

# Tod auf Knopfdruck

Zur Rechtmäßigkeit gezielter Tötungen durch Drohnen

Anna Pich\*

*“When we intervene in people’s countries to chase small cells of bad guys, we end up alienating the whole country and turning them against us.”*

David Kilcullen, Antiterrorismusexperte

*“[Drone attacks are] the only game in town in terms of confronting and trying to disrupt the al-Qaida leadership.”<sup>1</sup>*

Mary Louise Kelly, Journalistin

## I. Einleitung

Diese beiden Zitate machen deutlich, wie kontrovers die Meinungen zu gezielten Tötungen mit bewaffneten Drohnen sind. Für die einen haben sie eine perpetuierende Wirkung auf die bestehende Gewalt, während andere sie als Wundermittel im Kampf gegen den internationalen Terrorismus<sup>2</sup> sehen. Der Einsatz von bewaffneten Drohnen durch die USA nahm seit der Amtseinführung von Präsident Barack Obama am 20. Januar 2009 vor allem in Pakistan exponentiell zu.<sup>3</sup> Dabei werfen gezielte Tötungen<sup>4</sup> und die Verwendung bewaffneter Drohnen<sup>5</sup> zahlreiche Fragen hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit geltendem Völkerrecht auf.<sup>6</sup> Diesen soll in dem vorliegenden Aufsatz am Beispiel von Einsätzen in Pakistan nachgegangen werden.

Der normative Rahmen für gezielte Tötungen außerhalb eines bewaffneten Konflikts ergibt sich aus den Menschenrechten. Liegt ein bewaffneter Konflikt vor, ist hingegen das humanitäre Völkerrecht anwendbar, welches niedrigere Voraussetzungen an eine gerechtfertigte Tötung stellt. Nach der Untersuchung der Zulässigkeit von gezielten Tötungen am Maßstab von Menschenrechten einerseits und humanitärem Völkerrecht andererseits, wird sich das humanitäre Völkerrecht als zu permissiv erweisen. Deshalb wird vorliegend ein modifizierter Ansatz ent-

*Die klassische Kriegsführung stößt beim internationalen Terrorismus an ihre Grenzen. Zur gezielten Bekämpfung einzelner Terroristen werden daher vermehrt Drohnen eingesetzt. Unter welchen Voraussetzungen dieses Vorgehen mit Völkerrecht – in Kriegs- und Friedenszeiten – vereinbar ist, wird im Folgenden erörtert.*

\* Die Autorin ist Studierende der Rechtswissenschaften an der LMU München. Die Autorin dankt Prof. Walter (LMU München) für die Durchsicht des Beitrages und die wertvollen Hinweise und Anregungen.

- 1 Kelly, Officials: Bin Laden Running Out of Space to Hide, NPR, 05.06.2009, <http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=104938490>, (Stand: 14.06.2013).
- 2 Vgl. zur Definition “internationaler Terrorismus” Nolte, TIL 05 (2004), 111 (114); Tomuschat, EuGRZ 2001, 535 (536 ff.); zum Erfordernis eines objektiven und eines subjektiven Elements: Walter, in: ders. u.a. (Hrsg.), Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?, 2004, 23 (26 f.).
- 3 Stewart/Birsel, Under Obama, Drone Attacks on the Rise in Pakistan, Reuters, 12.10.2010, <http://www.reuters.com/article/2009/10/12/idUSN11520882>, (Stand: 14.06.2013).
- 4 Vgl. zur Definition “gezielte Tötungen” Amnesty International Report: State Assassinations and Other Unlawful Killings, AI Index MDE 15/005/2001; UN-Human Rights Inquiry Commission, Question of the Violation of Human Rights in the Occupied Arab Territories, Including Palestine, E/CN.4/2001/121; Alston, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary, or arbitrary executions, UN HRCOR, UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6 (2010), Ziff. 1, 10; Hunter, Targeted Killing, Self-Defense, Preemption, and the War on Terrorism, 2010, 5.
- 5 Vgl. zur Definition “bewaffnete Drohnen” Alston, From Bilateralism to Community Interest – Essays in Honour of Judge Bruno Simma, 2011, 1149 (1151); Jenks, NDLRev. 85 (2009), 649 (652 ff.); O’Connell, Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 09-43, 2010, 3, <http://ssrn.com/abstract=1501144>.
- 6 Befürwortend Jenks (Fn. 6), 649; ablehnend O’Connell, (Fn. 6).

wickelt, im Rahmen dessen dem humanitären Völkerrecht Elemente der Menschenrechte hinzugefügt werden. Dieser dient sodann als Maßstab zur Bewertung der Rechtmäßigkeit eines konkreten Drohnenangriffs in Pakistan.

## II. Die Vereinbarkeit von gezielten Tötungen mit den Menschenrechten

Wie bereits oben angeführt, ergibt sich der normative Rahmen für gezielte Tötungen außerhalb eines bewaffneten Konflikts aus den Menschenrechten.<sup>7</sup> Sie garantieren allen Menschen, die in einem Staatsgebiet leben oder die der Gerichtsbarkeit eines Staates unterstehen, ein vertraglich gesichertes, notstandsfestes Recht auf Leben: Es ist in Art. 6 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR), dem Pendant zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) auf internationaler Ebene, konstituiert.<sup>8</sup> Deshalb gilt es zu untersuchen, inwieweit gezielte Tötungen dieses verletzen.

### 1. Die extraterritoriale Anwendbarkeit von Menschenrechten

Die Anwendbarkeit des IPbPR wurde früher unter Heranziehung des Wortlauts des Art. 2 Abs. 1 IPbPR nur für innerstaatliche Maßnahmen anerkannt.<sup>9</sup> Die extraterritoriale Anwendung des IPbPR wird jedoch mittlerweile mit der Begründung bejaht,

*“it would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory”*<sup>10</sup>.

Dies steht im Einklang mit der Auffassung von der universellen Geltung der Menschenrechte<sup>11</sup> und damit, dass zumindest das Verbot von Mord und außergerichtlichen Exekutionen als eine der zwingenden Normen des Völkerrechts anerkannt wird.<sup>12</sup> Die Menschenrechte sind demnach auf

gezielte Tötungen im Ausland anwendbar.<sup>13</sup>

### 2. Die Zulässigkeit von gezielten Tötungen

Eine gezielte Tötung stellt zunächst einen Eingriff in das Recht auf Leben aus Art. 6 IPbPR dar. Dieses gilt trotz seiner Notstandsfestigkeit nicht unbegrenzt. Aus Art. 6 Abs. 1 S. 3 IPbPR ergibt sich im Umkehrschluss, dass willkürfreie Tötungen erlaubt sind.<sup>14</sup> Eine abschließende Definition von willkürlichen Tötungen enthält Art. 6 IPbPR jedoch nicht. Der Menschenrechtsausschuss der UN fordert, dass im Rahmen des Art. 6 IPbPR vor der Anwendung von tödlicher Gewalt zunächst Verhaftungen durchgeführt werden sollen, also mildere Mittel ausgeschöpft und das Verhältnismäßigkeitsprinzip i.e.S. unbedingt eingehalten werden muss.<sup>15</sup> Die EMRK sieht in Art. 2 Abs. 2 EMRK eine vergleichbare Verhältnismäßigkeitsprüfung vor<sup>16</sup> und bietet somit Hilfe bei der Auslegung des Willkürelements. Nach Art. 2 Abs. 2 EMRK stellen Tötungen unter den dort genannten Voraussetzungen keine Verletzung des Rechts auf Leben gem. Art. 2 Abs. 1 EMRK dar und sind somit gerechtfertigt. Sind diese Voraussetzungen der EMRK erfüllt, gelten Tötungen anerkanntermaßen als nicht willkürlich im Sinne des Art. 6 IPbPR, da die EMRK insoweit strengere Anforderungen stellt.<sup>17</sup> Somit ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen.

