



Dominik Steiger, Potsdam
„Krieg“ gegen den Terror?

- Über die Anwendbarkeit des Kriegsvölkerrechts auf den Kampf gegen den Terrorismus -

Schon einen Tag nach den Anschlägen vom 11. September rief der damalige U.S.-Präsident George Bush den „Krieg gegen den Terror“ aus. In dem Aufsatz wird untersucht, ob dementsprechend das Kriegsvölkerrecht in diesem Kampf gegen den internationalen islamistischen Terrorismus – außerhalb der Konflikte in Afghanistan und dem Irak – Anwendung finden kann und sollte.

Im Ergebnis werden beide Fragen verneint. Ebenso wie der „Krieg gegen die Armut“ ist der „Krieg gegen den Terror“ ein Sprachkonstrukt, das eine Bedrohungslage verdeutlichen soll, aber nicht den materiell-rechtlichen Anforderungen der Genfer Konventionen entspricht. De lege ferenda lässt sich feststellen, dass die Annahme eines internationalen bewaffneten Konflikts dazu führte, dass den Terroristen ein Schädigungsrecht, also das Recht zum Töten von Kombattanten, zustünde. Dies kann aber nicht gewünscht sein. Ginge man von einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt aus – hier treffen die Parteien nur Pflichten – so könnte der Nutzen nur in einem im Vergleich zum Menschenrechtsschutz erhöhten Schutz des Einzelnen liegen. Dieser ist aber nicht gegeben. Vielmehr sind die negativen Folgen der Kriegsrhetorik zu beachten, zu denen v.a. die Radikalisierung von Menschen gehört, die dem „Feind“ zugerechnet werden. Die Nutzung des Wortes „Krieg“ ist i.E. rechtlich bedeutungslos sowie der globalen Sicherheit abträglich.

S. 197

- HFR 14/2009 S. 1 -

- 1 Schon einen Tag nach den Anschlägen vom 11. September rief der damalige U.S.-Präsident George Bush den „Krieg gegen den Terror“ aus. In dem Aufsatz wird untersucht, ob dementsprechend das Kriegsvölkerrecht in diesem Kampf gegen den internationalen islamistischen Terrorismus – außerhalb der Konflikte in Afghanistan und dem Irak – Anwendung finden kann und sollte.
- 2 Im Ergebnis werden beide Fragen verneint. Ebenso wie der „Krieg gegen die Armut“ ist der „Krieg gegen den Terror“ ein Sprachkonstrukt, das eine Bedrohungslage verdeutlichen soll, aber nicht den materiell-rechtlichen Anforderungen der Genfer Konventionen entspricht. De lege ferenda lässt sich feststellen, dass die Annahme eines internationalen bewaffneten Konflikts dazu führte, dass den Terroristen ein Schädigungsrecht, also das Recht zum Töten von Kombattanten, zustünde. Dies kann aber nicht gewünscht sein. Ginge man von einem nicht-internationalen bewaffneten Konflikt aus – hier treffen die Parteien nur Pflichten – so könnte der Nutzen nur in einem im Vergleich zum Menschenrechtsschutz erhöhten Schutz des Einzelnen liegen. Dieser ist aber nicht gegeben. Vielmehr sind die negativen Folgen der Kriegsrhetorik zu beachten, zu denen v.a. die Radikalisierung von Menschen gehört, die dem „Feind“ zugerechnet werden. Die Nutzung des Wortes „Krieg“ ist i.E. rechtlich bedeutungslos sowie der globalen Sicherheit abträglich.

S. 198

- HFR 14/2009 S. 2 -

3 **A. Einleitung**

Ursprünglich wurde im Völkerrecht streng zwischen Friedens- und Kriegsvölkerrecht differenziert. Inzwischen gelten viele Normen des Friedensvölkerrechts – wenn auch

z.T. nur in modifizierter Form – auch in bewaffneten Konflikten¹ weiter,² so z.B. die Menschenrechte.³ Teile des Kriegsvölkerrechts dienen der Humanisierung des Krieges – dies ist das sog. humanitäre Völkerrecht.⁴ Die wesentlichen Vorschriften sind in den Genfer Konventionen (GK) von 1949⁵ und den dazugehörigen Protokollen von 1977 (ZP I / II) zu finden.⁶

- 4 Das humanitäre Völkerrecht unterscheidet zwischen internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikten. Internationale Konflikte – hier stehen auf beiden Seiten Staaten – werden durch die Genfer Konventionen von 1949 und das ZP I geregelt; nicht-internationale Konflikte – hier steht zumindest auf einer Seite eine nicht-staatliche Einheit – durch den gemeinsamen Art. 3 GK und das ZP II. Die beiden Protokolle sind von den Vereinigten Staaten im Gegensatz zu den Konventionen nicht ratifiziert worden.
- 5 Den hier folgenden Ausführungen liegt eine Gesamtbetrachtung zu Grunde: sowohl der islamistische Terrorismus als auch der Kampf gegen ihn bilden in ihrer Gesamtheit den Untersuchungsgegenstand. Sie beziehen sich aufeinander und stehen in Wechselwirkung zueinander. Der Terrorismus ist die Kampfmethodik der einen Partei in diesem Konflikt, die geheimdienstlichen, polizeilichen und militärischen Aktivitäten der USA und ihrer Partner die der anderen Partei. Nur wenn dieser Konflikt ein bewaffneter Konflikt i.S.d. Genfer Abkommen ist, handelt es um einen wirklichen „Krieg gegen den Terror“. Allerdings bricht sich dieser Konflikt teilweise in einzelne, territorial abgrenzbare Konflikte herunter. So ließ sich von einem internationalen bewaffneten Konflikt in Afghanistan ebenso sprechen wie von einem solchen im Irak.⁷

S. 199

- HFR 14/2009 S. 3 -

6 B. Der „Krieg gegen den Terror“ als bewaffneter Konflikt i.S.d. Völkerrechts?

Da Terroristen keine Staaten sind, kann das Recht des internationalen bewaffneten Konflikts nach übereinstimmender Ansicht nicht angewendet werden.⁸ Es verbleibt jedoch die Anwendbarkeit des Rechts des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts.

¹ Der Begriff des Krieges wird heute nicht mehr verwendet, stattdessen wird von bewaffneten Konflikten gesprochen, s. dazu Michael Bothe, Friedenssicherung und Kriegsrecht, in: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 62.

² Torsten Stein/Christian von Buttlar, Völkerrecht, 11. Aufl. 2005, Rn. 1213.

³ Diese parallele Anwendbarkeit wird von den USA zwar bestritten, aber ansonsten nahezu einhellig bejaht. Hierbei bilden humanitärrechtliche Vorschriften ein *Lex specialis* zu den Menschenrechten. S. dazu ausführlich Bernhard Schäfer, Zum Verhältnis Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht (Studien zu Grund- und Menschenrechten, Bd. 13), 2006 sowie Dominik Steiger, Die CIA, die Menschenrechte und der Fall Khaled el-Masri (Studien zu Grund- und Menschenrechten, Bd. 14), 2007, S. 110 ff.

⁴ Wegen dieser Schutzrichtung kommt es für die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts auch nicht darauf an, ob ein bewaffneter Konflikt rechtmäßig ist oder nicht. Eckart Klein, Der Schutz der Menschenrechte in bewaffneten Konflikten, in: MenschenRechtsMagazin 2004, S. 5-17, 7; Stephan Kimminich/Otto Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 8. Aufl., 2004, S. 495 verweisen darauf, dass sich dies erst mit dem Ende der Diskussion um den gerechten Krieg durchsetzen konnte. Vgl. zum Wiederaufflammen dieser Diskussion Thilo Marauhn/Sebastian M. Heselhaus/Thomas Bruha, Legalität, Legitimität und Moral. Können Gerechtigkeitspostulate Kriege rechtfertigen?, 2008; Jan-Andres Schulze, Der Irak-Krieg 2003 im Lichte der Wiederkehr des gerechten Kriegs, 2005.

⁵ Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field, I, 75 UNTS 31, BGBl. 1954 II S. 783; Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 75 UNTS 85, BGBl. 1954 II S. 813; Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, 75 UNTS 135, BGBl. 1954 II S. 838; Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 75 UNTS 287, BGBl. 1954 II S. 917, ber. 1956 II S. 1586, alle vom 12. August 1949 und von jeweils 194 Staaten ratifiziert (Stand: 20. Februar 2009).

⁶ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1125 UNTS 3, BGBl. 1990 II S. 1551; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 1125 UNTS 609, BGBl. 1990 II S. 1637, beide vom 8. Juni 1977.

⁷ Dies galt bis 19. Juni 2002 (Wahl Hamid Karzais) respektive 28. Juni 2004 (Übergabe der Befehlsgewalt an die irakische Interimsregierung). Seitdem lässt sich in einigen Teilen des Landes von einem gemischten Konflikt sprechen. Zu einem solchen Konflikt allgemein s. Walter Kälin/Jörg Künzli, Universeller Menschenrechtsschutz, 2005, S. 143 ff.

⁸ S. dazu ausführlich Steiger, Anm. 3, S. 60 ff.

7 **I. Anwendbares Recht**

Neben dem gem. Art. 3 GK schützen das ZP II und möglicherweise auch die in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten auf völkergewohnheitsrechtlicher Basis geltende Normen des internationalen bewaffneten Konflikts die Beteiligten nicht-internationaler bewaffneter Konflikte.⁹

8 Einer näheren Untersuchung bedarf die Frage, ob solche völkergewohnheitsrechtlichen Normen überhaupt bestehen. So geht das Jugoslawien-Tribunal (ICTY) ebenso wie eine Studie des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz (IKRK)¹⁰ von einer entsprechenden Wirkung gewisser Normen aus.¹¹ Die Appeals Chamber des ICTY führt im Fall Tadic aus:

9 "This dichotomy [between the two branches of armed conflict law] was clearly sovereignty-oriented and reflected the traditional configuration of the international community, based on the coexistence of sovereign States more inclined to look after their own interests than community concerns or humanitarian demands. [...]"

10 A State-sovereignty-oriented approach has been gradually supplanted by a human-being-oriented approach. Gradually the maxim of Roman law *hominum causa omne jus constitutum est* (all law is created for the benefit of human beings) has gained a firm foothold in the international community as well. It follows that in the area of armed conflict the distinction between interstate wars and civil wars is losing its value as far as human beings are concerned. Why protect civilians from belligerent violence, or ban rape, torture or the wanton destruction of hospitals, churches, museums or private property, as well as proscribe weapons causing unnecessary suffering when two sovereign States are engaged in war, and yet refrain from enacting the same bans or providing the same protection when armed violence has erupted 'only' within the territory of a sovereign State? If international law, while of course duly safeguarding the legitimate interests of States, must gradually turn to the protection of human beings, it is only natural that the aforementioned dichotomy should gradually lose its weight."¹²

S. 200

- HFR 14/2009 S. 4 -

11 Diese Ansicht, die sogar von "should lose its weight" statt "has lost its weight" spricht, reicht aber weder für die Feststellung noch für die Entstehung neuen Rechts aus. Es handelt sich eher um rechtspolitische denn rechtsnormative Überlegungen. Dessen ist sich zwar auch die Kammer bewusst,¹³ dennoch kommt sie zu dem Ergebnis, dass sich neues Völkergewohnheitsrecht gebildet hat, wenn auch nicht vollumfänglich:

12 "[T]he general essence of those rules, and not the detailed regulation they may contain, has become applicable to internal conflicts. [They] cover such areas as protection of civilians from hostilities, in particular from indiscriminate attacks,

⁹ Im Gegensatz zu den Normen des internationalen bewaffneten Konflikts erweitern diese Normen nicht die Handlungsmacht des Staates, vgl. dazu die Hinweise in Anm. 3.

