



## Ausschlusskriterien für Kriegsmaterialexporte (2008–2019)

EVELYNE SCHMID\*

*Dieser Beitrag befasst sich mit den Kriterien, welche der Erteilung von Bewilligungen für die Ausfuhr von Kriegsmaterial entgegenstehen, sowie mit den zwischen 2008 und 2019 erfolgten Änderungen der entsprechenden Verordnung. Die zwei Kernpunkte dieses Beitrages lassen sich wie folgt zusammenfassen: Erstens erkläre ich, dass der Bundesrat die Verordnung über das Kriegsmaterial in einer Weise auslegt, die rechtlich unangemessen ist. Zweitens zeige ich auf, dass die Revision dieser Verordnung von 2014 und die Vorschläge von 2018 darauf abzielen, die Struktur der vor zehn Jahren eingeführten Ausschlusskriterien zu schwächen. In diesem Zusammenhang befasse ich mich mit der Normstufe der Ausschlusskriterien sowie mit dem Verhältnis dieser Kriterien zu den im Bundesgesetz über das Kriegsmaterial aufgezählten Zielen der Kriegsmaterialgesetzgebung und den völkerrechtlichen Vorgaben.*

*Cette contribution traite des critères qui s'opposent à la délivrance d'autorisations pour l'exportation de matériel de guerre, ainsi que des modifications apportées entre 2008 et 2019 à l'ordonnance en la matière. Les deux points essentiels de cette contribution peuvent être résumés ainsi : j'explique tout d'abord que le Conseil fédéral interprète l'ordonnance sur le matériel de guerre d'une manière juridiquement inappropriée. Je démontre ensuite que la révision de cette ordonnance en 2014 et les propositions de 2018 visaient à affaiblir la structure des critères d'exclusion introduits dix ans auparavant. Dans ce contexte, je traite du niveau normatif de ces critères d'exclusion ainsi que du rapport entre ces critères et les buts de la législation sur le matériel de guerre énumérés dans la loi fédérale sur le matériel de guerre, ainsi que les prescriptions du droit international.*

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
  - A. Die Ausgangslage
  - B. Die Kontrollregelung im Überblick und die Revision von 2008
  - C. KMV-Revisionen zwischen 2008 und 2019
    1. Einführung einer Ausnahmeregelung in Bezug auf die Menschenrechtssituation im Bestimmungsland (2014)
    2. Die vorgeschlagene Revision von 2018 und die Reaktionen darauf
- II. Exporte in Staaten, die in bewaffnete Konflikte verwickelt sind
  - A. Die Auslegungen des Bundesrats
  - B. Analyse der Interpretation des Bundesrats
    1. Neutralitätsrecht
    2. Uno-Mandate
    3. Die Zustimmung des betroffenen Staates
    4. Ein territoriales Kriterium?
    5. Die Art des Kriegsmaterials
    6. Zwischenergebnis

- III. Perspektiven und Herausforderungen
  - A. Die Normstufe
  - B. «Zwingende Rechtsfolgen»?
  - C. Welches Völkerrecht?

### I. Einleitung

Im August 2008 passte der Bundesrat (BR) die Kriegsmaterialverordnung (KMV) an. Die revidierte KMV trat am 12. Dezember 2008 in Kraft<sup>1</sup> und enthält seither einen Absatz mit Kriterien, die dazu beitragen sollten, «[Fälle] umstrittener Ausfuhren» künftig zu verhindern.<sup>2</sup> Mit der Überarbeitung von 2008 wurde insbesondere der Abschluss von Lizenzen für Verträge mit dem Ausland eingeführt, wenn «das Bestimmungsland in einen internen oder internationalen bewaffneten Konflikt verwickelt ist» oder «das Bestimmungsland Menschenrechte systematisch und schwerwiegend verletzt» (Art. 5 Abs. 2 lit. a und b KMV). Ein Jahrzehnt später muss man feststellen, dass die kontroversen Geschäfte keineswegs verschwunden sind. Wie schon vor der Revision von 2008 stehen humanitären und ethischen Überlegungen die wirtschaftlichen Interessen der Schweizer Rüstungsindustrie gegenüber.

\* EVELYNE SCHMID, Prof. Dr. iur., Professorin für Völkerrecht an der Universität Lausanne.

Dieser Beitrag erschien ursprünglich auf Französisch in der Zeitschrift *Sicherheit & Recht*: EVELYNE SCHMID, Critères d'exclusion relatifs aux exportations du matériel de guerre: teneur, pratique, chantiers et désaccords 2008–2018, *Sicherheit & Recht* 2018, 157–170. Ich danke Magdalena Küng, MA, und Tetyana Tsvil, stud. iur., für die Unterstützung der Übersetzungsarbeit. Im Jahr 2009 koordinierte die Autorin den offenen Brief der 70 Rechtsexperten zur Auslegung der Kriegsmaterialverordnung. Dieser Brief ist auf Deutsch und Französisch mit einer vollständigen Liste der Unterzeichnenden unter [http://bit.ly/Lettre\\_OMG](http://bit.ly/Lettre_OMG) verfügbar. Die Verantwortung für den Inhalt dieser Veröffentlichung trägt allein die Verfasserin.

<sup>1</sup> Verordnung vom 25. Februar 1998 über das Kriegsmaterial (Kriegsmaterialverordnung, KMV; SR 514.511), abgeändert durch die Verordnung vom 27. August 2008 (Inkrafttreten am 12. Dezember 2008), AS 2008 5495.

<sup>2</sup> BR, Medienmitteilung vom 27. August 2008.

Ziel dieses Beitrages ist es, die wichtigsten Bestimmungen der KMV und die Revisionen seit 2008 sowie die laufenden Diskussionen zu kommentieren und in ihren normativen und politischen Kontext zu stellen. Die zwei Hauptaussagen dieses Beitrages sind folgende: Erstens legt der Bundesrat die KMV in einer Weise aus, die rechtlich unangemessen ist. Zweitens zeigen die Revision von 2014 und die Vorschläge von 2018, dass der Bundesrat gewillt ist, die Struktur der vor zehn Jahren eingeführten Ausschlusskriterien zu ändern. Während einige der seit 2008 eingeführten Neuerungen die Verordnung insbesondere in Bezug auf Nichtausfuhrerklärungen stärkten, haben die Änderung des Kontrollregimes von 2014 und die Auslegung der KMV durch den Bundesrat diese geschwächt.<sup>3</sup>

Zur Gliederung: Der einleitende Teil fasst die rechtliche und empirische Ausgangssituation zusammen und erläutert die Grundlagen für das Funktionieren der Exportkontrolle von Kriegsmaterial in der Schweiz, die Revision der KMV im Jahr 2008 und die Veränderungen der letzten zehn Jahre (Abschnitt I.). Der zweite Abschnitt ist der Auslegung der KMV in Bezug auf bewaffnete Konflikte gewidmet (Abschnitt II.). Der Beitrag schliesst mit drei weiterführenden Denkanstössen für die laufenden Diskussionen zur Kriegsmaterialgesetzgebung (Abschnitt III.).

## A. Die Ausgangslage

Die KMV ist eine abhängige Verordnung, die auf dem Kriegsmaterialgesetz vom 13. Dezember 1996 (KMG; SR 514.51) aufbaut, welches sich wiederum auf Art. 107 BV stützt.<sup>4</sup> Der Anwendungsbereich des KMG beschränkt sich auf die Kontrolle der Herstellung und des Transfers von Kriegsmaterial und verwandter Technologie und umfasst keine sogenannten besonderen militärischen Güter. Zu den besonderen militärischen Gütern gehören insbesondere bestimmte Kategorien von Flugzeugen des Herstellers Pilatus.<sup>5</sup> Diese fallen in den Geltungsbereich des Gesetzes über die Kontrolle zivil und militärisch verwendbarer Güter, besonderer militärischer Güter sowie strategischer Güter (Güterkontrollgesetz, GKG; SR 946.202) und der entsprechenden Verordnung (SR 946.202.1).<sup>6</sup>

Die Tatsache, dass die Schweiz im Unterschied zu anderen Ländern eine Kategorie von besonderen militärischen Gütern kennt, die in einem separaten Gesetz geregelt sind, ist eine Diskussion, die den Rahmen dieses Beitrages sprengt.<sup>7</sup> Der vorliegende Artikel konzentriert sich auf die Genehmigungskriterien für den Export von Kriegsmaterial, wie sie im KMG und in der KMV festgehalten sind. Die Analyse wird zu Tage führen, dass die Meinungsverschiedenheiten in erster Linie im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten und Menschenrechten bestehen.

Der Export von Kriegsmaterial ist gleichzeitig Gegenstand der Aussen- und der Innenpolitik. Bei der Entscheidung über Ausfuhrgenehmigungen sind die Behörden an die Bundesverfassung gebunden, die sie verpflichtet, sich für «die Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz und für ihre Wohlfahrt» einzusetzen und «zur Linderung von Not und Armut in der Welt, zur Achtung der Menschenrechte und zur Förderung der Demokratie, zu einem friedlichen Zusammenleben der Völker sowie zur Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen» beizutragen (Art. 54 Abs. 2 BV). Bund und Kantone sind ausserdem verpflichtet, das Völkerrecht zu beachten (Art. 5 Abs. 4 BV).<sup>8</sup> Art. 1 KMG unterstreicht die Verfolgung dieser Ziele unter Beachtung der Bedürfnisse der Landesverteidigung und der dafür notwendigen industriellen Kapazitäten. Nicht nur die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates (GPK-N) wies bereits darauf hin, dass die verschiedenen Ziele in einem Spannungsfeld konkurrierender Interessen stehen.<sup>9</sup> Die vom Bundesrat im Jahr 2008 vorgeschlagene Lösung zur Bewältigung dieser Herausforderungen bestand darin, einige Exporte vollständig auszuschliessen, während andere auf der Grundlage einer nach bestimmten Kriterien strukturierten Interessenabwägung weiterhin gewährt werden können. Ich werde am Ende dieses Artikels auf diese Struktur von Art. 5 der KMV zurückkommen. Zuerst widme ich mich der Rolle der Schweiz im weltweiten Rüstungsmarkt.

Der Bundesrat vertritt seit langem den Standpunkt, dass dank dem «strengen» Kontrollregime garantiert

<sup>3</sup> KMV, Änderung vom 10. Oktober 2012, AS 2012 5533.

<sup>4</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

<sup>5</sup> Art. 3 lit. c GKG.

<sup>6</sup> Die Ausfuhr bestimmter militärischer Güter kann nur im Falle eines Embargos (Art. 3 GKG) oder wenn der Bundesrat seine Befugnis nutzt, Massnahmen nach Art. 184 Abs. 3 oder Art. 185 Abs. 3 BV zu ergreifen, ausgeschlossen werden.

<sup>7</sup> Allgemein s. JEAN-MARIE PELLAUX, L'affaire Pilatus: les milieux engagés et la Suisse officielle face aux exportations d'armes (1978–1985), Freiburg 2008; FRANK PETERMANN, Dual-Use: Aspekte des Bundesgesetzes über die Kontrolle zivil und militärisch verwendbarer Güter sowie besonderer militärischer Güter und der Güterlisten, Zürich 2014, 171 ff., 174; JÖRG KÜNZLI, Blosser Pendelausschläge oder nachhaltige Richtungsänderung des schweizerischen Rüstungsexportrechts?, Sicherheit & Recht 2009, 141 ff., 143 f.