#### a) Geeignetheit

Die gezielte Tötung kann nur dann geeignet sein, wenn sie einen Zweck nach Art. 2 Abs. 2 EMRK erfüllt, also beispielsweise dazu dient, ein unmittelbar bevorstehendes Attentat zu verhindern.<sup>18</sup> Eine gezielte Tötung als Vergeltung für ein bereits begangenes Verbrechen, mithin eine Sanktion, fällt nicht unter Art. 2 Abs. 2 EMRK und ist somit willkürlich. Die Todesstrafe ist aber unter Einhaltung der strengen Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 2 IPbPR ausnahmsweise rechtlich zulässig.

#### b) Unbedingte Erforderlichkeit der Tötung

Erforderlich ist eine gezielte Tötung, solange kein genauso effektives, milderes Mittel zur Verfügung steht, um die

7 Bhuta, in: Alston/MacDonald (Hrsg.), Human Rights, Intervention, and the Use of Force, 2008, 243 (268); Melzer, Targeted Killing in International Law, 2008, 89.

8 Art. 6 i.V.m. Art. 4 IPbPR; Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte v. 19.12.1966, BGBl. 1973 II, S. 1534, UNTS Bd. 999, S. 171; Bausback, NVwZ 2005, 418 (419).

9 Nowak, HRLJ 01 (1980), 136 (156); Dennis, AJIL 99, 2005, 119 (127).

10 HRC, Lopez Burgos/Uruguay, Communication No. R.12/52, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 176 (1981), Ziff. 12.3.

11 EGMR Issa/Turkey, No. 31821/96, Ziff. 71; vgl. Präambel der EMRK (Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 04.11.1950, BGBl. 1952 II S. 685, 953, UNTS Bd. 213, S. 221).

12 IGH, Case concerning Military and Paramilitary Activities against Nicaragua, ICJ Reports 1986, 14 (Ziff. 218); Dinstein, in: Henkin (Hrsg.), The International Bill of Rights – The Covenant on Civil and Political Rights, 1981, 114 (114 f.).

13 Vgl. aber EGMR, Banković/Belgium, No. 52207/99 (GC), Ziff. 80: Der EGMR vertritt diesbezüglich eine eingeschränkte Ansicht hinsichtlich des Erfordernisses einer effektiven staatlichen Kontrollausübung und formuliert, dass die EMRK vor allem im Rechtsraum der Vertragsstaaten gelte. Andererseits konstruierte der EGMR beispielsweise in Stocké/Germany, No. 11755/85 das sogenannte „state agent authority model“, nach welchem für die Anwendbarkeit der EMRK weniger auf den territorialen Aspekt als auf die Ausübung der Kontrolle durch einzelne Mitglieder der staatlichen Streitkräfte abgestellt wird.

14 Bhuta (Fn. 7), 269.

15 HRC, Concluding Observations of the Human Rights Committee, UN Doc. CCPR/CO/78/ISR, Ziff. 15.

16 Schmidt, Das humanitäre Völkerrecht in modernen asymmetrischen Konflikten, 2012, 94.

17 Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary, 2005, Art. 6, Rdn. 14; Kotzur, AVR 40 (2002), 454 (477); Oeter, AVR 40 (2002), 422 (435).

18 EGMR, McCann/United Kingdom, No. 18984/91 (GK), Ziff. 17.

Verwirklichung der Gefahr zu verhindern.<sup>19</sup> Eine gezielte Tötung ist nicht rechtmäßig, solange eine Verhaftung der fraglichen Person noch möglich ist.<sup>20</sup> Es ist also das Vorliegen einer unmittelbaren, gegenwärtigen Gefahr für das Leben Anderer notwendig, etwa durch einen Sprengstoffanschlag, um eine Tötung zu erlauben.<sup>21</sup>

Eine Tötung ist zudem nicht erforderlich, wenn sie auf der bloßen Grundlage von Vermutungen oder Verdächtigungen durchgeführt wird. Solch ein Vorgehen würde die fragliche Person in ihrem Recht auf ein ordentliches Gerichtsverfahren verletzen.<sup>22</sup> Auch wenn Antiterrorismusoperationen unvermeidlich auf der Grundlage von unvollständigen Geheimdienstinformationen durchgeführt werden müssen, ist im Hinblick auf die Auswertung solcher Informationen größte Sorgfalt anzuwenden.<sup>23</sup>

### c) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Schließlich darf die gezielte Tötung nicht außer Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen. Die Ansicht des UN-Sonderberichterstatters Alston, die Tötung von tatunbeteiligten Personen sei immer ein Verstoß gegen Menschenrechte, überzeugt.<sup>24</sup> Die Frage der Zulässigkeit sogenannter „civilian casualties“, wie es sie im humanitären Völkerrecht gibt, wird weder in Art. 2 Abs. 2 EMRK noch in Art. 6 IPbPR geregelt. Das BVerfG hat das deutsche Luftsicherheitsgesetz als verfassungswidrig erklärt, welches staatliche Streitkräfte ermächtigt, Flugzeuge abzuschießen, die als Tatwaffe gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden.<sup>25</sup> Es sah keine Vereinbarkeit mit dem Recht auf Leben gegeben, wenn tatunbeteiligte Personen durch den Abschuss betroffen seien.<sup>26</sup> Völkerrechtlich wurde ein solcher Fall noch nicht entschieden. Der EGMR fordert jedoch eine enge Auslegung des Art. 2 EMRK und eine strenge gerichtliche Kontrolle und Eingrenzung der Fälle, in denen tödliche Gewalt durch staatliche Kräfte erlaubt ist.<sup>27</sup> Zudem wird nach der Rechtsprechung des EGMR in Art. 2 Abs. 1 EMRK eine Ermittlungspflicht hineingelesen, die eine staatliche Untersuchung beinhaltet.<sup>28</sup>

### d) Abschließende Bewertung

Gezielte Tötungen sind bei der Anwendung von Menschenrechten also nur in sehr engen Grenzen zulässig und nur im Falle eines, auch dem deutschen Recht bekannten,

finalen Rettungsschusses als ultima ratio denkbar.<sup>29</sup> Sie können nicht kategorisch erfasst werden und Gegenstand einer allgemeinen Politik sein.<sup>30</sup> Die Berechtigung zu töten ist immer eine Frage der Abwägung zwischen der Unmittelbarkeit der Bedrohung und der Verfügbarkeit milderer Mittel, welche die Rechte des Individuums schützen und dennoch die Gefahr eingrenzen.<sup>31</sup>

## 3. Die Vereinbarkeit des Einsatzes von Drohnen mit Menschenrechten

Ein Mittel zur Durchführung gezielter Tötungen sind bewaffnete Drohnen. Deshalb gelten für sie prinzipiell die allgemeinen Maßstäbe für die Beurteilung gezielter Tötungen. So ist auch der Einsatz von Drohnen für gezielte Tötungen außerhalb eines bewaffneten Konflikts nur in Ausnahmefällen rechtmäßig. Aufgrund der schweren Bewaffnung der Drohnen könnte ein Terrorist nur dann getötet werden, wenn sich in seiner unmittelbaren Nähe keine unbeteiligten Zivilisten befänden. Andernfalls würde das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne verletzt werden. Ferner sind Festnahmen nicht vorgesehen. Somit ist Ziel eines bewaffneten Drohneneinsatzes immer die Tötung, was mit Menschenrechten grundsätzlich unvereinbar ist.<sup>32</sup> Dies gilt nur dann nicht, wenn es sich um den oben dargestellten Fall eines Finalen Rettungsschusses handelt.

