

Kein rechtsfreier Raum: Welche Regeln gelten im Auslandseinsatz?

Über die rechtlichen Grenzen von Einsätzen der Bundeswehr in internationalen Konflikten des 21. Jahrhunderts

Marc Müller, Bonn*

Dürfen Soldaten der Bundeswehr Terroristen am Hindukusch gezielt töten oder Piraten am Horn von Afrika tagelang auf Schiffen festhalten? Ist im „Krieg“ oder auf hoher See alles erlaubt oder unterliegen Soldaten auch im Ausland den gleichen Regeln wie im Inland? Kein Einsatzgebiet auf der Welt ist für die Bundeswehr ein rechtsfreier Raum. Das nationale und internationale Recht beschränkt deutsche Soldaten zwar auch nicht bis zur Handlungsunfähigkeit, doch stellen veränderte Einsatzrealitäten das Recht mitunter auf die Probe. Woraus sich die Grenzen des Handlungsspielraumes der Bundeswehr ergeben ist Gegenstand dieses Beitrages.

I. Einleitung

Die Einsätze der Bundeswehr im Ausland haben sich seit 1960 – entsprechend der gewandelten Stellung des (wiedervereinigten) Deutschlands – auf dynamische Weise von militärischer Zurückhaltung bis hin zu Kampfeinsätzen entwickelt.¹ Zu Beginn hat sich die Bundeswehr lediglich an internationalen Hilfseinsätzen beteiligt, seit den 1990er Jahren auch an UN-Friedensoperationen. Erst 1999 kam es im Kosovokrieg zum ersten großen Kampfeinsatz.² Derzeit ist die Bundeswehr mit rund 7.340 Soldaten im Ausland, insb. in Afghanistan (*ISAF*), auf dem Balkan (*KFOR*, *EUFOR*), im Mittelmeer (*UNIFIL*, *OAE*) und vor der Küste Somalias (*Atalanta*).³ Bei diesen Einsätzen unterliegen die Soldaten insbesondere dem humanitären Völkerrecht (II.) sowie den Grund- und Menschenrechten (III.).

II. Grenzen aus dem humanitären Völkerrecht

Unter humanitärem Völkerrecht (HVR) werden die internationalen Regeln verstanden, welche der Anwendung von Gewalt in bewaffneten Konflikten zwischen oder innerhalb von Staaten Grenzen setzen.⁴ Zum einen schützt es Verwundete, Kriegsgefangene, die Zivilbevölkerung, Sanitätspersonal und die Kämpfenden (*Kombattanten* oder Rebellen) selbst, indem es bestimmte Methoden und Mittel der Kriegsführung beschränkt und umfangreiche Schutzpflichten begründet. Zum anderen erlaubt es grds. aber

auch militärisch notwendige und verhältnismäßige Maßnahmen, u.a. von der Gefangennahme bis hin zur Tötung feindlicher Kämpfer.

Die für die Bundeswehr relevanten Bestimmungen finden sich insb. in den Genfer Konventionen (GK), deren Zusatzprotokollen (ZP), der Haager Landkriegsordnung (HLKO) sowie dem Völkergewohnheitsrecht. Die Anwendbarkeit des HVR ist eng an das Vorliegen eines bewaffneten Konflikts oder eine Besetzung fremder Gebiete gebunden. Zu unterscheiden ist zwischen internationalen (1.) und nicht-internationalen bzw. internen (2.) bewaffneten Konflikten, für welche verschiedene Regeln gelten; erstere werden zwischen Staaten ausgetragen, letztere unter Beteiligung nichtstaatlicher Gruppierungen.

I. Internationaler bewaffneter Konflikt und Besatzung

Unter internationalem bewaffnetem Konflikt („Krieg“) wird jede Streitigkeit zwischen zwei Staaten unter Verwendung bewaffneter Streitkräfte verstanden, wobei die Dauer und Intensität des Konflikts für die Anwendbarkeit des HVR ebenso wenig eine Rolle spielen wie die Anzahl der Opfer.⁵ Die Bundeswehr hat bislang ihr Engagement weitestgehend auf Aufgaben der Friedenssicherung und Stabilisierung beschränkt, welche kaum klassisch-militärisch geprägt und nicht gegen einen anderen Staat gerichtet waren. Der einzige nennenswerte Kampfeinsatz gegen einen anderen Staat ist bislang der Luftkrieg gegen Serbien von 1999 geblieben.⁶ In einer Klage vor dem Internationalen Gerichtshof (IGH) warf Serbien Deutschland und anderen beteiligten Staaten zahlreiche Verstöße gegen das HVR vor, wie etwa Zivilisten und historische Monumente angegriffen und verbotene Waffen eingesetzt zu haben. Ge-

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Bonn. Dieser Beitrag basiert auf einer Seminararbeit aus dem WS 2010/11 bei Prof. Dr. Klaus F. Gärditz.

¹ Brenner/Hahn, JuS 2001, 729 (ebd.).

² Zu gegenwärtigen und abgeschlossenen Einsätzen vgl. www.einsatz.bundeswehr.de.

