

Berliner Online-Beiträge zum Völker- und Verfassungsrecht

Beitrag Nr. 2/10
online seit 20.05.10

Heike Krieger:

Deutschland im asymmetrischen Konflikt: Kriegsrechtliche Grenzen der Anwendung militärischer Gewalt gegen Taliban-Kämpfer in Afghanistan

herausgegeben von
Univ.-Prof. Dr. Heike Krieger

Dieser Beitrag erschien auch in: D. Weingärtner (Hrsg.), Die Bundeswehr als Armee im Einsatz - Entwicklungen im nationalen und internationalen Recht, Baden-Baden 2010 (im Erscheinen)

Zitiervorschlag:

Krieger, Deutschland im asymmetrischen Konflikt: Kriegsrechtliche Grenzen der Anwendung militärischer Gewalt gegen Taliban-Kämpfer in Afghanistan in: Krieger, Berliner Online-Beiträge zum Völker- und Verfassungsrecht Nr. 2/2010, ...

Dieser Aufsatz unterliegt dem Schutz des Urheberrechts und anderer Schutzgesetze. Er darf nicht zu kommerziellen Zwecken kopiert, verbreitet, verändert oder Dritten zugänglich gemacht werden.

A. Einleitung: Schusswaffengebrauch im asymmetrischen Konflikt¹

I. Die Sicherheitslage in Afghanistan

Seit 2006 ist die Intensität der Kampfhandlungen in Afghanistan kontinuierlich angestiegen. Nach NGO-Berichten ist es den Taliban schrittweise gelungen, in weiten Teilen des Landes die lokale Wirtschaft sowie wichtige Verkehrsverbindungen und die Energieversorgung zu beherrschen.² Während zunächst Kämpfe zwischen den Truppen der sog. Operation Enduring Freedom und der Taliban im Vordergrund standen, sind mittlerweile auch die ISAF-Truppen in intensive Kampfhandlungen verwickelt. Waren militärische Operationen gegen Taliban-Kämpfer zunächst auf den Süden des Landes beschränkt, haben wohl gegen Ende des Jahres 2008 – spätestens aber zum Sommer 2009 – die Kampfhandlungen auch in der Nordregion, für die Deutschland seit Mitte 2006 die Verantwortung trägt, zugenommen.³ Die Ereignisse von Kunduz aus dem September 2009⁴ und die Gefechte mit Taliban-Kämpfern im April 2010, bei denen deutschen Soldaten getötet worden sind, belegen die Intensität der bewaffneten Auseinandersetzungen. Bis April 2010 sind laut Presseberichten 43 deutsche Soldaten im Einsatz getötet worden, 26 bei Anschlägen und Gefechten.⁵

Die Feststellung der Bundesregierung aus dem Januar 2010, dass Deutschland sich in Afghanistan in einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt befindet,⁶ ebenso wie die Ausführungen der Bundesanwaltschaft, dass deutsche Soldaten im Rahmen dieses Konfliktes als „reguläre Kombattanten zulässige Kampfhandlungen vornehmen“ dürften,⁷ sind allgemein begrüßt worden. So führte der Bundesverteidigungsminister aus, dass diese Einordnung den

¹ Der Beitrag ist im Rahmen des Teilprojekts C 8 “Humanitäre Governance in Räumen begrenzter Staatlichkeit” des SFB 700 der Deutschen Forschungsgemeinschaft entstanden.

² The International Council on Security and Development, *Stumbling into Chaos: Afghanistan on the Brink*, November 2007, S. 7f.; http://www.icosgroup.net/documents/Afghanistan_on_the_brink.pdf. Alle angegebenen Internetquellen wurden zuletzt am 19. April 2010 besucht.

³ Welt online, *ISAF: Bundeswehr-General fürchtet zunehmenden Terror*, 12. Juni 2009, <http://www.welt.de/politik/article3810798/Bundeswehr-General-fuerchtet-zunehmenden-Terror.html>; Spiegel online, *ISAF-Einsatz: NATO erwartet mehr Tote in Afghanistan*, 12. Juni 2009; <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,630166,00.html>.

⁴ Siehe Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP, BÜNDNIS 90/GRÜNE und DIE LINKE. zur Einrichtung eines Untersuchungsausschusses gem. Artikel 45 a Abs. 2 des Grundgesetzes, Wortlaut im Internet unter: http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a12/a12_ua_kundus/antrag_untersuchungsausschuss_kundus.pdf.

⁵ Welt-Online, *Bislang kamen 43 deutsche Soldaten ums Leben*, 16. April 2010; <http://www.welt.de/die-welt/politik/article7204660/Bislang-kamen-43-deutsche-Soldaten-ums-Leben.html>.

⁶ Regierungserklärung von Außenminister Westerwelle vom 10. Februar 2010, <http://www.diplo.de/diplo/de/Infoservice/Presse/Reden/2010/100210-BM-BT-Afghanistan.html>.

⁷ Pressemitteilung 8/2010 der Bundesanwaltschaft vom 19. April 2010; <http://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?themenid=12&newsid=360>.

Soldaten größtmögliche Rechtssicherheit verschaffe. Das Vorgehen der Soldaten müsse nun nach dem humanitären Völkerrecht beurteilt werden.⁸

II. Handeln zwischen kriegsrechtlichen und polizeirechtlichen Parametern

Doch was bedeutet es, dass deutsche Soldaten nun als Kombattanten zulässige Kampfhandlungen vornehmen dürfen? Dürfen deutsche Soldaten nun Taliban-Kämpfer auch dann gezielt töten, wenn von diesen keine unmittelbare militärische Bedrohung ausgeht? Darf also der Taliban-Führer, der an einem geheimen Treffen in Kabul teilnimmt, gezielt getötet werden oder ist er, wenn es die Umstände erlauben, nicht doch zu verhaften?⁹ In welchem Umfang darf dabei die Zivilbevölkerung gefährdet werden? Richtet sich das Vorgehen wirklich nur noch kriegsrechtlichen Parametern oder bleibt Raum für ein Vorgehen, das eher an polizeirechtlichen Maßstäben und menschenrechtlichen Vorgaben ausgerichtet ist? Je nach anwendbarem Recht variieren die Grenzen, die dem Einsatz von Schusswaffen gezogen sind. Das hat Auswirkungen nicht nur auf die rechtmäßigen Handlungsmöglichkeiten deutscher Soldaten, Gefährdungen entgegen zu treten, sondern gerade auch auf den Schutz der Zivilbevölkerung. Polizeiähnliche Maßnahmen sind, wenn sie von Streitkräften im Rahmen eines UN-mandatierten Einsatzes ergriffen werden, anderen Regeln unterworfen als das militärische Vorgehen gegen bewaffnete Aufständische.¹⁰ Das betrifft vor allem die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Innerstaatlich bindet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei polizeilichen Einsätzen das Handeln der Polizei strikt. Zudem finden sich weitreichende verfahrensmäßige Vorkehrungen, die den Schusswaffeneinsatz immer nur als ultima ratio nach Ausschöpfung aller anderen Mittel der Einwirkung gestatten.¹¹ Letztlich ist der Einsatz von tödlicher Gewalt gegenüber einer Person unter polizeilichen Parametern immer nur zur Abwehr einer konkreten gegenwärtigen Gefahr für höchstrangige Rechtsgüter gestattet.¹² Auch

⁸ R. Müller, Kein Verdacht eines Kriegsverbrechens, FAZ, 19.4.2010, <http://www.faz.net/s/Rub594835B672714A1DB1A121534F010EE1/Doc~EBC063887D6754F39BF6276D627BA028C~ATpl~Ecommon~Scontent.html>.

⁹ Siehe zur zentralen Bedeutung dieses Beispiels: M. Sassoli, The International Legal Framework for Stability Operations, Israel Yearbook on Human Rights 39 (2009), S. 177 (206).

¹⁰ H. Krieger, A Conflict of Norms: The Relationship Between Humanitarian Law and Human Rights Law in the ICRC Customary Law Study, Journal of Conflict and Security Law 11 (2006), S. 265 (280); s.a. H. Frister/ M. Korte/C. Kress, Die strafrechtliche Rechtfertigung militärischer Gewalt, JZ 2010, S. 10 (16); N. Melzer, Targeted Killing in International Law, 2008, S. 423f.; kritisch aus der Einsatzperspektive: D. Fleck, Law Enforcement and the conduct of hostilities: two supplementing or mutually excluding legal paradigms?, in: Fischer-Lescano et. al. (Hrsg.), Festschrift für Michael Bothe, 2008, S. 391 (403-405).

¹¹ Siehe dazu im Polizeirecht z.B. §§ 76ff Nds. SOG.

¹² § 76 Abs. 2 Nds. SOG: "Schusswaffen dürfen gegen Personen nur gebraucht werden, um angriffs- oder fluchtunfähig zu machen. Ein Schuss, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird, ist nur zulässig, wenn er das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder der gegenwärtigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist."

wenn die innerstaatlichen, an den Grund- und Menschenrechten ausgerichteten Standards nicht 1:1 in die Einsatzgebiete übertragen werden können, in denen die Sicherheitslage nicht der eines gefestigten Rechtsstaates entspricht,¹³ führt ihre Wertung bei UN-mandatierten Auslandseinsätzen unter der Schwelle des bewaffneten Konflikts zu einem strengeren Verhältnismäßigkeitsmaßstab als unter dem humanitären Völkerrecht.¹⁴

Hierin liegt ein elementarer Unterschied zum rein militärischen Handeln im bewaffneten Konflikt. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt zwar auch. Er schützt jedoch im Prinzip gerade nicht den feindlichen Kombattanten, sondern die Zivilbevölkerung, die von dem Einsatz militärischer Gewalt betroffen ist.¹⁵ Ein Einsatz militärischer Gewalt, der zur Tötung von Zivilisten oder zur Beschädigung zivilen Eigentums führen kann, ist verboten, wenn er außer Verhältnis zum erwarteten militärischen Vorteil steht.¹⁶ Hier wird der militärische Vorteil und nicht der unmittelbare Schutz eines konkreten bedrohten höchstrangigen Individualrechtsgutes in die Abwägung eingestellt.¹⁷ Unter den Bedingungen des asymmetrischen Konfliktes bedeuten die weiter gezogenen Grenzen für den Schusswaffengebrauch des humanitären Völkerrechts damit zugleich ein erhöhtes Risiko für die Zivilbevölkerung.