## III. Die Vereinbarkeit von gezielten Tötungen mit humanitärem Völkerrecht

Obwohl gezielte Tötungen – wie oben aufgezeigt – in fast allen Fällen Menschenrechte verletzen, können sie ausnahmsweise legal sein: Wenn ein bewaffneter Konflikt vorliegt, sind die Voraussetzungen an eine gerechtfertigte gezielte Tötung geringer,<sup>33</sup> da in diesem Fall das humanitäre Völkerrecht anwendbar ist.<sup>34</sup> Ein bewaffneter Konflikt ist dabei nach objektiven Kriterien und nicht nach subjektiven Erklärungen von Staaten zu bestimmen.<sup>35</sup>

19 Art. 2 Abs. 2 EMRK; IACHR, Report on Terrorism and Human Rights, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr. 22 October 2002, Ziff. 87; Basic Principles on the Use of Force and Firearms by law enforcement Officials, U.N. Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 at 112 (1990), Art. 9, 10.

20 Nolte (Fn. 2), 117; Bhuta (Fn. 7), 269.

21 IACHR (Fn. 20), Ziff. 87.

22 Melzer (Fn. 7), 102; HRC, Suarez de Guerrero/Colombia, Communication No. R.11/45, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) Ziff. 13.2.

23 McCann/United Kingdom (Fn. 18), Ziff. 193, 211.

24 Alston (Fn. 5), Ziff. 86.

25 BVerfGE 115, 118 (118 ff.).

26 BVerfGE (Fn. 26), 125 ff.; a.A. Watkin, AJIL 98 (2004), 1 (22).

27 EGMR, Mojsiejew/Polen, No. 11818/02, Ziff. 51; McCann/United Kingdom (Fn. 19), Ziff. 151.

28 EGMR, Silih/Slowenien, No. 71463/01 (GC), Ziff. 159.

29 Kremnitzer, in: Fleck (Hrsg.), Rechtsfragen der Terrorismuskämpfung durch Streitkräfte, 2004, 201 (203); Tomuschat, VN, Ausg. 4, 2004, 136 (136).

30 Alston (Fn. 5), Ziff. 33.

31 McCann/United Kingdom (Fn. 19), Ziff. 186.

32 Alston (Fn. 5), Ziff. 9.

33 Melzer (Fn. 7), 243; Alston (Fn. 5), Ziff. 10.

34 ICTY, Prosecutor/Tadic, Case No. IT-94-I-AR72, Ziff. 70; IGH, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons/Atomwaffengutachten, ICJ Reports 1996, 226, Ziff. 25.

35 Alston (Fn. 5), 1160.

## 1. Terrorismusbekämpfung als nicht-internationaler bewaffneter Konflikt

Die Parteien eines internationalen bewaffneten Konflikts gem. Art. 2 GK I-IV<sup>36</sup> und Art. 1 ZP I<sup>37</sup> sind Staaten.<sup>38</sup> Internationale Terroristenorganisationen sind keine Staaten und erfüllen nicht die Voraussetzungen des Art. 1 Abs. 4 ZP I.<sup>39</sup> Somit liegt zwischen Staat und Terroristenorganisation kein zwischenstaatlicher Konflikt vor. Ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt scheint deshalb der Natur dieses Konflikts besser Rechnung zu tragen.

Nach allgemeiner Auffassung handelt es sich bei einem Konflikt zwischen einem Staat und einer internationalen Terroristenorganisation jedoch nicht um einen herkömmlichen, nicht-internationalen bewaffneten Konflikt nach den Voraussetzungen des ZP II<sup>40</sup>, da die militärischen Auseinandersetzungen in der Regel nicht, wie in Art. 1 Abs. 1 ZP II gefordert, auf dem eigenen Staatsgebiet stattfinden und das Erfordernis der territorialen Kontrolle nicht erfüllt ist.<sup>41</sup>

Der Anwendungsbereich des Art. 3 GK ist weiter gefasst als der des ZP II, das Art. 3 GK weiterentwickelt und ergänzt.<sup>42</sup> Ein bewaffneter Konflikt liegt nach Art. 3 GK bereits dann vor, wenn er „keinen internationalen Charakter hat und auf dem Gebiet einer der Hohen Vertragsparteien entsteht“.

Im Wege einer ausführlichen Auslegung lässt sich „nicht-international“ auch als „nicht-zwischenstaatlich“ interpretieren, ohne dass dabei Inhalt und Zweck des Art. 3 GK verändert werden.<sup>43</sup> Dies kann jedoch nur unter den Voraussetzungen erfolgen, dass die nicht-staatlichen Akteure objektiv identifizierbar sind und derart organisiert, um durch andauernde militärische Aktionen den Intensitätsgrad zu erreichen, der für das Vorliegen eines bewaffneten Konflikts erforderlich ist.<sup>44</sup> Andernfalls ist eine zu weite Ausdehnung des Normgehalts von Art. 3 GK zu befürchten.

## 2. Die Zulässigkeit von gezielten Tötungen

Es stellt sich nun die Frage, inwieweit gezielte Tötungen bei Anwendung des humanitären Völkerrechts zulässig sind. Das auf nicht-internationale bewaffnete Konflikte anwendbare Völkerrecht enthält nur wenige Vorschriften über die Durchführung von sogenannten Feindseligkeiten. Es helfen aber die als humanitäres Völkergewohnheitsrecht anerkannten Prinzipien weiter.<sup>45</sup> Das Unterscheidungsgebot, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Gebot des Ergreifens von Vorsichtsmaßnahmen.

### a) Das Unterscheidungsgebot

Das Unterscheidungsgebot schreibt vor, dass jederzeit zwischen Zivilisten und Kombattanten zu unterscheiden ist. Es gilt als einer der fundamentalsten Grundsätze des humanitären Völkerrechts.<sup>46</sup>

Der Begriff des Kombattanten wird in den Gesetzestexten, die den nicht-internationalen Konflikt regeln, nicht verwendet.<sup>47</sup> Es ist daher zwischen der Zivilbevölkerung sowie Personen, die unmittelbar an den Feindseligkeiten teilnehmen und solchen, die nicht mehr an Feindseligkeiten teilnehmen, zu unterscheiden.<sup>48</sup> Nur wer unmittelbar an Feindseligkeiten teilnimmt, kann ein legitimes militärisches Ziel darstellen.

Für den Begriff der unmittelbaren Teilnahme gibt es keine allgemein anerkannte Definition.<sup>49</sup> Hilfe bei der Interpretation bietet die vom „Internationalen Komitee vom Roten Kreuz“ (IKRK) herausgegebene Interpretive Guidance.<sup>50</sup> Von entscheidender Bedeutung sind demnach die zeitliche Begrenzung der Teilnahme an Feindseligkeiten und die Zugehörigkeit der Person zu einer organisierten bewaffneten Gruppe.

