

Kapitel V: Rechts- und Diskursentwicklung bis zur Gegenwart

Im letzten Kapitel ist die Fortbildung des luftkriegsrelevanten Völkerrechts seit Ende des Zweiten Weltkrieges nachzuzeichnen und dem humanitären Schutzgehalt der kodifizierten Vorschriften einer kritischen Analyse zu unterziehen (A.). Nach einem Zeitsprung in die Gegenwart folgt eine systematisierte Darstellung der Topoi und Legitimationsstrategien, die den Diskurs um den Umgang mit neuen (Luft-)Waffen prägen und eine unzulängliche rechtliche Einhegung der Luftkriegsführung bis heute zementieren (B.). Der letzte Abschnitt befasst sich mit den Lehren aus der Vergangenheit und den rechtspolitischen Empfehlungen für den künftigen Umgang mit militärtechnologischer Innovation am Beispiel von autonomen Waffensystemen.

A. Die luftkriegsrelevante Fortbildung des Humanitären Völkerrechts

Nach Ende des Zweiten Weltkrieges gründeten sich die Vereinten Nationen aus dem Bestreben heraus, einen Neubeginn zu markieren, der auf die dauerhafte Wahrung von Frieden und Sicherheit gerichtet war. Die Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 stellt den Gründungsvertrag und den institutionellen sowie substantiellen Rahmen der Organisation dar.¹⁹⁵¹ Von besonderer Bedeutung sind die in Art. 2 genannten Grundprinzipien, die u.a. die souveräne Gleichheit der Staaten, die friedliche Streitbeilegung sowie das Gewaltverbot als „cornerstone of the United Nations Charter“¹⁹⁵² kodifizieren.

Wie bereits nach dem Ersten Weltkrieg lag der Fokus internationaler Bemühungen auf dem *ius contra bellum* bzw. der Verhütung des Krieges und

1951 Ein erster Entwurf wurde auf der Konferenz in Dumbarton Oaks (Washington D.C.) zwischen August und Oktober 1944 erarbeitet. 50 Staaten unterzeichneten die Charta auf der Gründungskonferenz in San Francisco. Die endgültige Fassung der UN-Charta vom 26.06.1945 trat durch Ratifikation am 24.10.1945 in Kraft.

1952 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ), *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo, Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, Judgment of 19 December 2005, para. 148.

nicht auf seiner Regulierung. Bezeichnend hierfür sind die Argumente der ILC,¹⁹⁵³ mit denen die Mehrheit ihrer Mitglieder eine Studie zu den „*laws of war*“ in ihrer ersten Konferenz im Jahre 1949 ablehnte:

*„The Commission considered whether the laws of war should be selected as a topic for codification. It was suggested that, war having been outlawed, the regulation of its conduct had ceased to be relevant [...] The majority of the Commission declared itself opposed to the study of the problem at the present stage [...] It was considered that if the Commission, at the very beginning of its work, were to undertake this study, public opinion might interpret its actions as showing lack of confidence in the efficiency of the means at the disposal of the U.N. for maintaining peace.“*¹⁹⁵⁴

Vor dem Hintergrund der Gründung der Vereinten Nationen und der Kodifizierung des Gewaltverbots wurde die Regulierung des Krieges als „*unmoralisch, wenn nicht sogar denkunmöglich*“¹⁹⁵⁵ abgelehnt – doch geschah dies nicht nur aus pazifistisch-optimistischer Motivation heraus. Andere Völkerrechtswissenschaftler hielten in realistisch-pessimistischer Weise den zukünftigen Krieg und die Rechtlosigkeit seiner Führung für schlicht unausweichlich, was insbesondere von Josef KUNZ WIEDERHOLT kritisierte wurde: „*fatalistic pessimism of the inevitability of lawless wars*“.¹⁹⁵⁶

Die vollständige Ablehnung des *ius in bello* teilten allerdings nicht alle Organisationen. Namentlich das IKRK wirkte in der Nachkriegszeit auf

1953 Die ILC wurde im Jahre 1947 von der Generalversammlung gemäß Art. 13 (1) (a) UN-Charta eingerichtet „*to initiate studies and make recommendations for the purpose of [...] encouraging the progressive development of international law [...]*“.

1954 UNITED NATIONS (Hrsg.), *Yearbook of the International Law Commission 1949 - Summary Records and Documents of the First Session including the report of the Commission to the General Assembly*, New York 1956, S. 281, para. 18; kritisch hierzu aus zeitgenössischer Perspektive: KUNZ, *The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for Their Revision*, in: AJIL, Vol. 45 No. 1 (1951), S. 43; von der ILC wurde außerdem der Vorschlag Chinas abgelehnt „*to condition military necessity by the principle of humanity in the employment of armed force*“ in die Erklärung aufzunehmen.

1955 So in Bezug auf die Völkerrechtswissenschaft: HANKE, *Die Bombardierung Dresdens und die Entwicklung des Kriegsvölkerrechts*, in: SCHMIDT-RECLA (Hrsg.), *Sachen im Spiegel des Rechts: ius commune propriumque*, Köln 2001, S. 291.

1956 So in Bezug auf Professor FENWICK: KUNZ, *The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for Their Revision*, in: AJIL, Vol. 45 No. 1 (1951), S. 43, unter Verweis auf die Konferenz der American Society of International Law: DOWNEY, *Revision of the Rules of Warfare*, in: *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969)*, April 28-30, Vol. 43, 1949, S. 109 f.

eine Revision kriegsvölkerrechtlicher Regelungen hin. Abseits der Genfer Rotkreuz-Konventionen von 1949 (I.) sind die Zusatzprotokolle zu den Genfer Konventionen von 1977 von besonderer Bedeutung für die Luftkriegsführung (II.). Hinzu treten Konventionen zum Verbot bestimmter Waffen, die als Luftkriegsmittel in Betracht kommen, sowie Versuche seitens der Völkerrechtswissenschaft, das Luftkriegsrecht zu bestimmen, wie durch das *Manual on International Law applicable on Air and Missile Warfare* von 2009 (III.). Auf Grundlage dieser Untersuchung soll die Frage beantwortet werden, inwieweit die Rechtsentwicklung zu einem Luftkriegsrechtsregime geführt hat, das dem humanitären Schutz – als zentralen Anliegen des Humanitären Völkerrecht – ausreichend nachkommt (IV.).

I. Die Genfer Konventionen von 1949

Die vier Genfer Konventionen von 1949 als „*basis on which rest the rules of international law for the protection of the victims of armed conflicts*“¹⁹⁵⁷ waren ein erster Versuch auf internationaler Ebene, das im Krieg geltende Recht nach den Weltkriegserfahrungen einer Revision zu unterziehen. Sie setzen sich aus dem Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte im Felde (I.), dem Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der bewaffneten Kräfte zur See (II.), dem Genfer Abkommen über die Behandlung von Kriegsgefangenen (III.) sowie dem Genfer Abkommen über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten (IV.) zusammen.¹⁹⁵⁸

Bis heute sind diese Konventionen die meistratifizierten völkerrechtlichen Verträge, mit einer – sogar die Mitglieder der UN übersteigenden – Zahl von 196 Beitritten.¹⁹⁵⁹

Die Initiierung einer ersten Zusammenkunft durch das IKRK erfolgte bereits am 4. September 1945, wenige Tage nach Ende des Zweiten Weltkrieges. Das Komitee lud die Siegermächte zu einer Zusammenkunft von

1957 PICTET, *The New Geneva Conventions for the Protection of War Victims*, in: AJIL, Vol. 45 No. 3 (1951), S. 462.

1958 Auf englisch in: SCHINDLER/TOMAN, *The Laws of Armed Conflicts*, 3. Auflage, Dordrecht 1988, S. 367 ff.; auf deutsch: AUSWÄRTIGES AMT et. al. (Hrsg.), *Dokumente zum Humanitären Völkerrecht*, 3. Auflage, Sankt Augustin 2016, S. 167 ff.

1959 Die UN verfügen über 193 Mitgliedstaaten, Stand: 01.12.2021: www.unric.org/de/mitgliedstaaten.

Experten ein, um Vorschläge zur Revision der rechtlichen Regeln zum Schutz von Kriegsoptionen zu diskutieren. Wie bereits der Brief des IKRK-Ehrenpräsidenten Max HUBER zu Anfang des Jahres 1945 stieß diese Einladung auf wenig Resonanz.¹⁹⁶⁰ Allein die amerikanische Regierung traf in Zusammenarbeit mit der Amerikanischen Gesellschaft vom Roten Kreuz umfangreiche Vorbereitungen und hielt interne Konferenzen ab.¹⁹⁶¹ Im Gegensatz dazu wurde die Einladung von der Sowjetunion abgelehnt.¹⁹⁶² Auch das Vereinigte Königreich zeigte sich wenig kooperativ, so teilte das Foreign Office mit, dass es in den nächsten fünf Jahren keine Zeit für solche Bemühungen finden würde.¹⁹⁶³

Letztlich nahmen die Briten dennoch mit vierzehn weiteren Staaten an der *Conference of Government Experts for the Study of the Conventions for the Protection of War Victims* in Genf teil,¹⁹⁶⁴ die allerdings nach weiteren Mobilisierungshemmnissen erst im April 1947 – und damit später als vom IKRK erhofft – stattfinden sollte. In den vorausgehenden *Preliminary Conferences of National Red Cross Societies* im Jahre 1946¹⁹⁶⁵ waren spezifische Ansätze zu Einhegung des Luftkrieges vorgebracht worden, die das IKRK jedoch nicht in den Konferenzentwurf integrierte. Diese Vorschläge umfassten ein Verbot des Luftbombardements zum Nachteil der Zivilbevölkerung sowie eine Empfehlung, dieses Verbot auf den Einsatz chemischer, bakteriologischer und nuklearer Kriegsmittel auszudehnen.¹⁹⁶⁶ Polens Resolutionsentwurf, der die Verurteilung des Krieges und der neuen Kriegswaffen vorsah, stieß auf ebenso wenig Anklang.¹⁹⁶⁷ Die Ergebnisse dieses Expertentreffens zur Verbesserung des rechtlichen Schut-

1960 Vgl. hierzu ausführend: BEST, *War and Law since 1945*, New York 1994, S. 80, 81.

1961 Der abteilungsübergreifende Ausschuss tagte in der Zeit zwischen 01.07. 1946 und den 28.02.1947 insgesamt 17 Mal, PARKS, *Air War and the Law of War*, in: *Air Force Law Review*, Vol. 32 (1990), S. 56.

1962 Die Sowjetunion war mit „preliminary studies“ beschäftigt, BEST, *War and Law since 1945*, New York 1994, S. 81.

1963 ROBERTS, zit. in: BEST, *War and Law since 1945*, New York 1994, S. 81.

1964 Siehe hierzu: INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (Hrsg.), *Report on the Work of the Conference of Government Experts for the Study of the Conventions for the Protection of War Victims (Geneva, April 14-26, 1947)*.

1965 Siehe eine dieser Konferenzen: ICRC (Hrsg.), *Report on the Work of the Preliminary Conference of National Red Cross Societies for the study of the Conventions and of various Problems relative to the Red Cross (Geneva, July 26 - August 3, 1946)*.

1966 Vgl. hierzu: BEST, *War and Law since 1945*, New York 1994, S. 103.

1967 PARKS, *Air War and the Law of War*, in: *Air Force Law Review*, Vol. 32 (1990), S. 56.

zes von Kriegsoptionen dienten als Grundlage für die Ausarbeitung der vier Konventionsentwürfe durch das IKRK. Diese Entwürfe nahm wiederum die 17. Internationale Rotkreuz-Konferenz in Stockholm im August 1948 als Verhandlungsgegenstand für die diplomatischen Konferenz in Genf an (sog. ‚Stockholm Draft Conventions‘).¹⁹⁶⁸

Zu dieser Konferenz vom 21. April bis 12. August 1949 in Genf lud der Schweizer Bundesrat die Regierungen von 70 Staaten, wovon 63 Staaten teilnahmen, 59 davon stimmberechtigt, 4 als Beobachter.¹⁹⁶⁹ Ziel war die Revision der zwei bestehenden Genfer Abkommen zum Schutz der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte im Felde von 1864 und zur Behandlung von Kriegsgefangenen aus dem Jahre 1929, die Integration des Haager Abkommens zur Anwendung der Genfer Grundsätze auf den Seekrieg von 1907 sowie die Erweiterung des Genfer Rechts um ein Abkommen zum Schutz der Zivilbevölkerung im Krieg.¹⁹⁷⁰

Letzteres hätte die Gelegenheit geboten, zur Überwindung der Kriegsgeschehnisse die Schutzvorschriften gegen Luftbombardements zu revidieren. Wie bereits die Nürnberger und Tokioter Militärtribunale ließen die Genfer Konventionen jedoch die unmittelbar rechtliche Einhegung des Luftkrieges zum Schutz der Zivilbevölkerung unberücksichtigt. Einzig die Sowjetunion, die den Zusammenkünften zuvor ferngeblieben war, unterbreitete Regelungsvorschläge zur Erweiterung des Zivilschutzes im Luftkrieg. Sie und ihre Anhänger interpretierten den persönlichen Schutzbereich des vierten Konventionsentwurfs als zu restriktiv,¹⁹⁷¹ bezog sich dieser doch allein auf *„persons [...] who, at a given moment and in any matter*

1968 ICRC (Hrsg.), *XVIIth International Red Cross Conference - Draft Revised or New Conventions for the Protection of War Victims established by the International Committee of the Red Cross with the Assistance of Government Experts, National Red Cross Societies and other Humanitarian Associations*, Stockholm 1948.

1969 Vgl. PICTET, *The New Geneva Conventions for the Protection of War Victims*, in: *AJIL*, Vol. 45 No. 3 (1951), S. 467.

1970 Vgl. YINGLING/GINNANE, *The Geneva Conventions of 1949*, in: *AJIL*, Vol. 46 No. 3 (1952), S. 393 f.

1971 Siehe den Beitrag der rumänischen Delegation: *„The Conference would fail in its task if those populations were not adequately protected. Why hesitate to modify the rules of war, when the security of the civilian populations was at stake“*, siehe *Committee III, Establishment of a Convention for the Protection of Civilian Persons in Times of War*, in: FEDERAL POLITICAL DEPARTMENT BERNE (Hrsg.), *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949 - Vol. II Section A*, S. 717.

*whatsoever, find themselves, in a case of a conflict or occupation, in the hands of a Party of a Conflict or Occupying Power of which they are not nations.*¹⁹⁷²

Mit diesen Bemühungen um die Extension der Schutzvorschriften ging auch der Versuch einher, den Einsatz von Atomwaffen zu verbieten. Dies geschah sowohl implizit¹⁹⁷³ durch einen Änderungsentwurf zu Artikel 32¹⁹⁷⁴ („*The contracting States undertake to consider as a serious crime, murder, torture and mal treatment causing death, including medical experiments, as also all other means of exterminating the civilian population*“)¹⁹⁷⁵ als auch explizit durch einen Resolutionsentwurf, womit „*the duty of the Governments of all countries to obtain the immediate signature of a Convention relative to the prohibition of the atomic weapon as a means of mass extermination of the population*“¹⁹⁷⁶ in die Konvention aufgenommen werden sollte. Beide Vorschläge wurden mit großer Mehrheit abgelehnt.¹⁹⁷⁷

Die Sicherheit der schützenswerten Personen sollte stattdessen durch die Einrichtung von neutralen Schutzzonen erreicht werden, die jedoch nicht zur Immunisierung von militärischen Objekten verwendet werden durften und im Vorhinein als solche auszuweisen waren.¹⁹⁷⁸ Auffällig ist, dass der Angegriffene bei diesem mittelbaren Schutz vor Bombardements

1972 Art. 4, abgedruckt: SCHINDLER/TOMAN (Hrsg.), *The Laws of Armed Conflicts*, 3. Auflage, Dordrecht 1988, S. 502.

1973 Vgl. auch: YINGLING/GINNANE, *The Geneva Conventions of 1949*, in: AJIL, Vol. 46 No. 3 (1952), S. 413, die diesen Änderungsvorschlag als „*an obvious attempt to obtain the unconditional ban on the use of atomic weapons*“ bezeichnen.

1974 Art. 32 lautete in der Fassung: „*The High Contracting Parties specifically agree that each of them is prohibited from taking any measure of such a character as to cause the physical suffering or extermination of protected persons in their hands. This prohibition applies not only to murder, torture, corporal punishment, mutilation and medical or scientific experiments not necessitated by the medical treatment of a protected person, but also to any other measures of brutality whether applied by civilian or military agents.*“

1975 *Committee III, Establishment of a Convention for the Protection of Civilian Persons in Times of War*, in: FEDERAL POLITICAL DEPARTMENT BERNE (Hrsg.), *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949 - Vol. II. A*, S. 645.

1976 *34th Plenary Meetings*, in: FEDERAL POLITICAL DEPARTMENT BERNE (Hrsg.), *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949 - Vol. II. B*, S. 500; hierzu: BEST, *War and Law since 1945*, New York 1994, S. 112.

1977 *Meetings of the Committee III, Establishment of a Convention for the Protection of Civilian Persons in Times of War*, in: FEDERAL POLITICAL DEPARTMENT BERNE (Hrsg.), *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949 - Vol. II. A*, S. 719; *34th Plenary Meetings*, in: *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949 - Vol. II. B*, S. 508.

1978 Art. 15, 28, SCHINDLER/TOMAN (Hrsg.), *The Laws of Armed Conflicts*, 3. Auflage, Dordrecht 1988, S. 506, 511.

in höherem Maße als der Angreifer in die Pflicht genommen wurde. Einzig der gemeinsame Art. 3 setzte der kriegführenden Vertragspartei eindeutig definierte Unterlassungspflichten.¹⁹⁷⁹ Hinzu trat die Pflicht, Angriffe auf besonders schutzbedürftige Objekte (Krankenhäuser, Medizinische Lager, Krankentransporte)¹⁹⁸⁰ und Personen (Kranke, Mütter, Kinder) zu unterlassen¹⁹⁸¹ sowie das Verbot von Kollektivstrafen, Maßnahmen der Einschüchterung oder Terrorisierung und von Repressalien gegen die geschützten Personen.¹⁹⁸²

Im Folgenden ist nach den Motiven und Hintergründen zu fragen, die einer expliziten Beschränkung der Luftkriegsführung für einen speziellen Schutz der Zivilbevölkerung vor (konventionellen oder atomaren) Luftbombardements durch die Konferenz entgegenstanden. Zunächst lag die Integration solcher Regelungen nicht im Interesse des IKRK. Dies zeigt sich schon daran, dass Vorschriften zum Schutz vor Luftbombardements kein Teil der Stockholmer Konventionsentwürfe waren. Es galt ohnehin „[not] further to complicate an already complicated task“¹⁹⁸³ und sich stattdessen Regelungen zu widmen, die schon vorher im Diskurs präsent waren und somit eher auf Akzeptanz stoßen würden. Damit sind etwa die Regeln zur Einrichtung von Schutzzonen für die Zivilbevölkerung gemeint, womit sich das IKRK im Tokioter Entwurf von 1934 bereits auf theoretischer Ebene auseinandergesetzt hatte. Zudem waren solche zivile Schutzzonen bereits im japanisch-chinesischen Krieg sowie im spanischen Bürgerkrieg

1979 Art. 3: „[T]he following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons: (a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture; (b) taking of hostages; (c) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment; (d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court [...]“, SCHINDLER/TOMAN (Hrsg.), *The Laws of Armed Conflicts*, 3. Auflage, Dordrecht 1988, S. 501-503.

1980 Art. 18-23, SCHINDLER/TOMAN (Hrsg.), *The Laws of Armed Conflicts*, 3. Auflage, Dordrecht 1988, S. 507 f.

1981 Art. 14-16, SCHINDLER/TOMAN (Hrsg.), *The Laws of Armed Conflicts*, 3. Auflage, Dordrecht 1988, S. 506.

1982 Art. 33, SCHINDLER/TOMAN (Hrsg.), *The Laws of Armed Conflicts*, 3. Auflage, Dordrecht 1988, S. 511.

1983 BEST, *War and Law since 1945*, New York 1994, S. 106; es könnte wohl auch undiplomatisch gewesen sein, die Siegermächte an die dunklen Flecken der Vergangenheit zu erinnern, HANKE, *Die Bombardierung Dresdens und die Entwicklung des Kriegsvölkerrechts*, in: SCHMIDT-RECLA (Hrsg.), *Sachsen im Spiegel des Rechts: ius commune propriumque*, Köln 2001, S. 291.

praktisch erprobt worden.¹⁹⁸⁴ Neben der Revision bestehender Konventionen kamen für die neuen Vorschriften zum Schutz von Kriegsopfern daher nur solche in Betracht, von deren ‚Konsensfreundlichkeit‘ das IKRK überzeugt war und die zugleich politisches Konfliktpotential vermieden.¹⁹⁸⁵ Dementsprechend hieß es in der Einladung des Schweizer Bundesrates:

*„The Swiss Federal Council was called upon to give several of the Governments convened the assurance that the Conference would deal exclusively with the revision of the three Conventions of 1907 and 1929 and the establishment of the new Convention for the Protection of Civilians in time of War, and that the Conference would make no departure from the humanitarian field to embark upon questions of a political nature.“*¹⁹⁸⁶

Ebenfalls von Relevanz schien in diesem Zusammenhang die Begrenzung der Kompetenz des IKRK zu sein. Fragen zur Einhegung von Kriegsmitteln sollten dem Haag überlassen werden:¹⁹⁸⁷ „[T]he conference called to protect war-victims, not to rewrite Hague Rules of Land warfare“.¹⁹⁸⁸ Dahingehend hielt das IKRK an der Tradition des sog. ‚Genfer Rechts‘ fest, das die Begrenzung des Einsatzes von bestimmten Kriegsmitteln traditionsgemäß ausblendete. Im Übrigen war zur Restriktion von Atomwaffen die Atomic Energy Commission (AEC) durch die Resolution der UN-Generalversammlung vom 24. Januar 1946 gegründet worden, „to deal with problems raised by the discovery of atomic energy“.¹⁹⁸⁹ Damit sah ein Großteil der Regierungen die Kompetenz im Umgang mit Atomwaffen bei den Vereinten

1984 Vgl. zu den luftkriegspraktischen Aspekten dieser Konflikte in der Zwischenkriegszeit: Kap. III: C. II. 2. c., d.

1985 Vgl. schon die Planung zu den ersten Haager Friedenskonferenzen im Jahre 1899, wofür ZAR NIKOLAUS II. und sein Kriegsminister MURAWIEW das Verbot des Luftbombenabwurfs aus Ballons auf die Konferenzordnung setzten, um einen Beschluss zu haben, der mit hoher Wahrscheinlichkeit angenommen werden würde.

1986 BOLLA, 34th Plenary Meetings, in: *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949 - Vol. II. B*, S. 504.

1987 Zu einer Haager Konferenz kam es jedoch nicht, BEST, *War and Law since 1945*, New York 1994, S. 106, Fn. 44.

1988 Diese Anmerkung stammt aus einem „Airgram from the US delegation to the State Department“ vom 17.05.1949, ebenjenes ist auszugsweise abgedruckt in: BEST, *War and Law since 1945*, New York 1994, S. 111-112.

1989 United Nations General Assembly, *Establishment of a Commission to Deal with the Problems Raised by the Discovery of Atomic Energy*, A/RES/1(I), vom 24.01.1946, die Commission hat u.a. die Aufgabe „to make specific proposals [...] (c) for the elimination from national armaments of atomic weapons and of all other major weapons adaptable to mass destruction“.

Nationen,¹⁹⁹⁰ weshalb das IKRK eine Regelung in diesem Bereich von vornherein exkludiert hatte.¹⁹⁹¹

Darüber hinaus waren machtpolitische Interessen für die fehlende rechtliche Einhegung des Luftkrieges verantwortlich. So kam Deutschland und Japan von vornherein keine Einladung zu. Wie Geoffrey BEST ausführt, blieb damit solchen Staaten die Involvierung verwehrt, die womöglich an der Etablierung solcher Restriktionen am ehesten interessiert gewesen wären, während die alliierten Siegermächte vielfältige Gründe hatten, rechtliche Begrenzungen im Bereich der Luftkriegsführung zu umgehen.¹⁹⁹² Ein Grund war insbesondere das ‚Air Policing‘, das die Briten und Franzosen in ihren Kolonialgebieten in den Jahren nach Kriegsende und auch während den Genfer Konferenzen – sei es 1946 in Haiphong (Vietnam), 1947 in Aden (Jemen) oder 1948 Kenya und Madagaskar – fortgeführt hatten.¹⁹⁹³ Dementsprechend sahen sie sowohl ihren etablierten Umgang mit den Kolonialvölkern, die dortige Vormachstellung als auch die Errungenschaften in der Luftfahrttechnik bedroht: „[T]hey tried to ensure that no new laws were passed that might hold them back.“¹⁹⁹⁴ Die USA hatte mit der Atombombe einen hegemonialen Rüstungsstatus errungen, der durch ein Verbot dieser Waffe in Gefahr gewesen wäre. Hinzu trat der Beginn des Kalten Krieges, der einen Verzicht auf diese ultimative Waffe nicht zuließ.

Daher gerieten die ehemaligen Allianzkräfte durch die Anträge der Sowjetunion zur Extension der luftkriegsrelevanten Schutzvorschriften in ein Dilemma: Einerseits sollte die rechtliche Eingrenzung des Luftbombardements ausdrücklich verhindert werden, wie ein Schreiben aus dem britischen War Office an den britischen Repräsentanten in Genf offenbarte: „Clearly nothing must be included [...] which would restrict freedom to carry

1990 Der USA bot der Rahmen der VN den Vorteil, als ständiges Mitglied ein Veto-Recht ausüben zu können.

1991 Hierzu *Committee III, Establishment of a Convention for the Protection of Civilian Persons in Times of War*, in: FEDERAL POLITICAL DEPARTMENT BERNE, *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949. Vol. II. A*, S. 716 ff.

1992 BEST, *War and Law since 1945*, New York 1994, S. 115: „The most conspicuous sufferers from bombing, Germany and Japan, were unable to put their case, while the bombing specialists, the USA and the UK, had every reason for preventing the case“.

1993 Vgl. GILLESPIE, *A History of the Laws of War: Volume 2. The Customs and Laws of War with Regards to Civilians in Times of Conflict*, Oxford 2011, S. 36; LINDQVIST, *A History of Bombing*, New York 2011, para. 259 ff., 282 ff.

1994 In diesem Zusammenhang: LINDQVIST, *A History of Bombing*, New York 2011, para. 256.

out operations, particularly bombing.“¹⁹⁹⁵ Gleichzeitig war die Devise, nicht als Gegner der Inklusion humanitärer Schutzvorschriften dazustehen („*But flatly to stand out for civilian bombing would look so bad!*“),¹⁹⁹⁶ was den Sowjets einen Vorwand geboten hätte, die Konferenz vorzeitig zu verlassen. Daher wurde argumentiert, dass die Genfer Konferenz für die Umsetzung etwaiger Vorschläge nicht das geeignete Forum sei, stattdessen müsste sich an anderer Stelle mit dem Thema auseinandergesetzt werden.¹⁹⁹⁷ Zudem teilte ein Großteil der anwesenden Staatenvertreter das Misstrauen gegenüber den sowjetischen Anträgen und vermutete allein politische Motive hinter den restriktiven Resolutionsvorschlägen.¹⁹⁹⁸

Ein Aspekt, der die Differenzen zwischen Großbritannien und den USA offenbarte, war der Vorschlag seitens der USA, Verstöße gegen die Genfer Konventionen als ‚Kriegsverbrechen‘ zu erheben.¹⁹⁹⁹ Die Briten stellten sich diesem Antrag unter Berücksichtigung der Kriegsverbrecherprozesse sowie der zugrundeliegenden *tu-quoque*-Argumentation entgegen, wie LINDQVIST feststellt: „[T]he victorious powers could hardly forbid bombing of civilians without incriminating themselves for what they had already done and planned to continue doing.“²⁰⁰⁰ Dies konnte erneut mit der Begrenzung der Kompetenz begründet werden, die nach der Gründung der *United Nations War Crimes Commission* bei der UN und nicht beim IKRK lag.²⁰⁰¹ Selbst ihr ‚geistiger Vater‘ Jean PICTET sah die Genfer Konventionen ausschließlich als Beitrag zur weiteren Bestimmung des Begriffs des Kriegsver-

-
- 1995 David ROSEWAY an den Delegierten GARDNER, zit. in: BEST, *War and Law since 1945*, New York 1994, S. 111.
- 1996 BEST, *War and Law since 1945*, New York 1994, S. 111; in diesem Sinne auch GILLESPIE, *A History of the Laws of War: Volume 2. The Customs and Laws of War with Regards to Civilians in Times of Conflict*, Oxford 2011, S. 36.
- 1997 So eindrücklich der US-Repräsentant CLATTENBURG zum Änderungsentwurf der Sowjetunion in: *Committee III, Establishment of a Convention for the Protection of Civilian Persons in Times of War*, in: FEDERAL POLITICAL DEPARTMENT BERNE, *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949. Vol. II. A*, S. 716: „*The present Conference was neither a disarmament conference nor a conference to re-write the Hague Convention.*“
- 1998 Vgl. BEST, *War and Law since 1945*, New York 1994, S. 115 f.
- 1999 Vgl. BEST, *War and Law since 1945*, New York 1994, S. 159.
- 2000 LINDQVIST, *A History of Bombing*, New York 2011, para. 256.
- 2001 Zur Geschichte der Commission: THE (COMPILERS) UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION (Hrsg.), *History of the United Nations War Crimes Commission and the Developments of the Laws of War*, London 1948, S. 87 ff.

brechens, dem es noch an einer einheitlich anerkannten Definition zu diesem Zeitpunkt fehlte.²⁰⁰²

Die Genfer Konferenz stellte eine verpasste Chance dar, das Luftbombardement mittels eines verbindlichen Vertrages zum Schutz der Zivilbevölkerung einzuhegen und damit die Geschehnisse des Bombenkrieges rechtlich aufzuarbeiten. Anknüpfend an das Vermächtnis der Kriegsverbrechertribunale blieb dies nicht ohne Einfluss für den völkerrechtlichen Diskurs um die rechtliche Einhegung des Luftkrieges. So diagnostizierte Josef KUNZ – wie bereits 16 Jahre zuvor²⁰⁰³ – einen „*chaotic status of the laws of war*“, wie die Genfer Konferenzen erneut bewiesen hätten.²⁰⁰⁴ Hersch LAUTERPACHT bezeichnete dagegen die Konventionen von 1949 als „*historic and in many ways almost a revolutionary piece of international legislation*“,²⁰⁰⁵ nicht ohne zugleich die Existenz von kriegsrechtlichen Grundprinzipien in Zweifel zu ziehen: „*[T]here are probably at present no overriding, universally or generally agreed, juridical principles of the law of war*“.²⁰⁰⁶ Überdies stellte LAUTERPACHT wie auch Georg SCHWARZENBERGER²⁰⁰⁷ die Geltung des Unterscheidungsgrundsatzes in Anbetracht der vergangenen Luftkriegspraktiken in Frage. Selbst die Bombardierung der Zivilbevölkerung läge in den Grenzen der Legalität, wenn dies als Nebeneffekt eines Angriffs auf legitime militärische Ziele erfolgen würde.²⁰⁰⁸ Als einziges Verbot im Zusammenhang mit der Luftkriegsführung nennt LAUTERPACHT „*the prohibition of the weapon of terror not incidental to lawful operations*“.²⁰⁰⁹ Doch blieb der österreichisch-britische Völkerrechtler nicht der einzige Autor,

2002 Vgl. PICTET, *The New Geneva Conventions for the Protection of War Victims*, in: AJIL, Vol. 45 No. 3 (1951), S. 470.

2003 KUNZ, *Plus de Lois de la Guerre?*, in: SIBERT (Hrsg.), RGDIP, Paris 1934 (Tome XLI), S. 22-57.

2004 KUNZ, *The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for Their Revision*, in: AJIL, Vol. 45 (1951), S. 37.

2005 LAUTERPACHT, *The Problem of the Revision of the Law of War*, in: BYIL, Vol. 29 (1952), S. 360.

2006 LAUTERPACHT, *The Problem of the Revision of the Law of War*, in: BYIL, Vol. 29 (1952), S. 364.

2007 SCHWARZENBERGER, *Das Luftkriegsrecht und der Trend zum totalen Krieg*, in: JfIR, Bd. 8 (1959), S. 257: „*Angesichts dieser düsteren Realitäten scheint die überkommene Unterscheidung zwischen Kombattanten und Nichtkombattanten überholt*“.

2008 „*[T]he bombing of the civilian population, when incidental to attack upon legitimate military objectives, however widely conceived, may still be within the borderline of legality*“, LAUTERPACHT, *The Problem of the Revision of the Law of War*, in: BYIL, Vol. 29 (1952), S. 369.