³ Vgl. www.bundeswehr.de/portal/a/bwde/einsaetze/einsatzzahlen; Stand: 14.09.2011.

⁴ Gasser, Humanitäres Völkerrecht, Eine Einführung, 2008, S. 22.

⁵ CICR, Commentaire de la I^{ère} Convention, 1952, S. 34.

⁶ Schubert/Königeter/Jötten/Johann, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Info-Brief WD 2 – 3010 – 118/08, S. 31.

legenheit zur Äußerung über diese Vorwürfe hatte der IGH allerdings mangels Zuständigkeit nicht.⁷

Auch die Besetzung eines fremden Gebietes durch einen Staat führt zur Anwendbarkeit des HVR für den internationalen bewaffneten Konflikt. Nach der HLKO gilt ein fremdes Gebiet als besetzt, wenn das feindliche Heer in der Lage ist, über das Gebiet Gewalt auszuüben. Entscheidend ist nicht, ob vor der Besetzung eine bewaffnete Auseinandersetzung stattgefunden hat, wohl aber ob die Inbesitznahme und Kontrolle des fremden Gebietes gegen den Willen des anderen Staates erfolgte.⁸ Die Bundeswehr kann in ihren Auslandseinsätzen demnach Gebiete nur „besetzen“, wenn dies gegen den Willen des besetzten Staates geschieht. Dies ist etwa bei der *Operation Enduring Freedom* in Afghanistan anfänglich wohl der Fall gewesen.⁹ Üblicherweise agiert die Bundeswehr in fremden Gebieten jedoch mit Einverständnis des betreffenden Staates.

Aus diesen Gründen dürften die Regeln des HVR für den internationalen bewaffneten Konflikt bisher für die Bundeswehreinsetze von begrenzter Relevanz geblieben sein.

2. Interner bewaffneter Konflikt

Wesentlich relevanter für die Bundeswehr sind die Regeln des HVR für nicht-internationale bewaffnete Konflikte („Bürgerkrieg“), denn weit häufiger als Staaten stehen den Soldaten im Auslandseinsatz nichtstaatliche bewaffnete Gruppierungen gegenüber, wie etwa die Taliban in Afghanistan.

Liegt ein interner bewaffneter Konflikt vor, gelten als humanitärer Mindeststandard die Bestimmungen des gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen. Darüber hinaus ist die gewohnheitsrechtliche Geltung gewisser grundlegender Prinzipien des HVR für den internationalen Konflikt auch für interne Konflikte anerkannt.¹⁰ Die Feststellung eines internen bewaffneten Konflikts erweist sich jedoch als weit schwieriger als die des internationalen. So bleibt häufig unklar, ob die Schwelle zu einem bewaffneten Konflikt überhaupt überschritten ist.

a) Die Schwelle zum bewaffneten Konflikt

Der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) fordert hierfür eine gewisse Intensität des Konflikts, welche sich u.a. an der Zahl und Dauer einzelner Konfrontationen, der Art der eingesetzten Waffen und Ausrüstung, der Zahl der Opfer, Flüchtlinge und eingesetzten Soldaten, dem Ausmaß der Zerstörung sowie einem Einschreiten des Sicherheitsrates messen lasse.¹¹ Das Internationale Komitee vom Roten Kreuz plädiert da-

für, den Anwendungsbereich des HVR so weit wie möglich zu fassen, da dieser nur das Schutzniveau von den Staaten verlange, welches diese ohnehin als unter zivilisierten Völkern essentiell betrachteten.¹² Für den internen Konflikt kennt es keinen Kombattantenstatus, so dass Rebellen nach ihrer Festnahme nicht der Status eines Kriegsgefangenen zusteht und sie daher für ihre bloße Teilnahme an Feindseeligkeiten bestraft werden können.¹³

Den Staaten erwachsen aus einer weiten Anwendbarkeit des HVR somit keine wesentlichen Nachteile, vielmehr eröffnet es ihnen zusätzliche Handlungsmöglichkeiten. Daher erscheint es angemessen, in unklaren Fällen eine Vermutung für das Vorliegen eines internen bewaffneten Konflikts und somit die Anwendbarkeit des HVR sprechen zu lassen. So kann vermieden werden, dass die politische oder militärische Führung einer Konfliktpartei ihren Gegnern willkürlich den Schutz des HVR vorenthält.

Das 2. Zusatzprotokoll (ZP II) zu den GK ergänzt den Schutz, welchen Art. 3 der GK gewährt, ohne jedoch dessen weiteren Anwendungsbereich zu beschränken.¹⁴ Zusätzliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Protokolls ist, dass eine nichtstaatliche bewaffnete Gruppierung effektive Kontrolle über einen Teil des Hoheitsgebietes ausübt, welche sie in die Lage versetzt, anhaltende und koordinierte Kampfhandlungen durchzuführen und das ZP anzuwenden (vgl. Art. 1 I des ZP II).

b) Interner bewaffneter Konflikt in Afghanistan?

Für die Anwendbarkeit des HVR für den internen Konflikt auf Auslandseinsätze der Bundeswehr ist nach oben gesagtem die Intensität der jeweiligen Feindseeligkeiten maßgeblich. Dies soll am Beispiel des Afghanistan-Einsatzes erläutert werden.