Die unmittelbare Teilnahme ist auf jede einzelne Handlung beschränkt.<sup>51</sup> Sie beginnt mit der konkreten Vorbereitungshandlung und endet, sobald die Handlung abgeschlossen ist.<sup>52</sup> Hinsichtlich terroristischer Handlungen stellt sich dabei das Problem des sogenannten „Drehtüreffekts“.<sup>53</sup> Dieser beschreibt, dass ein Terrorist von der Immunität eines

36 Die einschlägigen Genfer Konventionen: III. Genfer Abkommen über die Behandlung von Kriegsgefangenen v. 12.08.1949, BGBl. 1954 II S. 838, UNTS Bd. 75, S. 135; IV. Genfer Abkommen zum Schutze von Zivilpersonen in Kriegszeiten v. 12.08.1949, BGBl. 1954 II S. 917, UNTS Bd. 75, S. 287.

37 Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I) v. 08.06.1977, BGBl. 1990 II, S. 1551, UNTS Bd. 1125, S. 3.

38 Greenwood, in: Fleck (Hrsg.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2008, Rdn. 202.

39 Im Übrigen haben die USA das ZP I nicht ratifiziert.

40 Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll II) v. 08.06.1977, BGBl. 1990 II, S. 1637, UNTS Bd. 1125, S. 609.

41 Melzer (Fn. 7), 256.

42 Art. 1 Abs. 1 ZP II.

43 Art. 31 Abs. 1 WVRK: Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge v. 23.05.1969, BGBl. 1985 II, S. 926, UNTS Bd. 1155, 331; U.S. Supreme Court, *Hamdan/Rumsfeld*, No. 05-184, 67 ff.; Bruha, *AVR* 40 (2002), 383 (419); Strüwer, *Zum Zusammenspiel von humanitärem Völkerrecht und den Menschenrechten am Beispiel des Targeted Killing*, 2010, 87.

44 Herdegen, *Völkerrecht*, 12. Aufl. 2013, § 56 Rdn. 26; Bruha (Fn. 43), 418.

45 Lubell, *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*, 2010, 99.

46 Henckaerts/Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, 2005, Rule 1; vgl. auch Art. 48, 51 Abs. 4 ZP I; IGH, *Atomwaffengutachten* (Fn. 35), Ziff. 78

47 Henckaerts/Doswald-Beck (Fn. 46), Rule 1; Sassòli/Olson, *IRRC* 90 (2008), 599 (611).

48 Vgl. Art. 3 GK, Art. 4 ZP II; Art. 13 Abs. 3 ZP II; zur Diskussion, ob es unter Art. 3 GK auch organisierte bewaffnete Gruppen gibt: Melzer (Fn. 7), 317 f.; Bothe, in: Dicke u.a. (Hrsg.), *Weltinnenrecht*, 2005, 67 (83).

49 Henckaerts/Doswald-Beck (Fn. 46), Rule 6, 19 ff.

50 Melzer, *ICRC, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, 2009, <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/publication/p0990.htm> (Stand: 14.06.2013), 47, 51, 58.

51 Melzer (Fn. 50), 70.

52 Melzer (Fn. 50), 65 ff.

53 HCJ, *Public Committee against Torture/Israel*, No. 769/02, Ziff. 40 = *ILM* 2006, 375; Schmitt, in: Fischer u.a. (Hrsg.), *Krisensicherung und Humanitärer Schutz*, 2004, 505 (536); Höfer, *Gezielte Tötungen*, 2013, 150.

Zivilisten profitieren kann, wenn er wieder zivilistischen Aktivitäten nachgeht, auch wenn die Wahrscheinlichkeit besteht, dass er erneut an der Vorbereitung oder Durchführung eines Angriffs teilnehmen wird.<sup>54</sup>

Zum Ausgleich des daraus resultierenden operativen Nachteils für die staatlichen Streitkräfte wird deshalb die Konstruktion einer „continuous combat function“ (CCF) vorgeschlagen:<sup>55</sup> Zivilisten in nicht-internationalen Konflikten, die Mitglieder einer bewaffneten Gruppe sind sowie eine kontinuierliche Kämpferfunktion für diese Gruppe einnehmen, dürften jederzeit und überall getötet werden,<sup>56</sup> es sei denn, sie geben diese Funktion ausdrücklich auf, werden hors de combat<sup>57</sup> oder ergeben sich.<sup>58</sup>

Dadurch besteht jedoch das Risiko, eine Person gezielt zu töten, obwohl sie aufgehört hat, eine CCF auszuüben, wenn die Abkehr von diesem Status nicht bemerkt wird. Die Staaten haben so faktisch die Möglichkeit, Gruppenmitglieder jederzeit anzugreifen, als ob diese Kombattanten in einem internationalen Konflikt wären, ohne ihnen die kombattantenspezifischen Privilegien<sup>59</sup> zugestehen zu müssen.<sup>60</sup>

Somit ist der bereits dargestellte handlungsbezogene Ansatz vorzuziehen, nach welchem Zivilisten, unabhängig von einer Mitgliedschaft in einer Gruppe, nur dann an Feindseligkeiten teilnehmen, wenn sie eine solche gerade ausüben oder konkret dabei sind, sie zu planen. Diesem Ansatz kann zwar vorgeworfen werden, er erzeuge asymmetrische Bindungen, die den Staat in seinen Möglichkeiten der effektiven Terrorismusbekämpfung beschränken. Jedoch gilt es zu beachten, dass eine weiterreichende Interpretation das Ziel, Zivilisten bestmöglich zu schützen, nicht verwirklicht und mit dem Wortlaut des Art. 51 Abs. 3 ZP I, der eine „unmittelbare“ Teilnahme fordert, nicht vereinbar wäre.

#### b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Gem. Art. 51 Abs. 4 ZP I bzw. Art. 13 Abs. 2 ZP II<sup>61</sup> sind unterschiedslose Angriffe verboten, d.h. Angriffe, die militärische Ziele und Zivilpersonen oder zivile Objekte unterschiedslos treffen. Hieran knüpft der völkergewohnheitsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz an, wonach eine gezielte Tötung nach Art. 51 Abs. 5 lit. b) ZP I nicht gerechtfertigt wäre, wenn die Zielperson zwar ein militärisches Ziel darstellt, durch ihre Tötung aber exzessiv viele Zivilisten zu Tode kämen und der entstandene Schaden außer Verhältnis zum unmittelbaren konkreten militärischen Nutzen der

Tötung stünde.<sup>62</sup> Im Unterschied zur Verhältnismäßigkeitsprüfung bei den Menschenrechten lässt das humanitäre Völkerrecht also grundsätzlich den Tod von unbeteiligten Zivilisten zu, es sei denn deren Zahl wäre exzessiv hoch.

Hierbei gilt es zu beachten, dass die Bewertung nicht aufgrund einer numerischen Abwägung von Menschenleben erfolgen kann, sondern abstrakt im Wege einer Abwägung zwischen militärischem Vorteil und dem zu antizipierenden zivilen Schaden zu erfolgen hat.<sup>63</sup>

#### c) Das Gebot des Ergreifens von Vorsichtsmaßnahmen

Das Gebot des Ergreifens von Vorsichtsmaßnahmen sieht vor, dass während der Vorbereitung und Ausführung eines Angriffs alle notwendigen und möglichen Vorsichtsmaßnahmen getroffen werden müssen, um die Zivilbevölkerung zu schützen oder zumindest den Kollateralschaden so gering wie möglich zu halten.<sup>64</sup> Alston fordert beispielsweise möglichst genaue, nach Art. 57 Abs. 2 lit. c) ZP I grundsätzlich erforderliche Warnungen für die Gebiete, in denen gezielte Tötungen stattfinden sollen.<sup>65</sup>

### 3. Die Vereinbarkeit des Einsatzes von Drohnen mit humanitärem Völkerrecht

Schließlich gilt es zu überprüfen, inwieweit der Einsatz von Drohnen mit den zuvor dargestellten Prinzipien vereinbar ist.

