Bundesverfassungsgericht hatte diese Fragestellung in seiner wehrverfassungsrechtlichen Rechtsprechung bis zum AWACS/Türkei-Urteil nicht erschöpfend behandelt. Die lange vermisste vertiefte Auseinandersetzung mit dem Begriff „Einsatz bewaffneter Streitkräfte“ holt das Gericht in seinem Urteil vom 7. Mai 2008 in überraschender Eindringlichkeit nach. Dort heißt es: „Einsatz bewaffneter Streitkräfte“ ist ein verfassungsrechtlicher Begriff, dessen Konkretisierung von der völkerrechtlichen Grundlage des konkreten Einsatzes nicht unmittelbar abhängt [vgl. BVerfGE 90, 286 (387)] und der auch nicht von einem im Rang unter der Verfassung stehenden Gesetz [vgl. § 2 ParlBG] verbindlich konkretisiert werden kann, wenn auch die gesetzliche Ausgestaltung des Instituts im Einzelfall Hinweise für seine verfassungsunmittelbare Reichweite zu geben vermag.“<sup>124</sup>

Bereits hier wäre eine größere interpretatorische Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts angebracht gewesen. Das Gericht würdigt nicht hinreichend, dass es sich beim wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt um eine offene Verfassungsnorm handelt,<sup>125</sup> deren Konkretisierung nicht nur dem Bundesverfassungsgericht, sondern auch den anderen Verfassungsorganen,<sup>126</sup> namentlich auch dem Bundestag obliegt.<sup>127</sup> Dies ist von besonderer Bedeutung für die im Wege der Abwägung zu bestimmende Grenzlinie zwischen wehrverfassungsrechtlichem Parlamentsvorbehalt für bewaffnete Einsätze der Bundeswehr und dem Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung.<sup>128</sup> Statt gerichtliche Zurückhaltung an den Tag zu legen, verneint das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit dem wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt einen Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung. Eine Einschätzungsprärogative wird der Bundesregierung nur für den Eilfall eingeräumt. Dazu heißt es im Urteil: „Angesichts der Funktion und Bedeutung des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts darf seine Reichweite nicht restriktiv bestimmt werden. Vielmehr ist der Parlamentsvorbehalt entgegen der im vorliegenden Verfahren vertretenen Auffassung der Antragsgegnerin vom Bundesverfassungsgericht im Zweifel parlamentsfreundlich auszulegen [...]. Insbesondere kann das Eingreifen des Parlamentsvorbehalts nicht unter Berufung auf Gestaltungsspielräume der Exekutive maßgeblich von den politischen und militärischen Bewertungen und Prognosen der Bundesregierung abhängig gemacht werden;

<sup>121</sup> *Id.*, S. 162 f.

<sup>122</sup> D. Wiefelspütz, a.a.O. (Fn. 16), S. 453; C. Gröpl, in: Deutsches Vermögensblatt (1995), S. 333 f.

<sup>123</sup> BVerfGE 121, S. 135 ff., in: Neue Juristische Wochenschrift 61 (2008), S. 2018 ff.; dazu: M. Sachs, in: Juristische Schulung (2008), S. 829 ff.

<sup>124</sup> BVerfGE 121, S. 156, in: Neue Juristische Wochenschrift 61 (2008), S. 2020.

<sup>125</sup> H.-H. Klein, Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode, Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung, Ausschussdrucksache 15 – G – 31, S. 5.

<sup>126</sup> Vgl. BVerfGE 62, S. 39.

<sup>127</sup> So auch V. Röben, Außenverfassungsrecht. Eine Untersuchung zur auswärtigen Gewalt des offenen Staates, Tübingen 2007, S. 292.

<sup>128</sup> H.-H. Klein, a.a.O. (Fn. 125).

eine Einschätzungsprärogative kann der Exekutive lediglich für den Eilfall und damit nur einstweilen überlassen sein [vgl. BVerfGE 108, 34 (44 f.)].<sup>129</sup>

Wenn und soweit dem Grundgesetz eine Zuständigkeit des Deutschen Bundestags in Form eines wehrverfassungsrechtlichen Mitentscheidungsrechts entnommen werden kann, besteht gerade kein eigenverantwortlicher Entscheidungsraum der Bundesregierung. Eigenverantwortliche, das heißt letztlich verfassungsgerichtlicher Überprüfung entzogene Abgrenzungen der Kompetenzräume der in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG genannten Gewalten lassen sich nicht einem apriorischen Gewaltenteilungskonzept entnehmen [...]. Daher ist der Rekurs auf den Topos einer exekutivischen Eigenverantwortung allein ungeeignet, für eine restriktive Auslegung des Parlamentsvorbehalts oder gar dessen grundsätzliche Ablehnung zu streiten [...]. Der Parlamentsvorbehalt ist Teil des Bauprinzips der Gewaltenteilung, nicht seine Durchbrechung.<sup>130</sup>

Dieses Verständnis des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts stärkt die ohnehin machtvolle Stellung des Deutschen Bundestages bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr zusätzlich. Dies ist der allgemeine Tenor der Bewertung des Urteils.<sup>131</sup>

## 6.2. Die konkrete Erwartung der Einbeziehung in bewaffnete Auseinandersetzungen

Entscheidend für die Auslösung des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts ist für das Bundesverfassungsgericht ein Geschehen, das nach den Umständen des Einzelfalls die Einbeziehung deutscher Soldaten konkret erwarten lässt. Dies entspricht exakt dem Wortlaut des § 2 Absatz 1 ParlBG. Den Sinn des § 2 Absatz 1 ParlBG konkretisierend heißt es im AWACS/Türkei-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: „Für den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt kommt es nicht darauf an, ob bewaffnete Auseinandersetzungen sich schon im Sinne eines Kampfgeschehens verwirklicht haben, sondern darauf, ob nach dem jeweiligen Einsatzzusammenhang und den einzelnen rechtlichen und tatsächlichen Umständen die Einbeziehung deutscher Soldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen konkret zu erwarten ist und deutsche Soldaten deshalb bereits in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind (...). Diese Unterscheidung hat der Senat bereits in seinem Urteil vom 12. Juli 1994 zugrunde gelegt, indem er nicht von einer Einbeziehung in bewaffnete Auseinandersetzungen, sondern in ‚bewaffnete Unternehmungen‘ (BVerfGE 90, 286 (388)) gesprochen hat, welche schon nach ihrem Wortsinn nicht implizieren, daß es tatsächlich zu Kampfhandlungen kommen muß. Vielmehr hat der Senat festgestellt, daß für die Frage der Einbeziehung in bewaffnete Unternehmungen im Einzelfall Einsatzzweck und Einsatzbefugnisse näher zu betrachten sind. So ist von einem Einsatz bewaffneter Streitkräfte schon zum Zeitpunkt der Einsatzentscheidung etwa dann auszugehen, wenn nach dem Einsatzzweck von vornherein geplant ist, daß deutsche Soldaten unabhängig von dem konkreten Einsatzverlauf militärische Gewalt anwenden. Für Einsätze auf der Basis von Resolutionen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen hat der Senat ausgeführt, daß angesichts der fließenden Übergänge zwischen den verschiedenen Einsatzformen und

der möglichen Reichweite des Selbstverteidigungsrechts eine Einbeziehung in bewaffnete Unternehmungen stets gegeben ist [vgl. BVerfGE 90, 286 (388)].<sup>132</sup>

Diese Überlegungen überzeugen überwiegend und stimmen mit den in der Literatur vertretenen Auffassungen weitgehend überein. Stefan Sohm weist freilich mit Recht darauf hin, dass Konstellationen denkbar seien, in denen das Erfordernis einer Parlamentsbeteiligung nicht mehr Folge einer politisch-militärischen Planung der Bundesregierung sei, sondern vom Verhalten eines potenziellen militärischen Gegners bestimmt werde. Bei bloßen Truppenentsendungen, beispielsweise zur Solidaritätsdemonstration mit einem befreundeten Staat in einer Krisensituation, könne eine frühzeitige parlamentarische Zustimmung mit entsprechender Debatte eine eskalierende Wirkung haben.<sup>133</sup> Diesen Gesichtspunkt würdigt das Bundesverfassungsgericht leider nicht.

## 6.3. Die Gefahr der Einbeziehung in bewaffnete Auseinandersetzungen

Das Bundesverfassungsgericht verneint mit erfrischender Eindeutigkeit die Streitfrage, ob bereits die Gefahr<sup>134</sup> oder lediglich die abstrakte Gefahr<sup>135</sup>, dass es bei einem Einsatz zu bewaffneten Auseinandersetzungen kommen kann, den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt auslöst.

„Die bloße Möglichkeit, daß es bei einem Einsatz zu bewaffneten Auseinandersetzungen kommt, reicht hierfür nicht aus. Ein solches Kriterium würde die verfassungsrechtlich angeordneten Gewichte der Organkompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt verschieben, weil die theoretische Möglichkeit einer bewaffneten Auseinandersetzung sich, wo Streitkräfte operieren, kaum je von vornherein wird ausschließen lassen. Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt erstreckt sich daher nicht auf Einsätze, bei denen für eine spezifische Nähe zur Anwendung militärischer Gewalt nichts ersichtlich ist. Deshalb führt erst die qualifizierte Erwartung einer Einbeziehung in bewaffnete Auseinandersetzungen zur parlamentarischen Zustimmungsbedürftigkeit eines Auslandseinsatzes deutscher Soldaten. Diese qualifizierte Erwartung unterscheidet sich in zweifacher Hinsicht von der bloßen Möglichkeit, daß es zu bewaffneten Auseinandersetzungen kommen könnte: Zum einen bedarf es hinreichender greifbarer tatsächlicher Anhaltspunkte dafür, daß ein Einsatz nach seinem Zweck, den konkreten politischen und militärischen Umständen sowie den Einsatzbefugnissen in die Anwendung von Waffengewalt münden kann. Hierfür muß aus den Umständen des Falles und der politischen Gesamtlage heraus eine konkrete militä-

<sup>129</sup> *Ibid.*

<sup>130</sup> BVerfGE 121, S. 162 f., in: Neue Juristische Wochenschrift 61 (2008), S. 2022.

<sup>131</sup> M. Sachs, a.a.O. (Fn. 125), S. 831.

<sup>132</sup> BVerfGE 121, S. 164 f., in: Neue Juristische Wochenschrift 61 (2008), S. 2022 f.

<sup>133</sup> S. Sohm, in: Neue Zeitschrift für Wehrrecht (2008), S. 237 f.

<sup>134</sup> So aber P. Dreist, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 87 (2004), S. 84, 91.

<sup>135</sup> So G. Nolte, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 54 (1994), S. 678.

rische Gefahrenlage bestehen, die eine hinreichende sachliche Nähe zur Anwendung von Waffengewalt und damit zur Verwicklung deutscher Streitkräfte in eine bewaffnete Auseinandersetzung aufweist [vgl. bereits BVerfGE 108, 34 (43)]. Für die Beurteilung kommt es insofern auf die besonderen Umstände des konkreten Einsatzes und im Fall eines Einsatzes in einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit insbesondere auch auf die Operationsziele und die Reichweite der jeweiligen militärischen Befugnisse mit Blick auf eine potentielle militärische Auseinandersetzung an. Militärtechnischen Sprachregelungen, wie der von der Antragsgegnerin wiederholt in Bezug genommenen ‚Bündnisroutine‘, kommt hierfür keine gesonderte Bedeutung zu. Sie haben keinen eigenständigen normativen Gehalt und können deshalb das Ergebnis der erforderlichen Gesamtbetrachtung allenfalls kennzeichnen, nicht aber beeinflussen. Vor allem darf die verfassungsrechtliche Erheblichkeit einer aufgrund der konkreten Umstände in einem Einsatz angelegten Eskalationsgefahr nicht unberücksichtigt bleiben, nur weil der Einsatz ansonsten ein eher routinemäßiges Gepräge aufweist. Im Übrigen können auch Einsätze, die politisch von untergeordneter Bedeutung sind, dem wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt unterfallen [vgl. auch § 4 ParlBG]. [...] Zum anderen bedarf es für eine qualifizierte Erwartung der Einbeziehung von Bundeswehrsoldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen einer besonderen Nähe der Anwendung von Waffengewalt. Danach muß die Einbeziehung unmittelbar zu erwarten sein. Steht die Anwendung von Waffengewalt zeitlich nahe bevor, begründet dies bereits für sich genommen die qualifizierte Erwartung der Einbeziehung in bewaffnete Auseinandersetzungen; sie wird jedoch regelmäßig mit der Verdichtung tatsächlicher Umstände einhergehen, die auf eine kommende militärische Auseinandersetzung hindeuten.“<sup>136</sup>

Wirklich neu sind diese Erwägungen nicht. Im Schrifttum ist bereits darauf hingewiesen worden, dass im Einzelfall bereits vor der Entscheidung, einen Kampfbefehl für die Soldaten zu geben, die konstitutive Beteiligung des Parlaments erforderlich sein kann. Zustimmungspflichtig wird ein Einsatz nämlich auch dann, wenn bei verständiger Würdigung der zu erwartenden Geschehensabläufe selbst bei einer strikt defensiven Ausrichtung der Streitkräfte die Verstrickung deutscher Soldaten in Kampfhandlungen unausweichlich erscheint,<sup>137</sup> zumindest aber überwiegend wahrscheinlich<sup>138</sup> ist und deshalb „die Einbeziehung in eine bewaffnete Unternehmung zu erwarten ist“ (§ 2 Absatz 1 2. Alt. ParlBG).<sup>139</sup> In einer solchen Lage wird die Einbeziehung deutscher Soldaten in militärische Kampfhandlungen nicht mehr zu vermeiden sein. Ist die Verstrickung in Kampfhandlungen eher unwahrscheinlich, ist der Einsatz (noch) nicht zustimmungsbedürftig.

#### 6.4. Die Bewaffnung der Soldaten

Mit Recht sieht das Bundesverfassungsgericht in der Bewaffnung der Soldaten nur einen Anhaltspunkt für die zu erwartende Einbeziehung in bewaffnete Auseinandersetzungen.<sup>140</sup> Aber auch unbewaffnete Soldaten können Teil einer bewaffneten Unternehmung sein.<sup>141</sup> Das trifft beispielsweise für Soldaten zu, die – ohne bewaffnet zu sein – im Rahmen der Logistik von Kampftruppen eingesetzt werden. Gleiches

gilt für Sanitätspersonal oder unbewaffnete Soldaten, die mit technisch-handwerklichen oder gar wissenschaftlichen Aufgaben oder mit Aufklärungsaufgaben in einer militärischen Einheit Dienst tun, die in eine bewaffnete Unternehmung verstrickt ist.<sup>142</sup> Entscheidend ist bei einer Gesamtwürdigung, ob der Soldat bewusst und gewollt Teil eines bewaffneten Handlungszusammenhangs ist,<sup>143</sup> der Kampfhandlungen zumindest erwarten lässt. Ist dies der Fall, ist auch die Verwendung eines unbewaffneten Soldaten zustimmungspflichtig.

Überzeugend und die Abgrenzungsprobleme hin zur Selbstverteidigung und zur mittelbaren Beteiligung an bewaffneten Unternehmungen aufgreifend heißt es im AWACS/Türkei-Urteil: „Ein Anhaltspunkt für die drohende Einbeziehung deutscher Soldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen besteht, wenn sie im Ausland Waffen mit sich führen und ermächtigt sind, von ihnen Gebrauch zu machen. Denn es kann dadurch je nach dem Verlauf des tatsächlichen Geschehens dazu kommen, daß die Bewaffnung in die Anwendung von Waffengewalt mündet. Solange es sich allerdings rechtlich nur um eine Ermächtigung zur Selbstverteidigung handelt und der Einsatz selbst einen nicht-militärischen Charakter hat, ist, wie der Senat bereits festgestellt hat, die Schwelle der Zustimmungsbedürftigkeit nicht schon durch diese Ermächtigung erreicht [vgl. bereits BVerfGE 90, 286 (388)].“<sup>144</sup>

Es bleibt dabei: Wenn deutsche Soldaten Waffen ausschließlich zur Selbstverteidigung einsetzen dürfen, ist dieser Umstand für sich genommen noch nicht geeignet, das Zustimmungsrecht des Parlaments zu begründen.<sup>145</sup> Denn der bewaffnete Soldat ist grundsätzlich auch in Friedenszeiten und somit stets befugt, seine Waffen zur Selbstverteidigung einzusetzen, ohne dass es der Zustimmung des Parlaments bedürfte.<sup>146</sup> Anderes gilt freilich, wenn eine solche Verwendung in Friedenszeiten im Verlaufe des Einsatzes in eine bewaffnete Unternehmung verstrickt wird oder auf kriegsbehaftetes Territorium gerät.<sup>147</sup>

#### 6.5. Die Zustimmungsbedürftigkeit der Operation Pegasus

Bei Würdigung der gesamten Umstände der Operation Pegasus war wegen des wehrverfassungsrechtlichen Parlaments-

<sup>136</sup> BVerfGE 121, S. 165 f., in: Neue Juristische Wochenschrift 61 (2008), S. 2023.

<sup>137</sup> Kritisch A.L. Paulus, a.a.O. (Fn. 12), S. 301 Fn. 169, S. 303.

<sup>138</sup> J. Kokott, a.a.O. (Fn. 45), Art. 87a Rn. 42: „hinreichende Wahrscheinlichkeit“; ähnlich W. Weiß, in: Neue Zeitschrift für Wehrrecht 46 (2005), S. 106.

<sup>139</sup> D. Wiefelspütz, a.a.O. (Fn. 16), S. 430.

<sup>140</sup> Zustimmend M. Ladiges, in: Recht und Politik (2009), S. 31 f.

<sup>141</sup> A.A. Hermsdörfer, in: Deutsche Verwaltungspraxis (2004), S. 184.

<sup>142</sup> Vgl. BVerfGE 90, S. 388.

<sup>143</sup> Dies übersieht A.A. Hermsdörfer, a.a.O. (Fn. 141), S. 183.

<sup>144</sup> BVerfGE 121, S. 167 f.

<sup>145</sup> C. Burkiczak, in: Verwaltungsrundschau (2005), S. 290.

<sup>146</sup> A.A. Hermsdörfer, in: Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 17 (2004), S. 18 f.

<sup>147</sup> Zutreffend W. Weiß, in: Neue Zeitschrift für Wehrrecht 46 (2005), S. 105.



vorbehalts eine nachträgliche konstitutive Beteiligung des Deutschen Bundestages nach § 5 Absatz 3 ParlBG geboten. Für die Zustimmungsbefähigung der Operation ist zunächst die Bewaffnung ein starkes, wenngleich nicht zwingendes Indiz. Die Operation Pegasus hatte ein eindeutig militärisches Gepräge. Die eingesetzten Lufttransportflugzeuge führten zahlreiche Scheinziele zum Selbstschutz mit sich. In beiden Luftfahrzeugen befanden sich je sechs Fallschirmjäger, die gefechtsmäßig ausgerüstet waren. Bewaffnung und Munitionierung (2 Maschinengewehre MG3 mit jeweils 480 Patronen; 2 Gewehre G3 mit jeweils 100 Patronen) sowie feldmäßige Ausrüstung belegen, dass die Waffen nicht nur aus Gründen der Selbstverteidigung mitgeführt wurden. Sie entsprachen vielmehr der konkreten militärischen Gefahrenlage. Gleiches gilt für je vier Feldjäger, ausgerüstet mit Gefechtsanzug und Schutzweste, bewaffnet mit insgesamt vier Pistolen P8 mit je 45 Patronen und vier Gewehren G36 mit je 150 Patronen, an Bord beider Flugzeuge. Den Kontrast zu den gefechtsmäßig ausgerüsteten und bewaffneten Fallschirmjägern und Feldjägern bildeten die übrigen Besatzungsmitglieder. Die Besatzungen der Luftfahrzeuge bestanden insgesamt aus elf Soldaten zur Durchführung des Flugauftrages und einem Mediziner. Diese führten als Waffen insgesamt 15 Pistolen P8 sowie Munition (30 Patronen pro Pistole) mit sich. Hier ist der Schluss gerechtfertigt, dass die Waffen aus Gründen der Selbstverteidigung mitgeführt wurden. Die konkrete militärische Gefahrenlage war von vielfältigen Unsicherheiten geprägt. Ein klares Lagebild für den Einsatzraum Nafura existierte nicht. Das Einsatzgebiet war ein für die Bundeswehr unbekanntes Gelände, in dem sich die Lage stündlich ändern konnte. Die Bundesregierung räumte selbst ein, dass „eine unvorhersehbare kurzfristig auftretende Bedrohung nicht gänzlich ausgeschlossen werden“<sup>148</sup> konnte.

Das Risiko für die eingesetzten Soldaten, in ein Gefecht verwickelt zu werden, war bestenfalls eingeschränkt kalkulierbar. Generalleutnant Rainer Glatz, der Befehlshaber des Einsatzführungskommandos der Bundeswehr und damit der militärisch Verantwortliche für den Evakuierungseinsatz erklärte am 5. März 2011, dass die Evakuierung bis zum Schluss geheim gehalten werden musste, um die deutschen Staatsbürger, aber auch die eingesetzten Soldaten nicht zu gefährden. „Wir haben Glück gehabt, denn diese Evakuierungsoperation war nicht unkritisch“, so der General in einer Stellungnahme. Glatz zeigte zudem große Anerkennung für die Leistungen der Evakuierungskräfte: „Mit ihrem Einsatz in einer durchaus unübersichtlichen Situation haben die Soldatinnen und Soldaten Gefahr für Leib und Leben deutscher und ausländischer Staatsbürgerinnen und -bürger abgewendet“, betonte er weiter.<sup>149</sup>

Der stellvertretende Kommandeur der Division Spezielle Operationen, Brigadegeneral Volker Bescht, war der Führer des Einsatzverbandes vor Ort und stellte fest, dass die Sicherheitslage zu keiner Zeit unterschätzt werden durfte. Obwohl beide Flüge angemeldet waren, galt die Lage insgesamt als kritisch. „Mein gesamtes Team hat eine tolle Arbeit geleistet. Wir sind gut ausgebildet und vorbereitet in diesen Einsatz geflogen und konnten zu jeder Zeit flexibel auf eventuelle Lageänderungen reagieren“, betonte der General.<sup>150</sup> Die Operation Pegasus war geprägt von einer nicht fern lie-

genden Möglichkeit der Einbeziehung der Soldaten in eine bewaffnete Auseinandersetzung. Die bewaffnete Auseinandersetzung war zwar nicht das Ziel der Operation, konnte aber auch nicht ausgeschlossen werden. Deshalb wurde eine entsprechende Ausrüstung und Bewaffnung gewählt, um den Unwägbarkeiten Rechnung zu tragen. Den eingesetzten Kräften war bewusst, dass die Operation wegen ihrer Unwägbarkeit, wegen schneller Lageänderungen mit einem Gefecht verbunden sein könnte.

Sowohl greifbare tatsächliche Anhaltspunkte, aber auch die konkreten Erwartungen ließen darauf schließen, dass es zur Anwendung von Waffengewalt kommen könnte. Bedenkt man ferner, dass der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt im Zweifel parlamentsfreundlich auszulegen ist, spricht alles für die Notwendigkeit der konstitutiven (nachträglichen) Beteiligung des Deutschen Bundestages nach § 5 ParlBG.<sup>151</sup>

## 6.6. Erhöhte Legitimität des Einsatzes durch nachträgliche Zustimmung?

Es überzeugt freilich nicht, wenn Mehrdad Payandeh geltend macht, schon vor dem Hintergrund der zweifelhaften völker- und verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Einsatzes wäre die Zustimmung des Bundestags zur Operation Pegasus von besonderer Bedeutung gewesen. Zwar habe das Bundesverfassungsgericht zu Recht betont, dass die materiell verfassungsrechtliche Unzulässigkeit eines Streitkräfteinsatzes nicht durch einen Beschluss des Bundestags geheilt werden könne. Ungeachtet der Frage, ob die Operation gegen Artikel 87a Absatz 2 GG verstoßen habe, hätte die nachträgliche Zustimmung des Bundestags dem Evakuierungseinsatz in Libyen jedoch eine erhöhte Legitimation verleihen können.<sup>152</sup> Im Heiligendamm-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2010 heißt es überzeugend: „Soweit der Hauptantrag dahin zu verstehen sein sollte, dass die Antragstellerin die Verletzung eines Beteiligungsrechts des Deutschen Bundestages festgestellt wissen möchte, das sich gerade aus der von ihr angenommenen Verfassungswidrigkeit der Verwendung der Bundeswehr anlässlich des G 8-Gipfels ergebe, fehlte es bereits an der Antragsbefugnis. Unterstellt man im vorliegenden Fall – wie von der Antragstellerin angenommen – einen Verstoß gegen Art. 87 a Abs. 2 GG dadurch, dass die Streitkräfte im Sinne dieser Vorschrift eingesetzt worden wären, ohne dass dies der Verteidigung diene und ohne dass dies im Grundgesetz ausdrücklich zugelassen war, so hätte auch durch eine vorherige Zustimmung des Deutschen Bundestages in Form eines einfachen Beschlusses ein verfassungskonformer Zustand nicht hergestellt werden können. Durch die Mitwirkung des Deutschen Bundestages wäre ein Verfassungsverstoß der Antragsgegnerin nicht geheilt, sondern allenfalls vertieft worden. Im Fall einer Überschreitung der Grenzen des Art. 87 a Abs. 2 GG

<sup>148</sup> BT-Drs. 17/6564, S. 4.

<sup>149</sup> <http://www.einsatz.bundeswehr.de/portal/a/einsatzbw/> (8. November 2011).

<sup>150</sup> *Ibid.*

<sup>151</sup> Im Ergebnis ebenso H. Fischer/M. Ladiges, in: Neue Zeitschrift für Wehrrecht (2011), S. 228 ff.

<sup>152</sup> M. Payandeh, in: Deutsches Vermögensblatt (2011), S. 1329.

wäre zur Herstellung eines verfassungsgemäßen Zustandes vielmehr eine Verfassungsänderung erforderlich gewesen, die durch schlichten Parlamentsbeschluß nicht erfolgen kann.<sup>153</sup> Der Bundestag ist ebenso wie die Bundesregierung uneingeschränkt an das Grundgesetz, aber auch an das Völkerrecht gebunden. Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt wird nur durch eine verfassungsrechts- und völkerrechtskonforme Einsatzentscheidung der Bundesregierung ausgelöst. Auf gar keinen Fall kann eine verfassungsrechts- oder völkerrechtswidrige Einsatzentscheidung durch einen Zustimmungsbeschluss des Deutschen Bundestages „geheilt“ werden. Eine angeblich erhöhte Legitimation durch die Zustimmung des Deutschen Bundestages ist rechtlich ohne Bedeutung, eher wird der Verfassungsverstoß vertieft.

### 6.7. Nachträgliche Zustimmung bei bereits abgeschlossenem Einsatz

Nach § 5 Absatz 3 ParlBG ist der Antrag auf Zustimmung zum Einsatz unverzüglich nachzuholen. Lehnt der Bundestag den Antrag ab, ist der Einsatz zu beenden. Die Notwendigkeit der nachträglichen konstitutiven Beteiligung des Parlaments entfällt keineswegs, wenn der militärische Einsatz bereits abgeschlossen ist. Die konstitutive Zustimmung des Bundestages ist Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Einsatzes. Diese Funktion entfällt nicht dadurch, dass der Einsatz bereits abgeschlossen ist.<sup>154</sup> Stimmt der Deutsche Bundestag einem bereits abgeschlossenen Einsatz nicht zu, ist der Einsatz rechtswidrig.

Die Literatur hält die nachträgliche Zustimmung zum Einsatz auch dann für erforderlich, wenn der Einsatz bereits abgeschlossen ist.<sup>155</sup> Dies ergibt sich aus der Funktion des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts. Im AWACS/Türkei-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Mai 2008 heißt es: „Mit der Anwendung militärischer Gewalt endet der weit bemessene Gestaltungsspielraum der Exekutive im auswärtigen Bereich. Der Deutsche Bundestag ist bei Einsatz bewaffneter Streitkräfte nicht lediglich in der Rolle eines nachvollziehenden, nur mittelbar lenkenden und kontrollierenden Organs, sondern er ist zur grundlegenden, konstitutiven Entscheidung berufen, ihm obliegt die Verantwortung für den bewaffneten Außeneinsatz der Bundeswehr.“<sup>156</sup> Auch wenn bei einem Einsatz Gefahr in Verzug vorliegt und der

Deutsche Bundestag erst nachträglich mit dem Einsatz befasst werden kann, muss dem Deutschen Bundestag Gelegenheit gegeben werden, (Mit-)Verantwortung für den Einsatz übernehmen zu können.<sup>157</sup>

Es überzeugt nicht, wenn Robert A. P. Glawe hervorhebt, mit einer durch das Grundgesetz vermeintlich gebotenen Privilegierung der Bündnisfähigkeit bestehe neben den Gründen der Eilbedürftigkeit und der Vereitelungsgefahr ein eigener weiterer Grund, der eine Verschiebung der parlamentarischen Mitwirkung zulässig mache, ohne die Reichweite parlamentarischer Rechte zu beschränken.<sup>158</sup> Damit ist im Ergebnis nichts anderes gemeint als der Verzicht auf die nachträgliche Zustimmung des Deutschen Bundestages in Fällen von „kurzfristigen Vorlaufzeiten für Streitkräfteeinsätze“<sup>159</sup>. Der Gesetzgeber des ParlBG hat in angemessener Abwägung der widerstreitenden Interessen auch bei Gefahr im Verzug eine nachträgliche Zustimmung normiert. Es gibt im Deutschen Bundestag keine Bestrebungen, aus Gründen der „Bündnisfähigkeit“ auf die nachträgliche Zustimmung zu verzichten.

## 7. Resümee

Entgegen der Auffassung der Bundesregierung war die Operation Pegasus zustimmungsbedürftig. Es ist zu hoffen, dass das Bundesverfassungsgericht das Organstreitverfahren in Sachen der Operation Pegasus zeitnäher entscheidet als das AWACS/Türkei-Verfahren, für dessen Entscheidung sich das Gericht fünf Jahre Zeit ließ. Zu wünschen wäre, wenn das Gericht im Rahmen des Verfahrens Pegasus die rätselhafte wehrverfassungsrechtliche Passage aus dem Lissabon-Urteil klären könnte. ■

<sup>153</sup> BVerfGE 126, S. 68 f.

<sup>154</sup> Ähnlich K. Dau, in: Neue Zeitschrift für Wehrrecht (1998), S. 99; C. Lutze, in: Die Öffentliche Verwaltung 56 (2003), S. 978.

<sup>155</sup> K. Dau, a.a.O. (Fn. 154), S. 99.

<sup>156</sup> BVerfGE 121, S. 161.

<sup>157</sup> R.A.P. Glawe, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht-Extra (2011), S. 3, unterschätzt die Bedeutung des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts, wenn er meint, die nachträgliche Genehmigung sei wirkungslos, soweit vollendete Tatsachen geschaffen worden seien.

<sup>158</sup> *Id.*, S. 5.

<sup>159</sup> R.A.P. Glawe, a.a.O. (Fn. 46), S. 222.

# Committing Core Crimes through Complicity: Establishing an International Criminal Responsibility of Arms Brokers

Christina Schröder\*

Most international crimes are directly interrelated with the availability of arms in regions of conflict. Notwithstanding interstate transfers, the proliferation of arms by private arms brokers gives reasons for concern, as they often provide arms to states in conflict or autocratic regimes completely unimpressed by their potential misuse or mandatory arms embargoes. However, those who supply arms under contemporary national and international criminal law often do so with impunity.

While taking into consideration recent case law of *ad hoc* tribunals and the Rome Statute, the author reaches the conclusion that the legal bases for their prosecution are generally given. Under certain objective and subjective conditions, the proliferation of weapons to entities that actually or potentially use them to commit genocide or crimes against humanity arms brokers may be held responsible for being complicit in international crimes, and could, in some cases, potentially even be prosecuted by the International Criminal Court.

Die meisten Völkerstrafataten stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Verfügbarkeit von Waffen in Konfliktregionen. Neben zwischenstaatlichem Handel gibt insbesondere die Weitergabe von Waffen durch private Waffenhändler Anlass zur Sorge, die unbeeindruckt von verpflichtenden Embargomaßnahmen oder ihres potenziell missbräuchlichen Einsatzes Waffen an in bewaffneten Konflikten befindliche Staaten oder autokratische Regime weitergeben. Dennoch bleibt ihr Handeln in einer national- und internationalrechtlichen Grauzone häufig straflos.

Dieser Artikel zeigt unter Berücksichtigung aktueller Judikatur von Ad-hoc-Tribunalen und dem Römischen Statut, dass in vielen Fällen die rechtlichen Grundlagen für eine Strafverfolgung durchaus gegeben wären. Unter bestimmten objektiven und subjektiven Voraussetzungen erfüllt die Weitergabe von Waffen an Personen, die mit diesen Genozid oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit begehen oder begehen könnten, den Tatbestand der Beihilfe zu Völkerstrafataten, für deren Verfolgung in einigen Fällen auch der Internationale Strafgerichtshof in Betracht käme.

## 1. Introduction

Today, many of the international crimes committed could scarcely take place without the assistance of arms brokers,<sup>1</sup> “middlemen who negotiate, arrange for, or otherwise facilitate the transfer of weapons”<sup>2</sup>. They are central to the availability of weapons for countries in conflict, while the accumulation of weapons often contributes to their escalation, increasing lethality and prolonged duration of violence.<sup>3</sup>

To date, the legal accountability of arms brokers under national law has only been established in few and partly controversial cases. Recently, Viktor Bout was sentenced to 25 years imprisonment, constituting the minimum mandatory sentence before a US District Court for providing arms to terrorist organisations.<sup>4</sup>

On the international level, the conduct of arms brokers does to date not constitute an international crime *per se*;<sup>5</sup> neither is there any regulation explicitly establishing that the provision of arms and related material leads to criminal liability for aiding and abetting the commission of a crime.<sup>6</sup>

In the light of these circumstances, this article assesses – while taking into account contemporary case law of *ad hoc* tribunals and the Rome Statute – the provisions under contemporary international law which could potentially and under certain conditions serve as a legal basis for establishing an indirect criminal liability for arms brokers. Finally, this article argues that the International Criminal Court (ICC) could, in some regards, serve as an appropriate forum to prosecute those delivering weapons to States or non-state actors using them to commit gravest crimes.

\* Christina Schröder studied International Relations focus on public international law at international organisations at the Technische Universität Dresden and the American University of Central Asia (Bishkek). She entered the German Foreign Service in May 2012. The author wishes to express her deepest gratitude to the School of International Studies (Zentrum für Internationale Studien, Dresden), in particular to Professor Thilo Rensmann and to Professor Ulrich Fastenrath for their constant support and encouragement during her studies. The views expressed within this article are exclusively those of the author and do not necessarily reflect the view of the Federal Foreign Office.

<sup>1</sup> Cf. W.A. Schabas, *Enforcing International Humanitarian Law: Catching the Accomplices*, in: *International Review of the Red Cross* 83 (2001), p. 441.

<sup>2</sup> C. Torbey, *The Most Egregious Arms Broker: Prosecuting Arms Embargo Violators in the International Criminal Court*, in: *Wisconsin International Law Journal* 25 (2007), p. 336.

<sup>3</sup> Cf. UN Doc. A/52/298, 27 August 1997, para. 17. For an illustration of examples, cf. C. Torbey, *supra* note 2, pp. 337-342; L. Misol, *Weapons and War Crimes: The Complicity of Arms Suppliers*, in: *Human Rights Watch* (ed.), *World Report 2004. Human Rights and Armed Conflict*, New York *et al.* 2004, p. 280 f.

<sup>4</sup> Cf. United States District Court (Southern District of New York), *United States v. Victor Bout*, Case No. 08-CR-365 (Judgment), 5 April 2012, also cf. United States Attorney’s Office (Southern District of New York), “International Arms Dealer Viktor Bout Sentenced in Manhattan Federal Court to 25 Years in Prison for Terrorism Crimes”, Press Release, 5 April 2012, <http://www.justice.gov/usao/nys/pressreleases/April12/boutviktor/sentencingpr.pdf> (23 April 2012).

<sup>5</sup> Concerning arms brokers, cf. A. Cassese, *International Criminal Law*, 2nd ed., Oxford 2008, pp. 12-13. Few states criminalise arms brokering or have a functioning licensing system, cf. C. Torbey, *supra* note 2, pp. 336, 349 f.; *Small Arms Survey 2001: Profiling the Problem*, <http://www.smallarmssurvey.org/publications/by-type/yearbook/small-arms-survey-2001.html#c2973> (23 April 2012), pp. 101, 127.

<sup>6</sup> A. Boivin, *Complicity and Beyond. International Law and the Transfer of Small Arms and Light Weapons*, in: *International Review of the Red Cross* 87 (2005), p. 483; L. Misol, *supra* note 3, p. 293.

## 2. Establishing an Individual Criminal Responsibility of Arms Brokers

This part seeks to establish whether and under which conditions arms brokering could amount to aiding and abetting the commission of an international crime. The lack of express provisions leads to the assertion that the activities of arms brokers are most likely to be covered by rules prohibiting the supply of material assistance to the perpetrator of a crime.<sup>7</sup> The concept of complicity in international crimes has been recognised by numerous conventions.<sup>8</sup> Further, the statutes of *ad hoc* tribunals contain general complicity provisions, establishing a criminal liability for persons having “planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime”<sup>9</sup> within their jurisdiction. Additionally, the Rome Statute provides that individuals who “for the purpose of facilitating the commission of such crime, aid [...], abet [...] or otherwise assist [...] in its commission or its attempted commission, including providing means for its commission”<sup>10</sup> are criminally liable.

Without elaborating the distinction between ‘aiding and abetting’ and ‘complicity’ any further, for the purpose of this article, it will be assumed that complicity comprises aiding and abetting, as complicity, according to the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), may consist of one or more of the following three activities: complicity by procuring means to commit genocide, by knowingly aiding and abetting genocide, or by instigating genocide.<sup>11</sup> As the first two alternatives deem appropriate for establishing an arms broker’s complicity, the phrases ‘aiding and abetting’ and ‘complicity’ will in the following be used synonymously.

Under international criminal law, there are various ways in which a person may incur individual responsibility, not only as the perpetrator of a crime or in superior authority, but also by complicity. This was already recognised by the Nuremberg Principles<sup>12</sup> and is today undisputed within *ad hoc* tribunals and the ICC, respectively.<sup>13</sup>

The first limiting requirement for the establishment of the responsibility of an accomplice is proof that a punishable crime has been committed by another person.<sup>14</sup> As soon as the existence of the underlying crime has been established, the material and mental elements of the accomplice’s involvement have to be proven. Thus, in the following, in order to demonstrate that arms brokering may amount to indirect liability for ‘aiding and abetting’ international crimes, the *actus reus*, that is practical assistance with a substantial effect on the perpetration of a crime, and the *mens rea*, that is knowledge that these acts assist in the commission of a crime,<sup>15</sup> will be established.

### 2.1. Actus Reus

The *actus reus* of aiding and abetting encompasses the involvement of a person in the planning, preparation or execution of an international crime,<sup>16</sup> while the physical presence of that person at the crime scene is not required.<sup>17</sup> Although the precise ambit of this criterion remains disputed, it can be assumed that any person “carr[ying] out acts [...] to assist, encourage or lend moral support to the perpetration of a cer-

tain specific crime” satisfies the objective element of providing means for the commission of a crime.<sup>18</sup>

The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) further elaborated that a person may be liable as an accessory notwithstanding the assistance is provided before, during or after the specific crime in question was committed.<sup>19</sup>

In terms of arms brokers, this leads to the finding that providing weapons at any time could potentially constitute a form of assistance to the perpetration of an international crime. For a further elaboration as to under which circumstances arms brokers aid and abet international crimes, another criterion introduced by the ICTY, namely the substantiality of effect, needs to be taken into account.

#### 2.1.1. The Substantiality of Effect

In the *Tadić* case, the ICTY introduced a limiting element by stating that the practical assistance provided by the accomplice has to have a direct and “substantial effect upon the

<sup>7</sup> A. Boivin, *supra* note 6, p. 482.

<sup>8</sup> *Inter alia*, cf. Article III(e) Convention on the Prevention and the Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948, United Nations Treaty Series, Vol. 78, p. 277; Article 4(1) Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 December 1984, United Nations Treaty Series, Vol. 1465, p. 85.

<sup>9</sup> Article 7(1) of the Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia of 25 May 1993, UN Doc. S/RES/827 (ICTY-Statute); Article 6(1) of the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda of 8 November 1994, UN Doc. S/RES/955 (ICTR-Statute). For complicity in the crime of genocide, cf. Articles 4(3)(e) ICTY-Statute and 2(3)(e) ICTR-Statute.

<sup>10</sup> Article 25(3)(c) of the Rome Statute of the International Criminal Court of 17 July 1998, United Nations Treaty Series, Vol. 2187, p. 90 (Rome Statute).

<sup>11</sup> ICTR, Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T (Trial Chamber), 2 September 1998, paras. 533-537; ICTR, Prosecutor v. Semanza, Case No. ICTR-97-20 (Trial Chamber), 15 May 2003, paras. 393, 395.

<sup>12</sup> International Law Commission (ILC), Principles of the Nuremberg Charter and Judgement Formulated by the International Law Commission, UN Doc. A/RES/177A; Report of the International Law Commission, Session from 5 June to 29 July 1950, UN Doc. A/316, cf. *ibid.*, Article VI.