<sup>8</sup> S. unten III.C.

<sup>9</sup> Vollzug der Kriegsmaterialgesetzgebung, BBl 2007 2117 ff., 2124 (zit. Bericht GPK-N); vgl. auch JULIEN GRAND, Buchbesprechung von «L'affaire Pilatus», Revue militaire suisse 2011, 44 ff., 46.

würde, «dass keine schweizerischen Waffen in konfliktgefährdete Gebiete exportiert werden».<sup>10</sup> Bereits vor der Revision der KMV von 2008 betonte der Bundesrat, dass gemäss bisheriger Praxis «keine Bewilligungen erteilt werden, wenn die Menschenrechte in einem Empfängerstaat schwerwiegend und systematisch verletzt werden».<sup>11</sup> Bezugnehmend auf die Situation im Nahen Osten liess der Bundesrat 2017 verlauten, dass «für Saudi-Arabien grundsätzlich nur noch die Lieferung von Ersatzteilen für Kriegsmaterial möglich [ist], für das kein Grund zur Annahme besteht, dass es in Jemen zum Einsatz kommen könnte».<sup>12</sup> Bei anderen Gelegenheiten weigerte er sich, bestimmte Exportgenehmigungen für Saudi-Arabien, Ägypten und Pakistan zu erteilen,<sup>13</sup> obwohl er in den Jahren 2012 und 2016 erkennen liess, dass mehr als nur Ersatzteile nach Saudi-Arabien und Pakistan bewilligt wurde.<sup>14</sup> Ein detaillierter Überblick über die Praxis der Bewilligungen (bis Ende 2007) findet sich in der Habilitationsschrift von JÖRG KÜNZLI. KÜNZLI zeigt zum Beispiel, dass Saudi-Arabien und andere Staaten trotz z.T. gravierender menschenrechtlicher Probleme Schweizer Kriegsmaterial erhalten haben.<sup>15</sup> In Bezug auf bewaffnete Konflikte ist HANSJÖRG MEYER, ehemaliger Rechtsanwalt im Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS), der Ansicht, dass jeder Export «trotz wirksamen Kontrollmechanismen» ein gewisses Risiko in sich birgt, «dass dieses Kriegsmaterial in Konflikten Verwendung findet, die man letztlich nicht billi-

gen würde».<sup>16</sup> Auch in anderen Teilen Europas sind die Exporte von Kriegsmaterial im Allgemeinen und nach Saudi-Arabien im Besonderen umstritten. Das Europäische Parlament verabschiedete 2018 eine Resolution, in der es die Auffassung vertrat, dass Saudi-Arabien «dringend mit einem Waffenembargo belegt werden muss».<sup>17</sup> Ende 2018 beglückwünschte das Parlament «diejenigen Mitgliedstaaten, wie Spanien, Deutschland und die Niederlande, die ihre Vorgehensweise in Bezug auf den Jemen-Konflikt geändert haben», und bedauerte gleichzeitig zutiefst, dass «andere weiterhin Militärtechnologie bereitstellen» und damit «das gesamte europäische Waffenkontrollsystem zu untergraben drohen».<sup>18</sup>

Gemessen am gesamten Exportvolumen ist die Schweiz ein relativ grosser Exporteur. Im Jahr 2018 verkaufte sie Kriegsmaterial im Wert von CHF 509,9 Mio. und besondere militärische Güter für CHF 25 Mio.<sup>19</sup> Um den starken Schwankungen zwischen zwei Vergleichsjahren Rechnung zu tragen, ist es sinnvoll, einen längeren Zeitraum zu betrachten. Zwischen 2008 und 2017 lag die Schweiz total auf dem vierzehnten Platz der weltweit grössten Rüstungsexporture. Rechnet man das Exportvolumen pro Kopf, erreicht die Schweiz sogar den fünften Platz.<sup>20</sup> Damit befindet sich die Schweiz im Vergleich mit anderen Ländern weit vorne, insbesondere was die Exporte in Entwicklungsländer angeht.<sup>21</sup>

## B. Die Kontrollregelung im Überblick und die Revision von 2008

Art. 22 KMG legt den Grundsatz fest, dass die Ausfuhr von Kriegsmaterial erlaubt ist, «wenn dies dem Völkerrecht, den internationalen Verpflichtungen und den Grundsätzen der schweizerischen Aussenpolitik nicht widerspricht». Art. 5 KMV konkretisiert diese Bestimmung. Der erste Absatz enthält eine Liste mit Erwägungen, die

<sup>10</sup> Z.B. Aussenpolitischer Bericht 2000, BBl 2001 261 ff., 332.

<sup>11</sup> Stellungnahme des BR vom 27. Mai 1998 zur Interpellation 98.3098.

<sup>12</sup> Stellungnahme des BR vom 10. Mai 2017 zur Interpellation 17.3104.

<sup>13</sup> Medienmitteilung des SECO vom 25. März 2009 zur Ausfuhr von Kriegsmaterial.

<sup>14</sup> Stellungnahme des BR vom 15. Februar 2002 zur Interpellation 11.4069: «Die Exporte nach Saudi-Arabien setzen sich zum überwiegenden Teil [...] aus Ersatzteilen und Reparaturarbeiten an früher gelieferten Fliegerabwehrsystemen zusammen, dazu kommen Einzelteile zu Feuerwaffen»; Medienmitteilung des BR vom 20. April 2016: «Darin enthalten sind Lieferungen für Saudi-Arabien für Ersatzteile zu früher ausgeführten Flugabwehrsystemen – sowie einer geringen Menge Munition zu solchen Systemen»; in den Medien wurde umgehend auf Mängel und Lücken in der Medienmitteilung des SECO vom 25. März 2009 zur Ausfuhr von Kriegsmaterial hingewiesen: Weitere Rüstungsexporte nach Pakistan, NZZ am Sonntag vom 1. November 2009, 13.

<sup>15</sup> JÖRG KÜNZLI, Vom Umgang des Rechtsstaats mit Unrechtsregimes: Völker- und landesrechtliche Grenzen des Verhaltensspielraums der schweizerischen Aussenpolitik gegenüber Völkerrecht missachtenden Staaten, Bern 2008, 4 ff., 567 ff.

<sup>16</sup> HANSJÖRG MEYER, Das Kriegsmaterialgesetz, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. A., Basel 2007, 165 ff., N 59.

<sup>17</sup> Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 13. September 2017 zu Waffenexporten, P8\_TA [2017] 0344, para. 17.

<sup>18</sup> Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 14. November 2018 zu Waffenexporten, P8\_TA [2018] 0451, para. 13.

<sup>19</sup> SECO, Medienmitteilung vom 26. Februar 2019.

<sup>20</sup> Berechnet auf der Grundlage von SIPRI-Zahlen, SIPRI, Trends in International Arms Transfers, 2008 bis 2017 (Daten auf Anfrage verfügbar; nota bene: SIPRI berücksichtigt nur die wichtigsten konventionellen Waffen). (Auf dem zweiten Platz im Jahr 2015, siehe RENÉ A. RHINOW ET AL., Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. A., Basel 2016, N 3553a.)

<sup>21</sup> Vgl. SIMON PLÜSS, zit. in: Exporter des armes dans les pays en guerre civile?, sda vom 4. November 2017.

bei der Erteilung von Bewilligungen zu berücksichtigen sind. Eine Nichtbeachtung löst keine klar vorgegebene Rechtsfolge aus. Erwähnt werden die Aufrechterhaltung des Friedens, die Situation im Zielland (namentlich Menschenrechte und Kindersoldaten), die Bemühungen der Schweiz im Bereich der Entwicklungszusammenarbeit,<sup>22</sup> das Verhalten des Bestimmungslandes gegenüber der Staatengemeinschaft (insbesondere hinsichtlich der Einhaltung des Völkerrechts) sowie die Haltung anderer Länder gegenüber dem potenziellen Zielland. Diese Erwägungen waren bereits vor der Revision von 2008 in der KMV enthalten.

Seit 2008 enthält Art. 5 Abs. 2 KMV zudem eine Liste von Kriterien, welche die Verweigerung von Exportgenehmigungen nach sich ziehen (bzw. nach sich ziehen müssten). Der Bundesrat präzisiert im dazugehörigen Bericht, dass der neue Absatz Ausschlusskriterien enthalte, «die einer Bewilligungserteilung in jedem Fall entgegenstehen».<sup>23</sup> Mit Ausnahme von Waffen, die ausschliesslich privaten oder sportlichen Zwecken dienen,<sup>24</sup> verbietet Abs. 2 die Erteilung von Bewilligungen, wenn:

«a. das Bestimmungsland in einen internen oder internationalen bewaffneten Konflikt verwickelt ist; b. das Bestimmungsland Menschenrechte systematisch und schwerwiegend verletzt; c. ...; d. im Bestimmungsland ein hohes Risiko besteht, dass das auszuführende Kriegsmaterial gegen die Zivilbevölkerung eingesetzt wird; oder e. im Bestimmungsland ein hohes Risiko besteht, dass das auszuführende Kriegsmaterial an einen unerwünschten Endempfänger weitergegeben wird.»

Ist eine dieser Bedingungen erfüllt, schreibt die KMV ein Verbot der Erteilung einer Exportgenehmigung vor. 2014 wurde diese Liste um eine Ausnahmeregelung ergänzt, welche die Menschenrechtssituation im Bestimmungsland betrifft (siehe Abschnitt I.C.1. unten).

In der Praxis fallen etwa die Hälfte aller Gesuche um Exportbewilligungen allerdings unter ein weitaus flexibleres System: Gemäss Art. 18 Abs. 2 KMG haben die Behörden unter bestimmten Umständen die Möglichkeit, auf eine Nichtwiederausfuhr-Erklärung zu verzichten, wenn es sich bei der ausgeführten Ware um Einzelteile oder

Baugruppen von Kriegsmaterial handelt, die «im Ausland in ein Produkt eingebaut und nicht unverändert wieder ausgeführt werden sollen, oder wenn es sich um anonyme Teile handelt, deren Wert im Verhältnis zum fertigen Kriegsmaterial nicht ins Gewicht fällt», was der Bundesrat für Exporte an Anhang-2-Länder in der Praxis bei einem Wert von unter 50% des Wertes des fertigen Kriegsmaterials annimmt.<sup>25</sup> Abhängig vom finanziellen Volumen des betreffenden Geschäfts prüft das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) diese Anfragen nicht. Ist der Export einmal bewilligt, ist eine Nachkontrolle zur Verhinderung einer Weitergabe an unerwünschte Endempfänger ohnehin ausgeschlossen. Damit ist eine Umgehung der Ausschlusskriterien möglich. Zudem gibt es Erleichterungen bei Ersatzteilen.<sup>26</sup>

Die Revision der KMV von 2008 fand im Kontext einer eidgenössischen Volksinitiative statt, die ein totales Exportverbot für Kriegsmaterial und besondere militärische Güter forderte.<sup>27</sup> Der Bundesrat lehnte die Initiative ohne Gegenvorschlag ab.<sup>28</sup> Fast gleichzeitig mit der Veröffentlichung der Botschaft zur Initiative machte er am 27. August 2008 die Revision der KMV publik, die zu einer «Vermeidung von Fällen umstrittener Ausfuhren beitragen» sollte. Sei eines der fünf neu aufgenommenen Kriterien erfüllt, so sei «die Erteilung einer Bewilligung zwingend ausgeschlossen». Dies wäre gemäss Bundesrat bspw. dann der Fall, wenn eine Lieferung von Kriegsmaterial an ein Bestimmungsland gehen soll, das die Menschenrechte systematisch und schwerwiegend verletzt.<sup>29</sup> Im darauffolgenden Jahr lehnten eine grosse Mehrheit der Abstimmenden (68%) und alle Stände die erwähnte Volksinitiative ab. Daraus lässt sich ableiten, dass die Bevölkerung ein totales Exportverbot nicht unterstützte. Darüber hinaus lässt das Urnenresultat wenig Aufschluss darüber zu, inwiefern die Bevölkerung die Praxis des Bundesrats in Sachen Kriegsmaterial unterstützt.