#### a) Vereinbarkeit mit dem Unterscheidungsgebot

Es überzeugt nicht, dass Drohnen das Unterscheidungsgebot verletzen, weil sie „inherently indiscriminate“ seien, und somit in die Kategorie völkerrechtlich verbotener Waffen<sup>66</sup> fallen, wie etwa Sprengfallen, biologische und chemische Waffen.<sup>67</sup> Eine Rakete, die von einer Drohne abgefeuert wird, tötet grundsätzlich genauso gezielt wie andere gemeinhin genutzte und nicht verbotene Waffen, wie beispielsweise eine Waffe, welche ein Soldat abfeuert oder eine Rakete, die von einem Kampfhubschrauber abgeschossen wird.<sup>68</sup>

Das entscheidende Problem von Drohnen stellt sich auf einer zweiten Ebene: Sie ermöglichen dem ausführenden Staat zu töten, ohne ein Risiko für die eigenen Streitkräfte einzugehen. Somit könnten Befehlshaber versucht sein, die rechtlichen Grenzen zu überschreiten, wer unter welchen Umständen getötet werden darf, und dadurch möglicher-

54 Bhuta (Fn. 7), 266; Statman, TIL 05 (2005), 179 (195).

55 Melzer (Fn. 50), 72.

56 Melzer (Fn. 50), 33 f.; vgl. auch Prosecutor /Tadic (Fn. 34), Ziff. 639.

57 „Hors de combat“ bezeichnet den Status von Soldaten, die im Rahmen von militärischen Auseinandersetzungen entweder aufgrund von Krankheit beziehungsweise Verwundung oder durch Gefangennahme nicht mehr an den Kampfhandlungen teilnehmen.

58 Melzer, Civilian Participation in Armed Conflict, The Max Planck Encyclopedia of Public International Law (mpepil), 2010, Rdn. 21.

59 Beispielsweise: Art. 43 Abs. 2 ZP I (Teilnahme an Feindseligkeiten ohne dafür bestraft zu werden); Art. 13 GK III (Menschliche Behandlung von Kriegsgefangenen unter allen Umständen).

60 Lubell (Fn. 45), 150.

61 Als Gewohnheitsrecht anerkannt: Henckaerts/Doswald-Beck (Fn. 46), 37 ff.

62 ICTY, Prosecutor/Kupreskic, Case No. IT-95-16-T, Ziff. 524; Henckaerts/Doswald-Beck (Fn. 47), Rule 14, 48 ff; Otto, Targeted Killings and International Law, 2012, 321 f.

63 Jenks (Fn. 6), 667; Henckaerts/Doswald-Beck (Fn. 46), 50; Sandoz u.a. (Hrsg.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, 1987, Rdn. 2208.

64 Vgl. Art. 57 Abs. 1, 2 lit. c ZP I; Art. 13 Abs. 1 ZP II; Henckaerts/Doswald-Beck (Fn. 47), Rule 15, 51 ff.

65 Alston (Fn. 5), Ziff. 78.

66 Vgl. Art. 35 Abs. 2 ZP I.

67 Wardrop, Unmanned Drones could be banned, says Senior Judge, The Telegraph, 06.07.2009, <http://www.telegraph.co.uk/news/uk-news/defence/5755446/Unmanned-drones-could-be-banned-says-senior-judge.html> (Stand: 14.06.2013); Henckaerts/Doswald-Beck (Fn. 46), Rule 71.

68 Alston (Fn. 5), Ziff. 79.

weise das Unterscheidungsgebot verletzen.<sup>69</sup> Vor allem physische und emotionale Distanz zwischen dem Tötenden und dem Opfer sind als Faktoren entscheidend, die gewöhnliche Hemmschwelle beim Töten herabzusetzen oder aufzuheben.<sup>70</sup> Diese Kriterien sind besonders bei gezielten Tötungen mit Drohnen gegeben, deren Einsatzorte sich zumeist in beträchtlicher Entfernung von den Operationszentralen der ausführenden Staaten befinden. Dieses Phänomen wird in der Literatur unter dem Begriff der „Playstation-Mentalität“ kritisiert.<sup>71</sup>

#### b) Vereinbarkeit mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Die Befürworter von bewaffneten Drohnen argumentieren, dass diese sogar größeres Überwachungspotenzial und höhere Präzision als andere Waffen bieten und somit etwaigen Kollateralschäden an der Zivilbevölkerung besser vorbeugen könnten.<sup>72</sup> Hierbei gilt es allerdings zu beachten, dass die Präzision und damit auch die Rechtmäßigkeit eines Drohnenangriffs von der Geheimdienstinformation abhängen, auf der die Angriffsentscheidung basiert.<sup>73</sup> In Bezug auf die Qualität der Informationen und der Bilder der Drohnenkameras wurde für bereits erfolgte Operationen jedoch vermeldet, dass sie oft unzureichend seien.<sup>74</sup> Zudem hängt die Qualität der Auswertung dieser Information von der Sorgfalt des zuständigen Personals ab.<sup>75</sup> Somit ist eine allgemeine Aussage über die Verhältnismäßigkeit des Einsatzes von bewaffneten Drohnen nicht möglich.

#### c) Vereinbarkeit mit dem Gebot des Ergreifens von Vorsichtsmaßnahmen

Fortgeschrittene Überwachungsfähigkeiten vergrößern nach Ansicht einiger Experten die Fähigkeit der Streitkräfte eines Staates, die notwendigen Vorsichtsmaßnahmen bei einem Angriff vorzunehmen.<sup>76</sup> Problematisch ist in Bezug auf gezielte Tötungen mit Drohnen, dass sie jedoch zumeist ohne die nach Art. 57 Abs. 2 lit. c) ZP I erforderliche Warnung der Zivilbevölkerung erfolgen.

### 4. Bewertung

Die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Einsatzes von Drohnen für gezielte Tötungen am Maßstab des humanitären Völkerrechts kann nicht generell beantwortet werden und muss deshalb im Einzelfall entschieden werden.<sup>77</sup>

Grundsätzlich erscheint durch das geltende humanitäre Völkerrecht (*lex lata*) ein geeigneter Rechtsrahmen für die Durchführung von gezielten Tötungen gegeben,<sup>78</sup> innerhalb

dessen die mangelnde abschließende Definition der direkten Teilnahme an Feindseligkeiten sowie die mangelnde Unterscheidbarkeit von Terroristen und Zivilisten jedoch enorme Risiken birgt. Außerdem besteht das Problem einer erhöhten Tötungsbereitschaft.

Neben der Vereinbarkeit mit den humanitärrechtlichen Prinzipien stellt sich zudem die praktische Frage, ob gezielte Tötungen, insbesondere mit Drohnen, überhaupt zur Schwächung terroristischer Organisationen beitragen können und somit militärisch notwendig sind. Schließlich zielt die sog. Hydrabeschaffenheit bzw. Zellenstruktur der Terroristenorganisationen gerade darauf ab, den Tod wichtiger Anführer zu überstehen, ohne in ihrer Operationsfähigkeit gelähmt zu werden.<sup>79</sup> In Bezug auf Pakistan wird berichtet, „jeder getötete Zivilist repräsentiere eine zurückgelassene Familie, einen neuen Wunsch nach Rache“<sup>80</sup>. Andererseits hat das Drohnenprogramm angeblich die militanten Aktivitäten so eingeschränkt, dass diskutiert wird, es auch im Jemen und Somalia einzusetzen.<sup>81</sup>

Die Kumulation dieser Probleme lässt das humanitäre Völkerrecht schließlich zu permissiv erscheinen. Daher muss, *de lege ferenda*, das bestehende Rechtssystem modifiziert werden, indem dem humanitären Völkerrecht Elementen der Menschenrechte hinzugefügt werden.<sup>82</sup>

### IV. Modifizierter Ansatz (*lex ferenda*)

Aufgrund der oben dargestellten Probleme sollte das Erfordernis der Ausschöpfung milderer Mittel eingeführt werden (1.). Um zusätzlich erklärte Tötungspolitiken zu verhindern und das Handeln von Staaten transparenter zu machen, sollte das Gebot einer unabhängigen Untersuchung gelten (2.).