¹⁰ Jean-Marie Henckaerts/Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Volume I. Rules, 2005. Für eine Zusammenfassung s. Jean-Marie Henckaerts, Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict, in: 857 IRRIC 2005, S. 175-212.

¹¹ Zustimmend Kälin/Künzli, Anm. 7, S. 147; James G. Stewart, Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict, in: 850 IRRIC 2003, S. 313-350, S. 322 mwN.

¹² ICTY, *Prosecutor v. Tadic* (IT-94-1), Entscheidung v. 2. Oktober 1995, Ziff. 96f. S. dazu Ian G. Corey, The Fine Line Between Policy and Custom: *Prosecutor v. Tadic* and Customary International Law of Internal Armed Conflict, in: 166 Military Law Review 2000, S. 145-158.

¹³ So stellt sie an die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht geringere Anforderungen als es allgemein üblich ist, ebd., Nr. 99.

protection of civilian objects, in particular cultural property, protection of all those who do not (or no longer) take active part in hostilities, as well as prohibition of means of warfare proscribed in international armed conflicts and ban of certain methods of conducting hostilities.”¹⁴

- 13 Diese Konzeption ist eine Weiterentwicklung des Völkerrechts, die sehr wertorientiert und souveränitätsskeptisch ist und wohl mit geltendem Völkerrecht kollidiert, da sie auf die Staatenpraxis mehr oder weniger verzichtet.
- 14 Das IKRK geht weiter ins Detail und erkennt u.a. folgende Regeln als auch in nicht-internationalen Konflikten als völkergewohnheitsrechtlich geltend an:¹⁵
- the prohibition of attacks on civilians;¹⁶
 - the obligation to respect and protect medical and religious personnel, medical units and transports;¹⁷ as well as medical duties;¹⁸
 - the prohibition of attacks on objects indispensable to the survival of the civilian population;¹⁹
 - the obligation to respect the fundamental guarantees of civilians and persons *hors de combat*;²⁰
 - the obligation to search for and respect and protect the wounded, sick and shipwrecked;²¹
 - the obligation to protect persons deprived of their liberty;²²
- 15 Allerdings hat die Studie des IKRK Kritik, gerade der USA, an ihrer Methodik erfahren. So wird bemängelt, dass die *Opinio Juris* falsch bewertet wurde:

„[T]he United States long has stated that it will apply the rules in its manuals whether the conflict is characterized as international or non-international, but this clearly is not intended to indicate that it is bound to do so as a matter of law in non-international conflicts.”²³

S. 201

- HFR 14/2009 S. 5 -

- 16 Gleichzeitig wird entsprechend der Kritik am ICTY bemängelt, dass die Feststellung der Staatenpraxis zu oft auf Militärhandbüchern etc. beruhe, nicht aber auf der tatsächlichen Praxis im Felde.²⁴
- 17 Obgleich die von der IKRK-Studie behauptete völkergewohnheitsrechtliche Geltung dem Menschen dient und alleine schon deshalb zu begrüßen ist, wird man hier wohl (noch) zurückhaltend von einem sich entwickelnden Völkerrecht sprechen müssen. Viel eher lässt sich (noch) daran denken, dass das Recht des bewaffneten Konflikts als Auslegungshilfe für menschenrechtliche Normen herangezogen wird, wenn es selbst

¹⁴ Ebd., Nr. 126 f. Hervorhebung des Verfassers.

¹⁵ S. überblicksartig die vollständige Kurzdarstellung eines der Autoren der Studie, Henckaerts, Anm. 10, S. 189.

¹⁶ Henckaerts/Doswald-Beck, Anm. 10, S. 3 ff. (Regel 1).

¹⁷ Henckaerts/Doswald-Beck, Anm. 10, S. 79 ff.; 88 ff. (Regel 25, 27-30).

¹⁸ Henckaerts/Doswald-Beck, Anm. 10, S. 86 ff. (Regel 26).

¹⁹ Henckaerts/Doswald-Beck, Anm. 10, S. 189 ff. (Regel 54).

²⁰ Henckaerts/Doswald-Beck, Anm. 10, S. 306 ff. (Regel 87-105). Hierzu gehört u.a. das Folterverbot, S. 315 ff. (Regel 90).

²¹ Henckaerts/Doswald-Beck, Anm. 10, S. 396 ff. (Regel 109-111).

²² Henckaerts/Doswald-Beck, Anm. 10, S. 428 ff.; 435 ff.; 445 ff. (Regel 118-119, 121, 125).

²³ John B. Bellinger, III and William J. Haynes II, A U.S. government response to the International Committee of the Red Cross study Customary International Humanitarian Law, in: 866 IRRC 2007, S. 443-471, 446.

²⁴ Bellinger/Haynes, Anm. 23, S. 445.

mangels Überschreitens der Anwendungsschwelle nicht greift.²⁵ So kann z.B. die Schutzpflicht für das menschliche Leben konkretisiert werden durch die Pflicht, medizinisches Personal zu beschützen. Selbst wenn man schon von einer völkerrechtlich-gewohnheitsrechtlichen Geltung ausgehen kann, so muss dennoch die gleiche Anwendungsschwelle wie im Rahmen des gem. Art. 3 GK überschritten werden. Im Folgenden soll sich daher auf den gem. Art. 3 GK konzentriert werden, der zudem in seiner Geltung in jedem Fall unumstritten ist²⁶ – in diesem Rahmen wird auch die Anwendbarkeit des ZP II besprochen.

18 **II. Gemeinsamer Art. 3 Genfer Konventionen**

Der gem. Art. 3 verlangt, dass „ein bewaffneter Konflikt“ zwischen zwei Parteien vorliegt, „der keinen internationalen Charakter hat und auf dem Gebiet einer der Hohen Vertragsparteien entsteht.“ Nach der Prüfung, ob diese Norm *ratione materiae* anwendbar ist, soll unabhängig von dem Ergebnis auch eine Überprüfung der Anwendbarkeit *ratione personae* folgen.

19 **1. Anwendbarkeit *ratione materiae***

a. „keinen internationalen Charakter“

Problematisch ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch möglicherweise schon die Formulierung, dass der bewaffnete Konflikt „keinen internationalen Charakter“ haben dürfe. Der „Krieg gegen den Terrorismus“ wird schließlich nahezu überall auf der Welt geführt, da auch der Terrorismus nahezu überall zu finden ist:

20 „Der Terrorismus ist überall, wie die Viren. Wir haben es mit einer weltweiten Ausbreitung des Terrorismus zu tun [...]. Es gibt keine Demarkationslinie mehr, die es gestatten würde, ihn genau auszumachen, er befindet sich selbst im Herzen jener Kultur, die ihn bekämpft.“²⁷

21 In vielen verschiedenen Ländern werden Anschläge verübt, in vielen Ländern werden Terroristen gejagt und in den meisten Ländern sind die USA zumindest punktuell beteiligt. So wurden z.B. die mutmaßlichen Terroristen und Opfer des Extraordinary-rendition-Programms in der ganzen Welt gefangen genommen; Khaled el-Masri in Mazedonien, Abu Omar in Italien, andere in Pakistan oder in anderen Ländern, die Teil und oft Partner im Kampf gegen den Terror sind. Das gleiche gilt für die Gefangenen auf Guantánamo Bay. Aus diesem einen weltweiten Konflikt lauter einzelne zu machen, entspräche nicht der Realität. So kann man die genannten Vorfälle in Italien oder die in Mazedonien nicht unabhängig von dem restlichen „Krieg gegen den Terror“ sehen. Jedoch ist der Ausdruck „Konflikt, der keinen internationalen Charakter hat“ als Gegensatz zu einem Konflikt zwischen den Hohen Vertragsparteien gemäß dem gem. Art. 2 GK gemeint.²⁸ Obwohl der „Krieg gegen den Terror“ überall auf der Welt geführt wird, ist von einem nicht-internationalen Charakter i.S.d. Genfer Konventionen auszugehen.

²⁵ S. dazu mutatis mutandis die Rechtsprechung des IGH zum Verhältnis von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht, IGH, Gutachten v. 9. Juli 2004, ICJ Rep. 2004, Nr. 106 (Mauer-Gutachten); Gutachten v. 8. Juli 1996, ICJ Rep. 1996, Nr. 25 (Nuklearwaffen-Gutachten).

²⁶ Selbst die USA sind der Ansicht, dass der Kampf gegen al-Qaida ein bewaffneter Konflikt i.S.d. gem. Art. 3 GK ist, s. das Memorandum vom 7. Juli 2006 des Deputy Secretary of Defense Gordon England, das sich u.a. an die Under Secretaries of Defense und an den Chairman of the Joint Chiefs of Staffs richtet, <http://jurist.law.pitt.edu/pdf/genevaconsmemo.pdf> (20. Februar 2009).

²⁷ Jean Baudrillard, Der Geist des Terrorismus. Herausforderungen des Systems durch die symbolische Gabe des Todes, in: Peter Engelmann (Hrsg.), Jean Baudrillard, Der Geist des Terrorismus, 2002, S. 11-37, 16.

²⁸ U.S.-Supreme Court, Hamdan ./ Rumsfeld, Secretary of Defense, et al., Urteil v. 29. Juni 2006, 548 U.S. 2006, S. 67 f.; Yves Sandoz/Christophe Swinarski/Bruno Zimmermann (Hrsg.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, 1987, Art. 1 Protokoll II S. 1351: "Taking into account the link established with common Article 3, the Protocol applies to all armed conflicts which are not covered by Article 1 of Protocol I' (General principles and scope of application). By excluding situations covered by Protocol I, this definition creates the distinction between international and non-international armed conflicts. The entities confronting each other differ. [I]n a non-international armed conflict the legal status of the parties involved in the struggle is fundamentally unequal. Insurgents (usually part

22 **b. „bewaffneter Konflikt“**

Vor allem am Begriff des „bewaffneten Konflikts“ entzündet sich die Frage, ob im „Krieg gegen den Terror“ das Recht des nicht-internationalen Konflikts Anwendung findet. Dabei ist vor allem auf die Intensität der Gewalt und die Vergleichbarkeit zu herkömmlichen Kriegen zu achten.²⁹ Die entscheidende Frage lautet dementsprechend: Bestehen kriegsähnliche Zustände in den Ländern, in denen der „Krieg gegen den Terror“ geführt wird?