Auf Verfahrensebene müssen die Exporteure als Erstes eine Grundbewilligung erhalten (Art. 9 KMG, Art. 3

<sup>22</sup> Zwischen 2008 und 2014 wurden Exporte in die am wenigsten entwickelten Länder auf der Liste der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) vollständig ausgeschlossen. Seit 2014 sind Exporte in diese Länder unter gewissen Umständen wieder möglich. Das Kriterium wurde in den ersten Absatz von Art. 5 KMV verschoben und damit abgeschwächt (AS 2014 3045).

<sup>23</sup> BR, Erläuterungen zur Änderung der Verordnung über das Kriegsmaterial (KMV), SR 514.511.

<sup>24</sup> Art. 5 Abs. 3 KMV.

<sup>25</sup> Zu diesem Thema vgl. insb. den Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle vom 3. September 2018 (Prüfung der Kontrolle des Transfers von Kriegsmaterial), 23.

<sup>26</sup> Art. 23 KMG. Die Handhabung der rechtlich unterschiedlich geregelten (aber in Stellungnahmen manchmal assoziierten) Kategorien von Kriegsmaterial (Baugruppen und Einzelteile; Ersatzteile; Munition) verdiente mehr Aufmerksamkeit. (S. dazu BR, Medienmitteilung vom 4. Juli 2019, und Antwort des BR vom 3. Dezember 2018 auf die Frage 18.5617.)

<sup>27</sup> Botschaft zur Volksinitiative «für ein Verbot von Kriegsmaterial-Exporten», BBl 2008 7521 ff. (zit. Botschaft Kriegsmaterialinitiative).

<sup>28</sup> Botschaft Kriegsmaterialinitiative (FN 27), 7547.

<sup>29</sup> BR, Medienmitteilung vom 27. August 2008.

KMV). Diese dient der Prüfung, ob der Gesuchsteller die erforderliche Gewähr für eine ordnungsgemässe Führung der Geschäfte bietet und die beabsichtigte Tätigkeit den Landesinteressen nicht zuwiderläuft (Art. 10 KMG). Art. 6 und 7 KMG erlauben die *Vermittlung* und den *Handel* mit Kriegsmaterial und den *Transfer* von Technologie an Länder gemäss Anhang 2 der KMG, die keine besondere Genehmigung benötigen. Die *Ausfuhr* von Kriegsmaterial bedarf immer einer Bewilligung.<sup>30</sup>

Bei geplanten Exporten muss der Exporteur ein Gesuch beim SECO einreichen. Je nach Inhalt des Gesuchs müssen andere Bundesbehörden (z. B. der Bundesnachrichtendienst, das VBS oder im Nuklearbereich das Bundesamt für Energie) der Einschätzung des SECO zustimmen. Können sich die zuständigen Dienststellen nicht auf eine gemeinsame Position zu einem Gesuch einigen, wird der Antrag an den Bundesrat weitergereicht, der abschliessend mit einfacher Mehrheit entscheidet. Auch für «*Gesuche mit erheblicher aussen- oder sicherheitspolitischer Tragweite*» ist der Bundesrat zuständig (Art. 29 Abs. 2 KMG). Weil gegen Verfügungen, die Exportgeschäfte betreffen, selten Beschwerde eingelegt wird, sind gerichtliche Präzisierungen der Ausfuhrkriterien ebenfalls selten. Darüber hinaus ist es schwierig, sich gegen die Erteilung einer Genehmigung zu beschweren.<sup>31</sup> Gemäss Aussage zweier Repräsentanten des SECO: «*Mit der Verschiebung der Zuständigkeit von der Verwaltung auf die Stufe der Exekutive wird der Bewilligungsentscheid zu einem politischen Entscheid, in den – neben rechtlichen Überlegungen – vermehrt auch politische Erwägungen Eingang finden.*»<sup>32</sup>

### C. KMG-Revisionen zwischen 2008 und 2019

Im Folgenden werden die wichtigsten Änderungen und Revisionsvorschläge der KMG zwischen 2008 und 2019 behandelt. Nach der Änderung der KMG von 2008 erfolg-

te im September 2014 eine wichtige Verordnungsanpassung. Im Juni 2018 kündigte der Bundesrat eine weitere Revision an, deren Inhalte zu intensiven Debatten, einer Volksinitiative und zum bundesrätlichen Rückzug der geplanten Revision führten.

#### 1. Einführung einer Ausnahmeregelung in Bezug auf die Menschenrechtssituation im Bestimmungsland (2014)

Der Bundesrat legte 2008 in Art. 5 Abs. 2 lit. b KMG fest, dass der Export von Kriegsmaterial in Staaten, die Menschenrechte systematisch und schwerwiegend verletzen, verboten sind. Die Auslegung des Terminus «*schwerwiegende und systematische Verletzung*» von Menschenrechten muss die ausführliche völkerrechtliche Praxis berücksichtigen.<sup>33</sup> Gemäss einer Studie führt das EDA eine unverbindliche Liste von Missbräuchen, die als schwerwiegend und systematisch eingestuft werden. Diese Liste umfasse beispielsweise willkürliche Inhaftierungen, Folter oder systematische Diskriminierung.<sup>34</sup> Saudi-Arabien wird von diversen Seiten und seit längerem für solche Verstösse kritisiert.<sup>35</sup>

Zum Zeitpunkt der Revision von 2008 unterschied das Ausschlusskriterium der Menschenrechtssituation (wie die anderen Ausschlusskriterien) nicht zwischen verschiedenen Typen von Waffensystemen; ein Staat, der Menschenrechte schwerwiegend und systematisch verletzte, war zumindest auf dem Papier von neuen Kriegsmateriallieferungen ausgeschlossen. Am 19. September 2014 aber ergänzte der Bundesrat die Verordnung mit einer Ausnahmeregelung, die Lieferungen dann erlaubt, «*wenn ein geringes Risiko besteht, dass das auszuführende Kriegsmaterial zur Begehung von schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen eingesetzt wird.*»<sup>36</sup> Seit 2014 reicht es daher aus, dass die Behörden ex ante prüfen, ob das auszuführende Material für die systematische und schwer-

<sup>30</sup> Zum Verfahren und zu den Kompetenzen der verschiedenen Akteure s. MEYER (FN 16), N 36 ff.

<sup>31</sup> KÜNZLI (FN 15), 189 ff., plädiert für eine nuancierte Anwendung der Ausnahmen in Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG. Zwei palästinensische Familien machten beim SECO geltend, dass sie in der Vergangenheit von israelischen Drohnen getroffen worden seien und sich deshalb durch die Zusage der Lieferung von Schweizer Technologie für israelische Drohnen bedroht fühlten. Das SECO verneinte das besondere Berührtsein; Schreiben des SECO an die Anwaltskanzlei zur Verteidigung der Interessen der Familie S. und Al.-Q. vom 26. Oktober 2015 (in den Akten der Autorin; die Systeme wurden ausschliesslich als Güter im Sinne des GKG qualifiziert).

<sup>32</sup> SIMON PLÜSS/TOBIA VESTNER, Exportkontrolle von Kriegsmaterial – ein Balanceakt auf dem schmalen Grad unterschiedlicher Interessen, Die Volkswirtschaft 2012, 67 ff., 69.

<sup>33</sup> KÜNZLI (FN 7), 142; dies gilt bspw. auch für die Auslegung des Vertrags über den Waffenhandel (ATT), welcher ebenfalls von «*schweren Verletzungen*» von Menschenrechten spricht: Art. 7 Abs. 1 lit. b Ziff. ii des Vertrags über den Waffenhandel (engl. Arms Trade Treaty), SR 0.518.61; mehr dazu: TAKHMINA KARIMOVA, What Amounts to «A Serious Violation of International Human Rights Law»? Genf 2014.

<sup>34</sup> ALEXANDER SPRING ET AL. (Forum Aussenpolitik), Der schweizerische Kriegsmaterialexport auf dem Prüfstand: Divergenz zwischen Gesetzgebung und Praxis?, Diskussionspapier Nr. 10 (2012), 26.

<sup>35</sup> Bspw. Gemeinsame öffentliche Erklärung von NGOs vom 29. Juni 2016, Internet: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/MDE2343452016ENGLISH.pdf> (Abruf 3.9.2019).

<sup>36</sup> Art. 5 Abs. 4 KMG (AS 2014 3045).

wiegende Verletzung von Menschenrechten verwendet werden könnte. Wird dieses Risiko als gering eingestuft, darf eine Ausfuhrbewilligung erteilt werden. Der Auslöser dieser Ausnahmeregel war ein Vorstoss der Sicherheitspolitischen Kommission des Ständerats (SiK-S) mit dem Ziel, die «Benachteiligung der Schweizer Sicherheitsindustrie [zu] beseitigen».<sup>37</sup> Die Motion war im Nationalrat äusserst umstritten und wurde schliesslich per Stichentscheid des Präsidenten angenommen.<sup>38</sup> Unabhängig davon, was man von der Einführung dieser Ausnahmeregel hält, bedeutet sie, dass der Bundesrat 2014 gewillt war, die KMV zu schwächen. Gleichzeitig deutet die Intervention der Industrie und die Einführung der Ausnahmeregelung aber auch an, dass das SECO zwischen 2008 und 2014 wohl einige Voranfragen für Geschäfte negativ beantwortete. Auf jeden Fall ist festzustellen, dass die Behörden seit 2014 die allgemeine Menschenrechtssituation in Saudi-Arabien nicht mehr als Hindernis für das Erteilen von Ausfuhrbewilligungen genannt haben.<sup>39</sup>

## 2. Die vorgeschlagene Revision von 2018 und die Reaktionen darauf

Am 15. Juni 2018 veröffentlichte der Bundesrat eine Pressemitteilung, in der er seine Absicht ankündigte, die Ausschlusskriterien der KMV in Bezug auf Länder, die in nicht internationale Konflikte verwickelt sind, zu schwächen. Die Reaktionen auf diese Ankündigung bewegten den Bundesrat schliesslich im Herbst 2018 dazu, auf die Revision zu verzichten. Die Behörden befürchteten zumindest zum damaligen Zeitpunkt, dass «ein Insistieren auf der Reform kontraproduktive Auswirkungen für die bestehende Bewilligungspraxis im Bereich der Kriegsmaterialausfuhr» haben könnte.<sup>40</sup>