#### 1. Das Erfordernis eines mildereren Mittels

Nach dem Erfordernis eines mildereren Mittels ist eine Verhaftung zu präferieren, soweit sie faktisch möglich ist. Tödliche Gewalt sollte nur als letztes Mittel zum Einsatz kommen. Ist eine Verhaftung jedoch tatsächlich unmöglich, wie in den unwegsamen Bergen Pakistans, wo Bodentruppen nicht mehr eingesetzt werden können,<sup>83</sup> kann der Einsatz von Drohnen eine Alternative darstellen.

#### 2. Das Erfordernis einer unabhängigen Untersuchung

Es gilt die Gefahr einzugrenzen, dass Staaten eine zu großzügige Interpretation der Umstände vornehmen, unter denen Personen gezielt getötet werden dürfen und dass gezielte Tötungen als eine allgemeine Tötungspolitik miss-

69 Bhuta (Fn. 7), 249.

70 O'Connell (Fn. 6), 8 f.

71 Alston (Fn. 5), Ziff. 84.

72 Schmitt, IRRC 87 (2005), 445 (456 ff.).

73 Alston (Fn. 5), Ziff. 81.

74 O'Connell (Fn. 6), 6; Alston, Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development, A/HRC/11/2/Add.4, 2009, Ziff. 14-18, 70.

75 Alston (Fn. 5), Ziff. 83; Boor, HuV 2 (2011), 97, 98 f.

76 Schmitt (Fn. 72), 460 ff.

77 HCJ (Fn. 53), Ziff. 60.

78 a.A.: Bhuta (Fn. 7), 245, 263; Cullen, JFQ 48 (2008), 22 (23).

79 Bhuta (Fn. 7), 267.

80 O'Connell (Fn. 6), 2; Bergen/Tiedemann, Revenge of the Drones, NAF, 19.10.2009, [http://newamerica.net/publications/policy/revenge\\_of\\_the\\_drones](http://newamerica.net/publications/policy/revenge_of_the_drones) (Stand: 14.06.2013).

81 O'Connell (Fn. 6), 10 f.; Erfolge des Drohnenprogramms: Bergen/Tiedemann, The Drone War, NAF, 03.06.2009, [http://newamerica.net/publications/articles/2009/drone\\_war\\_13672](http://newamerica.net/publications/articles/2009/drone_war_13672) (Stand: 14.06.2013).

82 Im Gegensatz dazu fordert Warbrick, Menschenrechte an das humanitäre Völkerrecht anzupassen: Warbrick, EJIL 15 (2004), 989 (991).

83 O'Connell (Fn. 6), 5.

braucht werden. Als Lösung erscheint das institutionelle Instrument einer Untersuchung, wie es in der Literatur als Korrektiv vorgeschlagen wird, geeignet.<sup>84</sup> Ansätze hierfür können auch in der Rechtsprechung des EGMR gefunden werden.<sup>85</sup> Wenn ersichtlich wird, dass die gezielte Tötung nicht mit internationalen Standards übereinstimmt, müssen sich die Verantwortlichen in der Konsequenz einem Gerichtsverfahren unterziehen.<sup>86</sup> Die Untersuchung sollte von einer unabhängigen staatlichen, mit Experten besetzten Stelle durchgeführt werden, die beispielweise an das Justizministerium angegliedert werden könnte.

### 3. Unterstützung für den modifizierten Ansatz in der Rechtsprechung

Die Elemente des milderen Mittels und der unabhängigen Untersuchung werden zudem in der Entscheidung des israelischen Supreme Courts zur Rechtmäßigkeit von gezielten Tötungen angeführt.<sup>87</sup> Obwohl der Gerichtshof lediglich humanitäres Völkergewohnheitsrecht prüft, formuliert er als Zulässigkeitsvoraussetzung einer gezielten Tötung, dass in jedem Fall eine gesonderte Untersuchung zu erfolgen habe.<sup>88</sup> Außerdem fordert der Gerichtshof, wenn möglich, auf ein milderes, gleich effektives Mittel statt der Tötung zurückzugreifen. Auch wenn dies nicht immer möglich sei, müsse es jedoch zumindest immer in Betracht gezogen werden.<sup>89</sup>

Diese wechselseitige Wirkung von humanitärem Völkerrecht und Menschenrechten ist mit der allgemeinen Auffassung vereinbar, dass selbst bei der Anwendung von humanitärem Völkerrecht die Menschenrechte aufgrund ihres universellen Charakters nicht aufhören zu gelten.<sup>90</sup>

## V. Bewertung

Der modifizierte Ansatz führt so zu einem ähnlichen Ergebnis wie im Rahmen der Anwendung von Menschenrechten. Gezielte Tötungen sind nur rechtmäßig, wenn der Terrorist direkt an Feindseligkeiten teilnimmt, wobei der zeitliche Aspekt, innerhalb dessen die Unmittelbarkeit des Angriffs gefordert wird, im modifizierten Ansatz etwas weiter als unter den Menschenrechten gefasst ist. Außerdem müssen mildere Mittel ausgeschöpft und eine Untersuchung durchgeführt werden. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit sind jedoch gem. Art. 51 Abs. 5 lit. b) ZP I Kollateralschäden

erlaubt. Somit ist der Bereich der rechtlichen Zulässigkeit gezielter Tötungen im Rahmen des modifizierten Ansatzes insgesamt etwas weiter als im Rahmen der Menschenrechte, aber enger als im Rahmen des humanitären Völkerrechts.

## VI. Rechtliche Bewertung eines ausgewählten Drohnenangriffs in Pakistan anhand des modifizierten Ansatzes

Der modifizierte Ansatz soll nun als Maßstab für die Rechtmäßigkeitsprüfung der Drohnenangriffe in Pakistan dienen, am Beispiel der gezielten Tötung von Sheikh Fateh, al-Qaida Anführer in Afghanistan und Pakistan, im September 2010 in Nordwasiristan.<sup>91</sup> Da nur wenige genaue Informationen über die Aktivitäten der Vereinigten Staaten in Pakistan vorliegen,<sup>92</sup> muss sich eine rechtliche Bewertung auf die verfügbaren Informationen beschränken.

### 1. Vorliegen eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts

Fraglich ist, ob al-Qaida heutzutage noch eine Organisationsstruktur aufweist, welche den Intensitätsgrad der Gewalt ermöglicht, dessen es für einen nicht-internationalen bewaffneten Konflikt bedarf.<sup>93</sup> Die Zellenstruktur und die lose Verbindung zwischen al-Qaida und den ihr zugeordneten Gruppen sprechen gegen die ausreichende Organisation. Zudem ist die Intensität und Häufigkeit der Anschläge seit einigen Jahren nicht mehr vergleichbar mit der zu Beginn der 2000er Jahre. Durch Bejahung eines ausreichenden Intensitätsgrads der Gewalt bei al-Qaida würde der Begriff des nicht-internationalen Konflikts konturlos werden und eine Ausweitung auf Gruppierungen wie Drogenkartelle und Mafiaorganisationen ermöglichen. Demnach ist ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt zwischen den USA und al-Qaida abzulehnen.<sup>94</sup> Zur Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts ist somit nur über einen bereits bestehenden bewaffneten Konflikt zu gelangen.