<sup>13</sup> R. Cryer *et al.*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 2nd ed., Cambridge 2010, p. 374; cf. Article 7(1) ICTY-Statute; Article 6(1) ICTR-Statute; Article 25(3)(c) Rome Statute. As to the difference between the *ad hoc* statutes and the latter, see the discussion under 2.2. *infra*.

<sup>14</sup> ICTY, Prosecutor v. Jelešić, Case No. IT-95-10-T (Trial Chamber), 14 December 1999, para. 87. This does not mean that the principal offender has to be convicted to establish the accomplice’s liability; cf. W.A. Schabas, *supra* note 1, p. 447; Prosecutor v. Akayesu, *supra* note 11, para. 530.

<sup>15</sup> ICTY, Prosecutor v. Furundžija, Case No. IT-95-17/1 (Trial Chamber), 10 December 1998, para. 249.

<sup>16</sup> Article 7(1) ICTY-Statute; Article 6(1) ICTR-Statute; R. Cryer *et al.*, *supra* note 13, p. 374.

<sup>17</sup> W. A. Schabas, *supra* note 1, p. 444.

<sup>18</sup> Cf. ICTY, Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-04-I-A (Appeals Chamber), 15 July 1999, para. 229.

<sup>19</sup> Cf. ICTY, Prosecutor v. Vasiljević, Case No. IT-98-32-T (Trial Chamber), 29 November 2002, para. 70; ICTY, Prosecutor v. Blaskić, Case No. IT-95-14 (Trial Chamber), 3 March 2000, para. 285; ICTY, Prosecutor v. Aleksovski, Case No. IT-95-14/1-T (Trial Chamber), 25 June 1999, paras. 60-62.

perpetration of the crime”<sup>20</sup>. This requirement is to date not explicitly specified by case law,<sup>21</sup> thus, it remains inconclusive which degree of participation is required. Nevertheless, it implies that it would not suffice if the accomplice only had “a role in a system without influence”<sup>22</sup>. However, if the act committed by the accomplice creates and increases the risk that a crime occurs<sup>23</sup> and if his contribution has an effect of the commission of the crime concerned, one may assume that the contribution is substantial enough to satisfy the criterion as it was not intended to create a high threshold for the *actus reus*; contrariwise, the ICTY held that it includes any assistance more than *de minimis*.<sup>24</sup>

In terms of arms brokers, one could easily argue that the supply of weapons amounts to assistance clearly exceeding what is required *de minimis*. Nevertheless, this would probably only doubtlessly be the case regarding major arms suppliers providing a critical amount of weapons to a (potential) perpetrator who would otherwise not be equipped to commit an international crime. Under these assumptions, a supply of weapons would create or increase the risk that a crime occurs. The conduct of a minor arms supplier “without influence” would in contrast probably not amount to “substantial [...] upon the perpetration of a crime”.<sup>25</sup> The substantiality might also well belong on the type of weapons delivered for the commission of a certain crime. The supply of cluster munitions and anti-personnel landmines is more likely to sufficiently contribute to the commission of war crimes than to the commission of genocide, as these weapons can be hardly directed against a distinguished group exclusively. Therefore, a careful case-by-case assessment deems necessary to establish the substantiality of effect thoroughly.

In the light of these ambiguities it might deem useful to compare contemporary case law to the Rome Statute. Unlike the *ad hoc* tribunals, Article 25(3)(c) does not require a certain quantitative degree to fulfill the requirements of the *actus reus* of aiding and abetting. This could easily be understood as a clear statement in favour of the rejection of the higher threshold created by case law during the drafting process of the Rome Statute.<sup>26</sup> Article 25(3)(c) neither sets the requirement that the conduct has to directly contribute to ensuing the crime nor the requirement of substantiality of effect.<sup>27</sup> In terms of the *actus reus* it could thus be argued that the Rome Statute covers more than contemporary case law of *ad hoc* tribunals does.

One may therefore conclude that with regard to the *actus reus*, the Rome Statute is more likely to cover any conduct of arms brokers related to a crime within the ICC’s jurisdiction, as supplying any weapon amounts to providing the means for the crime’s commission.

### 2.1.2. Distinguishing ‘Aiding’ from ‘Abetting’

According to the ICTR’s findings in the Akayesu judgment, ‘aiding’ means ‘giving assistance to someone’, whereas ‘abetting’ involves ‘facilitating the commission of an act by being sympathetic thereto’.<sup>28</sup> Noteworthy, following this distinction, aiding requires an objective, abetting rather a subjective conduct. These separate understandings shall however not be understood as requiring coincidence of both.<sup>29</sup> Nevertheless, case law does not always thoroughly distinguish, but rather requires any form of physical or moral sup-

port substantially contributing to the commission of a crime.<sup>30</sup> In terms of arms brokers, proving ‘aiding’ will generally be easier, as it concerns a physical and detectable act, whereas incitement or instigation might well be impossible to prove. However, as establishing the existence of either aiding or abetting deems sufficient, arms brokers acting merely by the motivation of gaining profits could in this regard be held liable on the basis of ‘giving assistance’.

### 2.2. Mens Rea

Establishing liability for aiding and abetting further presupposes a requisite mental element, that is “knowledge that the acts performed by the aider and abettor assist the commission of a specific crime by the principal”.<sup>31</sup> The ICTY further elaborated that “the intention must contain a cognitive element of knowledge and a volitional element of acceptance, whereby the aider and abettor may be considered as accepting the criminal result of his conduct if he is aware that in consequence of his contribution, the commission is more likely than not”.<sup>32</sup> Thus, considering contemporary case law, it has to be established that the aider and abettor intentionally provides assistance with knowledge of the perpetrator’s criminal intent, nevertheless, the accomplice does not need to share or support the principal’s aim or have the explicit purpose to assist.<sup>33</sup>

<sup>20</sup> Prosecutor v. Tadić, *supra* note 18, para. 229; approved by Prosecutor v. Furundzija, *supra* note 15, paras. 234-235, 249; Prosecutor v. Vasiljević, *supra* note 19, para. 70; Prosecutor v. Blaskić, *supra* note 19, para. 285; Prosecutor v. Aleksovski, *supra* note 19, para. 60-62; also *cf.* R. Cryer *et al.*, *supra* note 13, p. 375.

<sup>21</sup> K. Ambos, Article 25, in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2nd ed., Munich 2008, pp. 743-770, para. 21.

<sup>22</sup> Prosecutor v. Furundzija, *supra* note 15, paras. 217, 233-234.

<sup>23</sup> ICTY, Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-T (Trial Chamber), 7 May 1997, para. 688.

<sup>24</sup> K. Ambos, *supra* note 21, para. 17.

<sup>25</sup> ICTY, Prosecutor v. Tadić, *supra* note 18, para. 229.

<sup>26</sup> W.A. Schabas, *supra* note 1, p. 448.

<sup>27</sup> A. Boivin, *supra* note 6, p. 483; K. Ambos, *supra* note 21, paras. 18-19.

<sup>28</sup> Prosecutor v. Akayesu, *supra* note 11, para. 432; concerning abetting also *cf.* Prosecutor v. Furundzija, *supra* note 15, para. 231. D. Omerod, Smith and Hogan Criminal Law, 13th ed., Oxford 2011, supports this distinction: “The natural meaning of ‘to aid’ is ‘to give help, support or assistance to’; and ‘to abet’, ‘to incite, instigate or encourage’” see *id.*, p. 126.

<sup>29</sup> K. Ambos, *supra* note 21, para. 20; G. Werle, *Völkerstrafrecht*, 7th ed., Tübingen 2008, para. 443; W.A. Schabas, *supra* note 1, p. 443; ICTR, Prosecutor v. Kayshema and Ruzindana, Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999, para. 197.

<sup>30</sup> ICTR, Prosecutor v. Rutaganda, Case No. ICTR-96-3-T (Trial Chamber), 6 December 1999, para. 43; ICTR, Prosecutor v. Musema, Case No. ICTR-96-13-T (Trial Chamber), 27 January 2000, paras. 125-126; ICTR, Prosecutor v. Bagilishema, Case No. ICTR-95-1A-T (Trial Chamber), 7 June 2001, para. 33; Prosecutor v. Semanza, *supra* note 11, para. 385; ICTR, Prosecutor v. Kamuhanda, Case No. ICTR-95-54A-T (Trial Chamber), 22 January 2004, para. 597.

<sup>31</sup> Prosecutor v. Tadić, *supra* note 18, para. 229.

<sup>32</sup> ICTY, Prosecutor v. Oric, Case No. IT-03-68-T (Trial Chamber), 30 June 2006, para. 288. The acceptance of the final result was approved by ICTY, Prosecutor v. Halilovic, Case No. IT-01-48-A (Appeals Chamber), 16 October 2007, para. 286.

<sup>33</sup> R. Cryer *et al.*, *supra* note 13, p. 376. These requirements have *inter alia* been approved by Prosecutor v. Furundzija, *supra* note 15, paras. 245, 249; Prosecutor v. Blaskić, *supra* note 19, para. 286.

Thus, it could be concluded that in principle, an arms broker who was aware that one or more crimes were committed or knew that there has been a high potential danger of the commission of a crime that is in fact committed after the supply of weapons, he facilitated the commission of this crime and could therefore satisfy the mental requirement for liability as an aider and abettor.<sup>34</sup>

### 2.2.1. Differences concerning ‘Genocide’ in Comparison to ‘War Crimes’ and ‘Crimes against Humanity’

Some difficulties may arise regarding the crime of genocide, as establishing liability for aiding and abetting genocide is supposed to require the proof of knowledge of the *dolus specialis* of the perpetrator, that is, additionally to the criminal intent accompanying the criminal offence, for example to kill, an aggravated criminal intent to “destroy in whole or in part [a protected group]”,<sup>35</sup> whereas both crimes against humanity and war crimes merely require proof of *dolus generalis*.<sup>36</sup>

However, it might also be reasonable to argue that proving the accomplice’s knowledge of the genocidal intent of the perpetrator, which still can be challenging in practice,<sup>37</sup> is entirely sufficient. The *mens rea* for aiding and abetting genocide will therefore assumed to be given in cases of mere knowledge of the genocidal intent; it does not deem necessary that the accomplice shares the perpetrator’s *animus*.<sup>38</sup> Critics of this knowledge-based establishment of *mens rea* fear a mitigation of the special intent required for genocide.<sup>39</sup> It could be replied that they tend to rather confuse the intent of the perpetrator with the intent of the accomplice. For supplying weapons and thereby actively contributing to the conduct of genocide, sharing the genocidal intent of the perpetrator is not required; proving the accomplice’s knowledge that the perpetrator’s target is to destroy a protected group deems sufficient to establish that an arms broker aided and abetted the commission of genocide. This view is also supported by the ICTY’s contemporary practice.<sup>40</sup>

If a tribunal would still be reluctant to accept the knowledge-based approach in establishing aiding and abetting in the commission of genocide, an arms broker could nevertheless be prosecuted for complicity in crimes against humanity. As the objective elements are similar, while the subjective element only requires proof of *dolus generalis*, under these conditions, knowledge of the aider and abettor would doubtlessly be sufficient.

### 2.2.2. The ‘Purpose of Facilitating’ in the Rome Statute

As stated above, the Rome Statute’s definition differs from the findings of contemporary case law as the lack of an express requirement of substantiality encompasses a lower material threshold to establish complicity. Concerning the *mens rea*, the threshold is yet higher than proposed in contemporary case law, as it requires the proof of ‘purpose’ instead of mere knowledge.<sup>41</sup> Thereby, Article 25(3)(c) of the Rome Statute establishes a subjective threshold beyond the ordinary *mens rea* requirement of Article 30: ‘purpose’ requires a specific subjective element above mere knowledge, as the aider and abettor must intend to facilitate the perpetration of

a crime.<sup>42</sup> While mere knowledge could be proved by circumstantial evidence, e.g. popular media reporting about an arms embargo and ongoing war crimes, proving the purpose of facilitating the commission of war crimes by the continued supply of arms seems more complicated. Therefore, one may reach the conclusion that arms brokers merely motivated by gaining profits and not by facilitating war crimes can hardly be prosecuted at the ICC.<sup>43</sup> However, arms brokers could well be prosecuted under Article 25(3)(d) for “[i]n any other way contribut[ing] to the commission or attempted commission of such a crime” by supplying weapons for private gain. Furthermore, a broad understanding of the relevant provisions for joint criminal enterprise could in some cases also appear suitable to cover the conduct of arms brokers.<sup>44</sup>

## 3. Final Remarks

Although case law exclusively dealing with arms brokering is rare, it seems noteworthy that the Special Court for Sierra Leone (SCSL) recently convicted the former President of Liberia, Charles Ghankay Taylor, amongst other charges<sup>45</sup> of having ‘aided and abetted’ abuses perpetrated by Sierra Leonean rebels *inter alia* through the provision of weapons<sup>46</sup>

<sup>34</sup> Prosecutor v. Furundzija, *supra* note 15, para. 246; similar: Prosecutor v. Blaskic, *supra* note 19, para. 50; also *cf.* the recent judgment of the Special Court for Sierra Leone: SCSL, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Case No. SCSL-03-1-T (Trial Chamber II), Judgment, 26 April 2012, para. 166.

<sup>35</sup> *Cf.* R. Cryer *et al.*, *supra* note 13, p. 220; A. Cassese, *supra* note 5, p. 137.

<sup>36</sup> A. Obote-Odora, Complicity in Genocide as Understood through the ICTR Experience, *International Criminal Law Review* 22 (2002), p. 377. Further addressing the specificities of *mens rea* concerning war crimes and crimes against humanity: R. Cryer *et al.*, *supra* note 13, pp. 244, 301-302; A. Cassese, *supra* note 5, pp. 92-94, 114-116.

<sup>37</sup> Prosecutor v. Akayesu, *supra* note 11, para. 523.

<sup>38</sup> A. Obote-Odora, *supra* note 36, p. 398. This finding is not undisputed; *cf.* R. Cryer *et al.*, *supra* note 13, p. 376, with further references.

<sup>39</sup> *Cf.* R. Cryer *et al.*, *supra* note 13, p. 376.

<sup>40</sup> ICTY, Prosecutor v. Kristic, Case No. IT-98-33-A (Appeals Chamber), 19 April 2004, para. 140.

<sup>41</sup> R. Cryer *et al.*, *supra* note 13, p. 377.

<sup>42</sup> K. Ambos, *supra* note 21, para. 23; R. Cryer *et al.*, *supra* note 13, pp. 376-377; A. Boivin, *supra* note 6, p. 483.

<sup>43</sup> R. Cryer *et al.*, *supra* note 13, p. 377.

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> Charles Taylor was indicted on 7 March 2003 for crimes against humanity, violations of common Article 3 to the Geneva Conventions and other serious breaches of international humanitarian law committed by the Revolutionary United Front and its allies, *cf.* SCSL, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Case No. SCSL-03-1, Indictment, 7 March 2003, para. 26.

<sup>46</sup> Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, *supra* note 34, para. 181. The SCSL did not only consider his direct involvement, but also established that, as aiding and abetting “requires that the accused gave practical assistance, encouragement, or moral support which had a substantial effect on the perpetration of a crime” while “[t]he essential mental element required [...] is that the accused knew that his acts would assist the commission of the crime by the perpetrator *or* that he was aware of the *substantial likelihood* that his acts would assist the commission of a crime by the perpetrator” (highlighted by author) and “finds beyond reasonable doubt that the Accused is criminally responsible [...] for aiding and abetting the commission of the crimes set forth in Counts 1 to 11 of the Indictment”, *cf. id.*, paras. 148, 166, 168.

and thereby supported that the provision of arms may amount to complicity in core crimes.

Furthermore, the ICTR explicitly linked the supply of weapons to genocide by stating that one may be complicit in genocide “by procuring means, such as weapons, instruments or any other means used to commit genocide, with the accomplice knowing that such means would be used for such purpose”.<sup>47</sup> These recent developments indicate that there is an increasing awareness of the major role of arms brokers in facilitating violence and accordingly their potential criminal liability as accomplices.

It has been shown that aiding and abetting objectively requires “practical assistance [...] which has a substantial effect on the perpetration of a crime”<sup>48</sup> in contemporary case law, whereas the Rome Statute establishes the objective element of “providing means for its commission”<sup>49</sup>. Subjectively, establishing that an arms broker aided and abetted the commission traditionally required the proof of his knowledge that his acts would assist the commission of a crime; but the recent judgment of the SCSL highlighted that the mental element may also be given if “the accused [...] was aware of the substantial likelihood that his acts would assist the commission of a crime by the perpetrator”<sup>50</sup>, thereby establishing a lower threshold for the mental element.

The discussions concerning the higher threshold set forth by Article 25(3)(c) of the Rome Statute seem to be justified in terms of its wording, but merely of an academic nature, as the conduct of arms brokers could alternatively also be subsumed under *littera* (d).

Therefore, the supply of arms could inflict a broker’s individual criminal responsibility as soon as the weapons are used to commit or attempt to commit one of the crimes under the ICC’s or an *ad hoc* tribunal’s jurisdiction.<sup>51</sup>

Thus, it has been shown that although arms brokering does not constitute an international crime *per se*, it could potentially and under certain conditions amount to complicity in the commission of gravest international crimes; and although international criminal law paved the way for prosecuting arms brokers, this path remains considerably unexploited.<sup>52</sup>

Except for *ad hoc* tribunals with the mandate to prosecute core crimes *ratione temporis* and *ratione loci*, the ICC could also serve as an appropriate forum, as it has the jurisdiction over the “most serious crimes of concern to the international community as a whole”<sup>53</sup>. As has been established, this jurisdiction is not limited to entities actively committing genocide or crimes against humanity, but also reaches those aiding and abetting by the supply of indispensable means to commit these crimes either with “the purpose of facilitating” or simply by “in any other way contribut[ing]” to the perpetration of international crimes. A transfer of weapons authorised by a state does not preclude an arms broker’s liability,<sup>54</sup> as states may also authorise transfers deeming problematic from the viewpoint of international humanitarian law or international human rights law.<sup>55</sup> This could potentially entail “double responsibility” of the arms broker and the state that authorised the transfer.<sup>56</sup>

This potentially broad exercise is except for the general limitations of the ICC’s jurisdiction according to Article 12(2) and (3) as well as Article 13 of the Rome Statute<sup>57</sup> limited by the prerequisite gravity of a crime and principle of comple-

mentarity.<sup>58</sup> Concerning the gravity, it could be easily replied that being an accessory to genocide or war crimes by knowingly providing essential means for their commission perfectly fits into the category of ‘most serious crimes’. In terms of complementarity, it has to be recognised that the ICC shall not deal with a case investigated by a state in good faith.<sup>59</sup> Nevertheless, this does not prevent the ICC from investigating cases where an individual is prevented from “being brought to justice” or in case of “a total or substantial collapse or unavailability” of the national judicial system.<sup>60</sup> The ICC’s jurisdiction is nevertheless inherently limited to few arms brokers, as their complicity can firstly not be established without a punishable act committed by the principal. As long as an arms broker provides weapons to an oppressive dictator being ready and getting armed to commit grave crimes, he might be morally responsible, but legally, this conduct is beyond the requirement of aiding and abetting the commission of an international crime. Secondly, not all arms brokers are either nationals of state parties or operate on the territory of state parties. Thus and although the ICC may be an appropriate forum in some cases, loopholes and grey areas lead to the conclusion that many arms brokers may still get away with impunity.

<sup>47</sup> Prosecutor v. Akayesu, *supra* note 11, paras. 533-537.

<sup>48</sup> Prosecutor v. Furundzija, *supra* note 15, paras. 235, 241; affirmed by ICTY, Prosecutor v. Furundzija, Case No. IT-95-17/1 A (Appeals Chamber), 21 July 2000, paras. 117 f. However, it has to be said that this is understood rather broadly, *cf.* ICTY, Prosecutor v. Aleksovski, *supra* note 19, paras. 60 f.; Prosecutor v. Blaskic, *supra* note 19, para. 245, ICTY, Prosecutor v. Kunarac *et al.*, Case No. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T (Trial Chamber), 22 February 2001, paras. 391-393; ICTY, Prosecutor v. Kordic and Cerkez, Case No. IT-95-14/2-T (Trial Chamber), 26 February 2001, paras. 395 f.; ICTY, Prosecutor v. Knorjelac, Case No. IT-97-25-T (Trial Chamber), 15 March 2002, paras. 88 f.

<sup>49</sup> Article 25(3)(c) RS.

<sup>50</sup> Cf. Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor (Judgment), *supra* note 34, para. 166 (highlighted by author).

<sup>51</sup> Similarly, A. Boivin, *supra* note 6, p. 482.

<sup>52</sup> *Id.*, p. 484.

<sup>53</sup> Rome Statute, Preamble, para. 4.

<sup>54</sup> Similarly, L. Misol, *supra* note 3, p. 289.

<sup>55</sup> For an overview and discussion of potential limiting effects of international humanitarian law and international human rights law on arms transfers in general, *cf.* M. Brehm, The Arms Trade and States’ Duty to Ensure Respect for Humanitarian and Human Rights Law, in: Journal of Conflict & Security Law 12 (2008), pp. 368 f., 375 f.; generally *cf.* Z.W. Yihdego, The Arms Trade and International Law, Oxford 2007, pp. 199 f., 237 f.

<sup>56</sup> International Court of Justice, Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia), Judgment of 11 July 1996, ICJ Reports 1996, paras. 13 f.; also *cf.* Articles 12 and 13 of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted by the ILC, Drafting Committee on Second Reading, UN GAOR ILC, 53rd Session, UN Doc. A/CN.4/L.602/Rev.1, 26 July 2001; also *cf.* ILC, Commentary on Article 12 and Commentary on Article 13, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two.

<sup>57</sup> For a more detailed analysis of the personal, territorial and temporal jurisdiction of the ICC, which shall not be further elaborated in this paper, *cf.* R. Cryer *et al.*, *supra* note 13, pp. 166-169.

<sup>58</sup> Cf. Rome Statute, Article 1.

<sup>59</sup> Cf. R. Cryer *et al.*, *supra* note 13, p. 153-154; A. Cassese, *supra* note 5, p. 343.

<sup>60</sup> Cf. Rome Statute, Article 17(2) and (3).

Another contemporary challenge arises in terms of arms embargoes that are according to Article 25 in conjunction with Article 48 of the Charter of the United Nations binding for all states.<sup>61</sup> The violation of an arms embargo is neither a crime under the statute of *ad hoc* tribunals nor under the Rome Statute. National courts only have legislation if the embargo has been implemented by national law. If, however, national law fails to implement such an embargo, impunity will normally be the consequence.<sup>62</sup> A totally unexploited alternative to this is to create *ad hoc* or hybrid tribunals having the mandate to prosecute violations of arms embargoes to complement other measures.

As complicity cannot exist without a punishable principal act in which the accomplice associated himself, establishing that arms brokers aided and abetted the commission of international crimes can only serve as one very basic measure to end their impunity: As a next step, some of the yet unsolved

questions, for example the required degree of participation to establish substantiality of effect, demand clarification. In this regard, the SCSL's upcoming judgment concerning the indictment of Charles Taylor could lead to further elaboration of case law. Further, and in the long run, establishing tighter regulations of arms brokering activities and effective enforcement mechanisms on the national and transnational level might be the one and only alternative. In this regard, the contemporary discussions and negotiations concerning an Arms Trade Treaty could give new impulses. ■

<sup>61</sup> M.N. Shaw, *International Law*, 6th ed., Cambridge *et al.* 2008, p. 1236; in more detail E. Klein, *Die Internationalen und die Supranationalen Organisationen*, in: W. Graf Vitzthum (ed.), *Völkerrecht*, 5th ed., Berlin 2010, para. 150; J. Delbrück, *Article 25*, in: B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 2nd ed., Oxford 2002, para. 11.

<sup>62</sup> C. Torbey, *supra* note 2, p. 337; W.A. Schabas, *supra* note 1, p. 449 f.

## Der Schutz des Meeres in bewaffneten Konflikten

Lars Kramm\*

Meere und Ozeane leiden, wie andere Ökosysteme auch, unter bewaffneten Konflikten. Schäden und Zerstörungen wirken noch lange nach der Konfliktbeendigung nach und belasten das Leben der Menschen und Tiere, die auf vielfältige Weise vom fragilen Ökosystem Meer abhängig sind. Das Völkerrecht beinhaltet eine Vielzahl von Regelungen, die direkt oder indirekt das Meer während eines bewaffneten Konflikts schützen. Doch die Anwendung ist meist schwierig und nicht uneingeschränkt möglich. Der Beitrag gibt einen Überblick über die völkerrechtlichen Regelungen, die einen Schutz des Meeres in bewaffneten Konflikten beinhalten. Dabei geht er auf die wichtigsten Regelungen der verschiedenen betroffenen Rechtsgebiete ein, um einen Überblick über die allgemeinen Herausforderungen für den Meeresschutz in diesen schwierigen Umständen zu geben. Beispiele der letzten Jahrzehnte werden herangezogen und die übersichtliche Entscheidungslage von internationalen Tribunalen und Gerichten aufgezeigt. Das Völkerrecht befindet sich am Startpunkt eines Prozesses, um die umweltrechtlichen Grenzen der Kriegsführung zu bestimmen.

As well as other ecosystems, seas and oceans are suffering from armed conflicts. Long after the conflict ends, damages and destruction affect the lives of people and animals that depend on a variety of ways on the fragile marine ecosystem. International law includes a number of regulations that protect the sea directly or indirectly, during an armed conflict. But the application is usually difficult and not possible without restrictions. The article gives an overview of the rules of international law, which include the protection of the sea in armed conflicts. It discusses the main provisions of the various relevant fields of law and gives a general overview of the challenges for marine conservation in these difficult circumstances. Examples from recent decades will be used and the few available decisions of international tribunals and courts shown. International law is at the starting point of a process to determine the environmental legal limits of warfare.

### 1. Einleitung

Brennende Ölplattformen, Chemikaliendeckungen aus zerstörten Industrieanlagen, versenkte Schiffe, Seeminenfelder, zerstörte Kläranlagen. Die Auflistung lässt sich noch weiter fortsetzen und ist bereits aus den einschlägigen Kriegsreportagen der Medien bekannt. Dass die Meere und Ozeane unter bewaffneten Konflikten leiden wie andere Ökosysteme auch, weiß man seit Jahrzehnten. Die daraus resultierenden Schäden und Zerstörungen bestehen lange nach der Konfliktbeendigung weiter und sogar noch nachdem die Medienaufmerksamkeit erloschen ist. Das Leben

der Menschen und Tiere, die auf vielfältige Weise vom fragilen Ökosystem Meer abhängig sind, wird nachhaltig beeinflusst und belastet. Auch ist der Völkerrechtswissenschaft seit dem Nuklearwaffen-Gutachten des Internationalen Gerichtshofs (IGH) in Den Haag durchaus bekannt, dass die Umwelt ein Lebensraum ist und von ihr die Lebensqualität

\* Lars Kramm ist Doktorand im DFG-Forschungsprojekt „Der ökosystemare Ansatz (Ecosystem Approach) bei Nutzung und Schutz der Meeresgebiete im Völkerrecht und europäischen Gemeinschaftsrecht“ unter der Leitung von Prof. Dr. Detlef Czybulka an der Universität Rostock.



und die Gesundheit der Menschheit und zukünftiger Generationen abhängt.<sup>1</sup> Es ist jedoch fraglich, ob diese Erkenntnis auch schon durch die Staatengemeinschaft für den Kriegsfall verbrieft wurde.

Dieser Beitrag soll einen Überblick über die völkerrechtlichen Regelungen geben, die den Schutz des Meeres in bewaffneten Konflikten beinhalten. Der Beitrag kann wegen des begrenzten Umfangs nicht allumfassend sein, geht aber auf die wichtigsten Regelungen der verschiedenen Rechtsgebiete ein. Damit soll dem Leser ein Überblick über die allgemeinen Herausforderungen für den Meeresschutz unter schwersten Bedingungen vermittelt werden.

## 2. Das Meer als spezielles Ökosystem

Über 70% der Erdoberfläche sind von Meeren und Ozeanen bedeckt. Damit gehören die marinen Ökosysteme zu den größten Ökosystemen der Erde. Teil dessen sind, neben den Freiwasserökosystemen der Meere und Ozeane, höchst empfindliche Systeme wie beispielsweise Salzwiesen, Gezeitenzonen, Flussmündungen, Lagunen, Mangrovenwälder, Korallenriffe, Kelpwälder, Seegrasswiesen, die Tiefsee und der Meeresboden sowie die unterschiedlichsten Küsten-Ökosysteme. Marine Ökosysteme unterscheiden sich von den Süßwasser-Ökosystemen durch ihren Salzgehalt; eine scharfe Abtrennung ist an den Stellen, an denen Süßwasser und Salzwasser aufeinander treffen, nur bedingt möglich. Die marinen Ökosysteme sind nicht nur für das Wohlergehen ihrer marinen und terrestrischen Umgebungen, sondern auch für den Menschen wichtig.

Viele menschlichen Aktivitäten verursachen Schäden. Der Einsatz von Waffensystemen in und auf dem empfindlichen Lebensraum Meer sowie sonstige Einflüsse, die bewaffnete Konflikte typischerweise für ihre Umgebung haben, können diese Ökosysteme unwiederbringlich zerstören.

## 3. Exemplarische Fälle von Meereszerstörung durch bewaffnete Konflikte

### 3.1. Golfkriege

Die schwersten und bekanntesten Fälle von Meeresverschmutzung im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten stellen die Golfkriege dar.

Der Persische Golf (arabisch: „Arabischer Golf“) ist, wegen seines sehr flachen Wassers und den ungewöhnlichen ökologischen Bedingungen in der Region, ein besonders fragiles Ökosystem. Er verfügt mit der Straße von Hormuz lediglich über einen Zugang zum offenen Meer; es dauert im Durchschnitt etwa 200 Jahre, bis das Wasser den Golf einmal durchspült hat.<sup>2</sup>

Während des Ersten Golfkrieges (1980-1988), dem Grenzkrieg zwischen Iran und Irak, attackierten beide Seiten gegnerische Öltanker im Persischen Golf. Im Verlauf des Konfliktes wurden mindestens 250 Tanker beschädigt oder zerstört. Im März 1983 wurde das iranische Offshorefeld Nowruz durch einen Raketenangriff beschädigt.<sup>3</sup> Mitte März 1983 folgten Luftschläge auf verschiedene iranische Ölverladestellen wie zum Beispiel Bandar-e Khomeini und Bandar-e Mashur. Allein 1984 wurden durch diese Attacken

mehr als zwei Millionen Tonnen Öl ins Meer geleitet, die die Ökosysteme zerstörten und Meereslebewesen töteten.<sup>4</sup>

Die bisher schwerste maritime Ölkatastrophe ereignete sich 1991 als Folge des Zweiten Golfkrieges, der als Reaktion auf den irakischen Einmarsch in Kuwait geführt wurde. Die Ölpest wurde durch die Beschädigung einer kuwaitischen Erdölraffinerie, mehrere versenkte Tanker, das beschädigte irakische Ölterminal Mina Al Bakr sowie durch das Öffnen der Ventile am Sea-Island-Öl-Terminal und das Auslaufenlassen des Öls durch irakische Soldaten am 21. Januar 1991 verursacht. Mit letzterer Aktion wollte das irakische Militär das mögliche Anlanden der amerikanischen Marinestreitkräfte verhindern.

Durch diese Katastrophe wurde knapp eine Milliarde Liter Rohöl freigesetzt, das südwärts wanderte und an der kuwaitischen Küste sowie an der Nordküste von Saudi-Arabien die empfindlichen Salzmarschen, Gezeitenzonen und Mangrovenwälder zerstörte.<sup>5</sup> Weitere Auswirkungen auf das Meer während des Zweiten Golfkrieges hatten beispielsweise die Zerstörung von Kläranlagen in Kuwait, die zu einer täglichen Einleitung von 50.000 Kubikmeter ungeklärter Abwässer in die Kuwaiter Bucht führten. Zudem entluden die zerstörten irakischen Industrieanlagen Chemiecocktails in Euphrat und Tigris und erreichten damit auch das Meer. Weiterhin führte der Fallout der brennenden irakischen Ölquellen zu einer Mikroschicht auf der Meeresoberfläche, die höchst giftig für Plankton und Meereslebewesen in ihren frühen Entwicklungsstufen ist. Als Folge der Mikroschicht sank die Meerestemperatur ab; hierzu trug auch die reduzierte Sonneneinstrahlung bei, die durch die Rauchwolken verursacht wurde. Direkte Auswirkungen konnten bei Wasservögeln, Ottern und Dugongs festgestellt werden. Ebenfalls betroffen waren die Garnelenbestände: Im Zeitraum 1991 bis 1992 reduzierte sich ihr Bestand in den saudischen Gewässern auf weniger als ein Zehntel des Vorkriegsniveaus. Die Gesamtbioasse im Golf sank in diesen Jahren auf ein Viertel des ursprünglichen Bestands.<sup>6</sup>

## 3.2. Andere Störungen des marinen Ökosystems

### 3.2.1. Folgen des Kosovo-Konflikts

Auch Konflikte, die sich überwiegend im Inland abspielen, können Auswirkungen auf das Meer haben. Während der Luftangriffe der North Atlantic Treaty Organization (NATO) im Kosovokrieg 1999 warfen NATO-Flugzeuge – bei ihrer

<sup>1</sup> Vgl. The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, S. 241.

<sup>2</sup> M. Okorodudu-Fubara, Oil in the Persian War: Legal Appraisal of an Environmental Warfare, in: St. Mary's Law Journal 69 (1991), S. 135.

<sup>3</sup> H. Fürtig, Kleine Geschichte des Irak. Von der Gründung 1921 bis zur Gegenwart, München 2003, S. 114.

<sup>4</sup> P. Antoine, International Humanitarian Law and the Protection of the Environment in Time of Armed Conflict, in: International Review of the Red Cross 32 (1992), S. 530.

<sup>5</sup> U.S. Senate Committee on Environment and Public Works, The Environmental Aftermath of the Gulf War Congressional Report, Washington 1992, S. 74.

<sup>6</sup> D. McLaren/I. Willmore, The Environmental Damage of War in Iraq, www.observer.co.uk v. 19. Januar 2003.

Rückkehr auf die italienischen Basen – die noch an Bord befindlichen Bomben in die Adria. Rund 100 Bomben fanden auf diese Weise ihren Weg in die Gewässer und bildeten potenzielle Verschmutzungsquellen. Inzwischen wurde der größte Teil der Bomben von der NATO aufgespürt und zur Detonation gebracht, was allerdings ebenso zu Störungen und Zerstörungen im maritimen Ökosystem der Adria führte. Noch immer stellen die nicht vernichteten Bomben, die in mehr als 250 Metern Wassertiefe liegen, vereinzelt potenzielle Gefahrenquellen dar.<sup>7</sup> Zudem ist eine erhebliche Umwelterstörung aus der NATO-Bombardierung des chemischen Fabrik-Komplexes bei Pancevo, etwa 20 Kilometer von Belgrad entfernt, dokumentiert.<sup>8</sup> Zehntausende Tonnen Ammoniak, tausende Tonnen Ethylendichlorid und monomeres Vinylchlorid sowie hunderte Tonnen Chlor flossen infolge des Angriffs in die Donau.<sup>9</sup>

Weiterhin wurde ein Ölteppich gesichtet, der 15 Kilometer lang und etwa 400 Meter breit war und die Donau herunterfloss.<sup>10</sup> Experten gehen davon aus, dass diese und andere durch die Luftschläge freigesetzten Chemikalien und Schwermetalle entweder direkt über die Donau ins Schwarze Meer gespült worden sind oder sich an Dämmen und in Sedimenten abgesetzt haben und so über Jahre langsam ihren Weg ins Schwarze Meer fanden.<sup>11</sup>

### 3.2.2. Folgen des Libanon-Konflikts

Eine weitere kriegsbedingte Ökatastrophe ereignete sich im Verlauf des Libanonkrieges im Jahre 2006. Bis zu 15.000 Tonnen Öl gelangten ins Mittelmeer, als israelische Bombenangriffe Öltanks eines ölbetriebenen Elektrizitätswerks beschädigten. Hiervon waren 150 Kilometer der libanesischen und syrischen Küste betroffen.<sup>12</sup> Dabei wurde das libanesisches Naturschutzgebiet Palm-Insel in Mitleidenschaft gezogen, welches ein wichtiger Nistplatz für die gefährdete Grüne Meeresschildkröte (*Chelonia mydas*) und die Unechte Karettschildkröte (*Caretta caretta*) ist.

Neben den direkten Auswirkungen auf die marinen Ökosysteme durch bewaffnete Konflikte befinden sich in den Meeren und Ozeanen eine Vielzahl von Altlasten. Ökologische Zeitbomben sind beispielsweise Seeminen, versenkte Schiffe und Flugzeuge sowie in den Meeren versenkte Munition. Bereits nach dem Ersten Weltkrieg versenkte Deutschland 20.000 Tonnen Chemiewaffen in der Ostsee, die seitdem die angrenzende dänische Fischereiindustrie stark belasten.<sup>13</sup> Nach dem Zweiten Weltkrieg wurden allein in Nord- und Ostsee hunderttausende Tonnen von Munition und chemischen Kampfstoffen versenkt.<sup>14</sup> 1967 und 1968 versenkten die Vereinigten Staaten 1.706 Beton-Container mit Raketen, gefüllt mit Nervengas, im Atlantischen Ozean.<sup>15</sup> Verrostet die Munition, können, neben den enthaltenen Kampfstoffen, gefährliche Mengen an Blei oder Quecksilber ins Meer gelangen.

Noch heute liegen versunkene Schiffe und Flugzeuge, die während der bewaffneten Konflikte abgeschossen worden sind, in vielen Flüssen, Meeren und Ozeanen. Ihre zum Teil giftige und gefährliche Ladung stellt eine ernstzunehmende Bedrohung für das marine Leben dar. Besonders gefährdete Orte als Folge des Zweiten Weltkrieges sind das Skagerrak in der Nordsee zwischen Norwegen, Schweden und Däne-

mark<sup>16</sup> sowie die Salomonen im Südwesten des Pazifiks, östlich von Neuguinea.<sup>17</sup> Als schwerwiegend wird auch die Verschmutzung im italienischen Hafen Bari eingestuft, in dem infolge eines deutschen Bombardements auf alliierte Schiffe Ende 1943 Senfgas auslief, was wahrscheinlich noch für die nächsten vier Jahrhunderte eine Gefahr für Menschen und Meeressäuger in der Adria darstellen wird.<sup>18</sup>

Marines Leben kann zudem durch Minen beeinträchtigt werden. Explosionen beschädigen und vernichten Korallenriffe, Seegraswiesen sowie Algenfelder und töten Meeresschildkröten, Meeressäuger und Fische. Irak und Iran verwendeten viele Seeminen auf Hoher See während des Ersten Golfkrieges. Im Verlauf des Zweiten Golfkrieges verteilte der Irak mehr als eine halbe Million Minen vor der kuwaitischen Küste.<sup>19</sup> Noch heute befinden sich im finnischen Meerbusen,<sup>20</sup> an den französischen, britischen und amerikanischen Küstenlinien<sup>21</sup> und anderen Buchten und Meeren, hochexplosive Minenfelder, die jederzeit detonieren können.

## 4. Meeresschutz durch humanitäres Völkerrecht

Das erste Rechtsgebiet, welches für eine Analyse des Schutzes der Meeresumwelt während eines bewaffneten Konflikts betrachtet werden muss, ist das humanitäre Völkerrecht (HVR). Mit Blick auf die Beurteilung des Ausmaßes des Schutzes der Meeresumwelt durch das HVR und zum besseren Verständnis der Hindernisse für die Durchsetzung in diesem Rahmen müssen die vier wichtigsten Quellen des HVR untersucht werden: Vertragsrecht, Gewohnheitsrecht, Soft Law und Rechtsprechung.

<sup>7</sup> United Nations Environment Programme (UNEP) Balkans Task Force, The Kosovo Conflict – Consequences for the Environment & Human Settlements, Abschlussbericht 1999, S. 9.

<sup>8</sup> P. Elmer-DeWitt, Environmental Damage: A Man-Made Hell on Earth, TIME v. 18. März 1991, S. 36.

<sup>9</sup> A. Schwabach, Environmental Damage Resulting from the NATO Military Action Against Yugoslavia, in: Columbia Journal of International Law 25 (2000), S. 119.

<sup>10</sup> Federal Republic of Yugoslavia – The Federal Ministry for Development, Science and Environment, Information About the Effects of NATO Aggression on the Environment in the Federal Republic of Yugoslavia, <http://www.iacenter.org/bosnia/yugoenvironment.htm> (26. April 2012).

<sup>11</sup> UNEP Balkans Task Force, a.a.O. (Fn. 7), S. 54.

<sup>12</sup> World Wide Fund For Nature (WWF), Unsere Ozeane: geplündert, verschmutzt und zerstört, WWF-Bericht über die Bedrohung der Meere und Küsten, 2009, S. 15.

<sup>13</sup> S. Lanier-Graham, The Ecology of War: Environmental Impacts of Weaponry and Warfare, New York 1993, S. 54.

<sup>14</sup> WWF, a.a.O. (Fn. 12), S. 16.

<sup>15</sup> S. Lanier-Graham, a.a.O. (Fn. 13), S. 99.

<sup>16</sup> *Id.*, S. 56.

<sup>17</sup> G. Cervi, War Wrecks and the Environment: Who's Responsible for the Legacy of War? A Case Study: Solomon Islands and the United States, in: Journal of Environmental Law and Litigation 14 (1999), S. 351 f.

<sup>18</sup> S. Lanier-Graham, a.a.O. (Fn. 13), S. 29.