23 Aus der Entstehungsgeschichte folgt, dass dieser Begriff eher weit als eng zu verstehen ist.³⁰ Allerdings ist damit nicht gesagt, ob der Begriff auch so weit gefasst ist, dass der Kampf gegen Terroristen, der bis jetzt immer Teil des Friedensvölkerrechts war und unter strafrechtlichen Aspekten gesehen wurde,³¹ darunter subsumiert werden kann. Es bedarf weiterer Anhaltspunkte.

24 Im Zuge des Versuches, den Begriff „bewaffneter Konflikt“ zu definieren, wurden zehn Kriterien für die Anwendbarkeit des gem. Art. 3 GK aufgestellt.³² Diese müssen nach dem Entwurf alternativ, nicht aber kumulativ vorliegen. Der „Krieg gegen den Terror“ erfüllt genau eines der Kriterien:

25 "That the dispute has been admitted to the agenda of the Security Council or the General Assembly of the United Nations as being a threat to international peace, a breach of the peace, or an act of aggression."³³

26 Der Sicherheitsrat hat den weltweiten Terrorismus in ständiger Resolutionspraxis³⁴ seit dem 11. September 2001 als "one of the most serious threats to peace and security" bezeichnet. Allerdings sind diese Kriterien nicht bindend. Außerdem ist im Umkehrschluss nicht jede Bedrohung des Friedens i.S.d. Art. 39 der Satzung der Vereinten Nationen (SVN)³⁵ auch ein bewaffneter Konflikt i.S.d. Genfer Konventionen. So wurde z.B. das Hungerproblem in Afrika als Bedrohung des Weltfriedens bezeichnet.³⁶ Eine Bedrohung des Friedens liegt u.a. auch dann schon vor, wenn der bewaffnete Konflikt in Kürze auszubrechen droht. Ein bewaffneter Konflikt liegt dann unstreitig aber noch nicht vor. Nichtsdestotrotz ist dies ein starkes Argument dafür, den „Krieg gegen den Terror“ als einen bewaffneten Konflikt zu sehen.

of the population), fight against the government in power acting in the exercise of the public authority vested in it. This distinction sets the upper threshold for the applicability of the Protocol." David Kretzmer, Targeted Killings of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions of Legitimate Means of Defence, in: 16 EJIL 2005, S. 171-212, 195. Thomas Bruha, Gewaltverbot und humanitäres Völkerrecht nach dem 11. September 2001, in: AVR 40 (2002), S. 383-421, 419: „Nicht-international ist daher nicht gleichzusetzen mit innerstaatlich. [...] Nicht-international sind alle bewaffnete Konflikte, die nicht international sind.“

²⁹ Jean S. Pictet, The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary III, 1960, Article 3, S. 37. Der IKRK-Kommentar "is the official history of the negotiations leading to the adoptions of the treaties.", Scharf, S. 44.

³⁰ Ebenso Pictet, Anm. 29, S. 36: "We think [...] that the scope of application of the Article must be as wide as possible.", Georges Abi-Saab, Non-International Armed Conflicts, in: UNESCO (Hrsg.), International Dimensions of Humanitarian Law, 1988, S. 217-239, 220.

³¹ "These treaties [on terrorism] define certain types of terrorist offenses as international crimes (notably, airplane hijacking and attacks on embassies); impose obligations of mutual criminal assistance; and deal with specific transnational aspects of terrorist activity. Terrorist offenses that are international crimes may be subject to universal jurisdiction, and treaties may impose an obligation to extradite or prosecute (*aut dedere aut judicare*). Some agreements are designed to streamline the extradition process, while others focus on transnational activity, such as financial transfers." Joan Fitzpatrick, Jurisdiction of Military Commissions, in: 96 AJIL 2002, S. 345-354, 346; Vgl. auch Carsten Stahn, International Law at Crossroads: the impact of September 11, in: ZaöRV 62 (2002), S. 183-256, 242 ff.

³² S. Pictet, Anm. 29, S. 36.

³³ Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Vol. II-B, S. 121.

³⁴ Vgl. nur die SR-Res. 1368, 1373, 1377 (2001) und SR-Res. 1805, 1822 (2008).

³⁵ Charter of the United Nations, vom 26. Juni 1945, 15 UNTS 335, BGBl. 1973 II S. 143.

³⁶ Im Rahmen seines 4652. Treffens am 3. Dezember 2003 behandelte der Sicherheitsrat das Thema "Africa's food crisis as a threat to peace and security."

S. 203

- HFR 14/2009 S. 7 -

- 27 Für die Anwendung humanitären Völkerrechts spricht ebenso die Wirkung der Attacke nach Größe und Ausmaß des Schadens. Die Bilder vom 11. September 2001, aber auch von Madrid vom 11. März 2004 oder London vom 7. Mai 2005 erinnern stark an Bilder aus Kriegszeiten. Die Wirkung der Bilder sollte aber nicht als Maßstab für rechtliche Bewertungen dienen. Bilder können leicht in die Irre führen:
- 28 „Im Allgemeinen ist die Rolle des Bildes zwiespältig. Es erhöht das Ereignis [...]. Es verleiht ihm eine nie dagewesen Wucht.“³⁷
- 29 Die Anschläge auf das World Trade Center und das Pentagon waren aber kein singuläres Ereignis. Sie wurden vielmehr umrahmt von früheren, teilweise misslungenen, Anschlägen.³⁸ Auch seitdem gab es weltweit immer wieder geplante oder erfolgreiche Terroranschläge, so die vereitelten Anschläge auf mehrere Transatlantik-Flüge in London und die Nahverkehrszüge im Ruhrgebiet im Jahre 2006. So wird behauptet, dass „das Gefahrenpotential des [islamistischen Terrorismus] dem eines militärischen Gegners gleichwertig“ sei.³⁹
- 30 Dennoch treten große Unterschiede zu einem Krieg zu Tage. Während Anschlagbilder in bewaffneten Konflikten zum Alltag gehören, sind solche Bilder im „Krieg gegen den Terror“ zwar zu häufig zu sehen, aber dennoch höchst selten im Vergleich zu Kriegszeiten. Die mediale Aufbereitung der Bilder führt mit zu der Impression von Krieg. Zwar starben zwischen dem 12. September 2001 und Februar 2009 außerhalb des Nahen Ostens und Afghanistans insgesamt 5769 Menschen durch Anschläge islamistischer Terroristen,⁴⁰ jedoch entfallen die Toten auf nur wenige Länder. So starben in Pakistan 1325, in Indien 1129, auf den Philippinen 416, in Somalia 1059, in Russland 766 und in Algerien 462 Menschen. Dies sind z.T. Länder, in denen regionale bewaffnete Konflikte herrschen, die aber nicht durch einfache Addition in einen weltweiten bewaffneten Konflikt „hochgezont“ werden können – zumal die Terroristen keine Einheit bilden.⁴¹ Vor allem beschränken sich die Konflikte auf einzelne Regionen. In den USA gab es seit dem 11. September 2001 keinen einzigen ernstzunehmenden Anschlag mehr.⁴² In Europa sind nur die Anschläge von London und Madrid nennenswert. Insgesamt waren hier 252 Tote zu beklagen. Zwar gab es versuchte Anschläge, diese wurden aber dank aufmerksamer Bürger, v.a. herkömmlicher polizeilicher Ermittlungsarbeit und nicht zuletzt auch Glück, verhindert. Auch das Gefahrenpotential ist mit dem eines bewaffneten Konflikts keineswegs vergleichbar. Die westliche Welt kann durch Terroristen erschüttert werden, aber sie ist ohne eigene tätige Mithilfe nicht in ihrer Existenz bedroht. Dies wäre hingegen anders, wenn z.B. Russland einen NATO-Staat angreifen würde.

S. 204

- HFR 14/2009 S. 8 -

31 **c. Zwischenergebnis**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der bei uns herrschende Friedenszustand selten durch Anschläge unterbrochen wird. Es herrscht gerade kein Kriegszustand, der von friedlichen Momenten unterbrochen wird. Der Ausnahmezustand findet in den Köp-

³⁷ Baudrillard, Anm. 27, S. 73.

³⁸ So den Anschlag auf das World Trade Center 1993 mit sechs Toten und über 1000 Verletzten, die Attacken auf die US-Botschaften in Nairobi (Kenia) und Dar-es-Salaam (Tansania) 1998 – hierbei starben mehr als 200 Menschen, über 5000 wurden verletzt, sowie auf die U.S.S. Cole im Jahr 2000 bei der 17 Matrosen getötet wurden und 39 weitere verletzt.

³⁹ Otto Depenheuer, Die Selbstbehauptung des Rechtsstaats, 2007, S. 46.

⁴⁰ Die Daten basieren auf Recherche der Datenbank des U.S.-amerikanischen National Counterterrorism Center, abrufbar unter <http://wits.nctc.gov>, deren Definition von Terrorismus sehr weit ist.

⁴¹ Nicht nur unterscheidet man zwischen sunnitischen und schiitischen Terroristen, sondern es existieren auch

⁴² Alle Terroranschläge zwischen dem 11. September 2001 und Ende 2008 sind Anthrax-Anschläge aus der Zeit kurz nach dem Anschlag auf das World Trade Center, Anschläge der Earth bzw. Animal Liberation Front oder nicht zuordenbare Anschläge mit Sachschaden..

fen und nicht auf den Straßen statt. Die Intensität der Kämpfe kommt der eines herkömmlichen Krieges nicht nahe. Es ist nicht von einem bewaffneten Konflikt auszugehen.

32 **2. Anwendbarkeit *ratione personae***

Der gem. Art. 3 GK bindet „jede der am Konflikt beteiligten Parteien“. Auf der einen Seite steht entweder ein Staat oder eine andere Einheit, die kein Staat ist, aber dennoch eine gewisse Organisationsstruktur aufweist.⁴³ Auf der anderen Seite muss eine ebensolche nicht-staatliche Einheit stehen.