Die Vorschläge von 2018 enthielten drei Massnahmen zur Erleichterung der Erteilung von Waffenexportlizenzen vor: Erstens sollte die «Aufrechterhaltung einer auf die Bedürfnisse der Landesverteidigung ausgerichteten industriellen Kapazität» als eigenständiges Kriterium in den Bewilligungsprozess aufgenommen werden; zweitens wären Exporte in Länder, die in einen internen bewaffneten Konflikt verwickelt sind, dann möglich, «wenn kein Grund zur Annahme besteht, dass das auszuführende Kriegsmaterial im internen bewaffneten Konflikt einge-

setzt wird»; und drittens wäre die Bewilligungsdauer verlängert worden.<sup>41</sup>

Die Ankündigung dieser Änderungen erfolgte nach dem Rücktritt des ehemaligen Aussenministers DIDIER BURKHALTER, der darauf hinwies, dass sein Rücktritt teilweise auf seine Ablehnung der Ausfuhr von Kriegsmaterial in Konfliktgebiete zurückzuführen sei.<sup>42</sup> Ebenso ging den Revisionsbestrebungen im November 2017 ein Schreiben von dreizehn Schweizer Rüstungsunternehmen an die SiK-S voraus, in dem die Industrie ihren Wunsch äusserte, ihre Produkte auch in Länder exportieren zu können, die in interne bewaffnete Konflikte verwickelt sind.<sup>43</sup>

Die Absicht des Bundesrats, die KMV ohne vorangehende Vernehmlassung abzuschwächen, löste heftige Reaktionen innerhalb der Zivilbevölkerung aus, insbesondere seitens der Kirchen und der humanitären Organisationen, aber auch in den Kommentarspalten diverser Medien und innerhalb der Bundesversammlung. Eine Gruppe von sechs Nationalrätinnen bestehend aus Vertreterinnen der SP, den Grünen, der GLP, der BDP, der CVP und der SVP richtete eine Liste von Fragen an den Bundesrat.<sup>44</sup> In der Westschweiz wurden diverse parlamentarische Vorstösse eingereicht, die einen Verzicht der Änderungen forderten.<sup>45</sup> In Genf und Neuenburg verabschiedeten die Kantonsparlamente Resolutionen<sup>46</sup> dazu – die Antwort auf den Vorstoss in Genf werde ich am Ende dieses Artikels besprechen.<sup>47</sup>

Inzwischen lancierten die BDP und die GLP zusammen mit Parteien des linken Spektrums, Kirchen und zivilgesellschaftlichen Organisationen eine Volksinitiative, welche im Juli 2019 zustande kam.<sup>48</sup> Der Initiativtext beruht im Wesentlichen auf den Ausschlusskriterien der KMV in der Version von 2008 – mit dem Hauptun-

<sup>37</sup> BR, Medienmitteilung vom 19. September 2014; Motion SiK-S 13.3662; Bericht des BR zum Postulat 10.3622 vom 18. Juni 2010, 35.

<sup>38</sup> Nationalrat, 6. März 2014 (93:93 Stimmen bei sechs Enthaltungen, namentliche Abstimmung).

<sup>39</sup> Bspw. BR, Medienmitteilung vom 20. April 2016.

<sup>40</sup> BR, Medienmitteilung vom 18. Oktober 2018.

<sup>41</sup> BR, Medienmitteilung vom 15. Juni 2018.

<sup>42</sup> DIDIER BURKHALTER: «Je n'étais plus en phase avec le Conseil fédéral sur des valeurs essentielles», RTS Info, 25. April 2018.

<sup>43</sup> Antwort des BR vom 5. März 2018 auf die Frage Nr. 18.5026; HEIDI GMÜR, Die Rüstungsindustrie wird erhört, NZZ vom 15. Juni 2018, 17.

<sup>44</sup> Nein zur Aufhebung der Kriegsmaterialverordnung, Fragen 18.5026–31 (alle vom 27. Februar 2018).

<sup>45</sup> Eine waadtländische Initiative wurde am 28. August 2018 an die zuständige Kommission überwiesen (Grosser Rat des Staates Waadt, 18\_INI\_005).

<sup>46</sup> Beschluss 18.167 vom Grossen Rat der Republik und des Kantons Neuenburg (Entwurf eingereicht am 22. Juni 2018 und angenommen am 27. Juni 2018); Beschluss R 850 vom Grossen Rat der Republik und des Kantons Genf (Entwurf eingereicht am 26. April 2018); Protokoll der Sitzung 55 vom 24. Mai 2018, Punkt 138.

<sup>47</sup> Unten III.C.

<sup>48</sup> Eidgenössische Volksinitiative «Gegen Waffenexporte in Bürgerkriegsländer (Korrektur-Initiative)», BBl 2019 5147 f.

terschied, dass der Initiativtext gewisse Ausnahmen für Kriegsmaterialexporte zulässt, selbst wenn ein Bestimmungsland in einen bewaffneten Konflikt verwickelt ist.<sup>49</sup>

Wie bereits erwähnt, wurden seit Herbst 2018 mehrere parlamentarische Vorstösse betreffend die Lockerung der Kriegsmaterialexporte vorgelegt. Eine Motion der BDP (18.3394) zielte darauf ab, «die demokratische Legitimation [von Exporten von Kriegsmaterial und besonderen militärischen Gütern] zu erhöhen und damit die angewandte Praxis breiter abzustützen». Um dies zu erreichen, schlug die BDP vor, die Ausschlusskriterien für Exportgenehmigungen von der Verordnungsebene zu lösen und in das KMG aufzunehmen. In derselben Motion fordert die BDP, die Ausschlusskriterien des Güterkontrollgesetzes (GKG) sinngemäss denjenigen des KMG anzugleichen. Der Nationalrat nahm die Motion an, der Ständerat hingegen lehnte sie ab. Eine weitere Motion der BDP (18.3395) ist noch hängig, andere parlamentarische Geschäfte wurden inzwischen erledigt.<sup>50</sup>

Auch wenn der Bundesrat auf die im Juni 2018 angekündigte Revision schliesslich verzichtet hat, wird die Struktur von Art. 5 KMV durch eine unangebrachte Auslegung des Ablehnungskriteriums bei bewaffneten Konflikten in Frage gestellt, worauf ich im nächsten Abschnitt eingehe.

## II. Exporte in Staaten, die in bewaffnete Konflikte verwickelt sind<sup>51</sup>

Wie wir gesehen haben, müssen die Behörden bei der Genehmigung von Kriegsmaterialexporten seit der Revision der KMV von 2008 prüfen, ob «das Bestimmungsland in einen internen oder internationalen bewaffneten Konflikt verwickelt ist». Trifft dieser Fall zu, so verbietet die KMV zwingend die Erteilung einer Ausfuhrbewilligung. Nachfolgend gehe ich auf den Wortlaut des genannten Kriteriums und dessen Interpretation durch das SECO und den Bundesrat ein.

Der Begriff des bewaffneten Konflikts wird hauptsächlich in den Genfer Konventionen und deren Zusatzprotokollen definiert. Das humanitäre Völkerrecht

unterscheidet zwischen internationalen bewaffneten Konflikten und bewaffneten Konflikten, die keinen internationalen Charakter aufweisen. Letztere werden oft ungenau «interne Konflikte» genannt.<sup>52</sup> Die Unterscheidung zwischen diesen beiden Arten von bewaffneten Konflikten ist oft komplex, aber für die Auslegung der KMV nicht massgebend, da die KMV für interne und internationale bewaffnete Konflikte die gleichen Rechtsfolgen vorsieht.

Das Völkerrecht definiert einen internationalen bewaffneten Konflikt als jede bewaffnete Auseinandersetzung in zwischenstaatlichen Beziehungen.<sup>53</sup> Für die Definition eines nicht internationalen Konflikts und insbesondere seiner unteren Schwelle sind der den Genfer Konventionen gemeinsame Art. 3 sowie das zweite Zusatzprotokoll die wichtigsten Ausgangspunkte. Ein Konflikt im Sinne des gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen liegt vor, wenn die erforderliche Schwelle der Intensität und jene des Organisationsgrades der bewaffneten Parteien kumulativ erfüllt sind und Zusammenstösse zwischen Regierungsbehörden und organisierten bewaffneten Gruppen oder zwischen solchen Gruppen innerhalb eines Staates stattfinden. Als Hilfsmittel zur Bestimmung dieser unteren Schwellenwerte für nicht internationale bewaffnete Konflikte bietet die Rechtsprechung zusätzliche Präzisierungen.<sup>54</sup> Der Bundesrat anerkennt gemäss eigener Aussage, dass die Anwendung und Auslegung der KMV unter Beachtung dieser Definitionen von bewaffneten Konflikten geschehen muss.<sup>55</sup>

Nach der (nicht immer unbestrittenen)<sup>56</sup> Feststellung, dass ein bewaffneter Konflikt vorliegt, müssen die Behörden analysieren, ob das Zielland in diesen Konflikt «verwickelt» ist. 2009 haben 70 Rechtsexpertinnen und -experten in einem an den Bundesrat gerichteten offenen Brief festgehalten, dass der Begriff «verwickelt» weder im Schweizer Recht noch im Völkerrecht gebräuchlich ist: «Es kann jedoch angenommen werden, dass die Hürde für *(in einen bewaffneten Konflikt verwickelt sein)* tiefer

<sup>49</sup> BBl 2018 7717 ff., 7719.

<sup>50</sup> Motionen Pierre-Alain Fridez (18.3951 und 18.3952 zu Baugruppen), Raphaël Compte (18.4084 zu Kontrollen von Rüstungsexporten), Priska Seiler Graf (18.3956 zu Art. 1 KMG), Interpellationen 18.3396, 18.3504, 18.3731, 18.3733 bis 18.3738 und 18.3805.

<sup>51</sup> Dieser Abschnitt basiert zum Teil auf dem offenen Brief (vgl. Stern-Fussnote) und EVELYNE SCHMID, Völkerrecht: Kriegsmaterial – Schweiz liefert trotz Exportverbot, Plädoyer 2009, 26 ff.

<sup>52</sup> Die Bezeichnung ist ungenau, da auch in einem bewaffneten Konflikt, der keinen internationalen Charakter aufweist, mehr als ein Staat beteiligt sein kann. Dies kann der Fall sein, wenn ein Staat eine Regierung unterstützt, welche gegen Rebellen kämpft.

<sup>53</sup> Art. 2, der den vier Genfer Konventionen gemeinsam ist, und JEAN PICTET ET AL., Commentaires des Conventions de Genève vom 12. August 1949, Vol. I, Genf 1952, 26.

<sup>54</sup> So insbesondere Tribunal pénal international pour l'ex-Yugoslavie, Procureur c. Tadić, Urteil, 1997, para. 562 ff.; Procureur c. Haradinaj, Urteil, 2008, para. 60.

<sup>55</sup> Antwort des BR vom 19. November 2008 auf die Frage 08.1094.