<sup>19</sup> T. Hawley, Against the Fires of Hell, The Environmental Disaster of the Gulf War, San Diego 1992, S. 136; P. Rowe, Prisoners of War in the Gulf Area, in: ders. (Hrsg.), The Gulf War 1990-1991 in International and English Law, New York 1993, S. 168.

<sup>20</sup> WWF, a.a.O. (Fn. 12), S. 16.

<sup>21</sup> S. Lanier-Graham, a.a.O. (Fn. 13), S. 58.

Die Unterscheidung zwischen internationalen bewaffneten Konflikten (IBK) und nicht-internationalen bewaffneten Konflikten (NIBK) stellt eine erhebliche Herausforderung für die Anwendbarkeit und die Durchsetzung des humanitären Völkerrechts für den Umweltschutz dar. Insbesondere in der überwiegenden Mehrzahl der marinen und terrestrischen Konflikte, die oftmals NIBK sind,<sup>22</sup> steht die Umwelt, in Form von Ressourcen oder Landgebieten, in einem starken Zusammenhang mit den Konflikten. Leider sind viele Bestimmungen des HVR in NIBK nicht oder viel weniger restriktiv anwendbar.

Eine weitere Herausforderung besteht darin, dass nur sehr wenige Bestimmungen des HVR Umweltprobleme direkt adressieren, da die meisten wichtigen Verträge des HVR zeitlich vor den Konflikten in Vietnam und am Persischen Golf liegen, die die weit verbreitete Aufmerksamkeit und Besorgnis über Umweltschäden durch Kriege generiert haben. Der Schutz ist daher in der Regel von Bestimmungen über die Mittel und Methoden der Kriegsführung und die Auswirkungen bewaffneter Konflikte auf zivile Objekte und Eigenschaften abgeleitet, empfohlen durch unverbindliche Vereinbarungen oder Soft Law.<sup>23</sup>

#### 4.1. HVR

Die für die Frage des Meeresschutzes in Zeiten von bewaffneten Konflikten relevanten Bestimmungen des HVR lassen sich in drei Kategorien einteilen: jene, die sich direkt mit der Frage des Meeresschutzes beschäftigen; die allgemeinen Grundsätze des humanitären Völkerrechts, die für den Meeresschutz anwendbar sind; und diejenigen Bestimmungen, denen zumindest ein indirekter Schutz des Meeres unterstellt werden kann.<sup>24</sup> Dabei ist zunächst immer zu berücksichtigen, dass Verträge grundsätzlich nur die Vertragsparteien verpflichten, die sich diesen unterworfen haben.

##### 4.1.1. Spezialbestimmungen zum Schutz des Meeres während bewaffneter Konflikte

Im bisher von 171 Staaten sowie Palästina ratifizierten Ersten Zusatzprotokoll vom 8. Juni 1977 zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (ZP I), finden sich die Artikel 35 III und Artikel 55 I, die sich auch auf die Meeresumwelt anwenden lassen. Der gemeinsame Kern dieser beiden Artikel ist das Verbot von Kriegshandlungen, die weit verbreitete, langfristige und schwere Schäden an der Umwelt anrichten. Diese Voraussetzungen sind jedoch kumulativ anzuwenden. Da das ZP I diese Begriffe nicht definiert, führt dies zu einer hohen und ungenauen Anwendungsschwelle.<sup>25</sup> Eine Anwendung würde sich somit nur auf Tatbestände erstrecken, die in der Größenordnung der Ölpest am Persischen Golf während des Zweiten Golfkrieges oder dem massiven Einsatz von Chemiewaffen auf Meeresgebiete, vergleichbar mit dem Einsatz von Agent Orange über den vietnamesischen Wäldern, liegen.

Eine geringere Anwendungsschwelle als das ZP I hat dagegen die ENMOD-Konvention<sup>26</sup>, die dieselben Voraussetzungen des ZP I anlegt, jedoch diese nicht kumuliert, sondern einzeln tatbestandsbegründend sein lässt. Auch sind die In-

terpretationen der Begrifflichkeiten unterschiedlich, so ist beispielsweise „langfristig“ im ZP I als eine Frage von Jahrzehnten interpretiert und in der ENMOD-Konvention definiert als ein Zeitraum von Monaten.<sup>27</sup> Bis Anfang 2011 sind jedoch erst 74 Staaten der Konvention beigetreten.

##### 4.1.2. Allgemeine Grundsätze des HVR

Die zentralen Grundsätze des humanitären Völkerrechts sind das Prinzip der militärischen Notwendigkeit, das Unterscheidungsprinzip, das Verhältnismäßigkeitsprinzip und das Prinzip der Menschlichkeit. Alle diese weltweit anerkannten Prinzipien haben einen Kern, der einen grundlegenden Schutz des Meeres in bewaffneten Konflikten sicherstellen kann.

Das Prinzip der militärischen Notwendigkeit, wie es sich in Art. 23 g der Ordnung der Gesetze und Gebräuche des Landkriegs von 1907<sup>28</sup> widerspiegelt, verbietet die Zerstörung feindlichen Eigentums, außer in den Fällen, wo diese Zerstörung durch die Notwendigkeiten des Krieges dringend erforderlich ist. Diese Bestimmung hat erhebliche Relevanz für den Schutz des Meeres, da „feindliches Eigentum“ auch Meeresschutzgebiete und -naturparks, Fisch- und Meeresschiffressourcen sowie andere hochwertige Meeresressourcen natürlicher Art umfasst und daher indirekt geschützt werden muss.<sup>29</sup> Weiteren Schutz erfahren diese bestimmten Meeresstellen und weitere ökologisch bedeutsame Stätten durch das Unterscheidungsprinzip. Legt man die Definition aus Artikel 52 II ZP I zugrunde, würde das Attackieren dieser Stätten, aufgrund ihres nicht-militärischen Charakters, eine Verletzung des Unterscheidungsprinzips darstellen. Jedoch sieht auch das Unterscheidungsprinzip Ausnahmen vor, wenn die Objekte „auf Grund (...) ihrer Verwendung wirksam zu militärischen Handlungen beitragen und (...) ihre Zerstörung (...) einen eindeutigen militärischen Vorteil dar-

<sup>22</sup> Uppsala Conflict Data Program Database: <http://www.ucdp.uu.se/gpdata/base/search.php> (26. April 2012).

<sup>23</sup> UNEP, *Protecting the Environment During Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law 2009*, S. 10.

<sup>24</sup> Für eine ausführliche Darstellung aller relevanten Bestimmungen siehe: A. Roberts, *The Law of War and Environmental Damage*, in: J. Austin/C. Bruch (Hrsg.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge 2000, S. 47-86; M. Schmitt, *War and the Environment: Fault Lines in the Prescriptive Landscape*, in: *id.*, S. 87-136; und R. Falk, *The Inadequacy of the Existing Legal Approach to Environmental Protection in Wartime*, in: *id.*, S. 137-155.

<sup>25</sup> L. Lijnzaad/G. Tanja, *Protection of the Environment in Times of Armed Conflict: The Iraq-Kuwait War*, in: *Netherlands International Law Review* 40 (1993), S. 180; W. Verwey, *Observation on the Legal Protection of the Environment in Times of International Armed Conflict*, in: *Hague Yearbook of International Law* 7 (1994), S. 36.

<sup>26</sup> *United Nations Convention on the Prohibition of Military or Any Other Use of Environmental Modification Techniques (ENMOD)* v. 10. Dezember 1976.

<sup>27</sup> Siehe den offiziellen Kommentar zum ZP I, Art. 35, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750044?OpenDocument> (26. April 2012).

<sup>28</sup> Anlage des Abkommen v. 18. Oktober 1907 betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges.

<sup>29</sup> Eine Verletzung von Art. 23 g nehmen beispielsweise an: A. Bouvier, *La protection de l'environnement naturel en période de conflit armé*, in: *Revue Internationale de la Croix Rouge* 81 (1999), und M. Schmitt, a.a.O. (Fn. 24), S. 33.

stellt.“ Da die Begrifflichkeiten des Beitrags zur militärischen Handlung und des militärischen Vorteils nicht klar definiert sind, insbesondere, ob auch indirekte Effekte mit eingeschlossen werden, gestaltet sich die praktische Anwendung des Unterscheidungsprinzips auf den Meeresschutz als schwierig. Ein Meeresschutzgebiet, aus dem beispielsweise Kombattanten wertvolle natürliche Rohstoffe und Ressourcen gewinnen, um mit den Einnahmen aus dem illegalen Handel ihre Beteiligung am bewaffneten Konflikt finanzieren zu können, könnte als legitimes militärisches Ziel gemäß Artikel 52 II ZP I deklariert werden. Zweifelhaft erscheint, ob die Untergrabung der gegnerischen Moral bereits einen hinreichend militärischen Vorteil darstellt.<sup>30</sup> Damit wäre das Unterscheidungsprinzip in den meisten Fällen der Zerstörung von Industrieanlagen und Kraftwerken, inklusive der damit verbundenen Gefahren für angrenzende Meeressysteme, ausgehöhlt und unwirksam.

Auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist, aus denselben Gründen, nur dafür geeignet, offensichtlich unverhältnismäßige massive Verschmutzungen des Meeres, wie die Ölpest des Zweiten Golfkrieges, zu verhindern.

Der Grundsatz der Menschlichkeit verbietet Handlungen, die zu unnötigen Leiden, Verletzungen und Zerstörung führen,<sup>31</sup> insbesondere die Einsetzung von Hunger als Kriegsmittel wird als unzulässig betrachtet. Verboten sind damit auch Handlungen wie das Vergiften von Fischgründen oder anderer zur Ernährung beitragender Meerestiere oder die Vernichtung von am und im Meer wachsenden Futterpflanzen für die Viehwirtschaft.

Abschließend sei noch die Martens'sche Klausel erwähnt, die einen Gründungsgrundsatz des HVR darstellt<sup>32</sup> und zum Schließen von Lücken im Meeresschutz in bewaffneten Konflikten herangezogen werden kann.<sup>33</sup> Eine Erweiterung der Klausel um das Prinzip des öffentlichen Gewissens – wie von der Internationalen Union zur Erhaltung der Natur (IUCN) vorgeschlagen – soll klare Umweltbelange einschließen,<sup>34</sup> mit dem Ziel, den Schutz der Umwelt in der Abwesenheit von spezifischem Vertragsrecht besser zu gewährleisten. Dies ist bislang jedoch nicht auf wesentliche Resonanz in der Staatengemeinschaft gestoßen.

#### 4.1.3. Bestimmungen des HVR, die indirekt das Meer während des bewaffneten Konflikts schützen

Aus den verschiedenen Bestimmungen des humanitären Völkerrechts lassen sich unterschiedliche indirekte Schutzmechanismen für die Meeresumwelt herauslesen.

Zunächst finden sich in den Verträgen zur Einschränkung der Benutzung von bestimmten Waffen und Kriegsmethoden Bestimmungen, die das Meer schützen; etwa die Einschränkung der Entwicklung und Nutzung dieser Waffen, die das Meer indirekt vor ihren zerstörerischen Folgen schützt. Dies schließt biologische<sup>35</sup> und chemische<sup>36</sup> Waffen, Kampfgase,<sup>37</sup> Nuklearwaffen<sup>38</sup> und Streumunition<sup>39</sup> ein. So etwa müssen nach den Bestimmungen des Abkommens über die Legung von unterseeischen selbsttätigen Kontaktminen von 1907<sup>40</sup> unverankerte Kontaktminen (Treibminen) eine Stunde nach dem Aussetzen unscharf werden; Ankertaaminen müssen dies ebenfalls, wenn sie sich aus ihrer Verankerung reißen; und Torpedos, wenn sie ihr Ziel verfehlt haben.

Signifikant für die Meeresumwelt sind auch die Verbotsverträge von Nuklearwaffentests im Meer.<sup>41</sup>

Ebenfalls betrachtenswert sind die Bestimmungen zum Schutz von zivilen Objekten und Eigentum, die eine wirksame Rechtsgrundlage für den Schutz des Meeres sein können. Wie bereits erwähnt, fallen auch marine Ressourcen, Güter und Stätten unter die Begrifflichkeit des feindlichen Eigentums, somit werden sie auch von den relevanten Bestimmungen in Kriegs-<sup>42</sup> und Besatzungszeiten<sup>43</sup> geschützt. Auch ist das Meer als lebensnotwendiges Objekt insbesondere als Erzeuger von Nahrungsmitteln im Sinne des Artikel 54 II ZP I und Artikel 14 ZP II geschützt.

Besonderen Schutz in bewaffneten Konflikten erfahren die Meeresgebiete, die als Kulturgüter unter Artikel 1 der Haager-Kulturgüter-Konvention<sup>44</sup> oder ihrer Protokolle fallen.<sup>45</sup> Dieses gilt insbesondere für Meeresgebiete auf der Weltkulturerbe-Liste der United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO)<sup>46</sup> oder die Gebiete, die unter die 2003er UNESCO-Konvention<sup>47</sup> fallen. Innovativ in Bezug auf den Schutz von Kulturgütern ist das zweite Protokoll zur Haager-Kulturgüter-Konvention aus dem Jahre 1999, welches Bestimmungen in Bezug auf Kulturgüter vor-

<sup>30</sup> D. Bodansky, *Legal Regulation of the Effects of Military Activity on the Environment*, Dessau-Roßlau 2003, S. 34.

<sup>31</sup> Art. 23 e Ordnung der Gesetze und Gebräuche des Landkriegs von 1907.

<sup>32</sup> So auch M. Schmitt, a.a.O. (Fn. 24).

<sup>33</sup> W. Verwey, a.a.O. (Fn. 24), S. 44; M. Schmitt, a.a.O. (Fn. 25), S. 33.

<sup>34</sup> International Union for Conservation of Nature (IUCN), *A Martens Clause for Environmental Protection*, World Conservation Congress Resolution 2.97, Oktober 2000.

<sup>35</sup> The Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction (BWC) von 1972.

<sup>36</sup> Chemical Weapons Convention von 1993.

<sup>37</sup> The Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare, 1925.

<sup>38</sup> 1959 Antarctic Treaty; 1967 Tlatelolco Treaty; 1968 Nuclear Non-Proliferation Treaty; 1985 Treaty of Roratonga; 1995 Treaty of Bangkok; 1996 Treaty of Pelindaba; 2006 Treaty of Semipalatinsk.

<sup>39</sup> Convention on Certain Conventional Weapons von 1980.

<sup>40</sup> 8. Haager Konvention im Bezug auf die Verlegung von automatischen Unterseekontaktminen v. 18. Oktober 1907.

<sup>41</sup> Partial Test Ban Treaty von 1963 und Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty von 1996.

<sup>42</sup> Art. 23 g HLKO 1907; Art. 147 GK IV.

<sup>43</sup> Art. 53 GK IV.

<sup>44</sup> Haager Konvention von 1954 zum Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten und ihre Protokolle von 1954 und 1999.

<sup>45</sup> Zusätzlich sehen auch Art. 38, 53 und 85 ZP I und Art. 16 ZP II den Schutz von Kulturgütern vor.

<sup>46</sup> Als marine Beispiele sind hier zu nennen die Buchten Halbinsel Valdés in Argentinien (N/1999), das Große Barriere-Riff (N/1981) oder die Haifischbucht in Westaustralien (N/1991), das Inselreservat Fernando de Noronha und Rocas Atoll (N/2001), der Rapa Nui Nationalpark (Osterinsel) (K/1995), der Nationalpark Kokosinseln (N/2002), das Wattenmeer (N/GÜ/2011), der Nationalpark und das Meeresschutzgebiet Galapagos-Inseln (N/2001), der Giant's Causeway und seine Küste (N/1986), der Nationalpark Komodo-Inseln (N/1991), das Meeresschutzgebiet Phoenixinseln (N/2010), die Kurische Nehrung (K/GÜ/2000), der Naturpark Tubbataha-Riff (N/2009), das Biosphärenreservat Donaudelta (N/1991), das Korallenatoll East Rennell (N/1998), das Aldabra-Atoll (N/1982), der Nationalpark Garajonay (N/1986), die Bucht von Ha-Long (N/2000), und andere.

<sup>47</sup> UNESCO 2003 Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage.

sieht, ein Frühwarnsystem vorschreibt, Klarstellungen zum Notstand gibt und eine individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit installiert.<sup>48</sup>

Abschließend ist noch ein Meeresschutz in bewaffneten Konflikten durch Bestimmungen möglich, die Beschränkungen der Aktivitäten in bestimmten Zielgebieten vorschreiben. So gibt es ausdrückliche Zerstörungsverbote für entsprechende Meeresgebiete in Besetzungszonen<sup>49</sup>, neutralen<sup>50</sup> oder demilitarisierten<sup>51</sup> Gebieten. Besonderen Schutz erfahren auch die Gewässer südlich des 60. Breitengrads, da sie durch das Antarktis-Vertragssystem unter einem besonderen Schutz vor militärischen Handlungen in Friedens- und Kriegszeiten stehen.<sup>52</sup>

#### 4.2. Humanitäres Völkergewohnheitsrecht

Betrachtet man die völkergewohnheitsrechtlichen Regelungen des HVR, so ist zunächst festzustellen, dass die Prinzipien der Unterscheidung, der militärischen Notwendigkeit, der Verhältnismäßigkeit und der Menschlichkeit (siehe Abschnitt 4.1.2.) ebenfalls Elemente des humanitären Völkergewohnheitsrechts sind. Die Prinzipien gelten für alle Staaten, ausgenommen für diejenigen, die sich als „persistent objector“ der Anwendung beharrlich entziehen.<sup>53</sup> Für die anderen Staaten sind damit ihre Handlungen zu beanstanden, wenn sie eine zerstörende Wirkung auf die Meeresumwelt haben, auch wenn es keine spezielle Regelung des HVR gibt, die diese Zerstörung im Detail behandelt. Dieses gilt insbesondere, wenn die Handlungen keinem klaren und notwendigen militärischen Zweck dienen oder inhumane Waffen verwendet werden.<sup>54</sup>

Ein weiteres Fundament, neben den Prinzipien des humanitären Völkergewohnheitsrechts, sind die schweren Verletzungen des HVR, wie sie in der Genfer Konvention von 1949 und dem ZP I definiert sind. Artikel 147 GK IV und Artikel 85 ZP I erwähnen zwar nicht Umweltzerstörungen in irgendeiner Form, aber die Zerstörung von Gut, die nicht durch militärische Erfordernisse gerechtfertigt ist und in großem Ausmaß auf unerlaubte und willkürliche Weise vorgenommen wurde;<sup>55</sup> sowie das Führen eines unterschiedslos wirkenden, die Zivilbevölkerung oder zivile Objekte in Mitleidenschaft ziehenden Angriffs, der die unverhältnismäßige Beschädigung ziviler Objekte zur Folge haben wird;<sup>56</sup> und weiterhin das Führen eines Angriffs gegen gefährliche Kräfte enthaltende Anlagen oder Einrichtungen, der die unverhältnismäßige Beschädigung ziviler Objekte zur Folge haben wird.<sup>57</sup> Eine Subsumierung von Meeres- oder Küstenschutzgebieten, Meeresnaturparks oder Naturformationen an Küsten und im Meer oder Riffen als zivile Objekte im Sinne der Konventionen ist hier möglich. Diese Regelungen zu den schweren Verletzungen sind inzwischen als humanitäres Völkergewohnheitsrecht anerkannt und gelten somit für alle Staaten. Die Anwendung ist ebenfalls von den IBK auf die NIBK ausgeweitet worden.<sup>58</sup>

Neben den Genfer Konventionen, die universell anerkannt sind und zugleich Völkergewohnheitsrecht repräsentieren, sind auch verschiedene Regelungen der Zusatzprotokolle als Gewohnheitsrecht anerkannt.

Die nicht unumstrittene 2005er Studie des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz (IKRK) behandelt 161 Regeln

gen, die die Verfasser als humanitäres Völkergewohnheitsrecht auffassen. Drei dieser Regelungen beziehen sich auf den Schutz der natürlichen Ressourcen und können die Anwendung der allgemeinen Prinzipien des HVR konkretisieren.

„Rule 43. The general principles on the conduct of hostilities apply to the natural environment:

A. No part of the natural environment may be attacked, unless it is a military objective.

B. Destruction of any part of the natural environment is prohibited, unless required by imperative military necessity.

C. Launching an attack against a military objective which may be expected to cause incidental damage to the environment which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated is prohibited [applicable in IAC and NIAC].

Rule 44. Methods and means of warfare must be employed with due regard to the protection and preservation of the natural environment. In the conduct of military operations, all feasible precautions must be taken to avoid, and in any event to minimize, incidental damage to the environment. Lack of scientific certainty as to the effects on the environment of certain military operations does not absolve a party to the conflict from taking such precautions [applicable in IAC and arguably in NIAC].

Rule 45. The use of methods or means of warfare that are intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment is prohibited. Destruction of the natural environment may not be used as a weapon [applicable in IAC and arguably in NIAC].<sup>60</sup>

<sup>48</sup> Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, UNESCO Document HC/1999/7.

<sup>49</sup> Art. 55 HLKO 1907 sieht vor, dass der Besatzer das besetzte Eigentum nutzen darf, es aber weder beschädigen noch zerstören darf. Art. 53 GK IV verbietet ebenfalls die Zerstörung von öffentlichem oder privatem Eigentum der Besetzten.

<sup>50</sup> Die ICRC Guidelines for Military Manuals and Instructions on the Protection of the Environment in Times of Armed Conflict aus dem Jahre 1996 stellen auf Grundlage des allgemein anerkannten Neutralitätsrechts der Haager Konventionen fest, dass „obligations relating to the protection of the environment towards States not party to an armed conflict are not affected by the existence of the armed conflict to the extent that they are not inconsistent with the applicable law of armed conflict“.

<sup>51</sup> Formell eingerichtete neutrale oder demilitarisierte Zonen, die unter dem Schutz von Art. 15 GK IV und Art. 60 ZP I stehen und deren Verletzung ein schwerer Bruch des HVR darstellt.

<sup>52</sup> 1959 Antarctic Treaty, 1972 Convention for the Conservation of Antarctic Seals, 1991 Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, The Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources.

<sup>53</sup> D. Bodansky, a.a.O. (Fn. 30), S. 33.

<sup>54</sup> Diese Annahme wird auch über die Martens'sche Klausel hergeleitet, so: UNEP, a.a.O. (Fn. 23), S. 20.

<sup>55</sup> GK I, Art. 50; GK II, Art. 51; GK IV, Art. 147.

<sup>56</sup> ZP I, Art. 85 III b.

<sup>57</sup> *Id.*, Art. 85 III c.

<sup>58</sup> Vgl. dazu ICC Statute, Art. 8 II b und e.

<sup>59</sup> UNEP, a.a.O. (Fn. 23), S. 20.

<sup>60</sup> Internationales Komitee vom Roten Kreuz (IKRK), Customary International Humanitarian Law, Genf 2005.

Die IKRK-Regeln bieten eine Artikulation der allgemeinen Grundsätze in Bezug auf die natürliche Umwelt und betonen die Bedeutung des Vorsorgeprinzips beim Fehlen wissenschaftlicher Gewissheit über die wahrscheinlichen Auswirkungen einer bestimmten Waffe auf die Umwelt. Darüber hinaus untersagen die Regeln ausdrücklich die Verwendung von Mitteln der Kriegsführung, die dazu bestimmt sind oder erwarten lassen, dass sich erhebliche Schäden für die Umwelt ergeben. Demnach müssen die Mitgliedsstaaten mögliche ökologische Auswirkungen ihrer militärischen Methoden vor deren Einsatz berücksichtigen. Inwieweit eine Anwendung dieser Regeln auch im NIBK gegeben ist, bleibt weitgehend offen. Aufgrund der stark unterschiedlichen wissenschaftlichen Meinungen auf diesem Gebiet müsste für eine Klärung der offenen Frage für einen effektiven Schutz der Umwelt in bewaffneten Konflikten das bestehende Völkergewohnheitsrecht von der Staatengemeinschaft kodifiziert werden.<sup>61</sup>

#### 4.3. Soft Law

Der Begriff „soft law“ bezieht sich auf quasi-rechtliche Instrumente des Völkerrechts, die jedoch noch keine rechtlich bindende Kraft haben. Dabei haben Soft Law-Instrumente wesentlich zur Gestaltung des Völkerrechts in Bezug auf Umwelt und bewaffnete Konflikte beigetragen und legen heutzutage häufig den Grundstein für einen späteren völkerrechtsverbindlichen Mechanismus. Die nachfolgenden Beschlüsse der Organe der Vereinten Nationen (UN) können ein starkes Fundament für die weitere Entwicklung von geeigneten Verträgen und Konventionen bilden.

Im Gegensatz zu Resolutionen des UN-Sicherheitsrates (UN-SR) sind jene der UN-Generalversammlung (UN-GV) völkerrechtlich nicht bindend und stellen so eine wichtige Quelle für Soft Law dar. Auch zu Fragestellungen des Umweltschutzes und insbesondere des Meeresumweltschutzes in bewaffneten Konflikten hat die UN-GV Beschlüsse gefasst. Bereits 1993 fasste die UN-GV einen sehr allgemeinen Beschluss, in dem sie feststellte, dass die Zerstörung der Umwelt, die nicht durch militärische Notwendigkeit gerechtfertigt ist oder mutwillig durchgeführt wurde, eindeutig gegen das bestehende Völkerrecht verstößt.<sup>62</sup> Später empfahl die UN-GV den Mitgliedsstaaten, die vom IKRK vorgeschlagenen Guidelines for Military Manuals and Instructions on the Protection of the Environment in Times of Armed Conflict<sup>63</sup> in ihren eigenen nationalen Militärhandbüchern umzusetzen.<sup>64</sup> Viele Beschlüsse der UN-GV mit Umweltschutzbezug beziehen sich auf die nukleare Abrüstung im terrestrischen und marinen Bereich.<sup>65</sup> In ihrer Entscheidung über das Abschlussdokument S-10/02 der zehnten Sondertagung der Generalversammlung geht die UN-GV speziell auf das Meer ein und erklärt, dass ein Wettrüsten auf und unter dem Meeresboden vermieden werden und die friedliche Nutzung des Meeres gefördert werden soll. Zusätzlich zu diesen Beschlüssen erklärte die UN-GV verschiedene Gebiete zu nuklearfreien Zonen, darunter den Indischen Ozean<sup>66</sup> und Lateinamerika<sup>67</sup>. Ebenfalls relevant für die Meeresumwelt sind die Beschlüsse der UN-GV, die zur Verabschiedung von bindenden Verträgen zum Umgang mit Uranmunition geführt haben.<sup>68</sup>

In ihrer jüngsten Entscheidung im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten und der Meeresumwelt zur Ölpest an der libanesischen Küste durch die Bombardierung des El-Jiyeh Kraftwerks unterstreicht die UN-GV die Notwendigkeit des Schutzes und des Erhalts der Meeresumwelt im Einklang mit dem Völkerrecht.<sup>69</sup>

Überträgt man die UN-SR-Beschlüsse bei der Entsendung der UN-Friedenstruppen nach Liberia<sup>70</sup> und in die Demokratische Republik Kongo<sup>71</sup> auf zukünftige Missionen, so könnten UN-Friedenstruppen auch zum Schutz und zur Kontrolle von natürlichen Meeresressourcen eingesetzt werden. Dies wäre insbesondere interessant für Öl- und Gas-Ressourcen, aber auch für die Kontrolle und den Schutz von Fischgründen und anderen Meereslebewesen sowie Pflanzen.<sup>72</sup>

Als letzte Soft Law-Instrumente sind das San Remo Manual von 1994<sup>73</sup> und der Beschluss 2749 der UN-GV anzuführen. Das San Remo Manual kodifiziert das Recht des Seekrieges und enthält darin Bestimmungen für den Umweltschutz in der Kriegsführung. Zu den einschlägigen Bestimmungen gehören:

„Paragraph 11: The Parties to the conflict are encouraged to agree that no hostile actions will be conducted in marine areas containing rare or fragile ecosystems or the habitat of depleted, threatened or endangered species or other forms of marine life.

Paragraph 44: Methods and means of warfare should be employed with due regard for the natural environment taking into account the relevant rules of international law. Damage to or destruction of the natural environment not justified by military necessity and carried out wantonly is prohibited.

Paragraph 47(h): Vessels designated or adapted exclusively for responding to pollution incidents in the marine environment are exempt from attack.“

<sup>61</sup> UNEP, a.a.O. (Fn. 23), S. 20 f.

<sup>62</sup> UN-Generalversammlung, Beschluss 47/37 v. 9. Februar 1993.

<sup>63</sup> Zu finden im Anhang des Berichts des Generalsekretärs A/49/323 oder unter: <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/57JN38>.

<sup>64</sup> UN-Generalversammlung, Beschluss 49/50 v. 17. Februar 1995.

<sup>65</sup> Beispielsweise 1961 UN-GV Resolution 1653 (XVI); 1970 UN-GV Resolution 2734 (XXV); 1974 UN-GV Resolution 3314 (XXIX) on Aggression oder auch, die zu den wichtigsten Entscheidungen der UN-GV in dieser Angelegenheit gehörenden Final Documents of the General Assembly Special Session S-10/2 von 1978 und A/RES/50/70(M) von 1995.

<sup>66</sup> Resolution 2832 (XXVI) Declaration of the Indian Ocean as a Zone of Peace.

<sup>67</sup> Resolution 1911 (XVIII) Denuclearization of Latin America.

<sup>68</sup> UN-Generalversammlung Resolution 62/30 von 2007; 63/54 von 2009.

<sup>69</sup> UN-GV, Beschluss 63/211 v. 10. Februar 2009.

<sup>70</sup> UN-Sicherheitsrat, Beschluss 1509 v. 15. September 2003.

<sup>71</sup> UN-Sicherheitsrat, Beschluss 1856 v. 22. Dezember 2008.

<sup>72</sup> Zwar im Bezug insbesondere auf Diamanten und Holz, aber unterstützend in der Auffassung, die Erklärung des Vorsitzenden des UN-SR v. 25. Juni 2007. Weiterführende Informationen in UNEP, From Conflict to Peacebuilding: The Role of Natural Resources and the Environment, New York 2009.

<sup>73</sup> Das San Remo Manual wurde am 12. Juni 1994 im italienischen Livorno beschlossen. Es stellt eine modernisierte Ausgabe des Oxford Manuals von 1913 dar, welches bereits die Vorschriften zur Seekriegsführung enthielt.

Die Erklärung der UN-GV über die Grundsätze des Tiefsee-, Meeres- und Meeresunterbodens jenseits der Grenzen des nationalen Zuständigkeitsbereichs von 1970<sup>74</sup> ist ebenfalls relevant für die rechtliche Bewertung der Meeresumwelt, denn sie erkennt die rechtliche Existenz des Meeresbodens jenseits aller nationalen Zuständigkeitsbereiche an und bringt die Überzeugung zum Ausdruck, dass diese Bereiche ausschließlich für die friedliche Nutzung erhalten bleiben dürfen. Zudem betont sie, dass die Erforschung dieser Gebiete und ihrer Ressourcen nur zum Wohle der gesamten Menschheit durchgeführt werden kann und nicht aus einzelnen nationalen Interessen.

#### 4.4. Case Law

Als völkerrechtliches Case Law bezeichnet man die Entscheidungen von internationalen Gerichten und Tribunalen, die neue Interpretationen des Rechtes bieten. Obwohl die Rechtsfälle oft nur bindenden Charakter für die an der Streitigkeit beteiligten Parteien haben, werden sie meist als Präzedenzfälle zitiert. Auch zur Feststellung, ob vertragliche Regelungen bereits als Gewohnheitsrecht anzusehen sind oder wie Regelungen gegebenenfalls ausgelegt werden müssen, können die Entscheidungen herangezogen werden. Grundsätzlich sind Rechtsprechungsfälle, die sich mit der Verantwortung und Haftung der Staaten für Verstöße gegen das HVR befassen, eher selten. Weiterhin gibt es nur sehr wenige justiziable Interpretationen des internationalen humanitären Rechts und der internationalen strafrechtlichen Normen in Bezug auf den Meeresumweltschutz.<sup>75</sup> Deswegen müssen die Hinweise und Erläuterungen in Bezug auf den Schutz des Meeres während bewaffneter Konflikte aus einigen relevanten internationalen Fällen besonders beachtet werden.

##### 4.4.1. Rechtssprechung des Internationalen Gerichtshofs (IGH)

Obwohl die IGH-Entscheidungen nur für die Streitparteien bindend sind, haben sie, soweit sie überzeugende Beweise für das Vorhandensein von internationalen Normen darstellen, auch Relevanz für Nicht-Parteien und die Völkergemeinschaft als Ganzes.

In seiner Entscheidung Jugoslawien vs. NATO-Partner im Jahre 1999 wies der IGH den von Serbien und Montenegro vorgebrachten Fall bezüglich der Umweltschäden durch das NATO-Bombardement aus formellen Gründen ab, betonte jedoch ausdrücklich seine sachliche Zuständigkeit (*ratione materiae*) in Fällen der Umweltzerstörung in bewaffneten Konflikten. Deshalb ist der IGH für Umweltkriegsfälle, in denen es um die Verantwortung eines Staates oder einer internationalen Organisation geht, die geeignete Stelle zur Vorbringung eines Streitfalls.

Bereits vier Jahre zuvor hat sich ein Fall, der nicht zur Entscheidung gekommen ist, mit der Frage des Umwelt- und Meeresschutzes beschäftigt. Im Fall Neuseeland vs. Frankreich in Bezug auf die französischen Nukleartests im Pazifischen Ozean gestand der IGH Neuseeland und Australien einstweilige Maßnahmen zu und untersagte Frankreich die Durchführung der Tests.<sup>76</sup> Da Frankreich freiwillig auf künftige

Tests verzichtete, wurde der Fall nicht weiter verhandelt. Seitdem ist unter Völkerrechtlern umstritten, ob das Zugestehen von vorläufigen Maßnahmen bereits als Vorwegnahme der Hauptsache zu sehen ist, die das Recht des Klägers auf den Schutz der Natur feststellt, oder ob, was zutreffender wäre, es sich um eine Standardmaßnahme handelt, um unumkehrbare Schäden vor der Hauptsachenverhandlung zu unterbinden.<sup>77</sup>

Auf Anfrage der UN-GV fertigte der IGH 1996 sein bereits eingangs erwähntes Nuklearwaffen-Gutachten an.<sup>78</sup> Wesentlich für das Zusammenspiel von Umweltschutz und HVR war die Aussage des Gerichts, bezüglich der allgemeinen Verpflichtung der Staaten zu gewährleisten, dass Tätigkeiten in ihrem Zuständigkeitsbereich oder unter ihrer Kontrolle die Umwelt in anderen Staaten oder in Gebieten außerhalb der nationalen Kontrolle nicht beeinträchtigen. Damit erkannte der IGH das sogenannte Trail-Smelter-Prinzip<sup>79</sup> als Völkergewohnheitsrecht an. Weiterhin wies der IGH die Staaten an, bei der Bewertung der militärischen Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit die ökologischen Gesichtspunkte zu berücksichtigen.<sup>80</sup>

In einer weiteren Entscheidung<sup>81</sup>, die sich auch auf relevante natürliche Meeresressourcen übertragen lässt, stellt der IGH fest, dass Akte von Plünderung, Raub und Ausbeutung durch Besatzungsmächte illegal sind, dass es eine staatliche Wachsamkeitspflicht zur Verhinderung solcher Handlungen gibt und dass durch Schäden an den natürlichen Ressourcen im Rahmen eines bewaffneten Konflikts die Pflicht zu Reparationszahlungen entsteht.

##### 4.4.2. Weitere Entscheidungen internationaler Institutionen

Weiteres Case Law, welches aufschlussreich ist für die Beurteilung des aktuellen Status des bestehenden völkerrechtlichen Rahmens und die Identifizierung von Lücken im Schutz der Umwelt während bewaffneter Konflikte, ist die Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) und die Arbeit der United Nations Compensation Commission (UNCC) in Bezug auf

<sup>74</sup> UN-Generalversammlung Resolution 2749 (XXV).

<sup>75</sup> UNEP, a.a.O. (Fn. 23), S. 24.

<sup>76</sup> Request for an Examination of the Situation in Accordance with paragraph 63 of the ICJ judgement of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case, ICJ 288, 22. September 1995.

<sup>77</sup> M. Schmitt, a.a.O. (Fn. 24), S. 45.

<sup>78</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ, 1996 (Nuklearwaffen-Gutachten).

<sup>79</sup> Im Jahre 1927 verschmutzte ein Zink- und Eisen-Schmelzofen („smelter“) im kanadischen Örtchen Trail durch seine Luft-Immissionen Farmland in den USA. Ein eingesetztes Schiedsgericht entschied 1941, dass „no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence.“ Dieser Fall stellt einen Meilenstein im Umweltrecht dar, da er den Grundstein legte, um das Verursacherprinzip auch auf Fragen der transnationalen Umweltverschmutzung anzuwenden.

<sup>80</sup> Nuklearwaffen-Gutachten, a.a.O. (Fn. 78), Abs. 30.

<sup>81</sup> ICJ Decision on Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda), 2005.

die Umweltzerstörung während des Zweiten Golfkriegs. Neben der Klage vor dem IGH brachte die Bundesrepublik Jugoslawien den Fall der Umweltzerstörung während des Kosovo-Konflikts auch vor den ICTY. Obwohl auch die NATO-Staaten hier nicht verurteilt wurden, schaffte das Tribunal einen wichtigen Präzedenzfall. Zudem ist auch hier bereits die Tatsache, dass der ICTY sich wie der IGH als zuständiges Gericht für umwelt- und humanitärrechtliche Fragestellungen versteht, als ein wichtiger Meilenstein und Signal an die Staatengemeinschaft zu verstehen. Zunächst stellte der ICTY fest, dass Artikel 55 ZPI aktuelles Gewohnheitsrecht darstellen könnte und demzufolge auch auf Nicht-Vertragsparteien Anwendung findet.<sup>82</sup> Darüber hinaus stellte er auch fest, dass die Artikel 35 III und 55 ZPI über eine sehr hohe Anwendungsschwelle verfügen und zudem sehr strenge und im Umfang und Inhalt ungenaue Anwendungsvoraussetzungen haben. Daher erscheint es äußerst schwierig, einen Fall, bei dem der Tatbestand einfach liegt (*prima facie* case) aus diesen Bestimmungen zu entwickeln, selbst wenn sie anwendbar wären.<sup>83</sup> Die zweite wesentliche Aussage des ICTY ist, dass selbst für Staaten, die ein legitimes militärisches Ziel angreifen, die Notwendigkeit besteht, übermäßige langfristige Schäden an der wirtschaftlichen Infrastruktur und der natürlichen Umwelt mit der Folge negativer Auswirkungen auf die Zivilbevölkerung zu vermeiden. Zudem sollen legitime Ziele überhaupt nicht attackiert werden, wenn die Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Angriff Umweltschäden verursachen wird, die in keinem Verhältnis zu den unmittelbaren militärischen Vorteilen stehen.<sup>84</sup> Dabei gilt der Grundsatz: Je wichtiger das militärische Ziel, desto mehr Schäden an der Umwelt können gerechtfertigt sein.<sup>85</sup> Dabei ist für den Meeresschutz relevant, dass die petrochemische Industrie eines Staates ein klares und wichtiges militärisches Ziel darstellt.<sup>86</sup> Für zukünftige Rechtsstreitigkeiten könnte auch noch die detaillierte Liste des ICTY zur Bewertung von vorsätzlichen übermäßigen Umweltschäden und der daraus resultierenden Ansprüche nützlich sein.<sup>87</sup>

Einen weiteren Präzedenzfall schuf der ICTY im Tadić Case, in welchem er entschied, dass das humanitäre Völkerrecht über die Mittel und Methoden der Kriegsführung, im Fall bezogen auf die Anwendung von Chemiewaffen, auch ein Teil des Völkergewohnheitsrechts ist und somit auch auf die NIBK angewendet werden muss.<sup>88</sup>

Darüber hinaus bietet die Arbeit der UNCC eine wichtige Basis für zukünftige gerichtliche, quasi-gerichtliche und administrative Institutionen, die mit ähnlichen Aufgaben betraut werden. Auch wenn die UNCC ein fact-finding Organ statt einer gerichtlichen Instanz war,<sup>89</sup> bilden ihre spezifischen Methoden und Standards, die die UNCC in der Analyse, Beurteilung, Bewertung und Entscheidung über Ausgleichszahlungen für während eines bewaffneten Konflikts entstandene Umweltschäden entwickelt hat, gute und ausbaufähige Grundlagen für zukünftige Fälle. Insbesondere die allgemeine Regel des UNCC F4-Panel („Was zerstört worden ist, muss wieder hergestellt werden oder, falls dies nicht möglich ist, muss ein Äquivalent bereitgestellt werden“) stellt eine gute Grundregel zur Berechnung von Schadensersatz dar.<sup>90</sup> Die UNCC-Entscheidungen können zudem auch in anderen Fällen für die Auslegung und Anwendung des

Umweltvölkerrechts während bewaffneter Konflikte herangezogen werden.

## 5. Weitere in bewaffneten Konflikten anwendbare völkerrechtliche Regelungen zum Schutz der Meeresumwelt

Neben den meeresumweltschützenden Bestimmungen des HVR gibt es ebenfalls in anderen völkerrechtlichen Systemen Bestimmungen, die die Meeresumwelt schützen und auch in bewaffneten Konflikten Anwendung finden können. Um einen Überblick über die wesentlichen Meeresschutzmechanismen in bewaffneten Konflikten zu bekommen, wird kurz auf das internationale Strafrecht, das Umweltvölkerrecht und die völkerrechtlich verankerten Menschenrechte eingegangen.