33 Wie aber genau diese Einheit auszusehen hat, ist unklar. Das ZP II gibt dazu eine Hilfestellung. Im Art. 1 spricht es davon, dass das ZP „auf abtrünnige Streitkräfte oder andere organisierte bewaffnete Gruppen Anwendung findet.“ Damit sind Aufständische und Rebellen gemeint, Gruppen, die unter einer straffen Führung stehen und militärisch wie Streitkräfte agieren. Der Kommentar des IKRK spricht in Hinblick auf den gem. Art. 3 GK von „armed forces“.⁴⁴ Es muss somit eine gewisse strukturelle Vergleichbarkeit zu den Truppen einer Hohen Vertragspartei vorliegen. Dafür spricht auch der Begriff des „bewaffneten Konflikts“, der ebenso im gem. Art. 2 GK benutzt wird und somit keine grundlegend andere Bedeutung in diesem Kontext haben kann. Außerdem lässt sich dies an den Kriterien erkennen, die aufgestellt wurden, um die Anwendbarkeit des gem. Art. 3 GK näher zu bestimmen.⁴⁵

34 Was macht herkömmliche Truppen aus? Sie sind streng hierarchisch organisiert, sie müssen die Verpflichtungen des Kriegsvölkerrechts einhalten können, des Weiteren müssen Friedensverhandlungen aufgenommen werden können und es muss gewährleistet sein, dass Abmachungen von allen Beteiligten eingehalten werden. Die islamistischen Terrornetzwerke außerhalb Afghanistans zeichnen sich hingegen dadurch aus, dass sie lose verbunden sind.⁴⁶ Sie sind gerade nicht streng hierarchisch gegliedert, sondern bestehen aus Zellen.⁴⁷

35 “[T]hese groups are not professional combatants and have neither the command and control nor the training that regular and well-disciplined armed forces have.”⁴⁸

S. 205

- HFR 14/2009 S. 9 -

36 Durch die Weiterentwicklung von al-Qaida hin zu einem amorphen Gebilde⁴⁹ gilt dies heute noch viel weniger. Auch die Kampftechnik der Terroristen ist eine ganz andere: Sie schlagen zu und ziehen sich zurück – oft in ihr bürgerliches Leben, wie man am Beispiel der „homegrown terrorists“ in Großbritannien und inzwischen auch Deutschland sehen kann. Die zeitlichen Abstände zwischen den

⁴³ ICTY, *Prosecutor v. Tadic* (IT-94-1), Entscheidung v. 2. Oktober 1995, Nr. 70, spricht von „organized armed groups.“; ICRC, Commission of Experts for the Study of the Question of Aid to the Victims of Internal Conflicts, Genf, 25.-30. Oktober 1962, S. 3: “[T]he existence of an armed conflict, within the meaning of article 3, cannot be denied if the hostile action, directed against the legal government is of a collective character and consists of a minimum amount of organization.”

⁴⁴ Pictet, Anm. 29, S. 37: “Speaking generally, it must be recognized that the conflicts referred to in Article 3 are armed conflicts, with ‘armed forces’ on either side engaged in ‘hostilities’ – conflicts, in short, which are in many respects similar to an international war.”

⁴⁵ S. oben Anm. 32.

⁴⁶ Etwas anderes könnte für Terrororganisationen wie die ETA und die IRA gelten. Diese sind aber nicht Untersuchungsgegenstand. Außerdem machte dies in der Sache keinen Unterschied, da der Kampf zwischen Spanien und der ETA bzw. zwischen dem Vereinigten Königreich und der IRA nicht die Qualität eines bewaffneten Konflikts erreicht(e).

⁴⁷ Peter Heine, *Terror in Allahs Namen. Extremistische Kräfte im Islam*, 2004, S. 151. Auch bei al-Qaida gab es – wie in jeder menschlichen Gemeinschaft – Hierarchien, diese sind aber nicht mit denen eines militärischen Verbandes vergleichbar. A.A. Allen S. Weiner, *International Fight Against Terrorism*, in: Steven P. Lee (Hrsg.), *Intervention, Terrorism, and Torture. Contemporary Challenges to the Just War Theory*, 2007, S. 137-153, 141.

⁴⁸ Cherif Bassiouni, *Legal Control of International Terrorism: A Policy Oriented Assessment*, in: 42 *Harvard International Law Journal* 2002, S. 83-103, 98.

⁴⁹ Vgl. Bruce Hoffman, *Terrorismus – der unerklärte Krieg: neue Gefahren politischer Gewalt*, 2006, S. 427.

Anschlägen sind im Vergleich zu kriegsähnlichen Zuständen sehr lang.⁵⁰ Aufständische hingegen sind nahezu ständig im Einsatz, sie befinden sich – außer in Momenten der Waffenruhe – in einem permanenten Kamp fzustand. Das Verhältnis von Kampf und Ruhephasen scheint dem von Terroristen diametral entgegengesetzt zu sein: Der Einsatz im Dienste des Terrors nimmt nur einen begrenzten Teil des Lebens ein. Sie sind zuvorderst Zivilisten, die sich auch dem Terror widmen, aber nicht dauernd und ständig, sondern nur punktuell.⁵¹ Die Anwendung des Kriegsvölkerrechts beruht gerade auf der Unterscheidung von Zivilisten, die zu schonen sind und Kombattanten, deren Tötung erlaubt ist. Diese Unterscheidung ist hier aber unmöglich.

- 37 Zudem wollen Terroristen in den allerseltensten Fällen Territorium erobern.⁵² Dieses Ziel zeichnet zum einen herkömmliche Truppen aus, zum anderen ist es eine Anwendungsvoraussetzung des ZP II. Der mangelnde Wille erklärt sich aus der Struktur des Terrorismus heraus: Der Terrorist führt keinen Kampf Mann gegen Mann. Es geht ihm nicht um militärische Überlegenheit und die Niederlage des Feindes auf offenem Schlachtfeld. Vielmehr geht es ihm um Angst und Schrecken, eben um „terreur“, darum, die Menschen und ihre Führung zu verunsichern.⁵³ Terroristen wollen das Denken und Handeln der Menschen besetzen: „Terrorismus [...] ist primär eine Kommunikationsstrategie.“⁵⁴ Das Jugoslawientribunal betrachtet den Terrorismus dementsprechend als eine von den bewaffneten Konflikten getrennte Form des Widerstandes gegen einen Staat.⁵⁵ Damit spricht auch die mangelnde Vergleichbarkeit zu den herkömmlichen Parteien eines Krieges gegen die Anwendung des humanitären Völkerrechts auf den „Krieg gegen den Terror“.^{56,57}

S. 206

- HFR 14/2009 S. 10 -

38 C. Der „Krieg gegen den Terror“ als bewaffneter Konflikt de lege ferenda?

Vielleicht ist es in Anbetracht der militärischen Verfolgung des Terrorismus, seines Gefahrenpotenzials und der weltweiten Kriegsrhetorik jedoch wünschenswert, das Kriegsvölkerrecht de lege ferenda auf die Sachverhalte des „Kriegs gegen den Terror“ anzuwenden, die sich nicht im Irak oder Afghanistan zutragen. Das Völkerrecht befindet sich seit dem 11. September 2001 in einer Umbruchphase. Es gibt – unleugbar – eine neue Bedrohung und dem Völkerrecht fehlen darauf die definitiven Antworten.⁵⁸

⁵⁰ So gab es in den Jahren 2001 bis 2008 im Schnitt nur sechs Anschläge mit jeweils mehr als 50 Toten weltweit, 36 dieser 51 Anschläge fanden im Irak statt, <http://wits.nctc.gov>.

⁵¹ “[T]errorists and their helpers are for the most part civilians who set out on their missions from their homes and retreat to hiding places and refuges among the civilian population who support them.” Ron Ben-Yishai, *Changing the Strategy to Combat Terrorism*, in: 6 Strategic Assessment 2004, www.inss.org.il/publications.php?cat=21&incat=&read=683 (20. Februar 2009).

⁵² Dies gilt bis auf eng begrenzte Ausnahmefälle wie in den Grenzregionen von Pakistan und Afghanistan, Susanne Fischer, *Terrorismus „bekriegen“? – Mittel und Wege europäischer Sicherheits- und Verteidigungspolitik*, in: Österreichisches Studienzentrum für Frieden und Konfliktforschung (Hrsg.), *Der Krieg der Armen? Der internationale Terrorismus in der neuen Weltordnung*, 2005, S. 88-106, 90.

⁵³ S. schon oben, S. 2.

⁵⁴ Peter Waldmann, *Terrorismus – Provokation der Macht*, 2. Aufl. 2005, S. 15; vgl. auch Andreas Musloff, *Krieg gegen die Öffentlichkeit. Terrorismus und politischer Sprachgebrauch*, 1996, S. 10.

⁵⁵ “In the latter situation [d.h. in nicht-internationalen Konflikten], in order to distinguish from cases of civil unrest or terrorist activities, the emphasis is on the protracted extent of the armed violence and the extent of organisation of the parties involved.” ICTY, *Prosecutor v. Delalic et al.* (IT-96-21), Urteil v. 16. November 1998, Nr. 184.

⁵⁶ Es ist darauf hinzuweisen, dass nicht alleine die Intensität der Kämpfe die Anwendbarkeit der Genfer Konventionen bestimmen darf. So gab es schon Fälle, in denen Terroristen die Anwendbarkeit der Genfer Konventionen „herbeibomben“ wollten, indem sie die Intensität der Anschläge erhöhen, s. Bassiouni, Anm. 48, S. 98.

⁵⁷ Auch die Feststellung des Verteidigungsfalles durch die NATO, Anm. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**, sowie die Entscheidung des U.S.-Supreme Court, in der Rechtssache Hamdan v. Rumsfeld, Anm. 28, S. 62 sowie das Memo des Deputy Secretary of Defense Gordon England, Anm. 26, nicht gegen diese Ansicht, s. ausführlich Steiger, Anm. 3, S. 73 ff.

⁵⁸ Vgl. zum Beispiel zur Frage der Selbstverteidigung gegen bewaffnete Angriffe von Terroristen Markus Krajewski, *Selbstverteidigung gegen bewaffnete Angriffe nicht-staatlicher Organisationen – Der 11. September 2001 und seine Folgen*, in: AVR 40 (2002), S. 183-214.

Gleichzeitig verliert es aber an Autorität, wenn es in schwierigen Zeiten keine Antworten auf neue Gefahren geben kann. Auch deshalb ist das Völkerrecht flexibel, mithin veränderungsfähig.⁵⁹ Eine Völkerrechtsänderung dergestalt, dass das Kriegsvölkerrecht Anwendung auf den „Krieg gegen den Terror“ findet, erschien eine Zeitlang auch nicht als besonders unwahrscheinlich.⁶⁰ Inzwischen hat Großbritannien die Verwendung des Begriffes aufgegeben, die USA hatten ähnliches vor; dies scheiterte jedoch am Widerstand des Präsidenten.⁶¹

- 39 Eine Anwendung des Rechts des internationalen bewaffneten Konflikts kommt u.a. aufgrund des Schädigungsrechts, das es den Terroristen erlauben würde, militärische Ziele wie z.B. das Pentagon anzugreifen, nicht in Betracht. Eine Anwendung des Rechts des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts könnte über eine Absenkung der Anforderungen an die Merkmale des gem. Art. 3 GK „bewaffneter Konflikt“ und „organisierte bewaffnete Gruppen“ – die ja beide zwei auslegungsfähige und auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe sind – oder per Analogie geschehen. Zunächst werden die Argumente untersucht, die für eine parallele Anwendbarkeit der beiden Rechtsgebiete im „Krieg gegen den Terror“ sprechen. Anschließend sollen die Gegenargumente vorgestellt und bewertet werden.