III. Die Auswirkungen der asymmetrischen Kriegsführung

Aber führen diese strengen rechtlichen Maßstäbe, an die die staatlichen Streitkräfte gebunden bleiben, unter den Bedingungen des asymmetrischen Konfliktes nicht zu einer Begünstigung nicht-staatlicher Gewaltakteure, wie der Taliban? Politologen wie Herfried Münkler beklagen in Konflikten zwischen staatlichen und nicht-staatlichen Akteuren eine asymmetrische Inpflichtnahme der staatlichen Streitkräfte, die den herkömmlichen (völker-)rechtlichen Normen und Bindungen unterworfen blieben, während Gruppierungen wie die Taliban sich diesen Bindungen faktisch entziehen könnten. Um dem entgegen zu wirken, sollten durch die

¹³ Zur abgestuften Wirkkraft von Grundrechten im Auslandseinsatz: H. Krieger, die gerichtliche Kontrolle von militärischen Operationen, in: D. Fleck (Hrsg.), Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte, 2004, S. 223 (241-243).

¹⁴ Frister/Korte/Kress (Fn. 10), S. 16; D. Kretzmer, Targeted Killing of Suspected Terrorists, EJIL 16 (2005), S. 171 (177-183).

¹⁵ Siehe allerdings hinten unter C. II. 2.

¹⁶ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist für den internationalen bewaffneten Konflikt in Art. 51 Abs. 5 lit. b ZP I niedergelegt. Danach ist der Angriff auf ein militärisches Ziel verboten, „bei dem damit zu rechnen ist, dass er auch Verluste an Menschenleben unter der Zivilbevölkerung, die Verwundung von Zivilpersonen, die Beschädigung ziviler Objekte oder mehrere derartige Folgen zusammen verursacht, die in keinem Verhältnis zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen.“; s.a. Art. 57 Abs. 2 ZP I; zur gewohnheitsrechtlichen Geltung im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt: Henckaerts/Doswald-Beck (Hrsg.), Customary International Humanitarian Law, Bd. 1 2005, S. 46ff.

¹⁷ Melzer (Fn. 10), S. 426f.

Einführung von Doppelstandards „Prämien auf Asymmetrierungen reduziert werden“.¹⁸ Müncklers Kritik gilt dabei nicht nur den menschenrechtlichen Bindungen, sondern sogar den humanitärvölkerrechtlichen Normen. Das humanitäre Völkerrecht sei nicht mehr geeignet, die Konfliktsituationen zu regeln, weil seine Anwendbarkeit von der Symmetrie der Akteure abhängt. Fehle die Gleichartigkeit der Akteure, die gerade erst eine Unterscheidung zwischen Kombattanten und Zivilisten ermögliche, könnten die Normen ihre Steuerungsfunktion nicht mehr erfüllen.¹⁹

Die Kritik an den Grenzen, die Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht ziehen, blendet aus, dass diese Grenzen nicht nur den Taliban-Kämpfern zugute kommen, sondern auch dem Schutz unbeteiligter Dritter dienen. Letztlich liegt dieser Kritik die Annahme zugrunde, dass sich unter den Bedingungen des asymmetrischen Konfliktes bestimmte humanitäre Forderungen nicht mehr mit den militärischen Interessen in Einklang bringen ließen. Allerdings scheint die Intensität der Auseinandersetzungen in Afghanistan der Kritik Recht zu geben. Die zunehmende Anzahl tödlicher Gefechte mit der Taliban ruft den Eindruck hervor, dass die Regelungen über den Schusswaffengebrauch die deutschen Soldaten benachteiligen und damit zugleich gefährden.²⁰ Kann das Völkerrecht also überhaupt noch einen Rechtsrahmen bieten, in dem die widerstreitenden Interessen in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden?

B. Befugnisse der deutschen ISAF-Kontingente

Die Befugnisse der deutschen ISAF-Kontingente zum Einsatz von Schusswaffen ergeben sich aus der UN Sicherheitsratsresolution 1386 (2001) und den in Folge ergangenen Resolutionen des UN-Sicherheitsrates, zuletzt 1890 (2009). Danach hat der ISAF-Einsatz zum Ziel, Afghanistan „bei der Aufrechterhaltung der Sicherheit so zu unterstützen, dass sowohl die afghanischen Staatsorgane als auch das Personal der Vereinten Nationen und anderes internationales Zivilpersonal ihre Tätigkeit in einem sicheren Umfeld ausüben können.“²¹ Status und Rechte von ISAF ergeben sich zudem aus den Stationierungsvereinbarungen, die die NATO mit der Regierung von Afghanistan abgeschlossen hat.²² Der Sicherheitsrat hat die an der Truppe teilnehmenden Mitgliedstaaten ermächtigt, „alle zur Erfüllung ihres Mandats notwendigen Maß-

¹⁸ H. Münckler, Asymmetrie und Kriegsvölkerrecht. Die Lehren des Sommerkrieges 2006, Friedenswarte 81 (2006), S. 59 (62f.).

¹⁹ Münckler (Fn. 18), S. 63.

²⁰ Z.B. P. Blechschmidt, Mehr Befugnisse für Soldaten, Süddeutsche 29. Juni 2009, <http://www.sueddeutsche.de/politik/286/476794/text/>.

²¹ UN SC Res 1510 (2003) vom 13. Oktober 2003.

²² Military Technical Agreement Between the International Security Assistance Force (ISAF) and the Interim Administration of Afghanistan, <http://www.operations.mod.uk/fingal/isafmta.pdf>.

nahmen zu ergreifen“,²³ also alle Maßnahmen, die erforderlich sind, um die afghanische Regierung bei der Aufrechterhaltung der Sicherheit zu unterstützen. Die Einsatzbeschlüsse des deutschen Bundestages fügen hinzu: „Die Wahrnehmung des Rechts zur individuellen und kollektiven Selbstverteidigung bleibt davon unberührt. Die im Rahmen dieser Operation eingesetzten Kräfte sind befugt, das Recht auf bewaffnete Nothilfe zugunsten von jedermann wahrzunehmen.“²⁴ Eine erste Grenze der Befugnisse ergibt sich damit aus der Zielsetzung des ISAF Mandates. Maßnahmen dürfen nur zur Aufrechterhaltung der Sicherheit in Afghanistan eingesetzt werden sowie gemäß der Praxis der Vereinten Nationen zu Selbstverteidigung und Nothilfe.²⁵

Allerdings könnte die Ermächtigung eine Beschränkung auf ein militärisches Vorgehen mit polizeiähnlichen Mitteln enthalten und damit militärisches Vorgehen im Rahmen von Kampfhandlungen ausschließen.²⁶ ISAF wurde im Zusammenhang mit dem Bonn Agreement²⁷ auf Grundlage von Kapitel VII SVN eingesetzt. Das Mandat von ISAF, das eine Grundlage für den zivilen Aufbau Afghanistans schaffen soll, war dabei klar vom Mandat der Operation Enduring Freedom getrennt, deren Aufgabe es war, auf Grundlage von Art. 51 SVN gegen Taliban und Al Qaida zu kämpfen.²⁸ Zudem war der Einsatz zunächst auf Kabul beschränkt, das als befriedet galt. Auch die Bezeichnung als „Stabilisierungseinsatz“ mag für die zumindest konkludente Annahme sprechen, dass das Mandat von ISAF nicht den Auftrag beinhaltet, eigentliche Kampfeinsätze zu führen. Diese Interpretation entspricht wohl auch dem ursprünglichen Verständnis der Bundesregierung, die demgemäß einen weitreichenden Vorbehalt zu den Rules of Engagement²⁹ angebracht hat. Dieser Vorbehalt hat zunächst zur Anwendung eines eher an polizeirechtlichen Maßstäben orientierten Verhältnismäßigkeitsprinzips

²³ UN SC Res 1386 (2001) vom 20. Dezember 2001.

²⁴ Antrag der Bundesregierung zur Fortsetzung an dem Einsatz von ISAF vom 7. Oktober 2008, BT-Drs. 16/10473, S. 3; in Bezug genommen vom Antrag der Bundesregierung zur Fortsetzung der Beteiligung bewaffneter deutscher Streitkräfte an dem Einsatz von ISAF vom 18. November 2009, BT-Drs. 17/39.

²⁵ Siehe dazu M. Bothe, Peace-keeping, in: Simma (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 2002, Rdnr. 76ff.

²⁶ Für diese Annahme spricht das Vorbringen der Bundesregierung im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zum Einsatz von Tornados durch ISAF in Afghanistan: „Der ISAF-Einsatz sollte im Wesentlichen mit militärischen und polizeiähnlichen Mitteln die Rahmenbedingungen für den zivilen Aufbau Afghanistans schaffen und absichern.“; BVerfG 118, 244 (246).

²⁷ Agreement on Provisional Arrangements in Afghanistan pending the Re-establishment of Permanent Government Institutions, <http://www.afhangovernment.com/AfghanAgreementBonn.htm>.

²⁸ BVerfGE 118, 244 (273).

²⁹ Zu den rules of engagement und nationalen Vorbehalten: P. Dreist, *Rules of Engagement in multinationalen Operationen*, NZWehr 2007, 45ff, 99ff, 146ff.; H. Spies, *Die Bedeutung von „Rules of Engagement“ in multinationalen Operationen*, in: D. Weingärtner (Hrsg.), *Einsatz der Bundeswehr im Ausland*, 2007, S. 115ff.

geführt,³⁰ mit der Folge, dass beispielsweise der Schusswaffengebrauch gegen Flüchtende, die erkennbar von ihrem Angriff abgelassen hatten, nicht zulässig war.³¹

Diese Interpretation ist in Anbetracht des weiten Wortlauts der Resolution aber nicht überzeugend. Für die Aufrechterhaltung der Sicherheit in Afghanistan können auch Kampfeinsätze erforderlich werden, wenn an polizeilichen Maßstäben orientierte Maßnahmen nicht mehr ausreichend sind. Die Resolution ist weit genug gefasst, um dynamisch ausgelegt zu werden. Die jeweilige tatsächliche Sicherheitslage in Afghanistan bestimmt das zulässige Maß an militärischer Gewalt. Der Sicherheitsrat hat sich jedenfalls bislang nicht gegen die Teilnahme von ISAF-Kontingenten an Kampfhandlungen im Süden Afghanistans ausgesprochen. Vielmehr wird der ISAF-Einsatz regelmäßig verlängert. Auch die afghanische Regierung hat nicht gegen die Durchführung von Kampfhandlungen durch ISAF-Kontingente protestiert. Damit ist es mit dem Mandat vereinbar, wenn ISAF-Kontingente militärische Gewalt auch im Rahmen von Kampfhandlungen einsetzen, um Taliban-Kämpfer in Afghanistan zu bekämpfen.

C. Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts

Dieser Einsatz militärischer Gewalt unterliegt aber völkerrechtlichen Grenzen, die sich aus dem humanitären Völkerrecht ergeben, sofern ein bewaffneter Konflikt vorliegt. Dabei lassen sich in Afghanistan unterschiedliche Phasen ausmachen.

I. Vorliegen eines internationalen bewaffneten Konfliktes bis zum Sommer 2002

Nach ganz überwiegender Einschätzung stellte der Konflikt in Afghanistan in seiner ersten Phase einen internationalen bewaffneten Konflikt dar.³² Die USA und ihre Verbündeten be-

³⁰ Die rules of engagement und die nationalen Vorbehalte sind nicht veröffentlicht. Darauf, dass der dort genannte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz über die Grenzen hinausgeht, die das humanitäre Völkerrecht für den bewaffneten Konflikt zieht, deuten aber auch die Ausführungen der Bundesanwaltschaft im Ermittlungsverfahren wegen des Luftangriffs vom 4. September 2009 hin: "7. Verstöße gegen innerdienstliche Vorgaben, insbesondere gegen einzelne Einsatzregeln (Rules of Engagement) sind nicht geeignet, völkerrechtlich zulässige Handlungen einzuschränken, weil solche Einsatzregeln rein intern gelten und ihnen keine völkerrechtlich verbindliche Rechtswirkung nach außen zukommt."; Presseerklärung der Bundesgeneralanwältin 8/2010 vom 19. April 2010.

³¹ S. Köbel/ A. Szander, Not Lincened to Kill, Spiegel-Online vom 19. Mai 2008, <http://www.spiegel.de/international/world/0,1518,554033,00.html>; siehe auch Mail-Online vom 20. Mai 2008, <http://www.dailymail.co.uk/news/article-1020488/German-army-officers-allow-Taliban-commander-escape--allowed-use-lethal-force.html>. Im Sommer 2009 hat das Bundesverteidigungsministerium auf den Taschenkarten, die für die deutschen Soldaten die Regeln über den Schusswaffengebrauch in Afghanistan beschreiben, die rechtlichen Möglichkeiten für den Einsatz militärischer Gewalt erweitert. Insbesondere ist der Einsatz von Schusswaffen gegen flüchtende Personen nicht mehr untersagt; siehe S. Löwenstein, Neuformulierung zum Schusswaffengebrauch, FAZ 30. Juni 2009, http://www.faz.net/s/RubDDBDABB9457A437BAA85A49C26FB23A0/Doc~E76436B5469FA4C2_9B_0E68B2EDE9E0F39~ATpl~Ecommon~Scontent.html; S. Löwenstein, Deutsche Soldaten dürfen früher schießen, FAZ 27. Juli 2009, <http://www.faz.net/s/Rub0CCA23BC3D3C4C78914F85BED3B53F3C/Doc~EC3FAB08E62D24D1A9395DBF6AF6E5AF8~ATpl~Ecommon~Scontent.html>.

kämpften das Taliban-Regime, das als stabilisiertes de-facto Regime in Afghanistan galt.³³ Solche stabilisierten de-facto Regime sind gewohnheitsrechtlich Träger völkerrechtlicher Rechte und Pflichten.³⁴ De-facto Regime können Partei eines internationalen bewaffneten Konfliktes sein. Für die Anwendung z.B. der Dritten Genfer Konvention über die Behandlung der Kriegsgefangenen ist die gegenseitige Anerkennung nicht erforderlich. Art. 4 A Abs. 3 der Konvention setzt nur voraus, dass die regulären Kräfte sich zu der nicht anerkannten Regierung bekennen. Als Truppen des de-facto Regimes der Taliban erfüllten die Taliban-Kämpfer auch das Kriterium regulärer Kräfte.³⁵

Mit der Beendigung der Taliban-Vorherrschaft im Dezember 2001³⁶, spätestens aber mit der Einsetzung der afghanischen Übergangsregierung am 19. Juni 2002³⁷ hat sich aber die Frage gestellt, ob der internationale bewaffnete Konflikt in Afghanistan beendet und welches Regime an seine Stelle getreten ist. Ist die Situation zumindest vorübergehend befriedet gewesen? Agieren die Truppen von ISAF und OEF als Besatzungsmächte im Rahmen eines fort-dauernden internationalen bewaffneten Konfliktes oder handelt es sich seither um einen nicht-internationalen bewaffneten Konflikt, in dessen Rahmen die internationalen Truppen auf Seiten der Regierung gegen Aufständische vorgehen?

II. Vorliegen eines nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes seit dem Sommer 2002

Zunächst kann man nicht annehmen, dass die Lage in Afghanistan mit der Überwindung der Taliban-Vorherrschaft befriedet war. Da die Staaten seit 1945 keine Kriegserklärungen mehr

³² Statement of President Bush, 2 Februar 2002, http://www.pegc.us/archive/White_House/bush_memo_20020207_ed.pdf; in der Literatur z.B. J. Cerone, Status of Detainees in International Armed Conflict, ASIL Insight January 2002, <http://www.hpcr.org/pdfs/OccasionalPaper6.pdf>; J. Murphy, Is US Adherence to the Rule of Law in International Affairs Feasible?, in: M. Schmitt (Hrsg.), Essays in Honour of Yoram Dinstein, S. 197 (214 et seq.); M. Sassoli, Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, Occasional Paper Series, Winter 2006, Nr. 6, S. 2, <http://www.hpcr.org/pdfs/OccasionalPaper6.pdf>; es wird auch vertreten, dass sich die USA zu diesem Zeitpunkt mit den Angehörigen von Al Quaida in einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt befunden habe; so: Supreme Court of the United States, Hamda v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006).

³³ Siehe z.B. R. Cryer, The Fine Art of Friendship: Jus in Bello in Afghanistan, Journal of Conflict & Security Law 7 (2002), S. 37 (41); Y. Dinstein, The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict, 2004, S. 47; C. Schaller, Humanitäres Völkerrecht und nicht-staatliche Gewaltakteure, SWP-Studie 2007, S. 16f.; R. Wolfrum/C. Philipp, The Status of the Taliban, in: Max Planck Yearbook of United Nations Law, 6 (2002), S. 559 (585).

³⁴ J. Frowein, De facto Regime, in R. Wolfrum (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2008, online edition, [www.mpepil.com], visited on [19 April 2010].

³⁵ Wolfrum/Philipp (Fn. 33), S. 589.

³⁶ So Schaller (Fn. 33), S. 17; D. Turns, Ius ad pacem in bello, Israel Yearbook on Human Rights 39 (2009), S. 213 (236).

³⁷ D. Diehl, Tanklasterbeschuss auf Befehl eines deutschen ISAF-Kommandeurs mit fatalen Folgen, HuV-I 23 (2010), S. 4 (15f.); S. Oeter, Das militärische Vorgehen gegenüber bewaffneten Widerstandskämpfern in besetzten Gebieten und internen Konflikten, in: A. Fischer-Lescano et al. (Hrsg.), Festschrift für Michael Bothe, 2008, S. 503 (515f.); s.a. D. Zechmeister, Die Erosion des humanitären Völkerrechts in den bewaffneten Konflikten der Gegenwart, 2007, S. 162f.

aussprechen und der Zustand des internationalen bewaffneten Konfliktes von den konkreten Umständen abhängig ist, sind auch für die Beendigung eines bewaffneten Konfliktes die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend.³⁸

Auch für das Vorliegen eines nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes ist auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen. Dabei variiert die Definition des nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes zwischen den unterschiedlichen anwendbaren Rechtsquellen. Der gemeinsamen Artikel 3 der Genfer Konventionen enthält keine genaue Definition, sondern bezieht sich allein auf den Fall eines Konfliktes, der nicht internationaler Natur ist. Hieran schließt auch die Definition von Artikel 8 Abs. 2 f des ICC-Statuts³⁹ an.⁴⁰ Demgegenüber findet sich in Artikel 1 Abs. 1 ZP II eine strenge Definition, die die Anwendung des Zweiten Protokolls von erheblichen Hürden abhängig macht.⁴¹ Nach Rechtsüberzeugung des IKRK liegt im Einklang mit der Rechtsprechung des Jugoslawien-Tribunals und zahlreichen Stimmen in der Literatur ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt vor, wenn längeranhaltende bewaffnete Auseinandersetzungen zwischen Streitkräften der Regierung und bewaffneten Gruppen auf dem Gebiet eines Staates stattfinden. Die bewaffneten Auseinandersetzungen müssen ein Minimum an Intensität aufweisen und die Parteien müssen über ein Minimum an Organisation verfügen.⁴² Für das Minimum an Intensität ist dabei entscheidend, dass die Regierung gezwungen ist, Streitkräfte gegen die bewaffneten Gruppen einzusetzen und nicht nur Polizeikräfte. Der nicht-internationale bewaffnete Konflikt ist seinerseits von internen Unruhen und Spannungen, wie z.B. einem Aufruhr oder sporadischen Gewaltakten,

³⁸ C. Greenwood, Scope of Application of Humanitarian Law, in: D. Fleck (Hrsg.), Handbook of International Humanitarian Law of International Humanitarian Law, 2. Aufl. 2008, Rdnr. 250.

³⁹ "Paragraph 2 (e) applies to armed conflicts not of an international character and thus does not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of a similar nature. It applies to armed conflicts that take place in the territory of a State when there is protracted armed conflict between governmental authorities and organized armed groups or between such groups."

⁴⁰ D. Fleck, The Law of Non-International Armed Conflicts, in ders. (Hrsg.), Handbook of International Humanitarian Law (Fn. 38), Rdnr. 1201, S. 611.

⁴¹ "1. This Protocol, which develops and supplements Article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 without modifying its existing conditions of application, shall apply to all armed conflicts which are not covered by Article 1 of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) and which take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol."