Nach dem US Supreme Court lag in Afghanistan im Jahr 2001 zwischen den US-Streitkräften und den Kämpfern der Al Qaida ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt vor, da die Al Qaida keine staatliche Konfliktpartei sei.¹⁵ Die deutsche Bundesregierung ist seit 2010 der Ansicht, die Situation der ISAF sei auch im Einsatzgebiet der Bundeswehr im Norden Afghanistans als bewaffneter Konflikt zu qualifizieren.¹⁶

Ob tatsächlich die Schwelle zu einem bewaffneten Konflikt in diesem Gebiet (noch) überschritten ist, bleibt allerdings fraglich. Denn die terroristische Bedrohung in Afghanistan gleicht eher sporadischen Anschlägen als einem umfassenden und zentral gesteuerten Angriff. Zudem müssen nicht nur die terroristischen Angriffe in militärischer Form erfolgen, sondern auch die Gegenmaßnahmen der ISAF. Diese haben jedoch eher polizeilichen als militärischen Charakter. Gezielte und punktuelle Zugriffe auf Terroristencamps

⁷ IGH, *Serbia and Montenegro v. Germany*, Preliminary Objections v. 15.12.2004, ICJ Reports 2004, S. 720, Abs. 20, 89, 115.

⁸ *Ratner*, EJIL 16 (2005), 695 (698).

⁹ *Schubert/Königeter/Jötten/Johann*, (Fn. 6) S. 31.

¹⁰ ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Tadic*, Entscheidung. v. 02.10.1995, Abs. 127.

¹¹ ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor v. Haradinaj et al.*, Urteil v. 03.04.2008, Abs. 49.

¹² CICR, (Fn. 5), S. 54.

¹³ *Kempen/Hillgruber*, *Völkerrecht*, 2007, § 43 Rn. 35.

¹⁴ CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels*, 1986, Rn. 4457.

¹⁵ US Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld*, Urteil Nr. 05-184 vom 29.06.2006, S. 67.

¹⁶ Regierungserklärung vom 10.02.2010, Stenografische Mitschrift des Deutschen Bundestages.

bleiben unter der Schwelle zum bewaffneten Konflikt, solange sie nicht auf nennenswerte Gegenwehr stoßen.¹⁷ Gleiches gilt für die strafrechtliche Verfolgung der Terroristen mit polizeilichen Mitteln durch internationale und afghanische Soldaten.¹⁸ Auch wenn die Intensität der terroristischen Angriffe gegen die deutschen Truppen und deren Gegenwehr in letzter Zeit massiv zugenommen hat, so führt auch eine Beurteilung anhand der soeben dargestellten Kriterien des ICTY zu keinem klaren Ergebnis. Zum einen kann von Flüchtlingsströmen und massiven Kollateralschäden in der Zivilbevölkerung keine Rede sein. Auch hält sich die Anzahl dauerhaft in Gefechten eingesetzter Soldaten sowie die Dauer der einzelnen Gefechte in Grenzen. Andererseits ist der Sicherheitsrat involviert und die Bundeswehr setzt vermehrt kriegstypische Waffensysteme wie Tornados und Panzerhaubitzen ein.

Ob also ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt im Einsatzbereich der Bundeswehr vorliegt und demnach die entsprechenden Regeln des HVR dort Anwendung finden, hängt von den tatsächlichen Umständen vor Ort ab und lässt sich an dieser Stelle nicht abschließend beurteilen. Im Zweifel sollte eine Anwendbarkeit bejaht werden, zumal dadurch die Bundeswehr in ihrer Aufgabenerfüllung kaum unverhältnismäßig eingeschränkt werden dürfte.

Die Anwendbarkeit des ZP II kann jedenfalls ausgeschlossen werden. Zum einen ist bereits fraglich, ob die Taliban- und Al-Qaida-Kämpfer über eine ausreichende effektive Kontrolle über einen Teil des afghanischen Hoheitsgebietes ausüben. Zum anderen sind sie offenbar nicht gewillt, die Regeln des HVR zu respektieren. Das zeigt sich etwa darin, dass sie zu der Taktik übergegangen sind, mit dem Roten Kreuz gekennzeichnete und damit nach dem HVR besonders geschützte Sanitätsfahrzeuge gezielt zu beschießen und Kopfgelder auf getötete Ärzte auszuloben.¹⁹

III. Grenzen aus den Grund- und Menschenrechten

Viele Maßnahmen der Bundeswehr im Rahmen ihrer Aufträge erscheinen wie gesagt eher polizeilicher als militärischer Natur, wie etwa Personenkontrollen oder Festnahmen. Da hierbei das humanitäre Völkerrecht idR. nicht (vollumfänglich) anwendbar ist, stellt sich umso mehr die Frage, wie weit die universellen, regionalen und nationalen Grund- und Menschenrechte diese Maßnahmen begrenzen. Gegenstand der folgenden Betrachtung sind die Grundrechte des Grundgesetzes (GG) sowie die Menschenrechte der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR).