2009 „*[S]o long as the assumption is allowed to subsist that there is a law of war, the prohibition of the weapon of terror not incidental to lawful operations must be*

der die Luftkriegspraktiken des totalen Krieges als neue (rechtsändernde) Praxis hinnahm, statt sie als Rechtsverstöße zu verurteilen. Infolge der verpassten Aufarbeitung, sei es im Rahmen der Militärtribunale oder der Genfer Konventionen, qualifizierte STONE das *morale bombing* gegen die „*quasi-combatant workforce*“ als legitim,²⁰¹⁰ während PHILLIPS sogar sämtliche Restriktionen im Bereich des Luftkriegsrechts negierte.²⁰¹¹ Andere Autoren wie Alfred VERDROSS und Friedrich VON DER HEYDTE lehnten dagegen eine rechtsmodifizierende Wirkung der Praktiken des Weltkrieges ab, doch kritisierten die mangelnde Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze auf den Luftkrieg.²⁰¹² Viele waren sich über die Notwendigkeit der speziellen Regulierung des Luftkrieges einig, sei es als Aufgabe *de lege ferenda* oder als Aufgabe der Konkretisierung der *lex lata*.²⁰¹³

Dennoch stand es im Völkerrechtsdiskurs der frühen Nachkriegszeit misslicher um den Status des Luftkriegsrechts, als die Betitelung der Genfer Konvention als revolutionäres Exemplar völkerrechtlicher Gesetzgebung vermuten lässt.

II. Die Genfer Zusatzprotokolle von 1977

Weitere 25 Jahre dauerte es, bis eine diplomatische Konferenz von Staatenvertretern zusammentraf, die sich mit der Fortbildung des Rechts zur Einhegung der (Luft-)Kriegsführung auseinandersetzte. Ergebnis der vier Sitzungen der *Diplomatic Conference on the Reaffirmation on Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts* zwischen den Jahren 1974 und 1977²⁰¹⁴ waren die Zusatzprotokolle zu den Genfer

regarded as an absolute rule of law“, LAUTERPACHT, *The Problem of the Revision of the Law of War*, in: BYIL, Vol. 29 (1952), S. 369.

2010 STONE, *Legal Controls of International Conflict: a Treatise on the Dynamics of Disputes and War-Law*, London 1954, S. 631.

2011 „*Air power entered the post-war period free of all limitations save those imposed by its own technology [...]*“, PHILLIPS, *Air Warfare and Law*, The George Washington Law Review, Vol. 21 No. 3 (1953), S. 334, vgl. Kap. IV: C. I. 2.

2012 VON DER HEYDTE, *Völkerrecht II*, Köln 1960, S. 249; VERDROSS, *Völkerrecht*, 5. Auflage, Wien 1964, S. 479.

2013 Vgl. RANDELZHOFFER, *Flächenbombardement und Völkerrecht*, in: KIPP/MAYER/STEINKAMM (Hrsg.), *Um Recht und Freiheit: Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte zur Vollendung des 70. Lebensjahres*, Berlin 1977, S. 481.

2014 Die vier Versammlungen fanden statt von 20. Februar bis 29 März 1974, von 3. Februar bis 18. April 1975, von 21. April bis 11. Juni 1976 und von 17 März bis 10. Juni 1977, zum Ablauf der Konferenzen die 17-bändigen offiziellen

Konventionen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler (Zusatzprotokoll I)²⁰¹⁵ und nicht-internationaler bewaffneter Konflikte (Zusatzprotokoll II).²⁰¹⁶ Als vertragsrechtlicher *status quo* stehen die Zusatzprotokolle am Ende jedes Narratives zur heroischen Entwicklung des humanitären Völkerrechts. Die Frage stellt sich, inwiefern dieses Narrativ in Bezug auf die Einhegung des Luftkrieges zum Schutz der Zivilbevölkerung berechtigt ist.

1. Setting the Stage: Die 25 Jahre zwischen den Konferenzen

Die Jahre zwischen den Genfer Konventionen von 1949 und den diplomatischen Konferenzen zu den Zusatzprotokollen waren zunächst von einer Stagnation in der Fortbildung des *ius in bello* geprägt, auch wenn das IKRK begann, sich neben dem ‚Genfer Recht‘ auch Entwürfen zur Restriktion der Mittel und Methoden der Kriegsführung, dem ‚Haager Recht‘, zu widmen.²⁰¹⁷ Diese Bemühungen mündeten in den *Draft Rules for the Limitation of the Dangers Incurred by the Civilian Population in Time of War*, die das IKRK auf der 19. Rotkreuz-Konferenz in Neu-Delhi im Jahre 1957 vorstellte.²⁰¹⁸ Sie enthielten erste Vorschriften, die auf die Erfahrungen des Luftkrieges eine Antwort gaben, u.a. zur Immunität der Zivilbevölke-

Protokolle: FEDERAL POLITICAL DEPARTMENT BERNE (Hrsg.), *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Genf 1978.

- 2015 *The 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims in International Armed Conflict (Protocol I)*, abgedruckt in: ROBERTS/GUELFF (Hrsg.), *Documents on the Laws of War*, New York 1982, S. 387 ff.; kommentierte Fassung in: BOTHE/PARTSCH/SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Den Haag 1982, S. 16 ff.
- 2016 *The 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims in Non-International Armed Conflict (Protocol II)*, abgedruckt in: ROBERTS/GUELFF (Hrsg.), *Documents on the Laws of War*, New York 1982, S. 447 ff.; kommentierte Fassung in: BOTHE/PARTSCH/SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Den Haag 1982, S. 604ff.
- 2017 Vgl. LEVIE, *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions - Vol. I*, Dobbs Ferry 1980, S. xiii.
- 2018 XIXth INTERNATIONAL CONFERENCE OF THE RED CROSS, *Final Record Concerning the Draft Rules for the Limitation of the Dangers Incurred by the Civilian Population in Time of War*, Neu Delhi 1957, abgedruckt in: SCHINDLER/TOMAN, *The Laws of Armed Conflicts*, 3. Auflage, Dordrecht 1988, S. 251 ff.

zung (Art. 6),²⁰¹⁹ zum Verbot des Flächenbombardement (Art. 10)²⁰²⁰ oder zum Verbot von Waffen von unkontrollierbarer Wirkung (Art. 14), wozu auch brandstiftende, chemische, bakteriologische und radioaktive Mittel zählten.²⁰²¹ Nach Übermittlung dieser Vorschriften blieb eine Reaktion von Seiten der Regierungen aus,²⁰²² weshalb eine multilaterale Konferenz zu diesem Entwurf nicht zustande kam.²⁰²³

Als Grund für die Stagnation gilt der Kalte Krieg, der die beteiligten Großmächte von rechtlichen Restriktionen in ihren Bewaffnungsmöglichkeiten abhielt und umgekehrt für einen beschleunigten Rüstungswettlauf, gerade im Bereich der Atomwaffen, sorgte.²⁰²⁴ Zwar kam es nie zu einer direkten militärischen Auseinandersetzung, doch boten die Stellvertreterkriege in Korea (1950 bis 1953) und Vietnam (1964 bis 1975) die Gelegenheit, insbesondere die Destruktivität ihrer Luftwaffen auf die Probe zu stel-

2019 Wobei es sich aber nicht um einen absoluten Schutz handelte und das Risiko der beiläufigen Beeinträchtigung den Zivilpersonen oblag: *„Attacks directed against the civilian population, as such, whether with the object of terrorizing it or for any other reason, are prohibited [...] it is also forbidden to attack dwellings, installations or means of transport, which are for the exclusive use of, and occupied by, the civilian population. Nevertheless [...] should members of the civilian population [...] be within or in close proximity to a military objective they must accept the risk resulting from an attack directed against that objective.“*

2020 *„It is forbidden to attack without distinction, as a single objective, an area including several military objectives at a distance from one another where elements of the civilian population, or dwellings, are situated in between the said military objectives.“*
In extensiverer Fassung wurde dieses Verbot des Flächenbombardements in Art. 51 Nr. 5 a) ZP I von 1977 übernommen.

2021 *„Without prejudice to the present or future prohibition of certain specific weapons, the use is prohibited of weapons whose harmful effects – resulting in particular from the dissemination of incendiary, chemical, bacteriological, radioactive or other agents – could spread an unforeseen degree or escape, either in space or in time, from the control of the those who employ them, thus endangering the civilian population [...] also applies to delay-action weapons“,* somit konkreter als in Art. 35 Nr. 2, 3 ZP I von 1977.

2022 *„They met with a crushing silence from the Governments“,* das Statement eines Repräsentanten des IKRK, zit. in: LEVIE, *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions - Volume I*, Dobbs Ferry 1980, S. xiii.

2023 *„As there was virtually no reaction from governments, no further action was taken with a view to adopting a convention on the basis of this draft“,* SCHINDLER/TOMAN, *The Law of Armed Conflicts*, 3. Auflage, Dordrecht 1988, S. 251.

2024 Deren Entwicklung wurde vorangetrieben und Atomsprenköpfe in Langstreckenraketen verbaut; in den letzten Jahren des Kalten Krieges stiegen die Rüstungsausgaben der NATO-Staaten auf 700 Milliarden US-Dollar, vgl. STRÖVER, *Der Kalte Krieg 1947-1991: Geschichte eines radikalen Zeitalters*, 4. Auflage, München 2012, S. 145.

len.²⁰²⁵ Die Kriege hatten einen zunehmenden Anteil an zivilen Opfern im Vergleich zum Zweiten Weltkrieg zu verzeichnen: der Anteil stieg von 50 Prozent im Zweiten Weltkrieg, auf 60 Prozent im Koreakrieg und 70 Prozent im Vietnamkrieg.²⁰²⁶ Zusätzlich ging mit der Dekolonialisierung eine Zunahme von Bürger- und Befreiungskriegen einher. Das klassische Bild des Staatenkrieges wich dem Phänomen des „war amongst the people“,²⁰²⁷ der die Kriegsgefahren für die Zivilbevölkerung sowie die Anpassungsbedürftigkeit der kriegsvölkerrechtlichen Regelungen verdeutlichte.²⁰²⁸ Diese Entwicklung führte vor dem Hintergrund der zunehmenden völkerrechtlichen Bedeutung des Individuums zu neuen Kodifikationsbemühungen.

In der Resolution zur *Protection of Civilian Population against the Dangers of Indiscriminate Warfare*, die von der 20. Rotkreuz-Konferenz in Wien 1965 angenommen wurde,²⁰²⁹ nannte das IKRK „four principles of international law which are to be observed in case of armed conflict“,²⁰³⁰ wovon die ersten drei in der Resolution 2444 der Generalversammlung im Dezember 1968 bestätigt wurden.²⁰³¹

2025 Die Kriege in Korea und Vietnam waren insbesondere von Luftangriffen immensen Ausmaßes geprägt, so wurden etwa im Korea-Krieg (der ein Jahr nach den Genfer Konventionen begann) von der amerikanische geführten Luftwaffe 167.100 Tonnen Bomben und 42.000 Tonnen Napalm abgeworfen. Noch extensiver waren die Offensiven im Vietnamkrieg: „collectively, these operations, when combined with all the other over the course of the war, saw some 15 million tons of explosives or 280 kilograms of dynamite for every person in the country“, GILLESPIE, *A History of the Laws of War: Volume 2. The Customs and Laws of War with Regards to Civilians in Times of Conflict*, Oxford 2011, S. 37, 38; hinzu kamen die Konflikte in Indochina, Algerien, Nigeria und Nahen Osten; zu den Nachkriegskonflikten im Zuge der Dekolonialisierung siehe: LINDQVIST, *A History of Bombing*, New York 2011, para. 247 ff.

2026 SCHINDLER, *International Humanitarian Law: Its Remarkable Development and Its Persistent Violation*, in: *Journal of the History of International Law*, Vol. 165 (2003), S. 171: „and to 90 per cent in civil wars in the 1990s“.

2027 Siehe SMITH, *The Utility of Force: the Art of War in the Modern World*, New York 2007, S. 269 ff.

2028 Vgl. *Prefatory Note*, in: ROBERTS/GUELFF (Hrsg.), *Documents on the Laws of War*, Oxford 1982, S. 387.

2029 XXth INTERNATIONAL CONFERENCE OF THE RED CROSS, *Resolution XXVIII: Protection of Civilian Populations against the Dangers of Indiscriminate Warfare*, abgedruckt in: IRRIC, Vol. 56 (1965), S. 588.

2030 *Introductory Note* von: SCHINDLER/TOMAN, *The Laws of Armed Conflicts*, 3. Auflage, Dordrecht 1988, S. 59 ff.

2031 Die 4. Regel lautete: „that the general principle of the Law of War apply to nuclear and similar weapons“, vor dem Hintergrund des Kalten Krieges war die Regel hinsichtlich der Außen- u. Sicherheitspolitik anscheinend zu restriktiv.

„That the right of the parties to a conflict to adopt means of injuring the enemy is not unlimited“;²⁰³²

„That it is prohibited to launch attacks against the civilian populations as such“;

„That distinction must be made at all times between persons taking part in the hostilities and members of the civilian population to the effect that the latter be spared as much as possible“.²⁰³³

Die Resolution nahm Bezug auf die erste Internationale Menschenrechtskonferenz vom 12. Mai 1968, die 20 Jahre nach der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte die beabsichtigten Fortschritte überprüfen und eine Agenda für die Zukunft formulieren sollte.²⁰³⁴ In Reaktion hierauf erließ die Generalversammlung eine Resolution, worin sie den Generalsekretär in Konsultation mit dem IKRK aufforderte,

„to study: (a) Steps which could be taken to secure the better application of existing humanitarian international conventions and rules in all armed conflicts;

(b) the need for additional humanitarian international conventions or for other appropriate legal instruments to ensure the better protection of civilians, prisoners and combatants in all armed conflicts and the prohibition and limitation of the use of certain methods of warfare“²⁰³⁵

Hiermit involvierten sich die Vereinten Nationen erstmals in Fragen zum Recht im Krieg. Dies löste allmählich die Trennung von ‚Genfer-‘, ‚Haager‘ und ‚New Yorker Recht‘ auf und eröffnete eine gemeinsame Debatte zu den interagierenden Regeln zur Beschränkung der Kriegsführung, zum Schutz von Kriegsopfern und zur Förderung des internationalen Men-

2032 Dies war eine Wiederholung von Art. 22 HLKO von 1899 bzw. 1907: „Die Kriegsparteien haben kein unbeschränktes Recht in der Wahl der Mittel zur Schädigung des Feindes“, siehe hierzu schon Kap. I: B. II. 2. C.

2033 Dies erinnert an die Regeln, die CHAMBERLAIN im Jahre 1938 als eine der luftkriegsvölkerrechtlichen Grundsätze aufgestellt und der Völkerbund in der nachfolgenden Resolution angenommen hatte, Kap. III: B. IV. 1.

2034 *Resolution XIII adopted by the International Conference on Human Rights, Teheran, 12 May 1968*, abgedruckt in: SCHINDLER/TOMAN, *The Laws of Armed Conflicts*, 3. Auflage, Dordrecht 1988, S. 261 f.

2035 United Nations General Assembly Resolution 2444 (XXIII), 19.12.1968: „*Respect for human rights in armed conflicts*“, abgedruckt in: SCHINDLER/TOMAN (Hrsg.), *The Laws of Armed Conflicts*, 3. Auflage, Dordrecht 1988, S. 263-264.

schenrechtsschutzes in bewaffneten Konflikten.²⁰³⁶ Zugleich schmälerte es die Divergenzen, die auf völkerrechtswissenschaftlicher Ebene zwischen Gegnern und Unterstützern des Humanitären Völkerrecht existierten²⁰³⁷ und förderte auf sachlich-institutioneller Ebene die Kooperation zwischen den Vereinten Nationen und dem IKRK. Die rechtliche Begrenzung der Auswirkungen des Krieges war fortan ein gemeinsames Anliegen, wie die wiederholten Resolutionen der Generalversammlung zu den Grundsätzen des Zivilschutzes in bewaffneten Konflikten mit Bezug zu den Arbeiten des IKRK verdeutlichten.²⁰³⁸

Infolge der Rotkreuz-Konferenz von Istanbul im Jahr 1969 berief das IKRK zwei Expertentreffen ein – zusammengesetzt aus „*governmental, Red Cross and other experts representing the principal legal and social systems of the world*“ – denen es Vorschläge zur „*Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*“ vorlegte.²⁰³⁹ Auf Grundlage der Beratungen dieser Expertentreffen von 1971 und 1972 sowie der zwischenzeitlichen Konsultierung von Nichtregierungsorganisation entwarf das IKRK zwei Protokolle zu den Genfer Konventionen, die schließlich den Weg für die diplomatische Konferenz zur Rechtsfortbildung ebneten.²⁰⁴⁰

2036 In diesem Sinne auch: KALSHOVEN/ZEGVELD in: ICRC (Hrsg.), *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, 3. Auflage, Genf 2001, S. 33: „[T]he starting gun had been fired for an accelerated movement which brought the three currents The Hague, Geneva and New York, together in one mainstream.“

2037 Siehe zur Ablehnung des *ius in bello* infolge des Ersten und Zweiten Weltkriegs, oben Kap. III: B. I., Kap. V: A.

2038 Neben UNGA Res. 2444 (XXIII) siehe insb. UNGA Res. 2675 (XXV) vom 09.07.1970 zu „*Basic principles for the protection of civilian populations in armed conflicts*“, die Regeln zur Immunität der Zivilbevölkerung aufstellte, abgedruckt in: SCHINDLER/TOMAN (Hrsg.), *The Laws of Armed Conflicts*, 3. Auflage, 1988, S. 267 ff.; siehe ergänzend die Resolution des Institute of International Law vom 09.09.1969, Edinburgh, zur „*Distinction between Military Objectives and Non-Military Objects in general and particularly the Problems associated with Weapons of Mass Destruction*“, abgedruckt in: SCHINDLER/TOMAN (Hrsg.), *The Laws of Armed Conflicts*, 3. Auflage, 1988, S. 265 f.

2039 *Resolution XIII (Reaffirmation and Development of the Laws and Customs Applicable in Armed Conflict adopted by The XXIst International Conference of the Red Cross, Istanbul, September 1969)*, in: IRRC, Vol. 9 No. 104 (1969), S. 615-616.

2040 Die Konferenzen fanden von 24. Mai bis 11. Juni 1971 und von 3. Mai bis 2. Juni 1972 statt, wobei die Teilnehmerzahl von 35 vertretenen Regierungen auf 77 in der zweiten Konferenz stieg. Dies hing mit Beschwerden über die Unterrepräsentanz von ‚Dritte-Welt-Staaten‘ zusammen, vgl. PARKS, *Air War and the Law of War*, in: *Air Force Law Review*, Vol. 32 (1990), S. 72; zu den

2. Die luftkriegsrelevanten Artikel der Protokolle

Die Diplomatische Konferenz über die Neubestätigung und Weiterentwicklung des in bewaffneten Konflikten anwendbaren Humanitären Völkerrechts (*Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*) tagte in vier mehrmonatigen Versammlungen zwischen den Jahren 1974 und 1977, an denen zwischen 107 und 124 Staaten sowie 11 Befreiungsbewegungen teilnahmen.²⁰⁴¹ Der gewählte Terminus ‚Humanitäres Völkerrecht‘ sollte auch begrifflich das Genfer und Haager Recht zusammenführen und sich seither im internationalen Diskurs etablieren.²⁰⁴² Ergebnis der Sitzungen waren die zwei Zusatzprotokolle zum internationalen (ZP I) und nicht-internationalen (ZP II) bewaffneten Konflikt, deren Artikel grundsätzlich auf dem Konsenswege zustande kamen.²⁰⁴³ Die Konferenz teilte sich in drei Hauptkommissionen, wovon die Diskussionen und Ergebnisse der dritten Kommission – zu Mitteln und Methoden der Kriegsführung und dem Schutz der Zivilbevölkerung – für die vorliegende Untersuchung von Relevanz sind.²⁰⁴⁴

Konferenzen: ICRC (Hrsg.), *Report on the Work of the Conference of the Red Cross Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts*, 24 May - 12 June 1971, Genf 1971; ICRC (Hrsg.), *Report on the Work of the Conference of the Red Cross Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts*, 3 May - 3 June 1972, Genf 1972.

- 2041 Siehe hierzu: BOTHE/IPSEN/PARTSCH, *Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht. Verlauf und Ergebnisse*, ZaöRV, Vol. 38 (1978), S. 2 ff.; die rechtliche Stellung der Befreiungsbewegungen zu Beginn ein Streitpunkt.
- 2042 Zuvor hieß es „*Reaffirmation and Development of Law Applicable in Armed Conflicts*“; siehe die Anerkennung dessen durch den IGH im Nuklearwaffengutachten: „*These two branches of law [...] have become so closely interrelated that they are considered to have gradually formed one single complex system, known today as international humanitarian law*“, in: ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 08.07.1996, ICJ Reports 1996, S. 256.
- 2043 In bestimmten Fällen kam es zu Abstimmungen, wobei die einfache Mehrheit entschied, bei Differenzen innerhalb der Plenarsitzungen entschied die absolute Mehrheit, hierzu: BOTHE/IPSEN/PARTSCH, *Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht. Verlauf und Ergebnisse*, in: ZaöRV, Vol. 38 (1978), S. 4.
- 2044 Zu den Verhandlungen: LEVIE, *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva conventions. Vol. III*, Dobbs Ferry 1980; BOTHE/PARTSCH/SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, The Hague 1982, S. 4 ff.

Andere Kommissionen widmeten sich allgemeinen Bestimmungen, Schlussbestimmungen und Grundgarantien zu Protokoll II (Kommission I) sowie Vorschriften zum Verwundeten-, Kranken- und Zivilschutz (Kommission II). Hinzu kam eine *Ad-hoc*-Kommission (IV) zu „*certain conventional weapons likely to cause unnecessary suffering or have indiscriminate effects*“.²⁰⁴⁵

Nachdem die machtpolitischen Interessen und Hintergründe der verschiedenen Lager betrachtet werden, ist eine kritische Beurteilung von Inhalt und Auslegung der luftkriegsrelevanten Artikel vorzunehmen, die Art. 48 bis 60 des ZP I, insbesondere Art. 51 ZP I, betreffen.

a. Machtpolitische Interessen und Hintergründe

Die Verhandlungen der CDDH offenbarten die verschiedenen machtbzw. militärpolitischen Interessen, die den Diskussionsverlauf und die Haltungen der Regierungsvertreter zu den Regelungen der Protokolle prägten. Die zugrundeliegenden Differenzen waren bereits in den vorherigen Expertentreffen aufgefallen, wozu der US-Repräsentant resümierend vermerkte:

*„Some countries have been led by their experience, geography, industrial development, and other factors to invest in and rely on certain weapons for their military forces, and other countries have been led to invest in and rely on other weapons. Some countries rely more heavily on infantry and ground combat forces, and others rely more on fire power and mobility. A few countries happily have had little, if any, direct involvement in hostilities in recent years; others have been steadily involved. All of these differences, and others, continue to produce profoundly different views of both priorities and possibilities in the development of legal restraints on the means and methods of warfare.“*²⁰⁴⁶

In den CDDH bestanden die offensichtlichen Streitpunkte zwischen den industriellen Militärmächten aus dem globalen Norden und den ,Entwick-

2045 Auf Initiative der Staaten Ägypten, Jugoslawien, Mexiko, Norwegen, Schweden, Schweiz und Sudan.

2046 U.S. DEPARTMENT OF STATE: *Report of the U.S. Delegation to the Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Geneva 1972, S. 54; PARKS, *Air War and the Law of War*, in: *Air Force Law Review*, Vol. 32 (1990), S. 73, Fn. 249 (Hervorhebung nur hier).

lungs- bzw. ‚Dritte-Welt‘-Staaten aus dem globalen Süden, die in Abhängigkeit vom Diskussionsgegenstand sowohl von kleineren Westmächten als auch von Oststaaten Unterstützung erhielten.²⁰⁴⁷

Dies betraf schon das generelle Interesse an der rechtlichen Restriktion von Mitteln und Methoden der Kriegsführung. Die Entwicklungsstaaten traten vor dem Hintergrund der (post-)kolonialen Erfahrungen für besonders umfassende Regelungen in diesem Bereich ein. Dies inkludierte die Einhegung der Luftkriegsführung, die es imperialistischen Staaten seit Beginn des Jahrhunderts erlaubte, ihre kolonialisierten Gebiete mittels des ‚Air-Policing‘ unter Kontrolle zu halten.²⁰⁴⁸ Die hegemoniale Stellung des in der Militärluftfahrt Überlegenen hatte sich jüngst im Vietnamkrieg,²⁰⁴⁹ im Algerienkrieg wie auch im arabisch-israelischen Konflikt gezeigt.²⁰⁵⁰ Unterstützt wurden die Restriktionsbestrebungen der Südstaaten durch das IKRK und kleinere Nordstaaten, die sich um konkret definierte Bestimmungen für den bedingungslosen Schutz der Zivilbevölkerung einsetzten. Ein weitläufig publiziertes Rechtsregime hätte aus ihrer Sicht die Aufmerksamkeit der internationalen Öffentlichkeit auf die Respektierung humanitär-völkerrechtlicher Vorschriften richten können.²⁰⁵¹ Hierzu gehörten insbesondere Schweden, Österreich, Finnland und die Schweiz, die Unterstützung von wissenschaftlichen Größen wie Jean PICTET erhielt

-
- 2047 Zu den verschiedenen Lagern siehe auch: PARKS, *Air War and the Law of War*, in: *Air Force Law Review*, Vol. 32 (1990), S. 71 ff.; BOTHE/PARTSCH/SOLF: *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, The Hague 1982, S. 7 ff.; BEST, *War and Law since 1945*, Oxford 1994, S. 342 ff.; sowie insgesamt: ALEXANDER, *International Humanitarian Law, Postcolonialism and the 1977 Geneva Protocol I*, in: *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 17 No. 1 (2016), S. 16 ff.
- 2048 Siehe hierzu die britische und französische Luftkriegspraxis zur Zwischenkriegszeit, Kap. III: C. II. 1.
- 2049 Der Vietnamkrieg war ein „typical example of a war between an industrialized and a developing country“, dem unterschiedliche militärische Konzepte zugrunde lagen, die in den Konferenzen entweder verboten oder verteidigt werden sollten: Die guerilla-geprägte Kampfführung Nordvietnams war auf *manpower* und die industriell-geprägte Kampfführung Südvietnams auf *firepower* ausgerichtet, BOTHE/PARTSCH/SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, The Hague 1982, S. 9.
- 2050 Der Vietnamkrieg war von der Überlegenheit der amerikanischen, der Algerienkrieg von der Überlegenheit der französischen und der Nahost-Konflikt von der Überlegenheit der israelischen Luftwaffe geprägt.
- 2051 Inkl. der NATO-Staaten: PARKS, *Air War and the Law of War*, in: *Air Force Law Review*, Vol. 32 (1990), S. 81.

ten.²⁰⁵² Sie waren aufgrund ihrer restriktiven Vorschläge dem Vorwurf ausgesetzt, das Humanitäre Völkerrecht ‚durch die Hintertür‘ als *„vehicle for the conventional disarmament of the superpowers“*²⁰⁵³ zu nutzen, um zugleich das nationale Rüstungsbudget zu schonen.

Diesen Forderungen stellten sich die großen Militärmächte mit *„basic guidelines [...] deriving from basic requirements of law and humanity“*²⁰⁵⁴ entgegen, um stattdessen vagen Einschränkungen zu unterliegen, die ihre hegemoniale Rüstungsstellung nicht gefährden. Diesen Gegensatz bezeichnet der IKRK-Delegierte Michael BOTHE als Kontroverse zwischen *„idealists“* und *„realists“*.²⁰⁵⁵ Die Nordstaaten setzten sich dagegen ausdrücklich für Regelungen zum Schutz von Zivilpersonen in nicht-internationalen Konflikten ein. Dies konnte als vorzeigbarer Erfolg für die Fortbildung des humanitären Völkerrechts dienen, um zugleich die Zurückhaltung an anderer Stelle rechtfertigen zu können.²⁰⁵⁶ Auch die sozialistischen Oststaaten waren diesem Punkt zugeneigt, lehnten aber Vorschläge zu obligatorischen Mitteln im Bereich der *„dispute settlement and control of application“* ab.²⁰⁵⁷ Eine weitere Kontroverse betraf den rechtlichen Status nationaler

2052 *„If we cannot outlaw war, we will make it too complex for the commander to fight“*, zit. in: PARKS, *Air War and the Law of War*, in: *Air Force Law Review*, Vol. 32 (1990), S. 81..

2053 Diese Absichten waren bereits im Rahmen der Haager Friedenskonferenzen von 1899 und 1907 sowie in den Genfer Abrüstungskonferenzen von 1932 festzustellen, siehe Kap. I: B. sowie Kap. III: A. II.; retrospektiv zur CCDH siehe: PARKS, *Air War and the Law of War*, in: *Air Force Law Review*, Vol. 32 (1990), S. 81.

2054 So ein amerikanischer Delegierter, U.S. DEPARTMENT OF STATE: *Report of the U.S. Delegation to the Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Geneva 1972, S. 54, zit. in: PARKS, *Air War and the Law of War*, in: *Air Force Law Review*, Vol. 32 (1990), S. 75.

2055 Siehe zu dieser Differenzierung: BOTHE/PARTSCH/SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, The Hague 1982, S. 9.

2056 Die Strategie, einen ‚humanitären‘ Erfolg in einem Bereich zu fokussieren, der wenig Auswirkungen auf eigene militärische Freiheiten hat, ist auch als eine Form des *„window-dressing“* in Rechtsfortbildungsprozessen zu sehen. Umgekehrt vermeiden Staaten damit zugleich eine rechtliche Änderung an militärisch bedeutender Stelle, siehe jüngst zu diesem *„cynical window-dressing“*: VON BERNSTORFF, *Is IHL a Sham? A Reply to Eyal Benvenisti and Doreen Lustig*, in: *EJIL*, Vol. 31 No. 2 (2020), S. 714 f.

2057 Näheres zu dieser Ost-West-Kontroverse in: BOTHE/PARTSCH/SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, The Hague 1982, S. 10.

Befreiungskriege gegen die Kolonialherrschaft und fremde Besatzung, die als international bewaffnete Konflikte anerkannt werden sollten²⁰⁵⁸ – war das Jahr 1974 doch geprägt von einem „*climax of a sustained crescendo of liberationist agitation by the Third World*“.²⁰⁵⁹

Folge der unterschiedlichen Interessen in der Reichweite der Vorschriften war eine kontroverse, hochpolitisierte und langwierige Konferenz. Welchen Einfluss die machtpolitischen Hintergründe auf Inhalt und Auslegung der luftkriegsrelevanten Regelungen hatten und wie der humanitären Schutzgehalt derselben zu beurteilen ist, wird im folgenden Abschnitt untersucht.

b. Inhalt, Auslegung und kritische Beurteilung der Artikel

Art. 35 ZP I enthält zunächst die Grundregeln, die einen Rahmen für die systematische Interpretation der folgenden Vorschriften bilden und als Auffangnorm für Fälle dient, die die speziellen Regeln nicht erfassen.²⁰⁶⁰ Nach Art. 35 Nr. 1 ZP I besteht in Ergänzung zu Art. 22 HLKO kein unbeschränktes Recht in der Wahl der Methoden und Mittel der Kriegsführung.²⁰⁶¹ Art. 35 Nr. 2 ZP I übernimmt das in niedergelegte Art. 23 e HLKO Verbot von Kriegsmitteln, die überflüssige Verletzungen oder unnötige Leiden verursachen, während Nr. 3 den Schutz der Umwelt vor lang anhaltenden und schweren Schäden garantiert. Eine innovative Regelung findet sich in Art. 36 ZP I, wonach die Vertragsparteien neue Mittel und Methoden der Kriegsführung im Zuge der Prüfung, Entwicklung, Beschaffung oder Einführung an den Verbotsvorschriften des Proto-

2058 Kodifiziert in Art. 1 Nr. 4 ZP I, hierzu ausführlich: VON BERNSTORFF, *The Battle for Recognition of Wars of National Liberation*, in: DERS./DANN (Hrsg.), *The Battle for International Law: South-North Perspectives on the Decolonization Era*, Oxford 2019, S. 52 ff.; ALEXANDER, *International Humanitarian Law, Postcolonialism and the 1977 Geneva Protocol I*, in: *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 17 No. 1 (2016), S. 15 ff.

2059 BEST, *War and Law since 1945*, Oxford 1994, S. 344; die aktivsten nationalen Befreiungsbewegungen waren insbesondere die ‚Palestine Liberal Organization‘ und die ‚Southwest Africa People’s Organization‘.

2060 BOTHE/IPSEN/PARTSCH, *Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht*, in: *ZaöRV*, Vol. 38 (1978), S. 22.

2061 Dabei geht Art. 35 Nr. 1 ZP I sogar noch weiter, indem er sämtliche Mittel und Methoden der Kriegsführung beschränkt und nicht allein die Mittel „zur Schädigung des Feindes“ wie in Art. 22 HLKO, vgl. Kap. I: B. II. 1. c.

kolls oder anderen anwendbaren Völkerrechtsregeln zu messen haben.²⁰⁶² Art. 36 ZP I richtet damit eine dezentrale Vorabrechtmäßigkeitsprüfung ein. Im Übrigen findet sich in Art. 1 Nr. 2 ZP I eine Kodifizierung der bereits aus der Präambel der HLKO bekannten Martens'schen Klausel.