40 **I. Erweiterter Schutz durch parallele Anwendung des Kriegsvölkerrechts?**

Zunächst gilt festzuhalten, dass durch die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts in nicht-internationalen Konflikten dem Staat alleine Pflichten auferlegt werden, er jedoch keine Rechte erhält. Es geht um die Hegung des Krieges. Deshalb können eventuelle Vorteile alleine in einem erhöhten Schutz des Einzelnen liegen – und nicht etwa in einer größeren rechtlichen Handlungsmacht des Staates.⁶²

S. 207

- HFR 14/2009 S. 11 -

- 41 Aus menschenrechtlicher Sicht folgen nach verbreiteter Ansicht aus der parallelen Anwendbarkeit von humanitärem Völkerrecht und Menschenrechten fünf Vorteile.⁶³ Erstens sind in Krisensituationen manche Menschenrechte derogierbar, von ihnen kann unter bestimmten Umständen abgewichen werden. Der gem. Art. 3 GK sowie etwaig völkergewohnheitsrechtliche geltende Regeln könnte in diesen Fällen einen weiteren Schutz garantieren als die vertraglich und völkergewohnheitsrechtlich geltenden Menschenrechte.⁶⁴ Zweitens binden die Menschenrechte nur Staaten und keine nicht-staatlichen Organisationen. Das humanitäre Völkerrecht bindet hingegen auch nicht-staatliche Organisationen, ergo auch die Terrorgruppen.⁶⁵ Drittens ist der territoriale

⁵⁹ Selbst wenn nur wenige Staaten einer Übung folgen und andere Staaten nur nicht widersprechen, sondern sich stillschweigend anschließen, kann es zu einer Veränderung der Rechtslage kommen. Vgl. zum Völkergewohnheitsrecht, Hanspeter Neuhold/Waldemar Hummer/Christoph Schreuer, Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Bd. 1, 4. Aufl. 2004, Rn. 182; 215. Vgl. auch IGH, Urteil v. 20. Februar 1969, ICJ Reports 1969, Nr. 73 (Festlandsockel). Hier ging es um die Frage, inwieweit und auch innerhalb welchen Zeitraums Völkergewohnheitsrecht aus Verträgen entstehen kann. Zum Vertragsrecht s. Eckart Klein, Die Internationalen und die Supranationalen Organisationen, in: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 144; IGH, Gutachten v. 21. Juni 1971, ICJ Rep 1971, S. 16, 22 (Namibia-Gutachten).

⁶⁰ Vgl. Helen Duffy, The "War on Terror" and the Framework of International Law, 2005, S. 254: "[T]he current debate highlights this as an area deserving of further analysis and where legal development could, conceivably, unfold."

⁶¹ Jason Burke, Britain stops talk of 'war on terror', in: The Observer, 10. Dezember 2006.

⁶² Es soll hier dahingestellt bleiben, ob angesichts dieses Befundes die Anwendbarkeit des Kriegsvölkerrechts den Wünschen der Staaten entspricht. Verwiesen sei noch darauf, dass nicht nur eine größere rechtliche Handlungsmacht des Staates seine Sicherheit erhöht, sondern auch und gerade die Einhaltung humanitärer Mindeststandards. S. dazu S. 2 ff. S. außerdem schon oben Anm. 9.

⁶³ Vgl. Theodor Meron, The Humanization of Humanitarian Law, in: 94 AJIL 2000, S. 239-278, 274, der davon aber nur vier nennt.

⁶⁴ Vgl. Hans-Peter Gasser, International Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-international Armed Conflict: Joint Venture or Mutual Exclusion, in: German Yearbook of International Law 2002, S. 149-162, 158; Djamchid Momtaz, The minimum humanitarian rules applicable in periods of internal tension and strife, in: 324 IRRC 1998, S. 455-462; Theodor Meron, Towards a Humanitarian Declaration on Internal Strife, in: 78 AJIL 1984, S. 859-868, 863 f.

⁶⁵ Hernan Salina Burgos, The application of international humanitarian law as compared to human rights law in situations qualified as internal armed conflict, internal disturbances and tensions, or public emergency,

Anwendungsbereich der Genfer Konventionen im Gegensatz zu dem der Menschenrechtsverträge nicht umstritten.⁶⁶ Viertens findet sich noch die Überlegung, dass menschenrechtliche Normen ignoriert würden und Normen des humanitären Völkerrechts ihnen zu ihrer Verstärkung zur Seite gestellt werden müssten.⁶⁷ Fünftens erhöht sich die Zahl der Überwachungsmechanismen. Dies würde den Schutz des Einzelnen erhöhen. Im Folgenden soll untersucht werden, inwiefern daraus tatsächlich ein höherer Schutz folgt.

42 **1. Derogation von Menschenrechten**

Es wird behauptet, dass der gem. Art. 3 GK einen materiell höheren Schutz bietet als die menschenrechtlichen Regelungen, da letztere Derogationsmöglichkeiten vorsehen.⁶⁸ In der Tat erlauben alle Menschenrechtsverträge die Derogation von bestimmten Menschenrechten. Die USA haben allerdings keine Derogationserklärung abgegeben, ebenso wenig wie andere Staaten.⁶⁹ Dennoch soll hier neben dem momentanen Schutz durch die Menschenrechte auch der Schutz im Fall einer Derogation mit dem Schutzniveau des gem. Art. 3 GK verglichen werden. Im Rahmen dieser Arbeit kann ein solcher Überblick nur cursorisch bleiben, weshalb sich die Darstellung im Folgenden auf den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Zivilpakt/IPbPR)⁷⁰ konzentrieren wird.

43 **a. Materiell gleicher oder höherer Schutz durch den gem. Art. 3 GK?**

Der hier relevante Abschnitt des gem. Art. 3 GK lautet:

„[Die geschützten] Personen werden unter allen Umständen mit Menschlichkeit behandelt, ohne [diskriminierende] Behandlung. Zu diesem Zweck sind und bleiben in Bezug auf die oben erwähnten Personen jederzeit und überall verboten a) Angriffe auf das Leben und die Person, namentlich die Tötung jeder Art, Verstümmelung, grausame Behandlung und Folterung; b) das Festnehmen von Geiseln; c) Beeinträchtigung der persönlichen Würde, namentlich erniedrigende und entwürdigende Behandlung; d) Verurteilungen und Hinrichtungen ohne vorhergehendes Urteil eines ordentlich bestellten Gerichtes, das die von den zivilisierten Völkern als unerlässlich anerkannten Rechtsgarantien bietet.“

S. 208

- HFR 14/2009 S. 12 -

44 Der gem. Art. 3 GK ist der Menschlichkeit verpflichtet, die auch Grundlage der Menschenrechtsverträge ist. Er schützt das Recht auf Leben (Art. 3 Nr. 1 lit. a GK, findet sich so in Art. 6 Abs. 1 IPbPR wieder), das Recht auf Freiheit vor Folter, grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung (Art. 3 Nr. 1 lit. a⁷¹ und lit. c GK bzw. Art. 7 und 10 IPbPR⁷²) und einen gewissen Teilbereich

with special references to war crimes and political crimes, in: Frits Kalshoven/Yves Sandoz (Hrsg.), *Implementation of International Humanitarian Law/Mise en œuvre du droit international humanitaire*, 1989, S. 1-30, 22; Bothe, Anm. 1, Rn. 121.

⁶⁶ Vgl. Theodor Meron, *On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument*, in: 77 AJIL 1983, S. 589-606, 594 f.

⁶⁷ Meron, Anm. 64, S. 864.

⁶⁸ Vgl. Gasser, Anm. 64, S. 158; Momtaz, Anm. 64; Meron, Anm. 64, S. 863 f.

⁶⁹ In Bezug auf die USA ausdrücklich der Second and Third Periodic Report of the United States of America to the UN Committee on Human Rights Concerning the International Covenant on Civil and Political Rights, 21. Oktober 2005, Nr. 89, www.state.gov/g/drl/rls/55504.htm#art4 (20. Februar 2009).

⁷⁰ International Covenant on Civil and Political Rights vom 16. Dezember 1966, in Kraft getreten am 23. März 1976, 999 UNTS 171; BGBl. 1973 II S. 1534, von 162 Staaten ratifiziert (20. Februar 2009).

⁷¹ Verstümmelung ist eine Form der unmenschlichen Behandlung, vgl. in Bezug auf die Genitalverstümmelung, MRA, General Comment Nr. 28: Equal Rights between Men and Women, UN-Dok. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 (2000), Nr. 11. Eine deutsche Übersetzung findet sich in *Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen*, 2005, S. 51-52.

⁷² Hier wäre zu diskutieren, ob die entwürdigende Behandlung das Gleiche ist wie eine erniedrigende Behandlung.

des Rechts auf einen fairen Prozess (Art. 3 Nr. lit. d GK⁷³ bzw. Art. 14 Abs. 1 IPbPR und auch Art. 9 Abs. 1 IPbPR).⁷⁴ Die Geiselnahme – als zwar typisches Verhalten im Krieg,⁷⁵ aber untypisches (staatliches) Verhalten in Friedenszeiten – ist in den menschenrechtlichen Verträgen nicht ausdrücklich verboten. Geiselnahme bedeutet, dass ein Unschuldiger in Gewahrsam genommen wird und als Austausch- oder Druckobjekt gebraucht wird. Vor Geiselnahmen schützen dementsprechend das Recht auf Sicherheit und Freiheit (Art. 9 Abs. 1 IPbPR)⁷⁶ und das Verbot der Folter und der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung.⁷⁷ Folglich enthält der gem. Art. 3 GK keine Rechte, die nicht auch der Zivilpakt garantieren würde. Da darüber hinaus die im gem. Art. 3 GK genannten Rechte auch menschenrechtliches Völkergewohnheitsrecht darstellen,⁷⁸ ist der nominelle Schutz der menschenrechtlichen Garantien denen des Art. 3 GK zumindest gleichwertig.

45 **b. Gleicher Schutz auch im Falle der Derogation?**

Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass die USA oder andere Staaten in Zukunft von ihren menschenrechtlichen Verpflichtungen derogieren werden. Gewährt der gem. Art. 3 GK in einem solchen Fall einen höheren Schutz? Ist dies der Fall, so würde viel für die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts auf den „Krieg gegen den Terrorismus“ de lege ferenda sprechen.

S. 209

- HFR 14/2009 S. 13 -

46 Jeder menschenrechtliche Vertrag sieht spezielle Derogationsklauseln im Fall eines öffentlichen Notstandes vor. Die Derogationsregel des Zivilpaktes ist beispielhaft für die Derogationsklauseln anderer Menschenrechtsverträge⁷⁹ und bestimmt, dass die Vertragsstaaten

„[i]m Fall eines öffentlichen Notstandes, der das Leben der Nation bedroht [...] Maßnahmen ergreifen [können], die ihre Verpflichtungen aus dem Pakt in dem Umfang, den die Lage unbedingt erfordert, außer Kraft setzen“ dürfen (Art. 4 IPbPR).

⁷³ Zu den hier garantierten Rechten "would be arguably included there under: The right of an informal hearing in one's presence before the accuser; the right to call witnesses in one's behalf if reasonably available; the right of an impartial fact finder and decision-maker, either a single judge or a board with express duty to decide on the facts as presented [...]; and the right to have a personal representative state one's position to the court and translate if the proceedings are in a language other than one's own, if one has no understanding of the language or is otherwise incapable of asserting his rights." David A. Elder, *The Historical Background of Common Article 3 of the Geneva Convention of 1949*, in: 11 *Case Western Reserve Journal of International Law* 1979, S. 37-69, 64.