I. Extraterritoriale Anwendbarkeit

Um Wirkungen auf die Auslandseinsätze der Bundeswehr zu entfalten, müssen die grund- und menschenrechtlichen Normen auch im Ausland anwendbar sein.

¹⁷ Oeter, AdV 40 (2002), 422 (451).

¹⁸ Wieczorek, Unrechtmäßige Kombattanten und humanitäres Völkerrecht, 2005, S. 190.

¹⁹ Mediziner am Maschinengewehr, FAZ.net vom 03.07.2010.

a) Grundrechte des GG

Unumstritten dürfte sein, dass die Grundrechte des GG keiner räumlichen Beschränkung unterliegen, sondern die deutsche vollziehende Gewalt gem. Art 1 III vollumfänglich überall bindet, wo Staatsgewalt ausgeübt wird und deren Wirkungen eintreten, also auch im Ausland.²⁰

b) Menschenrechte der EMRK

Umstritten ist hingegen, ob und wie weit der Anwendungsbereich der EMRK bei extraterritorialem Handeln der (deutschen) Staatsgewalt eröffnet ist. Dies ist abhängig davon, ob die jeweiligen Handlungen auf Personen gerichtet sind, die der (deutschen) Hoheitsgewalt (*jurisdiction*) unterstehen (vgl. Art. 1 EMRK).

aa) Meinungsstand

Nach dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ist die EMRK zu einer regionalen Anwendung im europäischen Rechtsraum (*espace juridique*), jedoch nicht zu einer weltweiten konzipiert. Nur ausnahmsweise gelte sie auch extraterritorial, wenn der beklagte Staat eine tatsächliche Kontrolle (*effective control*) über das ausländische Gebiet und dessen Bewohner ausübe und dort zumindest einen Teil der Hoheitsgewalt übernehme.²¹ Dabei sei keine „*detailed control*“ sondern lediglich eine „*overall control*“ erforderlich.²²

Im Fall der NATO-Luftangriffe auf Belgrad im Jahr 1999 verneinte der EGMR beispielsweise eine solche tatsächliche Kontrolle,²³ in einem späteren Fall bzgl. des Kosovo nahm er sie hingegen an.²⁴ Auch stelle eine Gefangennahme durch Sicherheitskräfte auch im Ausland einen Hoheitsakt im Anwendungsbereich der EMRK dar.²⁵ Wenn aber der Sicherheitsrat eigene Befugnisse an einen Staat delegiere, aber „*ultimate authority and control*“ über den Einsatz behalten habe, sei ein Verhalten nicht einem Vertragsstaat, sondern der UNO zuzurechnen und daher gar nicht am Maßstab der EMRK zu beurteilen.²⁶

Die Literatur folgt dem EGMR hierbei nur begrenzt und wirft ihm vor, ein unerträgliches Maß an Rechtsunsicherheit geschaffen zu haben, indem er paradoxerweise gerade die internationalen Friedensmissionen, welche im Namen der universellen Menschenrechte handelten, von der Bindung an ebendiese Rechte jedenfalls partiell befreie.²⁷

Einigkeit scheint zu bestehen, dass die EMRK jedenfalls

²⁰ BVerfGE 6, 290 (295); Herdegen in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz Kommentar, Band I, 53. Aufl. 2009, Art. 1 III Rn. 71.

²¹ EGMR, Große Kammer, 12.12.2001, Rs. 52207/99 – *Bancovic et al. v. Belgium et al.*, Abs. 61, 71, 80.

²² EGMR, 16.11.2004, Rs. 31821/96 – *Issa et al. v. Turkey*, Abs. 70.

²³ EGMR, (Fn. 21), Abs. 82.

²⁴ EGMR, 02.05.2007, Rs. Nr. 71412/01 und 78166/01 – *Behrami et al. v. France and Saramati v. France et al.*, Abs. 70.

²⁵ EGMR, 12.05.2005, Rs. 46221/99 – *Öcalan v. Turkey*, Abs. 91.

²⁶ EGMR, (Fn. 24), Abs. 121 ff.

²⁷ *Rensmann*, Die Anwendbarkeit von Menschenrechten im Auslandseinsatz, in: Weingärtner (Hrsg.), Einsatz der Bundeswehr im Ausland, 2007, S. 49, (65 f.).

dann Anwendung findet, wenn ein Vertragsstaat fremde Gebiete besetzt und dort zumindest einen Teil der Gewalt übernimmt sowie bei Festnahmen von Personen.

bb) Anwendbarkeit der EMRK in Afghanistan

Ob die Bundeswehr im Auslandseinsatz stets ein ausreichendes Maß an Gewalt ausübt, um den Pflichten aus der EMRK zu unterstehen, ist jeweils abhängig von den tatsächlichen Umständen vor Ort zu beurteilen und soll nachfolgend beispielhaft am Einsatz der ISAF in Afghanistan betrachtet werden.