Die Regeln der Art. 48 bis 60 des ZP I nehmen nicht auf spezifische Kriegsmittel Bezug, sondern treffen grundlegende Bestimmungen zur Begrenzung militärischer Handlungen. Die Maxime der Immunität ziviler Personen und Objekte konkretisierten sie in Form von ausdrücklichen Verboten („*by a complete ban on military attacks or operations against civilian populations and civilian objects as such*“) oder auslegungsbedürftigen Restriktionen („*by limiting the effects of military operations, which, although directed against military objectives, might incidentally or accidentally endanger the civilian population and civilian objects in the vicinity*“).²⁰⁶³ Das IKRK wollte somit einen Ausgleich zwischen humanitären Schutz- und militärischen Vorteilsinteressen schaffen, um die ‚Konsensfreundlichkeit‘ des Vertragswerkes zu bewahren. Kontroverses Abstimmungsverhalten und abweichende Interpretationserklärungen verdeutlichen jedoch, wie die großen Militärmächte versuchten, die „*individualschützende Wirkung einzelner Regelungen zugunsten der militärischen Aktionsfreiheit*“ zu relativieren.²⁰⁶⁴ Dies hatte auch auf solche Regelungen Auswirkungen, die für den Luftkrieg von mittelbarem oder unmittelbarem Einfluss waren.

2062 BOTHE et. al. weisen darauf hin, dass Art. 36 ZP I somit Rechtsklarheit verschafft und bewirkt, dass neue Waffen auch in den Anwendungsbereich des geltenden Rechts fallen, wenn sie zurzeit des Rechtsfortbildungsprozesses noch nicht existent waren, siehe: BOTHE/IPSEN/PARTSCH, *Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht. Verlauf und Ergebnisse*, in: ZaöRV, Vol. 38 (1978), S. 24.

2063 MIRAMANOFF-CHILIKINE vom ICRC, dritte Kommission, 12.03.1974 (CD-DH/III/SR; XIV, 13) in: LEVIE (Hrsg.), *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva conventions - Vol. III*, Dobbs Ferry 1980, S. 60: „*The draft Protocols were designed to provide the civilian population with legal immunity in two ways: - first by a complete ban on military attacks or operations against civilian populations and civilian objects as such and secondly, by limiting the effects of military operations, which, although directed against military objectives, might incidentally or operationally endanger the civilian population and civilian objects in the vicinity [...] in order to take account of the realities of modern armed conflict [...]*“.

2064 BOTHE/IPSEN/PARTSCH, *Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht*, in: ZaöRV, Vol. 38 (1978), S. 39.

Artikel 48 ZP I

„In order to ensure respect for and protection of the civilian population and civilian objects, the Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives.“²⁰⁶⁵

Art. 48 ZP I ist die Grundregel zur Unterscheidung zwischen zivilen Personen und Kombattanten sowie zwischen zivilen und militärischen Objekten, ergänzt durch das ausdrückliche Gebot, Kriegshandlungen nur gegen militärische Ziele zu richten. Der Grundsatz wurde bereits explizit zur Zwischenkriegs-²⁰⁶⁶ und implizit zur Vorkriegszeit²⁰⁶⁷ in Vertragswerken sowie im Völkerrechtsdiskurs bekräftigt. Als *„foundation on which the codification of the laws and customs of war rests“*²⁰⁶⁸ fand er schließlich in Art. 48 ZP I eine Kodifikation. Dies geschah unter Änderungsvorschlägen und ergänzenden Erklärungen einzelner Delegationen,²⁰⁶⁹ doch ohne offene ausgetragene Kontroversen.

2065 Art. 48, 1977 Geneva Protocol I Addition to the Geneva Convention of 12 August 1949, and Relating to the Protection of International Armed Conflicts, ROBERTS/GUELF (Hrsg.), *Documents on the Laws of War*, Oxford 1982, S. 414.

2066 Siehe insbesondere Art. 22 ff. der Haager Luftkriegsregeln von 1923 sowie die im Luftkrieg geltenden völkerrechtlichen Prinzipien nach Chamberlain und die nachfolgende Völkerbundesresolution, Kap. III: B. II., IV.

2067 In den Vertragstexten der Straßburger Erklärung von 1868 und der Haager Landkriegsordnung wird dieser Grundsatz indirekt bestätigt, vgl. Kap. I: A. II. 3. a. die Präambel der Straßburger Erklärung: *„daß das einzige rechtmäßige Ziel, welches sich ein Staat in Kriegzeiten stellen kann, die Schwächung der Streitkräfte des Feindes ist“*; zu der HLKO siehe Kap. I: B. II., III.; siehe auch: SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Genf 1987, S. 598: *„though at that time it was not considered necessary to formulate it word for word in the texts themselves.“*

2068 SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Genf 1987, S. 598: *„The entire system established in The Hague in 1899 and 1907 and in Geneva from 1864 to 1977 is founded on this rule of customary law.“*

2069 Siehe Frankreich: *„[I]t has direct implications as regards a State's organization and conduct of defence the consensus on the adoption of this article“* oder Indien in den Plenarsitzungen vom 26.05.1977: *„[T]his article does not require a party to do something which is not within its means or its capability“*, CCDH/SR. 41, Annex IV, 175, abgedruckt LEVIE (Hrsg.), *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva conventions-Vol. III*, Dobbs Ferry 1980, S. 72, 73.

Gleiches lässt sich für die Bestimmung des Begriffs „Angriff“ in Art. 49 ZP I²⁰⁷⁰ und die Negativdefinition der Zivilbevölkerung in Art. 50 ZP I konstatieren.²⁰⁷¹ Nach letzterer gilt jede Person als Zivilist, die nicht den Streitkräften angehört, wozu grundsätzlich auch Fabrikarbeiter zählen. Dies bestätigt Art. 51 Nr. 3 ZP I, wonach Zivilpersonen solange Schutz genießen, wie sie nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen.²⁰⁷² Davon ist die nur mittelbare Teilnahme an Kriegsanstrengungen grundsätzlich umfasst.²⁰⁷³ Der Schutz von rüstungsbeteiligten Zivilpersonen wird allerdings durch die Rechtmäßigkeit der Bombardierung von militärischen Objekten in Art. 52 ZP I relativiert, womit eine indirekte Legitimierung ihrer Beeinträchtigung einhergeht.²⁰⁷⁴

Artikel 51 Nr. 1, 2 ZP I

„1. The civilian population and individual civilians shall enjoy general protection against dangers arising from military operations. To give effect to this protection, the following rules, which are additional to other applicable rules of international law, shall be observed in all circumstances.

2070 Nach Art. 49 ZP I bezeichnet „Angriff“ jede offensive wie auch defensive Gewaltanwendung, gleich in welchem Gebiet, d.h. auf jede Kriegsführung zu Land, in der Luft oder auf See bezogen, die zivile Personen oder Objekte in Mitleidenschaft ziehen können.

2071 „A civilian is any person who does not belong to one of the categories of persons referred to in Article 4 A (1), (2), (3) and (6) of the Third Convention and in Article 43 of this Protocol. In case of doubt whether a person is a civilian, that person shall be considered to be a civilian“, 1977 Geneva Protocol I Addition to the Geneva Convention of 12 August 1949, and Relating to the Protection of International Armed Conflicts, in: ROBERTS/GUELFF (Hrsg.), *Documents on the Laws of War*, Oxford 1982, S. 415.

2072 „Civilians shall enjoy the protection afforded by this Section, unless and for such time as the take a direct part in hostilities“, 1977 Geneva Protocol I Addition to the Geneva Convention of 12 August 1949, and Relating to the Protection of International Armed Conflicts, abgedruckt in: ROBERTS/GUELFF (Hrsg.), *Documents on the Laws of War*, Oxford 1982, S. 415.

2073 Zu dieser „distinction between direct participation in hostilities and participation in the war effort“ siehe auch: SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Genf 1987, S. 619.

2074 Zum unzulänglichen Schutz der Zivilisten durch die Doktrin des militärischen Objekts siehe Kap. II: B. II. 2.

2. *The civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population is prohibited.*²⁰⁷⁵

Als bedeutendster Artikel für die rechtliche Einhegung des Luftbomberdelements erweist sich Art. 51 ZP I. In Art. 51 Nr. 1 ZP I findet sich zunächst eine wiederholende Bekräftigung des Schutzes der Zivilbevölkerung vor Gefahren durch „*military operations*“, die an anderer Stelle definiert werden als „*all the movements and activities carried out by armed forces related to hostilities*“.²⁰⁷⁶ Die Folgebestimmungen werden als Ergänzung zum sonstigen anwendbaren Völkerrecht verstanden, die unter allen Umständen zu beachten sind.²⁰⁷⁷

Art. 51 Nr. 2 ZP I kodifiziert und spezifiziert den Schutz von Zivilpersonen im Sinne des Art. 49 Nr. 1 ZP I, indem nicht nur der direkte Angriff auf die Zivilbevölkerung, sondern auch die Anwendung oder Androhung von Gewalt mit dem hauptsächlichen Ziel, die Zivilbevölkerung zu terrorisieren, verboten wird. Art. 51 Nr. 2 ZP I gibt damit eine rechtliche Antwort auf die Luftkriegspraxis des Zweiten Weltkrieges. Hierbei handelte es sich jedoch nicht um ein gänzlich neues Verbot; vielmehr fand sich bereits in Art. 22 LKR von 1923 ein Vorläufer desselben,²⁰⁷⁸ das jedoch nie vertragsrechtliche Geltung beanspruchen konnte. Im Unterschied zu Art. 22 LKR und dem ehemaligen Entwurfstext zu ZP I, wonach „*methods intended to spread terror*“ generell verboten waren,²⁰⁷⁹ bestimmt Art. 51

2075 Art. 51, 1977 Geneva Protocol I Addition to the Geneva Convention of 12 August 1949, and Relating to the Protection of International Armed Conflicts, in: ROBERTS/GUELF (Hrsg.), *Documents on the Laws of War*, Oxford 1982, S. 415.

2076 SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Genf 1987, S. 617.

2077 Hierzu gehören insbesondere die Haager Landkriegsordnung von 1899 bzw. 1907 sowie die Genfer Konvention von 1949, aber auch das Genfer Giftgasprotokoll von 1925 und die Haager Konvention zum Schutz von Kulturgut von 1954, SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Genf 1987, S. 617.

2078 Art. 22 LKR: „*Aerial bombardment for the purpose of terrorizing the civilian population, of destroying or damaging private property not of a military character, or of injuring non-combatants is prohibited*“, hierzu Kap. III: B. II. 3. c.

2079 *Synoptic Table of the Draft Additional Protocol to the Geneva Convention of August 12, 1949 and the Text adopted by the Main Committees at the First and Second Sessions of the Diplomatic Conference - CCDH/226*, zit. in: RANDELZHOFFER, *Flächenbombardement und Völkerrecht*, in: KIPP/MAYER/STEINKAMM (Hrsg.), *Um Recht*

Nr. 2 ZP I, dass die Terrorisierung der Hauptzweck des Angriffs sein muss. Damit bleiben solche Angriffe unberücksichtigt, die dem Feind zusätzlich zur physisch-materiellen Destruktion auch physisch-moralischen Schaden zufügen wollen, um die Bevölkerung einzuschüchtern und den Gegner zur Kapitulation zu zwingen.²⁰⁸⁰ Folglich fallen Angriffe, welche die Terrorisierung der Zivilbevölkerung nur als beiläufige Auswirkung verfolgen – wie es in den ersten Phasen des Bombenkrieges der Fall war²⁰⁸¹ – nicht unter das Verbot. Dies eröffnet die Möglichkeit, „*hinter vordergründigen Zielen doch Terrorangriffe durchzuführen*“,²⁰⁸² womit eine erste Schutzlücke im ZP I zu konstatieren ist.

Artikel 51 Nr. 4 ZP I

„4. Indiscriminate attacks are prohibited. Indiscriminate attacks are:
(a) Those which are not directed at a specific military objective;
(b) those which employ a method or means of combat which cannot be directed at a specific military objective; or (c) those which employ a method or means of combat the effects of which cannot be limited as required by this Protocol; and consequently, in each such case, are of a nature to strike military objectives and civilians or civilian objectives without distinction.“²⁰⁸³

Art. 51 Nr. 4 verbietet unterschiedslose Angriffe und definiert die verbotsbegründende Wirkung in dreifacher Form: die mangelnde Ausrichtung des Einsatzes gegen ein bestimmtes militärisches Ziel, die Unmöglichkeit der Ausrichtung eines Mittels oder einer Methode gegen ein bestimmtes militärisches Ziel sowie die Unmöglichkeit der Wirkungsbegrenzung nach

und Freiheit: Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte zur Vollendung des 70. Lebensjahres, Berlin 1977, S. 490.

2080 SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Genf 1987, S. 618.

2081 Siehe zu diesen Phasen des Luftkrieges bis zum Beginn des Jahres 1942: Kap. IV: B. II. 1., 2.

2082 RANDELZHOFFER, *Flächenbombardement und Völkerrecht*, in: KIPP/MAYER/STEINKAMM (Hrsg.), *Um Recht und Freiheit: Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte zur Vollendung des 70. Lebensjahres*, Berlin 1977, S. 491.

2083 ART. 51, *1977 Geneva Protocol I Addition to the Geneva Convention of 12 August 1949, and Relating to the Protection of International Armed Conflicts*, in: ROBERTS/GUELF (Hrsg.), *Documents on the Laws of War*, Oxford 1982, S. 416.

den Vorgaben des Protokolls.²⁰⁸⁴ Waren in den Entwürfen zu ZP I noch spezielle Kriegsmittel explizit genannt, die diese Kriterien erfüllen,²⁰⁸⁵ blieb Art. 51 Nr. 4 ZP I ohne eine solche Konkretisierung. Dies führte zu relativierenden Erklärungen, z.B. seitens der BRD:

„[I]t is our understanding that the definition of indiscriminate attacks contained in paragraph 4 of Article 46 [of the Draft] is not intended to mean that there are means of combat the use of which would constitute an indiscriminate attack in all circumstances. Rather the definition is intended to take account of the fact that the legality of the use of means of combat depends upon circumstances [...] Consequently the definition does not prohibit as indiscriminate any specific weapon.“²⁰⁸⁶

Diese Interpretationserklärungen teilten sinngemäß auch andere Delegationen. Die reine Begrenzung der Kampfmittelwirkung bei zugleich fehlender Konkretisierung der Kampfmittelart in Art. 51 Nr. 4 ZP I nutzten die Militärmächte aus, um sich die Einsatzmöglichkeit bestimmter Waffenkategorien offen zu halten. Dies galt namentlich für Atomwaffen, worauf die amerikanischen, britischen und französischen Erklärungen ausdrücklich Bezug nahmen; so hieß es beispielhaft in der Erklärung der Vereinigten Staaten: *„[I]t is the understanding of the United States of America that the*

2084 Vgl. BOTHE/IPSEN/PARTSCH, *Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht*, in: ZaöRV, Vol. 38 (1978), S. 40; somit die Resolutionen der UN GA vom 19.12.1968 sowie des Institut de Droit International in Edinburgh vom 09.09.1969 berücksichtigend.

2085 Siehe etwa *Draft Rules for the Limitation of the Dangers Incurred by the Civilian Population in Time of War*, die das IKRK in Neu-Delhi im Jahre 1957 vorstellte, worin es hieß: *„[T]he use is prohibited of weapons whose harmful effects – resulting in particular from the dissemination of incendiary, chemical, bacteriological, radioactive or other agents – could spread an unforeseen degree or escape, either in space or in time, from the control of the those who employ them, thus endangering the civilian population“*, abgedruckt in: SCHINDLER/TOMAN, *The Laws of Armed Conflicts*, 3. Auflage, 1988, S. 251 ff., vgl. A. II. 1.

2086 Plenarsitzung vom 26.05.1977 (CCDH/SR. 41, Annex; VI, 175), FEDERAL POLITICAL DEPARTMENT BERNE (Hrsg.), *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts - Vol. VI*, Genf 1978, S. 188; abgedruckt in: LEVIE (Hrsg.), *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva conventions - Vol. III*, Dobbs Ferry 1980, S. 171; siehe auch die deutsche Fassung in Anl. 3 der BT-Drs. 11/6770: *„Nach dem Verständnis der Bundesrepublik Deutschland sind die vom I. Zusatzprotokoll eingeführten Bestimmungen über den Einsatz von Waffen in der Absicht aufgestellt worden, nur auf konventionelle Waffen Anwendung zu finden, unbeschadet sonstiger, auf andere Waffenarten anwendbare Regeln des Völkerrechts“*.

rules established by this protocol were not intended to have any effect on and do not regulate or prohibit the use of nuclear weapons.“²⁰⁸⁷ Diese Erklärungen verdeutlichten das mangelnde Einheitsinteresse der NATO-Staaten vor dem Hintergrund des Kalten Krieges. Den rüstungspolitischen Interessen und allianzverpflichtenden Umständen gemäß sprachen sich Staaten (je nach Lager) für oder gegen die Berücksichtigung nuklearer Waffen aus. Andere Delegationen betonten dagegen, dass sie alle Waffenkategorien – nuklearer, bakteriologischer, chemischer oder konventioneller Art – von den Regelungen des Protokolls erfasst sahen.²⁰⁸⁸

Wie sich nicht zuletzt im amerikanischen Bombenkrieg gegen Japan gezeigt hatte,²⁰⁸⁹ waren es gerade nukleare Kriegsmittel, die sich einem Unterscheidungspotential *per se* verwehrten und somit dem Schutzzweck der Grundregeln des Art. 35 ZP I sowie der konkretisierten Vorschriften der Art. 48 ff. ZP I eindeutig entgegenstanden. Aufgrund der machtpolitischen Differenzen wollte das IKRK eine diskursive Auseinandersetzung mit der Rechtmäßigkeit dieser Waffen vermeiden und begnügte sich mit dem Hinweis darauf, „that the Red Cross [...] has clearly made known its condemnation of weapons of mass destruction and has urged governments to reach agreements for the banning of their use.“²⁰⁹⁰ Viele sahen die Legalität des Atomwaffeneinsatzes als ‚Sonderproblem‘, das von den Regeln des

2087 Erklärung abgedruckt in: ROBERTS/GUELF (Hrsg.), *Documents on the Laws of War*, Oxford 1982, S. 462.

2088 So Indien in Bezug auf Art. 33 des Entwurfs: „[T]he basic rules contained in this article will apply to all categories of weapons, namely nuclear, bacteriological, chemical, or conventional weapons or any other category of weapons“, CCDH/Sr. 39, Annex, FEDERAL POLITICAL DEPARTMENT BERNE (Hrsg.), *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts-Vol. VI*, Genf 1978, S. 115.

2089 Selbst wenn die Aussage TRUMANS der Wahrheit entsprechen würde, dass die Atomraketen auf eine japanische Militärbasis gerichtet gewesen wären, offenbaren die humanitären Folgen unter der Zivilbevölkerung die von Grund auf unterschiedslose Wirkung dieser ‚ultimate weapon‘, siehe Kap. IV: B. II. 5.

2090 So die Einführung zu den Protokollentwürfen, wonach die Bewältigung dieses Problems Aufgabe anderer Konventionen sei: „Problems relating to atomic, bacteriological and chemical warfare are subjects to international agreements or negotiations by governments, and in submitting these draft Additional Protocols the ICRC does not intend to broach these problems“, zit. nach: SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Genf 1987, S. 590.

Humanitären Völkerrechts zu trennen sei.²⁰⁹¹ Dies widersprach jedoch dem ursprünglich postulierten Ziel der umfassenden Revision und Weiterentwicklung des Rechts zur Einhegung der Mittel und Methoden der Kriegsführung.

Die Differenzen zwischen den Lagern waren auch der Grund dafür, dass sich das *Ad-hoc*-Komitee „*to study certain conventional weapons which cause superfluous injury and unnecessary suffering*“ nicht auf nukleare, bakteriologische oder chemische Waffen bezog und der anfangs gestellte Antrag, das Wort „*conventional*“ zu entfernen – um das Mandat des Komitees explizit auf diese Kriegsmittel zu extensivieren – erfolglos blieb.²⁰⁹² Stattdessen befasste sich das Komitee mit Brandwaffen wie Napalm und Aerosolgeschossen, wirkungsverzögernden Kampfmitteln („Booby-traps“), mit Röntgenaufnahmen unentdeckbaren Geschossen, flächendeckend wirkenden und splitternden Geschossen oder auch Laserwaffen.²⁰⁹³ Michael BOTHE weist in diesem Kontext darauf hin, dass die Diskussionen vielmehr den Eindruck vermittelten, „*daß manche Staaten in der Kommission eher Informationslücken auf dem Sektor moderner Waffenentwicklung zu schließen gedachten, als daß sie auf absolute Verbote bestimmter Waffenarten hinwirken wollten.*“²⁰⁹⁴ Dies träfe namentlich auf die hochgerüsteten Staaten zu, die sich gegen jegliche Restriktionen und im Übrigen auch gegen einen Ständigen Kampfmittel-Prüfungsausschuss aussprachen.²⁰⁹⁵

Wie schon 70 Jahre zuvor im Zuge der Haager Friedenskonferenz²⁰⁹⁶ verhinderten die Interessen an der Sicherung eines hegemonialen Rüstungsmonopols somit die multilaterale Illegalisierung inhumaner Kriegsmittel.

2091 Vgl. RANDELZHOFFER, *Flächenbombardement und Völkerrecht*, in: KIPP/MAYER/STEINKAMM (Hrsg.), *Um Recht und Freiheit: Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte zur Vollendung des 70. Lebensjahres*, Berlin 1977, S. 486.

2092 SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Genf 1987, S. 592.

2093 Vgl. BOTHE/IPSEN/PARTSCH, *Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht*, in: ZaöRV, Vol. 38 (1978), S. 83.

2094 BOTHE/IPSEN/PARTSCH, *Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht*, in: ZaöRV, Vol. 38 (1978), S. 83.

2095 Dies hatte Art. 86 des Protokollentwurfs vorgesehen, hierzu u.a. CCDH/I/340.

2096 Siehe hierzu auch das *Résumé* zu den Haager Friedenskonferenzen der Jahre 1899 und 1908 in Kap. I: B. V.

Artikel 51 Nr. 5 ZP I

„Among others, the following types of attacks are to be considered as indiscriminate:

(a) an attack by bombardment by any methods or means which treats as a single military objective a number of clearly separated and distinct military objectives located in a city, town, village or other areas containing a similar concentration of civilians or civilian objects; and

(b) an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.“²⁰⁹⁷

Art. 51 Nr. 5 ZP I nennt Fallbeispiele zu den nach Nr. 4 verbotenen unterschiedslosen Angriffen. Nr. 5 a) bezieht sich sinngemäß auf das Flächenbombardement. Ein solches liegt vor, wenn eindeutig voneinander getrennte militärische Einzelziele in einem Gebiet mit ähnlich stark konzentrierten zivilen Personen und Objekten als ein militärisches Ziel behandelt werden. Die mangelnde Verhältnismäßigkeit von militärischem Vorteil und humanitären Kosten wird in diesem Fall unwiderlegbar angenommen.²⁰⁹⁸ Dies gilt jedoch nur soweit die Merkmale der tatbestandlichen Definition des Flächenbombardements vorliegen. Je näher die Einzelziele beieinander liegen, wie z.B. in einem Industrie- oder Verkehrszentrum, desto seltener die Merkmale des Flächenbombardements i.S.d. Art 51 Nr. 5 a) ZP I erfüllt. In einem solchen Fall richtet sich die Rechtmäßigkeit des Angriffs stattdessen nach Art. 51 Nr. 5 b) ZP I. Dieses Merkmal der Separation der militärischen Einzelziele wurde im Rahmen der Konferenz kontrovers diskutiert. Die Diskussionen hatten dazu geführt, dass sich vom Kriterium des Entwurfs „at some distance from each other“ entfernt wurde.²⁰⁹⁹ Mehrere Delegationen erklärten, dass sie eine signifikante Ent-

2097 Art. 51, 1977 *Geneva Protocol I Addition to the Geneva Convention of 12 August 1949, and Relating to the Protection of International Armed Conflicts*, in: ROBERTS/GUELF (Hrsg.), *Documents on the Laws of War*, Oxford 1982, S. 416.

2098 Vgl. RANDELZHOFFER, *Flächenbombardement und Völkerrecht*, in: KIPP/MAYER/STEINKAMM (Hrsg.), *Um Recht und Freiheit: Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte zur Vollendung des 70. Lebensjahres*, Berlin 1977, S. 490.

2099 *Synoptic Table of the Draft Additional Protocol to the Geneva Convention of August 12, 1949 and the Text adopted by the Main Committees at the First and Second Sessions of the Diplomatic Conference*, CCDH/226, S. 81, zit. in: RANDELZHOFFER, *Flächenbombardement und Völkerrecht*, in: KIPP/MAYER/STEINKAMM (Hrsg.), *Um*

fernung zwischen den militärischen Zielen für erforderlich hielten.²¹⁰⁰ Andere forderten, dass es auf die Möglichkeit des separaten Attackierens der Objekte ankommen müsste.²¹⁰¹ All den Vorschlägen war gemein, dass sie dem Befehlshaber einen Beurteilungsspielraum eröffneten.²¹⁰² Auch in der finalen Fassung der Nr. 5 a) unterliegt die Frage, ab welcher Distanz die militärischen Ziele „deutlich voneinander getrennt“ und ab welchem Maße zivile Personen oder Objekte „ähnlich stark konzentriert“ sind, der subjektiven Bewertung des Angreifers.²¹⁰³

Gleiches gilt für die in Art. 51 Nr. 5 b) ZP I enthaltene Abwägung, die im Zuge eines Angriffs zwischen humanitären Schutz- und militärischen Vorteilsinteressen zu treffen ist. Hiernach gilt ein Angriff als unterschiedslos, soweit die Beeinträchtigung von zivilen Personen und Objekten in einem exzessiven Verhältnis zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil steht. Art. 51 Nr. b) ZP I erhielt im Vergleich zum Protokollentwurf eine extensivierende Formulierung, in dem noch von „to an extent disproportionate“ die Rede war.²¹⁰⁴ Im finalen Wortlaut stellte der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nichts mehr als ein Übermaßverbot zur Verhinderung von Exzessen auf – das IKRK war sich dabei bewusst, „that the rule of proportionality contained a subjective element, and was thus liable

Recht und Freiheit: Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte zur Vollendung des 70. Lebensjahres, Berlin 1977, S. 491.

- 2100 Etwa die Erklärung der USA, CCDH/III/SR. 31, vgl. BOTHE/PARTSCH/SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Den Haag 1982, S. 309.
- 2101 So etwa Ägypten und Kanada, CDDH/III/SR. 31, paras. 50, 56, 58: „[U]nless the objectives are too close together to be capable of being attacked separately“, vgl. SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Genf 1987, S. 624; oder auch: BOTHE/PARTSCH/SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, The Hague 1982, S. 309.
- 2102 Vgl. hierzu SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Genf 1987, S. 624.
- 2103 Siehe auch kritisch zu diesen „relatively subjective notions“: SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Genf 1987, S. 625.
- 2104 Zit.: RANDELZHOFFER, *Flächenbombardement und Völkerrecht*, in: KIPP/MAYER/STEINKAMM (Hrsg.), *Um Recht und Freiheit: Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte zur Vollendung des 70. Lebensjahres*, Berlin 1977, S. 491.

to abuse“.²¹⁰⁵ Im Vergleich dazu galt noch gemäß Art. 24 LKR, dass ein Angriff innerhalb des Operationsgebiets an der Bedeutung des anvisierten militärischen Ziels im Verhältnis zur Gefährdung der Zivilbevölkerung zu messen ist und außerhalb des Operationsgebiets sogar unterbleiben muss, wenn eine unterschiedslose Bombardierung unvermeidbar ist.²¹⁰⁶ Das IKRK entschied sich jedoch gegen eine solche absolute Regelung und zugunsten der militärischen Entscheidungs- bzw. Abwägungsfreiheit, um das Risiko einer ausbleibenden Einigung zu minimieren: „[A] good text is useless if it went unsigned, unratified and unimplemented.“²¹⁰⁷ Dieses Vorgehen blieb in den Konferenzen nicht ohne Kritik; so merkte der Repräsentant der DDR an:

„[P]rotection of the civilian population could not be improved if the concept of proportionality was retained. To permit attacks against the civilian population and civilian objects if such attacks had military advantages was tantamount to making civilian protection dependent on subjective decisions taken by a single person, namely, the military commander concerned.“²¹⁰⁸

Weitere Delegationen übten ähnliche Kritik und formulierten Änderungsvorschläge, die den Proportionalitätsgrundsatz vollständig ausklammerten²¹⁰⁹ oder restriktiver definierten.²¹¹⁰ An Stelle einer absoluten Verbotregelung gibt Art. 51 Nr. 5 b) ZP I letztlich den humanitären Schutz zur Abwägung frei, wobei Abwägungsfehler im Zweifel zulasten ziviler Perso-

2105 MIRIMANOFF-CHILIKINE vom IKRK in der Sitzung vom 14.03.1974 (CCDH/III/SR. 5; XIV, 35), abgedruckt: LEVIE (Hrsg.), *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva conventions*, Dobbs Ferry 1980, S. 126.

2106 Art. 24 Nr. 4 der LKR: „In the immediate neighborhood of the operations of land forces, the bombardment of cities, towns, villages, dwellings, or buildings is legitimate provided that there exists a reasonable presumption that the military concentration is sufficiently important to justify such bombardment, having regard to the danger thus caused to the civilian population.“

2107 MIRIMANOFF-CHILIKINE vom IKRK in der Sitzung vom 14.03.1974 (CCDH/III/SR. 5; XIV, 35), abgedruckt in: LEVIE (Hrsg.), *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva conventions*, Dobbs Ferry 1980, S. 126.

2108 FISCHER (DDR) in der Sitzung des dritten Komitees vom 18.03.1974 (CCDH/III/SR. 7; XIV, 51), abgedruckt in: LEVIE (Hrsg.), *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva conventions*, Dobbs Ferry 1980, S. 135.

2109 Hierzu den Änderungsvorschlag Rumäniens in der Sitzung vom 12.03.1974 (CDDH/III/10, 200), in: LEVIE (Hrsg.), *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva conventions*, Dobbs Ferry 1980, S. 123.

2110 Hierzu den Änderungsvorschlag Schwedens in der Sitzung vom 18.03.1974 (CCDH/III/44, 204), in: LEVIE (Hrsg.), *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva conventions*, Dobbs Ferry 1980, S. 130.

nen und Objekte gehen und der Rechtfertigung aus militärischen Vorteils-erwägungen offen stehen: „[T]his invocation of the principle of proportionality [...] does not of itself ban civilian-endangering attacks which in the attacker's judgment, are nevertheless justifiable on strong military grounds.“²¹¹¹

Hinzu kommt die deutsche und britische Erklärung im Zusammenhang mit der Definition des militärischen Vorteils in Art. 51 Nr. 5 b) und Art. 52 Nr. 2 ZP I: „[T]he military advantage anticipated from an attack is intended to refer to the advantage anticipated from an attack considered as a whole and not only from isolated or particular part of attacks.“²¹¹² Demgemäß käme es nicht auf den Vorteil eines isolierten Teileinsatzes, sondern auf den Gesamtvorteil einer Offensive an.²¹¹³ Dabei gilt zu bedenken, dass je weiter der angestrebte Vorteil gefasst wird, desto eher das Maß an Kollateralschäden zunimmt, dass im Rahmen der Abwägung nach Art. 51 Nr. 5 b) ZP I verhältnismäßig erscheint.²¹¹⁴ Somit fördert diese Interpretation des militärischen Vorteils die utilitaristisch geprägte Abwägung im Rahmen von Art. 51 Nr. 5 b) ZP I.²¹¹⁵

Art. 51 Nr. 6 ZP I wiederholt die bereits nach Art. 33 der Genfer Konvention von 1949 verbotene Repressalie gegen Zivilpersonen.²¹¹⁶ Art. 51 Nr. 7 ZP I verbietet daneben dem Verteidiger, mithilfe von Zivilpersonen bestimmten Punkte oder Gebiete zu immunisieren.

In der Plenarsitzung vom 26. Mai 1977 wurde über die Annahme von Art. 51 ZP I zum Schutz der Zivilbevölkerung vor unterschiedslosen Angriffen abgestimmt. Die französische Delegation stimmte als einzige Staa-

2111 So treffend zum Proportionalitätsgrundsatz in Art. 51 ZP I: BEST, *War and Law since 1945*, Oxford 1994, S. 280.

2112 Siehe die britische Erklärung in: ROBERTS/GUELF (Hrsg.), *Documents on the Laws of War*, Oxford 1982, S. 462.

2113 Siehe den Wortlaut der Erklärung der BRD zu den Genfer ZP in Anlage 3 der BT-Drs. 11/6770.

2114 Vgl. BOTHE/IPSEN/PARTSCH, *Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht*, in: ZaöRV, Vol. 38 (1978), S. 41.

2115 Siehe auch kritisch zu dieser Form des „utilitarian balancing“: VON BERNSTORFF, *Is IHL a Sham? A Reply to Eyal Benvenisti and Doreen Lustig*, in: EJIL, Vol. 31 No. 2 (2020), S. 717.