⁴² "Non-international armed conflicts are protracted armed confrontations occurring between governmental armed forces and the forces of one or more armed groups, or between such groups arising on the territory of a State [party to the Geneva Conventions]. The armed confrontation must reach a minimum level of intensity and the parties involved in the conflict must show a minimum of organization"; ICRC Opinion Paper, How is the Term Armed Conflict Defined in International Humanitarian Law?, March 2008, S. 5; s.a. ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-A, 2 October 1995, para.70; Y. Sandoz/C.Swinarski/B. Zimmermann, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, ICRC, Geneva, 1987, para. 4461.

zu unterscheiden.⁴³ Selbst in ruhigeren Phasen der Auseinandersetzung dürfte das Ausmaß bewaffneter Gewalt in Afghanistan über innere Unruhen und sporadische Gewaltakte hinausgegangen sein.⁴⁴ Trotz der Überwindung der Taliban-Vorherrschaft dauerten die Kampfhandlungen nämlich fort, sind sogar zunächst im Süden Afghanistans, ab 2008/2009 auch im Norden wieder intensiver geworden.⁴⁵

Dabei dürften die Taliban auch über ein hinreichendes Maß an Organisation verfügen. Der Erlass eines Verhaltenskodex zum Schutz von Zivilisten mag als Indiz gewertet werden, dass sich die Taliban sogar durch die fundamentalen Regeln des humanitären Völkerrechts gebunden fühlen und in der Lage sind, das humanitäre Völkerrecht durchzusetzen.⁴⁶ Damit dürften zumindest mittlerweile auch die strengeren Voraussetzungen des Zweiten Zusatzprotokolls erfüllt sein.⁴⁷ Demgemäß nehmen sowohl das Rote Kreuz als auch der UN-Generalsekretär an, dass in Afghanistan ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt vorliegt.⁴⁸ Diese Einschätzung wird u.a. auch von der britischen Regierung geteilt.⁴⁹

Für den Übergang von einer kriegerischen Besetzung im Rahmen des zunächst fortdauernden internationalen bewaffneten Konfliktes zum nicht-internationalen bewaffneten Konflikt dürfte dabei die Wahl von Präsident Karzai als Staatsoberhaupt und die Einsetzung der afghanischen Übergangsregierung durch die außerordentliche Loya Jirga im Juni 2002 entscheidend sein, die die Regierung zunächst innerstaatlich legitimiert haben.⁵⁰ Mit der Resolution 1419 (2002) haben aber auch der UN Sicherheitsrat und mit ihm die internationale Gemeinschaft die afghanische Regierung anerkannt.⁵¹ Aus der Sicht des *ius in bello* besteht seither ein Konflikt zwischen der legitimen afghanischen Regierung und den aufständischen Taliban. In diesen Konflikt greifen OEF und ISAF auf Seiten der afghanischen Regierung ein. Die vom Sicherheitsrat mandatierten ISAF-Truppen unterstützen die völkerrechtlich anerkannte Regierung

⁴³ Fleck in Handbook of International Humanitarian Law (Fn. 38), Rdnr. 1201, S. 611.

⁴⁴ Der UN Generalsekretär verweist schon in Berichten aus dem Jahr 2002 auf die fortdauernden militärischen Operationen; UN Secretary-General, The Situation in Afghanistan, UN Doc. S/2002/737 vom 11. Juli 2002, para. 32; a.A. zum Zeitpunkt März 2009: S. Spies, Berücksichtigung des humanitären Völkerrechts in Einsätzen außerhalb bewaffneter Konflikte, HuV-I 2009, S. 137 (140).

⁴⁵ UN Secretary-General, The Situation in Afghanistan, UN Doc. S/2010/127, 10. März 2010, para. 24.

⁴⁶ UN Secretary-General, The Situation in Afghanistan, UN Doc. S/2010/127, 10. März 2010, para. 24.

⁴⁷ D. Steiger/J. Bäuml, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit deutscher Soldaten, Manuskript zur Veröffentlichung, S. 7.

⁴⁸ IKRK, Aide-mémoire submitted on 18 November 2002 to Permanent Mission in Geneva, zitiert nach Fleck in Handbook of International Humanitarian Law (Fn. 38), S. 607 Fn. 8; Statement by Dr Jakob Kellenberger, President of the ICRC, New York University School of Law, 5 March 2008, <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/ihl-challenges-050308?opendocument>; UN Secretary-General, The Situation in Afghanistan, UN Doc. S/2207/643, 28. Oktober 2007, para. 7.

⁴⁹ Turns (Fn. 36), S. 236.

⁵⁰ Siehe Oeter in: Fischer-Lescano et al. (Fn. 37), S. 516f.

⁵¹ UN SC Res 1419 (2002) vom 26. Juni 2002.

Afghanistans in ihrem Kampf gegen die Aufständischen.⁵² Dabei ist es völkerrechtlich anerkannt, dass auch Staaten, die auf der Grundlage eines UN Mandates an bewaffneten Konflikten teilnehmen, an das humanitäre Völkerrecht gebunden sind.⁵³ Die Beteiligung dritter Staaten an inner-afghanischen Kämpfen auf Seiten der Regierung führt aber nicht zu einer Internationalisierung des Konfliktes.⁵⁴

Für die Einordnung als nicht-internationaler bewaffneter Konflikt spielt es dabei aus deutscher Sicht auch keine Rolle, dass die Bundesregierung erst im Februar 2010 offiziell anerkannt hat, dass in Afghanistan ein solcher Konflikt vorliegt. Ebenso wenig ist erheblich, dass weder die afghanische Regierung noch andere der truppenstellenden Staaten offiziell die Lage im ganzen Land als nicht-internationalen Konflikt qualifiziert haben.⁵⁵ Für das Vorliegen eines nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes kommt es allein darauf an, ob die objektiven Voraussetzungen der Definition nach dem gemeinsamen Artikel 3 der Genfer Konventionen bzw. nach Art. 1 ZP II vorliegen. In einem solchen Fall sind die Vertragsparteien dazu verpflichtet, die Bestimmungen des gemeinsamen Artikels 3 bzw. des Zweiten Zusatzprotokolles anzuwenden.⁵⁶

III. Re-Internationalisierung des Konfliktes?

Wie aber ist es zu bewerten, dass sie USA seit September 2008 Talibanstützpunkte in Pakistan vor allem mittels ferngesteuerter Drohnen angreifen?⁵⁷ Die USA haben damit die territoriale Souveränität Pakistan verletzt. Die pakistanische Regierung hat gegen diese Angriffe formell protestiert.⁵⁸ Nach einem weiten Verständnis des bewaffneten Konfliktes können diese Ereignisse einen bewaffneten Konflikt zwischen den USA und Pakistan ausgelöst haben.⁵⁹ Nach der Staatenpraxis scheinen an das Vorliegen eines bewaffneten Konfliktes aber immer höhere Anforderungen gestellt zu werden, so dass jedenfalls isolierte Akte nicht ausreichend

⁵² Oeter in: Fischer-Lescano et al. (Fn. 37), S. 516.

⁵³ Greenwood (Fn. 38), Rdnr. 208.

⁵⁴ Fleck in Handbook of International Humanitarian Law (Fn. 38), Rdnr. 1201.

⁵⁵ So Spies (Fn. 44), S. 140.

⁵⁶ J. Pictet, Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949, Vol. I, 1952, Artikel 3, S. 51.

⁵⁷ Siehe z.B. UN Secretary-General, The Situation in Afghanistan, UN Doc. S/2208/617, 23. September 2007, para. 2; Reuters/dpa, US Drohne tötet Zivilisten und Taliban, Süddeutsche vom 8. September 2008, <http://www.sueddeutsche.de/politik/409/309346/text/>; s.a. S. Harris, Are drone strikes murder?, National Journal 42 (2010), S. 21-28; zum rechtlichen Rahmen und zur zweifelhaften Legalität: K. Anderson, Targeted Killing in US Counterterrorism Strategy and Law, A Working Paper of the Series on Counterterrorism and American Statutory Law, 11 May 2009, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1415070.

⁵⁸ AFP/Reuters, Mutmaßliche US Drohne tötet Dutzende, Süddeutsche vom 14. Februar 2009, <http://www.sueddeutsche.de/politik/693/458347/text/>.

⁵⁹ Melzer (Fn. 10), S. 396 Fn. 15.

sind.⁶⁰ Aber selbst wenn die Intensität der Drohnenangriffe zunimmt, ist es für die Einordnung als internationaler bewaffneter Konflikt entscheidend, wer die Parteien des Konfliktes sind. Voraussetzung ist eine Anwendung militärischer Gewalt zwischen Staatsorganen bzw. de-facto Organen.⁶¹ Diese Qualität aber kommt den Taliban in Pakistan nicht zu. Kampfhandlungen mit dem pakistanischen Militär hat es bisher wohl nicht gegeben.

Auch die Praxis des Straftribunals für Ruanda unterstützt die Annahme, dass nicht-internationale bewaffnete Konflikte von internationalen Konflikten auf Grundlage der beteiligten Parteien und nicht der geographischen Ausdehnung unterschieden werden.⁶² So ist das Ruanda-Tribunal berechtigt, über Verletzungen des gemeinsamen Art. 3 GA I-IV zu entscheiden, die in den Nachbarstaaten Ruandas stattgefunden haben.⁶³ Einzelne Kampfhandlungen zwischen den USA und der Taliban in Pakistan haben demnach bislang nicht zu einer Internationalisierung des Konfliktes geführt. Dieses Ergebnis entspricht wohl auch dem Verständnis der betroffenen Parteien.

D. Anwendbare Rechtsregeln

Die zur Herstellung der Sicherheit in Afghanistan erforderlichen Mittel finden damit Grenzen an den Regeln des Regimes für den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt. Der gemeinsame Art. 3 GA I-IV enthält dabei einen Mindeststandard. Weitere Schutzvorschriften finden sich im Zweiten Zusatzprotokoll zu den Genfer Konventionen.⁶⁴ Da Afghanistan am 10. November 2009 dem Zweiten Zusatzprotokoll beigetreten ist,⁶⁵ müssen seine Vertragsstaaten nunmehr auch die Vorschriften dieses Protokolls in Afghanistan anwenden. Zudem gelten eine Vielzahl der Regeln des internationalen bewaffneten Konfliktes kraft Gewohnheitsrechts auch im nicht-internationalen Konflikt.⁶⁶

⁶⁰ Greenwood (Fn. 38), Rdnr. 202.

⁶¹ Greenwood (Fn. 38), Rdnr. 202.

⁶² Sassoli, *Transnational Armed Groups*, (Fn. 32), S. 8 f.; L. Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, 2002, S. 136.

⁶³ Artikel 1: "The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for such violations committed in the territory of neighbouring States between 1 January 1994 and 31 December 1994, in accordance with the provisions of the present Statute."; Artikel 7: "The territorial jurisdiction of the International Tribunal for Rwanda shall extend to the territory of Rwanda including its land surface and airspace as well as to the territory of neighbouring States in respect of serious violations of international humanitarian law committed by Rwandan citizens. The temporal jurisdiction of the International Tribunal for Rwanda shall extend to a period beginning on 1 January 1994 and ending on 31 December 1994."