Die Rechtsprechung scheint hierzu bislang zu schweigen. Im Schrifttum wird eine Anwendbarkeit der EMRK zum Teil abgelehnt. Nähmen deutsche Soldaten Kämpfer der Al-Qaida oder Taliban fest, unterständen diese zwar der deutschen Hoheitsgewalt. Die ISAF habe jedoch nur die Aufgabe, die afghanischen Kräfte zu unterstützen, aber keine eigene Verantwortung, ein sicheres Umfeld zu garantieren und keine Berechtigung zur Durchsetzung der entsprechenden Abkommen gegenüber der afghanischen Regierung. Deswegen sei die EMRK grds. unanwendbar.²⁸ Für diese Auffassung spricht insb. die Resolution 1386 (2001) des Sicherheitsrates, welche allein den Afghanen die Verantwortung für die Herstellung von Sicherheit, Recht und Ordnung zuweist.

Hinsichtlich einer solchen pauschalen Freistellung besteht aber kein Konsens. Alternativ wird gefordert, nicht an die Hauptverantwortung für die Gewährleistung der Sicherheit anzuknüpfen, sondern an die Verantwortlichkeit für die konkreten Maßnahmen.²⁹ Die Realität hat gezeigt, dass auch die Bundeswehr, auch wenn sie nur unterstützend tätig ist, erhebliche Schäden in Eigenregie verursachen kann. Erinnert sei etwa an den von der Bundeswehr befohlenen Luftschlag gegen zwei Tanklastwagen bei Kunduz in Afghanistan am 04.09.2009 mit bis zu 142 Toten. Daher erscheint letztere Meinung vorzugswürdig. Eine pauschale Ausnahme aller Handlungen der Bundeswehr im Rahmen von ISAF aus dem Anwendungsbereich der EMRK erscheint vor diesem Hintergrund insb. dann äußerst fragwürdig, wenn man gleichzeitig die Anwendbarkeit des HVR auf das Einsatzgebiet der Bundeswehr ablehnt.

cc) Anwendbarkeit der EMRK auf dem Balkan

Für die Balkan-Einsätze der Bundeswehr dürfte eine Anwendbarkeit der EMRK zu bejahen sein. Das hat der EGMR bereits bezüglich der *KFOR* und *UNMIK* für das Kosovo entschieden.³⁰ Die Resolution 1244 (1999) des Sicherheitsrates weist *KFOR* und *UNMIK* die Verantwortung der Verwaltung des Kosovos zu. Ähnliches galt auch für *IFOR* (bzw. *SFOR*), welchen durch das *Dayton-Abkommen* die Gewährleistung eines sicheren Umfeldes als Aufgabe zugewiesen war. *IFOR* war auch berechtigt, das Abkom-

men gegenüber den Parteien durchzusetzen.³¹ Für die Nachfolgeemission *Althea* dürfte dies ebenfalls zutreffen.

c) Menschenrechte des IPBPR

Auch die extraterritoriale Anwendbarkeit des IPBPR ist nicht unumstritten; die Diskussion gleicht in etwa der dargestellten zur EMRK. Sowohl der Ausschuss für Menschenrechte als auch der IGH haben die extraterritoriale Anwendbarkeit des IPBPR bejaht. Die Vertragsstaaten müssten nach Sinn und Zweck des Paktes die Rechte des Paktes jedem gewähren, der sich in ihrer Gewalt oder unter ihrer effektiven Kontrolle befinde, auch wenn die Person sich im Ausland aufhalte.³² Die deutsche Bundesregierung hat vor dem Ausschuss für Menschenrechte erklärt, im Ausland eingesetzte deutsche Polizei- und Streitkräfte garantierten allen unter ihrer Hoheitsgewalt stehenden Personen die Rechte des Paktes.³³

2. Einschränkungsmöglichkeiten

Soweit eine prinzipielle extraterritoriale Anwendbarkeit von Grund- und Menschenrechten besteht, mag es erforderlich sein, deren Reichweite an die Gegebenheiten der auswärtigen Situation anzupassen.

a) Grundrechte des GG

Bei der Anwendung der Grundrechte auf Auslandssachverhalte kann fraglich sein, welche Reichweite den einzelnen Grundrechten zukommt, ob sie also einen bestimmten Fall überhaupt erfassen sollen.³⁴ Das Grundgesetz geht von einer Eingliederung des deutschen Staates in die Völkergemeinschaft aus (vgl. Präambel und Art. 24 bis 26), so dass dessen Normen im Lichte dieser Einordnung zu sehen sind.³⁵ Bei Auslandseinsätzen deutscher Streitkräfte ist daher eine Abstimmung der deutschen Normen mit dem Völkerrecht geboten.³⁶ Auch misst das BVerfG der Funktionsfähigkeit der Bundeswehr verfassungsrechtlichen Rang zu und ist bereit, gewisse Gefahren für die Zivilbevölkerung durch einen Streitkräfteeinsatz hinzunehmen, wenn dies eine effektive Landesverteidigung sichert.³⁷ Eine gewisse Reduzierung der Schutzbereiche der Grundrechte ist wegen der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und angesichts der Notwendigkeit außenpolitischer Flexibilität als *alsoni chta* ausgeschlossen.³⁸

³¹ Art. 1 und 2 des Annex 1A und Art. 1 Nr. 3 des Dayton Peace Agreements v. 14.12.1995, ILM 35 (1996), S. 75.