2116 Vgl. Art. 33, *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, SCHINDLER/TOMAN, *The Laws of Armed Conflicts*, 3. Auflage, Dordrecht 1988, S. 511.

tenvertretung gegen Art. 51 ZP I.²¹¹⁷ Zur Begründung führte sie im Wege einer ontologischen Argumentation an:

„[T]he provisions of paragraph 4, 5 and 7 of Article 46 [Article 51] were of a type which by their very complexity would seriously hamper the conduct of defensive military operations against an invader and prejudice the exercise of the inherent right of legitimate defence recognized in Article 51 of the Charter of the United Nations.“²¹¹⁸

Ursache der Komplexität sei beispielsweise der Mangel von Begriffs- und Anwendungsbestimmungen wie beispielsweise von „*specific military objective*“ in Art. 51 Nr. 4 b) ZP I. Auch andere Delegationen sahen ihr existentielles Selbstverteidigungsrecht durch die Restriktionen von Verteidigungsmaßnahmen in Gefahr. Hierzu zählten einzelne Südstaaten, die praktische Umsetzungsschwierigkeiten der Unterscheidungspflicht im Zuge einer Invasion sahen. In einem solchen Fall wäre die notwendige Selbstverteidigung von nicht geringerer Bedeutung als der Schutz der Zivilbevölkerung.²¹¹⁹ Eine ähnliche Erklärung gab die BRD bei Unterzeichnung des Protokolls ab.²¹²⁰ Andere sahen dagegen die Weiterentwicklung der humanitären Schutzvorschriften als eine der wichtigsten Aufgaben an, weshalb etwa die DDR jeden Vorbehalt gegen Art. 51 ZP I als unvereinbar mit den humanitären Zielen des Protokolls betrachtete.²¹²¹

2117 CCDH/SR. 41; IV, 141, in: LEVIE, *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions - Vol. III*, Dobbs Ferry, 1980, S. 164; i. Ü. 77 Stimmen dafür, 16 Enthaltungen (u.a. von der BRD, Italien, Südstaaten).

2118 PAOLINI, in: LEVIE (Hrsg.), *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions - Vol. III*, Dobbs Ferry, 1980, S. 163.

2119 Z.B. Afghanistan, in: LEVIE (Hrsg.), *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions - Vol. III*, Dobbs Ferry 1980, S. 166.

2120 „[I]l est toutefois nécessaire d'examiner soigneusement si et dans quelle mesure ce Protocole limite la faculté de légitime défense, individuelle ou collective, visée à l'Article de Charte des Nations Unis. Le Gouvernement Fédéral doit donc se réserver de faire des déclarations supplémentaires, lors d'une ratification ultérieure, pour préciser et mettre en évidence les engagements de droit international de la République Fédérale de l'Allemagne“, Erklärung abgedruckt als Annex II in: BOTHE/IPSEN/PARTSCH, *Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht*, in: ZaöRV, Vol. 38 (1978), S. 156.

2121 ULLRICH, in: LEVIE (Hrsg.), *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions - Vol. III*, Dobbs Ferry 1980, S. 167.

Artikel 52

„1. *Civilian objects shall not be the object of attack or of reprisals. Civilian objects are all objects which are not military objectives as defined in paragraph 2.*
2. *Attacks shall be limited strictly to military objectives. In so far as objects are concerned, military objectives are limited to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage.*
3. *In case of doubt whether an object which is normally dedicated to civilian purposes, such as a place of worship, a house or other dwelling or a school, is being used to make an effective contribution to military action, it shall be presumed not to be so used.*“²¹²²

Art. 52 ZP I eröffnet das Kapitel zu besonders geschützten Objekten und ist zur Anwendung der in Art. 48 ZP I niedergelegten Grundregel der Unterscheidung, insbesondere auch für den mittelbaren Schutz der Zivilbevölkerung, von Relevanz.

Art. 52 Nr. 1 ZP I bildet das objektbezogene Pendant zum Verbot des Angriffs gegen die Zivilbevölkerung aus Art. 51 Nr. 2 ZP I. Die Regelungen in Art. 52 ZP I stehen bezeichnend für den Siegeszug der Doktrin des militärischen Objekts, die sich zu Zeiten des Ersten Weltkrieges herausgebildet hatte und zur Zwischenkriegszeit sämtliche Vertragsentwürfe sowie den luftkriegsrechtlichen Diskurs dominierte. Die diplomatische Konferenz von 1974 bis 1977 sorgte für die Kodifizierung dieser Doktrin und führte eine verbindliche Begriffsbestimmung des militärischen Objekts ein. Zuvor lag dem Begriff noch keine einheitliche anerkannte Definition zugrunde, weshalb seine Bestimmung den Kriegsparteien selbst überlassen war.²¹²³ Zu der Begriffsbestimmung des militärischen Objekts stellt Art. 52

2122 1977 *Geneva Protocol I Addition to the Geneva Convention of 12 August 1949, and Relating to the Protection of International Armed Conflicts*, abgedruckt in: ROBERTS/GUELF (Hrsg.), *Documents on the Laws of War*, Oxford 1982, S. 416-417.

2123 Vgl. das Ergebnis zur Zwischenkriegszeit in Kap. III und der Rechtszustand zur Zeit des WK II; dies bestätigend: SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Genf 1987, S. 631: „[T]here was no agreed definition of such objectives [...] each belligerent determined what should be understood by such objectives as it pleased.“

Nr. 1 ZP I auf einen „*eindeutigen militärischen Vorteil*“ ab und orientiert sich somit an vorausgehenden Entwürfen, wie an Art. 24 Abs. 1 LKR.²¹²⁴

Im Gegensatz zu Art. 24 LKR enthält Art. 51 Nr. 2 ZP I keine enumerative Definition des militärischen Objekts in Form einer limitativen Aufzählung derselben, sondern eine abstrakte Definition, wonach das Objekt auf Grundlage bestimmter Kriterien (Beschaffenheit, Standort, Zweckbestimmung oder Verwendung) effektiv zu militärischen Kriegshandlungen beitragen muss, um als militärisches Objekt klassifiziert werden zu können.²¹²⁵ Die Definition ist innovationsoffen gehalten und bietet folglich ein zeitloses Instrument für die Bestimmung der humanitär-völkerrechtlichen Rechtmäßigkeit eines (Luft-)Angriffs. Die abstrakte Definitionsform schien aufgrund der jahrzehntelangen Kontroversen zur terminologischen Bestimmung des militärischen Objekts die einzig konsensfähige Lösung. Doch birgt die offene Formulierung nicht nur die Gefahr einer maßlosen Ausweitung des Begriffs,²¹²⁶ auch waren einzelne Aspekte extensivierenden Deklarationen von einzelnen Delegationen ausgesetzt:

Zum einen gaben mehrere Delegationen die Erklärung ab, „*that a specific area or land may be a military objective if, because of its location or other reasons specified in Article 47 [Art. 52]*“,²¹²⁷ um den restriktiven

2124 „*Aerial bombardment is legitimate only when directed at a military objective, that is to say, an object of which the destruction or injury would constitute a distinct military advantage to the belligerent*“, Kap. III: B. II. 2. b., zur Auslegung von „*effective*“ durch das ICRC als „*directly used by armed forces*“ oder der USA als „*indirectly but effectively support*“: SCHMITT, *The Principle of Discrimination in 21st Century Warfare*, in: Yale Human Rights & Development Law Journal, Vol. 2 Issue 2, Art. 3 (1999), S. 149.

2125 Beschaffenheit: „*comprises all objects directly used by the armed forces*“, Standort: „*a bridge or other construction, or it could also be [...] a site which is of special importance for military operations*“, Zweckbestimmung: „*concerned with the intended future use of an object*“, Verwendung: „*concerned with its present function*“, SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Genf 1987, S. 636.

2126 Ebenfalls kritisch: RANDELZHOFFER, *Flächenbombardement und Völkerrecht*, in: KIPP/MAYER/STEINKAMM (Hrsg.), *Um Recht und Freiheit: Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte zur Vollendung des 70. Lebensjahres*, Berlin 1977, S. 492.

2127 Siehe die Erklärungen von Kanada, BRD, UK, USA und Niederlande in der Plenarsitzung vom 26.05.1977 (CCDH/SR.41; IV, 141, 175), in: LEVIE (Hrsg.), *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions - Vol. III*, Dobbs Ferry 1980, S. 205-207; ROBERTS/GUELFF (Hrsg.), *Documents on the Laws of War*, Oxford 1982, S. 461-462.

Gehalt der luftkriegsrelevanten Artikel zu relativieren. Theoretisch konnte somit die Klassifizierung eines ganzen Gebiets als militärische Zone auf ein Flächenbombardement hinauslaufen. Zum anderen erklärten u.a. die britischen und amerikanischen Delegationen, dass Art. 52 Nr. 2 ZP I nur solche Angriffe verbiete, die bewusst gegen nicht-militärische Objekte gerichtet seien; Kollateralschäden bzw. Zufallsschäden, die im Zuge der Bombardierung militärischer Objekte entstünden, würden hiervon unberücksichtigt bleiben.²¹²⁸ Daneben gab die französische Delegation erneut zu verstehen, dass solche Regelungen die mangelnde Identifizierbarkeit von militärischen Zielen in bestimmten Gebieten nicht berücksichtigten („*in large towns or wooded areas, either of which might harbour indiscriminately military forces and groups of civilians more or less closely mixed together*“) und somit die Ausübung des Selbstverteidigungsrechts gefährden würden.²¹²⁹

Artikel 53 bis 60 ZP I

In Art. 53 bis 56 wird der in Art. 52 ZP I zugrundeliegende Schutz ziviler Objekte konkretisiert.

Durch Art. 53 ZP I werden nun auch solche Staaten an den Kulturgüterschutz gebunden, die bislang nicht Teil des Haager Abkommens von 1954 waren.²¹³⁰ Art. 54 ZP I stellt das Aushungern von Zivilpersonen sowie die Zerstörung der für die Zivilbevölkerung lebensnotwendigen Objekte unter Verbot, womit namentlich die Blockadestrategie erfasst wird.²¹³¹ Der hierin berücksichtigte mittelbare Angriff auf die Zivilbevölkerung

2128 Siehe die britische und amerikanische Erklärung (CCDH/SR.41; IV, 141, 175) in: LEVIE (Hrsg.), *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions - Vol. III*, Dobbs Ferry 1980, S. 205, 207: „*did not [...] interpret the paragraph as dealing with the question of incidental damage caused by attacks directed against military objectives*“, „*It does not deal with the question of collateral damage caused by attacks directed against military objectives.*“ (Hervorhebung nur hier).

2129 LEVIE (Hrsg.), *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions - Vol. III*, Dobbs Ferry 1980, S. 205.

2130 BOTHE/IPSEN/PARTSCH, *Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht. Verlauf und Ergebnisse*, in: ZaöRV, Vol. 38 (1978), S. 45; der Erklärung der BRD zufolge wird dadurch weder Art. 27 HLKO noch die Verpflichtungen der Haager Konvention von 1954 berührt (CCDH/SR. 42, Annex, S. 16); zur Haager Konvention von 1954 siehe: *Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. Signed at The Hague, 14 May 1954*, abgedruckt in: SCHINDLER/TOMAN (Hrsg.), *The Laws of Armed Conflicts*, 3. Auflage, Dordrecht 1988, S. 741 ff.

2131 Die Blockade, die dem Gegner die für die Kriegsführung notwendigen Vorräte entziehen soll, ist hiervon jedoch nicht umfasst, vgl. SANDOZ/SWINARSKI/ZIM-

stärkt somit die Realisierung des in Art. 48 ZP I niedergelegten Unterscheidungsgrundsatzes. Dies gilt gleichermaßen für Art. 55 zum Schutz der natürlichen Umwelt,²¹³² wie auch für Art. 56 ZP I, die auf den Schutz von Anlagen gerichtet ist, die gefährliche Kräfte enthalten.²¹³³

Art. 57 ZP I formuliert präventive Maßnahmen, die von Seiten des Angreifers zu treffen sind.²¹³⁴ Mit der Formulierung der Vorsichtsmaßnahmen werden die Unterscheidungspflichten präzisiert, doch nicht zugleich die Schutzlücken des Art. 51 ZP I ‚gefüllt‘.²¹³⁵ Art. 58 ZP I erlegt wiederum dem Verteidiger Vorsorgepflichten zum Schutz der Zivilbevölkerung auf.²¹³⁶

Wie die anderen Artikel geht der Schutz unverteidigter Orte in Art. 59 ZP I und entmilitarisierter Zonen in Art. 60 ZP I auf zuvor etablierte Regelungen zurück. Art. 59 ZP I garantiert unter den in Nr. 2 genannten Voraussetzungen²¹³⁷ den Schutz von Ortschaften, die sich innerhalb oder in der Nähe einer Zone befinden, in der Streitkräfte miteinander in Berüh-

MERMANN (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Genf 1987, S. 654.

- 2132 „Care shall be taken in warfare to protect the natural environment against widespread, long-term and severe damage [...] prohibition of the use of methods or means of warfare which are intended or may be expected to cause such damage to the natural environment and thereby to prejudice the health or survival of the population“, als Konkretisierung von Art. 35 Nr. 3 ZP I, vgl. oben.
- 2133 „Works or installations containing dangerous forces, namely dams, dykes and nuclear electrical generating stations, shall not be made the object of attack [...]“, in: ROBERTS/GUELF (Hrsg.), *Documents on the Laws of War*, Oxford 1982, S. 418.
- 2134 „In the conduct of military operations, constant care shall be taken to spare the civilian population, civilians and civilian objects [...]“, abgedruckt in: ROBERTS/GUELF (Hrsg.), *Documents on the Laws of War*, Oxford 1982, S. 419 f.
- 2135 So allerdings: BARTH, *Zivilpersonen im modernen Luftkrieg: Herausforderungen des Rechts des bewaffneten Konflikts im Hinblick auf den Schutz von Zivilpersonen im Rahmen von Luftoperationen*, Berlin 2020, S. 150 ff.
- 2136 Zivilisten sollen aus der Umgebung von militärischen Ziele entfernt, militärische Ziele nicht in dicht bevölkerten Gebieten angelegt und weitere Vorsichtsmaßnahmen getroffen werden, um zivile Personen und Objekte vor den Kriegshandlungen zu schützen, ROBERTS/GUELF (Hrsg.), *Documents on the Laws of War*, Oxford 1982, S. 420.
- 2137 Art. 59 Nr. 2 ZP I: „Such a locality shall fulfill the following conditions: (a) all combatants, as well as mobile weapons and mobile military equipment must have been evacuated; (b) no hostile use shall be made of fixed military installations or establishments; (c) no acts of hostility shall be committed by the authorities or by the population; and (d) no activities in support of military operations shall be undertaken.“ in: ROBERTS/GUELF (Hrsg.), *Documents on the Laws of War*, Oxford 1982, S. 421.

zung kommen. Die Regelung stellt damit eine weiterentwickelte Form des Art. 25 HLKO dar, wobei der Bezug zur Situierung im Operationsgebiet an Art. 24 Abs. 4 LKR anknüpft.²¹³⁸ Während es für die Garantie des Schutzes von Art. 59 ZP I nur einer einseitigen Erklärung bedarf, setzt der Status einer entmilitarisierten Zone nach Art. 60 ZP I eine Vereinbarung zwischen den Parteien voraus.²¹³⁹ Art. 60 ZP I ergänzt die Regelungen zu Schutzzonen der Genfer Konventionen von 1949, insbesondere Art. 15 der IV. Konvention zum Schutz von Zivilpersonen.²¹⁴⁰

Das zweite Zusatzprotokoll zum Schutz der Opfer nicht-internationaler bewaffneter Konflikte (ZP II) übernahm einzelne der luftkriegsrelevanten Regelungen des ZP I in verkürzter Form: Art. 51 Nr. 1 bis 3 ZP I zum Schutz ziviler Personen und Objekte in Art. 13 Nr. 1 bis 3 ZP II, Art. 54 ZP I zum Schutz lebensnotwendiger Objekte in Art. 14 ZP II, Art. 56 ZP I zum Schutz gefährlicher Anlagen in Art. 15 ZP II und Art. 53 ZP I zum Kulturgüterschutz in Art. 16 ZP II.²¹⁴¹ Beachtenswert ist, dass die konkretisierten Regelungen zum Verbot des unterschiedslosen Angriffs aus Art. 51 Nr. 4 und Nr. 5 ZP I im Entwurf zu ZP II enthalten waren, doch im Zuge der letzten Sitzung zur „*simplification*“ aus dem Vertragstext entfernt wurden.²¹⁴²

2138 „*In the immediate neighborhood of the operations of land forces, the bombardment of cities, towns, villages, dwellings, or buildings is legitimate provided that there exists a reasonable presumption that the military concentration is sufficiently important to justify such bombardment, having regard to the danger thus caused to the civilian population*“, vgl. oben: Kap. III: B. II. 3. b.

2139 Diese muss ausdrücklich erfolgen, mündlich oder schriftlich, unmittelbar oder durch Vermittlung, Art. 60 Nr. 2 ZP I.

2140 Art. 15 GK IV: „*Any Party to the Conflict may [...] propose to the adverse Party to establish, in the regions where fighting is taking place, neutralized zones intended to shelter from the effects of war [...] civilian persons who take no part in hostilities [...] and perform no work of military character*“, abgedruckt in: SCHINDLER/TOMAN (Hrsg.), *The Laws of Armed Conflicts*, 3. Auflage, Dordrecht 1988, S. 506, nach der Formulierung a.E. wären z.B. Rüstungsfabrikarbeiter von neutralen Schutzzonen ausgeschlossen.

2141 *Protocol Addition to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II)*, abgedruckt in: ROBERTS/GUELFF (Hrsg.), *Documents on the Laws of War*, Oxford 1982, S. 449 ff.

2142 Vgl. ICRC/HENCKAERTS/DOSWALD-BECK (Hrsg.), *Customary International Humanitarian Law - Vol. I: Rules*, New York 2005, S. 43; BOTHE/PARTSCH/SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, The Hague 1982, S. 677 f.

Am 8. Juni 1977 wurden beide Zusatzprotokolle per Konsensverfahren angenommen. Im Anschluss zögerten einige Staaten, durch Unterzeichnung den ersten Schritt zur völkervertragsrechtlichen Bindung einzugehen. Der Devis folgend „*signing doesn't mean anything and has no binding effect*“²¹⁴³ unterzeichneten am 10. Juni 1977 zunächst 102 Staaten die Schlussakte zu den Protokollen; die Protokolle selbst unterzeichneten am 12. Dezember 1977 allein 46 Staaten²¹⁴⁴ unter Abgabe der oben aufgeführten Erklärungen.²¹⁴⁵ Die Frage stellt sich, ob diese Erklärungen als Vorbehalte oder als Interpretationserklärungen zu qualifizieren waren. Im Fall eines Vorbehalts hätte der Vertragsbeitritt unter der Bedingung des Ausschlusses einer bestimmten Rechtswirkung gestanden, während eine Interpretationserklärung nur für die Auslegung des Vertrags relevant gewesen wäre.²¹⁴⁶ Die Regierung der BRD sprach ihren Erklärungen die Vorbehaltseigenschaft ausdrücklich ab; diese schränkten ihre Verpflichtungen „*in keiner Weise ein*“, sondern seien von rein „*klarstellenden Charakter*“.²¹⁴⁷ Damit vermieden die BRD wie auch andere Militärmächte, einen dem Sinn und Zweck des Protokolls widersprechenden Vorbehalt einzulegen,

2143 US-General HAIG, zit. in: PARKS, *Air War and the Law of War*, in: *Air Force Law Review*, Vol. 32 (1990), S. 88; obwohl nach der in Art. 18 a) der WKV von 1969 niedergelegten gewohnheitsrechtlichen Regel schon nach der Unterzeichnung alle Handlungen zu unterlassen sind, die Ziel und Zweck des Vertrags vereiteln würden.

2144 Liste zu den Signatur-Staaten vom 10.06.1977, in: SCHINDLER/TOMAN (Hrsg.), *The Laws of Armed Conflicts*, 3. Auflage, Dordrecht 1988, S. 618-619; zu den Signatur-Staaten vom 12.12.1977, in: BOTHE/IPSEN/PARTSCH, *Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht. Verlauf und Ergebnisse*, in: *ZaöRV*, Vol. 38 (1978), S. 4, Fn. 7.

2145 Zu den Erklärungen: BOTHE/IPSEN/PARTSCH, *Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht*, in: *ZaöRV*, Vol. 38 (1978), Annex II, S. 156 ff.; ROBERTS/GUELF (Hrsg.), *Documents on the Laws of War*, Oxford 1982, S. 461-463.

2146 Zur Abgrenzung von Vorbehalt und Interpretationserklärung: PECHSTEIN, *Die Ratifizierung der Zusatzprotokolle zu den Genfer Konventionen durch die Bundesrepublik Deutschland*, in: *AVR*, Bd. 30/3 (1992), S. 283.

2147 Staatssekretär des Bundeskanzleramtes STRASSMEIER, BR-Drs. 64/1/90, 15.03.1990, in der Begründung weist STRASSMEIER insbesondere auf die Allianzverpflichtungen als NATO-Partner hin, auch habe die Sowjetunion der Erklärung keine Einwände entgegengesetzt, ansonsten heißt es: „*Abrüstung kann nur durch erfolgreiche Abrüstungsverhandlungen gelingen. Hier geht darum, ein Stück humanitäres Völkerrecht in Kraft zu setzen*“, dagegen stellten sich die Landesregierungen von Nordrhein-Westfalen und Bremen, siehe ebenfalls BR-Drs- 64/1/90, Antrag abgedruckt in: FISCHER, *Einigkeit in der Beurteilung der Zusatzprotokolle, Dissens in der Bewertung der Erklärungen - Die Ratifikationsdebatte über die Zusatzprotokolle im Bundesrat*, in: *Humanitäres Völkerrecht*, Heft 2 (1990), S. 78 ff.

der im Ergebnis unwirksam gewesen wäre.²¹⁴⁸ Nach Art. 85 des Protokollentwurfs hätte zudem ein ausdrückliches Vorbehaltsverbot in Bezug auf Art. 48 ZP I und Art. 51 ZP I gegolten.²¹⁴⁹

Besonders umstritten war der rechtliche Status der Erklärungen bezüglich der Exklusion bestimmter Waffenarten, namentlich der Nuklearwaffen.²¹⁵⁰ Grundsätzlich war das NATO-Verteidigungskonzept der nuklearen Abschreckung mit Art. 35 ZP I sowie dem Verbot des unterschiedslosen Angriffs in Art. 51 ZP I nicht vereinbar. Der Ausschluss der Nuklearwaffen aus dem Anwendungsbereich des Protokolls lief daher besondere Gefahr, den Schutz der Opfer in bewaffneten Konflikten zu schmälern. Dies war mitunter dem Abstimmungsverfahren der Konferenz geschuldet. Konsensverfahren bedeutete nicht, dass eine eindeutige multilaterale Zustimmung über Gehalt und Auslegung des in Rede stehenden Artikels bestand.²¹⁵¹ Vielmehr bedeutete Konsens, dass weder der Staat die Regelung unbedingt für sich gelten lassen wollte, noch dass substantielle Einwände in dem Maße vorlagen, dass sie eine Delegation unter allen Umständen von der Annahme des Artikels abhielten. Hierdurch wurde ein „*Quasi-Schwebezustand*“ geschaffen und auf eine Abstimmung in der Diskussion bewusst verzichtet.²¹⁵²

Zudem waren viele Regelungen der Protokolle „*purposely vague*“ bzw. „*general, rather than specific*“ formuliert, womit sie von vornherein diver-

2148 So die derzeit anerkannte völkergewohnheitsrechtliche Regel, die ebenfalls in Art. 19 c) der Wiener Vertragsrechtskonvention von 1969 niedergelegt wurde, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19690099/201502240000/0.111.pdf> (zuletzt abgerufen: 01.12.2021).

2149 Vgl. RANDELZHOFFER, *Flächenbombardement und Völkerrecht*, in: KIPP/MAYER/STEINKAMM (Hrsg.), *Um Recht und Freiheit: Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte zur Vollendung des 70. Lebensjahres*, Berlin 1977, S. 493, Fn. 88.

2150 Als Vorbehalt qualifizierend: IPSSEN, in: BOTHE/IPSSEN/PARTSCH, *Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht*, in: ZaöRV, Vol. 38 (1978), S. 43; als Interpretationserklärung: PECHSTEIN, *Die Ratifizierung der Zusatzprotokolle zu den Genfer Konventionen durch die Bundesrepublik Deutschland*, in: AVR, Bd. 30/3 (1992), S. 285 f.

2151 Hierzu: RANDELZHOFFER, *Flächenbombardement und Völkerrecht*, in: KIPP/MAYER/STEINKAMM (Hrsg.), *Um Recht und Freiheit: Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte zur Vollendung des 70. Lebensjahres*, Berlin 1977, S. 492-493.

2152 Erklärung Frankreichs: „*had there been a vote, it would have abstained*“, PAOLINI, in: LEVIE, *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions - Vol. III*, 1980, S. 163; RANDELZHOFFER, *Flächenbombardement und Völkerrecht*, in: KIPP/MAYER/STEINKAMM (Hrsg.), *Um Recht und Freiheit: Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte*, Berlin 1977, S. 493; PARKS, *Air War and the Law of War*, in: *Air Force Law Review*, Vol. 32 (1990), S. 83.

gierenden Auslegungen offenstanden.²¹⁵³ Damit sollte das Zustandekommen eines Vertrages zur „*Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*“ unter allen Umständen ermöglicht werden, statt aufgrund der fehlenden Berücksichtigung militärischer Vorteilsinteressen zu scheitern.²¹⁵⁴ Dies lud zu extensivierenden Interpretationserklärungen ein, die von den Regierungen zwar nicht als Vorbehalt gewertet wurden, doch letztlich dem humanitären Schutzgehalt der luftkriegsrelevanten Vorschriften entgegenliefen. Inwiefern sich das Vorgehen des IKRK in Hinblick auf die Ratifikation der Zusatzprotokolle lohnte und wie die Völkerrechtsliteratur die Regelungen rezipierte, wird im nachfolgenden Abschnitt erörtert.

3. Rezeption und Ratifikation der Protokolle

Die Zusatzprotokolle zu den Genfer Konventionen riefen unterschiedliche Reaktionen hervor. Aus Sicht des IKRK und Teilen der Völkerrechtswissenschaft erwies sich der Output der Konferenz als Meilenstein für den rechtlichen Schutz der Opfer von bewaffneten Konflikten.²¹⁵⁵ Andere warfen einen differenzierten Blick auf Errungenschaften und Lücken der Protokolle, wobei die luftkriegsrelevanten Regelungen der Art. 48 ff. ZP I meist jedoch als „*major advances in the humanitarian law of war*“ hervorgehoben wurden.²¹⁵⁶ Weithin bedauert wurde die politisierte Atmosphäre sowie die anfangs gezeigte Lagerbildung, die zulasten des Schutzgehalts der Protokolle ging: „*[T]he work of the CDDH would have been done to the better benefit of humankind at large had the atmosphere been less politicized.*“²¹⁵⁷ Auf Seiten der Militärs trafen die Regelungen auf Ablehnung: „*The 1977*

2153 So kritisch: PARKS, *Air War and the Law of War*, in: *Air Force Law Review*, Vol. 32 (1990), S. 83.

2154 Um ausdrücklich nicht demselben Schicksal zu erleiden wie die Haager Luftkriegsregeln, vgl. oben: MIRIMANOFF-CHILIKINE in der Sitzung des dritten Komitees vom 12.03.1974 (CCDH/III/SR. 2; XIV, 13), abgedruckt in: LEVIE (Hrsg.), *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions - Vol. III*, Dobbs Ferry 1980, S. 60.

2155 Siehe hierzu jüngst: BUGNION, *Adoption of the Additional Protocols of 8 June 1977: A Milestone in the Development of International Humanitarian Law Selected Articles*, in: *IRRC*, Vol. 99 Issue 905, (2017), S. 785-796.

2156 LEVIE, *Pros and Cons of the 1977 Protocol I*, in: *Akron Law Review*, Vol. 19 No. 4 (1986), S. 537.

2157 BEST, *War and Law since 1945*, Oxford 1994, S. 344: „*fantasy for members of the humanitarian community to believe that politics had never mattered in the work of*

*Protocols do not constitute any advance for the law of war, and in many ways constitute a significant step backwards with respect to protection for war victims.*²¹⁵⁸ PARKS begründet dies damit, dass es an militärischer Expertise in der Besetzung der Konferenz gefehlt hätte.²¹⁵⁹ Da die Mehrheit der Delegierten aus Völkerrechtswissenschaftlern zusammengesetzt waren, seien die Protokolle – wie bereits der Entwurf der Haager Juristenkommission von 1923 – von vornherein zum Scheitern verurteilt gewesen. Dies äußere sich u.a. darin, dass dem Angreifer mehr Pflichten als dem Verteidiger zum Schutz der Zivilbevölkerung auferlegt worden wären, obwohl Letzterem die effektive Verfügungsgewalt über seine Bevölkerung zukäme.²¹⁶⁰

Diese Ablehnung äußerte sich nicht nur in der Kritik seitens der militärnahen Wissenschaft, sondern auch in der zunächst ausbleibenden Ratifikation durch die Militärmächte. Erst nach Ende des Kalten Krieges ratifizierten Staaten wie Russland, Großbritannien, Frankreich und Japan die Protokolle; die Vereinigten Staaten sind bis heute nicht beigetreten.²¹⁶¹ Grundlage hierfür war u.a. ein Gutachten des U.S. Joint Chiefs of Staff,²¹⁶² wonach die mehrdeutigen Regelungen der Zusatzprotokolle von inakzeptablem Einfluss für die sicherheitsrelevante Militärpraxis wären, indem sie terroristischen Gruppierungen dieselben Schutzrechte wie regulären staatlichen Truppen garantierten.²¹⁶³ Demgemäß hieß es in einem Schreiben des U.S.-Präsident Ronald REAGAN vom 29. Januar 1987:

*its previous conferences, so was it naïv [...] to doubt that politics would rush into this one.*²¹⁶⁴

- 2158 So beispielhaft: PARKS, *Air War and the Law of War*, in: *Air Force Law Review*, Vol. 32 (1990), S. 111.
- 2159 „[T]here was no delegate at the Diplomatic Conference who had dropped a bomb in anger in the quarter century preceding the conference“, PARKS, *Air War and the Law of War*, in: *Air Force Law Review*, Vol. 32 (1990), S. 78.
- 2160 Auch könnte der Verteidiger die Zivilbevölkerung missbrauchen, um rechtmäßige Ziele zu immunisieren, dies sei in den Genfer Konventionen noch der umgekehrte Fall gewesen: PARKS, *Air War and the Law of War*, in: *Air Force Law Review*, Vol. 32 (1990), S. 62, siehe allerdings Art. 51 Nr. ZP I der genau dies verbietet.
- 2161 Bis heute sind 174 Staaten dem ZP I und 168 dem ZP II beigetreten, siehe zum Ratifikationsstand: ZP I: www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19770112/index.html; ZP II: www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19770113/index.html (Stand 01.12.2021).
- 2162 Das Gutachten des Joint Chief of Staff (JSC) ist bislang klassifiziert geblieben (Stand: 01.12.2021).
- 2163 Siehe auch FEITH, *Protocol I: Moving Humanitarian Law Backwards*, in: *Akron Law Review*, Vol. 19 Issue 4, Article 3 (1986), S. 534 „In my view the upshot of the Diplomatic Conference was a pro-terrorist treaty, that calls itself humanitarian law. It

„It is unfortunate that Protocol I must be rejected [...] But we cannot allow other nations of the world, however numerous, to impose on us and our allies and friends an unacceptable and thoroughly distasteful price for joining a convention drawn to advance the laws of war. In fact, we must not, and need not, give recognition and protection to terrorist groups as a price for progress in humanitarian law.“²¹⁶⁴

Nach Auffassung von PARKS hatten sich die Interessen der „Third World Nations“ durchgesetzt. Ziel sei es gewesen, die militärische Überlegenheit der Großmächte auf Rüstungsebene zu reduzieren; auf politischer Ebene ginge es darum „to achieve international recognition for selected liberation movements while protecting their right to suppress domestic dissent within their respective nations.“²¹⁶⁵ Dies sei gerade durch die Unterstützung des Ostblock gelungen wie Douglas FEITH aus dem Pentagon betont.²¹⁶⁶ Aufgrund ähnlicher Erwägungen zur rechtlichen Stellung von Befreiungsbewegungen²¹⁶⁷ ist auch Israel nicht beigetreten.²¹⁶⁸ Die verzögerte Ratifikation anderer Militärmächte wie der NATO-Partner lag hauptsächlich

*is a vindication of the rhetoric, the aims, and the practices of terrorist organization“; kritisch zu dem Argument eines neuen ‚gerechten Krieges‘: VON BERNSTORFF, *The Battle for Recognition of Wars of National Liberation*, in: DERS./DANN (Hrsg.), *The Battle for International Law: South-North Perspectives on the Decolonization Era*, Oxford 2019, S. 66 ff.*

2164 REAGAN, in: U.S. SENATE (Hrsg.), *Message from the President of the United States transmitting the Protocol II Additional to the Geneva Conventions of August 12, 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, concluded at Geneva on June 10, 1977*, US Government Printing Office 1987, S. IV, hierbei ging es insbesondere um die Extensivierung des Anwendungsbereichs des ZP I durch Art. 1 Nr. 4 ZP I sowie die Definition von Streitkräften bzw. Kombattanten in Art. 43 und Art. 44 ZP I; kritisch zur amerikanischen Haltung: LEVIE, *The 1977 Protocol I and the United States*, in: Saint Louis University Law Journal, Vol. 38 No. 2 (1993), S. 469 ff.