### 5.1. Internationales Strafrecht

Das internationale Strafrecht hat von der Zielsetzung einen anderen Auftrag als das traditionelle Völkerrecht. Sollen die traditionellen Regelungen Staaten für ein Fehlverhalten zur Verantwortung ziehen, konzentriert sich das Strafrecht hier auf die Abschreckung und Sanktionierung der handelnden Individuen. Relevant für den Meeresschutz sind die bereits erwähnten schweren Verstöße<sup>91</sup> gegen das HVR in IBK, die, wie durch den ICTY im Tadić-Fall festgestellt, auch eine individuelle Strafbarkeit nach sich ziehen und durch die internationalen Strafgerichtshöfe abgeurteilt werden können. Auch im Katalog der Kriegsverbrechen des Internationalen Strafgerichtshofs finden sich die schweren Verstöße gegen das HVR<sup>92</sup>, die Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Völkermord. Hier könnte eine massive Zerstörung der Meeresumwelt für von ihr abhängige Völker zur Vertreibung oder zwangsweisen Überführung der Bevölkerung<sup>93</sup> oder zur vorsätzlichen Auferlegung von Lebensbedingungen führen, die geeignet sind, ihre körperliche Vernichtung ganz oder teilweise herbeizuführen.<sup>94</sup> Im Fall des Haftbefehls gegen den sudanesischen Präsidenten Omar Al-Bashir nahm Richter Ušacka in einer abweichenden Meinung einen Fall von

<sup>82</sup> Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, 13 June 2000, Abs. 15.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> *Id.*, Abs. 18.

<sup>85</sup> *Id.*, Abs. 19.

<sup>86</sup> *Id.*, Abs. 22.

<sup>87</sup> *Id.*, Abs. 24.

<sup>88</sup> ICTY, Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-04-I-A (Appeals Chamber), 15 July 1999, para. 119, 126.

<sup>89</sup> Statement des UN-Generalsekretärs in seinem Bericht an den UN-Sicherheitsrat v. 2. Mai 1991, S22559 Abs. 20.

<sup>90</sup> C. Payne, UN Commission Awards Compensation for Environmental and Public Health Damage from 1990-91 Gulf War, in: American Society of International Law Insights (2005), Abs. 80.

<sup>91</sup> Handlungen, die einen strafbaren Meeresschaden im IBK hervorrufen können, finden sich in Art. 147 GK IV, Art. 85 III b und c ZPI.

<sup>92</sup> Art. 8 II a Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs.

<sup>93</sup> Art. 7 I d Römisches Statut.

<sup>94</sup> Art. 6 c Römisches Statut.



Völkermord des Artikel 6 c Römisches Statut für die systematische Zerstörung der Umwelt in der Darfur-Region an. Dieser Einschätzung schlossen sich die anderen Mitglieder der Vorverfahrenskammer nicht an; deshalb ist von einer hohen Hürde für das Vorliegen dieses Kriegsverbrechens auszugehen.<sup>95</sup> Im Falle des Artikel 7 I d Römisches Statut nahmen alle Richter ein Vorliegen aufgrund der Umweltzerstörung an.<sup>96</sup>

Eine weitere Form, um Staaten und Individuen direkt für ihr Verhalten im Bereich der Meereszerstörung zu sanktionieren, sind Maßnahmen und Sanktionen des UN-SR nach Kapitel 7 UN-Charter.

## 5.2. Umweltvölkerrecht (UVR)

Das UVR bietet eine Vielzahl von Schädigungsfällen an der Meeresumwelt, die in Friedenszeiten Verantwortlichkeiten und Haftungen für Staaten erzeugen. Die Frage der möglichen Anwendung des UVR in bewaffneten Konflikten kann nicht final, sondern nur durch die individuelle Betrachtung der relevanten Regelungen beantwortet werden. In den meisten vertraglichen Bestimmungen des UVR sind, entweder direkt oder indirekt, ausdrücklich oder schlussfolgernd, ihre Wirkungen in bewaffneten Konflikten festgelegt. Weniger als ein Fünftel der umweltvölkerrechtlichen Verträge sieht eine ausdrückliche Suspendierung, Beendigung oder Unanwendbarkeit im Falle eines bewaffneten Konfliktes vor.<sup>97</sup> Untersucht man die großen multilateralen völkerrechtlichen Verträge, die das Meer schützen, auf ihre Anwendbarkeit im Falle eines bewaffneten Konfliktes, so findet man drei Kategorien von Verträgen: die erste Kategorie sind Verträge, die Regelungen enthalten, die den Vertrag im Falle eines bewaffneten Konfliktes automatisch aussetzen oder für die Vertragsparteien die Option beinhalten, die Verträge auszusetzen.<sup>98</sup> Die zweite Kategorie sind Verträge, die auch während bewaffneter Konflikte unverändert weiter fortwirken; dabei können aber bereits Kriegsschiffe grundsätzlich vom Schutzbereich ausgeschlossen sein.<sup>99</sup> Zur dritten Gruppe kann man die Verträge zählen, die ihre Wirkung im Konfliktfall verändern.

Umstritten ist die Frage, inwiefern das Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen (SRÜ) von 1982 im bewaffneten Konflikt anwendbar ist. Zwar legt Artikel 236 SRÜ, welcher Kriegsschiffe von der Anwendung ausschließt, und die Präambel keine Anwendung im Konfliktfalle nahe,<sup>100</sup> jedoch verhindert die Anwendungsbefreiung von Kriegsschiffen nicht die komplette Anwendung des SRÜ. Es ist davon auszugehen, dass das SRÜ auch im Falle eines bewaffneten Konfliktes weiter Anwendung findet für Schiffe und Flugzeuge, die an den Feindseligkeiten teilnehmen und nicht unter die Befreiung fallen sowie für Verschmutzungen, die aus anderen Quellen als von Schiffen stammen. Zu nennen wären hier beispielsweise Förderplattformen oder Einrichtungen und Anlagen, die an der Küste installiert sind.<sup>101</sup> Auch die Einwirkung von militärischen Sonargeräten, die nicht auf Kriegsschiffen installiert sind, können ohne Weiteres als Verschmutzung eingestuft werden. Der Verschmutzungsbegriff des Seerechtsübereinkommens umfasst nach Artikel 1 I 4 SRÜ auch die unmittelbare oder mittelbare Zuführung von Energie durch den Menschen. Soweit sich

schädliche Auswirkungen auf die Tierwelt ergeben, folgt aus Teil XII des SRÜ ebenfalls die Verpflichtung, Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Somit kann das SRÜ zur zweiten Kategorie gezählt werden.

Ein Beispiel für einen Vertrag der dritten Kategorie ist die RAMSAR-Konvention, die vorsieht, dass aus einem wichtigen nationalen Interesse, zu dem ein bewaffneter Konflikt zweifellos gezählt werden kann, die bereits gelisteten Feuchtgebiete gelöscht oder beschränkt werden können.<sup>102</sup>

Zum Schutz der Meere wurden zudem viele regionale Meeresabkommen geschlossen.<sup>103</sup> Einige schließen auch hier Kriegsschiffe aus, jedoch finden grundsätzlich alle Anwendung während bewaffneter Konflikte.

## 5.3. Menschenrechte

Die Menschenrechte können ebenfalls Vorgaben für staatliches Verhalten mit Auswirkungen auf die Meeresumwelt und die natürlichen Meeresressourcen während eines bewaffneten Konfliktes enthalten. Die Anwendung von Menschenrechten in bewaffneten Konflikten ist nicht unumstritten.<sup>104</sup> Eine grundsätzliche Diskussion würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen. Jedoch gibt es zahlreiche regionale und internationale Menschenrechtsverträge, die die Umwelt direkt oder indirekt schützen.<sup>105</sup> Diese können durch eine Stärkung der Durchsetzbarkeit der rechtlichen Regelungen zumindest bei erheblichen Schäden an der Meeresumwelt für die betroffenen Personen oder Gemeinschaften, neben den Verfah-

<sup>95</sup> Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Ušaka, 4. März 2009, Abs. 96.

<sup>96</sup> Majority Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Abs. 104-108.

<sup>97</sup> UNEP, a.a.O. (Fn. 23), S. 35.

<sup>98</sup> Beispiele für das automatische Aussetzen sind Art. 8 a Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment von 1993; Art. 3 und 9 Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damages von 1969 und Art. 4 II International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution. Ein Beispiel für ein optionales Aussetzen durch eine Konfliktpartei ist Art. 19 International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil von 1954. Auch Art. 5 II Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter von 1972 kann eine Verklappung im bewaffneten Konflikt möglich machen.

<sup>99</sup> Weiterhin anwendbar, aber Anwendung auf Kriegsschiffe bereits durch Art. 3 III ausgeschlossen, ist die MARPOL-Konvention von 1973, ergänzt durch das Protokoll von 1978.

<sup>100</sup> So auch L. Low/D. Hodgkinson, Compensation for Wartime Environmental Damage: Challenges to International Law After the Gulf War, in: Virginia Journal of International Law 35 (1995), S. 455.

<sup>101</sup> So auch M. Schmitt, a.a.O. (Fn. 24), und UNEP, a.a.O. (Fn. 23).

<sup>102</sup> Art. 3 Convention on Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat von 1971.

<sup>103</sup> So beispielsweise die Barcelona-Konvention für das Mittelmeer, die Catagena-Konvention für die Karibik, die Kuwait-Konvention für das Rote Meer und den Golf von Aden, die Helsinki-Konvention für die Ostsee, die Oslo-Konvention für die Nordsee oder die Bukarest-Konvention für das Schwarze Meer.

<sup>104</sup> UNEP, a.a.O. (Fn. 23), S. 48.

<sup>105</sup> Zu nennen sind hier der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte; der Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte; die Europäische, Afrikanische und Inter-Amerikanische Menschenrechtskonvention sowie andere Konventionen, Resolutionen oder Deklarationen von verschiedenen Organen der Vereinten Nationen.

ren bezüglich Kriegsverbrechen und schweren Verletzungen des HVR, eine Verbesserung des Schutzes erreichen.<sup>106</sup>

## 6. Fazit

Das Völkerrecht beinhaltet eine Vielzahl von Regelungen, die direkt oder indirekt das Meer während eines bewaffneten Konflikts schützen. Doch die Anwendung ist meist schwierig und nicht uneingeschränkt möglich. Nach der verheerenden Öl-Katastrophe im Persischen Golf Anfang der 1990er Jahre wurde viel getan, um Verschmutzungen und Zerstörungen diesen Ausmaßes zu verhindern. Dies ist auch gelungen; die Voraussetzungen der robusten und global anerkannten Regelungen sind jedoch so hoch, dass sie lediglich für Katastrophen und nicht für die Vielzahl von kleineren Zerstörungen von Meeresökosystemen herangezogen werden können. Speziell die kumulativen Voraussetzungen der Artikel 35 und 55 ZP I sind nahezu unmöglich zu erreichen. Ein faires Abwägen zwischen dem militärisch Notwendigen und dem Schutz des Meeres ist nicht möglich. Insbesondere die allgemeinen Prinzipien des HVR rechtfertigen nahezu jede Meereszerstörung bei einem vorliegenden militärischen Vorteil. Auch die Nicht-Anwendung vieler Regelungen auf NIBK ist problematisch.

Für die Zukunft positiv ist die Resonanz der internationalen Tribunale und Gerichte, die sich zur Anrufung anbieten. Die bisher sehr überschaubare Entscheidungslage könnte durch inhaltlich entschiedene Urteile ergänzt werden und so zur Klarstellung der Rechtslage beitragen. Ebenfalls weitere Beachtung muss die Tatsache finden, dass durch die Anwendung des HVR nicht automatisch alle anderen völkerrechtlichen Regelungen aus anderen Rechtsgebieten obsolet werden. Hier müssen Verstöße gegen das UVR nach einem Konflikt konsequenter von den Staaten vor Gericht gebracht werden.

Jedoch befinden wir uns immer noch am Startpunkt eines Prozesses, um die umweltrechtlichen Grenzen der Kriegsführung zu bestimmen. Dabei muss klar sein, dass, wenn der Völkergemeinschaft an einem wirklichen Schutz des Meeres gelegen ist, die individuellen Staaten sich dafür aktiver einsetzen müssen. Es müssen weitergehende und verbindlichere Regeln geschaffen werden, an die sich die Staaten dann auch in Kriegszeiten halten. ■

<sup>106</sup> UNEP, a.a.O. (Fn. 23), S. 50.

# Regulatory Approaches to Unmanned Naval Systems in International Law of Peace and War

Robert Frau\*

This article evaluates unmanned military systems deployed in naval warfare. Even more than unmanned aerial systems, unmanned naval systems (UNS) pose a challenge to the law applicable in armed conflict. Thus, the status of such systems as well as the legal consequences that arise out of that classification will be analysed. However, as of today no agreed classification exists. Therefore it is argued that states should classify UNSs as warships. Thus, they would be entitled to sovereign immunity and passage rights under international law of the sea. Additionally, under international humanitarian law they would be entitled to exercise belligerent rights, most importantly to engage in attack. As a downside, they may be lawfully targeted anytime during an armed conflict.

Der Beitrag widmet sich unbemannten Militärsystemen zur See. Mehr noch als unbemannte Luftfahrzeuge stellen unbemannte Militärsysteme zur See eine Herausforderung an das humanitäre Völkerrecht dar. Daher wird untersucht, welchen Status solche Systeme im Seerecht und im Recht des Seekrieges haben und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben. Dabei zeigt sich, dass bislang keine gemeinhin anerkannte Qualifizierung möglich ist. Daher wird vorgeschlagen, solche unbemannten Systeme analog zu Kriegsschiffen und militärischen Luftfahrzeugen zu behandeln. Ihnen käme dann souveräne Immunität zu. Daneben würden solche Systeme Durchfahrtsrechte durch verschiedene Seegebiete genießen. Im bewaffneten Konflikt könnten solche Systeme sowohl aktiv an den Feindseligkeiten teilnehmen als auch angegriffen werden.

## 1. Introduction

New technology enters the battlefield on a day-by-day basis. Next to computer-technology, unmanned military systems are of utmost importance. Among those systems, drones in air warfare have received the most attention from policy makers, military commanders and academics. However, the air is not the only domain where unmanned systems are

being used; land and sea are also places of action. This article focuses on unmanned naval military systems and the law of

\* Dr. Robert Frau is Senior Research Associate at the Chair for Public Law, especially International Public Law, European Law and Foreign Constitutional Law, European-University Viadrina, Frankfurt (Oder), frau@europa-uni.de. The author is very grateful to Dr. Doreen Scholz, Berlin, and Mr. Philipp Kögler, University of Mainz, for their valuable comments on an earlier draft.

armed conflict while addressing the law of peace where it is applicable. Because the debate regarding drones is well advanced, this assessment will profit from the recourse to this discussion. Several legal issues arise out of the use of unmanned military systems. Assessing unmanned naval systems, the first and most important aspect is to classify these devices under the law of the sea. Depending on the classification, different legal consequences arise. Hence, these consequences will be the second focus of this study.

## 2. The Notion of Unmanned Naval Systems

### 2.1. A Few Words on Terminology

In aerial warfare, unmanned vehicles are known as ‘unmanned aerial vehicles’ (UAVs) or, if they are weaponized, ‘unmanned combat aerial vehicles’ (UCAVs). Some put emphasis on the fact that such vehicles may be unmanned, but that they remain aerial vehicles, or simply ‘planes’, like fighter jets. Advocates of this view thus call them ‘remotely-piloted aircrafts’ (RPAs). Unmanned systems used in naval warfare are mostly described as ‘unmanned underwater vehicles’ (UUVs), ‘autonomous underwater vehicles’ (AUVs)<sup>1</sup> or ‘autonomous marine vehicles’ (AMVs).<sup>2</sup> However, this article will use the term ‘unmanned naval systems’ (UNSS) instead.<sup>3</sup> This is due to two reasons. First, unmanned systems may be not only used underwater, but on the surface and even on the bottom of the sea. Second, the term ‘system’ is superior to ‘vehicle’. The term ‘vehicle’ basically means an object through which something is administered, delivered or transported,<sup>4</sup> while the term ‘system’ is somewhat wider. It originates from the Greek ‘systema’ which means a compound of several parts. Today it means a “regularly interacting or interdependent group of items forming a unified whole”<sup>5</sup>. Thus, it does not only cover the device itself but its components as well, for example communication lines with its base or the base from which it is controlled. The term ‘system’ therefore covers the wide range of different uses of UNSSs, as will be explained in the next section.

### 2.2. Differences between Unmanned Naval Systems in Naval Warfare

#### 2.2.1. General Remarks on the Use of Unmanned Naval Systems

Unmanned naval systems are surface or subsurface watercraft that are either autonomous, remotely navigated or pre-programmed and may be launched from surface, subsurface, land or aviation platforms.<sup>6</sup> In addition to the different parts of the sea in which they are used, UNSSs may also be divided into combat systems and other systems, much like the common distinction between UCAVs and UAVs in aerial warfare. However, while this is suitable in aerial warfare, where the use of drones is roughly limited to combat and surveillance, this approach neglects the special means and methods of naval warfare and it neglects that current UNSSs are unarmed.<sup>7</sup> In naval warfare, more uses for UNSSs are imaginable than in aerial warfare.

#### 2.2.2. Possible Uses of Unmanned Naval Systems in Naval Warfare

UNSSs are ideally suited for a wide range of assignments: They are designed for ‘triple-d-tasks’, or dull, dirty and dangerous tasks<sup>9</sup> on a sliding scale of different degrees of autonomy.<sup>10</sup> One illustrative example for the use of an autonomous UNSS is found in antisubmarine warfare. There is no risk of a human losing his/her concentration while looking at water for hours. A second possible use is mine-clearance on the surface or underwater. Here, the humanitarian and military advantages are obvious: neither friend nor foe nor any civilian is endangered; and military equipment is spared. Even if a mine-clearing-device fails its task and explodes while disengaging a mine, the costs for the UNSS remain less than for a manned ship. Thus the use of a UNSS contributes to the military capacities of a belligerent. Third, UNSSs may be used for the overall security of navigation. Devices can survey the surface environment,<sup>11</sup> search ship hulls, piers, pilings and other underwater structures,<sup>12</sup> or detect and localise threat objects on the seafloor of harbours and open sea areas.<sup>13</sup> Fourth, UNSSs may be used to support any other operation in naval warfare. For example, the SEAFOX is able to support multiple missions such as riverine operations, maritime interdiction operations (MIOs) or port security.<sup>14</sup> Last but not least it is possible to imagine an unmanned combat naval system although no such system is being used today.<sup>15</sup> This proves that the distinction used in aerial warfare between combat and non-combat devices is not helpful in naval warfare.

<sup>1</sup> S. Showalter, The Legal Status of Autonomous Underwater Vehicles, in: The Maritime Technology Society Journal 38 (2004), pp. 80-83.

<sup>2</sup> Society for Underwater Technology, Issues Concerning the Rules for the Operation of Autonomous Marine Vehicles (AMVs), Consultation Paper.

<sup>3</sup> Likewise J. Kraska, The Law of Unmanned Naval Systems in War and Peace, in: Journal of Ocean Technology 5 (2010), pp. 44-68.

<sup>4</sup> Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary, <http://www.merriam-webster.com/dictionary> (31 March 2012), entry ‘vehicle’.

<sup>5</sup> *Id.*, entry ‘system’.

<sup>6</sup> Cf. US Department of the Navy, The Commander’s Handbook on the Law of Naval Operations, Navy Warfare Library Publications (NWP) 1-14M, 2007, subsequently referred to as US Commander’s Handbook, paras. 2.3.4, 2.3.5.

<sup>7</sup> J. Kraska, *supra* note 3, at p. 50.

<sup>8</sup> Cf. US Department of Defense, Unmanned Systems Integrated Roadmap 2009-2034, pp. 135-148, subsequently referred to as US Roadmap, for the different models in use by the US Navy; US Commander’s Handbook, *supra* note 6, paras. 2.3.4, 2.3.5.

<sup>9</sup> P. Singer, *Wired for War*, New York 2009, p. 63.

<sup>10</sup> Society for Underwater Technology, *supra* note 2, pp. 11 *et seq.* Cf. also H.-M. Huang/K. Pavek/J. Albus/E. Messina, Autonomy Levels for Unmanned Systems (ALFUS) Framework: An Update, 2005 SPIE Defense and Security Symposium, Orlando, Florida, for a ten-degree-scale of autonomy.

<sup>11</sup> US Roadmap, *supra* note 8, p. 147.

<sup>12</sup> *Id.*, p. 145.

<sup>13</sup> *Id.*, p. 143.

<sup>14</sup> *Id.*, p. 137.

<sup>15</sup> J. Kraska, *supra* note 3, p. 50.

### 3. Regulatory Approaches

While the use of UAVs has received attention by legal scholarship, UNSs are less in the focus of jurisprudential debate. Therefore, the present article will examine UNSs from a legal perspective.

The legal framework of the use of UNSs in armed conflict consists, naturally, of the law applicable in times of armed conflict. The major treaties dealing, either explicitly or implicitly, with naval warfare are several of the Hague Conventions of 1907,<sup>16</sup> the London Submarine Protocol of 1936<sup>17</sup> and three out of four Geneva Conventions of 1949.<sup>18</sup> Applicable is also the First Additional Protocol to the Geneva Conventions<sup>19</sup> (AP I) and customary law.<sup>20</sup> In addition to the law of armed conflict, some rules of international law applicable in peacetime also apply in times of armed conflict, most importantly the United Nations Convention on the Law of the Seas (UNCLOS).<sup>21</sup>

#### 3.1. Unmanned Naval Systems as ‘Torpedoes’?

The majority of UNSs do not resemble traditional ships at all. Most obvious, they have no crew. In addition, they resemble many different objects, ranging from ships or submarines to wheeled vehicles and even fish.<sup>22</sup> However, many UNSs may be compared to a specific category of man-made objects under water: These UNSs<sup>23</sup> and most torpedoes are roughly pencil-shaped. They look so similar that they are difficult to keep apart. Both are self-propelled and have no crew. Thus, should UNSs not be treated equally to torpedoes?

This view is tempting only at first glance because the similarities between UNSs and torpedoes are difficult to counter. However, to take such a position would mean to stop short and to miss many of the real issues. The main difference between UNSs and torpedoes demands a different treatment of both devices. Torpedoes are made for a one-time use. They are launched to attack and to explode. In contrast, UNSs are made for multiple uses; they are designed to return. They are not designed to attack a military objective itself, but they may be used to prepare or support an attack. In other cases they may carry the weapon and launch it, but UNSs themselves are never used to directly cause damage to objects.<sup>24</sup>

#### 3.2. Unmanned Naval Systems as ‘Ships’

By not qualifying UNSs as ‘torpedoes’, UNSs are not automatically qualified as ‘ships’. This must be assessed in the next step. Surprisingly, international law does not provide a definition for ‘vessel’ or ‘ship’, it presupposes the definition. Many proposals have been made to define the term and, for the purpose of an easy and comprehensive definition, this article follows the definition proposed by the American Branch International Law Association Law of the Sea Committee. Thus, a ‘vessel’ is defined as “a human-made device, including submersible vessels, capable of traversing the sea.”<sup>25</sup> Hence, UNSs are ‘vessels’ in the aforementioned sense. According to customary international law, surface and subsurface ships are treated equally, both are bound by the same principles and rules.<sup>26</sup> Thus, the “rules governing manned

surface ships (and) submarines (...) apply *mutatis mutandis* to unmanned systems operating in the same domain.”<sup>27</sup> This holds true for times of peace and times of war. The next step is to classify UNSs as a special category of ships. Being used for military purposes, it is tempting to qualify UNSs as warships without further ado.

#### 3.3. Unmanned Naval Systems as ‘Warships’ under Article 29 UNCLOS

It is too easy to claim that the status of a vessel follows its function and to argue that once a vessel is used in a military fashion, it becomes a military vessel or a warship. Neither

<sup>16</sup> Convention relating to the Status of Enemy Merchant Ships at the Outbreak of Hostilities (Hague Convention VI); Convention relating to the Conversion of Merchant Ships into War-Ships (Hague Convention VII); Convention relative to the Laying of Automatic Submarine Contact Mines (Hague Convention VIII); Convention concerning Bombardment by Naval Forces in Time of War (Hague Convention IX); Convention for the Adaptation to Maritime Warfare of the Principles of the Geneva Convention (Hague Convention X); Convention relative to Certain Restrictions with Regard to the Exercise of the Right of Capture in Naval War (Hague Convention XI); Convention concerning the Rights and Duties of Neutral Powers in Naval War (Hague Convention XIII); 2nd Hague Peace Conference, 15 June to 18 October 1907, Acts and Doc., The Hague, 1907, Vol. I, pp. 644 *et seq.*; all of 18 October 1907.

<sup>17</sup> London Submarine Protocol (Procès-verbal relating to the Rules of Submarine Warfare set forth in Part IV of the Treaty of London of 22 April 1930, Rules as to the action of submarines in the time of war), 173 League of Nations Treaty Series (LNTS) 353, of 6 November 1936.

<sup>18</sup> Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea Field, 75 United Nations Treaty Series (UNTS) 85, subsequently referred to as II. Geneva Convention; Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War Field, 75 UNTS 135, subsequently referred to as III. Geneva Convention; Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 75 UNTS 287, subsequently referred to as IV. Geneva Convention; all of 12 August 1949.

<sup>19</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts of 8 June 1977, 1125 UNTS 3; subsequently referred to as AP I; cf. W. Heintschel von Heinegg, *The Law of Armed Conflict at Sea*, in: D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2nd ed., Oxford 2008, para. 1017.2.

<sup>20</sup> L. Doswald-Beck (ed.), *San Remo Manual on International Law applicable to Armed Conflicts at Sea*, Cambridge 1995, subsequently referred to as *San Remo Manual*.

<sup>21</sup> United Nations Convention on the Law of the Seas of 10 December 1982, 1833 UNTS 3, subsequently referred to as UNCLOS.

<sup>22</sup> References are given by A. Henderson, *Murky Waters: The Legal Status of Unmanned Undersea Vehicles*, in: *Naval Law Review* LIII (2006), pp. 56 *et seq.*

<sup>23</sup> US Roadmap, *supra* note 8, pp. 138-143, 146-148.

<sup>24</sup> Cf. Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge 2009, subsequently referred to as HPCR-Manual, rule 1 (ff.). This approach is also taken for the treatment of UAVs. These devices are also unmanned and are not themselves weapons, but weapons platforms. Cf. R. Frau, *Unbemannte Luftfahrzeuge im internationalen bewaffneten Konflikt*, in: *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict/Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* 24 (2011), pp. 62 *et seq.*

<sup>25</sup> G.K. Walker, *Defining Terms in the 1982 Law of the Sea Convention III: The International Hydrographic Organization ECDIS Glossary*, in: *California Western International Law Journal* 34 (2003/2004), p. 238; A. Henderson, *supra* note 22, p. 60.

<sup>26</sup> *San Remo Manual*, *supra* note 20, para. 45.

<sup>27</sup> J. Kraska, *supra* note 3, p. 51.

the customary international law of the sea nor the customary or treaty law applicable in armed conflict provide for such a pragmatic approach. This is important, by reason that law does not simply follow politics and power. Although both influence the law, international law establishes a legal framework in which international politics are conducted. Law does not react to the facts, it prescribes conduct.

Thus, Article 29 UNCLOS stipulates that a ‘warship’ is a ship “belonging to the armed forces of a State bearing the external marks distinguishing such ships of its nationality, under the command of an officer duly commissioned by the government of the State and whose name appears in the appropriate service list or its equivalent, and manned by a crew which is under regular armed forces discipline.” Beyond the purpose of Article 29 UNCLOS, which is to define warships within the legal regime of the law of the seas in peacetime, this definition was accepted by state practice also for times of armed conflict.<sup>28</sup>

However, this definition only covers vessels that are manned. UNSs have by definition no crew. As of today, there is no written extension on Article 29 UNCLOS, expanding the definition over unmanned vessels.

Customary law does also not provide any extension of the definition. Customary law consists of international custom (*consuetudo*) as evidence of a general practice accepted as law (*opinio iuris*).<sup>29</sup> The first requirement is not fulfilled. Because UNSs are a novelty, most military manuals do not deal with them.<sup>30</sup> Other manuals do not qualify UNSs as warships.<sup>31</sup> Here again UNSs differ from UAVs. The latter are by customary law included in the definition of military aircraft.<sup>32</sup> Thus, the definition of Article 29 UNCLOS does not lead to the status of UNSs as ‘warships’.

### 3.4. Status Depending on Platform

It has been submitted that UNSs, either as an integral part of a warship’s weapons systems or as otherwise controlled from a military platform, share the status of that platform.<sup>33</sup> However, this approach does not include UNSs that are not deployed from warships or military aircraft, but from land-based-platforms. This is important for UNSs such as the BULS<sup>34</sup> or HULS<sup>35</sup> systems, which may be deployed from land and which contribute to the security of harbors.<sup>36</sup> Of course, it would be possible to include land-based platforms in the definition as well, but then such devices would be excluded, that are not deployed from any platform at all. There are man-portable UNSs that may be carried to the shore and put into the sea.<sup>37</sup> Even those devices may again be included in the definition, but it shows, that this approach is not well suited. In other words, to tie the status of UNSs up to the status of the platform is not convincing.<sup>38</sup>

### 3.5. Analogy between Unmanned Aerial Vehicles and Unmanned Naval Systems

To avoid a too complex definition, it is submitted that the status of a UNS should depend on the UNS itself. Such an object-based approach is also taken by UNCLOS, and, following Article 29 UNCLOS, also by the customary law of aerial warfare which reformulates this definition to fit aerial

vehicles. The status of ‘warship’ is depending on the vessel itself and not on any decisive external criteria such as the home port of the vessel.

As mentioned above, the academic discussion about unmanned aerial vehicles is more advanced than the discussion about unmanned naval systems. Most importantly, the customary law of air warfare also includes unmanned aerial systems in the definition and provides that a ‘military aircraft’ is any aircraft operated by the armed forces of a state, bearing the military markings of that state, commanded by a member of the armed forces, and controlled, manned or preprogrammed by a crew subject to regular armed forces discipline.<sup>39</sup>

Therefore, an analogy to this definition is submitted. The law of aerial warfare has profited from steady recourse to the law of naval warfare. Both regimes share a common basis, which is different from the law of land warfare: the former are focused on object rather than on the persons fighting, as this is the focus of the latter.<sup>40</sup> This means that the law of naval and aerial warfare focuses, for the purpose of evaluating a specific act, not on the fighters, but on the objects which are used for warfare. If a ship or an airplane is not entitled to engage in attack (basically this depends on their military status), then this attack is to be considered unlawful. Thus, state practice should expand the customary law definition of warships to any vessel that belongs to the armed forces of a state, bears the external marks distinguishing such ships of its nationality, is under the command of an officer duly commissioned by the government of the state and whose name appears in the appropriate service list or its equivalent, and is

<sup>28</sup> W. Heintschel von Heinegg, The Law of Armed Conflict at Sea, *supra* note 19, para. 1002; W. Heintschel von Heinegg, The Law of Military Operations at Sea, in: T. Gill/D. Fleck (eds.), The Handbook of the International Law of Military Operations, Oxford 2010, para. 19.07.1.

<sup>29</sup> Statute of the International Court of Justice of 26 June 1945, UN Conference on International Organization, p. 335, subsequently referred to as ICJ-Statute.

<sup>30</sup> The German Federal Ministry of Defence, Humanitarian Law in Armed Conflicts – Manual, Bonn 1992, does not include UNSs while the German Commander’s Manual (W. Heintschel von Heinegg/H.-J. Unbehau, Kommandanten-Handbuch – Völker- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Einsatzes deutscher Kriegsschiffe, Bonn 2002, § 2 para. 83) is too vague to draw any conclusions.

<sup>31</sup> The US Commander’s Handbook, *supra* note 6, discusses UNSs under the heading “2.3 Other Naval Craft” and not under “2.2 Warships”.

<sup>32</sup> Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Commentary on the HPCR-Manual, *supra* note 24, Cambridge 2009, subsequently referred to as HPCR-Commentary, rule 1x) at para. 6.

<sup>33</sup> A. Henderson, *supra* note 22, pp. 65 *et seq.*; W. Heintschel von Heinegg, The Law of Armed Conflict at Sea, *supra* note 19, para. 1002.4.

<sup>34</sup> Bottom Unmanned Undersea Vehicle Localisation System, which is able to detect and localise threat objects on the seafloor of harbors, US Roadmap, *supra* note 8, p. 143.

<sup>35</sup> Hull Unmanned Undersea Vehicle Localisation System, which may be deployed from shore and is able to search ship hulls, piers, pilings and other underwater structures, US Roadmap, *supra* note 8, p. 145.

<sup>36</sup> This leaves A. Henderson, *supra* note 22, p. 72, at unease.

<sup>37</sup> US Roadmap, *supra* note 8, pp. 143-148.

<sup>38</sup> Also US Commander’s Handbook, *supra* note 6, para. 2.3.6; S. Showalter, *supra* note 1, p. 80.

<sup>39</sup> HPCR-Manual, *supra* note 24, rule 1 (x).

<sup>40</sup> W. Heintschel von Heinegg, Seekriegsrecht und Neutralität im Seekrieg, Berlin 1995, pp. 318 *et seq.*

manned, remotely controlled or preprogrammed by a crew which is under regular armed forces discipline.<sup>41</sup>

This approach ensures that the conditions for ‘military vessel’ and ‘military aircraft’ remain congruent. There is no reason why the status as ‘military vessel’ or ‘warship’ is to be only conferred to manned vessels or why the law of sea and air warfare should differ in that point. International law demands that the state is in control of a ship that exercises belligerent rights, whether or not the ship is manned is of no significance.<sup>42</sup> Such control can be achieved by manning the ship with a crew under regular armed forces discipline or by having the ship remotely controlled or preprogrammed by such a crew. This approach also ensures that UNSs, which may be deployed from land, are also covered by the definition.

To be clear: There is no evidence that the customary law definition of ‘warship’ includes UNSs. There is, quite simply, not enough state practice available for that conclusion, as required by Article 38 (1) lit. b) ICJ-Statute.<sup>43</sup> However, one can anticipate that states will opt for this approach for the reasons given *infra*.<sup>44</sup>

### 3.6. Alternative Approach: Unmanned Naval Systems as Support Ships

Customary law provides for another category of ships under which UNSs could be classified. ‘Government ships’ are ships owned or operated by a state and used in governmental non-commercial service.<sup>45</sup> If these ships perform support services for the naval forces without being warships they are ‘support ships’.<sup>46</sup> As such they enjoy immunity from the jurisdiction of any other state.<sup>47</sup> Because they meet the requirements of being a military objective, they are subject to attack.<sup>48</sup> However, because support ships are not warships they are not entitled to exercise belligerent rights. The exercise of belligerent rights by support ships is unlawful and entails the responsibility of a state. Only if the task fulfilled by a UNS cannot be considered a belligerent right, a state should use UNSs which are government ships but no warships. In any other case states are well advised to use unmanned warships under the submitted definition.

## 4. Legal Consequences

Classifying UNSs is not an end in itself, it entails legal consequences important for the rights and duties of belligerents as well as neutral states. Because UNSs are vessels, states using them should adhere to the rules and regulations applying to navigation, including the International Regulations for Preventing Collisions at Sea (COLREG) of the International Maritime Organization (IMO).<sup>49</sup> In addition, certain rights and duties arise out of international law applicable in times of peace and in times of armed conflict.

### 4.1. Unmanned Naval Systems and Neutral States

The area of sea warfare differs from the area of land or air warfare not only by the element the hostilities take place in. By its location, naval warfare easily interferes with the navigation of neutral states, because the area of naval warfare is

not restricted to the internal and territorial waters of the belligerents.<sup>50</sup> Belligerent rights may be exercised in any other sea area, provided that no neutral state enjoys territorial sovereignty.<sup>51</sup> Hence, only the internal and territorial (or, where applicable, archipelagic) waters of neutral states are off limits to the belligerents, while in the exclusive economic zone, in the contiguous zone and over the continental shelf of neutral states hostilities may be conducted as long as the belligerents pay due regard to the rights and duties of these states.<sup>52</sup> Belligerents are obliged to pay due regard to the rights and duties of other states in other naval zones as well. This means that even on the high seas belligerents are not able to act in total freedom, but must respect the rights of third states. The following analysis will pay due regard to the rights and duties of neutral states under each specific heading.

### 4.2. Entitlement to Engage in Attack

First and foremost, in times of armed conflict only warships are entitled to engage in attack and exercise other belligerent rights. The law of naval warfare is, like the law of aerial warfare, focused on objects rather than on persons.<sup>53</sup> This means that only an attack by a warship is legal, provided that no other rules of international humanitarian law were violated. If the ship which launched an attack was not a warship, then the act would be illegal even if no other regulation of international humanitarian law was violated. Because of this, states will seek to include UNSs in the definition of ‘warships’. If they were not entitled to exercise belligerent rights with UNSs, every military use in wartime would amount to a breach of international humanitarian law and would lead to the responsibility of the deploying state.

States must adhere to international humanitarian law while engaging in hostilities. In particular, states are obliged to take all feasible precautions.<sup>54</sup> By their nature, UNSs are perfectly suited to take precautions before an attack. Or, to be more precise, UNSs may be used to ensure that an object is a lawful military target even while the attack is ongoing. A UNS may be deployed in close proximity to the target to ob-

<sup>41</sup> In this direction also W. Heintschel von Heinegg, *The Law of Military Operations at Sea*, *supra* note 28, para. 19.07.6.

<sup>42</sup> J. Dalton, *Future Navies – Present Issues*, in: *Naval War College Review* 59 (2006), pp. 22 *et seq.*

<sup>43</sup> The Traditional Definition of ‘Warships’ under Art. 29 UNCLOS; S. Showalter, *supra* note 1, p. 80.

<sup>44</sup> *Cf. infra* 4 Legal Consequences. *Cf. also* A. Henderson, *supra* note 22, p. 72.

<sup>45</sup> W. Heintschel von Heinegg, *The Law of Armed Conflict at Sea*, *supra* note 19, para. 1003.

<sup>46</sup> *Id.*, para. 1006.

<sup>47</sup> *Id.*, para. 1003.1.

<sup>48</sup> *Id.*, para. 1006.

<sup>49</sup> S. Showalter, *supra* note 1, p. 80; J. Dalton, *supra* note 42, pp. 24 *et seq.*

<sup>50</sup> San Remo Manual, *supra* note 20, para. 10 (a).

<sup>51</sup> W. Heintschel von Heinegg, *The Law of Military Operations at Sea*, *supra* note 28, para. 19.03.

<sup>52</sup> San Remo Manual, *supra* note 20, paras. 34 *et seq.*

<sup>53</sup> W. Heintschel von Heinegg, *supra* note 40, p. 318. *Cf. also* HPCR-Manual, *supra* note 24, rule 17.

<sup>54</sup> J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, Geneva 2005, rules 15-21.

serve the situation, thus ensuring adherence to international humanitarian law while protecting own forces.

### 4.3. The Downside: Unmanned Naval Systems as Lawful Targets

#### 4.3.1. Unmanned Naval Systems as Warships

Being entitled to exercise belligerent rights has the downside of becoming a lawful target. The law of sea warfare, like the law of land and air warfare, defines a military objective as an object which by its nature, location, purpose or use makes an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralisation, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage.<sup>55</sup> Warships contribute by their nature, use and purpose effectively to the military action of the enemy and their destruction offers a definite military advantage at all times. Thus, they may be attacked, sunk or seized at any time without warning.<sup>56</sup>

#### 4.3.2. Unmanned Naval Systems Not Classified as Warships

If one does not share the view taken here and does not classify UNSs as warships, such UNSs may still be attacked at any time without prior warning if they engage in hostilities.<sup>57</sup> This is a consequence of the principle of distinction:<sup>58</sup> international humanitarian law obliges belligerents to be recognizable as such and it demands from any other object to refrain from engaging in hostilities. As a ‘reward’ for staying off, those ships enjoy protection from attack. However, as soon as one ship violates the dichotomy and blurs the distinction between ‘fighters’ and ‘non-fighters’, it loses its protection and becomes a lawful target. This downside comes without an upside, for this ship will not be entitled to engage in attack, which is strictly reserved for warships.

### 4.4. Means and Methods of Warfare at Sea

Some special means and methods are unique to naval warfare. As will be shown, the use of UNS may be of great value for these tactics while the legal problems may be avoided by granting them warship-status.

#### 4.4.1. Mine-Warfare

Mine-laying by belligerent parties in an international armed conflict is the exercise of belligerent rights. Customary law has set limits to the use of mines in naval warfare, for neutral navigation will most likely be affected by mine-warfare. For the purpose of the present study, only the right to engage in mine-warfare is relevant.<sup>59</sup> It must be kept in mind that mining of neutral waters is prohibited,<sup>60</sup> and while mining in international waters (defensive mining) is lawful, belligerents must pay due regard to the rights and duties of neutral states.<sup>61</sup> For the sole reason that mine-laying is the exercise of a belligerent right, this task may only be exercised with ships that are entitled to exercise belligerent rights. Put it bluntly, only warships may lay mines.