³² Ausschuss für Menschenrechte, General Comment Nr. 31 v. 26.05.2004, UN Doc. CCPR/C/21/Rec.1/Add.13, Abs. 10; IGH, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Gutachten v. 09.07.2004, ICJ Reports 2004, S. 136, Abs. 109.

³³ Comments by the Government of Germany v. 11.04.2005, UN Doc. CCPR/CO/80/DEU/Add.1.

³⁴ Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 4. Aufl. 2009, S. 133.

³⁵ BVerfGE 63, 343 (370).

³⁶ Wiefelspütz, NZWehrr 50 (2008), 89 (101).

³⁷ BVerfGE 69, 1 (21); 77, 170 (221).

³⁸ Dreier in: ders., Grundgesetz Kommentar, Band I, 2. Aufl. 2004,

²⁸ Krieger, ZaöRV 62 (2002), 669, (688, 677).

²⁹ Von Arnould, Das (Menschen-)Recht im Auslandseinsatz, Rechtsgrundlagen zum Schutz von Grund- und Menschenrechten, in: Weingärtner (Hrsg.), Streitkräfte und Menschenrechte, 2008, S. 61, (66).

³⁰ EGMR, (Fn. 24), Abs. 70; sich stützend auf S/RES/1244 (1999).

Die Regeln des HVR verkörpern die Einigkeit der Staatengemeinschaft, dass die Verletzung und Tötung Unbeteiligter in einem bewaffneten Konflikt zwar eingeschränkt, aber nie ganz vermieden werden kann. Wenn demnach das Grundgesetz die Beteiligung an bewaffneten Konflikten zu den Konditionen des HVR zulässt, dann lässt es damit auch dem HVR entsprechende Maßnahmen – incl. der Tötung und Verletzung Unbeteiligter – im Rahmen solcher Konflikte zu.³⁹ Hierfür spricht auch, dass die Wehrverfassung (insb. Art. 87a) erst nachträglich (1956 und 1968) in das Grundgesetz eingefügt wurde. Der dabei an die Ewigkeitsklausel in Art. 79 III GG gebundene verfassungsändernde Gesetzgeber ging offenbar davon aus, dass der gemäß der Regeln des HVR zulässige Einsatz der Bundeswehr nicht gegen die Grundrechte, insb. gegen die Menschenwürdegarantie aus Art. 1 I GG verstößt.⁴⁰ Das HVR kann zudem als allgemeine Regel des Völkerrechts iSv. Art. 25 GG angesehen werden und somit etwa eine Rechtsgrundlage gem. Art. 2 II 3 GG für die Einschränkung der Grundrechte auf Leben, körperliche Unversehrtheit und Freiheit der Person darstellen.⁴¹ Die Grundrechte sind somit im Falle eines bewaffneten Konflikts eingeschränkt und im Lichte des HVRa uszulegen.

Ist demnach eine gewisse Maßnahme nach dem HVR zulässig, so verstößt sie auch nicht gegen die entsprechenden Grundrechte. Das HVR erlaubt beispielsweise die Inkaufnahme eines verhältnismäßigen Kollateralschadens in der Zivilbevölkerung bei einem Angriff auf ein militärisches Ziel (vgl. Art. 51 ZP I). Es erlaubt also die Abwägung des Wertes von Menschenleben mit dem Vorteil der Ausschaltung eines militärischen Ziels.⁴² Im Inland wäre eine solche Abwägung und eine entsprechende Handlung, etwa unter Anwendung des Polizeirechts, wegen Verstoßes gegen Art. 1 I GG unzulässig.⁴³ Das HVR erlaubt sogar, feindliche Kämpfer, gleich ob Soldaten, Rebellen oder Terroristen, gezielt zu töten (sog. *targeted killings*), soweit dies verhältnismäßig ist. Außerhalb eines bewaffneten Konfliktes stünde der gezielten Ausschaltung etwa eines Terroristen u.a. dessen Recht auf Leben und auf rechtliches Gehör (Art. 2 II 1, 103 I GG) entgegen, wenn es sich nicht gerade um den Fall eines finalen Rettungsschusses handelt. Es liegt auf der Hand, dass es im Gefecht keine Unschuldsumutung und gerichtliche Untersuchung geben kann.⁴⁴ Diese Einschränkung der Grundrechte im Anwendungsbereich des HVR lässt den Schluss zu, dass den Grundrechten grds. stärkere Wirkung zukommt, wenn mangels

eines bewaffneten Konflikts das HVR nicht zur Anwendung kommt. Dass der strenge Grundrechtsstandard des Grundgesetzes im Auslandseinsatz aber auch außerhalb eines bewaffneten Konfliktes teilweise nur schwer einzuhalten ist, zeigt sich besonders anschaulich bei der Operation *Atalanta*. Bei der Festnahme von Piraten auf hoher See schafft insb. das grundrechtsgleiche Recht aus Art. 104 II GG, binnen 48 Stunden einem Haftrichter vorgeführt zu werden, Probleme. Doch ist dieses Recht erkennbar auf Sachverhalte im Inland zugeschnitten. Nähme man das Grundgesetz hier beim Wort, müsste man einen gefangenen Piraten also nach max. zwei Tagen wieder freilassen – ein höchst unbefriedigendes Ergebnis.