2165 So kritisch: PARKS, *Air War and the Law of War*, in: Air Force Law Review, Vol. 32 (1990), S. 111; aus Sicht von ALEXANDER ist ZP I Ausdruck des „anticolonial thought“, in: ALEXANDER, *International Humanitarian Law, Postcolonialism and the 1977 Geneva Protocol I*, in: Melbourne Journal of International Law, Vol. 17 No. 1 (2016), S. 15.

2166 FEITH, *Protocol I: Moving Humanitarian Law Backwards*, in: Akron Law Review, Vol. 19 Issue 4 (1986), S. 532 ff.

2167 Vgl. BOTHE/IPSEN/PARTSCH, *Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht*, in: ZaöRV, Vol. 38 (1978), S. 5.

2168 Neben Israel auch weitere Staaten des globalen Südens, z.B. Iran, Pakistan und Indien.

in den außen- und sicherheitspolitischen Spannungen und der Zurückhaltung in der Begrenzung militärischer Freiheiten begründet.

4. Résumé und Fazit

Im Ergebnis bieten die Regelungen der Art. 48 bis 60 ZP I ein humanitär-völkerrechtliches Regime, das grundsätzlich in der Lage ist, zivilen Personen und Objekten rechtlichen Schutz vor den Auswirkungen des Luftkrieges zu gewähren. Dabei handelt es sich zum großen Teil um Grundsätze, die bereits in Verträgen, Vertragsentwürfen und im völkerrechtlichen Diskurs geläufig waren und schließlich in den Zusatzprotokollen zum Schutz der Opfer bewaffneter Konflikte eine finale Kodifizierung fanden. In den luftkriegsrelevanten Regelungen des ZP I ist insbesondere der Einfluss der Haager Luftkriegsregeln aus dem Jahre 1923 erkennbar: „*Although the Hague Rules of Air Warfare never became a treaty, States eventually memorialized their revolutionary features in AP I.*“²¹⁶⁹ Gerade die Regelungen zum Verbot des unterschiedslosen Bombardements bedeuteten einen Schritt aus dem Status des Luftkriegsrechts als „*baffling chaos*“ hinaus,²¹⁷⁰ zugunsten einer längst überfälligen „*Präzisierung und Außerstreitstellung der geltenden Rechtslage*“.²¹⁷¹

Insgesamt halten die Schutzvorschriften der Art. 48 ff. ZP I im Detail jedoch nicht, was die ursprünglichen Zielsetzungen der diplomatischen Konferenz versprochen. So offenbarten die Untersuchungen humanitäre Schutzlücken, die sich zu Gunsten von militärischen Vorteilsinteressen manifestierten. Diese liegen einerseits im Wortlaut der Regelungen selbst, in Form von mehrdeutigen Formulierungen sowie flexiblen Auslegungsmöglichkeiten, begründet, andererseits sind sie Resultat der staatlichen

2169 ROBERTSON, *Different Problems Require Different Solutions: How Air Warfare Norms Should Inform IHL Targeting Law Reform & Cyber Warfare*, in: University of Michigan Journal of Law Reform, Vol. 52 (2019), S. 997.

2170 SO SPAIGHT KURZ VOR AUSBRUCH DES ZWEITEN WELTKRIEGES: SPAIGHT, *The Chaotic State of the Law Governing Bombardment*, in: Royal Air Force Quarterly, Vol. 9 (1938), S. 25: „*It [the Law of Bombardment] is indeed in a state of baffling chaos and confusion which makes it almost impossible to say what in any given situation the rule really is*“, Kap. IV: A.

2171 RANDELZHOFFER, *Flächenbombardement und Völkerrecht*, in: KIPP/MAYER/STEINKAMM (Hrsg.), *Um Recht und Freiheit: Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydt zur Vollendung des 70. Lebensjahres*, Berlin 1977, S. 492.

Relativierungsversuche, die sich in divergierenden Interpretationen und extensivierenden Erklärungen äußerten:

So verbietet Art. 51 Nr. 2 ZP I Terrorbombardements nur für den Fall, dass die Terrorisierung als Hauptzweck des Angriffs dient, womit zugleich die Terrorisierung als untergeordneter Zweck des Bombardements nicht verboten bzw. legalisiert wird. Art. 51 Nr. 4 ZP I stellt allein auf die Wirkung und nicht die Art des Kampfmittels ab und findet seine Relativierung in den Erklärungen der NATO-Staaten, die bestimmte Waffenarten, insbesondere Nuklearwaffen, exkludierten. Damit blieb ausgerechnet der Einsatz solcher Waffen, die die Zivilbevölkerung am ehesten gefährdeten, aus ihrer Sicht erlaubt. Die Definition in Art. 51 Nr. 5 a) ZP I schließt Zentren, die nah aneinander liegende militärische Ziele enthalten, vom Verbot des Flächenbombardements aus. Der in Art. 51 Nr. 5 b) ZP I niedergelegte Abwägungsgrundsatz schützt zivile Personen und Objekte nur vor Exzessen des Angreifers, die Kollateralschäden im Zweifel legitimieren als verbieten. Dieses Übermaßverbot stellt im Vergleich zum einstigen Verbot des Luftbombardements aus dem Jahre 1899 eine regressive Entwicklung in der rechtlichen Einhegung der Luftkriegsführung dar.²¹⁷² Die Regelung fördert vielmehr ein utilitaristisches Abwägen, das sich auch in den Erklärungen zum militärischen Vorteil widerspiegelt, die auf den Vorteil des Gesamtangriff abstellen. Zu Art. 51 ZP I insgesamt stellten einige Staaten im Ergebnis klar, dass sie die Ausübung ihres natürlich gegebenen und in Art. 51 UN Charter garantierten Rechts zur Selbstverteidigung durch die Verbotsvorschriften nicht gefährden würden. Art. 52 ZP I hielt zwar eine konsensfähige Definition des militärischen Objekts bereit, sie birgt jedoch zugleich die Gefahr einer maßlosen Extension der auslegungsbedürftigen Kriterien. Ohnehin hatte sich in den Weltkriegen gezeigt, dass die Doktrin des militärischen Objekts nur bedingt in der Lage ist, nicht-militärische Ziele vor den Auswirkungen von Luftangriffen zu schützen. Das Missbrauchspotential dieses Kriteriums sowie die Abkehr von den Kriterien der Verortung und Verteidigung des Objekts bringt dahingehend ein objektbezogenes Schutzdefizit hervor, das mit einem personenbezogenen Schutzdefizit durch die implizite Anerkennung der Kategorie des ‚Quasi-Kombattanten‘ einhergeht. Die extensivierenden Erklärungen durch Großbritannien und die USA, wonach Kollateral- sowie Zufallsschäden von Art. 52 ZP I ausgeschlossen sind, lindert den Schutzge-

2172 Zu diesem Wandel von „*bright-line rules*“ zu „*broad and flexible rules*“ auch kritisch: VON BERNSTORFF, *Is IHL a Sham? A Reply to Eyal Benvenisti and Doreen Lustig*, in: EJIL, Vol. 33 No. 2 (2020), S. 717.

halt dieser Vorschrift umso mehr. Das IKRK nahm dies in Kauf, um ein konsensfreundliches Regime zu begründen.

In Anbetracht der Regelungen sowie den staatlichen Erklärungen und Relativierungen verfestigten sich somit jedoch humanitäre Schutzlücken, die zur rechtlichen Bewältigung der Luftkriegserfahrung respektive seiner Humanisierung nur bedingt beitragen.²¹⁷³

III. Sonstige Versuche der Rechtsfortbildung und -feststellung

Sonstige Versuche der Fortbildung des Luftkriegsrechts betreffen zum einen die völkerrechtliche Begrenzung der Luftkriegsmittel im Rahmen der UN-Waffenkonvention, zum anderen die Feststellung des im Luftkrieg anwendbaren Vertrags- und Gewohnheitsrechts durch die Völkerrechtswissenschaft wie in Form des *HPCR Manuals on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*.

1. Vertragsrechtliche Entwicklungen in den Vereinten Nationen

In Ermangelung eines nachfolgenden völkerrechtlichen Vertrages zur Einhegung und Regulierung des Luftkrieges stellen die Regelungen der Zusatzprotokolle zu den Genfer Konventionen den vertraglichen *status quo* zum luftkriegsrelevanten Völkerrecht dar. Sie formulieren in abstrakt-genereller und damit technologisch-neutraler Form jene Grundlagen und Grenzen, an denen Mittel und Methoden der Kriegsführung zu messen sind. Damit beziehen sie sich zwar auf die Legitimitätsvoraussetzungen der Methode des Luftbombardements, doch nicht auf die spezifischen Mittel, die im Zuge des Luftangriffs zum Einsatz kommen dürfen.²¹⁷⁴

2173 Kritisch hierzu ebenfalls: RANDELZHOFFER, *Flächenbombardement und Völkerrecht*, in: KIPP/STEINKAMM (Hrsg.), *Um Recht und Freiheit: Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte zur Vollendung des 70. Lebensjahres*, Berlin 1977, S. 488 ff.; EL-DIN AMER, *The Protection of Civilian Population*, in: RONZITTI/VENTURINI (Hrsg.), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues*, Utrecht 2006, S. 32: „It is obvious that the rules applicable to air warfare are in urgent need of being reaffirmed and developed“; SASSÒLI/CAMERON, *The Protection of Civilian Objects - Current State of the Law and Issues*, in: RONZITTI/VENTURINI (Hrsg.), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues*, Utrecht 2006, S. 35 ff.

2174 Allein die Vorabrechtmäßigkeitsprüfung in Art. 36 ZP I und die Bestimmungen in Art. 51 Nr. 4 b), c) ZP I.

Planmäßig sollten im Rahmen des *Ad-hoc*-Komitees der CDDH hierzu Verbote und Beschränkungen zum Einsatz bestimmter konventioneller Waffen, die übermäßige Leiden verursachen oder unterschiedslos wirken, festgelegt werden.²¹⁷⁵ Ohne Einigung des *Ad-hoc*-Komitees blieb es lediglich bei der Empfehlung, eine gesonderte Konferenz für die Ächtung spezifischer konventioneller Kriegsmittel einzuberufen.²¹⁷⁶ Dem kam die Generalversammlung der Vereinten Nationen mit der Resolution vom 19. Dezember 1977 wenig später nach, worin sie beschloss:

„to convene in 1979 a United Nations conference with a view to reaching agreements on prohibitions or restrictions of the use of specific conventional weapons, including those which may be deemed to be excessively injurious or to have indiscriminate effects [...]“.²¹⁷⁷

Nach den vorbereitenden Sitzungen hielt die *United Nations Conference on Prohibitions or Restrictions of Use of Certain Conventional Weapons Which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects* vom 10. bis 28. September 1979 ihre erste Versammlung in Genf ab. Die zweite Versammlung vom 15. September bis 10. Oktober 1980 brachte in Anwesenheit von 76 Staaten die UN-Konvention über bestimmte konventionelle Waffen (kurz: UN-Waffenkonvention oder CCW) hervor,²¹⁷⁸ bestehend aus einem Rahmenübereinkommen zu Zielsetzungen und Grundbestimmungen der Konvention sowie Protokollen zu den konkreten Vertragsgegenständen, die eines gesonderten Beitritts durch die Vertragsparteien der Konvention bedürfen.

2175 Zu den Debatten und Kontroversen siehe die Protokolle zu den Sitzungen des *Ad-Hoc*-Komitees, abgedruckt in: FEDERAL POLITICAL DEPARTMENT BERNE (Hrsg.) *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts - Vol. XVI*, Bern 1978.

2176 Vgl. oben, Resolution Nr. 22 (IV) der CDDH, hierzu: BOTHE/PARTSCH/SOLF: *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, The Hague 1982, S. 197 f.

2177 UNGA Res. 32/152, abrufbar unter: www.worldlii.org/int/other/UNGA/1977/149.pdf (zuletzt abgerufen: 01.12.2021).

2178 *United Nations Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May be Deemed to be Excessively Injurious or to have Indiscriminate Effects*, unterzeichnet am 10.04.1981, einführend kommentiert und abgedruckt in: ROBERTS/GUELFF (Hrsg.), *Documents on the Laws of War*, Oxford 1982, S. 467 ff.

Bis heute sind fünf dieser Protokolle zustande gekommen: das Protokoll vom 10.10.1980 über nicht entdeckbare Splitter (Protokoll I),²¹⁷⁹ das Protokoll vom 10.10.1980 über das Verbot oder die Beschränkung des Einsatzes von Minen, Sprengfallen und anderer Vorrichtungen (Protokoll II),²¹⁸⁰ das Protokoll vom 10.10.1980 über das Verbot oder die Beschränkung des Einsatzes von Brandwaffen (Protokoll III),²¹⁸¹ das Protokoll vom 13.10.1995 über blind machende Laserwaffen (Protokoll IV)²¹⁸² sowie das Protokoll vom 28.11.2003 über explosive Kampfmittelrückstände (Protokoll V).²¹⁸³

Der rechtliche Innovationsgehalt dieser technisch-spezifischen Verbote wird dadurch relativiert, dass die Vertragsgegenstände der Protokolle bereits im Zuge der Sitzungen des *Ad-hoc*-Komitees der CDDH diskutiert wurden.²¹⁸⁴ Zudem ist das Expertentreffen zu UN-Waffenkonvention wegen der oftmals statischen und erfolglosen Regulierungsversuche bis heute

2179 *Protocol on Non-Detectable Fragments (Protocol I)*, ROBERTS/GUELF, *Documents on the Laws of War*, Oxford 1982, S. 475: „prohibited to use any weapon [...] to injure by fragments which in the human body escape detection by X-rays.“

2180 *Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby Traps and Other Devices (Protocol II)*, in: ROBERTS/GUELF, *Documents on the Laws of War*, S. 475 ff., in Art. 3 (9) der geänderten Fassung von Protokoll II vom 03.05.1996 wird das Verbot des Flächenbombardements wiederholt.

2181 *Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Incendiary Weapons (Protocol III)*, abgedruckt in: ROBERTS/GUELF, *Documents on the Laws of War*, Oxford 1982, S. 480 ff., hierdurch sind nicht Brandwaffen *per se* verboten, zu dem vom Verbot exkludierten Waffen, siehe Art. 2 Nr. 1 (b) (i) und (ii) von Protokoll III.

2182 *Protocol on Blinding Laser Weapons (Protocol IV)*, abgedruckt in: AUSWÄRTIGES AMT et. al. (Hrsg.), *Documents on International Humanitarian Law - Dokumente zum Humanitären Völkerrecht*, 3. Auflage, Sankt Augustin 2016, S. 655 ff., die Laserwaffe ist die einzige Waffe, die schon vor ihrem ersten Einsatz einem Verbotvertrag unterlag, in allen anderen Fällen kam das Recht bislang mindestens „einen Krieg zu spät“, Formulierung nach: GEISS, *Die völkerrechtliche Dimension autonomer Waffensysteme*, FES-Studie, Berlin 2015, S. 5.

2183 *Protocol on Explosive Remnants of War (Protocol V)*, AUSWÄRTIGES AMT et. al. (Hrsg.), *Documents on International Humanitarian Law - Dokumente zum Humanitären Völkerrecht*, 3. Auflage, Sankt Augustin 2016, S. 657 ff., siehe die Definition zu den explosiven Kampfmittelrückständen in Art. 2 Nr. 1: „Explosive remnants war means unexploded ordnance and abandoned explosive ordnance.“

2184 Eine Aufzählung der im *Ad-Hoc*-Komitee diskutierten Waffen findet sich in: BOTHE/IPSEN/PARTSCH, *Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht. Verlauf und Ergebnisse*, in: ZaöRV, Vol. 38 (1978), S. 83.

als Ort gefürchtet, an dem „gute Ideen einen leisen Tod sterben“.²¹⁸⁵ Dies war auch der Grund dafür, dass das Übereinkommen über das Verbot des Einsatzes, der Lagerung, der Herstellung und der Weitergabe von Antipersonenminen und über deren Vernichtung (sog. Ottawa-Übereinkommen) vom 18. September 1997²¹⁸⁶ sowie das Übereinkommen über Streumunition (sog. Oslo-Übereinkommen) vom 30. Mai 2008²¹⁸⁷ auf Initiative eines Staatenquorums statt im Rahmen der UN-Waffenkonvention zustande kamen.²¹⁸⁸ Die genannten Verträge erfüllen nicht nur die humanitär-völkerrechtliche Funktion, den Einsatz des spezifischen Mittels zu verbieten, sondern sind zudem Teil des internationalen Rüstungskontrollrechts, indem sie Herstellung, Lagerung und Weitergabe der betreffenden Mittel regulieren. Ein solches technologisch-spezifisches Übereinkommen mit Doppelfunktion trat schon mit der Konvention über das Verbot der Entwicklung, Herstellung, Lagerung und des Einsatzes chemischer Waffen und über die Vernichtung solcher Waffen (Chemiewaffenkonvention oder CWC) vom 13. Januar 1993 in Erscheinung.²¹⁸⁹ In Verbindung mit der Konvention über das Verbot der Entwicklung, Herstellung und Lagerung bakteriologischer (biologischer) Waffen und Toxinwaffen sowie über die Vernichtung solcher Waffen (Biowaffenkonvention) vom 10. April 1972²¹⁹⁰ ist die Chemiewaffenkonvention ein Nachfolgeabkommen zum

2185 So die Bezeichnung von SAUER in Bezug auf das CCW: SAUER, *Autonome Waffensysteme: Humanisierung oder Entmenschlichung des Krieges?*, in: Global Governance Spotlight, Stiftung Entwicklung und Weltfrieden, 4/2014, S. 2.

2186 *Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction*, abgedruckt in: AUSWÄRTIGES AMT et. al. (Hrsg.), *Documents on International Humanitarian Law - Dokumente zum Humanitären Völkerrecht*, 3. Auflage, Sankt Augustin 2016, S. 917 ff.

2187 *Convention on Cluster Munitions*, als aktuellster Verbotsvertrag, in: AUSWÄRTIGES AMT et. al. (Hrsg.), *Documents on International Humanitarian Law - Dokumente zum Humanitären Völkerrecht*, 3. Auflage, 2016, S. 1105 ff.

2188 Streumunition war seit dem Zweiten Weltkrieg eines der am häufigsten eingesetzten Luftabwurfgeschosse des 20. Jahrhunderts: erstmalig im Zweiten Weltkrieg durch die deutsche Luftwaffe eingesetzt, durch die USA und UdSSR weiterentwickelt; Einsätze u.a. in Korea, Vietnam, Kosovo, Afghanistan, Irak, Libanon und Syrien: zum aktuellen Stand: www.the-monitor.org/en-gb/our-research/cluster-munition-monitor.aspx (zuletzt abgerufen: 01.12.2021).

2189 *Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and their Destruction*, abgedruckt in: AUSWÄRTIGES AMT et. al. (Hrsg.), *Documents on International Humanitarian Law - Dokumente zum Humanitären Völkerrecht*, 3. Auflage, Sankt Augustin 2016, S. 721 ff.

2190 *Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction*, AUSWÄRTI-

Genfer Protokoll von 1925, das erstmals den Gebrauch chemischer und biologischer Kriegsmittel verbot, ohne zugleich Rüstungsbeschränkungen bzw. Abrüstungsverpflichtungen zu enthalten.²¹⁹¹

Die von den Verträgen untersagten oder regulierten Kriegsmittel finden in sämtlichen Sphären der Kriegsführung Anwendung, womit sie auch für die Luftkriegsführung von Bedeutung sind. Ein spezieller Vertrag zur Regulierung der Mittel und Methoden des Luftkriegs kam allerdings bis heute nicht zustande.

2. Das HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare

Von Seiten der Völkerrechtswissenschaft wurde der Versuch unternommen, den *status quo* des luftkriegsrelevanten humanitären Völkerrechts zu definieren. So bemühte sich das IKRK, die gewohnheitsrechtlichen Regelungen im Allgemeinen widerzugeben, die u.a. auch auf den Luftkrieg Anwendung finden,²¹⁹² oder einzelne Völkerrechtswissenschaftler versuchten, das geltende Luftkriegsrecht im Besonderen zu bestimmen.²¹⁹³

Hervorzuheben ist das *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, das im Mai 2009 als Kollaborationsprodukt der Expertengruppe des 'Program on Humanitarian Policy and Conflict Research' (HPCR) der Harvard University, der Schweizer Regierung und den Vereinten Nationen zustande kam.²¹⁹⁴ Ziel des *Manuals* war es nicht, innovati-

GES AMT et. al. (Hrsg.), *Documents on International Humanitarian Law. Dokumente zum Humanitären Völkerrecht*, 3. Auflage, Sankt Augustin 2016, S. 473 ff.

2191 Das Genfer Giftgasprotokoll findet bereits im Kapitel zur Zwischenkriegszeit Erwähnung, vgl. Kap. III: B.

2192 Besonders hervorzuheben ist die Zusammenstellung des Humanitären Völkergewohnheitsrechts in: HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, (Hrsg.), *Customary International Humanitarian Law - Vol. I: Rules*, International Committee of the Red Cross, Cambridge 2005, zu den luftkriegsrelevanten Regelungen siehe S. 37 ff.

2193 Siehe beispielhaft den Sammelband: RONZITTI/VENTURINI (Hrsg.), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues*, Utrecht 2006; jüngst auch die Dissertation: BARTH, *Zivilpersonen im modernen Luftkrieg: Herausforderungen des Rechts des bewaffneten Konflikts im Hinblick auf den Schutz von Zivilpersonen im Rahmen von Luftoperationen*, Berlin 2020.

2194 *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge 2013: www.reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/8B2E79FC145BFB3D492576E00021ED34-HPCR-may2009.pdf (zuletzt abgerufen: 01.12.2021).

ve Vorschläge zur Rechtsfortbildung (*lex ferenda*) als Grundlage für eine künftige diplomatische Konferenz zu präsentieren, sondern „a *methodical restatement of existing international law on air and missile warfare, based on the general practice of States accepted as law (opinio iuris) and treaties in force*“, d.h. ein „*accurate mirror-image*“ der *lex lata* abzubilden.²¹⁹⁵ Es soll als wertvolle Quelle für die Streitkräfte bei der Entwicklung von Einsatzregeln, der Erstellung von nationalen Handbüchern, der Vorbereitung von Ausbildungskursen und der tatsächlichen Durchführung von Kampfeinsätzen dienen.²¹⁹⁶

Die sog. ‚Black-Letter Rules‘ des HPCR Manuals geben den Gesamtkonsens der Expertengruppe zu den wichtigsten Elementen der vertrags- und gewohnheitsrechtlich geltenden Regeln der Luft- und Raketenkriegsführung wieder. Im dazugehörigen Kommentar sind u.a. die zugrundeliegenden Prämissen und abweichenden Meinungen zu den Regelungen vermerkt. Fragen bezüglich des *ius ad bellum*, der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, der Implementierung und Durchsetzung der Regeln, der Menschenrechte, und der Anwendbarkeit auf nicht-internationale Konflikte blieben außen vor.²¹⁹⁷ Seit den Haager Luftkriegsregeln stellt das *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare* somit den ersten Versuch unter Staatenbeteiligung dar, alle relevanten und konsensual bestimmbar Regeln zur Regulierung des Luftkrieges in einem speziell hierauf ausgerichteten Handbuch niederzulegen.²¹⁹⁸

Zwar bietet das *HPCR Manual* eine defragmentierte Abbildung des Luftkriegsrechts, das zur Übersichtlichkeit, Rechtsklarheit und Verständlich-

2195 *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge 2013, Introduction, S. X, XI.

2196 *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge 2013, Introduction, S. XIII.

2197 *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge 2013, Introduction, S. XVI.

2198 Das Manual gliedert sich in 24 Abschnitte (A bis X) und 175 Regeln zu: Definitionen, allgemeiner Rahmen, Waffen, Angriffe, militärische Ziele, direkte Beteiligung an den Feindseligkeiten, Vorkehrungen durch den Angreifer und den Angegriffenen, Schutz von Zivilflugzeugen, Schutz bestimmter Flugzeugtypen, besonderer Schutz von medizinischen Einheiten und Transporten des medizinischen und religiösen Personals, spezifischer Schutz von medizinischen Flugzeugen, spezifischer Schutz der natürlichen Umwelt, spezifischer Schutz anderer Personen und Objekte, humanitäre Hilfe, Ausgrenzungen und Flugverbotszonen, Kriegs- und Täuschungsmanöver, Spionage, Kapitulation, Fallschirmspringer aus einem in Not geratenen Flugzeug, Inspektion und Abfangen von Schmuggelware, Luftblockade, kombinierte Operationen, Neutralität.

keit des derzeitigen Rechtszustandes beiträgt, doch nehmen die relevanten Definitionen und Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen dabei Bezug auf die Genfer Zusatzprotokolle, die Haager Luftkriegsregeln und die UN-Waffenkonvention, womit auch die humanitären Schutzlücken dieser Regime reproduziert werden. Für die Methode des Luftkrieges zeigt sich dies in der Übernahme des Art. 51 ZP I samt der oben kritisierten Formulierungen, z.B. zum Verbot des unterschiedslosen Angriffs oder zur Definition des militärischen Objekts.²¹⁹⁹ Hinsichtlich der Mittel der Luftkriegsführung führt Regel 6 das Verbot von Bio-, Chemie-, Blendlaser-, Gift-, Teilmantel- und nichtentdeckbaren Geschossen auf, ohne dabei jedoch Brandgeschosse zu nennen, die erstmals vom Verbot der St. Petersburger Erklärung von 1868 umfasst waren.²²⁰⁰ Zur Begründung wird mit der divergierenden Staatenpraxis argumentiert, die bereits in Art. 18 LKR Berücksichtigung gefunden habe.²²⁰¹ Auch seien Brandgeschosse durch das zweite Protokoll der UN-Waffenkonvention nicht *per se* verboten²²⁰² – trotz ihrer erfahrungsgemäß verheerenden Wirkung, die ihr Einsatz in vergangenen (Luft-)Kriegen offenbarten. Das *Manual* vermied es somit, Impulse für den Ausbau der Schutzvorschriften des Regimes zu geben – der Fortschritt liege allein darin, „*that a greater clarity of the will enhance the protection of civilians in armed conflicts.*“²²⁰³

2199 Siehe die Aufzählung von sog. *dual use*-targets in Regel 23: „*factories, lines and means of communications (such as airfields, railway lines, roads, bridges and tunnels); energy producing facilities; oil storage depots; transmission facilities and equipment.*“ Dies legitimiert zugleich die Bombardierung von Arbeitern (Quasi-Kombattanten), die sich in den Fabriken befinden, womit sich die Legitimationsstrategie zur Rechtfertigung des totalen Krieges in Abkehr zum ursprünglichen Gehalt des Unterscheidungsgrundsatz im heute als geltend angesehenen Luftkriegsrecht gefestigt hat.

2200 Zum St. Petersburger Erklärung von 1868 und ihrem Regelungsgehalt siehe Kap. I: A. II. 3. a.

2201 „*The use of tracer, incendiary or explosive projectiles by or against aircraft is not prohibited. This provision applies equally to States which are parties to the Declaration of St. Petersburg, 1868, and to those which are not*“, siehe Kap. III: B. II. 3. c.; hierzu das Kommentar zum HPCR-Manual: *Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge 2013, S. 78.

2202 *Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge 2013, S. 78; siehe hierzu Art. 2 Nr. 1 (b) (i) und (ii) des Protokoll III.

2203 *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge 2013, Introduction, S. VIII.

IV. Das Luftkriegsrecht: ein ‚blinder Fleck‘?

In Ermangelung eines speziellen Vertrags ist der Luftkrieg von allen Sphären der Kriegführung im geringsten Maße reguliert. Angesichts dessen und der rechtsmissachtenden Praxis in den Weltkriegen stellt sich die Frage, ob das Luftkriegsrecht möglicherweise als ‚blinder Fleck‘ im Völkerrechtsregime zu bezeichnen ist.

Festzuhalten ist zunächst, dass trotz des Fehlens eines speziellen Vertrags und trotz der militärtechnischen, -theoretischen sowie -praktischen Innovationen in der Militärluftfahrt die allgemeinen humanitär-völkerrechtlichen Regeln im Luftkrieg Anwendung finden. Diese allgemeinen Regeln und Verbote sind maßgeblich in den Zusatzprotokollen zu den Genfer Konventionen aus dem Jahre 1977 kodifiziert. Die Zusatzprotokolle stellen den humanitär-völkervertragsrechtlichen *status quo* zur Regulierung des Luftbombardements dar, das heißt zugleich, dass – trotz der zwischenzeitlichen militärtechnologischen Innovationen – in den letzten 45 Jahren weder eine vertragliche Aktualisierung noch Revision dieser luftkriegsrelevanten Artikel vorgenommen worden ist.²²⁰⁴ Die spezielle Relevanz der Zusatzprotokolle wie auch der übrigen humanitär-völkerrechtlichen Verträge²²⁰⁵ lassen sich dem HCPR *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare* aus dem Jahre 2009 entnehmen. Auch in den Phasen der Weltkriege sowie der Vor-, Zwischen- und Nachkriegszeit unterlag die Luftkriegsführung den allgemeinen Regelungen und Grundsätzen des Humanitären Völkerrechts. Somit bewegte sich der Luftkrieg zwar nie in einer ‚rechtsfreien‘ Sphäre, dennoch hätte ein spezieller, defragmentierender Vertrag Rechtsklarheit und Rechtssicherheit über das im Luftkrieg geltende Recht schaffen und damit Kontroversen zur Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln auf die speziellen Anforderungen des Luftkrieges unterbinden können.

2204 SASSÒLI/ISSAR, *Challenges to International Humanitarian Law*, in: VON ARNAULD/MATZ-LÜCK/ODENDAHL (Hrsg.), *100 Years of Peace Through Law: Past and Future*, Berlin 2015, S. 235, allgemein in Bezug auf die Regeln des ZP I: „*This is not solely because the existing rules are largely adequate, but also and more importantly, because a majority of States are obsessed with their sovereignty and fear any outside interference, even in the form of rules protecting their populations, and additionally because a minority of powerful States desire to keep as many options as possible open in the event of an armed conflict.*“

2205 Die übrigen luftkriegsrelevanten völkervertragsrechtlichen und gewohnheitsrechtlichen Vorschriften bleiben von den Zusatzprotokollen unberührt, namentlich die Regelungen der Haager Landkriegsordnung von 1907.

Weiterhin festigt sich angesichts der misslungenen Bemühungen um eine speziell-vertragliche Regulierung und der stetigen Rechtsmissachtung der Eindruck, dass das Recht bis heute eine theoretisch sowie praktisch untergeordnete Rolle in der Luftkriegsführung eingenommen hat.²²⁰⁶ In Abkehr zu dem heroischen Narrativ der Entwicklung des humanitären Völkerrechts zeigt sich eine utilitaristische geprägte Dominanz militärischer Vorteilsinteressen sowohl in den bestehenden luftkriegsrelevanten Normen als auch in der Resistenz der Staaten, ihre hegemoniale Position im Rüstungswettbewerb durch neue rechtliche Restriktionen aufzugeben.²²⁰⁷ Diskurselemente etablierten sich, die militärischen Interessen sichern sollten; flexible Abwägungsregelungen traten an die Stelle von eindeutigen Verboten. Das Luftkriegsrecht ist somit zwar nicht als ‚blinder Fleck‘ im Völkerrechtssystem zu qualifizieren, im Ergebnis lässt sich allerdings von einem lückenhaften Schutzregime sprechen.

Verantwortlich für die Entwicklung und den Erhalt der Schutzlücken ist nicht nur das Recht selbst, sondern der begleitende völkerrechtliche und militärpolitische Diskurs. Der Diskurs förderte zwar die wissenschaftliche und multilaterale Auseinandersetzung mit der rechtlichen Prohibitions- oder Regulierungsbedürftigkeit der Luftkriegsführung, doch brachte auch Strategien hervor, die den adäquaten rechtlichen Umgang mit der Kriegsführungsart bis heute verhinderten. Die diskursiven Elemente und Topoi legitimierten nicht nur die Stagnation der Rechtsfortbildung und die Rechtsmissachtung in Rahmen der Luftkriegspraxis, sondern forderten auch den Schutzgehalt etablierter Grundprinzipien, namentlich des Unterscheidungsgrundsatzes, heraus.

2206 Hierzu hat auch das Zitat von ROYSE – trotz der 93 Jahre, die bis zur vorliegenden Untersuchung vergangen sind – nicht an Aktualität eingebüßt: *„The history of bombardment regulation shows a distinct utilitarian development, in which the idea of military effectiveness dominates, and in which the doctrines of permissible violence and social sanction are of secondary importance as checks or influences“*, DERS. *Aerial bombardment and the international regulation of warfare*, New York 1928, S. 147.