⁷⁴ Art. 14 Abs. 1 IPbPR lautet: „Alle Menschen sind vor Gericht gleich. Jedermann hat Anspruch darauf, dass über eine gegen ihn erhobene strafrechtliche Anklage [...] durch ein zuständiges, unabhängiges, unparteiisches und auf Gesetz beruhendes Gericht in billiger Weise und öffentlich verhandelt wird.“ In den Absätzen 2 bis 7 folgen die wesentlichen Garantien eines fairen Verfahrens, u.a. die Unschuldsvermutung oder das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen. Art. 9 Abs. 1 IPbPR verbietet die willkürliche Haft. Willkürlich ist die Haft, "if it is not pursuant to law; it may be arbitrary also if 'it is incompatible with the principles of justice or with the dignity of the human person.'" Statement der US-Delegation zur 13. Generalversammlung, UN-Dok. A/C.3/SR.863, S. 137 (1958), zitiert nach: *The American Law Institute (Hrsg.), Restatement of the Law. The Foreign Relations Law of the United States, Vol. 2, § 501-End, S. 164.*

⁷⁵ Pictet, Anm. 29, S. 39.

⁷⁶ MRA, General Comment Nr. 29: States of Emergency (Article 4), UN-Dok. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), Nr. 13. Eine deutsche Übersetzung findet sich in *Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Anm. 71, S. 141-150.*

⁷⁷ Vgl. MRA, *Antonaccio ./. Uruguay* (063/1979), Auffassung vom 28. Oktober 1981, UN-Dok. CCPR/C/OP/1, Nr. 16.1 i.V.m. Nr. 20.

⁷⁸ S. dazu Steiger, Anm. 3, S. 80 f.

⁷⁹ Vgl. Art. 27 AMRK (Inter-American Convention on Human Rights, vom 22. November 1969, in Kraft getreten am 18. Juli 1978, von 25 Staaten ratifiziert), Art. 2 Abs. 2 CAT (Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment vom 10. Dezember 1984, in Kraft getreten am 26. Juni 1987, BGBl. 1990 II S. 246, 1465 UNTS 85; von 146 Staaten ratifiziert). und Art. 15 EMRK. (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, vom 4. November 1950, ETS Nr. 5, in der zuletzt durch Protokoll Nr. 11 geänderten Fassung; Neufassung: BGBl. 2002 II S 1055, von 47 Staaten ratifiziert (Stand jeweils 20. Februar 2009).

47 Der Notstand muss dem jeweils zuständigen Vertragsorgan notifiziert werden. Die Maßnahme muss verhältnismäßig sein („in dem Umfang, den die Lage unbedingt erfordert“), darf nicht den anderen völkerrechtlichen Verpflichtungen des Staates – z.B. dem humanitären Völkerrecht⁸⁰ – zuwiderlaufen und darf nicht diskriminierend sein.

48 aa. Ausdrücklich derogationsfeste Rechte

Von einigen Rechten darf keinesfalls abgewichen werden. Diese sind von Vertrag zu Vertrag unterschiedliche – einige gehören aber immer dazu, so das Verbot der Folter und das Recht auf Leben.⁸¹ Das Recht auf Sicherheit und Freiheit, das zusammen mit dem Verbot der Folter vor Geiselnahmen schützt sowie die justiziellen Rechten sind hingegen nicht ausdrücklich derogationsfest. Der Schutz des gem. Art. 3 GK scheint damit tatsächlich über dem der menschenrechtlichen Garantien zu liegen.

49 bb. Weitere Grenzen der Derogation

Wie gesehen, dürfen aber die Rechte zum einen nicht komplett derogiert werden, zum anderen sind einige Menschenrechte nicht derogierbar, obwohl sie nicht ausdrücklich in Art. 4 IPbPR bzw. in den Parallelnormen als solche aufgelistet sind.⁸² Dies sind zumindest die Fälle, in denen ein Staat gegen Ius cogens verstößt oder in denen der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit, wie er z.B. in Art. 7 IStGH-Statut⁸³ normiert ist, erfüllt wurde.⁸⁴

S. 210

- HFR 14/2009 S. 14 -

50 Ebenso wenig ist Art. 10 IPbPR abdingbar, da das Recht, mit Menschlichkeit und Respekt vor der einem jedem Menschen innewohnenden Würde behandelt zu werden, eine „norm of general international law not subject to derogation“ ist. Dies wird unterstützt durch die besonders enge Verknüpfung der Art. 10 und 7 IPbPR und durch die Erwähnung der dem Menschen innewohnenden Würde in der Präambel der Menschenrechtspakte.⁸⁵ Ferner gelten die Verbote der Geiselnahme, Entführungen und geheimen Inhaftierungen („unacknowledged detentions“), die alle gemäß Art. 9 IPbPR verboten sind, absolut.⁸⁶ Außerdem ist es den notstandsfesten Rechten inhärent, dass sie durch verfahrensrechtliche und justizielle Garantien abgesichert sind. Auch von diesen Garantien darf niemals derogiert werden, da sie dadurch wirkungslos würden.⁸⁷ Dazu gehört auch immer das Recht auf Habeas corpus⁸⁸ sowie das Recht auf Schutz durch ein zu-

⁸⁰ MRA, General Comment Nr. 29, Anm. 76, Nr. 9. Vgl. auch MRA, Concluding observations of the Human Rights Committee : Israel. 21/08/2003, UN-Dok. CCPR/CO/78/ISR, Nr. 11.

⁸¹ Im Gegensatz zum Folterverbot ist das Recht auf Leben allerdings einschränkbar. Dies ergibt sich aus der Norm selbst, die nur vor „willkürlicher“ Beraubung des Lebens schützt. Diese Einschränkung ist aber von der Derogation zu unterscheiden. Zu dem Unterschied s. Stefanie Schmah, Derogation von Menschenrechtsverpflichtungen in Notstandslagen, in: Dieter Fleck (Hrsg.), Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte = Legal issues of military counter-terrorist operations, 2004, S. 125-146.

⁸² MRA, General Comment Nr. 29, Anm. 76, Nr. 13 ff. Vgl. dazu auch Eckart Klein, Einige Betrachtungen zu General Comment No. 29 (2001) des Menschenrechtsausschusses, in: MenschenRechtsMagazin 2003, S. 126-131.

⁸³ Rome Statute of the International Criminal Court. Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, vom 17. Juli 1998, 2187 UNTS 3, BGBl. 2000 II S. 1393, von 108 Staaten ratifiziert (Stand: 20. Februar 2009).

⁸⁴ MRA, General Comment Nr. 29, Anm. 76, Nr. 12: „If action conducted under the authority of a State constitutes a basis for individual criminal responsibility for a crime against humanity by the persons involved in that action, article 4 of the Covenant cannot be used as justification that a state of emergency exempted the State in question from its responsibility in relation to the same conduct.“

⁸⁵ MRA, General Comment Nr. 29, Anm. 76, Nr. 13.

⁸⁶ Ebd.

⁸⁷ „Article 4 may not be resorted to in a way that would result in derogation from non-derogable rights.“ MRA, General Comment Nr. 29, Anm. 76, Nr. 15.

⁸⁸ „In order to protect non-derogable rights, the right to take proceedings before a court to enable the court to decide without delay on the lawfulness of detention, must not be diminished by a state party’s decision to derogate from the Covenant.“ MRA, General Comment Nr. 29, Anm. 76, Nr. 16. S. auch AGMR, Gutachten vom 30. Januar 1987, Nr. OC-8/87, (Ser. A) No. 8 (1987) – Habeas Corpus in Emergency Situations (Arts. 27(2) and 7(6) of the American Convention on Human Rights), Nr. 30 ff.

ständiges, unabhängiges, unparteiisches und auf einem Gesetz beruhendes Gericht.⁸⁹ Würde von diesen Rechten derogiert werden, so fehlte die Flankierung materieller Rechte, die deren Effektivität erst sichert.⁹⁰

- 51 Schließlich müssten die Staaten gemäß Art. 4 Abs. 1 IPbPR im Falle einer Derogation ihre weitergehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen einhalten. Ansonsten ist die Derogation auch unter dem Zivilpakt ungültig. Nach der Interamerikanischen Menschenrechtskonvention sind die justiziellen Garantien ausdrücklich nicht abdingbar. Zwar sind z.B. die USA kein Vertragsstaat, aber über die Amerikanische Menschenrechtsdeklaration sind auch sie an die Derogationsregeln der Menschenrechtskonvention gebunden.⁹¹ Somit würde eine Derogation dieser Rechte automatisch auch gegen Art. 4 IPbPR verstoßen⁹²

S. 211

- HFR 14/2009 S. 15 -

- 52 Des weiteren lässt sich argumentieren, dass der gem. Art. 3 GK einen humanitären Mindeststandard darstellt, der auch in den Fällen eingehalten werden muss, in denen gar kein bewaffneter Konflikt vorliegt, da ein Absinken unter den in Kriegszeiten gültigen Standard in Friedenszeiten kaum notwendig sein kann.⁹³

- 53 "What Government would dare to claim before the world, in a case of civil disturbances which could justly be described as mere acts of banditry, that, Article 3 not being applicable, it was entitled to leave the wounded uncared for, to torture and mutilate prisoners and take hostages?"⁹⁴

- 54 Es zeigt sich deutlich, dass der materielle Schutz der Menschenrechtsverträge sehr hoch ist, selbst im Falle der Derogation. Dies gilt nicht nur für die Mitgliedstaaten der OAS, sondern für alle Vertragsstaaten des Zivilpaktes. Der Schutz des gem. Art. 3 GK ist also gar nicht – wie gerne angenommen wird⁹⁵ – höher. Eine Anwendbarkeit de lege ferenda lässt sich hieraus nicht ableiten.

55 **2. Bindung an Menschenrechte**

Es wird behauptet, dass nur durch die Anwendung von humanitärem Völkerrecht auch die Terroristen an humanitäre Mindeststandards gebunden sind, da sie als nichtstaatliche Einheiten nicht unmittelbar an die Menschenrechte gebunden seien. Dies ist im Kern richtig, geht aber an der Sache vorbei. Zwar wären Terroristen verpflichtet, ihrer-

⁸⁹ "The provisions of the Covenant relating to procedural safeguards may never be made subject to measures that would circumvent the protection of non-derogable rights." MRA, General Comment Nr. 29, Anm. 76, Nr. 15. Ein nicht dermaßen gestaltetes Gericht würde aber nicht unabhängig sein und damit die Rechte nicht mehr garantieren können. Zudem wäre die Beschwerde nicht mehr wirksam, wie es der nicht-derogierbare Art. 2 Abs. 3 IPbPR verlangt. Und in Nr. 16 hält der Ausschuss fest: "The Committee is of the opinion that the principles of legality and the rule of law require that fundamental requirements of fair trial must be respected during a state of emergency. Only a court of law may try and convict a person." Der inter-amerikanische Gerichtshof führt aus: "[H]abeas corpus performs a vital role in ensuring that a person's life and physical integrity are respected, in preventing his disappearance or the keeping of his whereabouts secret and in protecting him against torture or other cruel, inhuman or degrading punishment or treatment.", AGMR, Gutachten vom 30. Januar 1987, Nr. OC-8/87, (Ser. A) No. 8 (1987) – Habeas Corpus in Emergency Situations (Arts. 27(2) and 7(6) of the American Convention on Human Rights), Nr. 35 (s. auch Nr. 32). Auf dieses Gutachten beruft sich auch die UN-Menschenrechtskommission in ihrem Statement zum Recht auf Habeas corpus vom 28. Februar 1992, in dem sie alle Staaten dazu aufruft, dieses Recht auch in Zeiten des Notstandes zu respektieren, UN-Dok. E/CN.4/RES/1992/35.