Mine-clearance may be regarded differently. This task cannot be regarded as the exercise of a belligerent right in all instances. Only the actual clearance of mines amounts to the exercise of a belligerent right in all instances. However, there are no UNSs that deactivate mines. Current UNSs are used to gather intelligence about mine fields by identifying and localising these fields. The United States Navy uses the remote mine-hunting system (RMS), which is used to identify mines in a specific naval environment.<sup>62</sup> This system uses “computer aided detection and precise navigation systems” to detect and classify mines and to record “their locations for avoidance or subsequent removal.”<sup>63</sup> Such tasks may be fulfilled by other government ships which not need to be warships if the task is fulfilled for the safety of navigation and not for the conduct of hostilities. However, if a UNS of a belligerent party is engaged in such actions for the purpose of conducting hostilities, it is a military objective and may be sunk. This shows that states are better advised to use unmanned warships for mine-warfare.

#### 4.4.2. Exclusion-Zones and No-Fly-Zones

In warfare states proclaim the existence of specific zones, labeled ‘free-fire-zones’, ‘exclusion-zones’ or simply ‘kill-zones’. Parties to a conflict establish such a zone within well-defined coordinates and declare any contact within these coordinates as an adversarial act.<sup>64</sup> Allegedly, in these zones the restrictions of international humanitarian law do not apply. UNSs could be deployed to enforce such zones, for instance to gather intelligence about vessels in that zone or to autonomously attack any vessel encountered. This *modus operandi* is to be rejected. It violates basic principles of international humanitarian law, especially the principle of distinction. The establishment of such zones cannot relieve the establishing party of its duties under international

<sup>55</sup> San Remo Manual, *supra* note 20, para. 40.

<sup>56</sup> W. Heintschel von Heinegg, *supra* note 19, para. 1021.

<sup>57</sup> *Id.*, para. 1025.

<sup>58</sup> ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Rep. 1996, para. 78; San Remo Manual, *supra* note 20, para. 39; J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck (eds.), *supra* note 54, rule 1.

<sup>59</sup> The details are set out in San Remo Manual, *supra* note 20, paras. 80-92. International Law lacks a definition of ‘mines’. For the purpose of discussion, a ‘mine’ is “an explosive device laid in the water, on the seabed or in the subsoil thereof, with the intention of damaging or sinking ships or deterring shipping from entering an area”; G.J.F. van Hegelsom, Introductory Report, in: W. Heintschel von Heinegg (ed.), *Methods and Means of Combat in Naval Warfare*, Bochum 1992, p. 27.

<sup>60</sup> San Remo Manual, *supra* note 20, para. 86.

<sup>61</sup> *Cf.* W. Heintschel von Heinegg, *supra* note 19, para. 1039.

<sup>62</sup> J. Kraska, *supra* note 3, p. 46; J. Dalton, *supra* note 42, p. 22.

<sup>63</sup> Global Security, RMS Remote Minehunting System, <http://www.globalsecurity.org> (31 March 2012).

<sup>64</sup> W. Heintschel von Heinegg, ‘War Zones’, in: R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford 2008, online edition, ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), para. 37.

humanitarian law, there is simply no base for that in law:<sup>65</sup> “The same body of law applies both inside and outside the zone.”<sup>66</sup> Most importantly, the establishing party remains under the obligation to refrain from attacking persons or objects not constituting legitimate military objectives and to ensure that the principle of distinction is to be respected.<sup>67</sup> The added value of such a zone is thus not yet determined.<sup>68</sup> The establishment of such a zone provides, however, a clear warning to everyone entering the zone. An entry may be regarded as an adversarial act and thus it may be easier for the establishing party to take all feasible precautions when attacking. Consequently, even in such a zone a UNS would have to adhere to international humanitarian law.

#### 4.4.3. Blockade

A similar reasoning applies to the enforcement of a blockade by UNSs. International law defines a ‘blockade’ as a “belligerent operation to prevent vessels and/or aircrafts of all nations, enemy and neutral, from entering or exiting specified ports, airports, or coastal areas belonging to, occupied by, or under the control of an enemy nation.”<sup>69</sup> UNSs are ideally suited to support the enforcement of a blockade. They may ‘patrol’ on the surface of the sea as well as subsurface and they may additionally survey the airspace. They may be deployed well ahead of the coordinates of the blockade and form an early-warning system. In such a way, blockades may be enforced by UNSs.<sup>70</sup>

#### 4.4.4. Intelligence Gathering

Intelligence gathering by UNSs is not restricted to blockades. UNSs are ideally suited to gather intelligence about the movement of ships in a certain area in order to identify enemy vessels. If in that course neutral vessels are surveyed as well, there is no infringement on neutral rights: these vessels may still exercise their rights, they are only being watched. A right to privacy protecting vessels is unknown to international law. However, if a UNS is incorporated into the intelligence gathering system of a belligerent party during an armed conflict, this vessel becomes a military objective because it is making an effective contribution to the belligerent’s military action.<sup>71</sup>

#### 4.5. Sovereign Immunity

Ships operated by a state for solely non-commercial governmental purposes, so called ‘governmental ships’, enjoy sovereign immunity.<sup>72</sup> This immunity is deduced from state’s sovereignty and it covers warships as well as support ships and any other governmental ship.<sup>73</sup> It also covers UNSs, as long as they meet the criteria for being a governmental ship.<sup>74</sup> Sovereign immunity means that no other state may exercise jurisdiction over these ships regardless of where these ships are. Capture, inspection and other measures against governmental ships are strictly forbidden. The importance of this right is self-evident.

If states agree to include unmanned naval systems in the definition of ‘warships’, an advantage would be that UNSs enjoy sovereign immunity. Only then do UNSs enjoy sovereign

immunity out of their own right rather than by virtue of the platform they are controlled from. Their sovereign immunity would not be derived and dependent on the respective platform.<sup>75</sup>

#### 4.6. Passage Rights

Connected to the sovereign immunity of government ships are several rights of passage. Most importantly, all ships have the right of innocent passage through the territorial waters of other states (Article 17 UNCLOS). In addition, they enjoy the rights of transit passage through international straits (Article 38 UNCLOS) and of archipelagic sea lanes passage through archipelagic sea lanes designated by the archipelagic state (Article 53 UNCLOS).

##### 4.6.1. Passage Rights in Armed Conflict

In principle, even if an armed conflict between two states breaks out, passage rights continue to exist. However, the coastal state may suspend the right of innocent passage through its territorial waters for government ships, especially warships, of belligerent parties.<sup>76</sup> The belligerents’ merchant ships’ rights of innocent passage may only be restricted under the requirements of Article 25 (3) UNCLOS.<sup>77</sup> Certainly, if the right of innocent passage through neutral waters was not suspended, belligerents still have to adhere to the requirements of Articles 17 *et seq.* UNCLOS. This means that the exercise of belligerents rights in territorial waters is strictly forbidden.<sup>78</sup> Subsurface vessels must pass through territorial waters on the surface.

<sup>65</sup> San Remo Manual, *supra* note 20, para. 105; Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2nd ed., Cambridge 2010, pp. 227-229; Y. Dinstein, *Legitimate Military Objectives Under The Current Jus in Bello*, in: *International Law Studies* 78 (2002), pp. 165 *et seq.*; W. Heintschel von Heinegg, *Current Legal Issues in Maritime Operations: Maritime Interception Operations in the Global War on Terrorism, Exclusion Zones, Hospital Ships and Maritime Neutrality, Preliminary Remarks*, in: *International Law Studies* 80 (2004), pp. 215, 217; W. Heintschel von Heinegg, *The Current State of The Law of Naval Warfare: A Fresh Look at the San Remo Manual*, in: *International Law Studies* 82 (2006), p. 286.

<sup>66</sup> San Remo Manual, *supra* note 20, para. 106 (a).

<sup>67</sup> W. Heintschel von Heinegg, *supra* note 64, para. 37.

<sup>68</sup> *Id.*, para. 39.

<sup>69</sup> *Id.*, para. 1.

<sup>70</sup> For a comprehensive view on lawful enforcement-actions *cf.* San Remo Manual, *supra* note 20, paras. 93-104.

<sup>71</sup> *Cf.* San Remo Manual, *supra* note 20, para. 60 (c).

<sup>72</sup> *Cf.* W. Heintschel von Heinegg, *supra* note 28, para. 19.10; J. Kraska, *supra* note 3, p. 56.

<sup>73</sup> W. Heintschel von Heinegg, *supra* note 28, para. 19.10.1.

<sup>74</sup> US Commander’s Handbook, *supra* note 6, para. 2.3.6. *Cf.* W. Heintschel von Heinegg, *supra* note 28, para. 19.10.2.

<sup>75</sup> J. Kraska, *supra* note 3, p. 55.

<sup>76</sup> San Remo Manual, *supra* note 20, para. 19.

<sup>77</sup> W. Heintschel von Heinegg, *supra* note 40, pp. 509 *et seq.*

<sup>78</sup> Art. 44 UNCLOS; W. Heintschel von Heinegg, *supra* note 28, para. 19.03.



In contrast, the rights of transit passage and of archipelagic sea lanes passage may not be restricted even in times of armed conflict.<sup>79</sup>

This is another reason why states should opt to classify UNSs as ‘warships’ or at least as ‘vessels’. If UNSs are not regarded as ‘vessels’, but as, for example, ‘weapons’, such UNSs would not enjoy any passage rights. While exercising passage rights, ships have to follow several regulations.

#### 4.6.2. Exercising Rights of Passage

While exercising the right of innocent passage, ships have to comply with the regulations set forth in Article 19 UNCLOS. For example, any threat or use of force against the sovereignty, territorial integrity or political independence of the coastal state, any exercise or practice with weapons of any kind, the launching, landing or taking on board of any military device and any other activity not having a direct bearing on innocent passage is prohibited. For the mere right of passage it is not important whether or not a ship classifies as a warship, a government ship or a merchant vessel. Claims by states that deny passage rights for warships are against international law and thus legally void.<sup>80</sup>

During transit passage, the belligerent vessel is required to “proceed without delay, to refrain from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of the neutral littoral or archipelagic State, or in any other manner inconsistent with the purposes of the Charter of the United Nations, and otherwise to refrain from any hostile actions or other activities not incident to their transit.”<sup>81</sup>

While these ships are “permitted to take defensive measures consistent with their security, including launching and recovery of aircraft, screen formation steaming, and acoustic and electronic surveillance” they may not “conduct offensive operations against enemy forces, nor use such neutral waters as a place of sanctuary nor as a base of operations.”<sup>82</sup> Underwater vehicles may operate in their normal mode, which is

submerged.<sup>83</sup> In addition, some of the functions that are prohibited while exercising the right of innocent passage (such as reconnaissance) are permitted during transit passage and archipelagic sea lanes passage.<sup>84</sup>

Again, these rules apply to UNSs under the condition that they are government ships. Whether or not they are warships does not have an impact on passage rights.

#### 5. Conclusion

This study has shown that UNSs are vessels. As of today, no further classification exists. However, it is argued that states should classify them as ‘warships’. It is therefore submitted that any unmanned naval system that belongs to the armed forces of a state, bears the external marks distinguishing such ships of its nationality, is under the command of an officer duly commissioned by the government of the state and whose name appears in the appropriate service list or its equivalent, and is remotely controlled or preprogrammed by a crew which is under regular armed forces discipline is a ‘warship’ under international law. Being a warship, a UNS enjoys sovereign immunity and several rights of passage. Under international humanitarian law it is entitled to exercise belligerent rights. As a downside, humanitarian law qualifies such a UNS as a lawful target. ■

<sup>79</sup> Art. 44 UNCLOS; W. Heintschel von Heinegg, *supra* note 28, para. 19.05; San Remo Manual, *supra* note 20, para. 29.

<sup>80</sup> Cf. Art. 44 UNCLOS; W. Heintschel von Heinegg, *supra* note 28, para. 19.05; San Remo Manual, *supra* note 20, para. 29.

<sup>81</sup> San Remo Manual, *supra* note 20, para. 30.

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> J. Dalton, *supra* note 42, p. 24.

<sup>84</sup> *Id.*, p. 23.

# Small Arms and Light Weapons: The Current Regime is Insufficient and Ineffective. What Do We Need?

Thyla Fonteijn\*

Small arms and light weapons have many devastating impacts on human security. Most states regulate small arms and light weapons in their domestic legislation, but this is done in a non-uniform manner, allowing the continued use and transfer of weapons. At the international level, various aspects with regard to small arms and light weapons are regulated. Therefore, treaty law with a focus on international humanitarian law will be considered first. This body of law regulates the use of these weapons to a certain extent, but not exhaustively. In a second step, customary international law with regard to such weapons is assessed, particularly focussing on the practice of international and regional initiatives. Recent and current initiatives such as the United Nations Programme of Action to Prevent, Combat and Eradicate the Illicit Trade in Small Arms and Light Weapons in All its Aspects, and the Arms Trade Treaty will be considered. Furthermore, there will be a critical discussion on the needs for future regulation, especially reflecting on the idea of a comprehensive small arms and light weapons treaty.

Kleinwaffen und leichte Waffen haben viele verheerende Auswirkungen auf die menschliche Sicherheit. Die meisten Staaten regeln Kleinwaffen und leichte Waffen in ihrem nationalen Recht, dies geschieht jedoch in einer nicht einheitlichen Art und Weise, sodass Nutzung und Transfer von Waffen weiterhin möglich sind. Auf internationaler Ebene werden verschiedene Aspekte in Bezug auf Kleinwaffen und leichte Waffen geregelt. Zunächst wird das Vertragsvölkerrecht mit Fokus auf dem humanitären Völkerrecht untersucht, welches die Verwendung dieser Waffen zu einem gewissen Grad regelt. In einem zweiten Schritt wird das Völkergewohnheitsrecht zu beurteilen sein, wobei insbesondere die Praxis von internationalen und regionalen Initiativen analysiert wird. Aktuelle Initiativen wie das Aktionsprogramm der Vereinten Nationen zur Verhütung, Bekämpfung und Beseitigung des unerlaubten Handels mit Kleinwaffen und leichten Waffen unter allen Aspekten und dem Abkommen über den Waffenhandel werden in Betracht gezogen. Darüber hinaus wird eine kritische Diskussion über den Bedarf künftiger Regulierungen angeboten, vor allem, um ein Nachdenken über die Idee eines umfassenden Vertrags über Kleinwaffen und leichte Waffen anzuregen.

## 1. Introduction

According to the United Nations (UN) Secretary General, small arms and light weapons cause around half a million deaths per year.<sup>1</sup> Researchers estimate a worldwide circulation of 875 million small arms and light weapons.<sup>2</sup> They are used indiscriminately, as tools of violence, crime, conflict, and repression. Their devastating impacts include insecurity, refugee flows, interference with humanitarian assistance,<sup>3</sup> development, and destabilisation of societies and governments. They are cheap, easy to acquire and their widespread availability and use undermines peace, security, and sustainable development. Furthermore, government spending on arms increases poverty,<sup>4</sup> because states spend their resources on weapons instead of spending them on important needs of the population, such as general development needs.

The definition of small arms and light weapons is highly disputed, which is the first barrier to reaching agreement on important aspects for effective regulation. As stated by a UN Group of Governmental Experts, small arms are “weapons designed for personal use” including “revolvers and self-loading pistols, rifles and carbines, sub-machine guns, assault rifles and light machine-guns”. Light weapons are “designed for use by several persons serving as a crew”, including heavy machine-guns, hand-held under-barrel and mounted grenade launchers, portable anti-aircraft and anti-tank guns, portable launchers of anti-tank and anti-aircraft missile and rocket systems. According to this definition, ammunition and explosives are components of small arms and light weapons, including “cartridges for small arms, shells and missiles for light weapons, anti-personnel and anti-tank

hand grenades, landmines, and explosives”.<sup>5</sup> The significance of developing a clearly stipulated definition is primarily for the purpose of establishing a specific treaty concerning these weapons. It is fundamental to avoid contrasting interpretations and the definition in such a treaty should be carefully construed to include similar new weapons that may be developed. The lack of consensus on the definition demonstrates the difficulty in reaching agreement on a method of global regulation.

International disarmament efforts have proven to be problematic because the negotiation conditions to reach an agreement are political and can only be achieved if states agree on a mechanism for disarmament. Many states are reluctant to disarm or codify their obligations for several reasons: First, small arms and light weapons are also used for legal purposes including law enforcement, military practices and self-defence and are therefore closely linked to national security objectives. Second, the financial stakes for arms-exporting

\* Thyla Fonteijn, LL.M. Public International Law, Leiden University. Current intern with the International Bar Association’s ICC Monitoring Programme and former intern in Chambers of the Special Court for Sierra Leone and International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia.

<sup>1</sup> UN Doc. S/2002/1053, 20 September 2002.

<sup>2</sup> UN Doc. S/2008/258, 17 April 2008.

<sup>3</sup> S. Jessen-Petersen *et al.*, Disarmament as Humanitarian Action: A Discussion on the Occasion of the 20th Anniversary of the United Nations Institute for Disarmament Research, UNIDIR/2001/23 (2001).

<sup>4</sup> O. Sanchez, Toward a Convention on International Arms Transfers, in: Seton Hall Journal of Diplomacy and International Relations 35 (2001).

<sup>5</sup> UN Doc. A/RES/52/298, 27 August 1997.

countries are extremely high. Last, states and companies also argue that if they do not sell the weapons, other states and companies will.<sup>6</sup>

Typically, the manufacture, trade and use of specific weapons, such as landmines, are regulated through specialised treaties. However, such treaty law does not exist for small arms and light weapons. For the sake of human security, the manufacture, trade and use of these weapons should be better regulated at the international level in order to get rid of a vastly unregulated area. Although the voluminous number of non-binding instruments<sup>7</sup> regulating small arms and light weapons that exist at present might suggest the existence of customary international law, the precise content remains questionable. The most recent development is the current work on the UN Arms Trade Treaty<sup>8</sup>, but whether this will result in improving regulation is yet to be determined. The main question is whether the current international framework regulating small arms and light weapons is sufficient and effective in dealing with contemporary challenges.

## 2. Treaty Law

### 2.1. International Humanitarian Law

Since there are no specific treaties prohibiting the use of small arms and light weapons, it is first of all important to look at the general framework of international humanitarian law. When examining the Hague Conventions, one will find that the use of small arms and light weapons is permitted, but subject to qualitative limitations. They confine the types of weapons that may be used, such as prohibiting the use of bullets that expand or flatten easily in the human body.<sup>9</sup> They do not, however, set limits on the quantity that states or militaries may hold,<sup>10</sup> allowing for unrestricted accumulation of small arms and light weapons. Regulations in the Hague Conventions are “too light and generic” because they limit weapons and ammunition that are not used to a great extent anymore, and it is therefore geared towards 19th century warfare.<sup>11</sup> Some provisions in the Geneva Conventions and its Additional Protocols apply to the use of small arms and light weapons and can be more effective.

The first provision to consider is Article 23(e) of the Hague Convention IV, which states that the employment of “arms, projectiles, or material calculated to cause unnecessary suffering” is restricted. A specific convention has been established to prohibit and restrict weapons that may be deemed to be excessively injurious; this treaty includes the prohibition of bullets that expand on impact, thereby limiting the type of ammunition of small arms and light weapons. A similar prohibition is in Article 35 (2) of Additional Protocol II of the Geneva Conventions, which prohibits causing superfluous injury or unnecessary suffering.<sup>12</sup> The detriment of this provision is that it is subjective and relative; in some cases, the perception of suffering varies from person to person.<sup>13</sup> Problematic is that small arms and light weapons are rarely discarded due to this provision, demonstrating non-compliance.<sup>14</sup> ‘Unnecessary suffering’ is too vague for practical results. This is generally because, the ammunition used in small arms and light weapons are not considered to cause unnecessary suffering and are therefore still permitted.

The principle of distinction<sup>15</sup> acknowledges the distinction between civilians and combatants and limits weapons by restricting the legitimate targets of attack. The use of such weapons is permitted when one wants to kill an enemy combatant, but this is not the case with an enemy civilian. Nevertheless, the principle of distinction is better applied to heavier and more technically complicated weapons such as explosives, because with a firearm, for example, one can clearly determine the target. Unfortunately, only some of the stronger light weapons, such as hand-held grenade launchers, might fall under this provision because when aimed at a combatant who is surrounded by civilians, civilians will doubtlessly fall victim to the attack. This principle is therefore not sufficient in preventing the human impact caused by all small arms and light weapons.

Although the Hague Conventions only concern international armed conflicts, internal conflicts are regulated in Common Article 3 and Additional Protocol II of the Geneva Conventions. The provisions discussed above, therefore apply to armed opposition groups, embracing more actors than originally intended. This is especially important for the regulation of small arms and light weapons because armed opposition groups generally use these more than other weapons. Article 1 of Additional Protocol II specifically excludes “internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic and other acts of a similar nature”, which is an impediment to the regulation of such weapons considering their frequent use in these circumstances. International humanitarian law is limited to armed conflicts, which makes it insufficient for the total regulation of small arms and light weapons, which are used to a great extent in times of peace.

Common Article 1 obligates states to “ensure respect for” the Geneva Conventions, arguably limiting small arms and light weapons transfers to places in which they could be used to

<sup>6</sup> H. Koh, *A World Drowning in Guns*, in: *Fordham Law Review* 71 (2002-2003), p. 3.

<sup>7</sup> See section 3 “Customary International Law”.

<sup>8</sup> Arms Trade Treaty Preparatory Committee, <http://www.un.org/disarmament/convarms/ATTPrepCom/> (1 April 2012).

<sup>9</sup> The Hague Declaration IV concerning Expanding Bullets.

<sup>10</sup> D. Vagts, *The Hague Conventions and Arms Control*, in: *American Journal of International Law* 31 (2000).

<sup>11</sup> R. Kolb, *Human Rights and Humanitarian Law*, in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2010), p. 4.

<sup>12</sup> Article 35(2) Additional Protocol I states: “It is prohibited to employ weapons, projectiles and material and methods of warfare of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering.”

<sup>13</sup> D. Turns, *The Law of Armed Conflict (International Humanitarian Law)*, in: M.D. Evans (ed.), *International Law*, New York 2010, pp. 814-845.

<sup>14</sup> F. Kalshoven/L. Zegveld, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, Geneva 2001, pp. 41-42.

<sup>15</sup> Article 48 Additional Protocol I states: “Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives.”

Article 51 Additional Protocol I states: “The civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. Acts or threats of violence, the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population, are prohibited.”

commit breaches of international humanitarian law.<sup>16</sup> However, the lack of concrete reference to arms transfers in this provision makes it difficult to specifically restrict such transfers and is therefore insufficient for control. If small arms and light weapons were to be prohibited by another treaty, or were by nature indiscriminate or capable of causing unnecessary suffering, the argument for restricting transfers based on this article would be stronger. This is because these concrete provisions could be violated if a transfer of small arms and light weapons were allowed. Also, even if it was possible to apply common Article 1, the fact that some small arms and light weapons can be used legally, even during an armed conflict, such as for “reprisals against enemy combatants and military objectives”, prevents Article 1 from prohibiting their transfer and is thus still insufficient.<sup>17</sup>

The biggest hindrance of international humanitarian law is its lack of implementation and enforcement. Few states have “enacted legislation specifically providing penal sanctions for perpetrators of grave breaches as defined in the Conventions”.<sup>18</sup> Despite various court proceedings, there is still a lack of enforcement as response to violations of international humanitarian law. Small arms and light weapons are usually not dealt with specifically during court proceedings because they are just a category of tools used to violate the law. An attempt can and has been made by the international criminal tribunals to hold individuals accountable for aiding and abetting war crimes, crimes against humanity and genocide, by being involved with transfers. Several acts involving the use of small arms and light weapons may also amount to such crimes.<sup>19</sup> The International Criminal Court could be an asset in dealing with some problems associated with small arms and light weapons, especially since it could act as a deterrent.<sup>20</sup> Prosecuting individuals at this level could have deterrent effects, may encourage states to improve the enforcement of brokering laws, and could serve as a model for states in their domestic prosecution.

Although the wording of the provisions in the Hague and Geneva law seems strong with regard to regulating warfare, according to Koh, the effectiveness is doubtful because states often proceed with arms transfers, even when there is a clear risk of a contribution to a serious violation of the Geneva Conventions.<sup>21</sup> This is demonstrated by current armed conflicts in which tremendous amounts of small arms and light weapons are used against protected persons, violating this convention. Humanitarian law is insufficient because it lacks specificity and concreteness concerning small arms and light weapons. The intentions of the provisions are good, but the actual effects on their use and transfer are not enough, demonstrated by the ongoing use and devastating consequences that they have in and outside of armed conflicts. The few rules relevant for small arms and light weapons are those regarding merely the use, specifically restricting the target of attack. Manufacture and transfer are not dealt with sufficiently by international humanitarian law. The majority of provisions are vague and subjective, making it difficult to distil rules that regulate small arms and light weapons specifically and leaving too much room for interpretation. It is therefore necessary to look at other binding treaties and measures that better regulate these weapons.

## 2.2. UN Firearms Protocol

The UN Firearms Protocol supplements the UN Convention against Transnational Organized Crime and thereby regulates manufacture and trafficking of firearms, a category which forms a large part of small arms and light weapons.<sup>22</sup> 88 states parties committed themselves to the adoption of specific crime-control measures, and the implementation of normative provisions into their domestic legal order; including the criminalisation of illegal manufacture and trafficking of firearms, government authorisation and licensing for legal manufacture and trade, and the marking and tracing of firearms.<sup>23</sup> By restricting illegal manufacture and trade of firearms and ammunition, this protocol fills important lacunae in international humanitarian law. However, a few things remain inadequate; it only applies to firearms and does not address small arms and light weapons that fall outside of its definition. It does not deal with state-to-state transactions<sup>24</sup>, which often facilitate violations of international humanitarian law. Furthermore, it fails to regulate the use of firearms. Regulating the use is important because international humanitarian law only regulates certain aspects of use, such as the legitimate targets of attack and only during armed conflicts. Many provisions are also general and permissive, such as Article 15(1), whereby states “shall consider” a system for arms brokering, including registration and licensing of arms. These can lead to a lack of concrete action and thereby effectiveness.

## 2.3. Regional Treaties and Domestic Action

Political and national security factors are the main influence behind the reluctance of states to regulate small arms and light weapons at a global level. Many states want to retain their sovereignty and find that the need for self-defence is a bigger priority. Due to this reluctance, regional initiatives are sometimes considered more effective. States tend to have common problems and views, enabling them to reach agreement more easily. By dealing with different aspects of small arms and light weapons, various regional treaties can be more comprehensive than international humanitarian law. The main problem is that regional treaties do not bind the same parties, causing groups of states to have divergent systems and similarly, different legal standards. Also, there is a

<sup>16</sup> M. Brehm, The Arms Trade and States’ Duty to Ensure Respect for Humanitarian and Human Rights Law, in: *Journal of Conflict & Security Law* 359 (2007), pp. 375-376.

<sup>17</sup> *Id.*, p. 379.

<sup>18</sup> F. Kalshoven/L. Zegveld, *supra* note 15.

<sup>19</sup> Z. Yihdego, The Arms Trade and International Law, *Oregon* 2007, p. 198.

<sup>20</sup> C. Torbey, The Most Egregious Arms Broker: Prosecuting Arms Embargo Violators in the International Criminal Court, in: *Wisconsin International Law Journal* 25 (2007-2008).

<sup>21</sup> H. Koh, *supra* note 7.

<sup>22</sup> UN Doc. A/RES/55/255, 8 June 2001.

<sup>23</sup> UN Treaty Collection, [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg\\_no=XVIII-12-c&chapter=18&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=XVIII-12-c&chapter=18&lang=en) (10 March 2012).

<sup>24</sup> Article 4 Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime.

lack of binding treaties regulating small arms and light weapons in Asia and the Middle East, which poses a significant problem since these countries manufacture and transfer them in very large quantities, often in violation of arms embargoes.<sup>25</sup>

The domestic level is the most important level at which action should be taken, because national legislation is often enforced best. Most states have domestic legislation on small arms and light weapons but many loopholes remain as a result of various systems and thereby a lack of uniformity prevails, allowing the continued transfer and use. In order to effectively control weapons it is imperative to have a licensing system for import, export and end-use verification. It is crucial for states to make arms embargo violations a criminal offense in their domestic system. Many states have implemented international humanitarian law into their national policies and legislation, but enforcement is essential to guarantee compliance. Some states, such as China and Russia, do not expressly refer to this body of law in relation to the receiving country, although they have recognised the necessity to comply with general international legal obligations.<sup>26</sup> It is most important that states eventually establish effective frameworks of national controls, which are based on a common set of criteria for international arms transfers.<sup>27</sup>

The gap left by international humanitarian law is slowly being filled, as demonstrated by treaties and various progressive intentions, such as preambles recognising the harmful effects of small arms and light weapons, the need for regulation and harmonisation of regulation on import, export, marking, and tracing. However, the need to reflect this in legally binding provisions remains. Harmonisation and enforcement of provisions is especially important since these weapons are easily transported across borders. The lack of agreement between states on many of these ideas, illustrates the complex political processes and interests associated with arms control.

#### 2.4. UN Security Council Arms Embargoes

The UN Security Council imposes arms embargoes, including the specific prohibition of small arms and light weapons, in order to prevent the devastating effects that come with their use. States have an obligation to comply with the embargoes since they are legally binding under treaty law<sup>28</sup> and violation can entail state responsibility.<sup>29</sup> Nevertheless, arms embargoes are frequently violated and hence considered inadequate and problematic. The UN relies on states to implement and monitor embargoes and the responses to these violations are too lenient. Most states have not made violation of Security Council arms embargoes a criminal offense in their domestic systems, making it easier for private brokers to get away with illegal transfers to embargoed countries. The arms broker, Leonid Minin, illustrates this deficiency, as there was clear proof that he violated several arms embargoes, but could not be convicted due to a lack of jurisdiction.<sup>30</sup> Despite sanctions committees, investigative teams and monitoring panels, such routine and systematic violations persist. These committees lack uniformity since they often have different mandates.<sup>31</sup> UN investigative teams have inadequate resources and time to do their task of moni-

toring.<sup>32</sup> These panels produce reports which name and shame governments, companies and individuals,<sup>33</sup> which might have a deterrent effect on others. Arms embargoes should provide for a strict procedure and mechanism of investigation, review, evaluation, and enforcement in order to improve compliance.

As stated by Torbey, an arms embargo “feed[s] the grey and black markets” since transfers will continue through illegal ways.<sup>34</sup> This method is also insufficient in regulating transfer of small arms and light weapons because the establishment of a threat to peace, breach of peace or an act of aggression is necessary.<sup>35</sup> This is not always possible, even when major violations of international humanitarian law persist.<sup>36</sup> Security Council arms embargoes have little impact on transfers of small arms and light weapons; they are thus an inadequate remedy to the problems caused by these weapons and do not fill the gaps left by international humanitarian law. They could, however, be important for suggesting state practice, which forms part of customary international law.

### 3. Customary International Law

Taking into account that the Hague Conventions, Geneva Conventions and other conventions do not wholly regulate small arms and light weapons, emergence of customary international law may be a solution.<sup>37</sup> Unlike treaty law, customary law binds all states. Customary international law is a general practice that is accepted as law. Much of the provisions from the Hague and Geneva Conventions have been declared to be customary and it is “well recognised that [they] reflect customary rules of armed conflict”.<sup>38</sup> The International Committee of the Red Cross study affirmed that it is customary international law that “states may not encourage violations of IHL by parties to an armed conflict. They must exert their influence, to the degree possible, to stop violations of IHL”.<sup>39</sup> States thus have a legal responsibility to

<sup>25</sup> Z. Yihdego, *supra* note 19, pp. 15, 159.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> B. Wood, Strengthening Compliance with UN Arms Embargoes – Key Challenges for Monitoring and Verification, Amnesty International IOR 40/005/2006 (2006).

<sup>28</sup> Articles 25 and 48 UN Charter.

<sup>29</sup> Z. Yihdego, *supra* note 19.

<sup>30</sup> O. Sprague, UN Arms Embargoes: An Overview of the Last Ten Years, Control Arms Briefing Note IOR 40/007/2006 (2006).

<sup>31</sup> B. Wood, *supra* note 27.

<sup>32</sup> O. Sprague, *supra* note 30.

<sup>33</sup> H. Anders *et al.*, Developing a Mechanism to Prevent Illicit Brokering in Small Arms and Light Weapons: Scope and Implications, UNIDIR/2006/23 (2006).

<sup>34</sup> C. Torbey, *supra* note 20.

<sup>35</sup> Article 39 UN Charter.

<sup>36</sup> M. Brehm, *supra* note 16.

<sup>37</sup> Article 38 of the International Court of Justice Statute states that for certain norms to evolve into customary international law, they must be “evidence of a general practice accepted as law”.

<sup>38</sup> Z. Yihdego, *supra* note 19.

<sup>39</sup> International Committee of the Red Cross, Customary IHL Rule 144. Ensuring Respect for International Humanitarian Law Erga Omnes, [http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule144](http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule144) (10 March 2012).

ensure respect for international humanitarian law when considering transfers of small arms and light weapons. This is a loose provision because it does not specify concrete action such as prohibiting transfer. The Geneva and Hague Conventions have 194 and 123 state parties respectively,<sup>40</sup> demonstrating their wide acceptance. Other customary principles, as established by the International Committee of the Red Cross, include the principle of distinction, the prohibition of indiscriminate attacks, the prohibition of weapons that cause superfluous injury or unnecessary suffering, and the obligation of humane treatment.<sup>41</sup> The Martens Clause, which states that the principles of humanity and dictates of public conscience must always be considered, has also been accepted.<sup>42</sup> As demonstrated previously, these principles are insufficient to fully regulate small arms and light weapons and are frequently violated.

Similarly, the International Court of Justice concluded that aiding and assisting in the commission of an internationally wrongful act, by arming non-state actors involved in an internal conflict, could trigger state responsibility.<sup>43</sup> Such an act violates the principle of non-intervention, which was declared customary. According to Yihdego, with a few exceptions, the “supply of arms by a state, to opposition groups in another state, is illegal and prohibited”.<sup>44</sup> However, customary international law is difficult to establish since the International Court of Justice states, in the same case, that there are no rules limiting the level of armament in international law.<sup>45</sup>

Some may consider other developments in the last few decades to suggest the emergence of customary international law on small arms and light weapons. There is an extensive body of other efforts involving a vast number of states, which can be considered evidence of state practice and/or *opinio juris*.<sup>46</sup> These are described below and must be taken into account since they deal with aspects not fully approached by international humanitarian law and other treaties.

The UN has done an immense amount of work concerning small arms and light weapons, even since the League of Nations was established.<sup>47</sup> In 1991, the Security Council adopted Guidelines for Conventional Arms Transfers<sup>48</sup> and five years later, the UN Disarmament Commission developed the Guidelines for International Arms Transfers. The UN Secretary General is also involved in tackling the small arms and light weapons problem by initiating many efforts through its reports to the General Assembly and the Security Council. The General Assembly and the Secretary General established several UN Groups of Governmental Experts. In 1997 and 1999 two groups were established in order to:

“Investigate the types of [small arms and light weapons] used in conflicts, the nature and causes of the excessive and destabilizing accumulation and transfer of [small arms and light weapons], including illicit production and trade, and the ways and means to prevent and reduce the excessive and destabilizing accumulation and transfer of [small arms and light weapons].”<sup>49</sup>

In 2001 the Global Conference on the Illicit Trade of Small Arms and Light Weapons in All Its Aspects was held, leading to the adoption of the UN Programme of Action to Prevent, Combat and Eradicate the Illicit Trade in Small Arms and

Light Weapons in All Its Aspects (Programme of Action).<sup>50</sup> This politically binding document suggests several measures at all stages: manufacture, trafficking, legal trade, possession, stockpiling, and organisational support measures. Unfortunately, the Programme of Action cannot support establishment of customary law because states agreed not to make it legally binding, clearly showing the missing *opinio juris*. The wording within the Programme of Action is also weak, by using “encourage” and vague clauses like “where appropriate” very frequently. These leave too much room for discretion regarding implementation. Other drawbacks of the Programme of Action include that it fails to mention any monitoring mechanisms or consequences for non-compliance. The Biennial Meeting of States was held several times to discuss the implementation of the Programme of Action. For these meetings, states were expected to bring out national reports on their implementation. At the 2010 Biennial Meeting of States, 105 states submitted reports in a wide variety of structures, form and focus. However, the effort made by states to write a report shows that they believe it is important to deal with the small arms and light weapons problem and share information about their national systems.

Furthermore, a study by the Group of Governmental Experts led to the “first global arrangement on tracing SALW”, the International Instrument to Enable States to Identify and Trace, in a Timely and Reliable Manner, Illicit Small Arms and Light Weapons (International Tracing Instrument). This politically binding instrument was accepted by the General Assembly in 2005 and it deals with marking, record keeping and tracing of small arms and light weapons.<sup>51</sup> In 2006

<sup>40</sup> International Committee of the Red Cross, State Parties to the Following International Humanitarian Law and Other Related Treaties as of 5 May 2011, [http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/ihl\\_and\\_other\\_related\\_treaties.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/ihl_and_other_related_treaties.pdf) (10 March 2012).

<sup>41</sup> International Committee of the Red Cross, Customary IHL Rules sorted by name, [http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul](http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul) (10 March 2012).

<sup>42</sup> Z. Yihdego, *supra* note 19, p. 197.

<sup>43</sup> International Court of Justice, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986.

<sup>44</sup> Z. Yihdego, *supra* note 19, p. 192.

<sup>45</sup> M. Brehm, *supra* note 16, p. 6.

<sup>46</sup> M. Dixon/R. McCorquodale, Cases & Materials on International Law, New York 2003; H. Thirlway, The Sources of International Law, in: M.D. Evans (ed.), International Law, New York 2010, p. 103; J. Slama, *Opinio Juris* in Customary International Law, in: Oklahoma City University Law Review 15 (1990), p. 656; International Court of Justice, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, p. 14, paras. 184, 188; International Court of Justice, Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 226, para. 73.

<sup>47</sup> H. Kelsen, Collective Security Under International Law, New Jersey 2001, p. 241.

<sup>48</sup> J. Clarke, Irresponsible Arms Trade and the Arms Trade Treaty. Introductory Remarks, in: 103 American Society of International Law Proceedings 331 (2009), p. 331.

<sup>49</sup> UN Doc. A/RES/54/54, 10 January 2000.

<sup>50</sup> UN Doc. A/RES/56/24V, 10 January 2002.

<sup>51</sup> Fourth Biennial Meeting of States to Consider the Implementation of the Programme of Action to Prevent, Combat and Eradicate the Illicit Trade in Small Arms and Light Weapons in All Its Aspects, UN Doc. A/CONF.192/BMS/2010/WP.4, 24 May 2010.

another Group of Governmental Experts was established by General Assembly Resolution 60/81 to “consider further steps to enhance cooperation” in dealing with illicit brokering of small arms and light weapons. In that year, 153 states voted for General Assembly Resolution 61/89 to begin a process towards the establishment of an Arms Trade Treaty. This treaty aims to bridge many gaps found in Hague and Geneva law, and other treaties. It also aims to have implementation at the international level. 24 states abstained and only the USA voted against this resolution. In the following year, the majority of states that submitted their views called for a treaty based on existing international law. The strength is that it would include international humanitarian law and in that sense specifically regulate the transfer of small arms and light weapons. It would thereby clarify existing humanitarian law obligations with regard to the movement of weapons. This includes common Article 1, which obliges states to ensure respect for international humanitarian law. The Group of Governmental Experts agreed that the principles in the UN Charter are central to the Arms Trade Treaty and that this process should continue within the UN framework.<sup>52</sup> In 2011, the preparatory committee for the 2012 Small Arms Review Conference discussed implementation of the Arms Trade Treaty and the UN Institute for Disarmament Research held various seminars and meetings to discuss various aspects.

Current developments, like the Programme of Action and the Arms Trade Treaty, might not improve the situation as much as hoped for. Scott predicts that increased arms control and regulation will merely increase the profitability of illegal arms sales and eliminate certain human rights, including the right to self-determination, the ability to preserve one's safety, and the ability to resist against violence and oppressive regimes.<sup>53</sup> He believes that the Programme of Action has “fundamental flaws” rendering it “ineffective”, and states that it was an “accumulation of wasted resources, evidence of a misguided approach, and overall, a representation of the international community’s failure to adequately address the problems that create threats to innocent civilians”. Strict compliance with the Programme of Action would allow oppressors to commit crimes against humanity because the oppressed would be unarmed. Suchan points out that not too much should be expected from the Arms Trade Treaty because if states succeed in producing something after the negotiations, it would be too vague and general, in his words: a “settlement of the lowest common denominator”.<sup>54</sup> It would contain too much flexibility and room for interpretation. Another common barrier is the lack of funding and capacity to implement any instruments like the Programme of Action. The criticism demonstrates that these instruments are not the solution to the gaps left by international humanitarian law. The vast number of other UN organs, non-governmental organisations (NGOs) and mechanisms such as arms embargoes and committees investigating and monitoring these, suggests the concern for problems associated with small arms and light weapons and illustrates the desire to regulate them. This may amount to the emergence of customary international law. However, it is not sufficient since these international initiatives fail to frame individual state practice. Despite this, these initiatives regulate various aspects of small

arms and light weapons that are not covered by international humanitarian law and are therefore necessary for the move towards an all-encompassing framework. Strengthening these initiatives is crucial to make them more effective.

Other international efforts also assist in dealing with various facets of small arms and light weapons not covered by international humanitarian law and other weapons control treaties. State involvement in these efforts can accumulate to state practice and *opinio juris*. In 1997, the International Code of Conduct on Arms Transfers was developed by a group of Nobel Peace Laureates who defined a set of principles on the legal arms trade.<sup>55</sup> It received wide support from the international community<sup>56</sup> and was endorsed and welcomed by many NGOs and eminent persons.<sup>57</sup> This work contributes to the efforts in elaborating customary law on arms transfer. In 2000, a few NGOs and lawyers joined the Nobel Peace Laureates and developed the principles from the Code of Conduct into a Draft Framework Convention on International Arms Transfers.<sup>58</sup> This was essential to codify existing international rules on arms transfers into one instrument. In 2003 it was presented to the UN Conference on Small Arms and the Biennial Meeting of States. It focuses mainly on exporting states and hence, the supply side of the chain. It received much support and formed the basis of the 2006 Global Principles for Arms Transfers, established by Amnesty International.