2207 SCHMITT, *Air Warfare*, in: CLAPHAM, *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford 2014, S. 144: *„Of the recognized domains of warfare, the air is the least regulated by international humanitarian treaty law. This lacuna is best explained by the hesitancy of states to negotiate limitations on weapons systems and methods of warfare that are exceptionally useful militarily.“*

B. Diskursive Strategien und Topoi im Kontext moderner Luftkriegsführung

Die Geschichte des Luftkriegsrechts prägen diskursive Elemente und Topoi, die eine unzureichende theoretische oder praktische Einhegung von Luftbombardements rechtfertigen. Diese Legitimierungsstrategien sind seit Beginn der Militärluftfahrt im völkerrechtlichen Diskurs präsent und werden bis heute im Kontext moderner Luftkriegsführung reproduziert, wie der folgende Abschnitt beweisen soll.

Hierzu werden nach einer kontextuellen Einordnung des modernen Luftkrieges (I.) jene diskursiven Strategien und Topoi auf Ebene der Rechtsentwicklung (II.) und Rechtsbeachtung (III.) systematisiert herausgestellt, die bis heute einem konsequenten humanitären Schutz im rechtlichen Umgang mit militärtechnischer Innovation entgegenstehen.

I. Moderne Luftkriegsführung: von ‚Killerdrohnen‘ und ‚Kriegsrobotern‘

Die ‚Digitale Revolution‘ hat erneut gezeigt, dass technologische Innovation die Grundlage für die Entwicklung neuer Kriegsmittel bildet, die seit jeher zu Veränderungen in der Art und Weise der Kriegsführung führen.²²⁰⁸ Für eine solche militärtechnologische Transformation sorgte der Übergang vom Industrie- zum Informationszeitalter, den die Entwicklung computergestützter Waffensysteme in Gang gesetzt hat.²²⁰⁹ Digitalisierung, Fernlenkung und Automatisierung von ‚Hightech‘-Waffen üben nachhaltigen Einfluss auf die Raum- und Zeitdimension des Krieges aus, wobei sie den Menschen auf Seiten des Verwenders zunehmend vom Kriegsgeschehen entkoppeln. Sinnbild dieser Entwicklung im Bereich der Luftkriegsführung sind unbemannte bewaffnete Flugsysteme (sog. Droh-

2208 MINKWITZ, *Die technologische Komponente der militärischen Transformation*, in: HELMIG/SCHÖRNIG (Hrsg.), *Die Transformation der Streitkräfte im 21. Jahrhundert: militärische und politische Dimensionen der aktuellen „Revolution in Military Affairs“*, Frankfurt a. M. 2008, S. 64, bezeichnet technologische Innovation als „notwendige Bedingung“ für militärische Transformation; CREVELD, *Technology and War: From 2000 B.C. to the Present*, New York 2014, S. 311, kommt zu dem Schluss: „[W]ar is permeated by technology to the point that every single element is either governed by or at least linked to it“.

2209 In diesem Kontext auch „*Information Revolution*“ genannt, die in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts begann, z.B.: BOOT, *War Made New: Weapons, Warriors, and the Making of the Modern World*, New York 2014, S. 307 ff.

nen).²²¹⁰ Sie gelten als „weitreichendste militärtechnische Neuentwicklung des vergangenen Jahrhunderts“²²¹¹, die längst zum festen Bestandteil des Arsenal führender Militärnationen gehören und insbesondere zur Aufklärung, Überwachung und Bekämpfung des internationalen Terrorismus verwendet werden. Bezeichnend ist ihr umstrittener Einsatz zum Zweck gezielter Tötungen im US-initiierten ‚War on Terror‘,²²¹² der in Überdehnung (humanitär-) völkerrechtlicher Grundsätze²²¹³ allein in den Jahren 2003 bis 2013 über eine Millionen Opfer in den betroffenen Ländern des Nahen Ostens forderte.²²¹⁴ Die Vorzüge der Drohnen liegen aus militärischer Sicht darin, dass sie im Vergleich zu herkömmlichen Kampfflugzeugen kostengünstiger herzustellen und zu betreiben sind, Informationen technisch schneller erfassen und verarbeiten, flexibler und präziser agieren sowie unabhängig von ihrem Einsatzort nahezu verzögerungsfrei gesteuert werden können.²²¹⁵ Maßgebend für die technische Effektivität dieser Kriegsführung ist die Entfernung des ‚Störfaktor Mensch‘,²²¹⁶ der aufgrund von emotionsbedingten Urteilen und menschlich-physischer Grenzen eine potentielle Fehlerquelle bildet. Begleitet von einem technischen Prestigedenken wird mit verstärktem Einsatz unbemannter Flugsysteme nicht nur das Risiko eigener Verluste ‚an der Front‘, sondern zugleich

-
- 2210 Erste unbemannte ferngelenkte Flugsysteme (‚Unmanned Aerial Vehicles‘) setzte Israel 1973 im Libanon ein: SANDERS, *An Israeli Military Innovation: UAV's*, in: *Joint Force Quarterly*, Vol. 33 No. 1 (2003), S. 114 ff.
- 2211 STROH, *Das Menschenrecht auf Leben im zunehmend ‚entmenschlichten‘ bewaffneten Konflikt*, in: FRAU (Hrsg.), *Drohnen und das Recht: völker- und verfassungsrechtliche Fragen automatisierter und autonomer Kriegsführung*, Tübingen 2014, S. 138.
- 2212 Ausgangspunkte waren die Anschläge auf das World Trade Center in New York City am 11.09.2001 sowie die Resolution des UN-Sicherheitsrates 1368 vom 12.09.2001 und die nachfolgende ‚Operation Enduring Freedom‘.
- 2213 Vgl. VON BERNSTORFF, *Drone Strikes, Terrorism and the Zombie: On the Construction of an Administrative Law on Transnational Executions*, in: *ESIL Reflections*, Vol. 5, Issue 7 (2016) bzgl. *ius contra bellum, ius in bello*, Menschenrechte.
- 2214 Zu diesem Ergebnis kommt eine Studie der International Physicians for the Prevention of Nuclear War: *Body Count. Opferzahlen nach 10 Jahren „Krieg gegen den Terror“*. *Irak - Afghanistan - Pakistan*, Berlin 2015, S. 17, abrufbar: www.ipppn.w.de/commonFiles/pdfs/Frieden/BodyCount_internationale_Auflage_deutsch_2015.pdf (zuletzt abgerufen: 01.12.2021).
- 2215 Zu den Vorteilen: BORRMANN, *Autonome unbemannte bewaffnete Luftsysteme im Lichte des Rechts des internationalen bewaffneten Konflikts: Anforderungen an das Konstruktionsdesign und Einsatzbeschränkungen*, Berlin 2014, S. 19 ff.
- 2216 Vgl. KRISHNAN, *Killer Robots: Legality and Ethicality of Autonomous Weapons*, Farnham 2009, S. 106: „Leaving a man in the loop would be ‚a performance and cost killer‘ when considering the employment of large numbers of unmanned systems“.

die Rechtfertigungsbedürftigkeit des Kriegsgeschehens ‚in der Heimat‘ minimiert.²²¹⁷ Die bislang eingesetzten Drohnen sind ferngelenkte ‚man-in-the-loop“-Systeme, deren Einsatz auf menschlicher Steuerung beruht.²²¹⁸

In der Entwicklung befinden sich nunmehr Luftfahrssysteme, die nicht nur automatisiert, sondern vollständig autonom agieren: Solche autonomen Waffensysteme sollen zukünftig in der Lage sein, durch künstliche Intelligenz selbstständig über einen Waffeneinsatz und dessen Modalitäten zu entscheiden.²²¹⁹ Der Mensch verbleibt im Rahmen des sog. „targeting cycle“²²²⁰ nicht mehr „on-the-loop“, (d.h. er überwacht die Aktionen des Systems und behält die Möglichkeit, nach Bedarf in die Situation einzugreifen), sondern er gerät „out-of-the-loop“, (d.h. ihm verschließen sich jegliche Interventionsmöglichkeiten), womit die Entscheidung über Leben und Tod allein dem System überantwortet wird. Die USA, China, Israel, Südkorea, Russland, Großbritannien, Australien und Türkei treiben die Entwicklung von Waffensystemen mit solchen autonomen Funktionen seit Jahren voran.²²²¹ Gegen das Wettrüsten dieser ‚Lethal Autonomous Weapon Systems‘ (LAWS) ohne „meaningful human control“²²²² regt sich öffentlicher Widerstand auf globaler Ebene. Neben UN Generalsekretär António

2217 Vgl. BORRMANN, *Autonome unbemannte bewaffnete Luftsysteme im Lichte des Rechts des internationalen bewaffneten Konflikts: Anforderungen an das Konstruktionsdesign und Einsatzbeschränkungen*, Berlin 2014, S. 20.

2218 Der dreigliedrige Begriff von „man-in-the-loop“, „man-on-the-loop“ und „man-out-of-the-loop“ geht auf eine Studie der NGO ‚Human Rights Watch‘ zurück: DOCHERTY, *Losing Humanity: the Case against Killer Robots*, 2012.

2219 Vgl. WAGNER, *Autonomous Weapon Systems*, in: WOLFRUM/PETERS (Hrsg.), MPE-PIL (2016); eine einheitliche Definition zum autonomen Waffensystems existiert bislang nicht (Stand: 01.12.2021).

2220 Der „targeting cycle“ des US-Militärs besteht aus sechs Schritten: „Find (Auffinden des Ziels), Fix (Festlegen des Ziels), Track (Verfolgen des Ziels), Target (Zielen im engeren Sinne), Engage (Bekämpfung des Ziels), Assess (Auswertung der Ergebnisse)“, DAHLMANN/DICKOW, *Präventive Regulierung autonomer Waffensysteme*, SWP-Studie, Berlin 2019, S. 12.

2221 Das US-Militär plant bis zum Jahre 2042 Militärroboter in den Dienst zu stellen, siehe hierzu: US-DEPARTMENT OF DEFENSE, *Unmanned Systems Integrated Roadmap*, FY 2017-2042, S. 17 ff., abrufbar unter: www.defensedaily.com/wp-content/uploads/post_attachment/206477.pdf (zuletzt abgerufen: 01.12.2021).

2222 Zu dem Begriff: GEISS, *Die völkerrechtliche Dimension autonomer Waffensysteme*, FES-Studie, Berlin 2015, S. 25 f.

GUTERRES,²²²³ dem UN Menschenrechtsrat²²²⁴ und dem Europäischen Parlament²²²⁵ sprechen sich laut Statistik der ‚Campaign to Stop Killer Robots‘ 30 Staaten, 140 NGO’s, 4.500 Experten für Künstliche Intelligenz, 26 Friedensnobelpreisträger sowie 61 Prozent der Weltöffentlichkeit für ein Verbot vollständig autonomer Waffensysteme aus.²²²⁶ Ihre Positionen speisen sich aus den Argumenten, die bereits gegen den Einsatz von Drohnen vorgebracht werden: die Überschreitung einer moralischen Schwelle durch ‚Entmenschlichung‘ des Waffeneinsatzes, die Zunahme von Gewaltexzessen aufgrund des Fehlens mäßiger menschlicher Emotion und Empathie, die Senkung der Hemmschwelle zugunsten der Entscheidung für den Kriegseintritt, die psychische Entkoppelung des Angreifers vom Kriegsgeschehen sowie der mit der vollständigen Asymmetrie einhergehende Bruch der sozialetischen Rechtfertigung der Tötungserlaubnis im bewaffneten Konflikt, die eine reziproke Risikolage voraussetzt.²²²⁷ Auch im wissenschaftlichen Diskurs wird die Entwicklung solcher ‚Kriegsroboter‘ aufmerksam verfolgt. Neben technologischen, sicherheitspolitischen und ethischen Fragen betreffen die Debatten insbesondere die völkerrechtlichen Implikationen dieser Waffensysteme. Dabei handelt es sich einerseits um rechtliche Fragen, die jede militärtechnologische Innovation

2223 Siehe: www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2019-03-25/secretary-general-message-meeting-of-the-group-of-governmental-experts-emerging-technologies-the-area-of-lethal-autonomous-weapons-systems; auch GUTERRES‘ Twitter-Beitrag vom 25.03.2019: *„Autonomous machines with the power and discretion to select targets and take lives without human involvement are politically unacceptable, morally repugnant and should be prohibited by international law“*, <https://twitter.com/antonioguterres/status/1110232038081204224?lang=de> (zuletzt abgerufen: 01.12.2021).

2224 Siehe den Report des Sonderberichterstatters HEYNS: UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Christofer Heyns, A/HRC/47*, 09.04.2013, abrufbar: www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A-HRC-23-47_en.pdf (zuletzt abgerufen: 01.12.2021).

2225 *Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. September 2018 zu autonomen Waffensystemen*, 2018/2752 (RSP), 2018, Ziffer 2-4, abrufbar: www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0341_DE.html?redirect (zuletzt abgerufen: 01.12.2021).

2226 Siehe zur Statistik die Website und Veröffentlichungen der Kampagne auf: www.stopkillerrobots.org.

2227 Ähnlich auch: VON BERNSTORFF, *Drone Strikes, Terrorism and the Zombie*, in: ES-IL Reflections, Vol. 5 Issue 7 (2016), S. 5: *„the absence of a reciprocal risk-situation in a concrete antagonistic struggle over military advantages“*.

betreffen,²²²⁸ wie ihre Vereinbarkeit mit dem Humanitären Völkerrecht sowie ihre vertragliche Verbots- oder Regulierungsbedürftigkeit, und andererseits um neue Rechtsprobleme, die aus der einseitigen ‚Dehumanisierung‘ der Kriegsführung resultieren.²²²⁹ Unter Berücksichtigung der Vorabrechtmäßigkeitsprüfung von Art. 36 ZP I geht es insbesondere darum, inwieweit der Einsatz von LAWS im Rahmen dynamischer Entscheidungskreisläufe mit den etablierten Grundprinzipien zu vereinbaren ist, erfordert doch u.a. die militärische Notwendigkeit, der Unterscheidungsgrundsatz und das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine auf Abwägung beruhende Einzelfallentscheidung.²²³⁰ Die Umsetzung von abstrakten Rechtsbegriffen und Abwägungsprozessen in maschinelle Regeln ist nach technischem *status quo* der künstlichen Intelligenz indes nicht möglich.²²³¹ Darüber hinaus ist bislang ungeklärt, wer für Fehlschläge der Systeme verantwortlich wäre – der Programmierer, der Hersteller, der Kommandant oder die Maschine selbst – wodurch im Zweifel eine Verantwortlichkeitslücke entstünde.²²³²

Hauptforum für solche humanitär-völkerrechtlichen Debatten um autonome Waffensysteme ist seit 2014 das Expertentreffen zur UN-Konvention über die Beschränkung des Einsatzes bestimmter konventioneller Waffen. Zentrale Diskussionspunkte betreffen die Notwendigkeit der vertraglichen Einhegung, die Definition von LAWS zur Bestimmung des Vertragsgegenstandes sowie weiterführende Regulierungskriterien, wie der Erfordernis

2228 Vgl. GEISS, *The Law of Weaponry 1914 to 2014: Is the Law Keeping Pace with Technological Evolution in the Military Domain?*, in: DELBRÜCK et. al. (Hrsg.), *Aus Kiel in die Welt: Kiel's Contribution to International Law*, Berlin 2014, S. 245: „Naturally, every new weapon in the past has raised precisely these questions“; siehe zur „questionable ‚newness‘ of technology“: CARVIN, *Getting drones wrong*, in: *International Journal of Human Rights*, Vol. 19 No. 2 (2015), S. 127-141.

2229 Hierzu hat sich jüngst die deutsche Völkerrechtsliteratur ausführlich auseinandergesetzt: SINGER, *Dehumanisierung der Kriegsführung: Herausforderungen für das Völkerrecht und die Frage nach der Notwendigkeit menschlicher Kontrolle*, Berlin 2019; zuvor bereits: ARENDT, *Völkerrechtliche Probleme beim Einsatz autonomer Waffensysteme*, Berlin 2016.

2230 Hierzu GEISS, *Die völkerrechtliche Dimension autonomer Waffensysteme*, FES-Studie, Berlin 2015, S. 14 ff.

2231 DAHLMANN/DICKOW, *Präventive Regulierung autonomer Waffensysteme*, SWP-Studie, Berlin 2019, S. 6.

2232 Hierzu DOCHERTY, *Mind the Gap. The Lack of Accountability for Killer Robots*, Human Rights Watch, 2015.

einer „*meaningful human control*“ im Rahmen des „*targeting cycles*“.²²³³ Erstes und einziges Ergebnis dieses Expertentreffens ist bislang die Aufstellung von elf „*Guiding principles affirmed by the Group of Governmental Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapon Systems*“, die von den Vertragsstaaten der UN-Waffenkonvention im September 2019 angenommen wurden.²²³⁴ Sie dienen der Klarstellung, dass u.a. das humanitäre Völkerrecht auf Waffensysteme dieser Art Anwendung findet, für die Entscheidung ihres Einsatzes stets der Mensch verantwortlich ist und Staaten die Rechtmäßigkeit der neuen Waffen bereits in der Entwurfsphase prüfen müssen. Diese Prinzipien ergeben sich gleichwohl bereits aus den bestehenden Regeln des Humanitären Völkerrechts und stellen im Übrigen nicht mehr als „*einen ersten vorsichtigen und unverbindlichen Einigungsversuch*“ dar.²²³⁵ Das Fehlen eines speziellen Vertrages und die Stagnation der Verhandlungen zur Einhegung solcher autonomen Waffensysteme treiben ihre Entwicklung und faktische Indienststellung ungebremst voran.

II. Zur Rechtsentwicklung

Dass Entwicklung und Einsatz neuer Waffen die völkerrechtlichen Einhegungsbemühungen überholen, ist im Umgang mit militärtechnologischer Innovation der Normalfall.²²³⁶ Die Legitimierung dieser unzureichenden Rechtsfortbildung gelingt im völkerrechtlichen Diskurs durch argumentative Strategien, die eine Stagnation der Reformbemühungen begünstigen bzw. einer Anpassung des Rechtsregimes an die modernen Luftkriegsmittel entgegenstehen und bereits im Diskurs zur rechtlichen Einhegung konventioneller Luftwaffen Verwendung fanden.

2233 Die Protokolle sind abrufbar unter: <https://www.un.org/disarmament/the-convention-on-certain-conventional-weapons/background-on-laws-in-the-ccw/> (zuletzt abgerufen: 01.12.2021).

2234 Siehe hierzu und zu den weiteren Prinzipien: Annex III, *Final Report of the Meeting of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects*, Geneva, 13-15 November 2019, CCW/MSP/2019/9.

2235 DAHLMANN/DICKOW, *Präventive Regulierung autonomer Waffensysteme*, SWP-Studie, Berlin 2019, S. 20.

2236 Eine Ausnahme bildet das präventive Verbot von blindmachenden Laserwaffen vom 13.10.1995, siehe III. 1.

1. Legitimationsstrategien gegen die Rechtsfortbildung

a. Der utilitaristische Topos des ‚humaneren‘ Krieges

Ein Topos, der einer utilitaristischen Argumentation zugrunde liegt, ist der des ‚humaneren‘ Krieges. Ausgehend von einer zielorientierten Ethik, wonach der mehrheitliche Nutzen einer Handlung (und nicht die Handlung selbst) über die Vertretbarkeit derselben entscheidet,²²³⁷ war nach dieser militaristischen Theorie, deren Ursprung sich auf das 19. Jahrhundert zurückverfolgen lässt, „*der brutalste Krieg im Ergebnis der humanste*“.²²³⁸ Auf Grundlage dessen wurde die rechtliche Einhegung eines Kriegsmittels abgelehnt, sofern seine Verwendung eine militärisch ‚effektivere‘ Kriegsführung erlauben und damit ein schnelleres Kriegsende begünstigen würde.

Im Zusammenhang mit der rechtlichen Einhegung der Luftkriegsführung trug diese utilitaristische Argumentation schon in den Haager Friedenskonferenzen dazu bei, unter dem Vorwand humanitärer Erwägungen nicht auf das Luftfahrzeug verzichten zu müssen.²²³⁹ Die praktische Haltlosigkeit dieses Denkens bestätigte sich vor allem in der Luftkriegspraxis des Ersten und Zweiten Weltkrieges, das in erster Linie nicht für eine Verkürzung, sondern für eine übermäßige Destruktivität und Rechtsmissachtung im Kriegsgeschehen sorgte.²²⁴⁰ Die Gleichsetzung von Humanisierung und

2237 Die utilitaristische Ethik wurde insbesondere von Jeremy BENTHAM und John Stuart MILL geprägt, hierzu weiterführend: HÖFFE, *Einführung in die utilitaristische Ethik*, 5. Auflage, Tübingen 2013.

2238 Wortlaut nach: SPETZLER, *Luftkrieg und Menschlichkeit*, Göttingen 1957, S. 204, m.w.N.; geprägt von General VON MOLTKE, zit. in: BONFILS/FAUCHILLE, *Lehrbuch des Völkerrechts für Studium und Praxis*, 3. Auflage, Berlin 1904, S. 542 und kodifiziert in Art. 29 des Lieber Code von 1863: „*The more vigorously wars are pursued, the better it is for humanity. Sharp wars are brief*“, siehe Kap. I: A. II. 2.

2239 Siehe die Aussagen von US-Delegiertem CROZIER im Rahmen der ersten Haager Konferenz, Kap. I: B. II. 1. b., sowie die anknüpfende Argumentation des Franzosen RENAULD in der zweiten Konferenz, Kap. I: B. III. 2; siehe oben zu DOUHETS Luftkriegstheorie: „*[D]ie Luft-Gaswaffe [...] ist die humanste Waffe, weil der Endzweck des Krieges [...] mit einem Kraftminimum und Verlustminimum erreicht werden kann*“, vgl. Kap. III: C. I. 1.

2240 Siehe die Rechtfertigung der Luftkriegspraxis in den Weltkriegen, Kap. II: C. II. 3, Kap. IV: C. II. 2.

Rücksichtslosigkeit führt ohnehin die Abwägung zwischen militärischer Notwendigkeit und humanitärem Schutz *ad absurdum*.²²⁴¹

Im Kontext moderner Luftkriegsführung findet der Topos der ‚humaneren‘ Kriegsführung in modifizierter Gestalt Verwendung, um die restriktionsfreie Einführung autonomer Waffensysteme zu legitimieren. Im Zeichen der post-heroischen Gesellschaft dient die Ersetzung des Menschen durch den Militärroboter dazu, eine Vision ‚unblutiger Kriege‘ zu konstruieren. Namentlich liberal-demokratische Staaten sichern sich durch die Schonung eigener Soldaten die Unterstützung der eigenen Nation für die Beteiligung in einem militärischen Konflikt.²²⁴² Die Kriegsführung selbst werde dabei durch das technisch präzisere und effektivere Vorgehen ‚humanisiert‘; so heißt es in einem viel zitierten Aufsatz des US-Amerikanischen Wissenschaftlers Ronald ARKIN: „*As robots are already faster, stronger, and in certain cases (e.g., chess playing) smarter than humans [...] they will be able to treat us more humanely in the battlefield than we do each other.*“²²⁴³ Sowohl exzessive Fehlgänge, die auf Programmierungsfehlern, technischen Störungen oder der fälschlichen Interpretation gegnerischer Handlungen beruhen, als auch die mangelnde Fähigkeit, Abwägungsentscheidungen zu treffen, bleiben dabei unberücksichtigt.²²⁴⁴ Hinzu kommt, dass die fehlende Option der Gefangennahme auf ein *tertium non datur* von Tötung oder Einsatzabbruch hinausläuft und die Kriegsführung durch diesen Verlust an Flexibilität und Differenzierungsmöglichkeit radikaler

2241 Zur gegenteiligen Bedeutung auch: BRITAIN, *Seed of Chaos: What mass bombing really means*, London 1944, S. 9: „[A] speed-up of human slaughter, misery and material destruction superimposed on that of the military fighting fronts“.

2242 Hierzu MÜNKLER, *Neue Kampfsysteme und die Ethik des Krieges*, in: HEINRICH-BÖLL-STIFTUNG (Hrsg.), *High-Tech-Kriege: Frieden und Sicherheit in den Zeiten von Drohnen, Kampfrobotern und digitaler Kriegsführung*, Berlin 2013, S. 9 ff.

2243 ARKIN, *The Case for Ethical Autonomy in Unmanned Systems*, in: *Journal of Military Ethics*, Vol. 3 (2010), S. 333; zu dieser Debatte siehe u.a.: WERKNER, *Unbemannte Waffen - Humanisierung oder Entmenschlichung der Kriegsführung?*, in: DIES./HOFHEINZ (Hrsg.), *Unbemannte Waffen und ihre ethische Legitimierung*, Wiesbaden 2019, S. 6 f.

2244 Je geringer das Zeitfenster zwischen Zielidentifikation und Waffeneinsatz, desto größer ist das Risiko der Fehleinschätzung; als Beispiel dienen die Fälle der Angriffe von Hochzeitsgesellschaften, die rituelle Freudenfeuer abhielten, hierzu und zu weiteren ‚Zwischenfällen‘, siehe OETER, *Rechtsfragen des Einsatzes bewaffneter Drohnen aus völkerrechtlicher Perspektive*, in: *Ethik und Militär. Kontroversen in Militärethik & Sicherheitspolitik*, Vol. 1 (2014).

zu werden droht.²²⁴⁵ Zwar unterliegt der Topos des ‚humaneren‘ Krieges im Kontext der autonomen Waffensysteme einer inhaltlichen Modifizierung; dennoch darf seine Verwendung als Alarmsignal in der Debatte um ihre völkerrechtliche Einhegung gelten, was sich in der aktuellen Praxis des vermeintlich ‚chirurgisch präzisen‘ und ‚humaneren‘ Drohnenkrieges längst bestätigt hat.²²⁴⁶

Problematisch sowohl an der historischen als auch modernen Verwendung des Topos ist, dass in beiden Fällen die humanisierende Wirkung des Rechts negiert und stattdessen von der humanisierenden Wirkung des Krieges bzw. des Kriegsmittels selbst ausgegangen wird. Somit bleibt dem Humanitäre Völkerrecht das Potential verwehrt, dem Schutz des Menschen vor bestimmten Kriegsmitteln durch deren rechtliche Einhegung nachzukommen.

b. Impraktikabilität eines Verbots im Zeichen von ‚dual-use‘

Eine weitere Strategie, die sich der rechtlichen Einhegung des Luftkrieges entgegenstellt, betrifft den sog. *dual use*, d.h. die sowohl zivile als auch militärische Verwendung von technologischer Innovation.

Bereits zur Zeit der Erfindung des Flugzeugs schien dessen technologische Fortentwicklung unaufhaltbar,²²⁴⁷ woraus das Problem resultierte, dass die technischen Grundlagen für die zivile Nutzung zugleich die militärische Nutzung ermöglichten. Bezeichnend hierfür war der Brief des französischen Professors HOLLAND an das Institut de Droit International, das sich im Rahmen seiner Konferenz im Jahre 1911 in Madrid mit dem rechtlichen Regime der Militärluftfahrt auseinandersetzte: „*I regret*

2245 SCHMIDT-RADEFELDT/MEISSLER, *Automatisierung und Digitalisierung des Krieges: Drohnenkrieg und Cyberwar als Herausforderungen für Ethik, Völkerrecht und Sicherheitspolitik*, Baden-Baden 2012, S. 15.

2246 Laut Statistik des Bureau of Investigative Journalism wird die Zahl der Drohnenopfer zwischen 2010 und 2020 allein in Afghanistan, Pakistan, Jemen u. Somalia auf bis zu 16.900, die Zahl ziviler Opfer auf bis zu 2.200 geschätzt: <https://www.thebureauinvestigates.com/projects/drone-war> (zuletzt abgerufen: 01.12.2021).

2247 Siehe beispielhaft SPAIGHT, *Aircraft in War*, London 1914, S. 3: „*However jurists may argue, the prohibition of the use of Aircraft in War appears nothing more or less than a beautiful dream*“, hierzu bereits: Kap. I: C. II. 2.

*very much that science made aviation possible.*²²⁴⁸ Auch im Rahmen der Genfer Abrüstungskonferenz in den Jahren 1932 bis 1934 waren sich die Delegierten der *dual-use*-Problematik bewusst und forderten zusätzlich zur Abrüstung von Militärflugzeugen die Internationalisierung der Zivilluftfahrt.²²⁴⁹ Auch diente die Tatsache, dass sich Zivilflugzeuge immer stets militärisch nutzen lassen, als Argument gegen eine rechtliche Regulierung derselben.²²⁵⁰

Nach wie vor wird im Zuge der Verhandlungen gegen das Verbots- bzw. die Regulierung von autonomen Waffensystemen angeführt, dass eine solche Eingrenzung die auf künstlicher Intelligenz beruhende technologische Innovation für die zivile Nutzung hemmen könnte.²²⁵¹ Die Mitgliedstaaten der UN-Waffenkonvention reagierten hierauf, indem sie als zehntes „*Guiding Principle*“ formulierten: „*Discussions and any potential policy measures taken within the context of the CCW should not hamper progress in or access to peaceful uses of intelligent autonomous technologies.*“²²⁵² Dass der Fortschritt im zivilen Sektor nicht zugleich auch eine beschleunigte Entwicklung von Militärrobotern fördert, dürfte indes schwer zu leugnen sein.

2248 HOLLAND, Brief v. 05.02.1911, abgedruckt in: *Annuaire de l'Institut de Droit International - Avril 1911*, Paris 1911, S. 137, zitierte englische Übersetzung nach SPAIGHT, *Aircraft in War*, London 1914, S. 3.

2249 Zu diesen (abgelehnten) und weiteren Anträgen im Zuge der Konferenz: Kap. III: A. II. 3. b.

2250 Vgl. die französische Delegation: „*[A]ucune réglementation de l'aviation civile ne pourrait efficacement empêcher son utilisation pour des fins militaires*“, in: *Projet de Réglementation de l'Aéronautique Civile élaboré par le Sous-Comité de la Commission Aérienne, 18 Juillet 1932*, HENDERSON, *Conférence pour la Réduction et la Limitation des Armements - Rapport Préliminaire sur les Travaux de la Conférence*, Genf 1936, S. 86, Kap. III: A. II. 3. b.

2251 Siehe den Kommentar der USA vom 01.09.2020 zu den „*Guiding Principles*“: „*[R]esearch and development on autonomy-related technologies should not be restricted based on the rationale that such technologies could be used for weapons systems*“, <https://documents.unoda.org/wp-content/uploads/2020/09/20200901-United-States.pdf> (zuletzt abgerufen 01.12.2021).

2252 Annex III, *Final Report of the Meeting of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects*, Geneva, 13-15 November 2019, CCW/MSP/2019/9, hierzu unter Kap. V: B. I.

c. Ablenkung zugunsten des Erhalts einer rüstungsbedingten
Machtposition

Zahlreiche argumentative Strategien hängen mit dem Erhalt oder der Stärkung der staatlichen Positionierung im internationalen Rüstungsfeld zusammen. Mit nationaler Aufrüstung geht ein Streben nach Macht und Sicherheit im Staatengefüge einher, wobei die Verfügbarkeit moderner Waffen als „*sichtbares Zeichen der Souveränität*“²²⁵³ dient. Konsequenz ist eine von Prestigedenken geprägte Dynamik, die zu einem stetigen Rüstungswettkampf bzw. reziproken Rüstungszwang führt, wozu heutige Allianzverpflichtungen und Lobbyeinflüsse einen zusätzlichen Beitrag leisten.²²⁵⁴ Hieraus ergibt sich die fehlende Bereitschaft, im Wege rechtlicher Restriktionen auf militärische effektive und militärtechnologisch innovative Kriegsmittel zu verzichten: „*[S]tates especially tend to minimize the restrictions of international law in the areas of their greatest strength.*“²²⁵⁵

Dies zeigte sich bereits im Zusammenhang mit dem Verbot des Luftbombardements in den Haager Konferenzen, als sich jene Staaten, die bereits von der Luftfahrt profitierten oder sogar eine Vormachtstellung innehatten, gegen eine Verlängerung des Moratoriums stellten.²²⁵⁶

Auch im aktuellen völkerrechtlichen Diskurs um autonome Waffensysteme wehren sich solche Staaten gegen ein vertragliches Verbot, die bereits technische Fortschritte verzeichnet und hohe Investitionen in ihre Entwicklung getätigt haben.²²⁵⁷ Doch wird dieses Interesse am Erhalt der rüstungsbedingten (Vor-) Machstellung nicht offiziell als Begründung gegen die Rechtsfortbildung angeführt. Im Rahmen der Konferenzen werden stattdessen diskursive Strategien entwickelt, die diese tatsächlichen

2253 LÖHNIG/PREISNER, *Das Haager Kriegsvölkerrecht - Scheitern und Ruhm*, in: DIES. et. al. (Hrsg.), *Krieg und Recht: Die Ausdifferenzierung des Rechts von der ersten Haager Friedenskonferenz bis heute*, Regenstauf 2014, S. 20.

2254 Zu den Theorien der Rüstungsdynamik siehe: MÜLLER/SCHÖRNIG, *Rüstungsdynamik und Rüstungskontrolle*, Baden-Baden 2006, S. 38 ff.