<sup>56</sup> Das SECO bestreitet derzeit die Existenz eines bewaffneten Konflikts, insbesondere mit Blick auf Indien (Konflikt in Kaschmir und maoistischer Aufstand); Schweizer Präzisionswaffe gegen die Rohingya, Sonntagszeitung vom 7. Oktober 2018, 9.

liegen muss als die Hürde für *«Partei eines Konflikts sein»*, ein im humanitären Völkerrecht gängiger Begriff.»<sup>57</sup> Eine Konfliktpartei ist gemäss alltäglichem Sprachgebrauch immer in den Konflikt verwickelt, aber nicht alle in einem Konflikt verwickelten Akteure sind notwendigerweise *«Konfliktparteien»* im rechtlichen Sinne des Wortes. Das entscheidende Kriterium für die Beurteilung, ob ein Akteur eine *«Konfliktpartei»* ist, ist der konkrete Beitrag des Akteurs an die bewaffneten Auseinandersetzungen.<sup>58</sup>

## A. Die Auslegungen des Bundesrats

Die bundesrätliche Auslegung von Art. 5 Abs. 2 lit. a KMV ist speziell. Der Bundesrat verwendet fünf juristische Argumente, um die Ausschlussgründe der KMV auch bei z.T. sehr kontroversen Exporten nicht zum Tragen kommen zu lassen: das Neutralitätsrecht, Unsicherheitsratsresolutionen, die Zustimmung des Staates zur Anwendung von Gewalt, ein angebliches territoriales Kriterium, welches den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 2 lit. a KMV erheblich einschränken würde, sowie das Argument, dass die Art des zu exportierenden Kriegsmaterials entscheidend sei.

Wenige Wochen nach der Revision der KMV wurde der Bundesrat gefragt, ob er der Meinung sei, dass die Vereinigten Staaten und andere Länder zu diesem Zeitpunkt in die bewaffneten Konflikte im Irak und in Afghanistan *«verwickelt»* seien. Er antwortete, dass Exporte in Staaten, die an der multinationalen Militärkoalition im Irak oder der *Operation Enduring Freedom* in Afghanistan teilnehmen, weiterhin möglich seien. Laut Bundesrat stelle der Verweigerungsgrund nach Art. 5 Abs. 2 lit. a [KMV] nicht direkt auf die Anwendbarkeit der Genfer Konventionen ab, sondern orientiere sich zuerst *am Kriegsbegriff des Neutralitätsrechts*.<sup>59</sup> Die betroffenen Länder wären demnach gemäss der Interpretation des Bundesrats nicht an bewaffneten Konflikten im Sinne der KMV verwickelt.

Der Bundesrat fügte hinzu, dass Exporte auch dann weiterhin möglich seien, wenn eine Resolution des Unsicherheitsrates vorliege oder aber wenn Afghanistan mit dem Einsatz von Gewalt durch die Koalition auf dem ei-

genen Territorium einverstanden sei.<sup>60</sup> Wenige Monate später, im August 2009, erklärte er in einem kurzen Satz, dass *«[n]ach dem Willen des Bundesrates [...] Kriegsmaterialausfuhren dann ausgeschlossen sein [sollen], wenn im Empfängerstaat für das Kriegsmaterial selber ein interner bewaffneter Konflikt herrscht»*.<sup>61</sup> Der Konflikt müsse somit auf dem Gebiet des Empfängerlandes selbst stattfinden und ein Land, welches mit seiner Armee im Ausland an einem Konflikt beteiligt ist, sei nicht in diesen verwickelt.

Diese Behauptung eines ungeschriebenen territorialen Kriteriums bleibt wichtig. Der Bundesrat bekräftigte 2016, dass ein Staat nur dann in (interne) bewaffnete Konflikte verwickelt sein könne, wenn sie auf seinem Hoheitsgebiet selbst stattfinden, nicht aber, wenn ein Staat in einen bewaffneten Konflikt in einem anderen Staat eingreift.<sup>62</sup> Auch hier ist Saudi-Arabien von besonderer Bedeutung. Saudi-Arabien ist seit mindestens Frühjahr 2015 in den Konflikt in Jemen verwickelt. Der Bundesrat erklärte 2016, dass er das Ausschlusskriterium der Verwicklung in bewaffnete Konflikte dann nicht anwenden werde, wenn es um zu beurteilende Gesuche gehe, *«bei denen kein Grund zur Annahme besteht, dass das auszuführende Kriegsmaterial im Jemenkonflikt zum Einsatz kommen könnte»*.<sup>63</sup> In diesem Argument verwies der Bundesrat auf die Art des Kriegsmaterials und vertrat die Auffassung, dass bestimmte Kategorien von Kriegsmaterial von Natur aus ungeeignet seien, eine *«offensive»* Rolle in bewaffneten Konflikten oder bei der Repression der Bevölkerung zu spielen.<sup>64</sup>

## B. Analyse der Interpretation des Bundesrats

Die bundesrätlichen Argumente werde ich im Folgenden eines nach dem anderen besprechen.

### 1. Neutralitätsrecht

Der Bundesrat vertrat zumindest 2008 die Meinung, dass der Konfliktbegriff in Art. 5 Abs. 2 lit. a KMV auf das Neutralitätsrecht und nicht auf die Genfer Konventionen gestützt sei.<sup>65</sup> Dieses Argument ist nicht nachzuvollziehen, da das Neutralitätsrecht *«nur»* vorschreibt, wie sich

<sup>57</sup> Offener Brief (vgl. Stern-Fussnote).

<sup>58</sup> Comité International de la Croix-Rouge (CICR/IKRK), *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Cambridge 2016, Art. 2 N 248 f.; für nicht internationale Konflikte s. Kommentar zu Art. 3 N 446.

<sup>59</sup> Antwort des BR vom 19. September 2008 auf die Frage 08.1094.

<sup>60</sup> Antwort des BR vom 19. September 2008 auf die Frage 08.1094.

<sup>61</sup> Antwort des BR vom 19. August 2009 auf die Frage 09.1108.

<sup>62</sup> S. insbesondere die Stellungnahme des BR vom 16. September 2016 zur Interpellation 16.3501.

<sup>63</sup> BR, Medienmitteilung vom 20. April 2016.

<sup>64</sup> Votum Schneider-Ammann, AB 2018 N 113.

<sup>65</sup> Antwort des BR vom 19. November 2008 auf die Frage 08.1094.

neutrale Staaten im Falle eines internationalen Konflikts (d.h. Konflikte in zwischenstaatlichen Beziehungen) verhalten sollen. Nicht internationale bewaffnete Konflikte fallen gar nicht erst in den Anwendungsbereich des Neutralitätsrechtes.<sup>66</sup> Wie bereits erwähnt, bezieht Art. 5 Abs. 2 lit. a KMV die nicht internationalen Konflikte ausdrücklich ein und sieht für beide Konfliktformen identische Rechtsfolgen vor.<sup>67</sup> Dazu kommt, dass das Ziel der Revision von 2008 sich eindeutig nicht auf die Einhaltung von neutralitätsrechtlichen Pflichten beschränkte.<sup>68</sup>

Im bereits erwähnten offenen Brief von 2009 – auf dessen Beantwortung die Unterzeichnenden aller schweizerischen Rechtsfakultäten noch heute warten – haben wir die Behörden unter anderem darauf hingewiesen, dass die korrekte Verwendung des Begriffes des «bewaffneten Konflikts» für das humanitäre Völkerrecht von grundlegender Bedeutung ist, da er die Anwendung dieses Teils des Völkerrechts bedingt. Auch wenn der Erfolg des offenen Briefs bescheiden war, zeigt sich immerhin, dass der Bundesrat nicht mehr am sehr problematischen Argument festhält, dass die Umsetzung von Art. 5 Abs. 2 lit. a KMV auf einem anderen Konfliktbegriff als demjenigen aus dem humanitären Völkerrecht beruhe.<sup>69</sup> Die Meinungsverschiedenheit verschob sich von der Definition des bewaffneten Konfliktes zum Kriterium der «Verwicklung» an einem solchen.

## 2. Uno-Mandate

Als Zweites erklärte der Bundesrat, dass Bestimmungsländer, die an bewaffneten Konflikten teilnehmen, nicht unter Art. 5 Abs. 2 lit. a KMV fallen, wenn diese Staaten unter einem Uno-Mandat handeln. Das Bestehen eines Uno-Mandats bedeutet jedoch nicht, dass kein bewaffneter Konflikt stattfindet, und es ist schwer zu verstehen, warum eine auf einem Uno-Mandat beruhende Intervention keine Verwicklung in einen bewaffneten Konflikt darstellen würde. Die rechtliche Beurteilung einer Situation (ob ein bewaffneter Konflikt vorliegt oder nicht) muss von Fall zu Fall in Bezug auf die relevanten Fakten im betroffenen Gebiet erfolgen. Eine Resolution des Uno-Sicherheitsrates, die den Einsatz von Streitkräften genehmigt, hat «lediglich» die rechtliche Wirkung, dass intervenierende Staaten nicht gegen die Charta der Vereinten

Nationen (d.h. gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot, *ius ad bellum*) verstossen. Eine Resolution des Sicherheitsrates kann aber nicht über das Vorhandensein eines bewaffneten Konfliktes entscheiden. Die Frage, ob ein bewaffneter Konflikt existiert, ist eine Rechtsfrage, die sich auf das *ius in bello* bezieht, d.h. auf das humanitäre Völkerrecht. Dieses zielt darauf, bestimmte Kategorien von Personen in bewaffneten Konflikten zu schützen, ohne Stellung zur Rechtmässigkeit oder Legitimität eines Konflikts zu nehmen. Gewichtige Gründe sprechen dafür, *ius ad bellum* und *ius in bello* strikt zu trennen.<sup>70</sup>

In diesem einen Punkt sind JÖRG KÜNZLI und ich nicht gleicher Ansicht. KÜNZLI befürwortet in Bezug auf Resolutionen des Uno-Sicherheitsrates die bundesrätliche Herangehensweise und argumentiert, dass eine systematische Auslegung von Art. 5 Abs. 2 lit. a KMV darauf hindeuten würde, dass Länder, die auf der Grundlage eines Mandats des Sicherheitsrates in bewaffnete Konflikte verwickelt sind, nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmung fallen.<sup>71</sup> Meiner Meinung und der von SASSÖLI nach hätte der Bundesrat jedoch eine ausdrückliche Ausnahme für die «Verwicklung» auf der Grundlage eines Uno-Sicherheitsratsmandates einführen müssen, wenn er diese Konstellation im Ausschlusskatalog ausgeklammert haben wollte.<sup>72</sup>

SASSÖLI fügt hinzu, dass die Interpretation des Bundesrats «zu absurden Resultaten führen [würde]. Die Schweiz könnte keine Waffen an eine demokratische Regierung liefern, die einer bewaffneten terroristischen Gruppe gegenübersteht (weil dieser Staat keine Genehmigung des Sicherheitsrates benötigt, um einen solchen nicht internationalen Konflikt auf seinem eigenen Territorium zu führen), während die Schweiz mit der Genehmigung des

<sup>66</sup> Für eine detaillierte Analyse s. NIKOLAS STÜRCHLER, Der Begriff des Krieges im Völkerrecht: spezifisch unter dem Gesichtspunkt des Neutralitätsrechtes, SRIEL 2011, 627 ff.

<sup>67</sup> Offener Brief (vgl. Stern-Fussnote); s. auch KÜNZLI (FN 7), Fn 24.