The Small Arms Survey conducts independent research on small arms and armed violence, and is used “as a resource for governments, policy-makers, researchers and activists”.<sup>59</sup> The Control Arms Campaign, an umbrella organisation of more than 600 civil society organisations,<sup>60</sup> sets out six global principles based on existing international law: responsibilities of states; express prohibitions; legal obligations and global norms; comprehensive scope; transparency and implementation mechanisms; and international cooperation and assistance.<sup>61</sup> The amount of action at the international level illustrates the growing concern for human security, which is continuously threatened by small arms and light weapons. State practice concerning its regulation is starting to emerge, but the establishment of *opinio juris* is still inexistent. Furthermore, regional organisations have expressed concern for small arms and light weapons and produced declarations,

<sup>52</sup> R. Stohl, Putting the Arms Trade Treaty into Context: Perspective on the Global Arms Trade, Existing Arms Trade Initiatives, and the Role of the United States, in: 103 American Society of International Law Proceedings 331 (2009), p. 336.

<sup>53</sup> B. Scott, The U.N. Conference on the Illicit Trade of Small Arms and Light Weapons: An Exercise in Futility, in: Georgia Journal of International and Comparative Law 31 (2002-2003), p. 690.

<sup>54</sup> G. Suchan, Why You Shouldn't Expect Too Much (or Anything) from an ATT, in: 103 American Society of International Law 331 (2009), p. 340.

<sup>55</sup> O. Sanchez, *supra* note 4.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> Z. Yihdego, *supra* note 19, p. 132.

<sup>58</sup> O. Sanchez, *supra* note 4.

<sup>59</sup> Small Arms Survey, About the Small Arms Survey, <http://www.smallarmssurvey.org/about-us/mission.html> (10 March 2012).

<sup>60</sup> C. Jojarth, Crime, War, and Global Trafficking: Designing International Cooperation, Cambridge 2009, p. 262.

<sup>61</sup> Control Arms, Arms Trade Treaty: Global Controls for a Global Trade, 2009.

politically binding documents, and other agreements.<sup>62</sup> The European Union can also impose arms embargoes. According to the third Annual Report in 2002, only two states reported their compliance with arms embargoes, which, just like the Security Council arms embargoes, suggests a lack of effectiveness. These are merely political sanctions. Regional agreements are progressive contributions towards the development of a treaty that hopefully can cover all angles of small arms and light weapons production, trade, and use. As mentioned before, there has been more activity regulating these weapons domestically. Several states have undertaken significant reforms to regulate and limit gun ownership, while many others are in the process of strengthening laws and policies.<sup>63</sup> Most major exporting states have legislation on the export of small arms and light weapons.<sup>64</sup>

The growing awareness and efforts concerning these weapons, and need for regulation suggests that there is a gradual development towards some customary international law. Nonetheless, the precise content is far from clear and it remains difficult to establish. State practice regarding the regulation of small arms and light weapons, especially substantive limitations on manufacturing, is not at all uniform or consistent. Despite developments on the local, regional and global levels, which give the impression of emerging rules, the precise content remains disputable. The non-legally binding documents and efforts represent a global desire to limit and restrict manufacturing, transfers, and use, but there is no global agreement exactly as to how small arms and light weapons should be regulated. Customary law concerning precise mechanisms or methods of regulation is thus far in-existent. Most instruments are not legally binding for the same reason that there is no universal agreement or intention for them to be legally binding. The Arms Trade Treaty might be an exception, but it is still in the middle of its development. The major divergent political interests demonstrate the missing *opinio juris*, as well as the fact that principles, guidelines and recommendations are not uniformly interpreted and translated into domestic legislation. States deliberately choose not to accept certain obligations because they do not agree fully with the specific formulation or content. The slow movement of this process proves that there is still too much disagreement among states to establish customary international law pertaining to manufacture, transfer or use of small arms and light weapons.

The only certainty is that various provisions from international humanitarian law are declared to be custom, but they are not sufficient to regulate these weapons. The large body of non-binding initiatives helps to fill gaps to varying degrees that have been left unregulated by international humanitarian law and other binding instruments. In this manner, numerous sources supplement each other. However, the great volume of sources regulating small arms and light weapons is complicated and confusing. The fact that they are not binding and lack penalties or sanctions, cause them to be insufficient in the long term. However, in the short term they are valuable because they generate a development towards stricter regulation and help raise awareness. These are the first steps towards achieving a better system of small arms and light weapons regulation. Taking into account that existing international humanitarian law and customary inter-

national law are not adequate, the next section will consider the necessary considerations for ongoing and future initiatives.

#### 4. Future

There are several elements that must be included to create a comprehensive system of regulation. Small arms and light weapons are so difficult to universally regulate because states remain reluctant to codify obligations into binding provisions. The reason for this is that they are major tools of warfare and self-defence; states insist on preserving their sovereignty, protecting national security interests, and they maintain that they need freedom in regulating small arms and light weapons. Manufacturing states have extensive economic interests in manufacture and export. Importing countries, on the other hand, need these weapons for traditional state's ends such as law enforcement and military needs. The permanent five members of the Security Council are major arms exporters, who are unable to reach agreement. In the early 1990s they attempted to negotiate an international arms transfer regime, but the US and France had approved transfers to Taiwan in 1992, causing China to withdraw. Similarly, this could happen during the Arms Trade Treaty negotiations.<sup>65</sup> Any further process towards improving small arms and light weapons regulation must keep such political strategies in mind and avoid this to the greatest possible extent. The fact that states are unable to reach agreement should not be a reason to abandon international efforts.<sup>66</sup>

A first step towards a convention is the need to establish an agreed upon, all-encompassing, and unambiguous definition of small arms and light weapons. If a legally binding instrument is eventually established, it is crucial that it is clearly explained to all states in order to avoid confusion as to its implementation or interpretation. If the Arms Trade Treaty process does not lead to any success, a treaty dealing specifically with small arms and light weapons is encouraged. States are recommended to harmonise legislation on small arms and light weapons to the best of their ability. The following elements must be included when regulating small arms and light weapons. A multi-dimensional and harmonised approach is vital in order to control all aspects.

<sup>62</sup> These include: the European Union Small Arms Strategy, the European Union Code of Conduct on Arms Exports, the OSCE Handbook of Best Practices on Small Arms and Light Weapons (2003), The Wassenaar Best Practice Guidelines for Exports on Small Arms and Light Weapons (2002), the three-year West African Moratorium on Small Arms Import, Export and Manufacture (1998), the ECOWAS Code of Conduct (1999), and the OAS Model Regulations for the Control of Brokers of Firearms, their Parts, Components and Ammunition (2004); see J. Stoel, Codes of Conduct on Arms Transfers – The Movement Toward a Multilateral Approach, in: *Law & Policy in International Business* 31 (1999-2000); B. Wood, *supra* note 27; H. Anders *et al.*, *supra* note 33.

<sup>63</sup> C. Buchanan *et al.*, Small Arms Control and the United Nations, in: *Journal on Firearms & Public Policy* 18 (2006).

<sup>64</sup> C. Jojarth, *supra* note 60, p. 234.

<sup>65</sup> G. Suchan, *supra* note 54, p. 341.

<sup>66</sup> J. Duncan, The Arms Trade Treaty: A Supporting Government Perspective, in: *103 American Society of International Law* 331 (2009), p. 341.



#### 4.1. Manufacture

Substantive restrictions should be placed on manufacture since it is the basis of weapon accumulation. Limiting production has seldom been discussed and regulated since it is incredibly difficult to agree on. Proposals should be made and effort to cooperate is necessary. Requirements, regulations and practices with regard to manufacture vary widely between arms producing countries. Countries should coordinate with each other for possible improvements.<sup>67</sup> Manufacture should be regulated through licensing and marking of produced weapons in order to enable tracing. This improves transparency, increases the prevention of illicit use, and helps identify when and where arms are diverted for illicit use. The International Tracing Instrument is useful in providing standards. It should become legally binding, included in the Arms Trade Treaty, or it should be included in a specific small arms and light weapons treaty. Transparency procedures should especially be implemented for state-owned manufacturing companies because they are often not subject to the same disclosure requirements as private companies.<sup>68</sup> More thought should also be given to regulation of ammunition manufacture as it is continuously produced, and according to the 2011 Small Arms Survey, there is little transparency in ammunition production. This prevents fair competition between contractors and increases the likelihood of corruption. Ammunition was not clearly included in the Programme of Action,<sup>69</sup> which is a major drawback because there is a major demand for ammunition. Any further treaty must include regulations on ammunition.

#### 4.2. Transfer

Various instruments inconsistently regulate transfer of small arms and light weapons. Agreeing on one method of regulation is therefore ideal; current work on the Arms Trade Treaty is extremely important to continue. The 2012 conference will clarify how transfer will be regulated and whether it will have significant effects on arms trade is yet to be seen. The problem likely to be encountered is the establishment of vague and general provisions reflecting a lack of agreement. This leads to different interpretations and implementations, thereby reducing the effectiveness of the treaty because it will lack uniform enforcement. Arms transfers must be controlled in a coherent manner, including licensing conditions, verification procedures, especially regarding end-use, and the verification certificates for delivery. For export, a risk assessment should be made. This could include the investigation of conditions and indicators such as records of respecting international humanitarian law, or whether the state has taken measures to prevent or repress violations.<sup>70</sup> Standardisation also makes it difficult to falsify end-user certificates. Brokering legislation is also important, especially third-country brokering, because many transfers are organised outside of the supplying and receiving state. Only around 50 states have legislation on brokering.<sup>71</sup> Brokers and middlemen frequently help the diversion of the legal trade of weapons to the illegal market. They are responsible for the majority of transfers into conflict zones and regimes abusing human rights.<sup>72</sup> Brokering is hardly included in the Firearms

Protocol, merely encouraging states to regulate it. By 2008, only 40 countries regulated arms brokering, and this was done inconsistently.<sup>73</sup> This makes it easy for brokers to use loopholes to make transfers through the grey market, without being held accountable.

All those involved in small arms and light weapons trade, whether state or non-state actors, must be included in a future convention regarding arms trade. Many transfers to states and non-state actors still proceed for strategic reasons. Powerful countries use foreign policy reasons, such as gaining or keeping support, to export small arms and light weapons.<sup>74</sup> Receiving states should also be included because these are often committing many human rights violations.<sup>75</sup> Another way to combat illicit transfer is to improve border security, especially in regions with porous borders. Standards and procedures of border security should be established in a small arms and light weapons treaty.

#### 4.3. Weapons in Circulation

A treaty must also regulate and monitor small arms and light weapons that are already in circulation. The excessive quantity of these weapons needs to be reduced and the statistic of “arms per soldier” can be used to set limits.<sup>76</sup> Most instruments do not clearly regulate civilian possession, which is usually regulated domestically. A uniform system should be established within a treaty to ensure international coherence. Weapons in hands of governments and militaries should also be adequately managed to prevent diversion of old weapons onto the global market.<sup>77</sup> An international database containing information on all small arms and light weapons is also recommended. States could be obliged to report to this database and this should also be included in an all-encompassing treaty.

Disarmament has shown to lead to various improvements, seen in the gross domestic product (GDP), literacy and health services of countries.<sup>78</sup> Weapons collection pro-

<sup>67</sup> O. Greene *et al.*, The Scope and Implications of a Tracing Mechanism for Small Arms and Light Weapons, UNIDIR/2002/20, 2003.

<sup>68</sup> C. Jojarth, *supra* note 61.

<sup>69</sup> S. Parker, Improving the Effectiveness of the Programme of Action on Small Arms: Implementation Challenges and Opportunities, UNIDIR, 2011.

<sup>70</sup> UNIDIR, Conference: Arms Trade Treaty: Perspectives and Implementation Issues, [http://www.unidir.org/bdd/fiche-activite.php?ref\\_activite=613](http://www.unidir.org/bdd/fiche-activite.php?ref_activite=613) (10 March 2012).

<sup>71</sup> D. Prins, International Efforts to Tackle Illicit Brokering in Small Arms and Light Weapons, UN Regional Seminar: Enhancing International and Regional Cooperation on Small Arms Brokering in South and Central Asia, UNIDIR, <http://www.unrcpd.org.np/uploads/conferences/file/Daniel%20Prins%20Session%20I.pdf> (10 March 2012).

<sup>72</sup> H. Anders *et al.*, *supra* note 33.

<sup>73</sup> C. Torbey, *supra* note 20.

<sup>74</sup> C. Jojarth, *supra* note 60.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> *Id.*, p. 238.

<sup>77</sup> C. Chivers, Small Arms, Big Problems: The Fallout of the Global Gun Trade, in: *Foreign Affairs* 90 (2011).

<sup>78</sup> J. Dhanapala, Multilateral Cooperation on Small Arms and Light Weapons: From Crisis to Collective Response, in: *Brown Journal of World Affairs* 9 (2002-2003).

grammes are an asset, especially in post-conflict settings; in many places, weapons are exchanged for development. These programmes reduce fear; they improve security, livelihood and confidence in communities, thereby facilitating social reconstruction. They aid the preservation of peace because they contribute to a long-term process of social change; establishing the rule of law and reconciliation between communities. These programs work as a catalyst for resuming activities of other development agencies.<sup>79</sup> Creative rewards for people and communities that hand in small arms and light weapons might strengthen motivation. Criticism is that they can lead to increased crime because criminals realise that locals cannot defend themselves anymore. Nevertheless, such programmes should not be neglected and can be improved by developing community-policing programmes to maintain safety and security.<sup>80</sup> In a future treaty, these programmes could be included in such a way as to obligate states to implement them carefully.

It is vital that surplus and collected weapons, held in existing stockpiles, are properly destroyed. Destruction should be carefully monitored to prevent the use of the materials to make new guns and leftover materials can be used for other purposes. A procedure for destruction and recycling of materials needs to be established. A separate institution could be set up to fulfil this task in different countries. Treaty provisions dealing with destruction are important because many post-conflict countries dump “surplus weapons stockpiles on the international market”.<sup>81</sup>

#### 4.4. Implementation and Enforcement

The most important mechanism missing in various instruments is implementation and enforcement. In light of this, a future treaty should have minimum standards and requirements. It is a state’s primary responsibility and it is essential to implement norms adopted at the international level into national legislation, to ensure uniformity and coherence.<sup>82</sup> National implementation of a treaty, including developing and revising national legislation, is vital for its proper functioning. If a new convention is established, its effects and progress should be monitored, measured, and evaluated through impact assessment procedures.<sup>83</sup> Other documents may assist national authorities in adjusting domestic legislation such as the document for national lawmakers, “How to Guide Small Arms and Light Weapons Legislation”, and the UN Office on Drugs and Crime’s 2011 “Model Law against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition”. In some places such as Africa and Latin America, technical, financial or legal assistance is necessary to achieve this.<sup>84</sup> Paoli suggests a practitioners’ guide on the best practices, regarding the harmonisation of legislation and practices, to assist the creation of a future treaty regulating small arms and light weapons. Civil society organisations can monitor implementation of treaty provisions<sup>85</sup> and report to an overarching international organisation. Furthermore, violations of Security Council arms embargoes should be made a domestic criminal offense.<sup>86</sup>

States have the responsibility to control and prevent the misuse of weapons within their territory.<sup>87</sup> States should individ-

ually monitor and supervise arms control measures including licensing, manufacturing, marking, import and export. Penalties should be imposed at the domestic level to punish perpetrators violating rules concerning arms manufacturing, trade and use. Effective accountability is necessary and strong national control mechanisms are vital for a system to work including investigative, prosecutorial,<sup>88</sup> judicial, and intelligence mechanisms.<sup>89</sup> Weak and transitional governments should be strengthened in order to ensure enforcement of national legislation. Sanctions for non-compliance with the treaty should also be established. ‘Naming and shaming’ supplier states and individuals involved in trafficking and misuse of small arms and light weapons is a positive development. However, more enforcement within receiving states is necessary.

#### 4.5. Regional and Domestic Regulation

The ideas described suggest preference for a uniform system of regulation at the international level. International regulation seems to be a global intention, as illustrated by vast participation in various initiatives. As Scott demonstrated, this might not be the best solution. Many examples of failed international initiatives and attempts to solve certain aspects demonstrate that the UN, and more generally, the international level, might not be an appropriate solution. It might be more effective to regulate small arms and light weapons at the regional and domestic level and thereby strengthen existing mechanisms. The challenges of implementing the Programme of Action demonstrate that regions have different priorities.<sup>90</sup> Regional treaties can be improved by taking note of regional differences in needs and capacities. Regions can advise and assist each other based on their experience.<sup>91</sup> Parker suggests regions to send regional reports to the Office of Disarmament Affairs.<sup>92</sup> It is important to promote information sharing and public awareness at the national and regional level to improve coordination. A problem with merely regulating small arms and light weapons through regional treaties is that over 40 countries are not part of a regional organisation.<sup>93</sup>

<sup>79</sup> S. Koyama, Comparative Analysis of Evaluation Methodologies in Weapon Collection Programmes, UNIDIR/2005/30 (2006).

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> C. Jojarth, *supra* note 60, p. 237.

<sup>82</sup> H. Anders *et al.*, *supra* note 33.

<sup>83</sup> S. Parker, *supra* note 69.

<sup>84</sup> G. Paoli, Comparative Analysis of Post-Manufacture Marking Instruments and Practices for SALW, UNIDIR, 2009.

<sup>85</sup> C. Jojarth, *supra* note 60.

<sup>86</sup> UN Doc. S/RES/1196, 16 September 1998.

<sup>87</sup> E.J. Laurance, Shaping Global Public Policy on Small Arms: After the UN Conference, in: Brown Journal of World Affairs 9 (2002), p. 198.

<sup>88</sup> C. Torbey, *supra* note 20.

<sup>89</sup> Biennial Meeting of States Report 2010.

<sup>90</sup> S. Parker, *supra* note 69.

<sup>91</sup> E. Kytomaki/V. Yankey-Wayne, Five Years of Implementing the United Nations Programme of Action on Small Arms and Light Weapons: Regional Analysis of National Reports, UNIDIR/2006/6, 2006.

<sup>92</sup> S. Parker, *supra* note 69.

<sup>93</sup> R. Stohl, *supra* note 52, p. 335.

Some regional instruments, such as the European Union Code of Conduct and the Economic Community of West African States (ECOWAS) Moratorium, received wide support outside of their respective regions. A partial solution would be to open such instruments to other countries. A disadvantage of relying on regional instruments, however, is that they are a potential barrier to harmonisation of national legislation and implementation of international treaties. In this sense, a decision might eventually have to be made between two or more instruments. The various layers of regulations are inconsistent and “unnecessarily complex”.<sup>94</sup> When states are party to more than one instrument, there might be conflicting regulations resulting in ambiguity due to the various expected practices and standards.<sup>95</sup> Nevertheless, it is important to consider that the international Arms Trade Treaty will establish common principles. Regional and domestic institutions should encourage members to adopt the Arms Trade Treaty and a possible future small arms and light weapons convention. They should help strengthen the effect of these treaties by assisting in uniform implementation. Homogenous legislation will enable extensive success in globally reducing the harmful impacts of these weapons.

#### 4.6. Communication and Coordination

States must continue dialogue through meetings and consultations in order to increase confidence, political will, transparency and information sharing.<sup>96</sup> This will enhance coordination and cooperation between states, regional and international organisations. Common commitment is vital in order to decide on small arms and light weapons legislation and thus, for it to be effective. Laurance suggests the inclusion of various other organs in this process, such as the United Nations Development Programme, the World Health Organization, and the United Nations Children’s Fund (UNICEF), and making use of NGO expertise. Cooperation with the World Customs Organization and INTERPOL is commendable because they already have programs to counter illicit arms trafficking, including INTERPOL’s Weapons Electronic Tracing System.<sup>97</sup> Sharing information with such organisations increases knowledge and assists in developing best practices, in order to agree on a universal system to be implemented through a treaty. The Biennial Meetings of States, the work by various Groups of Governmental Experts and review conferences are necessary in order to evaluate progress within states and to discuss remaining problems. These are also good places to present proposals and share ideas. Once a convention is drawn up, it should include provisions on follow-up meetings to discuss its implementation and amendments.

The work of states on their national reports is useful since these allow for coordination and information sharing, and they illustrate state practice. Paoli suggests the development of a checklist in order to standardise national reports, allow for better data collection, and trend analysis.<sup>98</sup> Regional, sub-regional and interregional meetings of enforcement authorities should be held in order to exchange information, best practices, lessons, tools and to harmonise action. This should be concretely mentioned in a treaty. Inter-departmental com-

munication and coordination is increasingly important. States should also implement mutual assistance programs<sup>99</sup> and resources should be made available to implement regulations. For assistance, needs must be assessed properly<sup>100</sup> and Maze suggests using the Biennial Meetings of States to promote dialogue on assistance and to facilitate the matching of resources to needs.<sup>101</sup> National Commissions can be established for monitoring international assistance, information sharing and assessing progress.

#### 4.7. Other Suggestions

Since the ideal situation as described above is difficult to achieve in a short period of time, other action is necessary to improve the existing situation. It is particularly important to deal with the root of the problem and accordingly reduce the demand of small arms and light weapons. This is a difficult task, but the results will be more valuable. Scott suggests that democracy is the key.<sup>102</sup> It is important to create and ensure equality and guarantee basic human rights, such as civil and political rights. Between 1816 and 1991, no wars were fought between democracies. Fifteen of the most deadly regimes in the twentieth century were not democratic. It might not be an ideal system, but it is the least lethal.<sup>103</sup> Avoiding oppression and genocide is imperative so that individuals do not need small arms and light weapons for protection against a government. Torbey suggests that peaceful resolution of conflicts is another way to reduce violence caused by these weapons. In any treaty, a provision on dispute settlement is important, and states should individually try to solve conflicts by non-violent means. Corruption and bribery should also be prevented; corrupt governments often sell false end-user certificates and are bribed large amounts of money to allow shipments of weapons.<sup>104</sup> Provisions regarding corruption should be included, and sanctions should be imposed for non-compliance. Any future treaty regarding small arms and light weapons should include provisions on these aspects in order to ensure comprehensive regulation. It is important to continue the implementation of the Programme of Action principles. A temporary solution includes improving this instrument on its missing parts, including transfers to non-state actors, civilian possession, export criteria, and regulating ammunition. Despite this, if agreed upon,

<sup>94</sup> J. Clarke, *supra* note 48, p. 331.

<sup>95</sup> G. Paoli, *supra* note 84.

<sup>96</sup> T. DiPerna, Small Arms and Light Weapons: Complicity “With a View” Toward Extended State Responsibility, in: Florida Journal of International Law 20 (2008).

<sup>97</sup> H. Anders *et al.*, *supra* note 33.

<sup>98</sup> G. Paoli, *supra* note 84.

<sup>99</sup> E. Kytomaki/V. Yankey-Wayne, *supra* note 91.

<sup>100</sup> K. Maze/K. Parker, International Assistance for Implementing the Programme of Action to Prevent, Combat and Eradicate the Illicit Trade in Small Arms and Light Weapons in All its Aspects: Findings of a Global Survey, UNIDIR/2006/22, 2006.

<sup>101</sup> K. Maze, Searching for Aid Effectiveness in Small Arms Assistance, UNIDIR/2010/3, 2010.

<sup>102</sup> B. Scott, *supra* note 53.

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> B. Wood, *supra* note 27.

the Arms Trade Treaty might fill up what is missing in the Programme of Action.<sup>105</sup> Combining and integrating these two instruments is favourable because both licit and illicit transactions would be better regulated. It remains questionable whether the Arms Trade Treaty will be successful in properly regulating small arms and light weapons. Since it only deals with transfer, it would be beneficial to consider a specific treaty alongside these instruments. If the Arms Trade Treaty process fails, international effort should be turned to a specific small arms and light weapons convention. The Arms Trade Treaty currently includes all conventional weapons, and might therefore be too broad to agree on. The firearms protocol seems to be a start, but making a separate treaty on small arms and light weapons would be more effective, since it would cover all related aspects. For now, it is important and therefore strongly encouraged to properly enforce all existing treaties.

Furthermore, Carneiro suggests a “dedicated bureaucracy” with power to monitor, interpret and implement the Arms Trade Treaty.<sup>106</sup> The suggestion of escape clauses, time limits on agreements, and procedures for arbitration should also be included.<sup>107</sup> Under a small arms and light weapons treaty, consideration should be given to setting up a separate organisation to enhance the treaty’s effect. Such an organisation could keep a database on numerous aspects regarding small arms and light weapons. It would help set up a uniform licensing system with registration of all manufacturers, exporters and importers. Standardised end-user certificates could be developed and issued through such an authority. These should be the only internationally valid end-user certificates. Conditions would be codified and strictly adhered to. This organisation could mediate transfers and act as an arbitrator when there is a dispute concerning transfer, or anything related to small arms and light weapons. It would be in charge of verification procedures and enhancing communication. Furthermore, it would support cooperation and coordination between countries by organising meetings or conferences. This should be an organisation with extensive mandate concerning regulation of small arms and light weapons production, trade and use. Funding could come from taxed attached to transactions and this can also assist countries with less financial capacity in implementation of the treaty. Ideally, all states would accept such an organisation and cooperate in order for it to work effectively.

## 5. Conclusion

When considering whether states have succeeded in creating a mechanism to regulate armaments, one can conclude that there have been several attempts towards fulfilling such

obligations. However, there are clearly many legal loopholes and grey areas that remain unregulated. The regulation of small arms and light weapons is one of these. International humanitarian treaty law is clearly not sufficient since it does not regulate all small arms and light weapons related issues, such as transfer, brokering and any situation not during an armed conflict. Customary international law does not adequately fill these gaps because it is difficult to establish, as a result of considerable inconsistency. Since most instruments are non-binding, they are generally ineffective. However, the numerous weapons control instruments, both binding and non-legally binding, fill each other’s gaps to varying extents. They deal with a wide range of issues that must be considered in order to effectively and wholly regulate small arms and light weapons.

For the present and near future, it is above all important to continue dialogue through negotiations, consultations and conferences. Public awareness is also a priority because when more people are involved and concerned, they can hopefully put pressure on their authorities to regulate small arms and light weapons. Research by institutes must be continued to gather data and introduce new suggestions. Regional action is useful in order to divide priorities and concerns, enabling more short-term action. Most important is that existing instruments are properly implemented and enforced to strengthen their impacts nationally.

For any future action, existing instruments must be considered. Elements of them should be included in a future all-encompassing treaty. If the Arms Trade Treaty and Programme of Action process fails, a specific convention on small arms and light weapons is strongly encouraged. In this process, however, all issues must be regulated in order to effectively reduce the harm caused by their use. A multidimensional approach is necessary, regulating all involved aspects including manufacture, trade and use. A specialised small arms and light weapons treaty is therefore favourable as it would focus on all aspects of these weapons. To improve the existing system and better ensure human security, it is necessary to move towards such a legally binding treaty with strong enforcement mechanisms. This could successfully decrease the annual half a million deaths caused by small arms and light weapons. ■

<sup>105</sup> J. Dhanapala, *supra* note 79.

<sup>106</sup> C. Carneiro, From the United Nations Arms Register to an Arms Trade Treaty – What Role for Delegation and Flexibility, in: *ILSA Journal of International & Comparative Law* 14 (2007-2008).

<sup>107</sup> *Ibid.*

## „Piraterie und Offshore-Windenergie im Fokus der Rechtswissenschaften“, 1. Bremer Konferenz zum maritimen Recht der Universität Bremen vom 6. bis 7. Oktober 2011 in Bremen

Lars Kramm\*

Die Bedrohung der Schifffahrt durch Piraterie ist so aktuell wie seit 300 Jahren nicht mehr. Für Deutschland als Exportnation und insbesondere für Bremen als Hafen- und Hansestadt bilden freie Seewege eine Lebensader. Die Piraten vor den Küsten Somalias, die inzwischen weit im Indischen Ozean und in den Gewässern des westlichen Afrikas operieren, stellen eine schwerwiegende Herausforderung für die maritime Wirtschaft dar. Den Bremer Reedereien wie auch der Exportnation Deutschland, als drittgrößte Schifffahrtsnation der Welt, entsteht durch die Piraterie ein erheblicher wirtschaftlicher Schaden. Unter anderem aus diesem Grund lud der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen in Zusammenarbeit mit dem Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen des Landes Freie Hansestadt Bremen sowie die Kanzlei Dr. Schackow und Partner Praktiker und Theoretiker zur ersten Bremer Konferenz zum maritimen Recht in den Schütting, den Sitz der Handelskammer Bremen, ein.

Die Aktualität des vom Fachbereich ausgewählten Themas für den einleitenden Teil der ersten Bremer Konferenz zum maritimen Recht zeigte sich bereits wieder in tragischer Weise in den auf die Konferenz folgenden Tagen: Am 9. Oktober 2011 wurde der unter der Flagge der Marshallinseln fahrende Chemikalientanker Cape Bird der Reederei Columbia Shipmanagement vor der Küste Nigerias von Piraten gekapert. Danach entführten Piraten am 10. Oktober 2011 rund 620 Seemeilen vor Somalia den italienischen Frachter Montecristo der Reederei D'Alesio Group. Allein im ersten Halbjahr 2011 wurde der Höchststand an Piraterievorfällen seit Beginn der Aufzeichnungen des Piracy Reporting Centre (PRC) registriert. Insgesamt wurden weltweit 266 Vorfälle gemeldet, darunter weist der Pirateriebericht der Bundespolizei<sup>1</sup> insgesamt 33 Fälle aus, in denen Schiffe deutscher Reedereien betroffen waren, mehr als bei jeder anderen Nation.

Der erste Konferenztag begann zunächst mit den einleitenden Worten von Prof. Dr. Graf-Peter Calliess, Professor für internationales Wirtschaftsrecht und Dekan der Juristischen Fakultät an der Universität Bremen, sowie Dr. Heiner Heseler, Staatsrat beim Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen des Landes Freie Hansestadt Bremen.

Im anschließenden ersten Vortrag „International Seaborne Piracy – Historical Perspectives“ von Dr. Stefan Halikowski Smith von der walisischen Swansea University widmete sich der Spezialist für maritime Geschichte der Frage, was Staaten aus dem langwährenden Kampf gegen Piraten zur effektiven Bekämpfung der modernen Piraterie lernen können. Zur Veranschaulichung verglich er die Beispiele der Lösungsansätze des britischen Empire und der Royal Navy bei der Bekämpfung der Piraterie im 18. Jahrhundert mit den weit weniger erfolgreichen Anstrengungen der Portugiesen im 16. Jahrhundert.

Portugal auf der einen Seite erlitt schreckliche Verluste durch Piraterie auf seiner europäischen Haupthandelsroute von Lissabon nach Antwerpen zwischen 1500 und 1560. Um diese zu bekämpfen und die Plünderungen zu stoppen, zahlte man erfolglos Gelder an französische Behörden. Etwas erfolgreicher war das Land in der Bekämpfung der Piraterie vor der Küste Brasiliens im 16. Jahrhundert, wo eine offizielle portugiesische Stelle eingerichtet wurde, um mit bewaffneten Staffeln kontinuierlich die Küste zu patrouillieren.

Im 18. Jahrhundert wurde die Pirateriebekämpfung durch das britische Empire weitestgehend zentralisiert. Die Einrichtung der Royal Navy als zentrale Stelle der Pirateriebekämpfung und die zentrale Aburteilung von Piraten in London sorgten für eine starke Dezimierung der weltweiten Piratenaktivitäten und für ein Ende des goldenen Zeitalters der Piraterie.

Piraterie ging bereits im 18. Jahrhundert Hand in Hand mit sogenannten „failed states“ und der Abwesenheit von staatlicher Kontrolle. Die Bedingungen in Somalia, Papua-Neuguinea und Sierra Leone sind vergleichbar mit den Bedingungen in der Karibik im 18. Jahrhundert, wo lokale Regimewechsel von korrupten Gouverneuren durchgeführt wurden.

Dr. Halikowski Smith stellte dabei die Erkenntnis in den Vordergrund, dass die Geschichte lehre, dass unkoordinierte Maßnahmen einzelner Nationalstaaten und Organisationen ineffektiv und nur zentrale Maßnahmen unter Reformierung der lokalen Behörden der betroffenen Küstenstaaten erfolgversprechend seien. Zudem sei für einige Zeit eine Rund-um-die-Uhr-

Kraft auf dem Meer zu stationieren, um den Piraten effektiv zu begegnen.

Im Anschluss sprach Commander Jakob Paaske Larsen, Maritime Security Officer des Baltic and International Maritime Council (BIMCO), im Vortrag „Fighting Modern-day Piracy“ über die finanziellen Auswirkungen der Piraterie auf den Seehandel und die Arbeitsweisen der Piraten. BIMCO ist der größte der internationalen Schifffahrtsverbände und vertritt Reeder aus mehr als 120 Ländern, die rund 65 Prozent der weltweiten Tonnage kontrollieren. Larsen rechnete vor, dass das Re-Routing eines Tankers aus Saudi-Arabien in die USA über das Kap der Guten Hoffnung 2.700 Seemeilen extra koste. Damit würde sich im Jahr die Anzahl der Reisen eines Schiffes um fünf bis sechs reduzieren (minus 25 %) und dabei zusätzliche Kraftstoffkosten von USD 3,5 Millionen erzeugen. In den letzten zehn Jahren hat sich die Versicherungssumme für die Tanker, allein ohne Ladung und einfache Fahrt, die durch jemenitische Gewässer fahren, verdreifacht. Das entspricht, auf die Kosten übertragen, einem Lieferkostenpreisanstieg von 15 Cent pro Barrel. Demgegenüber stehen die höheren Kosten für den direkten Weg durch den Golf von Aden durch Risikoabdeckungen, Gefahrenzulagen für die Besatzung, Sicherheitseskorten, Sicherheitskräfte und zusätzliche Abwehrmaßnahmen. Sollte ein Schiff doch in die Hände der Piraten fallen, beträgt das durchschnittliche Lösegeld zwischen USD 2 und 5 Millionen plus etwa USD 2,15 Millionen Abwicklungskosten. Alleine 2010 betrug die Gesamtmehrkosten durch die Piratengefahr für die Schifffahrtsindustrie zwischen USD 7 und 12 Milliarden.

Wie Herr Larson betonte, ist auch die Umsetzung der Best Management Practice (BMP) ein wesentliches Instrument der Verteidigung gegen Piraten. Diese enthält

\* Dipl. iur. Lars Kramm ist wissenschaftlicher Mitarbeiter im DFG-Forschungsprojekt „Der ökosystemare Ansatz (Ecosystem Approach) bei Nutzung und Schutz der Meeresgebiete im Völkerrecht und europäischen Gemeinschaftsrecht“ unter der Leitung von Prof. Dr. Detlef Czybulka an der Universität Rostock.

<sup>1</sup> Die Bundespolizei See veröffentlicht mit dem Pirateriebericht eine Zusammenstellung von Berichten des vom International Maritime Bureau (IMB) eingerichteten Piracy Reporting Centre (PRC), den Informationen der EU-Mission ATALANTA, den Berichten der amerikanischen ONI (Office of Naval Intelligence) sowie anderer, mit der Thematik befasster Publikationen. Der aktuelle Pirateriebericht der Bundespolizei See ist abrufbar unter: [http://www.bundespolizei.de/DE/02Schutz-und-Vorbeugung/Piraterielage/piraterielage\\_node.html](http://www.bundespolizei.de/DE/02Schutz-und-Vorbeugung/Piraterielage/piraterielage_node.html).

Leitlinien und Empfehlungen an Seeleute und Reeder über Maßnahmen, die bei der Vorbereitung und Durchführung der Reise getroffen werden können, wenn zum Beispiel eine Durchfahrt des Seegebietes vor Somalia geplant ist.

Im weiteren Verlauf seines Vortrages stellte Commander Larson bildreich das unterschiedliche taktische Vorgehen der Piraten des somalischen Darood und Hawiye Klans vor. Darüber hinaus gab er Informationen, wie das „Geschäftsmodell“ der Piraterie funktioniert und was die Akteure an einer Entführung verdienen. Einen ausführlichen Teil seines Vortrags widmete er den Fragen, wie die Piraten ihre Ziele aussuchen, wie man daraus das Risiko für ein Schiff einschätzen kann und welche Maßnahmen ergriffen werden können, um das Risiko zu minimieren. Dabei betonte er, dass die Statistik den umstrittenen Einsatz von privaten Sicherheitsdiensten unterstütze, da noch kein Schiff mit Sicherheitskräften an Bord entführt worden sei. Problematisch dabei seien jedoch sowohl die hohen Kosten als auch die zum Teil ungeklärte strafrechtliche Haftung für deren Handlungen. Commander Larson betonte zuletzt, dass die Lösung der Seepiraterie an Land zu suchen sei. Nur durch eine Stabilisierung Somalias und Capacity Building in der Region im Bereich der Küstenwachen, Strafverfolgung und Strafdurchsetzung könne die Fähigkeit und der Wille zur Ausübung der Piraterie in der Region unterbunden werden.

Anna Petrig, LL.M. (Harvard), vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht analysierte in ihrem Vortrag „Straf- und polizeirechtliche Aspekte der Verfolgung von Piraterie“ zunächst das dreigeteilte Regelwerk vor Somalia, in dem je nach geographischem Bereich verschiedene Maßnahmen gegen verschiedene Personen erlaubt sind. So sind auf dem somalischen Festland gemäß Sicherheitsratsresolution 1851 jegliche Maßnahmen gegen alle Personen erlaubt, sofern diese erforderlich und geeignet sind. Im somalischen Küstenmeer sind durch Sicherheitsratsresolution 1846 bei einem bewaffneten Raubüberfall auf See alle Maßnahmen des Seerechtsübereinkommen (SRÜ) durchführbar. In der somalischen Ausschließlichen Wirtschaftzone (AWZ) und auf der Hohen See sind beim Vorliegen von Piraterie gemäß Artikel 105 SRÜ möglich: das Aufbringen der Piratenboote, die Festnahme der Piraten und die Beschlagnahme der Schiffe.

Danach diskutierte Petrig die Frage, ob die Polizeibefugnisse im Kampf gegen die Piraten durch Menschenrechte beschränkt werden. Dabei sei die Anwendung der Menschenrechte innerhalb des staatlichen

Hoheitsgebiets die Regel, eine extraterritoriale Anwendung jedoch die Ausnahme. Wesentlich für die Bedeutung im marinen Kontext sei es vor allem, wann die Voraussetzung der Kontrolle über Personen oder Gebiete erfüllt ist. Unproblematisch sei eine Anwendung bei Zwangsmaßnahmen an Bord eines Kriegsschiffes. Differenzierter sei jedoch die Situation beim Aufbringen des Piratenschiffes. Ebenfalls kontrovers seien die Auffassungen, wann die Kontrolle über ein Seegebiet gegeben ist. Hier käme der operationelle Radius der Kriegsschiffe oder im Falle des Golf von Aden der gemeinsame Sicherheitskorridor in Frage.

Eine weitere, bisher durch die uneinheitliche Rechtsprechung noch nicht beantwortete Frage, die Anna Petrig aufwarf, ist die, wem mögliche Menschenrechtsverletzungen zuzurechnen sind: den in der Pirateriebekämpfung, gestützt auf Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen (VN), oft im multinationalen Verband handelnden Staaten, den beteiligten internationalen Organisationen wie die North Atlantic Treaty Organization (NATO) oder die Europäische Union (EU) oder beiden?

Ein wesentliches Problem in der Effektivität der Pirateriebekämpfung sei der Bruch zwischen polizeilicher und strafrechtlicher Verfolgung. Während auf der einen Seite ein internationales Engagement, mit vom Sicherheitsrat weitgehenden Befugnissen ausgestattet, in bisher unbekanntem Ausmaß viele Festnahmen von Piraten erbringe, werde die strafrechtliche Verfolgung stark vernachlässigt. Der Sicherheitsrat selbst lasse das Strafverfolgungsregime quasi unangetastet und den Festnahme- und Opferstaaten fehle es weitestgehend am Strafverfolgungswillen. Dadurch stoße die regionale Strafverfolgung schnell an ihre Grenzen und die „catch-and-release“-Methode werde zur Regel. Neun von zehn Piraterieverdächtigen werden nach Aussage der Referentin wieder freigelassen. Jedoch sei die anfangs sehr selten durchgeführte Strafverfolgung<sup>2</sup> durch die Festnahme- und Opferstaaten seit Mitte 2010 gestiegen; die Probleme in den Staaten der Region seien jedoch vielseitig. So sei bereits die Kapazitätsgrenze in den meisten Staaten erreicht und weitere willige Staaten seien schwer zu finden. Zudem spielen für die ‚westlichen‘ Staaten die Einhaltung der Menschenrechte, die Haftbedingungen und die Durchführung der Todesstrafe eine Rolle, damit sie bei einer Überstellung nicht das Non-refoulement-Prinzip verletzen. Die VN untersuchten verschiedene Lösungsansätze und kamen in ihrem Bericht vom 15. Juni 2011 zu dem Ergebnis, dass ein extraterritoriales Gericht wohl nicht realisierbar sei und die Lösung

eher im Ausbau und der Verbesserung der bestehenden Institutionen in Somaliland und Puntland liege, wo bereits heute die Mehrheit der Piraten verfolgt wird. Ein ambitionierter Plan zur Umsetzung der Maßnahmenpakete unter der Leitung von United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) und United Nations Development Programme (UNDP) schloss sich diesem Bericht an und soll innerhalb der nächsten drei Jahre die Standards für Strafverfahren und -vollzug auf ein internationales Niveau heben. Für die Kosten von geschätzten USD 24,5 Millionen wurde zudem ein VN-verwalteter Trust Fund eingerichtet, der die freiwilligen Beiträge der Staaten sammelt.