Auch in Situationen wie dieser scheint daher eine situationsgerechte Einschränkung der Grundrechte geboten. Der EGMR hat in einem solchen Fall u.a. wegen der erheblichen Entfernung eines Schiffes vom Heimatland und der daraus resultierenden Unmöglichkeit einer schnelleren Vorführung 13 Tage noch als „unverzüglich“ iSv. Art. 5 III EMRK angesehen.⁴⁵ Eine völkerrechtsfreundliche und praxisnahe Auslegung des Grundgesetzes erfordert für Art. 104 II GG wohl ähnliche Einschränkungen, so dass Piraten auch länger als 48 Stunden auf Fregatten festgehalten werden dürfen.

Freilich sollte man mit einer einschränkenden Auslegung von Grundrechten, insb. der Menschenwürde, zurückhaltend umgehen: Die Grundrechte als Fundament unserer Verfassung dürfen nicht überall dort voreilig eingeschränkt werden, wo es gerade praktisch erscheint und der Wesensgehalt muss auch im Auslandseinsatz die absolute Grenze bilden (vgl. Art. 19 II GG).

b) Menschenrechte der EMRK und des IPBPR

Die EMRK und der IPBPR erlauben den Vertragstaaten, einzelne Rechte vorübergehend zu modifizieren oder außer Kraft zu setzen (zu derogieren). Voraussetzung ist gem. Art. 15 I EMRK bzw. Art. 4 I IPBPR das Vorliegen eines öffentlichen Notstandes, etwa in Form eines Krieges, welcher das Leben der Nation bedroht.

Nach dem EGMR liegt ein solcher Notstand etwa vor, wenn eine außergewöhnliche Krisen- oder Notsituation die ganze Bevölkerung betrifft und eine Bedrohung des organisierten Lebens der Gemeinschaft darstellt.⁴⁶ Eine lokal begrenzte Bedrohung ist ausreichend, nicht jedoch, wenn sich die Bedrohung nur gegen einen anderen Staat richtet.⁴⁷ Art. 4 I IPBPR ist ähnlich zu verstehen.⁴⁸ Bei einer Einschränkung ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Insb. dürfen die dem Staat normalerweise

Art. 1 III Rn. 45 f.; Hofmann, Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte, 1994, S. 101 f.

³⁹ Robbers, Menschenwürde im Krieg, in: Weingärtner (Fn. 29), S. 17 (21).

⁴⁰ Robbers, (Fn. 39).

⁴¹ Wiefelspütz, (Fn. 36), S. 102.

⁴² Ipsen, NZWehrr 50 (2008), 156 (163).

⁴³ Vgl. etwa BVerfGE 115, 118 (153) zum Verbot des Abschusses eines Flugzeuges mit unbeteiligten Passagieren bei einem „nichtkriegsgerichteten Luftzwischenfall“ im Inland.

⁴⁴ Häußler, Gezieltes Töten erlaubt, FAZ vom 12.08.2010, S. 6.

⁴⁵ EGMR, Große Kammer, 29.03.2010, Rs. 3394/03 – Medvedyev et al. v. France, Abs. 131.

⁴⁶ EGMR, 01.07.1961, Rs. Lawless v. Ireland, Serie A, Vol. 3, S. 27, 56, Abs. 28.

⁴⁷ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2005, § 2 Rn. 9 f.

⁴⁸ So bezieht sich etwa Nowak (CCPR Commentary, 2. Aufl. 2005, Art. 4 Rn. 12 ff.) maßgeblich auf Art. 15 I EMRK und die Rspr. des EGMR.

zur Verfügung stehenden Möglichkeiten nicht ausreichen, denn sonst wäre eine Einschränkung der Rechte nicht erforderlich.⁴⁹ Einschränkungen dürfen ferner nicht gegen sonstige völkerrechtliche Verpflichtungen verstoßen.

Art. 15 II EMRK nennt einige notstandsfeste Rechte, welche einer Einschränkung nicht zugänglich sind, wie etwa das Verbot der Folter oder unmenschlicher Behandlung aus Art. 3 EMRK. Tötungen sind nur als Folge rechtmäßiger Kriegshandlungen, also in Einklang mit dem HVR zulässig. Hieraus kann geschlossen werden, dass nach dem HVR rechtmäßige Kriegshandlungen, welche den Tod von Zivilisten mit sich bringen, auch nicht als unmenschliche Behandlung iSv. Art. 3 EMRK anzusehen sind. Es wäre widersprüchlich, eine Tötung nach Art. 15 II als erlaubt und gleichzeitig nach Art. 3 als verboten anzusehen.⁵⁰ Zum anderen folgt hieraus, dass die EMRK grds. auch auf Kriegshandlungen Anwendung beansprucht.⁵¹ Art. 4 II IPBPR nennt ebenfalls notstandsfeste Rechte. Dazu gehört das Recht aus Art. 6 I IPBPR, nicht willkürlich getötet zu werden. Wird ein Mensch aber in einer nach dem HVR zulässigen Weise getötet, ist diese Tötung nicht willkürlich. Das folgt aus der Rechtsprechung des IGH, nach welcher dem HVR als *lex specialis* Vorrang vor Art. 6 I IPBPR zukommt.⁵²