⁶⁴ Siehe dazu Fleck in *Handbook of International Humanitarian Law* (Fn. 38), Rdnr. 1207/1209.

⁶⁵ ICRC, *State Parties to International Humanitarian Law and other Related Treaties as of 13 April 2010*; [http://www.icrc.org/IHL.nsf/\(SPF\)/party_main_treaties/\\$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/IHL.nsf/(SPF)/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf).

⁶⁶ Siehe dazu mit im Einzelfall unterschiedlichen Bewertungen: Y. Dinstein/C. Garraway/M. Schmitt, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict: With Commentary*, 2006, reprinted in 36 *Israel Yearbook*

I. Das Gebot der Unterscheidung

Beim Einsatz militärischer Gewalt⁶⁷ ist entscheidend, dass die deutschen Soldaten aufgrund von Gewohnheitsrecht und auf Grundlage von Artikel 13 ZP II zwischen Kämpfern und Zivilisten sowie zwischen militärischen und zivilen Zielen unterscheiden müssen. Zivilisten dürfen nicht das Ziel eines militärischen Angriffs sein.⁶⁸ Die Bestimmung, wer als Zivilist einzuordnen ist, ist im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt, der sich als asymmetrischer Konflikt darstellt, allerdings mit erheblichen Schwierigkeiten behaftet. Um der militärischen Überlegenheit des Gegners entgegenzutreten zu können, verstecken sich die Angehörigen der nicht-staatlichen Konfliktpartei häufig im zivilen Umfeld und tragen keine Uniformen oder andere Zeichen, die eine Differenzierung ermöglichen würden. Auch in Afghanistan werden die Kampfhandlungen dabei zum Teil in dicht besiedelte Gebiete verlegt. Nutzen bewaffnete Kämpfer zudem die Unterstützung der Zivilbevölkerung, lässt sich nur schwer zwischen denen unterscheiden, die unmittelbar an Kämpfen beteiligt sind, und denen, die als Zivilisten vor den Auswirkungen der Kampfhandlungen zu schützen sind. Ohne dies wächst die Verwechslungsgefahr. Die militärische Bekämpfung des nicht-staatlichen Gegners droht in solchen Konstellationen häufig zu erheblichen Schäden bei unbeteiligten Zivilisten zu führen.⁶⁹ Zu den Unsicherheiten in der Rechtsanwendung treten Unsicherheiten hinzu, die sich aus der nur lückenhaften vertraglichen Normierung des Rechts des nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes ergeben.

1. Einordnung als Zivilist

Im Hinblick auf die Einordnung als Zivilist stellt sich zunächst schon das Problem der fehlenden Definition. Während sich für den internationalen bewaffneten Konflikt eine Definition des Begriffs der Zivilbevölkerung in Artikel 50 ZP I findet, mangelt es im Recht des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts an einer vertraglich festgelegten Definition.⁷⁰ Staatenpraxis und Literatur haben aber bestimmte Abgrenzung herausgebildet, auch wenn nicht alle Fragen bislang abschließend geklärt sind.

on Human Rights (2006) (Special Supplement); Fleck in Handbook of International Humanitarian Law (Fn. 38), Rdnr. 1204; Henckaerts/Doswald-Beck (Fn. 16).

⁶⁷ Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf die Bedingungen des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts in Afghanistan zwischen den Taliban-Kämpfern und der von internationalen Truppen unterstützten afghanischen Regierung.

⁶⁸ Dinstein/Garraway/Schmitt (Fn. 66), 1.2.1. und 1.2.2.; Fleck in Handbook of International Humanitarian Law (Fn. 38), Rdnr. 1203; Henckaerts/Doswald-Beck (Fn. 16), rule 1.

⁶⁹ UN Secretary-General, Report on the Protection of Civilians in Armed Conflict, UN Doc. S/2009/277 vom 29. Mai 2009, para. 24.

⁷⁰ Zu den entstehungsgeschichtlichen Gründen: Henckaerts/Doswald-Beck (Fn. 16), S. 19.

Angehörige der staatlichen Regierungstruppen und von ausländischen Truppen, die auf Seiten der Regierung intervenieren, zählen angesichts ihrer Funktionen nicht zur Zivilbevölkerung.⁷¹ Aber schon die Einordnung von Angehörigen bewaffneter Gruppen der nicht-staatlichen Konfliktpartei ist umstritten. Zählen sie grundsätzlich nicht zur Zivilbevölkerung oder verlieren sie den Schutz vor militärischen Angriffen nur für den Zeitraum, in dem sie unmittelbar an Kampfhandlungen teilnehmen?

a) Angehörige bewaffneter Gruppen der nicht-staatlichen Konfliktpartei?

Die Gewohnheitsrechtsstudie des IKRK stellt fest, dass die Staatenpraxis im Hinblick auf Angehörige bewaffneter Gruppen nicht eindeutig sei, u.a. weil es an klaren Einordnungen in den staatlichen Militärhandbüchern fehle.⁷² Im Rahmen der Auslegungshilfe zum Begriff der „unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten“, die das IKRK unter Heranziehung sachverständigen Rates im Lichte von Artikel 31 der Wiener Vertragsrechtskonvention erstellt hat,⁷³ findet sich demgegenüber die Ansicht, dass Angehörige bewaffneter Gruppen, die fortdauernd Aufgaben von Kombattanten ausüben („continuous combat functions“), den Angehörigen der Regierungstreitkräfte gleichkämen und daher grundsätzlich nicht als Zivilisten eingeordnet werden könnten.⁷⁴ Daher könnten sie auch dann angegriffen werden, wenn sie gerade nicht an Feindseligkeiten teilnehmen, aber ihre dauerhafte Kombattantenfunktionen weiter ausüben.⁷⁵ In der Literatur vertreten Stimmen dagegen die Ansicht, dass auch die Angehörigen bewaffneter Gruppen ihren Schutz gegen direkte Angriffe nur solange verlieren, wie sie unmittelbar an den Feindseligkeiten teilnehmen. Damit werden sie grundsätzlich als Zivilisten eingeordnet.⁷⁶ Dabei stellt die Literatur mit Blick auf den Zweck der Regelung und menschenrechtliche Vorgaben auf funktionale Argumente ab. Da das Recht des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts dem militärischen Vorgehen gegen die eigene Bevölkerung völkerrechtliche Grenzen setze, komme militärisches Vorgehen nur dort in Betracht, wo das klassische Polizeirecht die öffentliche Ordnung nicht mehr herstellen könne. Kehre der aufständische Kämpfer aber in seinen zivilen Beruf und seine zivile Umgebung zurück, sei der Bedrohung, die von ihm ausgehe, wieder mit polizeilichen Mitteln beizukommen. Selbst wenn er die Kampfhandlungen

⁷¹ K. Dörrmann, § 11, in: Lagodny (Hrsg.), Münchener Kommentar, Bd. 6/2, München 2009, Rdnr. 37; Melzer (Fn. 10), S. 314f.

⁷² Henckaerts/Doswald-Beck (Fn. 16), S. 19.

⁷³ ICRC, Interpretive Guidance on the notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, 2009.

⁷⁴ ICRC, Interpretative Guidance (Fn. 73), S. 16; s.a. Dörrmann (Fn. 71), Rdnr. 37; Melzer (Fn. 10), S. 316.

⁷⁵ Dörrmann (Fn. 71), Rdnr. 37; ICRC, Interpretative Guidance (Fn. 73), S. 17; s.a. Sassoli, The International Legal Framework (Fn. 9), S. 191; Kretzmer (Fn. 14), S. 197f.

⁷⁶ H. Gasser, Humanitäres Völkerrecht, Eine Einführung, 2007, S. 164.

gen nur vorübergehend unterbreche oder sich nur zu Tarnzwecken in ein ziviles Umfeld zurückziehe, sei er als Zivilist zu beurteilen.⁷⁷

Diese Auslegung kann für sich ein humanitäres Grundanliegen in Anspruch nehmen, nämlich den Schutz des Rechts auf Leben nicht mehr als unbedingt erforderlich einzuschränken.⁷⁸ Ob die Norm des Artikels 2 Abs. 2 lit. c) EMRK allerdings so weit zu verstehen ist, dass sie eine Interpretation des humanitären Völkerrechts für die Vertragsstaaten der EMRK vorgibt, nach der selbst „bewaffnete Kämpfer“, die sich nur zu Tarnzwecken wieder in die Zivilbevölkerung eingliedern,⁷⁹ kein militärisches Ziel mehr darstellen, muss bezweifelt werden. Zunächst sieht Artikel 15 Abs. 2 EMRK eine Derogationsmöglichkeit von Art. 2 EMRK für den Fall rechtmäßiger Kriegshandlungen vor und räumt damit gerade dem humanitären Völkerrecht insoweit einen *lex specialis* Charakter ein.⁸⁰ Zudem kann die Beschränkung auf das unbedingt Erforderliche auch durch eine sachgerechte Anwendung der weiteren humanitär-völkerrechtlichen Verbotsnormen erreicht werden. Hier wirken die Erfordernisse militärischer Notwendigkeit, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, das Perfidieverbot sowie die Verbote von Angriffen auf eine Person, die sich ergibt oder sich außer Gefecht befindet, oder von Angriffen mit verbotenen Waffen begrenzend.

Auch die funktionale Betrachtungsweise spricht für die Gleichsetzung von Mitgliedern bewaffneter Gruppen mit den Angehörigen der Streitkräfte. Im Rahmen von Feindseligkeiten in einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt sind die Aufgaben und Funktionen von Angehörigen beider Parteien die gleichen, was dafür spricht, sie auch gleich einzuordnen und zu behandeln.⁸¹ Wäre jede Person als Zivilist zu betrachten, wäre das Gebot der Unterscheidung wohl nicht mehr operabel.⁸² Zudem begünstigte ein weites Verständnis des Begriffs „Zivilist“ gerade in der Situation des asymmetrischen Konfliktes den aufständischen Kämpfer, der sich anders als ein uniformtragender Kombattant im zivilen Umfeld verstecken kann. Auch wenn ein Kämpfer einen Angriff auf die staatlichen Streitkräfte verübt, wäre er bei einer solchen

⁷⁷ Oeter in: Fischer-Lescano et al. (Fn. 37), S. 517f.; wohl auch M. Kremnitzer, Präventives Töten, in Fleck (Fn. 13), S. 201 (211), dessen Ausführungen sich allerdings auf die gezielten Tötungen von Terroristen in den besonders gelagerten israelischen Fällen beziehen.