Die Referentin schloss die Vortragsreihe schließlich mit einem Zitat des Leiters der VN-Untersuchung zur Lösungsfindung, Jack Lang, dass eine „Somalization of the problem“ nötig sei, denn die Piraterie sei nicht Somalias größtes Problem – aber ein Symptom für Somalias größte Probleme! Wirtschaftliche und sicherheitspolitische Komponenten seien in den Lösungsansätzen von Nöten und nur die Verbesserung der Situation in Somalia Sorge für eine langfristige Lösung der Piraterieprobleme. Über den Einsatz an der somalischen Küste und den Schutz der Schifffahrt im Rahmen der seit Dezember 2008 im Auftrag der Europäischen Union durchgeführten Mission Atalanta sprach Flottenkapitän Wilhelm Tobias Abry. In seinem Vortrag über die Operation berichtete er über den Einsatz der deutschen Marine am Beispiel der Fregatte Niedersachsen, deren Kommandant er von März bis August 2011 am Horn von Afrika war.

Die Fregatte gehörte zum multinationalem Flottenverband, der im Auftrag der Europäischen Union im Arabischen Meer, dem Seegebiet des Golfs von Aden sowie in Teilen des Indischen Ozeans operiert, um insbesondere die durch Piratenüberfälle gefährdeten Transporte der AMISOM (African Union Mission in Somalia) mit humanitären Hilfsgütern des Welternährungsprogramms zu schützen. Deutschland übernahm von Mitte August bis Anfang Dezember 2011 erstmals die Führung über die EU-Mission und ist zudem mit seinem Flaggschiff Bayern vor Ort. Ende August

<sup>2</sup> Bisher wurden nach den Zahlen der Referentin in den folgenden Staaten insgesamt 1.011 Verdächtige vor Gericht gestellt (Stand: 15. Juni 2011): Somalia 402 (290 Puntland, 94 Somaliland, 18 South Central), Jemen 120, Kenia 119, Indien 119, Seychellen 64, Malediven 34, Niederlande 29, USA 28, Frankreich 15, Tansania 12, Madagaskar 12, Oman 12, Vereinigte Arabische Emirate 10, Deutschland 10, Malaysia 7, Komoren 6, Südkorea 5, Japan 4, Spanien 2 und Belgien 1.

2011 verließ zusätzlich die Fregatte Köln ihren Heimathafen, um den deutschen Beitrag am Anti-Piraterie-Einsatz zu verstärken.

Flottenkapitän Abry ging auf die verschiedenen Schwerpunktkontrollgebiete ein. Dabei wies er aber auch auf die Grenzen des Mandats und der „rules of engagement“ (RoE) hin. Weiterhin stellte er anhand der Zahlen der letzten drei Jahre die Erfolge vor. So sei vor allem die Anzahl der erfolgreichen Kaperungen rückläufig. Diese sei ein gemeinsamer Erfolg mit den Handelsschiffen, die durch ihre Vorsicht und die Umsetzung der Best Management Practices einen Beitrag dazu leisteten.

Den zivilrechtlichen Schwerpunkt eröffnete Prof. Dr. Henning Jessen, LL.M. (Tulane), von der Hochschule Bremen mit seinem Beitrag zu „Auswirkungen der Piraterie auf Zeitcharter und Havarie Grosse“.

Die Auswirkung auf die Zeitcharter, die einen Gebrauchsüberlassungsvertrag darstellt, bei dem der Eigentümer eines Seeschiffes (Reeder oder Vercharterer) sein Schiff mit Besatzung dem Charterer für einen bestimmten Zeitraum zu dessen wirtschaftlicher Verwendung überlässt und der Charterer die sogenannte HIRE (vertraglich vereinbartes Entgelt pro Zeiteinheit) entrichtet, erklärte Prof. Jessen anhand des aktuellen britischen Falles der Saldanha<sup>3</sup>. Die Zeitcharter wird meist mit dem Einsatz von Standard-Formularen (C/Ps) geschlossen, das bekannteste und meistverwendete ist das NYPE '46. Grundsätzlich ist dabei die HIRE durchgehend vom Zeitpunkt der Anlieferung des Schiffes bis zur Rücklieferung an den Reeder zu entrichten, wobei Störungen bei der Abwicklung der Charter grundsätzlich zu Lasten des Charterers gehen und er die HIRE trotz Verzögerung weiter entrichten muss. Zur möglichen Entlastung des Charterers finden sich in Zeitcharterverträgen OFF-HIRE-Klauseln. Wenn diese greifen, kann die Zahlungsverpflichtung der Charterer zeitweise ausgesetzt oder herabgesetzt werden. Dabei dienen die OFF-HIRE-Gründe dem Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien, werden aber sehr zurückhaltend ausgelegt, im Zweifel zugunsten des Vercharterers. Für den Fall der Saldanha war cl. 15 NYPE'46 zu prüfen. Prof. Jesse diskutierte anhand dieser die Argumentation der Vertragsparteien und die Begründungen des Gerichts. Coscos Argumentation wurde vom Gericht komplett abgelehnt und keiner der OFF-HIRE-Gründe griff im Fall der Piratenentführung ein.

Zur Veranschaulichung der versicherungsrechtlichen Fragen von Lösegeldzahlungen nutzte Prof. Jesse einen weiteren aktuellen britischen Fall, den der Bunga Melati Dua<sup>4</sup>. Zur Bewertung der Frage des Vorliegens

einer Großen Haverei sind die relevanten Rechtsquellen heranzuziehen. Weltweit maßgeblich sind die York-Antwerp-Regeln (YAR), in Deutschland § 700 ff. HGB, insbesondere § 706 Absatz 1 Nummer 5-6 HGB. Voraussetzung sowohl nach YAR als auch nach HGB ist das Vorliegen einer gemeinsamen Gefahr für Schiff und Ladung und die bewusste Zuführung von Schaden oder Aufwendung von Kosten zum Zwecke der Beseitigung dieser gemeinsamen Gefahr. Im Gegensatz zum HGB enthalten die YAR keine Regelung über Lösegeldzahlungen an Piraten. Das Gericht stellte im Fall der „Bunga Melati Dua“ dabei klar heraus, dass eine Entführung durch Piraten nicht pauschal bedeute, dass ein Ladungsinhaber unwiederbringlich der Ladung beraubt sei, sondern dass es sich bei einer Entführung um eine typische „wait and see“-Situation handle. Ebenfalls betonte das Gericht in erster Instanz, dass das Verhalten des Versicherungsnehmers eher dafür spreche, dass lediglich der Ladungswert schnell kompensiert werden solle und nicht, dass er die Ladung vollständig und ohne Hoffnung auf Wiedererlangung aufgegeben habe. Komplette lehnte der Court of Appeal auch die Behauptung des Klägers ab, dass Lösegeldzahlungen an Piraten „contrary to public policy“ und daher unbeachtlich bezüglich der Frage seien, ob Verlust vorliege. Prof. Jesse hob zudem das *obiter dictum* im Urteil hervor, in dem das Gericht die Frage bejahte, ob Lösegelder unter „sue and labor expenses“ fallen können. Abschließend wies er noch auf ein neues Praxis-Problem hin, dass es durch die aktuelle Politik der USA<sup>5</sup> dazu kommen könnte, dass zukünftig bestimmte Reeder Lösegelder zahlen dürfen, andere Reeder dagegen rechtlich an der Zahlung von Lösegeld gehindert sind. Der letzte Referent des Tages, Dr. Klaus Ramming von der Hamburger Rechtsanwaltskanzlei Lebuhn und Puchta und Lehrbeauftragter an der Universität Bremen, befasste sich mit dem Thema „Versicherungsrechtliche Probleme der Piraterie“.

Piratenüberfälle haben Auswirkungen auf den Schiffsbetrieb, so auch auf die Besatzung der Schiffe, die Schiffe selbst, die Ladung oder auf das Kapital der Beteiligten. Für alle diese Fälle können Versicherungen greifen. So sind die Schiffe meist kasko- und haftpflichtversichert sowie gegen den Verlust der HIRE. Weiterhin ist die überwiegende Mehrheit der Schiffsbetreiber Mitglied in einer Protection and Indemnity Association (P&I) und versichert zusätzlich die Ladung. Da es keine besonderen gesetzlichen Vorschriften zur Seeverversicherung gibt, § 209 VVG, gelten die allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätze des BGB. Somit sind im Wesentlichen die Versicherungsbedingungen<sup>6</sup> maßgeblich.

Dabei stellen sich je nach spezifischer Gefahr der Piraterie verschiedenste Fragen bezüglich des Versicherungsschutzes. In diesem Zusammenhang betonte Ramming, dass die Beschädigung des Schiffes durch Piraten eine versicherte Gefahr sei, wenn sie als Gefahr beziehungsweise im Rahmen einer Allgefahrendeckung genannt werde und kein Ausschluss vorliege. Bei Auswirkungen von Piratenüberfällen auf die Besatzung könne ein Versicherungsschutz der P&I bestehen. Auch der Verlust der HIRE könne, nach dem Norwegian Insurance Plan, ein versicherter Ertragsausfall nach ADS 2009 sein. Diskutiert wurde der Gefahrausschluss für Kriegswerkzeuge, wobei Vertreter der Versicherungsgesellschaften aus dem Auditorium betonten,

<sup>3</sup> The Saldanha, (Cosco Bulk Carrier Co Ltd v. Team-Up Owning Co Ltd), Urteil des Commercial Court vom 11. Juni 2010. Cosco chartert die „Saldanha“ auf Zeit (vertraglich modifizierte NYPE 46) über einen Zeitraum von 47-50 Monaten ab 5. Juli 2008. Das Schiff wird am 22. Februar 2009 während einer Reise von Indonesien nach Slowenien über den Suez-Kanal von somalischen Piraten angegriffen und entführt. Nach der Zahlung von Lösegeld durch die Reederei wird das Schiff am 25. April 2009 freigelassen. Am 2. Mai 2009 erreicht die „Saldanha“ wieder die Position vor dem Angriff. Cosco verweigert Zahlung der HIRE für den Entführungszeitraum von 69 Tagen unter Berufung auf die OFF-HIRE-Gründe. Der Reeder verlangt die HIRE plus zusätzliche „war risk premium“, Bunkerkosten und „war risk bonuses“ für die Besatzung.

<sup>4</sup> „The Bunga Melati Dua“, Masefield AG v. Amlin Corporate Member Ltd, Urteil des Court of Appeal vom 26. Januar 2011. Der Öltanker war auf dem Weg von Malaysia nach Rotterdam mit einer Ladung Biodiesel im Versicherungswert von über USD 80 Millionen. Sie wurde am 19. August 2008 verschleppt und in den somalischen „Piratenhafen“ Eyl gebracht. Es fanden Verhandlungen durch die malaiische Reederei MISC über das geforderte Lösegeld von über USD 4,7 Millionen statt, worüber die Masefield AG als Ladungsinhaber auch informiert wurde. Masefield übermittelte am 18. September 2008 eine sog. „notice of abandonment“ an den Ladungsversicherer, welcher die Erklärung zurückweist. Am 28. September 2008 wird das Schiff gegen eine Zahlung von etwa USD 2 Millionen nach 40 Tagen freigelassen. Am 26. Oktober 2008 kommt das Schiff im Löschhafen Rotterdam an und kann seine Ladung abliefern. Die Masefield AG verlangte nun vom Ladungsversicherer den Versicherungswert der Ladung, abzüglich des Verkaufswertes in Rotterdam.

<sup>5</sup> Vgl. US Executive Order 13536.

<sup>6</sup> So beispielsweise die Allgemeinen Deutschen Seeverversicherungs-Bedingungen (ADS), ergänzt um die DTV-Kaskoklauseln 1978/2004, die Allgemeinen Deutschen Seeschiffsversicherungsbedingungen (DTV-ADS 2009) und DTV-Güterversicherungsbedingungen 2011 (DTV-Güter 2011).

dass entgegen dem Wortlaut natürlich die Versicherung der Ladung für den Schaden aufkommen würde; die Formulierung in den Regelungen sei dem britischen und amerikanischen Rechtsraum geschuldet und werde in Deutschland anders angewendet. Eine mögliche Lösegeldzahlung könnte gegebenenfalls als Aufwendung des Reeders zur Schadensminderung angesehen und deshalb von der Kaskoversicherung übernommen werden.

Den Vorsitz bei der nachfolgenden Podiumsdiskussion unter dem Titel „Piraterie bekämpfen – aber wie?“ übernahm Prof. Dr. Graf-Peter Calliess. Das Podium war mit Prof. Dr. Rainer Lagoni, LL.M. (Universität Hamburg), Rechtsanwalt Achim Böhme (Reederei Lomar Deutschland GmbH), Rechtsanwalt Christoph Enge (Lampe & Schwartze Marine Underwriting) und Dr. Jan-Thiess Heitmann (Verband Deutscher Reeder) besetzt. Wesentliche Punkte, die die vorhergegangenen Vorträge ergänzten, waren die Fragen, wie man der

Piraterie als einer inzwischen sehr gut vernetzten Industrie begegnen und dabei den größtmöglichen Schutz der Seeleute gewährleisten kann. Sehr kontrovers wurde auf dem Podium und im Publikum die Frage des Einsatzes privater Sicherheitsdienste diskutiert, insbesondere, ob dieser eine Spirale der Gewalt in Gang setzen und sich damit für alle Beteiligten negativ auswirken kann. Die Diskutanten machten auch keinen Hehl aus ihrer Erwartung, dass die Piraten sich sodann mehr auf Schiffe aus Schwellen- und Entwicklungsländer konzentrieren würden. Alle betonten jedoch, dass die Best Management Praktiken den kleinsten gemeinsamen Nenner darstellen, die jedoch durch die schnelle Anpassung der Piraten ständig verbessert werden müssen.

Abschließend lässt sich noch hinzufügen, dass nach der aktuellen Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages<sup>7</sup> der Schutz vor Piraten durch private Sicherheitsdienste auf Schiffen bereits

möglich geworden ist. Weiterhin haben die Fragen, die Frau Petrig in ihrem Beitrag diskutierte, an Aktualität gewonnen, da kurz nach der Konferenz der wahrscheinlich korrupte Vorsitzende Richter des regionalen Berufungsgerichts in Hargeisa, Somaliland, 60 der 88 verurteilten Piraten auf freien Fuß setzte, was einen schweren Rückschlag für die Bemühungen der EU und VN zur Regionalisierung der Strafverfolgung und des Strafvollzugs von somalischen Piraten darstellt.

Die erste Bremer Konferenz zum maritimen Recht der Universität Bremen widmete sich am zweiten Konferenztag dem Thema der wirtschaftlichen, politischen und rechtlichen Fragestellungen der Offshore-Windenergie. ■

<sup>7</sup> A. Hawxwell, Schutz vor Piraten durch private Sicherheitsdienste, Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages vom 4. August 2011, Az: WD 3 – 3000 - 258/11.

## „Worse than War“ – Dokumentarfilm und Paneldiskussion über Völkermord im 20. und 21. Jahrhundert am 26. Oktober 2011 in Basel

Katja Schöberl\*

Die juristische Fakultät der Universität Basel richtete am 26. Oktober 2011 in Zusammenarbeit mit der European Society of International Law (ESIL) eine erste Veranstaltung im Rahmen der neuen ESIL Lecture Series zum Thema Völkermord aus. Nach einer kurzen Einführung von Prof. Dr. Anne Peters, LL.M., Professorin für Völker- und Staatsrecht an der Universität Basel und derzeitige Präsidentin der ESIL, wurde zu Beginn der Veranstaltung zunächst Prof. Dr. Daniel Jonah Goldhagens Dokumentarfilm „Worse than War“ gezeigt, dessen Inhalt in einer daran anschließenden Paneldiskussion besprochen wurde.

### 1. Dokumentarfilm

Der Dokumentarfilm „Worse than War“ basiert auf dem von Prof. Goldhagen im Jahre 2009 veröffentlichten Buch mit dem ähnlichen Titel „Worse than War – Genocide, Eliminationism, and the Ongoing Assault on Humanity“ (Public Affairs, 2009). Film und Buch stellen dabei eine Fortsetzung seiner im Jahre 1996 begonnenen Arbeit im Bereich der Holocaust- und Völkermordforschung dar. In diesem Jahr veröffentlichte Prof. Goldhagen das auf seiner an der

Universität Harvard vorgelegten Dissertation basierende Werk „Hitler’s Willing Executioners: Ordinary Germans and the Holocaust“ (Vintage, 1997). Seine Hauptthese, Hitlers Pläne zur Ermordung der europäischen Juden hätten eine breitere Unterstützung in der deutschen Gesellschaft gehabt als bis zu diesem Zeitpunkt angenommen, führte zu einem auch als die „Goldhagen-Debatte“ bekannten Historikerstreit über die Ursachen des Holocausts. Nach der Veröffentlichung von „A Moral Reckoning: The Role of the Catholic Church in the Holocaust and Its Unfulfilled Duty of Repair“ (Vintage, 2003), in der sich Prof. Goldhagen abermals mit dem Holocaust im Speziellen befasste, wendet er sich in seinem aktuellen Buch und Film nun dem Völkermord im Allgemeinen zu. Der Titel „Worse than War“ begründet sich dabei auf die These, seit Beginn des 20. Jahrhunderts seien mehr Menschen Opfer von Völkermord als von Krieg geworden.

Der Film zeigt Prof. Goldhagen auf seiner Reise zu verschiedenen Völkermord-Schauplätzen der jüngeren Vergangenheit – darunter Ruanda, Guatemala, Bosnien-Herzegowina und Deutschland – und begleitet ihn während seiner Interviews mit Opfern,

Tätern, Angehörigen und Politikern. Als besonders bemerkenswert können dabei hervorgehoben werden: sein Gespräch mit einem Gefangenen in einem ruandischen Arbeitslager, in dem dieser seine Beteiligung am ruandischen Völkermord beschreibt, sein Interview mit dem früheren guatemalteckischen Herrscher Efraín Ríos Montt über dessen Verantwortung für die Tötung von bis zu 200.000 Mayas während seiner Herrschaft und letztlich seine Reise mit seinem Vater Prof. Erich Goldhagen nach Czernowitz in der heutigen Ukraine, wo dieser während des Holocausts nur knapp dem Tod entging. Während der Film somit sowohl generelle Hintergrundinformationen zu bestimmten Konflikten bietet als auch spezielle Einzelschicksale aufgreift, sind es Prof. Goldhagens Thesen zur Entstehung und Bekämpfung von Völkermord, die den Film interessant (weil kon-

\* Katja Schöberl, LL.M. (Hum. Völkerrecht), ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Genfer Akademie für Humanitäres Völkerrecht und Menschenrechte (ADH).



trovers) machen und im Folgenden kurz zusammengefasst werden sollen.<sup>1</sup>

Erstens sieht Prof. Goldhagen die Ursache für Völkermord in der politischen Idee eines einzelnen Führers oder einer führenden politischen Elite. Während die Mobilisierung der Massen durch Propaganda und den Missbrauch von nationalen Mythen ermöglicht werde, sei Völkermord letztlich eine bewusste politische Entscheidung, die auf lange Sicht geplant sei (als Beispiel führt er die Beschlüsse der Wannsee-Konferenz an). Zweitens sei zur Umsetzung eines solchen Plans keine besondere Technik wie beispielsweise die deutschen Gaskammern nötig, da insbesondere der ruandische Völkermord gezeigt habe, dass ganze Volksgruppen auch mit einfachsten Mitteln wie Macheten vernichtet werden können. Die bewusste Tötung sei dabei nur eine Form eines weiteren Konzepts des „Eliminationismus“, das Methoden wie Vertreibung und Massenvergewaltigung miteinschließe. Drittens begünstige die internationale Staatengemeinschaft Völkermord, indem sie Völkermord aus politischen Gründen nicht nur nicht als solchen anerkenne (er verweist beispielhaft auf die Nichtanerkennung des armenischen Völkermordes), sondern auch aufgrund eines seiner Ansicht nach falschen Souveränitätsverständnisses auf mögliche Interventionen verzichte. Die Vereinten Nationen (VN) dienten viertens lediglich dem Schutz der Souveränität ihrer Mitgliedstaaten und hätten sich bezüglich des Schutzes von Menschenleben als bisher nutzlos erwiesen. Nicht zuletzt deshalb seien fünftens drastische Reformen nötig. Prof. Goldhagen argumentiert, dass die Vereinten Nationen durch eine internationale Organisation demokratischer Staaten ersetzt werden sollten, die Völkermord effektiv verhindern könnte, oder dass sie zumindest so reformiert werden müssten, dass Mitgliedstaaten ausgeschlossen und sämtliche Wirtschafts- und anderweitige Beziehungen zu ihnen eingestellt werden sollten. Zudem müsse es möglich sein, notfalls auch ohne Beschluss des VN-Sicherheitsrates und unilateral, militärisch einzugreifen und die Verantwortlichen, wenn nötig auch per Aussetzung eines Kopfgeldes oder durch ihre Erklärung zu „Outlaws“, zur Strecke zu bringen. Letztlich seien politische Führer rational handelnde Menschen, deren Kosten-Nutzen-Analyse es zu verändern gelte, indem die politischen Kosten für Völkermord zum Beispiel durch die Androhung von militärischer Gewalt erhöht würden. Die internationalen Straftribunale hätten sich zur Abschreckung dabei als wenig effektiv erwiesen.

## 2. Paneldiskussion

Diese Thesen wurden nach einer kurzen Unterbrechung von einem Panel diskutiert, das folgendermaßen besetzt und von Prof. Peters moderiert wurde: Prof. Dr. Daniel Jonah Goldhagen (Autor von „Worse than War“), Prof. Dr. Nicolas Michel (Professor für Völkerrecht an der Universität Genf und dem Genfer Graduate Institute of International and Development Studies (IHEID) und ehemaliger United Nations Under-Secretary General for Legal Affairs), Prof. em. Dr. Dr. h.c. Christian Tomuschat (emeritierter Professor für öffentliches Recht, Völkerrecht und europäisches Recht an der Humboldt Universität Berlin und u.a. ehemaliger Vorsitzender der Wahrheitskommission zur Aufklärung des guatemaltekischen Völkermordes) und Botschafter Dr. Jürg Lindenmann (Stellvertretender Direktor der Völkerrechtsdirektion des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA)).

Nach einigen kurzen Statements der Panelisten zu ihren ersten Eindrücken zum Film, konzentrierte sich die anschließende Diskussion in erster Linie auf das heutige Souveränitätsverständnis. Prof. Michel skizzierte dabei zunächst Entstehung und Inhalt des „Responsibility to Protect“-Konzepts (auch „Konzept der Schutzverantwortung“ genannt) in Form des von der International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS) im Jahr 2001 vorgelegten Berichts.<sup>2</sup> Er unterstrich dabei, dass es Ziel des Konzeptes sei, den auch von Prof. Goldhagen benannten Konflikt zwischen Souveränität und Menschenrechtsschutz mithilfe eines neuen Souveränitätsbegriffs zu lösen. Souveränität verstehe sich demnach als Form von Schutzverantwortung und nicht als Gegensatz zu ihr. Das „Responsibility to Protect“-Konzept unterscheide sich daher auch in wesentlichen Punkten von dem früher diskutierten Konzept der humanitären Intervention u.a. aufgrund seines primären Fokus auf die Verantwortung eines jeden Staates zum Schutz seiner eigenen Bevölkerung und durch seinen breiteren Ansatz, der auch eine Verantwortung zur Verhütung („responsibility to prevent“), zur Reaktion („responsibility to react“) und zum Wiederaufbau („responsibility to rebuild“) miteinschließe. Prof. Tomuschat unterstützte diese Aussage im Folgenden in weiten Teilen. Er wies jedoch darauf hin, dass, wenngleich es bedeutende Unterschiede zwischen dem „Responsibility to Protect“-Konzept und dem der humanitären Intervention gebe, sich beide im Wesentlichen mit der Frage befassen müssen, unter welchen Umständen zu Gunsten einer Bevölkerung interveniert werden dürfe, deren

Staat nicht willens oder fähig sei, diese angemessen zu schützen. Seiner Auffassung nach müsse der Mensch im Zentrum des Völkerrechts stehen und im Zweifelsfall immer zu seinen Gunsten entschieden werden, sollte es einen Konflikt zwischen Souveränität und Menschenrechtsschutz geben. Prof. Tomuschat unterstrich zudem die Bedeutung einer „responsibility to rebuild“, indem er den Stellenwert von Wahrheits- und Versöhnungskommissionen in der Aufarbeitung von historischem Unrecht hervorhob. Botschafter Lindenmann drückte im Anschluss seine Unterstützung für das „Responsibility to Protect“-Konzept aus und verwies auf eine Initiative der Schweiz in Zusammenarbeit mit Liechtenstein, Costa Rica, Jordanien und Singapur (die sogenannten „Small-Five“ (S5)) zur Reform des VN-Sicherheitsrates und zur Verbesserung seiner Arbeitsmethoden, die auch für das „Responsibility to Protect“-Konzept von Bedeutung seien. Die Diskussion machte somit deutlich, dass der von Prof. Goldhagen geltend gemachte Gegen-

<sup>1</sup> Prof. Goldhagens Buch und Film sind an anderer Stelle bereits ausführlich besprochen worden. In diesen Besprechungen finden sich neben Kritik an seinen Hauptthesen auch Anmerkungen zu Stil und Methodik. Siehe insbesondere I. Pindar, „Worse Than War: Genocide, Eliminationism and the Ongoing Assault on Humanity“ by Daniel Jonah Goldhagen, *The Guardian*, 6. Februar 2010, <http://www.guardian.co.uk/books/2010/feb/06/worse-than-war-daniel-goldhagen>; S. Linfield, Book reviews of „Worse Than War“ by Daniel Goldhagen and „Stripping Bare the Body“ by Mark Danner, 3. Januar 2010, *The Washington Post*, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/12/31/AR2009123101247.html>; J. Traub, Patterns of Genocide, *The New York Times*, 15. Oktober 2009, <http://www.nytimes.com/2009/10/18/books/review/Traub-t.html>; C. Hartmann, Der Entdecker des Eliminationismus, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 27. Januar 2010, <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/buecher/rezensionen/2.1715/der-entdecker-des-eliminationismus-1657381.html>; M. Brumlik, Zur Not mit Kopfgeldprämie. Goldhagens „Schlimmer als Krieg“, *Frankfurter Rundschau*, 13. November 2009, <http://www.fr-online.de/literatur/goldhagens-schlimmer-als-krieg-zur-not-mit-kopfgeldpraemie,1472266,2981252.html>; J. Süselbeck, Das Einmal-eins der Genozide. Goldhagens Völkermord-Studie, *Die Tageszeitung*, 23. Oktober 2009, <http://www.taz.de/Goldhagens-Voelkermord-Studie/142788/>, und H. Welzer, Bitte keine Debatte!, *Die Zeit*, 15. Oktober 2010, <http://www.zeit.de/2009/43/L-P-Goldhagen/seite-1> (alle Quellen letztmals am 15. November 2011 abgerufen).

<sup>2</sup> International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect*, Dezember 2001, <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>.

satz zwischen Souveränität und Menschenrechtsschutz in der Tat differenzierter zu betrachten ist und Entwicklungen, beispielsweise im Hinblick auf das „Responsibility to Protect“-Konzept, genauer zu prüfen sind. Ähnliches gilt auch für die von ihm angebrachte Kritik an den Vereinten Nationen, die von Botschafter Lindenmann nicht zuletzt mit dem Hinweis auf die Bedeutung der VN-Charta, insbesondere Artikel 2 (4), entkräftet wurde. So sei es ein Verdienst der Vereinten Nationen, dass Staaten heute nicht mehr frei in ihren Entscheidungen zum Einsatz militärischer Gewalt seien, sondern sich auch im Falle von Völkermord an bestehendes Recht halten müssen. Zudem wiesen die übrigen Panelisten Prof. Goldhagens Kritik an den internationalen Straftribunalen zurück. Diese hätten in der Vergangenheit wichtige Erfolge erzielt und würden absehbarerweise auch in der Zukunft einen entscheidenden Beitrag zur Bekämpfung des Völkermordes

leisten. Während Prof. Goldhagen argumentierte, der Internationale Strafgerichtshof (IStGH) sei nur begrenzt einflussreich, da entscheidende Staaten nicht Mitglied seien (allen voran die Vereinigten Staaten von Amerika) und die internationalen Strafverfolgungsbehörden in der Regel aufgrund der hohen Anzahl an Tätern überfordert seien, unterstrichen insbesondere Prof. Michel und Botschafter Lindenmann den bisherigen Erfolg der Tribunale und des Gerichtshofs in der Aburteilung und Abschreckung von Völkermord. Diese Erfolge sollten jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass in der Tat noch ein „impunity-gap“ bestünde (wonach in der Regel lediglich die Haupttäter angeklagt würden), welches auch aufgrund des Komplementaritätssprinzips des IStGH am besten durch die Unterstützung der nationalen Strafverfolgungsbehörden behoben werden könne. Mehr Zustimmung fand Prof. Goldhagens Anmerkung, dass Völkermord am besten

durch effektive Prävention zu bekämpfen sei. Angenommen, dass Völkermord in der Tat auf dem politischen Konzept einer Führungselite basiere, benötige dieser in der Regel eine gewisse Vorbereitung, die umgekehrt eine rechtzeitige Intervention ermögliche. Im Hinblick auf seinen Vorschlag, ein internationales Völkermord-Präventions-System zu schaffen, blieb Prof. Goldhagen bedauerlicherweise wenig konkret. Ebenso kritisch können seine Anmerkungen zur Bedeutung des Völkerrechts gesehen werden, wie zum Beispiel seine Definition von Genozid im Allgemeinen und im Vergleich zu dem von ihm geschaffenen Begriff des Eliminationismus im Speziellen. Seine grundsätzlicheren Überlegungen zum Umgang mit Völkermord, wie der Aufforderung angesichts des Umstandes, dass man nicht alle Völkermorde verhindern könne, nicht gänzlich untätig zu bleiben, können aber sicherlich einen Beitrag zur weiteren Debatte leisten. ■

### **XIII. Humanitärer Kongress: Reflexionen zum Status Quo und zur Zukunft der humanitären Hilfe vom 28. bis 29. Oktober 2011 in Berlin**

**Kerstin Rosenow-Williams\***

Vom 28. bis 29. Oktober 2011 tagte in Berlin zum 13. Mal der von der Ärzte ohne Grenzen Stiftung ausgerichtete Humanitäre Kongress. Der Kongress stand unter dem Motto „Theorie und Praxis der Humanitären Hilfe“. An ihm nahmen 72 internationale Referenten sowie zahlreiche Besucher teil, die sich sowohl über aktuelle Debatten als auch über akute Krisensituationen und deren Implikationen für die humanitäre Hilfe austauschten. Diskutiert wurde in 18 Paneldiskussionen und 4 Vorlesungen. Die Veranstaltungen waren sehr gut besucht und fanden oft zeitgleich statt.<sup>1</sup>

#### **I. 28. Oktober 2011: Humanitäre Hilfe in Deutschland, Europa und Afrika**

Eröffnet wurde der Kongress von Clemens Graf von Waldburg-Zeil (Deutsches Rotes Kreuz, DRK) und Dr. Ulrike von Pilar (Ärzte ohne Grenzen, MSF). Die Eröffnungsrede hielt David McCoy (People's Health Movement, London) zum Themenbereich Armutsbekämpfung und nachhaltige Entwicklung. Hierin mahnte McCoy unter anderem, dass die Probleme des Klimawandels und der globalen Ungleichheit in der Ressourcenverteilung die Arbeit der

humanitären Hilfe unterlaufen könnten. Notwendig sei ein intellektueller Rahmen, der sich kritisch mit dem Leiden von Menschen im Kontext von Reichtum auseinandersetze. Dabei solle ein moralischer Diskurs stärker in den Vordergrund rücken, welcher menschliche Not nicht nur als technisches und organisatorisches Problem betrachte. Hierfür sei eine politische Strategie notwendig, welche Nicht-Regierungsorganisationen (NGOs) einbeziehe, ohne dabei deren humanitäre Prinzipien der Neutralität und Unabhängigkeit aufzuweichen. Dabei stellt sich McCoy direkt an die Seite der Notleidenden und fordert vehement ein stärkeres politisches Engagement – eine Forderung die auf diesem Kongress aufgrund der oben erwähnten humanitären Prinzipien stark umstritten blieb.

Das erste Panel beschäftigte sich mit der aktuellen Hungersnot in Afrika und der Frage, ob es Ernährungssicherheit geben könnte. Es diskutierten Ralf Südhoff (World Food Programme, WFP, Berlin), Marita Wiggerthale (Oxfam, Berlin) und Oliver Moldenhauer (MSF, Berlin). Modериert wurde das erste Panel von Dr. Wilfried Bommert (Westdeutscher Rundfunk). Dabei wurde vor allem die Vorhersehbarkeit der aktuellen Krise am Horn von

Afrika kritisiert sowie die zögerliche Reaktion der Geberländer und die mangelnde Flexibilität der Spendentöpfe. Auch sei es eine mehrdimensionale Krise, die nicht nur der extremen Dürre, sondern auch den internen Konflikten in Somalia und den gestiegenen Lebensmittelpreisen geschuldet sei.

Südhoff warnte vor einem weiterhin steigenden Bedarf an Spendengeldern und akuter Unterfinanzierung der humanitären Hilfsaktionen. Wiggerthale hob hingegen die Zusammenhänge zwischen den gestiegenen Lebensmittelpreisen und dem Klimawandel sowie dem Kampf um Ressourcen hervor. Insbesondere der gestiegene Bedarf nach Biosprit sowie die Spekulation

\* Dr. des. Kerstin Rosenow-Williams ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht, Ruhr-Universität Bochum.

<sup>1</sup> Aufgrund der Vielfalt der Diskussionen kann hier nur ein Ausschnitt der Panels präsentiert werden. Weitere Themen, die in diesem Bericht nicht behandelt werden, waren: die humanitären Krisen im Sudan, in Pakistan und in Haiti, humanitäre Hilfe für Anfänger insbesondere für Mediziner, neue philanthropische Spender, neue Technologien in der humanitären Hilfe und medizinische Methodenfragen mit je einem Panel zu Leishmaniasis, Tuberkulose, AIDS und Cholera sowie zur Müttersterblichkeit in Afrika. Das Programm finden Sie unter: <http://www.humanitaererkongress.de/start/programme-xiii.php> (29. März 2012).

nen auf Lebensmittelpreise an den Finanzmärkten könnten die steigenden Kosten für Grundnahrungsmittel seit 2006 erklären. Bommert argumentierte, dass bis 2050 circa 9 Milliarden Menschen auf der Erde 100 % mehr Nahrungsmittel als heute bräuchten, wodurch sich die Wahrscheinlichkeit von Hungersnöten extrem erhöhen würde. Moldenhauer betonte schließlich, dass globale Investitionen in landwirtschaftliche Projekte notwendig seien, um diesen Bedarf zu decken. Die Ausgaben der offiziellen Geberländer für den Bereich der Landwirtschaft seien jedoch von 17 % des Gesamtbudgets in den 1980ern auf heute 7 % gefallen. Insbesondere sei dabei die Rolle der Frauen in der landwirtschaftlichen Arbeit zu stärken und die Frage der Nachhaltigkeit zu berücksichtigen, da heute 70 % des Frischwassers für die landwirtschaftliche Produktion verwendet wird. Im zweiten Panel wurde die Situation der humanitären Hilfe in Deutschland diskutiert. Auf dem von Dr. Julia Steets (Global Public Policy Institute, Berlin) moderierten Podium saßen Alfred Grannas (Auswärtiges Amt, AA, Berlin), Thomas Piesch (Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, BMZ), Volker Beck (MdB) sowie Andrea Padberg (VENRO, Bonn). Kritisch gesehen wurden in diesem Kontext vor allem die mangelnde Flexibilität der Budgetlinien und die komplizierte Mittelverteilung innerhalb des Steuerjahres. Angeregt wurde hierbei unter anderem eine stärkere Verzahnung der Mittel für humanitäre Hilfe und für die Entwicklungszusammenarbeit sowie eine Steigerung der bislang im Ländervergleich eher geringen Ausgaben insbesondere im Bereich der humanitären Hilfe. Aufgrund der möglichen Politisierung der humanitären Hilfe wurde jedoch davor gewarnt, das BMZ innerhalb des AA zu etablieren. Außerdem wurde darauf verwiesen, dass Deutschlands erster Bericht zur humanitären Hilfe, der eine qualitative Evaluation des Status Quo beinhaltet, bislang noch nicht verabschiedet wurde. Im dritten Panel standen die Migration nach Europa und zugehörige Migrationspolitiken im Vordergrund. Unter der Moderation von Frank Dörner (MSF, Berlin) präsentierten sich Dr. Michael Lindenbauer (Vertreter für Deutschland und Österreich bei dem United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), Berlin), Gabriele del Grande (Journalist, Rom), Nikitas Kanakis (MSF, Athen) und Honey Deihimi (Abteilungsleiter im Bundeskanzleramt, Beauftragte für Migration, Flüchtlinge und Integration, Berlin). Del Grande betonte, dass der Wunsch vieler Migranten zu reisen als Resultat der Moderne und global verbreiteter Ideale und Ziele erklärt

werden könne. Dieser Wunsch bestünde oft unabhängig von der Entwicklung des Heimatlandes. Anschließend beschrieb Kanakis die traurige Realität vieler obdachloser Flüchtlinge in Griechenland und das Engagement von MSF. Das Recht auf ein menschenwürdiges Leben würde seiner Meinung nach in Europa noch viel zu selten diskutiert. Wobei jedoch auch monetäre Grenzen der medizinischen Hilfe für illegale Migranten diskutiert werden müssten. Lindenbauer (UNHCR) stellte für 2012 ein europaweit gültiges Asylsystem in Aussicht und kritisierte Fehler im Dubliner Abkommen, welches bislang die Asylanträge in der Europäischen Union (EU) regelt. Auch er sprach sich für bessere Bedingungen sowohl beim Empfang und der Unterbringung als auch bei der Rücküberführung und Umsiedlung von Flüchtlingen innerhalb der EU aus. Migranten gebe es immer, da Menschen nun einmal zwei Beine hätten. Sobald eine Tür geschlossen sei, nähmen wir Menschen die nächste oder sprängen durchs Fenster. Dabei betonte er einerseits die Schwächen der Genfer Flüchtlingskommission, beispielsweise im Bereich Klimawandel, mahnte jedoch gleichzeitig, dass heutzutage wahrscheinlich kein weitreichender Text zustande käme.

In der letzten Diskussionsrunde des ersten Tages diskutierten Rony Brauman (MSF, Paris) und Prof. Dr. David Kennedy (Institute for Global Law and Policy, Harvard University, Boston) unter der Leitung von Antonio Donini (Feinstein International Center, Tufts University, Boston) unter der Überschrift Naturkatastrophen als Mythen humanitärer Verhandlungen.

Inhaltlich ging es letztlich um die Entwicklung der Organisation Ärzte ohne Grenzen in den letzten 35 Jahren und ihrer Positionierung zwischen Menschenrechtsaktivisten und humanitären Pragmatisten wie dem Internationalen Komitee vom Roten Kreuz (IKRK). Dabei wurde der Vorteil der medizinischen Hilfe für die lokale Bevölkerung und der damit zusammenhängende erleichterte Zugang und der erhöhte Schutz der MSF-Hilfsleistungen betont.

## II. 29. Oktober 2011: Reflektionen zu den Erfolgen und Herausforderungen der humanitären Hilfe

Der zweite Tag der Konferenz wurde von Ulrike von Pilar eröffnet. Anschließend hielt Prof. Dr. Mark Duffield (Global Insecurities Centre, Bristol University, Bristol) eine viel beachtete Rede zur Sicherheitslage der humanitären Helfer. Die anschließende Diskussion wurde moderiert von Hernán del Valle (MSF, Amsterdam). Duffield beschrieb die zunehmende Errichtung

von Festungsmauern zum Schutz der Sicherheit humanitärer Helfer, welche er mit der Privatisierung der humanitären Hilfe und der Stärkung des Sicherheitssektors in Verbindung setzte. Mauern ersetzten dabei zunehmend das vormalige Ziel der Nähe zu den Empfängern der humanitären Hilfe und seien ein Problem des „Reifungsprozesses der Hilfsindustrie“, welches auch mit einer Akzeptanzkrise des westlichen Hilfsmodells einherginge. Donini merkte in diesem Zusammenhang an, dass Mauern sowohl zur Sicherheitsarchitektur gehörten als auch als Architektur der Macht das imperiale Modell zum Ausschluss der „Barbaren“ repräsentierten.