2255 HULL, *A Scrap of Paper: Breaking and Making International Law during the Great War*, Ithaca 2014, Preface, S. IX.

2256 Siehe hierzu die Verhandlungen in der ersten und zweiten Haager Konferenz, Kap. I: B. II., III.

2257 Die USA, Großbritannien, Russland, China, Israel, Südkorea, Australien und Türkei, Kap. V: B. I., siehe: www.stopkillerrobots.org/wp-content/uploads/2020/05/KRC_CountryViews_7July2020.pdf (Stand: Juli 2021)

Interessen verschleiern, um stattdessen einen humanen Eindruck vor der Öffentlichkeit wahren.²²⁵⁸

Hierzu dient etwa das Verbot von Kriegsmitteln, deren militärische Brauchbarkeit zum Zeitpunkt der rechtlichen Einhegung bereits in Frage zu stellen war, wie sich schon in der St. Petersburger Erklärung von 1868 zum Verbot der bereits militärisch obsoleten Explosivgeschosse gezeigt hatte.²²⁵⁹ Ähnlich verhielt es sich mit den Blendlaserwaffen, die durch das vierte Protokoll der UN-Waffenkonvention im Jahre 1995 verboten wurden.²²⁶⁰ Im Verhältnis zu dem unwiederbringlichen Leid, das sie dem Opfer zufügen, hält sich der militärische Nutzen ihres Einsatzes, der in der Blendung gegnerische Luftstreitkräfte besteht,²²⁶¹ in Grenzen.²²⁶² Dies trug dazu bei, dass Blendlaser als erste und bislang einzige Kriegsmittel bereits vor ihrem ersten Einsatz einem präventiven Verbot unterlagen.²²⁶³ Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang, dass zur selben Zeit Verhandlungen zum Verbot von Anti-Personen-Minen geführt wurden, die im Verhandlungsrahmen der UN – wohl aufgrund ihres vielseitigeren Nutzens – erfolglos blieben.²²⁶⁴

2258 Siehe zu diesem „*cynical window-dressing*“: VON BERNSTORFF, *Is IHL a Sham? A Reply to Eyal Benvenisti and Doreen Lustig*, in: EJIL, Vol. 31 No. 2 (2020), S. 714 f.

2259 Siehe die Ausführungen unter Kap. I: A. II. 3. a., hierzu: JOCHNICK/NORMAND, *The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Laws of War*, in: Harvard International Law Journal, Vol. 35 No. 1 (1994), S. 66-67.

2260 *Protocol on Blinding Laser Weapons (Protocol IV)*, abgedruckt in: *Documents on International Humanitarian Law - Dokumente zum Humanitären Völkerrecht*, 3. Auflage, Sankt Augustin 2016, S. 655 ff., hierzu Kap. V: A. III. 1.

2261 MORTON, *The Legal Status of Laser Weapons That Blind*, in: Journal of Peace Research, Vol. 35 No. 6 (1998), S. 697.

2262 Die USA hat Protokoll IV bis heute nicht ratifiziert, auch wenn es in einer Nachricht des damaligen U.S.-Präsidenten Bill Clinton an den Kongress hieß: „[B]linding lasers are not needed by our military forces“, zit. in: MORTON, *The Legal Status of Laser Weapons That Blind*, in: Journal of Peace Research, Vol. 35 No. 6 (1998), S. 701.

2263 In der Regel kam in der Vergangenheit das Recht mindestens „*einen Krieg zu spät*“, vgl. oben.

2264 Defensiv dient die Mine als Sperrmittel, um Schwachstellen in der Verteidigung zu schützen; offensiv dient sie dazu, den Gegner an Rückzug, Versorgung und Verlegung von Truppen zu hindern; statt im Rahmen der UN-Waffenkonvention kam die sog. ‚Ottawa-Konvention‘ zu den Anti-Personen-Minen außerhalb des Rahmens Genfer UN-Rahmens auf Staateninitiative zustande, abgedruckt in: AUSWÄRTIGES AMT et. al. (Hrsg.), *Documents on International Humanitarian Law - Dokumente zum Humanitären Völkerrecht*, 3. Auflage, Sankt Augustin 2016, S. 917.

Ebenfalls der Ablenkung diene das Argument, dass die betreffende Konferenz wegen einer formell-institutionellen Kompetenzbegrenzung kein geeigneter Rahmen für die rechtliche Einhegung eines Kriegsmittels sei. Dies wurde z.B. in den Verhandlungen zur Genfer Konvention im Jahre 1949 angeführt, um die Revision des ‚Haager Rechts‘ zu exkludieren.²²⁶⁵

Daneben war Wirtschaftlichkeit in Verbindung mit den zukünftigen Nutzen eines Kriegsmittels ein Standardargument dafür, um dem Verbot einer militärtechnologischen Innovation entgegenzutreten: So wurde bereits in den Haager Friedenskonferenzen betont, dass dem Erfindergeist keine ‚Steine in den Weg gelegt‘ werden dürften, der Einsparungen im Haushalt bedeuten könnte.²²⁶⁶ Auf gleiche Weise wird die Automatisierung des modernen (Luft-) Krieges mit der Kostenreduktion durch die Mensch-Maschinen-Ersetzung legitimiert.²²⁶⁷

Zu diesen Ablenkungsstrategien zählt seit geraumer Zeit auch der Topos der „*Revolution in Military Affairs*“ (RMA) aus der amerikanischen Militärwissenschaft. Demnach rechtfertige eine Revolution der Kriegsführung durch Anwendung innovativer Technologien in Verbindung mit Veränderungen in militärischer Doktrin sowie operativen Konzepten²²⁶⁸ die Inanspruchnahme jeglicher militärtechnologischen Innovation; sie gilt dahingehend als „*normative chiffre für die Überlegenheit von Streitkräften*“ und als „*diskursive Legitimationsstrategie*“, die „*aus sicherheitspolitischen Darstellungen nicht mehr wegzudenken*“ ist.²²⁶⁹

2265 Siehe die Ausführungen unter Kap. V: A. I., bezeichnend das Zitat: „[T]he conference called to protect war-victims, not to rewrite Hague Rules of Land warfare“, zit. in: BEST, *War and Law since 1945*, New York 1994, S. 111-112.

2266 So U.S. Captain CROZIER: „*hindrances put in the way of inventive genius which might result in affording savings in war budgets*“, SCOTT, *The Proceedings of The Hague Peace Conferences The Conference of 1899*, New York 1920, S. 282.

2267 Zum Ende des Zweiten Weltkrieges war die Kostenreduktion ein Grund dafür, dass die USA die vernichtenden Atombombenangriffe gegen Japan vollzogen, statt eine Invasion mit Landtruppen durchzuführen, vgl. oben.

2268 MARSHALL, U.S. Office of Net Assessment: „*[M]ajor change in the nature of warfare brought about by the innovative application of new technologies, which, combined with dramatic changes in military doctrine and operational and organisational concepts, fundamentally alters the character and conduct of military operations*“, zit. in: MCKITRICK et. al., *The Revolution in Military Affairs*, in: SCHNEIDER/GRINTER (Hrsg.), *Battlefield of the Future: 21st Century Warfare Issues*, 1998, S. 65.

2269 HELMIG, *Zum Verhältnis zwischen militärischer Revolution und Evolution - Viel Lärm um nichts?*, in: DERS./SCHÖRNIG (Hrsgs.), *Die Transformation der Streitkräfte im 21. Jahrhundert*, Frankfurt a. M. 2008, S. 33.

d. Fehlendes Vertrauen in die Geltungskraft des Völkerrechts

Im Diskurs zur Einhegung der Luftkriegsführung wird das fehlende Vertrauen in die Geltungskraft des (Humanitären) Völkerrechts deutlich, das aus militärischer Sicht gegen eine vertragsrechtliche Bindung spricht.

Bereits zur Vorkriegszeit wurde der Rechtscharakter des Völkerrechts gelegnet oder auf unverbindliche Moralvorschriften reduziert.²²⁷⁰ Im Zuge der Genfer Abrüstungskonferenz wurden die in Rede stehenden multilateralen Vereinbarungen, wie zum Verbot des Luftbombardements, als bloße ‚Sicherheitsillusion‘ diskreditiert: „[A] prohibition on bombing [...] gave merely an ‚illusion‘ of security; it was a ‚paper act‘.“²²⁷¹ Auch zur Begründung der ausgebliebenen Ratifikation der Haager Luftkriegsregeln wird das fehlende Vertrauen in die Geltungskraft des Völkerrechts in der zeitgenössischen Völkerrechtsliteratur angeführt.²²⁷² Diese diskursive Strategie findet in Phasen der Rechtsmissachtung, insbesondere im Rahmen der Luftkriegspraxis der Weltkriege, ihre vermeintliche Bestätigung. Sowohl nach dem Ersten als auch nach dem Zweiten Weltkrieg geriet das *ius in bello* dahingehend in eine ‚Existenzkrise‘, die eine Ablehnung oder zumindest unzureichende Auseinandersetzung mit der Revision der Vorschriften zur Folge hatte.²²⁷³ Bis heute können Rechtsbrüche des Humanitären Völkerrechts dazu verleiten, die Geltungskraft seiner Vorschriften in Zweifel zu ziehen.²²⁷⁴ Es liegt jedoch im Völkerrecht selbst und dem Fehlen von ‚Weltgewalten‘ begründet, dass das im Krieg anwendbare Recht nur

2270 Siehe hierzu schon unter Kap. I: A. II. 1., z.B. LASSON, *Princip und Zukunft des Völkerrechts*, Berlin 1871, S. 78; vgl. auch ZIEGLER, *Völkerrechtsgeschichte: ein Studienbuch*, 2. Auflage, München 2007, S. 172.

2271 So der britische Staatssekretär für Luftfahrt LONDONDERRY im Zusammenhang mit den Verhandlungen, zit. oben in Kap. III: A. II. 3. b., ähnlich in der Zwischenkriegszeit auch: TEMPERLEY: „[W]hen a nation's back its to the wall, treaties are likely to become scraps of paper“, in: DERS., *The Whispering Gallery of Europe*, London 1938, S. 274; sowie DOUHET, der internationale Abkommen nur als „wertlose Papierfetzen“, die „vom Sturm des Krieges wie welches Laub hinweggefegt“ würden: DOUHET, *Luftbeherrschung (Original: Il dominio dell'aria)*, Berlin 1935, S. 72, Kap. III: C. I. 1.

2272 Exemplarisch siehe COLBY, *Aerial Law and War Targets*, in: AJIL, Vol. 19 No. 4 (1925), S. 715; RODGERS, *Law of War concerning Aviation and Radio*, in: AJIL, Vol. 17 No. 4 (1923), S. 633, die Zitate hierzu in: Kap. III: B. II. 4.

2273 Siehe hierzu die Stagnation und Ablehnung des *ius in bello* im Völkerrechtsdiskurs, Kap. III: B. I., Kap. V: A. I.

2274 An Zwangstheorien anlehnend, vgl. VON ARNAULD, *Völkerrecht*, 4. Auflage, Heidelberg 2019, Rn. 11-12.

soweit wirken bzw. Geltung entfalten kann, wie es die Staaten zulassen.²²⁷⁵ Die Missachtung des Rechts ist gleichwohl kein Grund für dessen Redundanz, sondern bestätigt vielmehr die Notwendigkeit seiner Existenz.²²⁷⁶

2. Weitere Konsequenzen der Diskursstrategien

Einhergehend mit der Stagnation in der Rechtsfortbildung haben die diskursiven Strategien weitere Konsequenzen auf Ebene der Entwicklung des Humanitären Völkerrechts.

Zum einen begünstigen sie einen sog. ‚Waffen-Determinismus‘.²²⁷⁷ Damit wird das Phänomen beschrieben, wonach eine Waffe, die entwickelt ist, tendenziell auch von den Staaten, die sie beschaffen können, früher oder später eingesetzt wird. Der Begriff des Determinismus setzt an der Debatte zur Rolle von Technologie im gesellschaftlichen Wandel an: Während die deterministische Ansicht vertritt, dass Technologie den gesellschaftlichen Wandel bestimmt, sieht die instrumentelle Auffassung Technologie als Instrument des Menschen, womit dieser den gesellschaftlichen Wandel selbst bewirkt.²²⁷⁸ In Ablehnung des sog. ‚technologischen Imperativs‘ wird vorzugsweise dem Instrumentalismus gefolgt;²²⁷⁹ in der Frage zur Veränderung der Kriegsführung durch Militärtechnologie scheint sich dagegen ein Determinismus abzuzeichnen.²²⁸⁰ Dieser ‚Waffen-Determinismus‘ ist allerdings nicht als von vornherein gegebene Kausalität zu verste-

2275 Vgl. GEISS, *The Law of Weaponry 1914 to 2014: Is the Law Keeping Pace with Technological Evolution in the Military Domain?*, in: DELBRÜCK et. al. (Hrsg.), *Aus Kiel in die Welt: Kiel's Contribution to International Law*, Berlin 2014, S. 230: „[T]he law of weaponry can only be as good as States allow it to be“.

2276 So auch SPETZLER, *Luftkrieg und Menschlichkeit*, Göttingen 1957, S. 396.

2277 VON BERNSTORFF, *Is IHL a Sham? A Reply to Eyal Benvenisti and Doreen Lustig*, in: EJIL, Vol. 31 No. 2 (2020), S. 715; mit Verweis auf HULLS geprägten Begriff „weapons positivism“, in: *A Scrap of Paper*, Ithaca 2014, S. 265.

2278 Vgl. LIIVOJA, *Technological change and the evolution of the law of war*, in: IRRIC, Vol. 97 No. 900, 2015, S. 1169.

2279 Siehe beispielsweise: WHITE, *Medieval Technology and Social Change*, Oxford 1962: „As our understanding of the history of technology increases, it becomes clear that a new device merely opens a door; it does not compel one to enter.“

2280 Dagegen: ROLAND, *War and Technology: A Very Short Introduction*, New York 2016, S. 32, 57, 117; siehe auch aktuell zu autonomen Waffensystemen: SINGER: „Die Entwicklung von Vollaunomie bietet [...] Chancen wie Risiken. Die technische Entwicklung ist aber unaufhaltsam“, in: DERS., *Dehumanisierung der Kriegsführung: Herausforderungen für das Völkerrecht und die Frage nach der Notwendigkeit menschlicher Kontrolle*, Berlin 2019, S. 549.

hen, sondern als Phänomen, das erst dann auftritt, wenn militärtechnische Entwicklungen völkerrechtliche Restriktionsbemühungen überholen oder das Recht der effektiven Einhegung einer Waffe nicht nachkommt.

Hierzu trägt beispielhaft die regressive Entwicklung im rechtlichen Umgang mit Luftwaffen bei: Stand vor Erfindung des Flugzeugs noch ein absolutes Verbot des Luftbombardements im Raum, das letztlich in einem befristeten Moratorium mündete, verlagerte sich der Diskurs mit technologischem Fortschritt und der zunehmenden Verfügbarkeit von Flugzeugen auf eine bloße Regulierung.²²⁸¹ Spätestens mit der praktischen Erprobung und dem Beweis ihrer militärischen Bedeutung wurden konventionelle Luftwaffen unvermeidlich zu einem legitimen Kriegsmittel²²⁸² – ungeachtet der humanitären Konsequenzen, die mit ihrem Einsatz einhergingen. Die Peripherie dient dabei als Testfläche für militärtechnologische Innovationen, so wird – wie bereits zur Zwischenkriegszeit, als Mandatsgebiete praktische Übungsfläche für konventionelle Luftwaffen waren²²⁸³ – seit Jahren die umstrittene Drohentechnologie im Nahen Osten erprobt, um sie als reguläres und zugleich legitimes Kriegsmittel zu etablieren. In der modernen Luftkriegsführung scheint sich insofern ein *déjà vu* abzuzeichnen: Trotz der Erfahrungen mit ferngelenkten Drohnen, die eine „*within intransparente institutionalisierte Praxis (mehr oder weniger) gezielter Tötungen im Graubereich asymmetrischer Konflikte*“²²⁸⁴ ermöglichen und eine beträchtliche Zahl ziviler Opfer durch technisch bedingte Fehlschläge zu verzeichnen haben, verlagerte sich die Diskussion zur rechtlichen Einhegungsform von autonomen Waffensystemen von einem absoluten Verbot

2281 Bezeichnend hierfür ist die Abkehr vieler Staaten von der Verlängerung des Moratoriums im Rahmen der zweiten Haager Friedenskonferenz, womit völkervertragsrechtlich allein Art. 25 bis 27 HLKO die Luftkriegsführung bzw. das Luftbombardement regelten, siehe die Ausführungen unter Kap. I: B. I. 1. b., Kap. I: B. III. 2.

2282 Vgl. JOCHNICK/NORMAND, *The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Laws of War*, in: Harvard International Law Journal, Vol. 35 No. 1 (1994), S. 56; vgl. auch VON BERNSTORFF, *Is IHL a Sham? A Reply to Eyal Benvenisti and Doreen Lustig*, in: EJIL, Vol. 31 No. 2 (2020), S. 715.

2283 Siehe hierzu die Luftkriegspraxis der europäischen Großmächte, Kap. III: C. II.

2284 RUDOLF, *Töten durch Drohnen. Zur problematischen Praxis des amerikanischen Drohnenkriegs*, in: Ethik und Militär. Kontroversen in Militäretik & Sicherheitspolitik, Vol. 1 (2014); umfassend hierzu auch: DERS./SCHALLER, »*Targeted Killing*« - Zur völkerrechtlichen, ethischen und strategischen Problematik gezielten Tötens in der Terrorismus- und Aufstandsbekämpfung, SWP-Studie, 01/2012.

zu einer bloßen Regulierung.²²⁸⁵ Aufgrund der rechtlich ungebremsten Entwicklung scheint somit ihr künftiger Einsatz ‚vorprogrammiert‘, womit sich das Phänomen eines solchen ‚Waffen-Determinismus‘ in Bezug auf LAWS realisieren könnte.

Zum anderen ist die lückenhafte multilaterale Beteiligung bzw. Bindung an humanitär-völkerrechtliche Verträge eine Konsequenz auf Ebene der Rechtsentwicklung. Der fehlende Rechtsbindungswille hängt mit der mangelnden Bereitschaft von Staaten zusammen, ihre souveräne Handlungsfreiheit im Kriegsfall zu beschränken. Dies führt nicht nur zu einer Fragmentierung des (Humanitären) Völkerrechts, sondern birgt auch in Rechtsfortbildungsprozessen ein Dilemma: Entweder werden militärisch ‚großzügige‘ und humanitär ‚schwache‘ Regelungen verabschiedet, die eine hohe multilaterale Beteiligung versprechen oder es werden militärisch restriktive Regelungen mit ausgeprägten humanitären Schutz formuliert, denen sich aufgrund geringer Beteiligung die universelle Wirkungskraft verschließt.²²⁸⁶ Die Allbeteiligungsklausel (*clausula si omnes*) bietet zu diesem Dilemma nur bedingt eine Lösung, bewirkt sie doch (je nach Konstellation der Allianzen) eine Kriegsführung ohne Rechtsbindung an den betreffenden Vertrag.²²⁸⁷ Im Übrigen führen die divergenten staatlichen Interessen zu Definitionsproblemen, die wiederum zu Stagnationen in den Verhandlungen führen, wie sich im Zusammenhang mit den Begriffen des militärischen Objekts²²⁸⁸ oder des autonomen Waffensystems

2285 Exemplarisch die ambivalente Positionierung der deutschen Bundesregierung: Laut Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD der 19. Legislaturperiode wollte sich die Regierung für eine weltweite Ächtung von autonomen Waffensystem einsetzen, Koalitionsvertrag, Berlin 2018, S. 149: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1> (zuletzt abgerufen: 01.12.2021), inzwischen scheint Deutschland jedoch (gemeinsam mit Frankreich) auf eine bloße Regulierung bzw. einen Verhaltenskodex statt ein völkerrechtliches Verbot zu setzen, so erklärte ein Sprecher des BMVg: „Eine reine Verbotskonvention ist aus Ministeriumssicht nicht zielführend“, zit. in: <https://background.tagesspiegel.de/digitalisierung/autonome-waffen-leitlinien-statt-verbot> (zuletzt abgerufen: 01.12.2021).

2286 Hieran schließt sich die Frage an, ob es aus humanitären Schutzerwägungen besser wäre, keinen Vertrag zu schließen, als einen, der zwar umfängliche ratifiziert wird, stattdessen aber militärische Freiheiten zementiert.

2287 Siehe z.B. die Allbeteiligungsklausel zu den luftkriegsrelevanten Regelungen in WK I u.a. in Kap. II: B. I.

2288 Siehe beispielhaft die Definitionsansätze in der Haager Juristenkommission, Kap. III: B. II. 2.

gezeigt hat.²²⁸⁹ Alternativ bringen sie Kompromissregelungen mit tatbestandlichen Schutzlücken hervor, die dem humanitären Gehalt des Rechtsregimes entgegenstehen.²²⁹⁰

III. Zur Rechtsmissachtung

Überdies ist auf Ebene der praktischen Rechtsachtung eine Reproduktion von diskursiven Strategien festzustellen, die bereits in der Vergangenheit zur Rechtfertigung der konventionellen Luftkriegsführung gebraucht wurden und bis heute zur Legitimierung der Nichtanwendung und Missachtung von humanitär-völkerrechtlichen Vorschriften beitragen.

1. Fehlende Rechtsanwendung

a. Exklusion: von ‚Wilden‘ und ‚illegalen Kombattanten‘

Die Exklusion der Anwendbarkeit des humanitär-völkerrechtlichen Regimes erwies sich im untersuchten Zeitraum als stets präsente Diskursstrategie der Großmächte, um die Gewaltanwendung gegen Völker der Peripherie zu rechtfertigen, sei es im Krieg gegen die Kolonialvölker in Zeiten des Imperialismus oder im Zuge des *Air Policing* von Mandatsgebieten in der Zwischenkriegszeit.²²⁹¹ Im Zweiten Weltkrieg fand die ‚rechtliche Despezifikation‘ im Verhältnis der Großmächte untereinander Anwendung, wie die Argumentationslinien zur Legitimierung des deutschen Ostfeldzugs, des britischen Luftkrieges gegen das Deutsche Reich und der amerikanischen Bombenangriffe gegen Japan offenbart haben.²²⁹²

2289 Bislang hat sich das Expertentreffen nicht über eine Definition von autonomen Waffensystemen geeinigt, die ‚Guiding Principles‘ beziehen sich auf „*emerging technologies in the area of lethal autonomous weapon systems*“, hierzu: DAHLMANN/DICKOW, *Präventive Regulierung autonomer Waffensysteme*, SWP-Studie, Berlin 2019, S. 17 f.

2290 Bezeichnend etwa die humanitären Schutzlücken der Regelungen des ZP I von 1977, Kap. V: A. II. 4., A. IV.

2291 Siehe im Kontext der Haager Konferenzen: Kap. I: B. IV. sowie zur Luftkriegspraxis: Kap. III: C. II.

2292 Zu den Argumenten und zur Herleitung des Begriffs der ‚rechtlichen Despezifikation‘: Kap. IV: C. I. 1.

76 Jahre nach Ende des Weltkrieges könnte in Anbetracht der zwischenzeitlichen Entwicklungen davon auszugehen sein, dass eine solche Exklusion der Rechtsanwendung der Vergangenheit angehört. Jedoch zeigt sich im US-geführten ‚War on terror‘ wie mit dem Topos des ‚illegalen Kombattanten‘ die Rhetorik der ‚rechtlichen Despezifikation‘ wieder Einzug in den völkerrechtlichen Diskurs hält. Der Terrorist als ‚illegaler Kombattant‘ ist zu Beginn des 21. Jahrhunderts „*the most prominent as well as the most contested incarnation of the irregular fighter*“ und erwies sich als „*stepping stone on the route to the most disastrous acts of the war on terror, such as incommunicado detention, rendition, torture and inhumane treatment [...] practised in Guantánamo Bay.*“²²⁹³ Hinzu kommt die umstrittene Praxis der ‚gezielten Tötungen‘ von Terroristen, die auf dem Einsatz moderner Drohnentechnologie beruhen.²²⁹⁴ Zur Legitimierung der militärischen Kampagne im Nahen Osten wird sich denselben argumentativen Strukturen wie einst im Kolonialkrieg bedient,²²⁹⁵ um Terroristen wie einst „*nicht-zivilisierte Völker*“ als „*außerhalb der Völkerrechtsgemeinschaft stehende*“, d.h. rechtslose Zielpersonen zu qualifizieren, deren Bekämpfung nicht nach den „*Rechtsätzen des Kriegsrechtes*“ zu beurteilen sei.²²⁹⁶ Die Anwendbarkeit der humanitär-völkerrechtlichen Konventionen scheiterte schon formal an der mangelnden Vertragspartnerschaft der terroristischen Organisation.²²⁹⁷ Ohnehin ermangele es der Reziprozität als Grundlage der Anerkennung kriegsrechtlicher Restriktionen, so heißt es wie schon zu Kolonialzeiten²²⁹⁸ in Bezug auf Al Qaida: „*The primary enforcer of the laws of war has been reciprocal treatment: We obey the Geneva Convention*

2293 SCHEIPERS, *Unlawful Combatants: A Genealogy Of The Irregular Fighter*, New York 2015, S. 188.

2294 Hierzu kritisch: VON BERNSTORFF, *Drone Strikes, Terrorism and the Zombie: On the Construction of an Administrative Law on Transnational Executions*, in: ESIL Reflections, Vol. 5 Issue 7 (2016); vgl. oben: Kap. V: B. I.

2295 MÉGRET, *From ‚Savages‘ to ‚Unlawful Combatants‘: A Postcolonial Look at International Law’s ‚Other‘*, in: ORFORD, *International Law and Its Others*, Cambridge 2005, S. 298: „*rhetoric has surfaced which [...] bears striking similarities*“.

2296 So bzgl. „*nicht-zivilisierte[r] Völker*“: VON LISZT, *Das Völkerrecht*, 8. Auflage, Berlin 1913, S. 290, Kap. I: B. IV.

2297 Yoo/Ho, *The Status of Terrorists*, in: UC Berkely Public Law and Legal Theorie Research Paper Series, No. 136, 2003, S. 9, Berkeley Professor John C. Yoo erarbeitete gemeinsam mit Jay BYBEE die rechtliche Legitimierung der Foltermethoden der CIA während der Amtszeit von George W. BUSH (sog. „*enhanced interrogation techniques*“).

2298 „*[S]avages‘ do not wage ‚civilized‘ war, therefore ‚civilized‘ warfare cannot be waged against them*“, vgl. Kap. I: B. IV.

because our opponent does the same [...] That is impossible with al Qaeda“.²²⁹⁹ Aufgrund der Annahme, dass Terroristen nicht die Intention hätten, das Kriegsrecht selbst einzuhalten, folgt aus Sicht der US-Amerikanischen Regierung und der militaristischen Völkerrechtswissenschaft „that members of the al Qaeda terrorist network and the Taliban militia are illegal combatants under the laws of war, and so cannot claim the legal protections and benefits that accrue to legal belligerents“.²³⁰⁰ Die neue Kategorie des ‚illegalen Kombattanten‘ missachtet dabei jeglichen Schutz, der den Terroristen trotz der vorgeworfenen Kriegsverbrechen zukäme;²³⁰¹ denn sofern sie nicht Teil einer „organisierten bewaffneten Gruppe“ sind und nicht anderweitig „unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen“, wären sie grundsätzlich als Nicht-Kombattanten zu qualifizieren.²³⁰² Zudem wird ihnen der rechtliche Schutz als Kriegsgefangene entsagt, den die USA als Vertragspartner der Genfer Konvention gewähren müssten. Letztlich wird mit dieser Begründung der Feind rechtlos und somit die Universalität des Völkerrechts in Frage gestellt.

b. Die Überholung des Rechts durch neue Formen des Krieges

Daneben ist eine Strategie zu identifizieren, die mit der besonderen Natur des Krieges argumentiert, um etablierten Regeln und Grundsätzen des Humanitären Völkerrechts ihre Geltung bzw. Anwendbarkeit abzusprechen.

2299 So der Wortlaut im Artikel von: Yoo, *Terrorists Have No Geneva Rights*, Wall Street Journal vom 24.05.2004: abrufbar unter: <https://www.wsj.com/articles/SB108552765884721335> (zuletzt abgerufen: 01.12.2021).

2300 Yoo/Ho, *The Status of Terrorists*, in: UC Berkely Public Law and Legal Theorie Research Paper Series, No. 136, 2003, S. 1, mit Verweis auf die Position der US-Regierung nach den Anschlägen am 11.09.2001.

2301 Kritisch hierzu: MÉGRET, *From ‚Savages‘ to ‚Unlawful Combatants‘: A Postcolonial Look at International Law’s ‚Other‘*, in: ORFORD, (Hrsg.), *International Law and Its Others*, Cambridge 2005, S. 298 ff.; im Ergebnis auch: SCHWARZ, *Terrororganisation und die Voraussetzungen einer ‚organisierten bewaffneten Gruppe‘. Völkerrechtliche Aspekte der Einordnung von Terroristen als zulässiges militärisches Ziel im Rahmen von Drohneneinsätzen*, in: FRAU (Hrsg.), *Drohnen und das Recht: völker- und verfassungsrechtliche Fragen automatisierter und autonomer Kriegsführung*, Tübingen 2014, S. 274 ff.

2302 Siehe zu den Voraussetzungen, unter denen Zivilpersonen Schutz genießen: Art. 51 Nr. 3 ZP I; hierzu MELZER/ICRC, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, 05/2009, www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf (zuletzt abgerufen: 01.12.2021).

Drei Ausprägungen aus unterschiedlichen Zeiträumen seien genannt, wovon die früheste auf die Zeit des Ersten Weltkrieges und die Herausbildung des strategischen Luftkriegs zurückgeht. Mit der Erweiterung des Schlachtfelds auf das ‚Hinterland‘ expandierte auch das Zielgebiet von Luftbombardements. Bedingt durch die Situierung militärisch wichtiger Ziele abseits der Front und den technischen Fortschritten in der Luftfahrt, waren selbstständige Luftangriffe sowohl militärisch ‚notwendig‘ als auch praktisch realisierbar. Diese neue Form der Kriegsführung war aus zeitgenössischer Sicht nicht mit den geltenden luftkriegsrelevanten Regelungen zu vereinbaren. So bezog sich Art. 25 HLKO nach herrschender Meinung ausschließlich auf den akzessorischen Luftkrieg, weshalb der rechtliche Maßstab des militärischen Objekts zur Regulierung des selbstständigen bzw. strategischen Luftkrieg in Anlehnung an Art. 2 IX der Haager Seekriegskonvention etabliert wurde.²³⁰³ Zusätzlich forderte dieses neue Kriegssphänomen die bestehenden Regelungen zum Verbot bestimmter Geschosse sowie die Warnungsobliegenheit vor einem Angriff heraus.²³⁰⁴ Daneben bildete der Luftkrieg die maßgebliche Grundlage für den ‚totalen Krieg‘, der infolge der theoretischen Fundierung zur Zwischenkriegszeit seine folgenschwere Realisierung im Zweiten Weltkrieg fand und dazu führte, dass die Geltung des Unterscheidungsgrundsatz bis in die Nachkriegszeit grundlegend in Frage gestellt wurde.²³⁰⁵

Im Krieg gegen den Terrorismus zeigt sich eine moderne Form dieser diskursiven Strategie, die mit der Überholung des Rechts durch neue Erscheinungsformen des Krieges argumentiert. Demnach verlange die Bekämpfung von Terroristen eine „*totale De-Lokalisierung und Entzeitlichung des bewaffneten Konflikts*“²³⁰⁶ als Anwendungsvoraussetzung des Humanitären Völkerrechts sowie die Bildung einer neuen Kategorie des Kriegsbeteiligten in Form des ‚illegalen Kombattanten‘. Wie in den bereits genannten Kriegsformen des strategischen Luftkriegs und des totalen Kriegs gerät somit ausgerechnet das Unterscheidungsprinzip durch die Abkehr vom traditionellen Kriegsbild unter Druck. In der Völkerrechtswissenschaft wird

2303 Ausführlich zu diesem völkerrechtlichen Diskurs im Ersten Weltkrieg siehe Kap. II: B. II. 1. und 2.

2304 Namentlich das Verbot von Explosivgeschossen gemäß der Petersburger Erklärung und Art. 26 HLKO.

2305 Als Vorstufe bereits im Ersten Weltkrieg: „[A]lmost the whole population is engaged in work of military value, it is no longer logically possible to draw the same distinction as in former wars between combatants and non-combatants“, Kap. II: C. II. 4.

2306 VON ARNAULD, *Völkerrecht*, 3. Auflage, Heidelberg 2016, S. 493, Rn. 1157.

unter Berücksichtigung der neuen Herausforderungen wie der Asymmetrie des Konflikts und des ‚Abtauchens‘ von Terroristen in der Zivil-Welt für ein Anpassung²³⁰⁷ oder sogar eine Ersetzung²³⁰⁸ des Grundsatzes plädiert – etwa mit dem Argument, dass seine strikte Anwendung den Terroristen einen unfairen Vorteil verschaffen würde.²³⁰⁹ Andere stellen solche Reformansätze wiederum in Frage;²³¹⁰ gilt die Unterscheidung zwischen militärischen und zivilen Zielen doch laut IGH als eines der „*intransgressible principles of international customary law*“.²³¹¹

Die diskursive und praktische Erosion des Unterscheidungsgrundsatzes sollte hingegenommen werden, vielmehr beweist der Blick in die Vergangenheit sowie die gegenwärtige Praxis des Drohnenkrieges mit der damit verbundenen Beeinträchtigung der Zivilbevölkerung, dass an diesem Grundprinzip erst recht festgehalten werden muss – gewährleistet es doch angesichts der zeitlosen, technologisch-neutralen Geltung trotz neuer Kriegsformen ein Mindestmaß an humanitärem Schutz. Darüber hinaus würde die Überholung solcher Grundsätze in Reaktion auf neue Kriegsformen das Vertrauen in die Geltungskraft des Völkerrechts gefährden.