⁷⁸ So der Wortlaut in Art. 2 Abs. 2 c) EMRK, der den Einsatz von tödlicher Gewalt für zulässig erachtet, wenn wenn er sich aus einer unbedingt erforderlichen Gewaltanwendung ergibt: „...c) um im Rahmen der Gesetze einen Aufruhr oder einen Aufstand zu unterdrücken.“

⁷⁹ Oeter in: Fischer-Lescano et al. (Fn. 37), S. 518.

⁸⁰ Siehe dazu H. Krieger, Notstand, in Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG – Konkordanzkommentar, 2006, Rdnr. 31f. Im übrigen ist der staatliche Beurteilungsspielraum dafür, was nach der Lage unbedingt erforderlich ist, unter Art. 15 Abs.1 EMRK weiter als unter Art. 2 Abs. 2 lit. c) EMRK; siehe Krieger, a.a.O., Rdnr. 20ff.

⁸¹ Melzer (Fn. 10), S. 318.

⁸² Sassoli, *The International Legal Framework* (Fn. 9), 191; Kretzmer (Fn. 14), S. 197f.

Interpretation nach Abschluss des Angriffes wieder als Zivilperson geschützt.⁸³ Hier wäre der rechtspolitische Einwand, nach dem die Anwendung des herkömmlichen Rechts unter den Bedingungen des asymmetrischen Konfliktes zu einer Bevorzugung der nicht-staatlichen Akteure zu führen droht, nur schwer von der Hand zu weisen.

Gewichtiger noch als das Privilegierungsargument ist für die völkerrechtliche Interpretation aber die Analyse der Staatenpraxis. Allein der Umstand, dass militärische Handbücher keine eindeutigen Aussagen zur Einordnung bewaffneter Kämpfer enthalten, ist für die Beurteilung der Staatenpraxis nicht ausreichend. Melzer hat zu Recht darauf hingewiesen, dass Staaten im Fall nicht-internationaler bewaffneter Konflikte mit allgemeinen Aussagen, die als Anerkennung von Aufständischen verstanden werden könnten, zurückhaltend sind. Staatenpraxis muss hier vielmehr anhand konkreter militärischer Operationen und fehlender Verurteilungen einer bestimmten Praxis ermittelt werden. Danach spricht die Staatenpraxis dafür, dass Angehörige bewaffneter Gruppen, die fortdauernd Kombattantenfunktionen ausüben, nicht als Zivilisten eingeordnet werden und auch dann angegriffen werden dürfen, wenn sie sich gerade nicht mitten in einer militärischen Operation befinden.⁸⁴ Das spiegelt auch die Wertung des internationalen bewaffneten Konfliktes wider, dass Soldaten auf dem Gefechtsfeld ebenso wie im Hauptquartier legitime militärische Ziele bilden.⁸⁵

b) Mitgliedschaft

Jenseits dessen sind aber im Interesse des Schutzes der Zivilbevölkerung strenge Maßstäbe sowohl an die Zuordnung zu einer bewaffneten Gruppe als auch an den temporären Verlust des Schutzes als Zivilist bei unmittelbarer Teilnahme an den Feindseligkeiten zu stellen. Eine weite Interpretation drohte hier ansonsten irrtümlichen und willkürlichen Tötungen Vorschub zu leisten.⁸⁶ Denn im Rahmen eines nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes, insbesondere wenn er durch eine asymmetrische Kriegsführung bestimmt ist, ist es wiederum sehr schwierig, die bewaffneten Kämpfer von den zivilen Mitgliedern der nicht-staatlichen Konfliktpartei zu unterscheiden, soweit sie nicht durch formale Kennzeichen identifizierbar sind, wie Uniformen, besondere Zeichen und Embleme oder andere Identitätsnachweise. Es fehlt an formellen Aufnahme- oder Entlassungsakten. Gerade bei irregulären bewaffneten Verbänden

⁸³ Sassoli, *The International Legal Framework* (Fn. 9), S. 191.

⁸⁴ Melzer (Fn. 10), S. 316f. mit einem kursorischen Überblick zur Staatenpraxis; a.A. im Hinblick auf die Eindeutigkeit der Staatenpraxis: Sassoli, *The International Legal Framework* (Fn. 9), S. 193; siehe zur Frage der Ermittelbarkeit der Staatenpraxis für den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt: ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision of 2 October 1995, para. 99.

⁸⁵ Vgl. Krennitzer, *Präventives Töten*, in: Fleck (Fn. 13), S. 205; skeptisch zur Übertragbarkeit wegen der verbleibenden Unsicherheiten bei der Identifizierung: Sassoli, *The International Legal Framework* (Fn. 9), S. 194.

⁸⁶ Melzer (Fn. 10), S. 321.

wird zudem häufig nicht deutlich sein, ob die Mitgliedschaft freiwillig ist oder etwa von der Zugehörigkeit zu einem Clan abhängig ist. Da es hier an einer formellen Mitgliedschaft fehlt, kann wohl nur auf die tatsächliche Funktionsausübung abgestellt werden. Hier ist das Merkmal der kontinuierlichen Ausübung von Kombattantenfunktionen entscheiden, wobei sich die Zuordnung aus dem Kontext des Einzelfalles ergibt. Auf die abstrakte Mitgliedschaft kommt es nicht an.⁸⁷ Bestehen begründete Zweifel, ist die betreffende Person als Zivilist zu betrachten.⁸⁸ Die tatsächliche Funktionswahrnehmung, die z.B. durch das Tragen von Waffen verdeutlicht wird, gemeinsam mit einer Vermutung zugunsten der Eigenschaft, Zivilist zu sein, wird unter den Bedingungen des bewaffneten Konfliktes wohl am ehesten den Anforderungen der Offenkundigkeit entgegen kommen, die es den staatlichen Streitkräften erlauben, die vorgefundene Situation möglichst richtig einzuschätzen und Zivilisten zu identifizieren. Wesentlich sind hier der „Anschein und das eigene Eingeständnis“,⁸⁹ das mit der tatsächlichen Funktionswahrnehmung einhergeht.

c) Unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten

Auch der temporäre Verlust des Schutzes als Zivilist bei unmittelbarer Teilnahme an den Feindseligkeiten muss vor diesem Hintergrund restriktiv gehandhabt werden. Auf der Grundlage von Art. 3 GA I-IV und Art. 13 Abs. 3 ZP II genießen Zivilisten, die unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen, keinen Schutz gegen direkte Angriffe. Kehren diese Personen aber wieder in ihr ziviles Umfeld zurück, sind sie kein zulässiges Ziel solcher Angriffe mehr. Mangels vertraglicher Definitionen ist allerdings auch hier die genaue Definition und die Dauer des Verlustes des Schutzes als Zivilist sehr umstritten.⁹⁰ Ebenso wenig findet sich eine eindeutige Staatenpraxis oder eine einschlägige Rechtsprechung. Allerdings bietet auch hier die Auslegungshilfe des IKRKs zum Begriff der „unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten“ Anhaltspunkte.⁹¹

Danach bezeichnet der Begriff der „direct participation in hostilities“ einzelne Akte, die ein Individuum im Rahmen von Feindseligkeiten zwischen den Parteien eines bewaffneten Konfliktes ausübt.⁹² Geht man, wie hier, davon aus, dass die Frage, ob ein Individuum dauerhaft an Kampfhandlungen teilnimmt, entscheidend ist für die Einordnung als Zivilist oder bewaffneter Kämpfer, kommt es für die Frage der unmittelbaren Teilnahme an den Kampfhandlungen

⁸⁷ Sassoli, *The International Legal Framework* (Fn. 9), 192; Kretzmer (Fn. 14), S. 199.

⁸⁸ Siehe auch Artikel 50 ZP I.

⁸⁹ Kremnitzer, *Präventives Töten*, in Fleck (Fn. 13), S. 208.

⁹⁰ Siehe zum Streitstand: Melzer (Fn. 10), S. 334-343; 346-352.

⁹¹ ICRC, *Interpretative Guidance* (Fn.73).

⁹² ICRC, *Interpretative Guidance* (Fn.73), S. 43.

nicht mehr auf die Funktionen oder Beziehungen eines Zivilisten zu den bewaffneten Gruppen an, sondern allein auf die konkrete Handlung. Nur so lässt sich der andauernde Schutzverlust, der sich aus der funktionalen Stellung des dauerhaft Kämpfenden ergibt, vom vorübergehenden Schutzverlust unterscheiden. Wie dargelegt, ist in der Situation des bewaffneten Konfliktes für die staatlichen Streitkräfte nur schwer erkennbar, wer Zivilist ist, wer einzelne Kampfhandlungen vornimmt und wer Angehöriger einer bewaffneten Gruppe mit dauerhaften Kampffunktionen ist. Im Einsatz noch weiter zu entscheiden, ob ein Zivilist, der gegenwärtig keine spezifischen Kampfhandlungen ausführt, vielleicht in der Vergangenheit an solchen teilgenommen oder sie vorbereitet hat, erscheint kaum möglich.⁹³ Hierfür sprechen auch funktionale Argumente: Wendet sich ein Zivilist im Rahmen militärisch organisierter Gewalt gegen die staatlichen Behörden, sind polizeiliche Mittel nicht mehr ausreichend, um der von ihm ausgehenden Gefahr zu begegnen. Solange ein Zivilist im militärischen Verbund einer bewaffneten Gruppierung agiert, darf er auch mit militärischen Mitteln bekämpft werden. Übt er aber keine militärische Gewalt mehr aus, kann ihm wieder mit Mitteln, die dem polizeilichen Vorgehen entsprechen, begegnet werden.⁹⁴

Das IKRK konkretisiert die unmittelbare Teilnahme an Kampfhandlungen weiter:⁹⁵ Die Handlung der Zivilperson muss sich nachteilig auf die militärischen Operationen und Fähigkeiten der anderen Konfliktpartei auswirken oder geschützten Personen und Objekten Schaden zufügen. Des Weiteren muss eine unmittelbare ursächliche Verknüpfung zwischen einerseits dem Akt oder der militärischen Operationen, in der der Akt ausgeübt wurde, und dem zugefügten Schaden bestehen. Schließlich ist erforderlich, dass die Handlung auf die Herbeiführung des Schadens gerichtet ist.⁹⁶ Vorbereitungshandlungen und Transport sind dabei schon Bestandteil der unmittelbaren Teilnahme an den Kampfhandlungen.⁹⁷ Für Zivilisten gilt allerdings die Vermutung, dass sie im Zweifelsfall zu schützen sind.⁹⁸ Bei der Anwendung dieser Kriterien dürfte es in großem Maße auf den Einzelfall und seinen Kontext ankommen.