<sup>68</sup> Offener Brief (vgl. Stern-Fussnote); s. auch unten II.B.4.

<sup>69</sup> Antwort des BR vom 19. November 2008 auf die Frage 08.1094.

<sup>70</sup> Zu dieser im Zeitpunkt der Revision von 2008 besonders wichtigen Debatte auf internationaler Ebene siehe JASMINE MOUSSA, Can jus ad bellum override jus in bello? Reaffirming the Separation of the Two Bodies of Law, *International Review of the Red Cross* 2008, 963 ff.

<sup>71</sup> BSK BV-KÜNZLI, Art. 107 N 35, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-KÜNZLI).

<sup>72</sup> MARCO SASSÖLI, Exportation d'armes: la curieuse interprétation du Conseil fédéral, *Plädoyer* 2011, 24 ff. Sogar wenn die Interpretation des Bundesrates in Bezug auf Uno-Sicherheitsratsresolutionen akzeptiert werden würde, müsste sorgfältig geprüft werden, ob der Sicherheitsrat die Anwendung von Gewalt tatsächlich erlaubt hat. Die von den Vereinten Staaten und dem Vereinten Königreich zitierten Resolutionen boten z.B. keine solide Rechtsgrundlage für eine Intervention im Irak. S. auch PATRICIA EGLI, Rechtliche Schranken des Handels mit Kriegsmaterial, *SZIER* 2005, 665 ff., 682 f.

*Sicherheitsrates Waffen an Drittstaaten liefern könnte, die zur Unterstützung einer solchen Regierung eingreifen.»<sup>73</sup>*

Somit scheinen auch Staaten, welche sich auf eine Uno-Sicherheitsratsresolution beziehen, in Konflikte verwickelt.

### 3. Die Zustimmung des betroffenen Staates

Die dritte Möglichkeit für Exporte in an Konflikten beteiligte Länder sieht der Bundesrat in der Zustimmung des betroffenen Staates zu den bewaffneten Aktivitäten anderer Staaten auf seinem Hoheitsgebiet. Eine solche Einwilligung würde gemäss dem Bundesrat die Ausfuhr in die am Konflikt beteiligten externen Staaten rechtfertigen. Die Karsai-Regierung in Afghanistan zum Beispiel stimmte der Anwesenheit von US-amerikanischen (und anderen) Truppen zu. In jüngster Zeit erwähnte der Bundesrat auch, dass Exporte nach Saudi-Arabien und anderen Golfstaaten legal seien, weil der (mutmassliche) jemenitische Präsident Hadi den Golf-Kooperationsrat gebeten habe, den Kampf gegen die Huthi-Rebellen zu unterstützen.<sup>74</sup> Dieses Argument weist mehrere Schwachstellen auf. Zunächst einmal ist die Zustimmung eines Staates, auf dessen Territorium ein bewaffneter Konflikt stattfindet, nicht entscheidend für die Auslegung von Art. 5 Abs. 2 lit. a KMV – der Verordnungstext enthält keinen Anknüpfungspunkt, welcher auf eine solche Ausnahme hinweisen würde. Die Zustimmung des betroffenen Staates ändert die rechtliche Qualifikation des bewaffneten Konfliktes, aber da die Bestimmung beide Typen von bewaffneten Konflikten einschliesst, ist dies irrelevant. Selbst wenn man die Relevanz der auf der Einwilligung beruhenden Argumentation im Hinblick auf Art. 5 Abs. 2 lit. a KMV akzeptieren würde, stellt sich die Frage, ob es im aussenpolitischen Interesse der Schweiz liegt, über die Gültigkeit einer solchen Zustimmung seitens der betroffenen Staaten zu entscheiden. Die Uneinigkeit darüber, wer in einem Konfliktstaat legitime Autorität ausübt, ist wie in Jemen oft Teil des Streits und kann durch politische Interessen der intervenierenden Staaten beeinflusst werden.<sup>75</sup>

### 4. Ein territoriales Kriterium?

Viertens ist der Bundesrat der Ansicht, dass sich Art. 5 Abs. 2 lit. a KMV nur auf Bestimmungsländer beziehe, auf deren eigenem Territorium ein bewaffneter Konflikt stattfindet (mutmassliches Territorialkriterium). Das Hauptproblem bei diesem Argument ist, dass der Wortlaut der KMV keinen Hinweis auf ein solches territoriales Kriterium enthält. Im Gegenteil: Der Wortlaut verwendet den weit gefassten Begriff «*Verwicklung*» in bewaffneten Konflikten. Eine sprachlich-grammatikalische Auslegung führt zum Schluss, dass der Anwendungsbereich des Kriteriums in Art. 5 Abs. 2 lit. a KMV nicht auf Länder beschränkt ist, auf deren eigenem Territorium ein bewaffneter Konflikt stattfindet. So wurde der Wortlaut auch von der Industrie verstanden. Jedenfalls kam der Branchenverband Swissmem am 27. August 2008, am Tag der KMV-Revision, zum Schluss, dass Ausfuhrgenehmigungen in Länder wie die Vereinigten Staaten aufgrund ihrer damaligen Verwicklung in die bewaffneten Konflikte in Afghanistan und im Irak nicht mehr mit der revidierten KMV vereinbar sind.<sup>76</sup>

Eine systematische Auslegung bestätigt das Fehlen eines territorialen Kriteriums, da der erste Absatz desselben Artikels Erwägungen enthält, die auf Stabilität, internationaler Sicherheit und weiteren ethischen und humanitären Werten beruhen. Die teleologische und die historische Interpretation deuten darauf hin, dass das Ziel der Revision von 2008 war, der Situation der Bevölkerung in den betroffenen Ländern Rechnung zu tragen. Die Revision wollte auf die Kritik der GPK-N reagieren, der Bundesrat hätte in Länder, die in bewaffnete Konflikte verwickelt sind (wie derzeit Indien, Südkorea und Pakistan), besser keine Exporte zulassen sollen.<sup>77</sup> Die GPK-N äusserte damals ihre Besorgnis über die Instabilität in den betroffenen Regionen und die Rolle der verschiedenen Staaten in den entsprechenden Konflikten.<sup>78</sup> In der Lehre werden die Ziele von Art. 5 Abs. 2 KMV als Konkretisierungen von Art. 22 KMG (Achtung des Völkerrechts, Grundsätze der schweizerischen Aussenpolitik und internationale Verpflichtungen) und als «*insbesondere friedensvölkerrecht-*

<sup>73</sup> SASSÖLI (FN 72), 25 (Übersetzung durch die Autorin).

<sup>74</sup> Stellungnahme des BR (FN 62).

<sup>75</sup> Im Hinblick auf die Republik Jemen ist das Argument des BR umso problematischer, als die vom Sicherheitsrat beauftragten Experten der Ansicht sind, «*dass es keinen jemenitischen Staat im engeren Sinne des Wortes mehr gibt*», S/2018/68, 2 und para. 17 ff. (Übersetzung durch die Autorin) (zit. Bericht Expertengruppe). Bereits im Frühjahr 2016 war die Legitimität der Autorität Hadis (und damit der Zustimmung) stark umstritten. Die Tatsache, dass der Sicherheitsrat ihn als legitimen Präsidenten anerkannt hat, hätte

angesichts der Beziehungen zwischen den Vereinigten Staaten und Saudi-Arabien und der Tatsache, dass Hadi 2012 (als einziger Kandidat) nur für eine zweijährige Amtszeit gewählt wurde, mit einiger Vorsicht betrachtet werden müssen.

<sup>76</sup> Swissmem, Medienmitteilung vom 27. August 2008 (nicht mehr online, von der Autorin archiviert).

<sup>77</sup> BR, Erläuterungen (FN 23), 1; Bericht GPK-N (FN 9), 2126 ff.

<sup>78</sup> Bericht GPK-N (FN 9), bspw. 2128 f.

liche und menschenrechtliche Kriterien» beschrieben.<sup>79</sup> Auch Überlegungen zur Kohärenz der schweizerischen Aussenpolitik deuten darauf, dass das Ziel der Revision 2008 ein humanitäres war. Man wollte verhindern, dass – zumindest sobald bereits ein bewaffneter Konflikt ausgebrochen ist – zusätzliches Schweizer Kriegsmaterial zum Leiden der Menschen vor Ort beiträgt. Es ist schwer nachzuvollziehen, wie dieses Ziel mit der bundesrätlichen Auslegung in Einklang gebracht werden soll, wenn nur Exporte an Länder ausgeschlossen werden, auf dessen eigenem Territorium ein bewaffneter Konflikt stattfindet. Während externe Staaten (z.B. Saudi-Arabien) zwar oft die zahlungskräftigeren Kunden sind als Länder, in deren Hoheitsgebiet ein bewaffneter Konflikt stattfindet (z.B. Jemen), lässt sich nicht sagen, dass Staaten, die an einem bewaffneten Konflikt ausserhalb ihres Hoheitsgebiets teilnehmen, von Natur aus moderater wären oder ein legitimeres Interesse an Kriegsmateriallieferungen haben.

Historisch ist zudem interessant, festzustellen, dass die alte Version von Art. 11 KMG von 1972 bereits so formuliert wurde, dass eine Verweigerung von Genehmigungen wegen bewaffneter Konflikte nicht an ein territoriales Kriterium gebunden war. Art. 11 des ehemaligen Gesetzes bezog sich auf «Gebiete» und nicht auf Bestimmungsländer im engeren Sinne und schloss nicht nur das Bestehen bewaffneter Konflikte ein, sondern auch das Vorhandensein von «gefährlichen Spannungen» oder drohenden Konflikten.<sup>80</sup> Über diese Elemente hinaus gibt es wenig Material über den genauen Willen des Gesetzgebers. Die Erläuterungen des Bundesrats zur Revision von 2008 enthalten in Bezug auf Art. 5 Abs. 2 lit. a KMV nur zwei Sätze, die für die Interpretation des Ausschlusskriteriums nicht sehr nützlich sind:

*«lit. a: Die Bewilligungsverweigerung ist zwingend, falls sich der Empfängerstaat in einem bewaffneten internen oder internationalen Konflikt befindet. Ob dies zutrifft, unterliegt der Beurteilung durch die Behörden.»*

<sup>79</sup> HANS VEST, Verwaltungszakzessorietät am Beispiel bewilligungsbezogener Straftatbestände, in: Jürg Beat Ackermann/Marianna Johanna Hilf (Hrsg.), Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2017, 59 ff., 78; siehe auch MATTHIAS OESCH, Aussenwirtschaftsrecht: Grundlagen, in: Giovanni Biaggini et al. (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht – Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2015, 1261 ff., 1296; BERNHARD EHRENZELLER/ROLAND PORTMANN/THOMAS PFISTER, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich 2014, Art. 54 N 39; GIOVANNI BIAGGINI, Komm. BV, 2. A., Zürich 2017, Art. 107 N 8 («den altruistischen aussenpolitischen Zielen gemäss BV 54 Abs. 2 verpflichtet»).

<sup>80</sup> Art. 11 aKMG; BBl 1972 II 602 ff., 604; 1972 II 593 ff., 595.