In Wasiristan befindet sich Pakistan mit Taliban- und al-Qaida-Anhängern aufgrund der Dauer und der Intensität der Gewalt in einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt gem. Art. 3 GK.<sup>95</sup> Die USA müssten in diesem Konflikt die Drohnenangriffe entweder als Hilfe für Pakistan ausführen oder als eigenständiger Akteur mit der Zustimmung Pakistans handeln.<sup>96</sup> Jedenfalls führen beide Alternativen zur Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts und damit des modifizierten Ansatzes.

84 Kretzmer, EJIL 16 (2005), 171 (194 ff.)

85 EGMR, McKerr/United Kingdom, No. 28883/95, Ziff. 181; EGMR, Kaya/Turkey, No. 22729/93, Ziff. 105; vgl. auch Baboeram et al./Surname, Communication No. 146/1983, 148-154/1983, UN Doc. Supp. No. 40 (A/40/40), Ziff. 16.

86 Kretzmer (Fn. 8), 204.

87 HCJ (Fn. 53).

88 HCJ (Fn. 53), Ziff. 40; vgl. auch McCann/United Kingdom, (Fn. 18), Ziff. 161 ff.; Duffy, The "war on terror" and the framework of international law, 2005, 310.

89 HCJ (Fn. 54), Ziff. 40; Dershowitz, Preemption: a knife that cuts both ways, 2006, 230; Doswald-Beck, IRR 88 (2006), 881 (896).

90 IGH, Legal Consequences arising from the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory/Mauerbaugutachten, ICJ Reports 2004, 136 ff., Ziff. 106; Kritik am komplementären Ansatz des IGH: Bhuta (Fn. 7), 259.

91 US missile strike 'kills al-Qaeda chief' in Pakistan, BBC News, 28.09.2010, <http://www.bbc.co.uk/news/world-south-asia-11429016> (Stand: 14.06.2013).

92 Vgl. Kretzmer (Fn. 84), 204; O'Connell (Fn. 6), 5, 24.

93 Alston (Fn. 5), 1161; a.A.: Jinks, YJIL 28 (2003), 1 (38).

94 Alston (Fn. 5), 1162.

95 Jenks (Fn. 6), 664; Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Rule of Law in Armed Conflict Project, [http://www.adh-geneva.ch/RULAC/applicable\\_international\\_law.php?id\\_state=166](http://www.adh-geneva.ch/RULAC/applicable_international_law.php?id_state=166) (Stand: 14.06.2013).

96 Die Frage der Internationalisierung des nicht-internationalen Konflikts ist umstritten: Doehring, Völkerrecht, 2. Aufl. 2004, Rdn. 640 f.; Oeter (Fn. 17), 439.

## 2. Vereinbarkeit mit dem modifizierten Ansatz

Zunächst gilt es festzustellen, ob Fateh zum Zeitpunkt seiner Tötung ein legitimes Ziel darstellte, also direkt an Feindseligkeiten teilnahm. Ein Anhaltspunkt dafür findet sich in seiner Ankündigung, Pakistan müsse sich „auf die Schlacht vorbereiten“, falls es seine Politik nicht ändere.<sup>97</sup> Es ist umstritten, ob schon die kontinuierliche Aufrechterhaltung einer Drohung mit Anschlägen als unmittelbare Teilnahme qualifiziert werden kann.<sup>98</sup> Dieser Ankündigung folgte jedoch eine Reihe von Anschlägen und es gab Beweise für weitere geplante Anschläge in Europa.<sup>99</sup> Somit kann davon ausgegangen werden, dass eine ausdrückliche oder konkludente Abkehr von diesem Bedrohungsmechanismus nicht erfolgte und Fateh in die Vorbereitung von Anschlägen involviert war.<sup>100</sup> Eine direkte Teilnahme liegt vor. Zu prüfen ist außerdem, ob die pakistanischen Regierungskräfte oder die USA schon vergebliche Versuche unternommen hatten, Fateh festzunehmen. Es ist nichts über einen Festnahmeversuch bekannt. Jedoch gilt es zu berücksichtigen, dass sich eine Festnahme im schwer zugänglichen Terrain in der Bergregion zwischen Afghanistan und Pakistan, in der sich Fateh aufhielt, faktisch als schwierig gestalten dürfte.

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist zunächst zu fragen, ob neben Fateh noch andere Menschen getroffen wurden. Zwei der drei Begleiter von Sheikh Fateh starben.<sup>101</sup> Es ist nicht bekannt, ob diese direkt an Feindseligkeiten teilnahmen. Im Zweifelsfall muss angenommen werden, dass sie Zivilisten waren. Somit ist gem. Art. 51 Abs. 5 lit. b) ZP I abzuwägen, ob der Tod Fatehs einen so hohen militärischen Vorteil erbringt, dass der Tod zweier Zivilisten gerechtfertigt werden kann. Unter Berücksichtigung der Hydrastruktur terroristischer Organisationen ist dies jedoch zweifelhaft, auch wenn durch den Tod Fatehs wohl Anschläge verhindert werden konnten.

Desweiteren ist zu prüfen, ob eine unabhängige Untersuchung des Drohnenangriffs erfolgt ist. Es ist jedoch nicht bekannt, dass die USA in diesem Fall oder je in einem ähnlich gelagerten Fall eine solche Untersuchung durchgeführt haben. Auch im Fall *al Aulqi v. Obama*<sup>102</sup> setzte sich das Gericht nicht mit der materiellen Frage der Zulässigkeit von

gezielten Tötungen auseinander, sondern lehnte die Klage aufgrund mangelnder formeller Zulässigkeit ab.

## 3. Bewertung

Der Drohnenangriff gegen Fateh kann dem modifizierten Ansatz schließlich nicht standhalten, da nicht bekannt ist, dass eine unabhängige Untersuchung durchgeführt wurde und wohl keine milderen Mittel ausgeschöpft wurden.

Die seit der Amtseinführung Obamas durchgeführten Drohnenangriffe weisen im Vergleich zu den getöteten militärischen Zielen und dem damit verbundenen militärischen Vorteilen eine sehr hohe Zahl an zivilen Schäden auf.<sup>103</sup> Auf etwa dreihundert Angriffe fallen eine ebenso hohe Zahl an getöteten Zivilisten und noch einmal so viele Personen, deren Kategorie unbekannt ist.<sup>104</sup> Außerdem ist zu beachten, dass Personen, von denen zwei oder mehr Medien als „militants“ sprechen, in den Statistiken bereits als solche bezeichnet werden, auch wenn ihr Status nicht gesichert ist.<sup>105</sup> Es sollte deshalb die Ausschöpfung von milderen Mitteln forciert werden und mehr Sorgfalt auf die Prinzipien der Unterscheidung und des Schutzes der Zivilbevölkerung gelegt werden. Zudem sind unabhängige Untersuchungen undabdingbar, um die Glaubwürdigkeit der USA im Hinblick auf den Schutz demokratischer und freiheitlicher Rechte wiederherzustellen.

## VII. Ausblick

Abschließend kann im Hinblick auf die eingangs erwähnten Zitate festgestellt werden, dass Drohnen nicht „the only game in town“ sind, sondern ein illegales Mittel im Kampf gegen den Terrorismus sein können.