⁹⁰ Zu diesem Zusammenhang s. ausführlich Steiger, Anm. 3, S. 85 ff.

⁹¹ Vgl. zu dem Zusammenspiel der beiden Dokumente Thomas Buergenthal, Menschenrechtsschutz im inter-amerikanischen System, in: EuGRZ 1984, S. 169-189

⁹² Dies wird vom Menschenrechtsausschuss auch überprüft: "Although it is not the function of the Human Rights Committee to review the conduct of a State party under other treaties, in exercising its functions under the Covenant the Committee has the competence to take a State party's other international obligations into account when it considers whether the Covenant allows the State party to derogate from specific provisions of the Covenant." MRA, General Comment Nr. 29, Anm. 76, Nr. 10.

⁹³ Stephanos Stavros, The Right to a Fair Trial in Emergency Situations, in: 41 International and Comparative Law Quarterly 41 1992, S. 343-365, 349. S. auch Schmahl, Anm. 81, S. 134.

⁹⁴ Pictet, Anm. 29, S. 36.

⁹⁵ Vgl. die Nachweise in Anm. 68.

seits den gem. Art. 3 GK einzuhalten,⁹⁶ jedoch wirkt sich dies lediglich rechtlich, nicht aber tatsächlich aus. Zwar muss man im Völkerrecht immer vorsichtig sein, wenn tatsächliche Argumente gegen Rechtsargumente vorgebracht werden. Bei der Übertragung von Pflichten auf Non-state-Actors, die außerhalb jedes Rechtsrahmens handeln – selbst dem der Shari'a – lässt sich ein solcher Hinweis aber nicht vermeiden. Gerade terroristische Aktionen leben davon, dass gegen fundamentale Menschenrechte verstoßen wird. Jede terroristische Handlung ist eine Menschenrechtsverletzung. Die einzige Möglichkeit, nicht gegen den gem. Art. 3 GK zu verstoßen, wäre, wenn Terroristen ihre gesamte Strategie umstellten. Das aber wird nicht passieren, denn: "[they] feel that they cannot abide by the rules if they are to succeed."⁹⁷ Und sollten Terroristen tatsächlich ihre Strategie umstellen und Terror nicht mehr als Mittel ansehen, dann ist auch der Kampf gegen den Terror beendet, denn der Terror selbst wird aufgehört haben zu existieren. Das Argument, dass nur so die Terroristen selbst an humanitäre Mindeststandards gebunden seien, verkennt die Macht des Rechts und kann deshalb nicht überzeugen.⁹⁸

S. 212

- HFR 14/2009 S. 16 -

56 3. Territorialer Anwendungsbereich

Von einigen Regierungen wird geleugnet, dass der Anwendungsbereich der Menschenrechte auch extraterritorial gilt.⁹⁹ Wiewohl in der Sache falsch, sind die realen Folgen eines solchen theoretischen Streits sichtbar: u.a. das gesamte Extraordinary-renditions-Programm ebenso wie die Institution Guantánamo Bay besteht aufgrund eben dieser falschen Auslegung.¹⁰⁰ Die territoriale Anwendbarkeit der Normen des humanitären Völkerrechts ist hingegen nicht umstritten. Jedoch geben die Genfer Konventionen in anderer Hinsicht Anlass zum Streit. Plastisch wird dies an der Rechtsfigur des sog. Enemy combatant, die dem Genfer Recht unbekannt ist, aber dennoch seitens der US-Administration reaktiviert wurde, um die Anwendbarkeit der Genfer Konventionen zu begrenzen. Es gibt also sowohl im Hinblick auf den Zivilpakt als auch auf die Genfer Konventionen Streit um die konkrete Anwendbarkeit. Da sich solche Meinungsverschiedenheiten bei jedem Vertrag ergeben, erscheint es auf den ersten Blick für den Schutz des Einzelnen besser, wenn sich die betreffenden Staaten auf mehreren Gebieten rechtfertigen müssen. Der öffentliche Druck – v.a. durch die eigene Bevölkerung, aber auch durch fremde Staaten – ist eine nicht zu unterschätzende Macht in Gesellschaften jeglicher Art, vor allem in Demokratien. Allerdings fällt bezüglich den USA auf, dass die öffentliche Debatte sich fast ausschließlich auf die Anwendbarkeit der Genfer Konventionen konzentriert.¹⁰¹ Dies könnte daran liegen, dass die

⁹⁶ Walter Kälin, Referat, in: Kay Hailbronner/Eckart Klein (Hrsg.), Einwanderungskontrolle und Menschenrechte – Immigration Control and Human Rights, 1999, S. 51-76, 62; Burgos, Anm. 65, S. 22; Bothe, Anm. 1, Rn. 121. Das „wie“ der Bindung ist zwar umstritten, über das „ob“ besteht aber Einigkeit. Vom IKRK wird vertreten, dass die Aufständischen gebunden sind, wenn sie eine effektive Kontrolle über ein Territorium ausüben, Pictet, Anm. 29, S. 37. Der Kommentar schweigt aber zu den Fällen, in denen sie das nicht tun. Andere sehen eine Ausnahme vom Grundsatz „pacta tertiis nec prosunt nec nocent“ als Grund für die Bindung.

⁹⁷ Bassiouni, Anm. 48, S. 98.

⁹⁸ Daraus folgt aber nicht, dass es den Staaten erlaubt wäre, ihrerseits das Recht zu missachten. Menschenrechtliche Verpflichtungen setzen keine Reziprozität voraus. Ebenso wenig wie eine Menschenrechtsverletzung mit einer anderen beantwortet werden darf, darf der Staat sich aus seinen Verpflichtungen zurückziehen, weil die Terroristen diese gar nicht erst eingegangen sind. Dies gilt ebenso für das humanitäre Völkerrecht, Pictet, Anm. 29, S. 16.

⁹⁹ S. ausführlich dazu Steiger, Anm. 3, S. 30 ff.

¹⁰⁰ Wobei den USA gerade auch die Nichtanwendbarkeit der US-Verfassung wichtig war. Aber auch hier geht es um die Frage, inwiefern ein Rechtsdokument auf fremdes Territorium anwendbar ist.

¹⁰¹ So klar Jason D. Söderblom, Guantánamo Bay – Trials of Suspected Taliban – Breaching Standards of International Human Rights Law and International Humanitarian Law, 4. Juni 2003: "There are at least two regimes of international law that lobby for the benefit of those detained in Guantánamo Bay. Yet it would seem that the Geneva Convention is the sole favorite of the print, television and radio journalists reporting on Guantánamo Bay. The ICCPR barely rates a mention.", <http://world-ice.com/Articles/Guantanamo.pdf> (20. Februar 2009). Selbst der U.S.-Supreme Court diskutiert im Hamdan-Urteil zwar ausführlich die Anwendbarkeit der Genfer Konventionen, der Zivilpakt taucht hingegen nur ein einziges Mal in einer Fußnote auf, Anm. 28, Fn. 66.

Fokussierung auf mehrere völkerrechtliche Verträge statt auf einen Vertrag einer (Medien-)Gesellschaft wie der unseren nicht zuzumuten ist. Eine andere Erklärung wäre, dass es in der öffentlichen Debatte hauptsächlich darum geht, auf die Rechtswidrigkeit des US-amerikanischen Handelns hinzuweisen und als Synonym für alle Normen des Völkerrechts die Genfer Konvention benutzt wird. Wie dem auch sei, es erscheint mehr als fraglich, ob mehrere „Rechtfertigungsfronten“ für einen Staat entstehen und ob dies überhaupt Sinn macht. Rein rechtlich betrachtet ist eine solche Verdoppelung des materiellen Schutzes in concreto sowieso nicht nötig. Dass der territoriale Anwendungsbereich bei den Genfer Konventionen unstrittig ist, mag ein Vorteil sein. Dieser Vorteil alleine reicht aber nicht aus, um eine Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts de lege ferenda zu befürworten.

57 **4. Nichtbeachtung menschenrechtlicher Normen**

Das Argument, dass aufgrund der staatlichen Nichtbeachtung menschenrechtlicher Verpflichtungen weitere Verpflichtungen geschaffen werden sollten, um zumindest ein Mindestmaß an Schutz für den Einzelnen zu erreichen, kann aus den eben genannten Gründen nicht überzeugen: das Problem des menschenrechtlichen Schutzes ist nicht mehr eines des sog. Standard setting, sondern vielmehr eines der Einhaltung von Normen.¹⁰² Eine erhöhte Normdichte scheint hier wenig Sinn zu machen, auch der „Rechtfertigungsdruck“ scheint so nicht erhöht zu werden.

S. 213

- HFR 14/2009 S. 17 -

58 **5. Überwachungsmechanismen**

Neben der Verbürgung materieller Regeln kreieren die Menschenrechtsverträge Überwachungsmechanismen. Über deren Erfolg lässt sich leider vortrefflich streiten¹⁰³ – allerdings nicht in grundsätzlicher Art und Weise, denn selbst ein gerettetes Menschenleben oder eine erfahrene Genugtuung eines Gefolterten sind Grund und Erfolg genug. Da auch im Rahmen des humanitären Völkerrechts Überwachungsmechanismen greifen, scheint sich durch die Anwendung des gem. Artikels 3 GK wenn schon nicht der nominelle, so doch der verfahrensrechtliche Schutz des Einzelnen zu verbessern. Dies gilt aber nicht hinsichtlich des Schutzes durch das IKRK und nur in eingeschränkter Weise durch die völkerstrafrechtlichen Mechanismen.

59 Einen rechtlichen Anspruch auf Besuche von Internierten – darin besteht das Überwachungssystem der Genfer Konventionen – besitzt das IKRK nur in internationalen bewaffneten Konflikten (Art. 126 GK III; Art. 76, 143 GK IV). Durch seine Praxis hat es dies aber inzwischen auf „non-international armed conflicts as well as potentially in situations of tensions and disturbances falling short of armed conflict“¹⁰⁴ ausgedehnt.¹⁰⁵ Ob dem Besuchswunsch des IKRK entsprochen wird, richtet sich nicht nach der rechtlichen Einordnung eines Konflikts.¹⁰⁶ Es ist damit weder rechtlich noch tatsächlich von Belang, ob es sich bei dem „Krieg gegen den Terror“ um einen internen bewaffneten Konflikt handelt oder nicht.

60 Nach Art. 8 IStGH-Statut können Kriegsverbrecher vor dem IStGH angeklagt werden. Zwingende Voraussetzung ist das Vorliegen eines (nicht-)internationalen bewaffneten Konfliktes. Hier zeigt sich ein wirklicher Vorteil der Anwendung des Kriegsvölkerrechts.