*Insbesondere der genaue Anfang und das Ende eines Konflikts sind nicht immer einfach zu bestimmen.»<sup>81</sup>*

Der Bundesrat vertritt die Auffassung, dass ein territoriales Kriterium immer beabsichtigt war.<sup>82</sup> Die Erläuterungen belegen diese Sicht nicht. Auch zur Auslegung von «verwickelt» in bewaffnete Konflikte schweigen die Erläuterungen, verwenden aber die etwas engere Formulierung «sich in einem bewaffneten internen oder internationalen Konflikt befinden». Es könnte sich um einen Verweis auf das Konzept der «Konfliktpartei» handeln, welches – wie zuvor beschrieben – wohl enger ist als dasjenige der «Verwicklung in einem Konflikt».

Es ist davon auszugehen, dass die Behörden bei Verordnungen einen grösseren Interpretationsspielraum haben als bspw. bei organisatorischen Bestimmungen der Verfassung. Verordnungen können schneller geändert werden und enthalten deswegen naturgemäss oft unpräzisere Formulierungen. Das Bundesgericht räumt ein, dass die Gewichtung der verschiedenen Auslegungselemente je nach Art der Norm variieren kann,<sup>83</sup> verlangt aber, dass den Bestimmungen der Verordnungen im Rahmen des betreffenden Gesetzes die rechtliche Bedeutung gegeben wird, die der Verfassung am ehesten entspricht.<sup>84</sup> Auch wenn man akzeptieren würde, dass der Text im Widerspruch zum Wortlaut ausgelegt werden müsste, und man den Erläuterungen des Bundesrats eine höhere Gewichtung als dem Verordnungstext einräumen würde (indem man «verwickelt» durch «an einem Konflikt teilnehmen» ersetzt), gelangte man nicht zu einem territorialen Kriterium: Es ist weiterhin möglich, dass ein Staat Partei eines Konflikts ist, der ausserhalb seines Territoriums stattfindet. Derzeit trifft dies für die Beteiligung Saudi-Arabiens im Jemenkonflikt zu.<sup>85</sup> Selbst wenn die KMV also restriktiv ausgelegt und das Verb «verwickelt» durch das Konzept der «Konfliktpartei» ersetzt würde, wären z.B. Lieferungen nach Saudi-Arabien aufgrund seiner Rolle im Jemenkonflikt derzeit ausgeschlossen.

Im Frühjahr 2016 kritisierte JÖRG KÜNZLI die bundesrätliche Ansicht, dass Art. 5 Abs. 2 lit. a KMV ein Territorialkriterium enthalte.<sup>86</sup> Das SECO antwortete daraufhin, dass das Bundesgericht in einigen Fällen die Auslegung

<sup>81</sup> BR, Erläuterungen (FN 23), 1.

<sup>82</sup> Antwort des BR vom 19. August 2009 auf die Anfrage 09.1108.

<sup>83</sup> BGE 112 Ia 208 E. 2a.

<sup>84</sup> BGE 144 V 20 E. 6.1.

<sup>85</sup> Bericht Expertengruppe (FN 75), para. 17, 34 und insbesondere 45.

<sup>86</sup> JÖRG KÜNZLI, zit. in: DANIEL FOPPA, Bundesrat steht wegen Waffenexporten in der Kritik, Internet: <https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/parlamentarier-wollen-waffenexporte-in-die-golfregion-stoppen/story/26840112> (Abruf 30.9.2019).

eines Gesetzestextes entgegen seinem Wortlaut akzeptiert habe.<sup>87</sup> Dies ist richtig. Das SECO kann sich insbesondere auf BGE 108 Ia 297 E. 2a und 106 Ia 211 E. 5 beziehen. Gemäss dieser Rechtsprechung ist die vom Wortlaut abweichende Auslegung einer Norm nicht ausgeschlossen. Zudem gibt es einen Pluralismus von Auslegungsmethoden.<sup>88</sup> Eine dem klaren Wortlaut einer Bestimmung entgegenstehende Auslegung ist jedoch nur dann zulässig, «wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus Sinn und Zweck der Vorschrift und aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben.»<sup>89</sup> Die genannten Bundesgerichtsurteile betrafen Bundesgesetze und nicht Verordnungen, die der Bundesrat jederzeit und autonom ändern kann, wenn sich herausstellt, dass der Text nicht oder nicht mehr seinem gesetzlichen Willen entspricht. Aus verfassungsrechtlicher Sicht und angesichts der Frage der demokratischen Legitimierung von heiklen Rüstungsgeschäften erscheint es als unschön, dass der Bundesrat eine von ihm selbst und vor nicht allzu langer Zeit ausgearbeitete Verordnung gegen den Wortlaut auslegt.

Es gibt noch ein weiteres Problem mit dem Versuch des Bundesrates, aus Art. 5 Abs. 2 lit. a KMV ein territoriales Kriterium abzuleiten. Der Wortlaut behandelt beide Arten bewaffneter Konflikte gleichwertig. Die Behörden müssten die gleiche verbindliche Schlussfolgerung ziehen, egal ob das Land in einen internen oder einen internationalen bewaffneten Konflikt verwickelt ist. Ein territoriales Kriterium würde dieser Systematik nicht gerecht. Würde die Genehmigung nur im Falle eines bewaffneten Konflikts im Hoheitsgebiet des Bestimmungslandes verweigert, dann würde diese Auslegung im Falle von internationalen Konflikten zu Problemen mit dem Neutralitätsrecht führen. Bewilligt werden könnten nur Ausfuhren in Staaten, die ausserhalb ihres Hoheitsgebiets an einem internationalen bewaffneten Konflikt beteiligt sind. Durch eine solche Asymmetrie würde die Schweiz nur dem potenziellen Aggressor Kriegsmaterial liefern, nicht aber dem angegriffenen Staat. Dies kann sicherlich nicht die Absicht des Bundesrats sein. Wie er eingeräumt zu haben scheint,<sup>90</sup> führt ein territoriales Kriterium daher

zwangsläufig zu einer unterschiedlichen Behandlung internationaler bewaffneter Konflikte gegenüber solchen, die keinen internationalen Charakter aufweisen. Diese Unterscheidung ist in der KMV für die Prüfung von Exportgesuchen nicht vorgesehen.

## 5. Die Art des Kriegsmaterials

Fünftens stellt sich die Frage, ob der Bundesrat richtig liegt, wenn er davon ausgeht, dass die Art des Kriegsmaterials für die Auslegung von Art. 5 KMV relevant sei. Wenn keines der Ausschlusskriterien des zweiten Absatzes von Art. 5 KMV erfüllt ist, liegt der Bundesrat in der Tat richtig, wenn er die Art der vom konkreten Gesuch betroffenen Waffen oder sonstigen Kriegsmaterialien bei der Beurteilung im Hinblick auf die Erwägungen im ersten Absatz von Art. 5 KMV berücksichtigt. Darüber hinaus erlaubt die 2014 eingeführte Menschenrechtsausnahmeregelung eine Analyse des Risikos, ob das zu exportierende Kriegsmaterial für schwere Menschenrechtsverletzungen verwendet werden könnte. Fällt das Gesuch hingegen unter eines der anderen Kriterien des zweiten Absatzes (und betrifft es keine Ersatzteile), ist es nicht zulässig, die Art des Kriegsmaterials zu berücksichtigen: Der zweite Absatz verbietet die Genehmigung eines Exportgesuches unabhängig von der Kategorie des Kriegsmaterials. Falls die Gesetzgebung in diesem Punkt in Zukunft geändert werden sollte, müsste berücksichtigt werden, dass Waffensysteme selten rein defensiv oder offensiv wirken, da Staaten in der Regel vor dem Einsatz ihrer (offensiven) Streitkräfte eine (defensive) Verteidigungsfähigkeit organisieren.

## 6. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die bundesrätliche Auslegung von Art. 5 Abs. 2 KMV nicht überzeugend ist. Im nachfolgenden letzten Abschnitt schliesse ich diesen Beitrag mit drei Überlegungen zum rechtlichen und politischen Kontext dieser Kontroversen ab.

## III. Perspektiven und Herausforderungen

Die nachfolgenden Überlegungen richten sich auf die Normstufe der Ausschlusskriterien, den Diskurs über das richtige Gleichgewicht zwischen divergierenden Interessen und auf die Frage, welche völkerrechtlichen Vor-

<sup>87</sup> Brief des SECO an die Schweizerische Depeschagentur SDA, zit. in: Waffenexporte in Golfstaaten im Widerspruch zur Verordnung, sda vom 22. April 2016.

<sup>88</sup> BGE 128 I 34 E. 3b.

<sup>89</sup> Bspw. BGE 113 Ia 12 E. 3c.

<sup>90</sup> Antwort des BR vom 19. August 2009 auf die Anfrage 09.1108 («wenn im Empfängerstaat für das Kriegsmaterial selber ein inter-

ner bewaffneter Konflikt herrscht») [Hervorhebung durch die Autorin].

schriften die Schweiz zu priorisieren scheint und welche anderen in den Begründungen der Behörden keine Erwähnung finden.

## A. Die Normstufe

Die Kommentierung eines einzelnen Verordnungsartikels in diesem Artikel füllt zahlreiche Seiten. Die Bundesverfassung verlangt von der Bundesversammlung, dass sie wichtige Bestimmungen für die Auslegung von Rechtsnormen in Form eines Bundesgesetzes erlässt.<sup>91</sup> Die Debatten zur KMV verdeutlichen, dass es sich offensichtlich um umstrittene Bestimmungen handelt. Zumindest die Zulassungskriterien (Hinderungsgründe und zu berücksichtigende Faktoren) müssten daher im Gesetz geregelt werden. Ich bin sicherlich nicht die Erste, die dies vorschlägt.<sup>92</sup> Es ist bedauerlich, dass sich die Bundesversammlung 1996 geweigert hat, die Kriterien in das Gesetz aufzunehmen.<sup>93</sup> Zudem wurde das KMG noch nach der alten Verfassung entworfen. Es gilt zu berücksichtigen, dass die Verfassung von 1999 «*dem Bund*» und nicht mehr dem Bundesrat die Gesetzgebungskompetenz für Kriegsmaterial zu übertragen hat, wie dies zuvor in Art. 41 Abs. 4 der alten BV von 1874 vorgesehen war.<sup>94</sup> Der Verfassungsgeber wollte damit den Einfluss des Bundesrats in dieser Angelegenheit etwas reduzieren. Trotz dieser Verfassungsänderung ist eine Verankerung dieses Gedankens auf Gesetzesebene bisher nicht erfolgt, was verfassungsrechtlich störend ist.

## B. «Zwingende Rechtsfolgen»?

Im Zentrum meiner zweiten Überlegung steht die Struktur von Art. 5 KMV und die notwendige Beachtung, die man ihr schenken möchte, sollte oder müsste.

Im Jahr 2008 erklärte der Bundesrat wie bereits erwähnt, dass die KMV-Revision «*zwingende Rechtsfolgen*» und «*Ausschlusskriterien, die bezüglich der Rechtsfolge kein Ermessen zulassen*», mit sich bringen würde.<sup>95</sup> Er erklärte, dass der neue Absatz mit den Ausschlusskrite-

rien Gründe aufzähle, «*die einer Bewilligungserteilung in jedem Fall entgegenstehen*».<sup>96</sup>

Es ist zutreffend, dass der erste Artikel des KMG widersprüchliche Interessen auflistet und über die relative Gewichtung der einzelnen Interessen schweigt. Allerdings existiert auf Verordnungsebene seit 2008 eine partielle Regelung dieser Frage der Gewichtung. Die Ausschlusskriterien in Art. 5 KMV zielen auf die problematischsten Exporte ab.<sup>97</sup> Der Bundesrat beschloss 2008, bei ihnen keine Abwägungsüberlegungen mehr zuzulassen.