Der EGMR trägt den besonderen Erfordernissen der Terrorismusbekämpfung zusätzlich Rechnung, indem er die Geltung der einzelnen Rechte, insb. des Rechts auf Freiheit, modifiziert und eine Verletzung nur unter engeren Voraussetzungen annimmt.⁵³

3. Verhältnis der Menschenrechte zum HVR

Soweit auf einen Auslandseinsatz sowohl das HVR als auch die Menschenrechte anwendbar sind, stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis diese beiden Regime zueinander stehen. Nach überwiegender Ansicht sind beide Regime parallel zueinander anwendbar, wobei sich das HVR im Kollisionsfall als *lex specialis* durchsetzt.⁵⁴ Die Menschenrechte seien im Lichte des HVR auszulegen und *vice versa*.⁵⁵ Dies gilt insb. für den internationalen bewaffneten Konflikt, für welchen das HVR eine sehr hohe Regelungsdichte bietet. Im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt kommt daher den Menschenrechten aufgrund der sehr rudimentären Schutzgewährleistungen des HVR eine stärkere Rolle zu.⁵⁶

⁴⁹ Nowak, (Fn. 48), Rn. 25; Grabenwarter, (Fn. 47) Rn. 11.

⁵⁰ Robbers (Fn. 39), S. 17, 20.

⁵¹ Frowein in: ders./Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, Art. 15 Rn. 14.

⁵² IGH, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Gutachten vom 08.07.1996, ICJ Reports 1996, S. 226 ff, Rn. 191.

⁵³ ZaöRV 66 (2006), 297 (316 f.).

⁵⁴ IGH, (Fn. 32), Abs. 106; Ausschuss für Menschenrechte, (Fn. 32), Abs. 11.

⁵⁵ Bothe, Humanitäres Völkerrecht und Schutz der Menschenrechte: Auf der Suche nach Synergien und Schutzlücken, in: Dupuy/Fassbender/Shaw/Sommermann (Hrsg.), FS Tomuschat, 2006, S. 63 (77 ff.).

⁵⁶ Krieger (Fn. 28, S. 695 f.) fordert hier eine Entscheidung von Fall zu Fall.

IV. Résumé und Fazit

1. Kein rechtfreier Raum

Diese Darstellung hat gezeigt, dass die Bundeswehr auch im Auslandseinsatz nicht in einem rechtsfreien Raum, sondern in einem Geflecht aus Regeln operiert, dessen Dichte von Einsatz zu Einsatz variiert. Für die konkrete Ausführung eines Einsatzes besonders relevant sind die Regeln des humanitären Völkerrechts für den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt sowie die Grund- und Menschenrechte. Letzteren fällt eine umso stärkere Rolle zu, je geringer die Intensität des Konfliktes ist. Durch diese Bindungen wird die Bundeswehr aber nicht zu Handlungsunfähigkeit verurteilt, denn die entsprechenden Rechte sind situationsabhängig auszulegen und in extremen Situationen einschränkbar. Das internationale Recht fällt hierbei in das deutsche Recht ein, wie etwa bei der Bestimmung der Reichweite der Grundrechte nach dem Maßstab des Völkerrechts, so dass im Ausland nicht exakt dieselben Maßstäbe gelten wie im Inland.

Die deutschen Soldaten „dürfen“ also im Auslandseinsatz vieles, mehr noch als im Inland, nicht aber alles, jedoch wohl genug, um unsere Sicherheit und den Frieden zu verteidigen.

2. Neuartige Konflikte, neue Fragen

Häufig betritt die Bundeswehr bei Auslandseinsätzen noch Neuland, wie etwa bei der Piratenbekämpfung. Konflikte des 21. Jahrhunderts können nicht so gekämpft werden, wie klassische, zwischen Staaten ausgetragene Kriege. Vieles hat sich verändert, etwa die Ursachen von Konflikten, ihre Parteien, deren Methoden und Waffen. Heute hat man es mit Piraten auf Schlauchbooten, Gotteskriegern und Kindersoldaten zu tun, morgen möglicherweise mit unsichtbaren Gegnern in einem *Cyberwar*. Neuartige Konflikte werfen neue Fragen auf und werden vom „alten“ Recht mitunter nicht mehr vollständig erfasst. Die Klärung vieler Fragen, etwa der geschilderten „Haftnehmerproblematik“ bei der Pirateriebekämpfung oder die Akzeptanz gezielter Tötungen, steht noch am Anfang. Fragen wie diese sollten im Vorfeld, nach Möglichkeit bereits bei der Planung eines Einsatzes Berücksichtigung finden, denn Rechtsunsicherheit geht zu Lasten der Soldaten und der Effektivität des Einsatzes.