Insbesondere vor dem Hintergrund der aktuellen Debatte über die Anschaffung von bewaffneten Drohnen für die Bundeswehr<sup>106</sup> scheint es deshalb angebracht, an die Politik zu appellieren, sich bereits im Voraus mit den Konsequenzen der Implementierung moderner Kriegsführungstechniken zu befassen. Hier kann auf das Schlusswort der gemeinsamen Erklärung des Katholischen Militärbischofs, Bischof Dr. Franz-Josef Overbeck, und des Vorsitzenden der Deutschen Kommission *Justitia et Pax*, Bischof Dr. Stephan Ackermann, verwiesen werden:

„Wir möchten an dieser Stelle eine Erfahrung des Ost-West-Konflikts in Erinnerung rufen: Es war allzu häufig nicht die strategische Planung, die die Entwicklung, Herstellung und Beschaffung von Waffen bestimmte, sondern umgekehrt war es die technische Entwicklung, die die Stra-

97 Shahzad, Tension ramped up a notch in Pakistan, *Asia Times*, 21.07.2010; [http://www.atimes.com/atimes/South\\_Asia/LG21Df02.html](http://www.atimes.com/atimes/South_Asia/LG21Df02.html) (Stand: 14.06.2013).

98 Herdegen (Fn. 44), § 56 Rdn. 18; vgl. ausführlich zu diesem Streit. Strüwer (Fn. 43), S. 119 ff.

99 Gardham, Terror plot against Britain thwarted by drone strike, *The Telegraph*, 28.09.2010, <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/terrorism-in-the-uk/8031570/Terror-plot-against-Britain-thwarted-by-drone-strike.html> (Stand: 14.06.2013).

100 Vgl. Herdegen (Fn. 44), § 56 Rdn. 18; Melzer (Fn. 50), 65.

101 Gardham (Fn. 99).

102 U.S. District Court for the District of Columbia, *Al-Aulaqi/Obama et. al*, Civil Action No. 10-1469 (JDB), 83: *al-Aulaqi* wurde als erster US-Bürger seit 2001 auf eine CIA-Liste der meistgesuchten Extremisten gesetzt, die zur Festnahme oder Tötung ausgeschrieben sind. Sein Vater versuchte zu erreichen, dass ein Bundesgericht in den USA die gezielte Tötung seines Sohnes verbietet, da sie illegal sei und der Verfassung der Vereinigten Staaten widerspreche.

103 O'Connell (Fn. 6), 7.

104 New America Foundation, <http://natsec.newamerica.net/drones/pakistan/analysis> (Stand: 14.06.2013).

105 New America Foundation, <http://natsec.newamerica.net/drones/pakistan/methodology> (Stand: 14.06.2013).

106 Militärgerät: USA wollen Bundeswehr vier „Predator“-Drohnen liefern, *Spiegel Online*, 28.08.2013, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/usa-wollen-bundeswehr-vier-predator-drohnen-liefern-a-918966.html>, (Stand: 31.08.2013). Bundesregierung setzt weiter auf Drohnen, *FAZ*, 28.05.2013, <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/antwort-auf-anfrage-der-spd-bundesregierung-setzt-weiter-auf-drohnen-12198046.html>, (Stand: 14.06.2013).

tegie bestimmte.“<sup>107</sup>

Es bietet sich für die Bundesregierung und die deutsche Politik somit die Chance des Agierens, nicht des bloßen Reagierens. Bereits jetzt könnte versucht werden, Antworten auf die genannten Probleme zu finden und einen geeigneten Rechtsrahmen festzulegen, um somit der Verpflichtung, Menschenrechte zu schützen und humanitärrechtliche Gebote einzuhalten, gerecht zu werden.<sup>108</sup>

107 Abrufbar unter: [http://www.kmba.militaerseelsorge.bundeswehr.de/portal/a/kmba/!ut/p/c4/JYvBCsIwEET\\_KJuiIvVm6UXRg-160XiRpl7KYbMp2qxc\\_3gRn4MHwGHhALrs3jU4psQtwH66nnf-YSFGFDPPzFb0ri9SJN4ID8sJwK88BTZ8YtVCRITJHcZrETek0FL OIZGNogM5WbWNru7L\\_VN96fT6eLlu7aQ\\_NFaYY9z-QWd2U/](http://www.kmba.militaerseelsorge.bundeswehr.de/portal/a/kmba/!ut/p/c4/JYvBCsIwEET_KJuiIvVm6UXRg-160XiRpl7KYbMp2qxc_3gRn4MHwGHhALrs3jU4psQtwH66nnf-YSFGFDPPzFb0ri9SJN4ID8sJwK88BTZ8YtVCRITJHcZrETek0FL OIZGNogM5WbWNru7L_VN96fT6eLlu7aQ_NFaYY9z-QWd2U/) (Stand: 14.06.2013).

108 Vgl. Fn. 107.

# E-Zigarette: Ausgedampft?

Fallen E-Zigaretten unter die Straftatbestände des Arzneimittelrechts?

Nicolas Ehrenberg\*

## A. Einleitung

### I. Begriff und Wirkungsweise der E-Zigarette und Verbreitung in Deutschland

Als Ersatz und Alternative zur normalen Tabakzigarette sind seit einigen Jahren in Deutschland sog. E-Zigaretten auf dem Markt erhältlich, die vor allem bei entwöhnungswilligen Rauchern großen Zuspruch finden. Es wird geschätzt, dass inzwischen ca. 2 Millionen Menschen diese Produkte konsumieren.<sup>1</sup> Optisch der normalen Zigarette ähnlich, setzt sich die E-Zigarette aus einem Applikator sowie einer Wechselkartusche zusammen, die mit einer Flüssigkeit aus Nikotin, Wasser, Propylenglykol, verschiedenen Aromen, Ethanol und Glycerin – dem sog. Liquid – befüllt wird. Der Applikator beinhaltet eine Stromquelle und einen Vernebler. Die E-Zigarette unterscheidet sich im Vergleich zur normalen Tabakzigarette dadurch, dass beim Konsum keine Tabakverbrennung stattfindet. Stattdessen wird das verwendete Liquid beim Saugen am Mundstück elektronisch zerstäubt und verdampft.<sup>2</sup>

*Die Einordnung von E-Zigaretten als Arzneimittel, Medizin- oder Tabakprodukt ist aktuell höchst umstritten. Die daran anknüpfende Strafbarkeit des Handels mit E-Zigaretten wird in diesem Beitrag kritisch hinterfragt.*

### II. Strafrechtliche Probleme der E-Zigarette

Die Liquids und E-Zigaretten begegnen strafrechtlichen Problemen. So warnte die NRW-Gesundheitsministerin Barbara Steffens am 16.12.2011 erstmals ausdrücklich in einer Pressemitteilung vor den verwendeten Liquids und

\* Der Autor ist Studierender der Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln. Er dankt Prof. Krüger (LMU München) für die Durchsicht seines Beitrages und die wertvollen Hinweise und Anregungen.

1 Volmer, n-tv v. 1.2.2012, [www.n-tv.de/wissen/Grosser-Streit-um-kleine-Dampfer-article5347791.html](http://www.n-tv.de/wissen/Grosser-Streit-um-kleine-Dampfer-article5347791.html), zuletzt aufgerufen am 10.07.2013.

2 BT-Drs. 17/9712, S. 1; BT-Drs. 17/8652, S. 2; Schink/Winkelmüller, DVBl 2012, 1540; Sörgel/Munz, DAZ 2012, 1218 f.; Volkmer, PharmR 2012, 11 (12).