-
- 2307 Vgl. DUNLAP, *The End of Innocence: Rethinking Noncombatancy in the Post-Kosovo Era*, in: *Strategic Review* (2000), S. 11 ff., der infolge des Kosovo-Krieges eine Anpassung des Unterscheidungsgrundsatzes vorschlägt, indem er zu militärischen Objekten auch „*war-sustaining objects*“ hinzuzählt: „*The air weapon should be unleashed against entirely new categories of property that current conceptions of Law of Armed Conflicts put off-limits*“; SCHMITT, *The Principle of Discrimination in 21st Century Warfare*, in: *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol. 2 Issue 1 (1999), S. 143 ff.
- 2308 SWINEY, *Saving Lives: The Principle of Distinction and the Realities of Modern War*, in: *The International Lawyer*, Vol. 39 No. 3 (2005), S. 733-758: „*The principle of distinction should be abandoned [...] replaced by a more nuanced doctrine.*“
- 2309 Vgl. QUENIVÉT, *The “War on Terror“ and the Principle of Distinction in International Humanitarian Law*, in: *Colombian Yearbook of International Law*, Vol. 3 (2010), S. 158, mit Verweis auf: NEWTON, *Unlawful Belligerency after September 11: History revisited and Law Revisited*, in: WIPPMAN/EVANGELISTA (Hrsg.), *New Wars, New Laws? Applying the Laws of War in 21st Century Conflicts*, Ardsley 2005, S. 82: „*[September 11] destroyed the naive notion that there is a bright legal line that neatly divides a combat zone into innocent civilians [...] and combatants who may lawfully be targeted and killed.*“
- 2310 So etwa: OETER, *Is the Principle of Distinction Outdated?*, in: HEINTSCHEL VON HEINEGG/EPPING (Hrsg.), *International Humanitarian Law Facing New Challenges: Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Berlin 2007, S. 53 ff.
- 2311 ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 08.07.1996, ICJ Reports 1996, para. 79.

2. Legitimationsstrategien gegen Rechtsverstöße

a. Ontologische Rechtfertigung

Seit jeher dient die staatliche Selbsterhaltung als zeitloser Topos für die Legitimierung rechtmissachtender Kriegsführung. Jede Regel zur Beschränkung der Kriegsführung scheint insoweit unter der Bedingung zu stehen, dass die nationale Existenz nicht bedroht ist:

„As long as international law is conceived of as a law between sovereign nation states, the existence or ‘survival’ of a nation-state remains a presupposed meta-value, which allegedly cannot be transcended [...] every military practice, even the most inhumane, could potentially be used to secure the survival of a nation-state, and thus be deployed for a purpose that helps to realize the conceived meta-value of national existence.“²³¹²

Schon zur Vorkriegszeit betonte Otto von BISMARCK, dass die „Lebensinteressen und Machtverhältnisse auf internationalem Gebiet“ stärker seien „als die Rechtsfrage“: „Welcher Kaiser will vor sein Volk treten und sagen: ‚Ihr geht zu Grunde und ich auch, aber ich kann nicht anders, ich habe unterschrieben.“²³¹³ Der existentielle Selbstschutz diente insbesondere in den Weltkriegen als Argument zur Rechtfertigung besonders destruktiver (Luft-)Kriegsführung.²³¹⁴ So wurde im Zweiten Weltkrieg eine Bedrohung von Seiten des überfallenen Staates konstruiert,²³¹⁵ um die Notwendigkeit des Rechtsverstosses mit der Selbsterhaltung zu rechtfertigen – unabhängig davon, ob es sich um eine reale Bedrohung handelte oder nicht.²³¹⁶

Diese ontologisch begründete Strategie ist bis heute dem völkerrechtlichen Diskurs verhaftet geblieben. Hierzu trug auch der IGH mit seinem

2312 VON BERNSTORFF, *Is IHL a Sham? A Reply to Eyal Benvenisti and Doreen Lustig*, in: EJIL, Vol. 31 No. 2 (2020), S. 716.

2313 Siehe hierzu die Ausführungen zum Ersten Weltkrieg: Kap. II: C. II. und Zweiten Weltkrieg: Kap. IV: C. II.

2314 Zit. in: MÜNCH, *Bismarcks Völkerrecht*, in: Die Friedens-Warte, Vol. 68 No. 1/2 (1988), S. 14.

2315 Zu dieser Strategie der „*threat construction*“ in Bezug auf die Gewaltanwendung gegen Zivilisten, insbesondere zur Zeit des Zweiten Weltkrieges: MAYNARD, *Liberal and Non-Liberal Justifications of Mass Violence Against Civilians*, in: CROMARTIE (Hrsg.), *Liberal Wars: Anglo-American Strategy, Ideology, and Practice*, London 2015, S. 49-52.

2316 Grundsätzlich handelte es sich um eine konstruierte und keine reale Bedrohung, wie sich im Fall des deutschen Überfalls auf Polen oder im Ostfeldzug gegen die Sowjetunion gezeigt hat, Kap. IV: B. I. 1. a. und d.

Nuklearwaffen-Gutachten im Jahre 1996 bei, worin er nicht zu entscheiden vermochte, ob der Einsatz der „zerstörerischsten, unmenschlichsten und willkürlichsten Waffe, die je geschaffen wurden“²³¹⁷, selbst dann unrechtmäßig ist, wenn sich der Staat in einem extremen Fall der Selbstverteidigung befindet, in dem sein eigenes Überleben auf dem Spiel steht.²³¹⁸

Auch in der modernen Luftkriegspraxis bleibt die Berufung auf das Selbstverteidigungsrecht präsent, das in Art. 51 UN-Charta als Ausnahme zum Gewaltverbot kodifiziert wurde. Im Kontext des ‚war on terror‘ werden allerdings die Vorgaben von Art. 51 UN-Charta zur Bekämpfung des Terrorismus ‚modifiziert‘: sei es in Hinblick auf die Intensität,²³¹⁹ die Gegenwärtigkeit²³²⁰ oder die staatliche Zurechnung des bewaffneten Angriffs.²³²¹ Durch die Bedrohung des Terrorismus scheint die Umdeutung grundlegender Voraussetzungen und Begriffe des *ius contra bellum* aus Selbsterhaltungsgründen legitim, wobei die Wahl der Bekämpfungsweise auf die Drohne als militärisch ‚effektivstes‘ Kriegsmittel fällt.²³²²

2317 ICAN zur Atomwaffenwirkung: <https://www.icanw.de/fakten/auswirkungen/> (zuletzt abgerufen: 01.12.2021).

2318 ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 08.07.1996, ICJ Reports 1996, S.263, para. 97: „[The Court] cannot reach a definitive conclusion as to the legality or illegality of the use of nuclear weapons by a State in an extreme circumstance of self-defence, in which its very survival would be at stake.“

2319 Dabei wird auf eine „Accumulation of events“ statt „scale and effects“ abgestellt, zumal der IGH hierbei „most grave forms of the use of force“ voraussetzt, vgl. ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. The United States of America)*, Judgment of 27 June 1986, S. 101, para. 191.

2320 In Ermangelung der Gegenwärtigkeit wird auf eine Dauergefahr, eine antizipatorische bzw. präventive Selbstverteidigung oder auf eine vorbeugende bzw. präemptive Selbstverteidigung abgestellt, vgl. GREENWOOD, *Self-Defence*, in: WOLFRUM/PETERS (Hrsg.), MPEPIL (2011), Rn. 41 ff.

2321 Vgl. die Theorien zum „safe haven“ bzw. „harbouring“ durch den ‚Heimatstaat‘, um eine staatliche Zurechnung zu den Terroristen zu konstruieren, hierzu: KRAJEWSKI, *Selbstverteidigung gegen bewaffnete Angriffe nicht-staatlicher Organisationen - Der 11. September 2001 und seine Folgen*, in: AVR, Bd. 40/2 (2002), S. 193 ff.

2322 Siehe zu den Gründen des Drohneneinsatzes die Ausführungen unter Kap. V: B. I.

b. Schuldzuweisung und ‚Punishment‘

Eine weitere Strategie betrifft die Bestrafung der gegnerischen Entität, die auf einer Schuldzuweisung („*guilt-attribution*“) ²³²³ für die Begehung von Verbrechen an der eigenen Nation beruht. Dies schließt nicht nur den bekämpften Staat selbst, sondern regelmäßig auch die gegnerische Bevölkerung als Kollektiv ein, die somit zum legitimen Ziel der Gewaltanwendung wird. Durch die Schuldzuweisung sieht sich der Angreifer von rechtlichen und moralischen Restriktionen befreit; es überwiegt vielmehr der *quid pro quo*- respektive Vergeltungsgedanke, der eine rücksichtslose Kriegsführung begünstigt („*freed from all humanitarian considerations*“). ²³²⁴

Diese Diskursstrategie zeigte sich vor allem im Zweiten Weltkrieg in der Rechtfertigung des britischen Luftkriegs gegen das Deutsche Reich und der amerikanischen Bombenangriffe auf Japan. ²³²⁵ Sowohl in Großbritannien als auch in den Vereinigten Staaten schien der Wunsch verbreitet, die ‚Kosten‘ des Krieges der deutschen und japanischen Zivilbevölkerung aufzubürden. Wiederholt war betont worden, dass die Bevölkerung ihre Regierung stürzen könnte; sie machte sich daher gleichermaßen schuldig, wenn sie dies unterließ. ²³²⁶

Ein vergleichbares Argumentationsmuster zeigt sich im Kontext des ‚War on Terror‘, namentlich in der „*unwilling and unable*“-Doktrin, die bislang weder positiv-rechtlich geregelt noch gewohnheitsrechtlich etabliert ist. ²³²⁷ Sie dient der Rechtfertigung militärischer Einsätze gegen das Territorium eines Staates, der entweder unwillig oder unfähig ist, terroristische Aktivitäten, die von seinem Staatsgebiet vorgenommen wer-

2323 Zu dieser Strategie siehe auch: MAYNARD, *Liberal and Non-Liberal Justifications of Mass Violence Against Civilians*, in: CROMARTIE (Hrsg.), *Liberal Wars: Anglo-American Strategy, Ideology, and Practice*, London 2015, S. 46 ff.

2324 Zit. in: OVERY, *Allied Bombing and the Destruction of German Cities*, in: GREINER/CHICKERING/FÖRSTER (Hrsg.), *A World at Total War: Global Conflict and the Politics of Destruction, 1937-1945*, Cambridge 2004, S. 286.

2325 Siehe hierzu die Ausführungen im Rahmen des Zweiten Weltkriegs unter Kap. IV: C. III. 1.

2326 Vgl. SCHAEFFER, *The Bombing Campaigns in World War II: The European Theater*, in: YOUNG/TANAKA (Hrsg.), *Bombing Civilians: A Twentieth-Century History*, New York 2010, S. 42.

2327 Hierzu: CORTEN, *The ‚Unwilling or Unable‘ Test: Has it Been, and Could it be, Accepted?*, in: *Leiden Journal of International Law*, Vol. 29 (2016), S. 777 ff.; BAUTZE, *Die ‚Unwilling or Unable‘-Doktrin, oder: der leise Abschied vom Gewaltverbot der UN-Charta in Zeiten des internationalen Terrorismus*, in: *Kritische Justiz*, Vol. 49 No. 4 (2016), S. 545 ff.

den,²³²⁸ zu verhindern oder einen „safe haven“, d.h. einen Rückzugsort für Terroristen, bietet.²³²⁹ Dogmatisch wird sie als Zurechnungskategorie oder als Duldungspflicht im Zusammenhang mit dem Selbstverteidigungsrecht nach Art. 51 UN-Charta verstanden.²³³⁰ Die USA stützten hierauf seit 2014 die Luftwaffeneinsätze gegen syrisches Territorium zur Bekämpfung des Islamischen Staates, denen sich u.a. Frankreich und Großbritannien angeschlossen haben.²³³¹ Die Kosten der Kriegsführung trägt weniger der syrische Staat als vor allem die syrische Bevölkerung, wie die zivilen Opferzahlen im Zusammenhang mit den Luftanschlägen offenbaren.²³³² Noch eindrücklicher zeigte sich das *Punishment*-Argument im Zuge der Aufdeckung des Abu-Ghuraib-Folterskandals während der Besetzung des Iraks. Zur Rechtfertigung der willkürlichen Tötungen und Misshandlungen von Terrorverdächtigen führte US-Senator James INHOFE an: „Many of them probably have American blood on their hands“,²³³³ obwohl sich letzten Endes herausstellte, dass 90 Prozent der Opfer falsch verdächtigt wurden.²³³⁴ Die-

-
- 2328 Ursprünglich hatte bereits Israel im Jahre 1982 die Bombardements gegen den Libanon entsprechend gerechtfertigt: „*Lebanon is either unwilling or unable to prevent the harbouring, training and financing of PLO Terrorists openly operation from Lebanese territory with a view to harassing Israel, Israelis and Jews world-wide [...]*“, zit. in: MALLISON et. al., *Aggression or Self-Defense in Lebanon in 1982?*, in: Proceedings of the Annual Meeting (ASIL), Vol. 77 (1983), S. 178.
- 2329 Vgl. VON BERNSTORFF, *Drone Strikes, Terrorism and the Zombie: On the Construction of an Administrative Law on Transnational Executions*, in: ESIL Reflections, Vol. 5 Issue 7 (2016), S. 3.
- 2330 BETHLEHEM, *Self-Defense Against an Imminent or Actual Armed Attack By Nonstate Actors*, in: AJIL, Vol. 106 No. (2012), S. 776; hierzu VON ARNAULD, *Völkerrecht*, 4. Auflage, Heidelberg 2019, S. 466, Rn. 1120 ff.
- 2331 Die USA rechtfertigt die Bombardements gegen den Islamischen Staat auf syrischem Boden wie folgt: „*States must be able to defend themselves, in accordance with the inherent right of individual and collective self-defence, as reflected in Article 51 of the Charter of the United Nations, when, as in the case here, the government of the State where the threat is located is unwilling or unable to prevent the use of its territory for such attacks*“, Letter dated 23 September 2014 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Security-General, UN Doc. S/2014/695.
- 2332 Das ‚airwars-project‘ kommt zu einer Opferzahl im Irak und in Syrien von 13.000, allein durch die US-geführte Koalition, <https://airwars.org/conflict/coalition-in-iraq-and-syria/> (zuletzt abgerufen: 01.12.2021).
- 2333 Zit. nach: ZIMBARDO, *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, New York 2008, S. 328.
- 2334 MAYNARD, *Liberal and Non-Liberal Justifications of Mass Violence Against Civilians*, in: CROMARTIE (Hrsg.), *Liberal Wars: Anglo-American Strategy, Ideology, and Practice*, London 2015, S. 49.

ses Zitat ist bezeichnend dafür, dass sich die Schuldzuweisungen in erster Linie als präsumtiv erweisen: Der Unterschied zwischen den tatsächlichen Tätern und denen, die zufällig die Nationalität oder andere Zugehörigkeit teilen, wird ausgeblendet, wenn (vermeintlich) Verbrechen gegen den eigenen Staat begangen wurden. In der Konsequenz trifft es Unschuldige, die sich zur falschen Zeit am falschen Ort befinden.²³³⁵

c. Das Problem der Repressalie

Als Reaktion auf einen Völkerrechtsbruch galt die Repressalie lange Zeit als anerkanntes Mittel der Selbstjustiz zur Durchsetzung des Völkerrechts, um den Rechtsbrüchigen zur Einhaltung des Völkerrechts zu zwingen.²³³⁶

In Friedenszeiten stellen Repressalien als gewaltsame Gegenmaßnahmen einen Verstoß gegen das Gewaltverbot nach Art. 2 Nr. 4 UN-Charter dar, sofern sie nicht als Selbstverteidigung im Sinne des Art. 51 UN-Charter oder durch ein entsprechendes Mandat des Sicherheitsrats gerechtfertigt sind.²³³⁷ Ihr Verbot ist ausdrücklich in der ‚Friendly Relations Declaration‘ der UN-Generalversammlung,²³³⁸ in der IGH-Rechtsprechung²³³⁹ und in Art. 50 Abs. 1 lit. a der ILC-Artikel zur Staatenverantwortlichkeit festgehalten.²³⁴⁰ Nach einer umstrittenen Meinung in der Völkerrechtsliteratur sollen gewaltsame Gegenmaßnahmen zur Selbstverteidigung gegen Terroristen als Rechtfertigungsgrund in Form einer sog. „counterterror“-Maßnah-

2335 Siehe <https://sz-magazin.sueddeutsche.de/politik/spuren-der-gewalt-80334> (zuletzt abgerufen: 01.12.2021).

2336 Siehe zu den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen zur Zeit der Weltkriege: Kap. II: C. II. 1., Kap. IV: C. III. 1.

2337 Zur Geschichte der Friedensrepressalie: WAMPACH, *Armed Reprisals from Medieval Times to 1945*, Baden-Baden 2020.

2338 *Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations*, UNGA Resolution 2625, 24.10.1940: „States have a duty to refrain from acts of reprisal involving the use of force“, abrufbar unter: www.un.org/ruleoflaw/files/3d1a1f104.pdf (zuletzt abgerufen am 01.12.2021).

2339 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ), *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. The United States of America)*, ICJ Reports 1986, Judgment of 27 June 1986, S. 101, para. 191.

2340 *The International Law Commission's Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001)*, abgedruckt und kommentiert in: CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: introduction, Text, and Commentaries*, Cambridge 2002; DERS., *State Responsibility: the General Part*, New York 2013.

me ‚wiederbelebt‘ werden.²³⁴¹ Dies knüpft an die israelische und amerikanische Militäraktionen im Kampf gegen aufständische (nicht-staatliche) Akteure in den 1980er Jahren an, die von den Regierungen als Repressalie legitimiert wurden.²³⁴² Trotz des berechtigten Widerstands gegen diese Praxis und die damit verbundene Diskursmeinung²³⁴³ bleiben bis heute unilaterale (grundsätzlich verbotene) Gewaltanwendungen zur Durchsetzung des Völkerrechts in der Staatenpraxis präsent. Eindrücklich zeigte sich dies zuletzt in den mandatslosen Luftschlägen der britischen, französischen und amerikanischen Regierungen im April 2018 gegen syrisches Gebiet in Reaktion auf die Giftgasanschläge des Assad-Regimes.²³⁴⁴ Die britische Regierung rechtfertigte diese Militäraktionen als ‚humanitäre Intervention‘, um die syrische Bevölkerung vor weiteren rechtswidrigen Chemiewaffeneinsätzen zu bewahren.²³⁴⁵ Wie Andreas KULICK allerdings aufdeckt, handelt es sich dabei um „*humanitäre Repressalie[n]*“, die mit dem geltenden Völkervertrags- und Gewohnheitsrechtsrecht nicht vereinbar sind.²³⁴⁶ Die ‚Wiederbelebung‘ der Repressalie läuft der Intention der UN-Charta entgegen, die Möglichkeit der Rechtfertigung von Gewaltanwendung auf die zwei kodifizierten Ausnahmen zu reduzieren. Die Berufung auf die Repressalie droht somit das Gewaltverbot zu durchlöchern.²³⁴⁷

-
- 2341 O'BRIEN, *Reprisals, Deterrence and Self-Defense in Counterterror Operations*, in: Virginia Journal of International Law Vol. 30 No. 2 (1990), S. 475: „[T]hat reprisals are legally impermissible should be abandoned.“; SEYMOUR, *The Legitimacy of Peacetime Reprisal as a Tool against State-Sponsored Terrorism*, in: Naval Law Review, Vol. 39 (1990), S. 224 f.
- 2342 Zur Staatenpraxis: O'BRIEN, *Reprisals, Deterrence and Self-Defense in Counterterror Operations*, in: Virginia Journal of International Law, Vol. 30, No. 2 (1990), S. 426 ff.; KELLY, *Time Warp to 1945 - Resurrection of the Reprisal and Anticipatory Self-Defense Doctrines in International Law*, in: Journal of Transnational Law & Policy, Vol. 30 (2003), S. 14 ff.
- 2343 Sich hiermit etwa kritisch auseinandersetzend: KELLY, *Time Warp to 1945 - Resurrection of the Reprisal and Anticipatory Self-Defense Doctrines in International Law*, in: Journal of Transnational Law & Policy, Vol. 30 (2003), S. 19 ff.
- 2344 Hierzu KULICK, *Die humanitäre Repressalie - Rechtsbruch zur Rechtsdurchsetzung?*, in: AVR, Bd. 56/3 (2018), S. 303 ff.
- 2345 „*The UK is permitted under international law, on an exceptional basis, to take measures in order to alleviate overwhelming humanitarian suffering*“, UK Legal Position Nr. 3, abrufbar unter: www.gov.uk/government/publications/syria-action-uk-government-legal-position/syria-action-uk-government-legal-position (zuletzt abgerufen: 01.12.2021).
- 2346 KULICK, *Die humanitäre Repressalie - Rechtsbruch zur Rechtsdurchsetzung?*, in: AVR, Bd. 56/3 (2018), S. 316.
- 2347 KULICK, *Die humanitäre Repressalie - Rechtsbruch zur Rechtsdurchsetzung?*, in: AVR, Bd. 56/3 (2018), S. 321.

Im Übrigen ist die Repressalie im Rahmen eines bewaffneten Konflikts, die sog. ‚Kriegsrepressalie‘, gemäß des Humanitären Völkerrechts nicht *per se* verboten.²³⁴⁸ Dies ergibt sich *e contrario* aus den Genfer Zusatzprotokollen, wonach Repressalien allein gegen die geschützten Personen und Objekte untersagt sind (Art. 20 ZP I). Sie unterliegen nach herrschender Ansicht denselben gewohnheitsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen wie Gegenmaßnahmen.²³⁴⁹ Doch zeigen die Erfahrungen der Weltkriege, dass die Repressalie regelmäßig als Vorwand für reine Vergeltungsakte und Machtdemonstrationen dient und prädestiniert dafür ist, eine Eskalation des Konflikts herbeizuführen, dem auch das Proportionalitätsprinzip nur bedingt Einhalt gebieten kann. Ein totales Verbot der Repressalie auch in Kriegszeiten scheint dahingehend erstrebenswert.²³⁵⁰

d. Schein-Legalität und Extra-Legalität

Im Übrigen zeigt sich in der Luftkriegspraxis sowie den dargestellten Diskursstrategien, dass das Recht selbst als argumentatives Instrument dient, um einen Verstoß gegen das Völkerrecht durch militärische Gewalt zu rechtfertigen. Insoweit ist David KENNEDY zu folgen, wonach das Humanitäre Völkerrecht ein politisches Vokabular bietet, um Konflikte zu legitimieren.²³⁵¹

Dies zeigte sich eindrücklich im Zweiten Weltkrieg, indem der diskursive Bezug zum militärischen Objekt als ‚Allheilmittel‘ zur Rechtfertigung der rücksichtslosen Luftschläge diente.²³⁵² Daneben trug der missbräuchliche Bezug zur Repressalie insbesondere im Ersten Weltkrieg dazu bei, jeg-

2348 HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law. Vol. I: Rules*, ICRC, Genf 2005, Rule 145, S. 513: „Where not prohibited by international law, belligerent reprisals are subject to stringent conditions“.

2349 Siehe HENCKAERTS/DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law. Vol. I: Rules*, ICRC, Genf 2005, Rule 145: „(i) Purpose of reprisals [...] of inducing the adversary to comply with the law [...] (ii) Measure of last resort [...] (iii) Proportionality [...] (iv) Decision at the highest level of government [...] (v) Termination [...] as soon as the adversary complies with the law“, HEBENSTREIT, *Repressalien im Humanitären Völkerrecht*, Baden-Baden 2004, S. 68 ff.; vgl. RUFFERT, *Reprisals*, in: WOLFRUM/PETERS (Hrsg.), MPEPIL (2015).

2350 So auch: KALSHOVEN, *Belligerent Reprisals*, Leiden 1971, S. 375: „[A] total prohibition of belligerent reprisals is the only tenable proposition.“

2351 KENNEDY, *Of War and Law*, Princeton 2006, S. 39.

2352 Siehe zum Bezug auf das militärische Objekt und die Extensivierung des Begriffs: Kap. IV: C. III. 2.

liche Form von Luftangriffen auf Grundlage einer gewohnheitsrechtlich anerkannten Regel zu legitimieren und zugleich die Unterstützung der Öffentlichkeit zu sichern.²³⁵³ Durch diesen tarnenden Bezug auf ein ungeschriebenes Rechtsregime wird eine Scheinlegalität des eigenen Handelns trotz des Rechtsverstößes gewahrt. Auch im Zuge des ‚War on Terror‘ offenbaren sich Argumentationsmuster, die sich über etablierte Völkerrechtsgrundsätze hinwegsetzen, um die Terrorismusbekämpfung einseitig zu rechtfertigen. So werden neue Ausnahmen zum Gewaltverbot unter dem Deckmantel des individuellen oder kollektiven Selbstverteidigungsrechts konstruiert oder neue Kategorien des bewaffneten Konflikts, des militärischen Objekts und des Kombattanten geschaffen, die Terroristen letztlich rechtlos stellen.²³⁵⁴

Zugleich häufen sich Stimmen, die den Diskurs ‚ent-juridifizieren‘ wollen, indem sie extralegale Argumente zur Rechtfertigung militärischer Gewalt etablieren.²³⁵⁵ Dies zeigt sich nicht nur im Kontext der Terrorismusbekämpfung („*the reasons to deny Geneva status to terrorists extend beyond pure legal obligation*“),²³⁵⁶ sondern auch in der diskursiven Rechtfertigung von humanitären Interventionen ohne Mandat des Sicherheitsrats,²³⁵⁷ wie im Fall der NATO-Einsatzes im Kosovo-Krieg im Jahre 1999 („Operation Allied Force“)²³⁵⁸ oder in den bereits erwähnten Luftangriffen gegen Syri-

2353 Siehe im Ersten Weltkrieg: Kap. II: C. II. 1. sowie im Zweiten Weltkrieg: Kap. IV: C. III. 1.

2354 Bezeichnend hierzu die Thesen von: DUNLAP, *The End of Innocence: Rethinking Noncombatancy in the Post-Kosovo Era*, in: Strategic Review (2000), in Bezug auf die Ausweitung des Begriffs des militärischen Objekts, S. 11; oder in Bezug auf die neue Kategorie von Kombattanten, S. 12: „*We must not hesitate to demonize the demons.*“

2355 KULICK, *Die humanitäre Repressalie - Rechtsbruch zur Rechtsdurchsetzung?* in: AVR, Bd. 56/3 (2018), S. 320; mit Verweis auf JOHNS, *Non-Legality in International Law: Unruly Law*, Cambridge 2015, S. 69 ff.

2356 So bezeichnend: Yoo, *Terrorists Have No Geneva Rights*, in: Wall Street Journal vom 24.05.2004, abrufbar unter: <https://www.wsj.com/articles/SB108552765884721335> (zuletzt abgerufen: 01.12.2021).

2357 UK vertritt die völkerrechtliche Zulässigkeit der mandatslosen humanitären Intervention, so die Stellungnahme: www.gov.uk/government/publications/syria-action-uk-government-legal-position/syria-action-uk-government-legal-position (zuletzt abgerufen: 01.12.2021), insgesamt hierzu: LOWE/TZANAKOPOULOS, *Humanitarian Intervention*, in: WOLFRUM/PETERS (Hrsg.), MPEPIL (2011), Rn. 26 ff.

2358 Dies war zugleich der erste Einsatz der deutschen Luftwaffe seit dem Zweiten Weltkrieg, zu den völkerrechtlichen Implikationen des NATO-Einsatzes: AGHAYEV, *Humanitäre Intervention und Völkerrecht: der NATO-Einsatz im Kosovo*,

en zu sehen war.²³⁵⁹ Gerade die anglo-amerikanische Völkerrechtswissenschaft vertritt hierzu, dass „eine rechtsrealistische Betrachtung die Akzeptanz von Extralegalitätsinseln im Völkerrecht erfordere.“²³⁶⁰ Dies bietet jedoch Staaten die Möglichkeit, ihre Rechtfertigungsstrategie flexibel an Einsatzinteressen und militärische Gegebenheiten unter Missachtung völkerrechtlicher Verbote anzupassen.²³⁶¹ Konsequenz ist die diskursive und rechtspraktische Entwertung der zentralen Grundsätze des *ius contra bellum* und *ius in bello*.

Diese Legitimation durch schein-legale oder extra-legale Diskursinstrumente fördert letztlich die Zunahme von militärischer Gewalt, die jegliche Absichten der Abwendung des humanitären Leids konterkarieren.²³⁶²

IV. Die untergeordnete Rolle des Rechts

Vor dem Hintergrund der vergangenen Entwicklungen des Luftkriegs und des Luftkriegsrechts offenbart die völkerrechtliche Debatte um Drohnen und Autonome Waffensysteme, dass bestimmte Strategien und Topoi aus dem Diskurs nicht verschwunden sind, sondern bis heute zur Rechtfertigung der Rechtsstagnation und Rechtsmissachtung Verwendung finden. Diese aufgeführten Legitimationsmuster – die sich nicht gegenseitig ausschließen, sondern bedingen, überschneiden und stärken – tragen dazu

Berlin 2007; kritisch zur mandatslosen Intervention: GROMES, *A Humanitarian Milestone?: NATO's 1999 intervention in Kosovo and trends in military responses to mass violence*, HSKF (Prif Report 2/2019), S. 1 ff.

2359 Zu den Luftschlägen der amerikanisch-britisch-französischen Koalition von April 2018 siehe B. III. 2. c.

2360 KULICK, *Die humanitäre Repressalie - Rechtsbruch zur Rechtsdurchsetzung?*, in: AVR, Bd. 56/3 (2018), S. 322, mit Verweis auf: HAKIMI, aktuell: *The Attack on Syria and the Contemporary Jus ad Bellum*, in: EJIL Talk! (15. April 2018), <https://www.ejiltalk.org/the-attack-on-syria-and-the-contemporary-jus-ad-bellum/> (zuletzt abgerufen am 01.12.2021).

2361 Hierzu ebenfalls kritisch: ROBERTS, *Legality Verses Legitimacy: Can Uses of Force be Illegal but Justified?*, in: ALSTON/MACDONALD (Hrsg.), *Human Rights, Intervention and the Use of Force*, Oxford 2008, S. 179 ff., S. 212.

2362 KULICK, *Die humanitäre Repressalie - Rechtsbruch zur Rechtsdurchsetzung?* in: AVR, Bd. 56/3 (2018), S. 323; kritisch zu den „extrajudicial executions“: VON BERNSTORFF, *Drone Strikes, Terrorism and the Zombie: On the Construction of an Administrative Law on Transnational Executions*, in: ESIL Reflections, Vol. 5 Issue 7 (2016), S. 6; ALSTON, *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. Study on targeted killings*, 28.05.2010, A/HRC/14/24/Add. 6.

bei, dass das Humanitäre Völkerrecht bis heute eine untergeordnete Rolle in der theoretischen und praktischen Einhegung der Luftkriegsführung eingenommen hat.

Zehn dieser Strategien wurden identifiziert: der Topos des ‚humaneren‘ Krieges, die Impraktikabilität von Verboten aufgrund des *dual use*-Dilemmas, die Ablenkung oder Verschleierung zum Erhalt der rüstungsbedingten Machtposition, das fehlende Vertrauen in die Geltungskraft des Völkerrechts, die Exklusion der Anwendbarkeit von Rechtsvorschriften durch ‚rechtliche Despezifikation‘, die Negation des Rechts durch neue Erscheinungsformen des Krieges, die staatliche Selbsterhaltung im Sinne einer ontologischen Rechtfertigung, die auf einer Schuldzuweisung beruhende Bestrafung der gegnerischen Entität, der Missbrauch des Rechtsinstituts der Repressalie sowie die Argumentation im Sinne einer Schein- oder Extralegalität.

Dass diese Strategien und Topoi im Diskurs reproduziert werden, sollte im Kontext moderner Luftkriegsführung alarmierend wirken, führt sie doch nicht zur Eingrenzung, sondern Legitimierung von militärischer Gewalt,²³⁶³ wobei der Schutz des Menschen außer Betracht gelassen wird. Das Recht büßt somit an humanitärer Substanz ein, womit das Humanitäre Völkerrecht, und insbesondere das Luftkriegsrecht, am „*vanishing point*“ des Völkerrechts verbleibt.²³⁶⁴

2363 Vgl. JOCHNICK/NORMAND, *The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Laws of War*, in: Harvard International Law Journal, Vol. 35 No. 1 (1994), S. 49.

2364 LAUTERPACHT, *The Problem of the Revision of the Law of War*, in: BYIL, Vol. 29 (1952), S. 381-382; so auch VON BERNSTORFF, *Is IHL a Sham? A Reply to Eyal Benvenisti and Doreen Lustig*, in: EJIL, Vol. 31 No. 2 (2020), S. 714.