⁹³ ICRC, Interpretative Guidance (Fn. 73), S. 44; das IKRK hat sich damit gegen den sog. „membership approach“ entschieden; s.a. Kremnitzer, Präventives Töten, in Fleck (Fn. 13), S. 211.

⁹⁴ Vgl. mutatis mutandis Oeter in: A. Fischer-Lescano et al. (Fn. 37), S. 517f.

⁹⁵ ICRC, Interpretative Guidance (Fn. 733), S. 16.

⁹⁶ Das IKRK verlangt hier einen sog. belligerent nexus.

⁹⁷ ICRC, Interpretative Guidance (Fn. 73), S.65; s.a. zum Teil allerdings weiter Israel HCJ, PCATI v. Israel, Case No. 769/02 vom 14. Dezember 2006, §§ 34-37.

⁹⁸ Melzer (Fn. 10), S. 353.

2. Anwendung menschenrechtlicher Maßstäbe bei polizeiähnlichem Vorgehen gegen Zivilisten

Ergibt sich nach diesen Kriterien, dass eine Person als Zivilist einzuordnen ist, muss der Schusswaffengebrauch an menschenrechtlich determinierten polizeirechtlichen Maßstäben ausgerichtet werden.⁹⁹ Denn es gelten hier zunächst die sog. fundamentalen Garantien, die gegenüber allen Zivilisten in der Gewalt einer Konfliktpartei Anwendung finden.¹⁰⁰ Hierzu zählt das Verbot willkürlicher Tötungen von Zivilisten. Der Inhalt dieser gewohnheitsrechtlichen Regeln ergibt sich aus einer Zusammenschau der kriegsrechtlichen ebenso wie der menschenrechtlichen Praxis.¹⁰¹ Auf diese Weise finden die an menschenrechtlichen Vorgaben ausgerichteten polizeirechtlichen Maßstäbe Eingang in das humanitäre Völkerrecht.¹⁰²

Zugleich können die menschenrechtlichen Maßstäbe, die die polizeirechtlichen Parameter bestimmen, auch unmittelbar Anwendung finden, wenn die Streitkräfte effektive Kontrolle im Sinn regelmäßiger Ausübung der staatlichen Hoheitsgewalt über die fremden Staatsangehörigen ausüben.¹⁰³ Auch wenn das humanitäre Völkerrecht im Verhältnis zu den Menschenrechten *lex specialis* ist, werden extraterritorial anwendbare Menschenrechte bei der Verwaltung von Gebieten ebenso wie im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt nicht prinzipiell vom humanitären Völkerrecht verdrängt. Es kommt vielmehr auf den Einzelfall an. Menschenrechtliche Vorschriften können u.U. Vorrang beanspruchen.¹⁰⁴

II. Weitere Zulässigkeitsanforderungen

Dem möglichst umfangreiche Schutz der Zivilbevölkerung gerade unter den Bedingungen des asymmetrischen Konfliktes dienen aber auch die weiteren Zulässigkeitsanforderungen, die das humanitäre Völkerrecht an den Einsatz militärischer Gewalt gegen Angehörige bewaffneter Gruppen und Zivilisten, die unmittelbar an Kampfhandlungen teilnehmen, stellt.

⁹⁹ Melzer (Fn. 10), S. 400.

¹⁰⁰ Henkaerts/Doswald-Beck (Fn. 16), S. 299ff.

¹⁰¹ Henkaerts/Doswald-Beck (Fn. 16), Rule 89 S. 311.

¹⁰² Krieger, A Conflict of Norms (Fn. 10), S. 277; s.a. R. Kolb, Human Rights and Humanitarian Law, in: R. Wolfrum (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, online edition, [www.mpepil.com], visited on [19 April 2010]; Rdnr. 38ff.

¹⁰³ H. Krieger, Die Verantwortlichkeit Deutschlands nach der EMRK für seine Streitkräfte im Auslandseinsatz, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 62 (2002), S. 669ff.

¹⁰⁴ Krieger, Verantwortlichkeit (Fn. 103), S. 695 f.; Krieger, A Conflict of Norms (Fn. 10), S. 273ff.; siehe für den Fall Afghanistans: Sassoli, *The International Legal Framework* (Fn. 9), S. 207.

1. Perfidieverbot

Eine erste Begrenzung findet sich schon in den Regeln zu zulässigen Kampfmitteln und Kampfmethoden. Einschlägig sind die Verbote von Perfidie und Kriegslisten, die vor allem bestimmte Formen von undercover Aktionen zur Tötung von bewaffneten Kämpfern in zivilem Umfeld untersagen.¹⁰⁵ Danach ist es verboten, Handlungen vorzunehmen, die die Gegenpartei zur irrtümlichen Annahme einer völkerrechtlichen Schutzlage verleiten.¹⁰⁶ Als Beispiel wird in der Literatur der Fall genannt, dass sich Soldaten in Zivil in einem zivilen Umfeld bewegen, um einen Angehörigen bewaffneter Gruppen gezielt zu töten.¹⁰⁷ Das Vortäuschen eines zivilen oder Nicht-Kombattantenstatus zählt regelmäßig zu den Fällen der Perfidie.¹⁰⁸

2. Sachliche Anwendbarkeit und militärische Notwendigkeit

Des Weiteren grenzt der sachliche Anwendungsbereich der Normen den Schusswaffengebrauch ein. Auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt richtet sich der Einsatz von Schusswaffen nur dann nach den Vorgaben des humanitären Völkerrechts, wenn die Schusswaffen im Rahmen der Durchführung von Feindseligkeiten eingesetzt werden. Denn nur wenn der Einsatz militärischer Gewalt darauf gerichtet ist, die militärischen Einsatzfähigkeiten der anderen Konfliktpartei zu schwächen, ist Raum für die ratio des humanitären Völkerrechts. Dient der Schusswaffengebrauch anderen Zwecken, etwa der Verfolgung von Straftätern ohne Bezug zu militärischen Feindseligkeiten, finden am Polizeirecht orientierte Standards Anwendung.¹⁰⁹

Des Weiteren ist der Einsatz von Schusswaffen gegen Individuen nur zulässig, wenn er dem Erfordernis militärischer Notwendigkeit entspricht. Dieses Erfordernis besagt, dass ein Kriegsführender nur das Maß und die Art von Gewalt anwenden darf, die zum Besiegen des Feindes notwendig ist.¹¹⁰ Hier ist zunächst wesentlich, dass bewaffnete Kämpfer auch nur so lange legitime militärische Ziele sind, solange sie Gewalt ausüben. Legen sie ihre Waffen

¹⁰⁵ Kremnitzer, Präventives Töten, in Fleck (Fn. 13) S. 204; Melzer (Fn. 10), S. 411ff.; V.J. Proulx, If the Hat Fits, Wear It, If the Turban Fits Run For Your Life, *Hastings Law Journal* 56 (2004-2005), S. 801 (882f.).

¹⁰⁶ S. Oeter, Methods of Combat, in: D. Fleck (Hrsg.), *Handbook of International Humanitarian Law* (Fn. 38), Rdnr. 472.

¹⁰⁷ Melzer (Fn. 10), S. 414 nennt zahlreiche Beispiele; Proulx (Fn. 105), S. 883.

¹⁰⁸ Oeter in: Fleck, *Handbook of International Humanitarian Law* (Fn. 38), Rdnr. 472, S. 228.

¹⁰⁹ Melzer (Fn. 10), S. 395.

¹¹⁰ C. Greenwood, Historical Developments and Legal Basis in: Fleck, *Handbook of International Humanitarian Law* (Fn. 38), Rdnr. 131, S. 35.

nieder oder scheiden sie durch Verwundung aus dem Kampf aus, ist ihre Tötung nicht mehr erlaubt, weil sie zur Erlangung eines zulässigen militärischen Vorteils nichts mehr beiträgt.¹¹¹ Das Kriterium militärischer Notwendigkeit ist aber auch gerade deshalb so wichtig, weil es Handlungen verbietet, die im Übrigen nicht unrechtmäßig sind.¹¹² Daraus ist schon in der Vergangenheit die Schlussfolgerung gezogen worden, dass eine gezielte Tötung selbst eines Angehörigen bewaffneter Gruppen nur dann zulässig ist, wenn die Operation aller Voraussicht nach wirksam zur Erreichung einer zulässigen militärischen Zielsetzung beiträgt. Auch wenn sich diese Interpretation wohl in der Praxis nicht durchsetzen konnte,¹¹³ hat sie durch die Rechtsprechung des israelischen Obersten Gerichtshofs neue Unterstützung erhalten. Zunehmend wird vertreten, dass sich eine allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung als weiteres Kriterium aus der Voraussetzung der militärischen Notwendigkeit ergebe. Danach muss der Schaden, der den Angegriffenen selbst zugefügt wird, ebenfalls den allgemeinen Verhältnismäßigkeitsanforderungen genügen. Dazu hat der Israelische Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidungen zu gezielten Tötungen ausgeführt:

“Second, a civilian taking a direct part in hostilities cannot be attacked at such time as he is doing so, if a less harmful means can be employed. In our domestic law, that rule is called for by the principle of proportionality. Indeed, among the military means, one must choose the means whose harm to the human rights of the harmed person is smallest. Thus, if a terrorist taking a direct part in hostilities can be arrested, interrogated, and tried, those are the means which should be employed ... Trial is preferable to use of force. A rule-of-law state employs, to the extent possible, procedures of law and not procedures of force... Arrest, investigation, and trial are not means which can always be used. At times the possibility does not exist whatsoever; at times it involves a risk so great to the lives of the soldiers, that it is not required... However, it is a possibility which should always be considered. It might actually be particularly practical under the conditions of belligerent occupation, in which the army controls the area in which the operation takes place, and in which arrest, investigation, and trial are at times realizable possibilities ... Of course, given the circumstances of a certain case, that possibility might not exist. At times, its harm to nearby innocent civilians might be greater than that caused by refraining from it. In that state of affairs, it should not be used.”¹¹⁴

Diese Interpretation entspricht nicht der traditionellen Auslegung des humanitären Völkerrechts, wonach der Einsatz militärischer Gewalt gegen Kombattanten auch dann zulässig ist,

¹¹¹ Art. 3 GA I-IV; Art. 4 ZP II; Oeter in: Fleck, Handbook of International Humanitarian Law (Fn.38), Rdnr. 450, S. 193; Henkaerts/Doswald-Beck (Fn. 16), Rules 46 (Ordering that no quarters will be given is forbidden) and 47.