Das zweite Panel beschäftigte sich mit der humanitären Hilfe auf EU-Ebene. Unter der Moderation von Dr. Rainer Lucht (Diakonie, Stuttgart) diskutierten Jan Artur Sienczewski (European Commission – Humanitarian Aid & Civil Protection, ECHO, Brüssel), Kathrin Schick (Voluntary Organisations in Cooperation in Emergencies, VOICE, Brüssel) und Andrea Pontiroli (MSF, Brüssel). Sienczewski verwies auf die neue EU-Vertragsgrundlage im Bereich der humanitären Hilfe, welche durch Artikel 214 des Vertrags von Lissabon (13. Dezember 2007/1. Dezember 2009) geschaffen wurde.<sup>2</sup> Des Weiteren erwähnte er ebenso wie Schick den Europäischen Konsens zur humanitären Hilfe, welcher 2008 als gemeinsame Erklärung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten, des Europäischen Parlaments und der Europäischen Kommission verabschiedet wurde.<sup>3</sup> Im Namen der 83 humanitären NGOs, die durch das VOICE-Netzwerk vertreten werden, lobte Schick die gute Einbindung der NGOs bei der Entstehung des europäischen Konsensus. Gleichzeitig betonte sie die Herausforderung, eine Politisierung der humanitären Hilfe zu verhindern. Zuletzt verwies Pontiroli auf die Bedeutung der humanitären Prinzipien und der externen Wahrnehmung humanitärer Organisationen in Krisengebieten, welche den Feldzugang erschweren könne. Dabei verwies er auf Beispiele aus Afghanistan, Somalia und Libyen.

Das dritte Panel stand unter der Überschrift „Humanitarian Space – Where Is It?“. Es wurde geleitet von Dr. Monica Serrano (Colegio de México, Mexiko). Panelisten waren Prof. Dr. David Kennedy (Harvard University, Boston), Samir Elhawary

<sup>2</sup> Amtsblatt der Europäischen Union, 53. Jahrgang, C 83, 30. März 2010, S. 143.

<sup>3</sup> Amtsblatt der Europäischen Union C 25, 30. Januar 2008, S. 1-12.

(Overseas Development Institute, London), Dr. Laure Borgomano (North Atlantic Treaty Organization, NATO, Brüssel) und Hernán del Valle (MSF, Amsterdam). Elhawy verwies zunächst auf die Zentralisierung des humanitären Systems, welches zunehmend unter Marktdynamiken operiere und von ihm als „humanitäres Kartell“ betitelt wurde. Auch sei der Begriff der NGO eigentlich falsch, da diese häufig durch Regierungen finanziert würden. Er konstatierte eine Verwestlichung des Official Development Assistance (ODA) Systems, da die Geberländer mit Ausnahme von Japan alle dem Westen zugeordnet seien und keiner übergeordneten Autorität unterstünden. Neue Akteure würden daher vielleicht aus gutem Grunde nicht mit den etablierten Akteuren kooperieren. Kennedy betonte in seiner Rede die Notwendigkeit, politische Verantwortung zu übernehmen, und sprach sich somit gegen eine Abgrenzung des humanitären vom politischen Raum aus. Die Idee des humanitären Raumes als geografisches Territorium sei problematisch. Vielmehr sollte es sich um einen Aushandlungsprozess der Akteure handeln mit dem Ziel, die Grenzen der humanitären Hilfe festzulegen. Dabei sei die gesamte Geschichte der humanitären Einsätze relevant und zu berücksichtigen, auch wenn sich die Einsätze stets unterschieden und oft genug der letzte Einsatz sich auf den aktuellsten auswirke. Borgomano betonte, dass die nationalen Regierungen (inklusive der NATO) und die humanitären Organisationen gemeinsam diese geforderte politische Verantwortung ausüben müssen. Problematisch sei dabei die Privatisierung des Sicherheitssektors, da die NATO in ihrem Handeln wenigstens demokratisch sanktioniert und regelkonform sei. Gleichzeitig unterstrich Borgomano, dass die „humanitäre Karte“ stets für politische Zwecke verwendet würde. Als letzter Redner knüpfte del Valle an die Frage nach dem humanitären Raum an und bestätigte Kennedy, dass es sich dabei nicht um einen physischen Raum, sondern um ein metaphorisches Konzept als Raum für Verhandlungen handle. Dabei sollte stets der Schutz der Bevölkerung im Zentrum stehen, wobei gleichzeitig der Schutz der Mitarbeiter bei Verhandlungen mit den ver-

schiedenen Akteuren in der Krisenregion berücksichtigt werden müsse.

Das vierte Panel beschäftigte sich mit dem Arabischen Frühling, insbesondere mit den Ereignissen in Syrien. Hierzu berichteten Bedredin Shutta (Islamic Relief UK, London), Andreas Wigger (IKRK, Genf) und Alexander Bühler (Journalist, Deutschland) unter der Moderation von Norah Niland (freie Forscherin, Genf). Shutta gab zunächst eine kurze Einschätzung zur bedeutenden Rolle von Facebook als Grundlage der Kommunikation innerhalb des Arabischen Frühlings ab. Aufgrund der Unterdrückung konnten jedoch keine großen Erwartungen an die Zivilgesellschaft gerichtet werden, weshalb die Arbeit der humanitären Organisationen erschwert wurde. Wigger verwies auf die unterschiedlichen Kontexte innerhalb der arabischen Länder und den Vorteil der Rothalmond-Organisationen, als neutrale Akteure wahrgenommen zu werden. Zu deren Aktionen gehörte beispielsweise die Verteilung von Mobiltelefonen an die Bevölkerung, sodass diese ihre Familien erreichen konnten, oder die Bereitstellung von Leichensäcken zur Ermöglichung der Identifikation der Opfer in Krankenhäusern. Bühler gab schließlich einen sehr eindringlichen Einblick in den Syrien-Konflikt. Er verwies auf das Dilemma der verwundeten Demonstranten, die nach einem Krankenhausbesuch von den Shabia-Milizen heimgesucht würden, und der damit verbundenen Errichtung von Geheimkrankenhäusern. Außerdem berichtete er von systematischen Vergewaltigungen zur Konflikteskalation, der effektiven Mediensperre und der Koordination von Widerstandszellen aus der Türkei.

Das Abschlusspanel der Konferenz stand unter dem Titel „Responsibility to Protect – Who Benefits?“. Hauptredner waren Antonio Donini (Feinstein International Center, Tufts University, Boston), Dr. Monica Serrano (Colegio de México, Mexiko) und Dr. Laure Borgomano-Loup (NATO, Brüssel). Diskussionsleiter war Andreas Wigger (IKRK, Genf). Zunächst ging Donini auf die Geschichte der Responsibility to Protect (R2P) und ihre Anwendung im Fall Libyen ein. R2P bedeutet, dass „die internationale Gemeinschaft, handelnd durch die

Vereinten Nationen (VN), in die Pflicht genommen [wird], einzugreifen, wenn nationale Behörden dabei versagen, ihre Bevölkerung vor Völkermord, Kriegsverbrechen, ethnischer Säuberung und Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu schützen“.<sup>4</sup> In Libyen wurde nun zum ersten Mal der Einsatz von militärischen Mitteln gegen die eigene Bevölkerung durch den VN-Sicherheitsrat sanktioniert.<sup>5</sup> Serrano führte anschließend aus, dass die R2P entweder als letztes Mittel zur Gewaltanwendung oder als einmalige Chance zur Wiederbelebung der Verantwortung der internationalen Gemeinschaft und der Menschenrechte gesehen werden könnte, wobei die Anwendung der R2P auch in Friedenszeiten vielversprechend sei. Menschenrechte müssten jedoch lokale Wurzeln schlagen, wobei sie auf das Beispiel Lateinamerikas einging, wo sich 50 % der Gerichtsverfahren mit Massengräueltaten beschäftigten.

Zum Schluss ging Borgomano-Loup auf die Probleme der R2P aus Sicht der NATO ein, insbesondere bezogen auf den gebotenen Schutz der Zivilbevölkerung, welcher durch die Beschränkung des Libyenmandats auf Luftangriffe nur schwer einzuhalten sei.

### 3. Fazit

Insgesamt war der 13. Humanitäre Kongress in Berlin eine gelungene Veranstaltung zum Austausch zwischen Praktikern, Wissenschaftlern und der interessierten Öffentlichkeit. Zentrale Herausforderungen der humanitären Hilfe wurden benannt und Lösungen diskutiert. Mit Sicherheit wird auch die Folgeveranstaltung, welche am 12. und 13. Oktober 2012 am Virchow Klinikum in Berlin stattfinden wird, eine ebenso interessante und gut besuchte Veranstaltung. ■

<sup>4</sup> UN Doc. A/RES/60/1, 15. September 2005, Rn. 139, zitiert nach M.C. Kettemann, UN-Sicherheitsrat beruft sich in Libyen-Resolutionen erstmals auf Responsibility to Protect, in: IFHV (Hrsg.), Bofaxe Nr. 377D, 30. März 2011.

<sup>5</sup> UN Doc. S/RES/1973, 17. März 2011.

## 2nd IWA Development Congress and Exhibition: Pioneering Water Solutions in Urbanizing Areas from 21 to 24 November 2011 in Kuala Lumpur and 6th World Water Forum: Time for Solutions from 12 to 17 March 2012 in Marseille

Lisa Hilleke\*

From 21 to 24 November 2011, the 2nd IWA Development Congress and Exhibition took place in Kuala Lumpur, Malaysia. The four-day congress carried the subtitle “Pioneering Water Solutions in Urbanizing Areas”, a newly developed focus concerning global water issues. The International Water Association (IWA) was established as a global reference point for water professionals. It constitutes a link between research and practice in all stages of the water cycle. Its goal is to find solutions to global water challenges through interdisciplinary approaches. The first IWA Development Congress took place in Mexico City in 2009 in order to find more efficient ways of water and sanitation service provision in developing countries.

On Monday, 21 November 2011, the congress and exhibition started with an opening ceremony followed by a welcome reception with the Prime Minister of Malaysia as guest of honour.

Ek Sonn Chan, the so-called ‘water hero’ from Cambodia, opened Tuesday’s conference day with a keynote speech. Entitled “Now and then – Revolutionizing a Public Water System”, he reviewed the developments in Cambodia’s public water system since 1993. The main characteristic of this “revolution” was to raise local awareness on the costs for clean drinking water with performance equaling money as the lesson learned. In his presentation, Ek Sonn Chan told an anecdote on how he met two young children of the beneficiaries and asked them: “Do you feel that something changed?” One of the children answered: “Yes, before my mum did not allow me to take a shower once a day, now she forces me to shower three times a day.” The keynote was followed by a panel discussion with three additional experts, namely Jan Janssens (IWA LAMIC (Low and Middle Income Countries) Advisory Group, CH), Almund Witz (Water and Sanitation Program-East Asia and the Pacific (WSP-EAP), Indonesia), and Rose Kaggwa (National Water & Sewerage Corporation, Uganda). Mr. Janssens started the first part of the discussion with the main outcome that a mix of short-term and long-term approaches is needed and the vicious circle of “not expecting much and blaming when things fail” needs to be overcome. It was noted that nobody wants to fall back to the bad water situation of old times. We should rather encourage cities that are on the right

way by peer-to-peer learning from each other and work on commercial and physical losses and at the same time continue their work. The panel summarised three resolutions: 1. Running a water supply is not rocket science and practitioners should not waste too much on technical issues; 2. Water delivery is not only a commercial but also a humanitarian act; and 3. Ultimately, one believes in the importance of water and commits to the earth. Further, the role of international political players and the importance of progress are emphasised. The keynote speech marked the starting point of three days of full-time parallel workshops and panel discussions, all relating to different water issues. The following report displays those workshops and panel discussions the author has participated in.

Jonathan Parkinson (IWA) held the first presentation in the panel “Integrated approaches to sanitation for healthy people and a better environment” from the co-convenors of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) and IWA. His topic dealt with the question: “Why is an integrated approach considered to be important?” Therefore, he explained that the word ‘integrated’ means to follow multi-disciplinary and integrated management approaches. These approaches are especially necessary with regards to water and sanitation as they are an integrative part of all Millennium Development Goals (MDGs). In a next step, Mr. Parkinson introduced a framework for promoting integrated sanitation for more sustainable livelihoods coming from the London School of Hygiene. This framework is following the idea of changing mindsets. He explained that it is important to be aware of people having the same messages but different ways to say, display, and explain them.

A working group session on “Sanitation: an integral component of health improvement and social development” by Günter Langergraber (University of Natural Resources and Life Sciences (BOKU), Austria) and Susmita Sinha (The Consortium for DEWATS Dissemination (CDD Society), India) followed. The main argument was that adequate sanitation is fundamental to health and social and economic development. Impact of sanitation on health and livelihoods is immense whereas livelihoods are in turn related to opportunities. Their key messages on health described function-

ing sanitation systems and investment in sanitation improve the health situation; that participatory approaches to sanitation provision improve health practices and behaviour; and that gender sensitive sanitation services improve the health of adolescent girls and women.

Further, their key messages on opportunities illustrated that functioning sanitation systems allow people to look for work and spend more time at work as they are healthy; that access to sanitation enhances opportunities for acquiring education, and therefore better livelihoods; and that access to sanitation provides women with more time for other activities such as education. Ultimately, their key messages on community development included that having access to a well-functioning sanitation facility brings people together and builds up people’s confidence to act together; that functioning sanitation systems increase the standard of living and status in society; and that successful sanitation projects help develop social assets. This was underlined with successful cases of urban stakeholder participation experiences, in which community engagement and management models worked out.

In his presentation on “Working with communities – behavior change at community level”, Hans-Joachim Mosler (Swiss Federal Institute of Aquatic Science and Technology (Eawag), Switzerland) introduced the RANAS-Model – Risk, Attitudes, Norms, Ability, Self-regulation. Perceived vulnerability and severity as factual knowledge are meant when talking about risk. Attitudes are defined as instrumental and affective beliefs, whereas norms are considered to be descriptive, injunctive and personal. Ability is characterised as action knowledge and self-efficacy, its maintenance and recovery. Lastly, self-regulation is defined as action control, planning of how to cope, remembering, and commitment. Mr. Mosler explained that all these factors can be measured with the help of regression analysis in order to be able to define which factor has to be changed. In

\* Lisa Hilleke is a PhD candidate in International Development Studies at the Institute of Development Research and Development Policy (IEE) at the Ruhr-University Bochum where she also works as a research fellow.

addition, Jennifer Inauen (PhD student of Prof. Mosler) presented on the topic “Developing behavior change strategies to enhance arsenic-safe water consumption in Bangladesh: putting theory into practice in the case of Bangladesh” and Andrea Tamas (researcher of Eawag) presented on the topic “Drivers of hand-washing behavior: applying theories of behavioral change: putting theory into practice in the case of Bolivia”. Both case studies had applied the RANAS-Model and where underlining its success.

After a coffee break, “Conversations in WASH” (water, sanitation and hygiene) constituted the afternoon session. The speakers started with a video from the WASH conference 2011 in Brisbane, Australia, and Val Curtis from London School of Hygiene emphasised that one should not talk about hygiene education but about hygiene behaviour and the potentials to change it. The starting question was: “What do we do when we don’t do hygiene?” Clarissa Brocklehurst from the United Nations Children’s Fund (UNICEF) highlighted that there are people out there that already have and use water and sanitation, but that the community management often does not work; and too many point source systems are off budget or off plan or just not in line with policy. Junaid Ahmad from the World Bank further stated that failure is not about technology or capacity but about policy, blurred accountability, pricing, and institutions. He mentioned two implications that emphasise a shift of focus in collective action from a pro-poor focus to universal access. He highlighted the importance of the middle class, as well as the need for institutional change, investment in history, the understanding of state building, and the knowledge of technology. Further, Jae So from World Bank Water and Sanitation Program (WSP) answered the question on “how to reach scale” by referring to sustainability. She built her argument on the example of Bangladesh as the birthplace of the sustainable community WatSan (Water and Sanitation). Lastly, Richard Carter from WaterAid explained that community management has served well but its limits have to become clear and need support. As demographics are changing, both rural and urban services will need to change.

On Wednesday, 23 November 2011, the conference started with a plenary and panel discussion on Malaysian water supply services and was *inter alia* followed by presentations regarding the implementation of human rights to water and sanitation. Inga Winkler (University of Düsseldorf, Germany), Legal Adviser to the United Nations Special Rapporteur on the Human Right to

Safe Drinking Water and Sanitation, talked about “Rights to water and sanitation – concepts and implementation”. She mentioned that the recognition of the human right to water in 2010 was a big step and explained the special rapporteur’s tasks and obligations with regards to the promotion of the human rights to water and sanitation. Further, she clearly noted that the implementation of these rights, just like all other human rights is the primary obligation of states. In addition, she underlined the benefits of applying the rights to water and sanitation with regards to non-discrimination, participation, sustainability and strengthening accountability. This was followed by a presentation of Robert Bos (World Health Organization (WHO), Switzerland) with the title “Beyond the MDGs, on the road to universal and satisfactory access”. He shortly recalled the history of the MDGs leading to the importance of MDG 7C with regards to access to water. In her presentation on implementing the right to sanitation, Helena Alegre (Portugal) then listed 16 measures that have to be considered when implementing this right. She included strategic, institutional, regulatory, governance, legal, territorial, financial, infrastructural, qualitative, scientific and awareness raising considerations in her argumentation. Finally, Gerard Payen’s (AquaFed (The International Federation of Private Water Operators), France) presentation on implementing the human right to safe drinking water and sanitation dealt with the implementation of this multi-dimensional right that has to be considered in international law, and by national and local water authorities. He therefore stated that setting priorities is inevitable: “giving priority to realizing a basic level of service for everyone before improving service levels for those already served” (UN Human Rights Council, 23 September 2011). Asking for sufficient quantity, safety, affordability, equity, accessibility, availability, and acceptability, he noted that the right to water has different dimensions and to satisfy all is hard to facilitate. Gerard Payen also noticed that the right to sanitation, on the other hand, lacks operational guidance and needs additional focus.

After lunch break, Paul Reiter from IWA facilitated the panel “Implementing the human rights to water and sanitation”. Different case studies from Bangladesh, Cambodia and Indonesia then showed success stories and needs for improvement.

In the evening, the IWA awarded the winners of the IWA Project Innovation Awards with the 2011 IWA Development Award. The last conference day started with a plenary and panel discussion on “Meeting the challenge of urban sanitation for poor peo-

ple” and the question what it will take to facilitate appropriate access.

The panel on “Sustainable community based solution – source to tap and back” started with an introduction by Marcia Brewster (Women in Water (WIW) Steering Committee) illustrating the importance of the WIW proposed work program in response to the fact that IWA members are mostly men and Young Water Professionals (YWP) members are mostly women. Salmah Zakharia (UN Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (ESCAP)) was the first to present on “Watershed management and urbanization”. She explained that due to the rapid global urbanisation and the fact that water underpins all economic activities, more than 90% of the challenges urban populations have to face are related to water issues. As consequences of urbanisation, cities become hotspots of water challenges and climate change impacts affect all. Water challenges are influencing not only women but also sustainable development. Ms. Zakharia’s key message was that all stakeholders do not only have a stake but practice loyalty. Afterwards, Susmita Sinha (CDD Society) presented on “Sustainable community based sanitation: the role of women” reflecting from the BORDA (Bremen Overseas Research and Development Association) network’s experiences. She raised attention to sanitation inadequacy and showed that solutions lie in people asking for solutions; simple technologies and maintenance; cost effective infrastructure; involvement of all stakeholders; and alignment with governmental programs. Further, she highlighted the goals of community-based sanitation, namely health, dignity, quality, environmental protection, to then introduce the BORDA Community Based Sanitation (CBS) approach. This approach is 1. integrated and inclusive; 2. participatory planning; 3. informed choice – demand; 4. synthesis of hardware and software; 5. stakeholders to be the change; and most importantly women play an integral role in all of this. Next to present was Kusum Athukorala (Women in Water (WIW)) on “Targeting capacity building programs to empower women water professionals in Asia”. She gave some background information on water issues in Asia and included facts from the Global Gender Gap Index 2011. She explained that the prime need is to deal with impacts and address sensitisation, knowledge, and skill building as women do not only lack access to water but also water related capacity building initiative and water education. She clearly stated that one has to look at the bottom million and that the water crisis calls for an optimisation of all resources.

This should include human resources and especially women. Ms. Athukorala emphasised on the added advantage for women as capacity developers and agents of change to react to water issues. The last one to present in this panel was Anizan Ishak (Malaysia) whose focus was on “The leadership and participation of women in IWRM (Integrated Water Resources Management) research and development: impact on the community”. In her introduction, she noted that women and men have different stakes with influential roles at all levels. Therefore, she defined the higher need for women researchers to focus on women as target groups of research. Her key message was that in the quest for knowledge and leadership in water management, women have to play an important role in leading water research.

In the afternoon session on “Creating and sustaining a capable and thriving workforce”, Themba Gumbo (Capacity Building Network (Cap-Net), South Africa) presented on “The neglected importance of institutions in motivating workforce development”. He shortly introduced Cap-Net (initiated by the United Nations Development Programme (UNDP)) to then emphasise on the role of institutions in achieving impacts as being the main driving force. The next one to present on “Designing and implementing successful water utility reform: lessons drawn from the delivery of the WBI Executive Leadership Course in Africa, Middle East and Caribbean: Introducing the eLearning Course” was Jan Janssens (World Bank Institute External Faculty). He explained that the motivation to develop this eLearning course was the conflict between financial efficiency and helping the poor. He then talked about the course setup in more detail. Imran Ali (World Bank Institute (WBI)) who was a participant further underlined the success of this course. Finally, Maarten Blokland (United Nations Human Settlements Programme (UN-HABITAT), UNESCO-IHE (International Institute for Hydraulic and

Environmental Engineering), Federation of Canadian Municipalities (FCM), Gender and Water Alliance (GWA), Netherlands Development Organization (SNV), Network for Water and Sanitation (NETWAS)) presented on “Training and capacity development for multiple stakeholders in ten towns that participate in the lake Victoria water and sanitation initiative” highlighting poverty, vulnerable groups, regional centers, neglected by development assistance as well as the issue of rapid urbanisation around Lake Victoria, the second largest fresh water source in the world. Hereafter, he explained the two components of the projects, namely initial investment and capacity development, to then lead to the staged approach. The major issues for implementation were the lacking focus on disadvantaged people; (supra) town institutions and organisations; service coverage and quality; public engagement as well as infrastructure investment and engagement. These were translated into interactive and participatory courses to educate people to do something that can be applied for quick response. The last presentations before the conference’s closing plenary were *inter alia* on “Making urban water management fit for the future – debate: key strategies divide on the path ahead”. Both, this and the closing plenary of the 2nd IWA Development Congress, constituted the go-ahead for the 6th World Water Forum in Marseille, France from 12 to 17 March 2012 asking for adaption of academic and scientific solutions for water through clear commitments.

To increase awareness of global water issues and achieve political mobilisation, the World Water Council established the World Water Forum. “It primarily serves four main purposes: to raise the importance of water on the political agenda; to support the deepening of discussions towards the solution of international water issues in the 21st century; to formulate concrete proposals and bring their importance to the world’s attention; and to generate political

commitment” (World Water Council website). After the first World Water Forum took place in Marrakech in 1997, the following forums were held every third year in different regions of the world.

The 6th World Water Forum took place in Marseille and started with an opening ceremony in the presence of numerous high-level local, French and international politicians asking for sustainable development. France’s Prime Minister François Fillon explained that the “European Peace was about coal and steel and the Mediterranean Peace will be about sun and water”. In a following ceremony, the King Hassan II Great World Water Prize was awarded to the long-term project Sahara and Sahel Observatory (SSO). Official speeches and high-level events continued all afternoon of the first conference day. In addition to these events and awarding ceremonies, the 6th World Water Forum which took place at Parc Chanot, Marseille’s convention center, consisted of two large exhibitions from different country representations and other international players in the water, sanitation and hygiene sectors, as well as up to 27 parallel sessions between 8:30 a.m. and 7:30 p.m. every day. These sessions were either political, thematic, regional, or grassroots and citizenship sessions. Their focus ranged from environmental, technical, management, legal, governance to gender issues generally all related to water. Just like in the 2nd IWA Development Congress in Kuala Lumpur four months earlier, this was a meeting of experts from all around the world, but in addition it was a meeting of global decision makers. When listening to the presentations at the World Water Forum, one could clearly connect their content with the discussions and outcomes in Kuala Lumpur, but it was obvious that there is more to it. The forum did not ask to find but to implement solutions. It asked those in power to adapt the solutions that were found before *inter alia* in the 2nd IWA Development Congress in Malaysia. ■

## „Brauchen wir neue Regelungen im humanitären Völkerrecht?“ 22. Tagung zum Humanitären Völkerrecht vom 23. bis 24. März 2012 in Ettlingen

Charlotte Lülff\*

Bietet das bestehende Regelwerk des humanitären Völkerrechts vor dem Hintergrund aktueller Geschehnisse und Entwicklungen noch eine angemessene Rechtsgrundlage?

Die jährliche „Tagung zum Humanitären Völkerrecht“ fand dieses Jahr unter dem vielseitig diskutierten Thema „Brauchen wir neue Regelungen im Humanitären Völkerrecht?“ statt und wurde durch das Bun-

desministerium der Verteidigung, das Generalsekretariat und den Landesverband Baden-Württemberg des Deutschen Roten Kreuzes (DRK) sowie das Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) der Ruhr-Universität

\* Charlotte Lülff, M.A., ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht (IFHV) der Ruhr-Universität Bochum.

Bochum in Ettlingen bei Karlsruhe ausgerichtet.

Der Begrüßung durch Staatssekretär a.D. Dr. Lorenz Menz und den DRK-Landesverband Baden-Württemberg folgend, gab Frau Dr. Heike Spieker vom DRK-Generalsekretariat eine Einführung in die Thematik der 31. Internationalen Rotkreuz-/Rothalbmond-Konferenz. Obgleich die bestehenden Regelungen als angemessene Grundlage aufgefasst werden, identifiziert das Internationale Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) vier Bereiche, in denen humanitäres und allgemeines Völkerrecht Lücken aufweisen. Der Schutz von Personen in Gefangenschaft, Umsetzungsmechanismen (insbesondere in Bereichen wie der Wiedergutmachung für Opfer von Rechtsverletzungen), der Schutz der natürlichen Umwelt und der Schutz von Binnenflüchtlingen sollten zukünftig, besonders im Rahmen nicht-internationaler bewaffneter Konflikte, von der Staatenwelt und der Rotkreuz-/Rothalbmond-Bewegung Beachtung finden. Der konservativen (Zurück-)Haltung der Staaten in Hinblick auf bindende Verträge geschuldet, wäre eine Stärkung anderer rechtlicher Formen, Regelungen im Bereich „soft law“ oder „code of conducts“, wünschenswert – die Rolle der nationalen Gesellschaften sei in dieser Hinsicht besonders zu betonen.

Regierungsdirektor Wolfgang Haager vom Zentrum Innere Führung schloss mit seinem Vortrag „Vom UN-Auftrag zum *jus in bello*“ an und lieferte einen detaillierten Überblick über Einsatzszenarien der Bundeswehr und deren rechtliche Voraussetzungen, das völkerrechtliche Mandat, den Einsatz nach den Regelungen des Systems kollektiver Sicherheit und die Zustimmung des deutschen Bundestages. Die verbindlichen Regelungen zur Anwendung militärischer Gewalt, in der Bundesrepublik festgeschrieben auf den Taschenkarten der Soldaten, wurden auch von ihm als ausreichend angesehen; neue Regelungen würden nicht benötigt.

Regierungsdirektor Ulf Häußler vom Einsatzführungsstab des Bundesministerium der Verteidigung folgte dieser Frage in seinem Vortrag: „Neue Regelungen, bessere Auslegung, effektivere Praxis?“ Auch er stand der Forderung nach neuen Regelungen kritisch gegenüber. Regelungslücken, die insbesondere durch technischen Fortschritt, so etwa in den Bereichen konventioneller Rüstung oder Cyberwarfare, sowie politische Trends wie der „Responsibility to Protect“ entstehen, lassen den Ruf

nach neuen Regelungen aufkommen. Zudem lasse sich von einer Legitimitätskrise durch Rechtsunsicherheiten im geltenden Recht sprechen. Wie geht das humanitäre Völkerrecht mit diesen Lücken und dem Realitätswandel um? Er verwies hier auf die adaptive Anwendung des bestehenden Rechts, wie etwa der Martens'schen Klausel und der Überprüfungspflicht des Artikel 36 des Ersten Zusatzprotokolls der Genfer Konventionen. Durch eine bessere Auslegung und Anwendung bestehender Regelungen sei eine effektive Praxis bereits hinreichend gesichert; neue Regelungen, so auch Häußler, wären nicht von Nöten.

Major General Charles J. Dunlap, Jr. (Ret.) diskutierte die Thematik aus Sicht der Vereinigten Staaten von Amerika und bestätigte die Einschätzung seiner Vorredner. Der Nutzen neuer Regelungen sei auch in den USA stark umstritten und genug Unterstützung auf politischer wie auch auf Bevölkerungsebene zur Ausarbeitung bindender völkerrechtlicher Abkommen ließe sich derzeit nicht erkennen. Auch in der Podiumsdiskussion unter Leitung von Dr. Dieter Fleck, Ministerialrat a.D., wurde die Forderung nach neuen Regelungen aufgegriffen und die Frage aufgeworfen, welcher Akteur dieses Anliegen auf internationaler Ebene vorantreiben könnte. Die entscheidende Rolle des IKRK als Motor der Weiterentwicklung des humanitären Völkerrechts wurde hierbei erneut betont, obgleich auch auf Kritik verwiesen wurde. So ist beispielsweise eine zu weite Auslegung seiner Rolle und eine Politisierung der Themen durch das IKRK angesprochen worden.

Der zweite Konferenztag eröffnete mit einem Ausblick zu den Regelungen zum Verbot von Streumunition. Andrea Fischer vom Bundesministerium der Verteidigung gab hierfür einen Überblick über den Oslo-Prozess und stellte die Regelungen des Oslo-Übereinkommens und des Protokoll 6 des Waffenübereinkommens der Vereinten Nationen gegenüber. In Hinblick auf den stetigen technisch-militärischen Entwicklungsprozess sah auch sie keinen Nutzen in der Schaffung neuer Regelungen für neue Entwicklungen und warf vielmehr die Frage auf, ob der Abschluss neuer Waffenverbotsabkommen nicht schlussendlich zu einer Fragmentierung des internationalen Rechts führen könnte.

Mit Katja Schöberls Beitrag zu „Konfliktparteien und Kriegsgebiet in bewaffneten Auseinandersetzungen“ rückte der Anwendungsrahmen des humanitären Völker-

rechts ins Blickfeld der Konferenz. Wer repräsentiert den Staat im Sinne des humanitären Völkerrechts? Unter welchen Umständen kommt es zu einer Ausweitung der Kriegsgebiete durch transnationale Konflikte oder Spill-Over-Effekte? Diese Fragen erörterte die Rednerin des DRK-Generalsekretariats unter Beachtung aktueller Geschehnisse in Afghanistan, Libyen und Syrien.

Prof. Dr. Claus Kreß von der Universität Köln leitete in seinem Vortrag über zur Methodik der Verhältnismäßigkeitsprüfung im humanitären Völkerrecht. Der eigentlich kaum rationalisierbaren Abwägung zwischen militärischem Nutzen und zivilem Schaden, so Kreß, könnten einige rechtliche Prüfungsschritte vorgeschaltet werden. Er verwies dabei auf drei Dokumente, denen eine solche Vorabprüfung entlehnt und abgeleitet werden kann: den Bericht der Untersuchungskommission zu der Kampfführung der North Atlantic Treaty Organization (NATO) im Kosovo 1999, den Goldstone-Bericht zu den Ereignissen in Gaza sowie die Einstellungsverfügung des deutschen Generalbundesanwalts zu Kunduz. Als separater Schritt wurde eine klassische Erforderlichkeitsprüfung, die auf dem internationalen Parkett nicht wie in Deutschland zur täglichen juristischen Praxis gehöre, diskutiert. Auf diesem Wege sei es möglich, den subjektiven Gehalt der Entscheidung, der Abwägung zwischen militärischem Nutzen und zivilem Schaden durch eine Rationalisierung der Prüfung zu schwächen.

Ass. Prof. Robert Heinsch stellte als neugewählter Bundeskonventionsbeauftragter des DRK seine Aufgaben und seine Arbeit vor. Er betonte dabei erneut die Bedeutung der Verbreitungsarbeit des DRK, welches durch eine systematische Ausbildung, Vermittlung, Beratung und Koordinierung mit anderen Akteuren einen entscheidenden Beitrag zur Umsetzung und Weiterentwicklung des humanitären Völkerrechts spielt. Die Podiumsdiskussion unter Moderation von Dr. Heike Spieker rundete den zweiten Konferenztag mit einer Debatte über die Effizienz des geltenden Rechts vor dem Hintergrund aktueller und zukünftiger Entwicklungen ab. Die Ablehnung neuer bindender Regelungen zugunsten einer Stärkung anderer Formen wie etwa aus dem Bereich „soft law“ sowie einer verbesserten Anwendung geltenden Rechts wurde auch in diesem Rahmen abschließend beauftragt.



**T. Markus Funk, Victims' Rights and Advocacy at the International Criminal Court, Oxford University Press, Oxford/New York 2010, 457 Pages, € 123**

Sergey Sayapin\*

The volume under review is the first comprehensive analysis of the procedural status of victims for the purpose of proceedings at the International Criminal Court (ICC). It offers an overview of development of international criminal justice (Parts I-III), discusses the crimes within the ICC's jurisdiction and its jurisdictional regulations (Part IV), analyses in depth victims' legal standing as subjects in ICC proceedings (Parts V, VII and IX), the status of legal counsel for victims (Part VI) and the phenomenon of group representation (Part VIII) and examines the historic and procedural value of victims' testimonies (Parts X-XI). The role of victims at the stages of pre-trial proceedings (Part XII), the main trial (Part XIII), and summation and sentencing (Part XIV) is analysed as well. The Conclusion (Part XV) is followed by detailed Appendices (pages 231 - 425), which include selected Articles from the Rome Statute, selected Rules of Procedure and Evidence, selected Regulations of the Registry and of the Court, the Code of Professional Conduct for Counsel, the Counsel Participation Form, the Victim Participation Form, and the Reparation Form. The book concludes with a Table of Authorities, a list of the ICC Legal Provisions and an Index.

The practical focus of T. Markus Funk's book is noticeable throughout its pages. As

the first book of its kind, it does have an undisputed academic value but it is, above all, a valuable tool to all involved in the practice of international criminal law – at the ICC and other bodies of international criminal justice – as judges, prosecutors or defence counsels. The historic parts provide the necessary minimum of introductory information, without overloading the principal content, and gradually focus the readers' attention on the title issue. The comparative perspectives offered by the author – himself an experienced US lawyer – provide useful insights into selected legal systems of continental and common law as well as into relevant sources of international (human rights) law on the matter. It appears that the book's quintessence is best expressed at page 41: "International law once considered victims to be little more than the objects of rights and obligations. Today, in stark contrast, both domestic justice systems and international law increasingly view victims as the subjects of such rights and obligations. This shift in thinking is critical [...]".

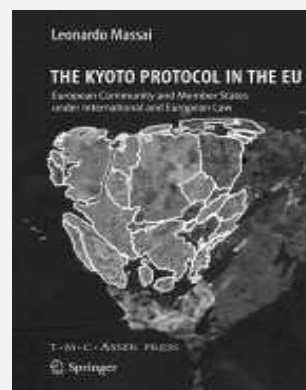
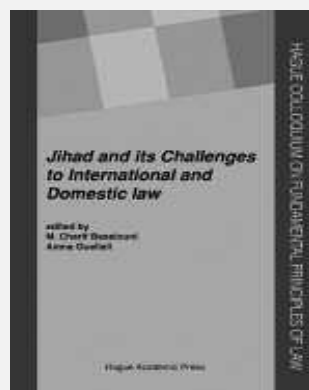
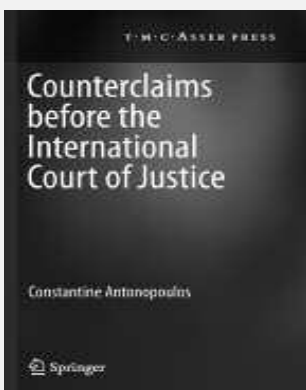
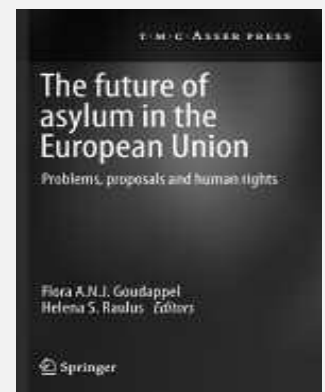
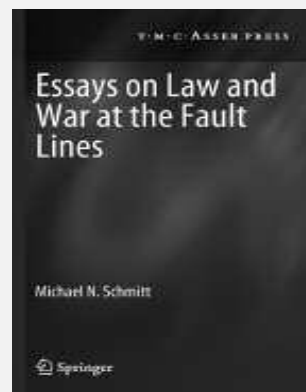
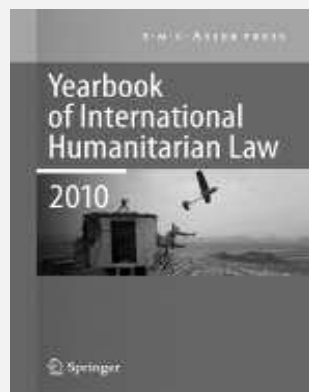
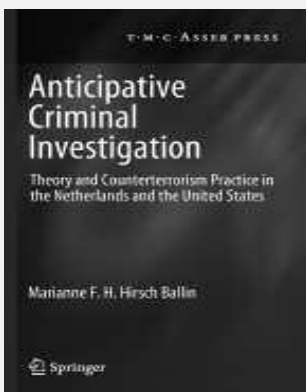
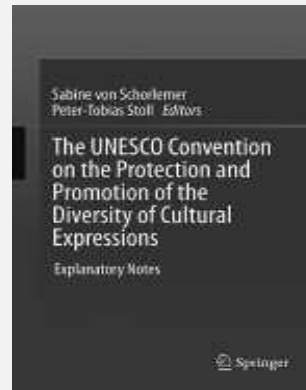
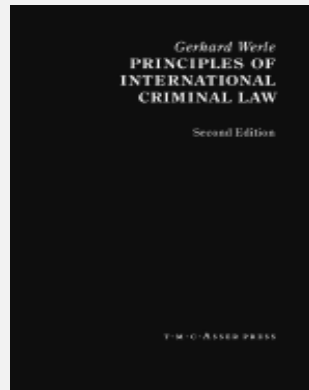
The detailed manner of the book is impressive. The author appears to have analysed virtually all provisions in the Rome Statute and the Rules of Procedure and Evidence, which have a bearing on the procedural status of victims (for an overview of such pro-

visions, see pages 81-85) and included in his analysis useful lists of questions to be asked to victims as witnesses of crimes, types of evidence to be collected, methods of recording such evidence, *et cetera*. As an experienced practitioner, he offers sample opening statements (pages 184-189), methodologies for direct examination (pages 189-199) and cross-examination of witnesses (pages 210-216), and advice on introducing material evidence (pages 200-210). In conclusion, the value of victims' testimonies for the imposition of sentences is examined (pages 219-227).

For obvious reasons, the book muses on the procedural aspects of investigating and prosecuting genocide, crimes against humanity and war crimes, and does not devote much space to the crime of aggression (pages 49-50). It is hoped that, with the adoption of the Rome Statute's provisions on the crime of aggression in June 2010, the future editions of T. Markus Funk's excellent book will take account of that crime as well. ■

\* Sergey Sayapin (sergey.sayapin@yahoo.com) is Responsible for the Programme for the Academic Circles at the Regional Delegation for Central Asia of the International Committee of the Red Cross (ICRC) and Dr. iur. candidate at Humboldt Universität zu Berlin's Chair for German and International Criminal Law, Criminal Procedure and Contemporary Legal History. This review reflects the views of the reviewer alone.

# Highlighted Titles in Law from Springer and T.M.C. Asser Press



# Humanitäres Völkerrecht



## Main topics were and are:

- Codification and implementation of IHL
- Relationship between IHL and Human Rights Law
- the development of international criminal justice
- September 11th and its effects
- International peacekeeping and enforcement
- Humanitarian crisis and international response

## Institute for International Law of Peace and Armed Conflict



### Editorial office:

Prof. Dr. Hans-Joachim Heintze  
Dr. Jana Hertwig, LL.M.  
Prof. Dr. Robin Geiß, LL.M. (NYU)  
Ass. Prof. Dr. Robert Heinsch, LL.M.  
Ass. Prof. Dr. Jann K. Kleffner, LL.M.  
Prof. Dr. Math Noortmann, LL.M., MSc  
Dr. Heike Spieker  
E-mail: [lfhv-publications@rub.de](mailto:lfhv-publications@rub.de)  
Phone: (0234) 3228259  
Fax: (0234) 3214208

## 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: Prof. Dr. Hans-Joachim Heintze and Dr. Jana Hertwig, LL.M. as well as Prof. Dr. Robin Geiß, LL.M. (NYU), Ass. Prof. Dr. Robert Heinsch, LL.M., Ass. Prof. Dr. Jann K. Kleffner, 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\***

### Subscription-service and publishing company:

DRK-Service GmbH  
Berliner Straße 83  
13189 Berlin  
E-mail: [verlag@drkservice.de](mailto:verlag@drkservice.de)  
Phone: (030) 868778-410  
Fax: (030) 868778-419

\* 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.

# Neuerscheinung in 2012

DOKUMENTE ZUM  
HUMANITÄREN  
VÖLKERRECHT  

---

DOCUMENTS ON  
INTERNATIONAL  
HUMANITARIAN LAW

2. Auflage  
Second Edition



Auswärtiges Amt



Deutsches  
Rotes  
Kreuz



Bundesministerium  
der Verteidigung