Wie bereits erwähnt, erfordert die Struktur von Art. 5 KMV seit 2008 zwei Phasen der Analyse: auf der einen Seite die generellen Empfehlungen (Abs. 1) und auf der anderen Seite die Ausschlusskriterien (Abs. 2). Nur wenn der Schluss gezogen wird, dass keines der möglichen Ausschlusskriterien zur Anwendung kommt, kann (und sollte) auf den ersten Absatz mit den allgemeinen Überlegungen Bezug genommen werden.<sup>98</sup> Die Suche nach einem «*Gleichgewicht*» zwischen widersprüchlichen Interessen kann daher *ausschliesslich* für Gesuche erfolgen, die *nicht* in den Anwendungsbereich des zweiten Absatzes fallen. Gesuche, die unter ein Ausschlusskriterium fallen, lassen keinen Raum für eine Interessenabwägung – das zumindest ist die Lösung, die bei der Revision der KMV 2008 gesetzgeberisch festgehalten wurde, dem Stimmvolk und interessierten Kreisen so mitgeteilt und von der Lehre als solche verstanden wurde.<sup>99</sup>

Das Problem ist, dass die bundesrätliche Auslegung und Praxis, die Verordnungsänderung von 2014 und die bundesrätlichen Vorschläge von 2018 dieser rechtlich eigentlich klaren Konzeption widersprechen. Die Struktur von Art. 5 KMV wurde 2014 mit der Einführung einer Ausnahmeregelung für Länder, die Menschenrechte systematisch und schwerwiegend verletzen, in Frage gestellt. In einem geringeren Ausmass passierte dies erneut durch die Herabstufung des Kriteriums für die am wenigsten entwickelten Länder.<sup>100</sup> Darüber hinaus beziehen sich die Behörden manchmal auf einen Diskurs über

<sup>91</sup> Art. 164 Abs. 1 BV.

<sup>92</sup> Derselbe Vorschlag wurde auch im Parlament eingebracht, insbesondere in den jüngsten Motionen der BDP; bereits früher: RAINER J. SCHWEIZER, Kriegsmaterialexporte und Völkerrecht, NZZ vom 21. Oktober 2009, 23; DANIEL THÜRER, zit. nach Plädoyer 6/09 vom 2. Dezember 2009, 4.

<sup>93</sup> Vorschlag von SUZETTE SANDOZ: AB 1996 S 824 f.; mehr dazu bei KÜNZLI (FN 15), 558.

<sup>94</sup> Art. 107 Abs. 2 BV; BSK BV-KÜNZLI (FN 71), Art. 107 N 16.

<sup>95</sup> BR, Erläuterungen (FN 23), 1, 3.

<sup>96</sup> BR, Erläuterungen (FN 23), 1.

<sup>97</sup> MEYER (FN 16), N 59.

<sup>98</sup> KÜNZLI (FN 7), 143: «*Erst wenn die Prüfung der Ausschlussgründe ergibt, dass kein absolutes Exporthindernis vorliegt, ist in einem zweiten Schritt die durch Art. 5 Abs. 1 KMV vorstrukturierte Güterabwägung vorzunehmen.*»

<sup>99</sup> Bspw. KÜNZLI (FN 7), 143; PETER V. KUNZ, Wirtschaftsethik durch Wirtschaftsrecht?, in: Peter V. Kunz et al. (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht, Bern 2014, 217 ff., N 85: «*generell nicht bewilligt*»; OESCH (FN 79), 1296 («*Art. 5 Abs. 1 KMV benennt relative Abwägungskriterien, dessen Abs. 2 absolute Ausschlusskriterien*»); Stellungnahme des BR vom 11. Mai 2016 zur Interpellation 16.3108.

<sup>100</sup> S. FN 22.

«Gleichgewicht», auch wenn sie sich mit Anfragen befassen, die – zumindest gemäss der Lehre – unter ein Ausschlusskriterium fallen.<sup>101</sup> Die Verwendung des Begriffs «Gleichgewicht» sollte auf Situationen beschränkt werden, in denen es zulässig ist, Interessen auszugleichen, die im Kern unvereinbar sind.

Abschliessend möchte ich kurz auf den einschlägigen völkerrechtlichen Rechtsrahmen für Kriegsmaterialexporte eingehen.

### C. Welches Völkerrecht?

Wenn es einen Aspekt der Debatte gibt, bei dem Einigkeit herrscht, ist dies die Idee, dass die Schweiz das Völkerrecht respektieren muss. Aber wenn wir genauer betrachten, von welchen völkerrechtlichen Normen die einzelnen Akteure sprechen, gehen die Meinungen bereits auseinander. Gut illustriert wird dies in einer Antwort des Vorstehers des Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF im Grossen Rat von Genf vom 14. Juli 2018. Eingehend auf den an die SiK-S gerichteten Brief der Schweizer Rüstungsindustrie begründete Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN in seinem Schreiben die Absicht, die KMV zu lockern. Er erklärte, dass die Achtung des Völkerrechts garantiert bleibe. Dazu würden insbesondere das Neutralitätsrecht, der Vertrag über den Waffenhandel (ATT) und, «dans certains cas très spécifiques», das humanitäre Völkerrecht gehören.<sup>102</sup>

Wie oben bereits erwähnt, ist das Neutralitätsrecht zwar wichtig. Es ist aber nicht auf nicht internationale Konfliktsituationen anwendbar und daher für die Mehrheit der bewaffneten Konflikte irrelevant. Der ATT bringt wenig bis keinen Mehrwert für das Schweizer Kontrollsystem.<sup>103</sup> Die Behauptung, der internationale Rechtsrahmen umfasse «in bestimmten sehr spezifischen Fällen» das humanitäre Völkerrecht, ist ein Hinweis darauf, dass der Bundesrat dem ersten gemeinsamen Artikel der Genfer Konventionen bei der Beurteilung von Export-

gesuchen wenig Gewicht einräumt. Diese Bestimmung schreibt vor, dass die Vertragsparteien sich verpflichten, «das vorliegende Abkommen unter allen Umständen einzuhalten und seine Einhaltung durchzusetzen». Gemäss der Lehre und dem IKRK verlangt diese Norm auch, dass die Staaten alles Vernünftige unternehmen, die Einhaltung der Genfer Konventionen durch andere Staaten und nicht-staatliche Parteien sicherzustellen.<sup>104</sup> Gemäss dem IKRK ist der gemeinsame Art. 1 der Genfer Konventionen keine leere Formel: Statt nur «in sehr spezifischen Fällen» sollte diese Verpflichtung bei der Beurteilung von allen Exportgesuchen relevant sein.<sup>105</sup>

Des Weiteren ist es interessant, das Fehlen von mindestens zwei weiteren Gruppen von völkerrechtlichen Normen im Schreiben von SCHNEIDER-AMMANN festzustellen. Man kann beispielsweise an die Relevanz der Menschenrechtsverträge denken.<sup>106</sup> Der Bundesrat hätte zudem auch die Artikel über die Verantwortlichkeit von Staaten für völkerrechtswidriges Handeln erwähnen können. Diese Bestimmungen sanktionieren gewohnheitsrechtlich verbindlich die Hilfe oder Unterstützung von einem Staat an einen anderen im Rahmen einer völkerrechtswidrigen Handlung (z.B. Verletzung der Menschenrechte oder des humanitären Völkerrechts).<sup>107</sup> Darüber hinaus sind alle Staaten verpflichtet, eine Situation, die durch einen schweren Verstoß<sup>108</sup> gegen das Völkerrecht geschaffen wurde, nicht anzuerkennen und nicht zu des-

<sup>101</sup> Bspw. Medienmitteilung des BR vom 20. April 2016: «Diese Beurteilung erfolgte vor dem Hintergrund der Wahrung der ausserpolitischen Grundsätze sowie der Berücksichtigung des Risikos eines substanziellen Abbaus der industriellen Kapazitäten in landesverteidigungsrelevanten Bereichen»; siehe auch Antwort des BR (FN 43).

<sup>102</sup> Antwort des WBF-Vorstehers im Grossen Rat der Republik und des Kantons Genf auf die «Resolution: pas de nouveaux allègements en matière d'exportation de matériel de guerre» vom 14. Juni 2018, Internet: <http://ge.ch/grandconseil/data/odj/020102/C03771.pdf> (Abruf 27.8.2019).

<sup>103</sup> FRAUKE RENZ, Entspricht das Schweizer Exportkontrollregime den Vorgaben des Arms Trade Treaty?, Sicherheit & Recht 2018, 185 ff., 194.

<sup>104</sup> CICR/IKRK (FN 58), Art. 1 N 120 f.; Cour internationale de Justice, Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Hauptsache, Urteil, 1986, para. 220, und JEAN-MARIE HENCKAERTS/LOUISE DOSWALD-BECK, Étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier, Vol. I, Brüssel 2006, Regel 144.

<sup>105</sup> CICR/IKRK (FN 58), Art. 1 N 121; KNUT DÖRMANN/JOSÉ SERALVO, L'article 1 commun aux Conventions de Genève et l'obligation de prévenir les violations du droit international humanitaire, Revue internationale de la Croix-Rouge 2014, 25 ff.; MAYA BREHM, The Arms Trade and States' Duty to Ensure Respect for Humanitarian and Human Rights Law, Journal of Conflict & Security Law 2007, 359 ff.; DAVID FURGER, Völkerrechtliche Staatenverantwortlichkeit für grenzüberschreitende Waffentransfers, Zürich 2013, 346 ff.; KÜNZLI (FN 15), 330, leitet daraus ab: «Aus diesem Grund sind Staaten verpflichtet, die Beachtung des humanitären Völkerrechts im Importstaat zu einem zentralen Kriterium ihrer Beurteilungen von Kriegsmaterialexportbewilligungen zu machen.»

<sup>106</sup> FURGER (FN 105), 321 ff.

<sup>107</sup> Art. 16 der Artikel über die Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen, Anhang zur Resolution der Generalversammlung Res. 56/83 (12. Dezember 2001); ausführlich dazu FURGER (FN 105), 190 ff. und 321 ff.

<sup>108</sup> Wie z.B. eine der Uno-Charta zuwiderlaufende Gewaltanwendung, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Verletzungen grundlegender Regeln des humanitären Rechts.

sen Fortdauern beizutragen, sondern dazu beizutragen, den Verstoss durch rechtmässige Mittel zu beenden.<sup>109</sup> Soweit erkennbar, wurde diese Norm – deren Bedeutung der Internationale Gerichtshof für das internationale System unterstrichen hat<sup>110</sup> – vom Bundesrat im Zusammenhang mit Kriegsmaterialexporten noch nie erwähnt.

<sup>109</sup> Art. 41 der Artikel über die Verantwortlichkeit (FN 107).

<sup>110</sup> Internationaler Gerichtshof, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif vom 4. Juli 2004, para. 159.