¹¹² Greenwood in Fleck, Handbook of International Humanitarian Law (Fn. 38), S. 38.

¹¹³ Sassoli, The International Legal Framework (Fn. 9), S. 189f.; siehe J. Pictet, Development and Principles of International Humanitarian Law, 1985, S. 75.

¹¹⁴ Israel HCJ, PCATI v. Israel, Case No. 769/02 vom 14. Dezember 2006, § 40.

wenn eine Verhaftung möglich wäre.¹¹⁵ Der Gerichtshof deutet hier vielmehr die Normen des humanitären Völkerrechts im Lichte menschenrechtlicher Vorgaben.¹¹⁶ Allerdings ginge es wohl zu weit, anzunehmen, dass die Unterschiede zwischen humanitärem Völkerrecht und den menschenrechtlich geprägten polizeirechtlichen Standards damit vollständig aufgehoben würden. Die Argumentation des israelischen Gerichtshofs ist durch die Besonderheiten der andauernden militärischen Besetzung der palästinensischen Gebiete geprägt, auf die auch die menschenrechtlichen Verpflichtungen Israels Anwendung finden.¹¹⁷ Doch auch jenseits der besonderen Situation des israelisch-palästinensischen Konfliktes ist eine solche Interpretation überall dort naheliegend, wo menschenrechtliche Verpflichtungen neben dem humanitären Völkerrecht greifen. Die Auslegung des humanitären Völkerrechts im Lichte menschenrechtlicher Vorgaben kann ohnehin die Überlegung für sich in Anspruch nehmen, dass gerade unter den Bedingungen des nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes oder der militärischen Besetzung militärisches Vorgehen nur dort in Betracht kommen kann, wo polizeiliche Mittel die öffentliche Ordnung nicht mehr herstellen können.¹¹⁸

Folglich muss also für die Frage der militärischen Notwendigkeit auf die Umstände des Einzelfalles abgestellt werden. Es kommt entscheidend darauf an, was in der konkreten Situation erforderlich ist.¹¹⁹ Danach ist auch unter den Bedingungen des Konfliktes in Afghanistan eine gezielte Tötung militärisch nicht erforderlich, wenn die Umstände des Einzelfalles eine Verhaftung erlauben würden. Das wird insbesondere dann der Fall sein, wenn die Streitkräfte und andere Sicherheitskräfte das betroffene Gebiet hinreichend kontrollieren und keine Kampfhandlungen mit weiteren Taliban zu erwarten sind.¹²⁰ Hier richtet sich das Vorgehen der Streitkräfte auch im bewaffneten Konflikt an polizeilichen Maßstäben aus.

Allerdings stellt der israelische Oberste Gerichtshof selbst klar, dass polizeiliches Vorgehen für Streitkräfte unter den Bedingungen des bewaffneten Konfliktes nicht immer möglich ist, weil das damit verbundene Risiko für die Soldaten zu hoch ist.¹²¹ So mag es nach den Umständen des Einzelfalles unmöglich sein, Taliban-Kämpfer zu verhaften. Die Unmittelbarkeit der militärischen Bedrohung, die von den Kämpfern ausgeht, ist dabei ebenso ausschlagge-

¹¹⁵ Vgl. Sassoli, *The International Legal Framework* (Fn. 9), S. 189.

¹¹⁶ M. Milanovic, *Lessons for Human Rights and Humanitarian Law in the War on Terror*, *International Review of the Red Cross*, 89 (2007), Nr. 866, S. 373 (391).

¹¹⁷ Milanovic (Fn. 115), S. 392.

¹¹⁸ Oeter in: Fischer-Lescano et al. (Fn. 37), S. 516ff.

¹¹⁹ Melzer (Fn. 10), S. 297.

¹²⁰ Sassoli, *The International Legal Framework* (Fn. 9), S. 207 gelangt für die Situation in Afghanistan zu einem vergleichbaren Ergebnis, indem er annimmt, dass menschenrechtliche Vorgaben in einer solchen Situation als *lex specialis* Vorrang genießen.

¹²¹ Israel HCJ, PCATI v. Israel, Case No. 769/02 vom 14. Dezember 2006, § 40.

bend wie die Schwere der konkreten Bedrohung für die afghanische Regierung und die internationalen Truppen. Ist das Risiko für die eigenen Truppen nicht mehr hinnehmbar, richtet sich der Einsatz demnach an kriegsrechtlichen Maßstäben aus.

Wenn auch einer solchen Interpretation Unsicherheiten in der Anwendung zu eigen sind,¹²² wird das Kriterium der militärischen Notwendigkeit auf diese Weise zum wesentlichen Mittel, Behauptungen zurückzuweisen, wonach Individuen, die nicht gegen direkte Angriffe geschützt sind, ohne weiteres gezielt getötet werden könnten.¹²³ Zugleich vermag eine solche Interpretation den Schutz von Zivilisten vor Verwechslung und unverhältnismäßigen Begleitschäden unter den Bedingungen des asymmetrischen Konfliktes zu erhöhen.

3. Humanitärvölkerrechtlicher Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Sorgfaltspflichtenanforderungen

Dem Schutz unbeteiligter Zivilisten dienen auch die weiteren Anforderungen, die der kriegsvölkerrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dem Einsatz militärischer Gewalt zieht.¹²⁴ Dem gleichen Anliegen dienen auch die Sorgfaltspflichtenanforderungen, die bei der Entscheidung eines militärischen Befehlshabers in einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt, ein Ziel anzugreifen, aufgrund gewohnheitsrechtlicher Geltung anzulegen sind.¹²⁵ Finden Tötungen inmitten einer zivilen Umgebung statt, sind möglichst umfängliche Sachverhaltsermittlungen anzustellen. Ebenso ist ein hoher Sorgfaltsmaßstab an die Wahl der einzusetzenden Waffen unter Berücksichtigung der Begleitumstände anzulegen.¹²⁶ Zudem hat der Israelische Gerichtshof in seinem Urteil zu den gezielten Tötungen deutlich gemacht, dass es gerade unter den Bedingungen asymmetrischer Konfliktführung bei der Identifizierung von Zivilisten, die unmittelbar an Kampfhandlungen teilnehmen, besonders auf die Einhaltung solcher Sorgfaltspflichten ankommt. So sollen Verwechslungen oder falsche Einordnungen vermieden werden. Zugleich hat der Gerichtshof ausgeführt, dass die Einsätze nachträglich umfassend zu untersuchen sind.¹²⁷ Derartige Pflichten lassen sich gerade auch der verfahrensrechtlichen Schutzwirkung von Menschenrechten entnehmen¹²⁸ und sind für den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte u.a.

¹²² Dies räumt auch Sassoli, *The International Legal Framework* (Fn. 9), S. 208 ein.

¹²³ Melzer (Fn. 10), S. 389.

¹²⁴ Zur gewohnheitsrechtlichen Geltung: Henkaerts/Doswald-Beck (Fn. 16), Rule 14 S. 48.

¹²⁵ Henkaerts/Doswald-Beck (Fn. 16), Rule 22 S. 69.

¹²⁶ Melzer (Fn. 10), S. 407.

¹²⁷ Israel H CJ, PCATI v. Israel, Case No. 769/02 vom 14. Dezember 2006, § 40.

¹²⁸ Siehe dazu H. Krieger, Funktionen von Grund- und Menschenrechten, in: R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.), *Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Tübingen 2006, Kapitel 6, Rdnr. 109ff.

im Fall Isayeva konkretisiert worden.¹²⁹ Dabei können die Sorgfaltspflichtenanforderungen zwar die Unsicherheiten, denen sich die Streitkräfte gegenüber sehen, nicht vollständig beseitigen. Sie bieten aber einen Weg, mit diesen Unsicherheiten umzugehen und Fehlentscheidungen soweit wie möglich zu verhindern.¹³⁰

E. Schluss: Die Aufrechterhaltung des Schutzes der Zivilbevölkerung im asymmetrischen Konflikt

Die dargelegten Zulässigkeitsgrenzen für den Einsatz militärischer Gewalt, insbesondere gezielter Tötungen von Taliban-Kämpfern in Afghanistan, zeigen, dass auch bei Vorliegen eines nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes differenzierte Einzelfallentscheidungen zu treffen sind. Das trägt auch dem Umstand Rechnung, dass in einem Stabilisierungseinsatz unter den Bedingungen eines nicht-internationalen bewaffneten Konfliktes nicht überall und zu jeder Zeit Bedingungen herrschen, die ein Vorgehen orientiert an eher polizeirechtlichen Maßstäben ausschließen.¹³¹ Dieser Ansatz mag unbefriedigend erscheinen, weil noch immer ein gewisses Maß an Unsicherheit bei den Soldaten verbleibt, das den vermeintlichen Gewinn an Rechtssicherheit, der durch die Einordnung als nicht-internationaler bewaffneter Konflikt erreicht wurde, wieder in Frage stellt. Hier kommt es zum einen auf die Erstellung klarer rules of engagement an, die nicht generalisieren, sondern auf die Bedingungen der konkreten Operation zugeschnitten sind und zwischen kriegsrechtlichen und polizeirechtlichen Parametern je nach Umständen differenzieren. Zum anderen muss jede nachträgliche staatsanwaltliche oder gerichtliche Überprüfung militärischen Handelns diesen besonderen Unsicherheiten, denen sich die Soldaten in der Situation des asymmetrischen Konfliktes ausgesetzt sehen, Rechnung tragen. Diese Schwierigkeiten machen das humanitäre Völkerrecht nicht ungeeignet, einen asymmetrischen Konflikt wie den in Afghanistan zu regeln. Sie verlangen aber eine fortschreitende Interpretation des Rechts, die versucht, einen Ausgleich zwischen den militärischen Anforderungen, den Unsicherheiten, denen sich staatliche Streitkräfte gegenüber sehen, und einem möglichst umfänglichen Schutz der Zivilbevölkerung herzustellen.

¹²⁹ ECHR, *Isayeva v. Russia*, Application no. 57950/00, 24. Februar 2005, §§ 209ff.

¹³⁰ A. Cassese, On Some Merits of the Israeli Judgement on Targeted Killings, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), S. 339 (344).

¹³¹ Sassoli, *The International Legal Framework* (Fn. 9), S. 211.