¹⁰² Vgl. zum Standard setting und der Einhaltung der Normen Makau Mutua, Standard Setting in Human Rights: Critique and Prognosis, in: 29 Human Rights Quarterly 2007, S. 547-630.

¹⁰³ Vgl. Oona A. Hathaway, The Promises and Limits of the International Law of Torture, in: Sanford Levinson (Hrsg.), Torture – A Collection, 2004, S. 199-212; Ryan Goodman/Derek Jinks, Measuring the Effects of Human Rights Treaties, in: 14 EJIL 2003, S. 171-183.

¹⁰⁴ AKMR, Report on Terrorism and Human Rights, vom 22. Oktober 2002, OAS-Dok. OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr. (2002), Nr. 71.

¹⁰⁵ Abi-Saab, Anm. 30, S. 224; Alain Aeschlimann, Protection of Detainees: ICRC action behind bars, in: 857 IRRC 2005, S. 83-122, 88.

¹⁰⁶ Ebenso Jean-Pierre Hocké, Effects of Disintegration of Government and Protection of Human Rights, in: Centre for Applied Studies in International Negotiations (Hrsg.), IPSA Study Group on Human Rights, Human Rights: From Theory to Practice, 1982, S. 199-221, 212.

Allerdings können zumindest Terroristen – nicht hingegen Staatsorgane – sich auch nach dem Tatbestand der „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ strafbar machen.¹⁰⁷ Außerdem ist gerade angesichts des Widerstands der USA gegen den IStGH nicht damit zu rechnen,¹⁰⁸ dass US-Staatsangehörige einerseits oder von den USA gefangene Terroristen andererseits der Jurisdiktion des IStGH unterstellt werden. Der höhere Schutz des einzelnen durch das IStGH-Statut scheint damit bis auf weiteres illusorisch.¹⁰⁹

S. 214

- HFR 14/2009 S. 18 -

61 **6. Zwischenergebnis**

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Anwendbarkeit des Rechts des Krieges in nicht-internationalen Konflikten dem Einzelnen keinen nennenswert höheren Schutz gewährt; die menschenrechtlichen Garantien und die des gem. Art. 3 GK sind „basically the same.“¹¹⁰ Allerdings beruht diese Ansicht der Gleichwertigkeit des gem. Art. 3 GK mit den menschenrechtlichen Garantien in einigen Fällen auf zwar richtigen, aber dennoch umstrittenen Rechtsansichten. Hinzu kommt die Unsicherheit, die hinsichtlich der völkergewohnheitsrechtlichen Geltung von humanitärem Völkerrecht in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten herrscht. Zudem ist es zumindest theoretisch möglich, dass die USA etwa nach einem Regierungswechsel das Statut des IStGH ratifizieren. Welches wären also die Nachteile einer Anwendbarkeit des Rechts des humanitären Völkerrecht, die dazu führen könnten, dass das humanitäre Völkerrecht auch de lege ferenda keine Anwendung finden dürfte?

62 **II. Gefahren der Anwendbarkeit**

Sollte das humanitäre Völkerrecht Anwendung auf den „Krieg gegen den Terror“ als Ganzes finden, würde die bisherige Grenze zwischen Polizei- und Ordnungsrecht bzw. Friedensvölkerrecht einerseits und Kriegs(völker)recht andererseits verschwimmen.¹¹¹ Bisher behandeln alle internationalen Verträge, die den Terrorismus zum Gegenstand haben, diesen als ein Problem der Gefahrenabwehr.¹¹² Das Polizei- und Ordnungsrecht des jeweiligen Staates ist auf die Abwehr von Verbrechen zugeschnitten. Es repräsentiert ebenso wie das Friedensvölkerrecht den Normalzustand. Im Folgenden wird zunächst auf das Problem des Ausnahmezustandes eingegangen, danach wird aufgezeigt, warum die Genfer Abkommen grundsätzlich ungeeignet sind, auf Terroristen angewandt zu werden.

63 **1. Ausnahmezustand**

Das Kriegs(völker)recht ist auf Fälle zugeschnitten, in denen das Leben der Nation auf dem Spiel steht, auf den Ausnahmezustand.¹¹³ Der Kampf gegen den Terrorismus, der

¹⁰⁷ Steiger, Anm. 3, S. 103 f.

¹⁰⁸ Die USA haben eine – relativ erfolgreiche – Kampagne gegen den IStGH durchgeführt. So wurden bis Juli 2003 weltweit 48 Abkommen mit befreundeten Staaten abgeschlossen, nach denen es diesen untersagt ist, US-Amerikaner an den IStGH zu überstellen. S. Human Rights Watch, U.S.: End Bully Tactics against Court, Letter to Colin Powell, abrufbar unter <http://www.hrw.org/en/news/2003/06/29/letter-colin-powell-us-bully-tactics-against-international-criminal-court> (20. Februar 2009). Außerdem haben die USA es immerhin zweimal erreicht, dass der UN-Sicherheitsrates eine Ausnahmeregelung hinsichtlich der Zuständigkeit des IStGH für UN-mandatierte Truppen erlassen hat. SR-Resolution 1422 (2002) und 1487 (2003). Diese Ausnahme galt bis zum 30. Juni 2004.

¹⁰⁹ Außerdem ist die Strafbarkeit der Taten nach innerstaatlichem Recht auf beiden Seiten fast immer zu bejahen – es handelt sich letztendlich um Taten wie Körperverletzung, Entführung, Totschlag etc.

¹¹⁰ Burgos, Anm. 65, S. 12.

¹¹¹ Stahn, Anm. 31, S. 196.

¹¹² Fitzpatrick, Anm. 31, S. 346. Vgl. auch Stahn, Anm. 31, S. 242 ff.

¹¹³ Der Begriff wird hier nicht im Sinne Carl Schmitts als ein ungeregelter Zustand gebraucht, sondern als ein Zustand, der eine Ausnahme zu dem Normalzustand darstellt. Ernst-Wolfgang Böckenförde weist in seiner Freiburger Antrittsvorlesung darauf hin, dass es wesentlich sei, dass der Ausnahmezustand weitgehend ungeregelt bleibe, weil dadurch der qualitative Unterschied der beiden Zustände betont werde. So würde „die Integrität des Rechtszustandes der Normallage nicht aufgelöst, sondern gerade gesichert“ werden. Böckenförde, Der verdrängte Ausnahmezustand, in: Neue Juristische Wochenschrift 1978, S. 1881-1890, 1889. S. auch Eckart Klein, Der innere Notstand, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts,

„Long war“,¹¹⁴ ist ein Kampf, der noch gut Jahrzehnte dauern kann. Als Methode wird der Terrorismus wohl niemals ganz besiegt werden können, nur die einzelnen Gruppen können besiegt und ihre Mitglieder vor Gericht gebracht werden.¹¹⁵ Würde nun das Kriegsvölkerrecht auf diesen Zustand appliziert werden, dann würde der rechtliche Ausnahmezustand die nächsten Jahr(zehnt)e anhalten, er würde allmählich zum Normalzustand werden. Vier Gefahren bestehen: erstens, durch einen permanenten Ausnahmezustand¹¹⁶ wird Angst geschaffen. Diese führt zu neuen, in die Menschenrechte eingreifenden Gesetzen. Zweitens, der permanente Ausnahmezustand kann zu einer veränderten Einstellung der Gesellschaft und des Einzelnen zu Gewalt führen. Drittens, da Menschen aus einer abgrenzbaren Gruppe als Bedrohung identifiziert wurden, kann sich diese Gruppe als Reaktion darauf radikalieren. Viertens ist allen Gefahren gemein ist, dass durch sie auch der Rechtsstaat bedroht wird.

S. 215

- HFR 14/2009 S. 19 -

64 **a. Angst und Sicherheitsgesetze**

Der Ausnahmezustand basiert auf einer Bedrohung von außen – und inzwischen durch sog. homegrown terrorists auch von innen. Bedrohungen sowie unbekannt Situationen, die man als nicht bewältigbar einstuft,¹¹⁷ haben Angst zur Folge. Die einzige Institution, die vor dieser Bedrohung vermeintlich schützen kann, ist der Staat, weshalb Ausnahmesituationen die „Stunde der Exekutive“¹¹⁸ sind, – also eben nicht der vom Volk unmittelbar legitimierten Legislative – der es ermöglicht wird „Schranken einzureißen, die im normalen Leben ihrem Handeln entgegenstehen.“¹¹⁹ Gerade in solchen Zeiten sind Bürger empfänglich für Eingriffe in ihre Rechte:

65 „Angst lässt sich nutzbar machen für Machterhalt und Machterweiterung, sie ist eine Autobahn für Sicherheitsgesetze; Angst schafft freie Bahn für alles, was die Angst zu lindern verspricht.“¹²⁰

66 Die Diskussionen über Folter in Ausnahmezuständen ist nur ein erster, aber sehr deutlicher Hinweis auf die drohenden Gefahren.¹²¹ So sagt Bundesinnenminister Schäuble deutlich, dass die heute geltende Rechtsordnung nicht mehr angemessen ist:

67 „Es ist eben so – und das wird von keinem ernst zu nehmenden im In- und Ausland bestritten –, die Rechtsordnung, die hergebrachte Rechtsordnung passt auf die klassische Unterscheidung [zwischen Friedens- und Kriegsrecht] nicht mehr mit der asymmetrischen Kriegsführung und den terroristischen Bedrohungen.“¹²²

Bd. VII, Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, 1992, S. 388-414, insbesondere Rn. 4 und 61 ff.

¹¹⁴ Dieser Begriff stammt aus dem Pentagonkonzept Quadrennial Defense Review vom 3. Februar 2006, s. Simon Tisdall/Ewen MacAskill, America's Long War, in: The Guardian, 15. Februar 2005. In der neuen Defense Strategy des Pentagons spielt er eine entscheidende Rolle, Jim Mannion, New U.S. defense strategy centers on 'long war', in: The Middle East Times, 1. August 2008; s. auch Josh White, Gates Sees Terrorism Remaining Enemy No. 1, in: The Washington Post, 31. Juli 2008, S. A01.

¹¹⁵ Allerdings können sich auch manche Terrorgruppen recht lange halten. Waldmann, Anm. 54, S. 221. David Rapaport geht davon aus, dass der islamistische Terrorismus 35-40 Jahre andauern wird, The four Waves of Rebel Terror and September 11, in: Charles W. Kegley (Hrsg.), The new Global Terrorism. Characteristics, Causes, Controls, 2003, S. 36-52.

¹¹⁶ Deppenheuer, Anm. 39, spricht von der „Permanenz der Ausnahmelage“, S. 51; s. auch Giorgio Agamben, S. 7 ff.

¹¹⁷ Wiebke Putz-Osterloh, Angst und Handeln aus psychologischer Sicht, in: Franz Bosbach (Hrsg.), Angst und Politik in der europäischen Geschichte, 2000, S. 1-11, 6f.

¹¹⁸ Gerhard Schröder, Deutscher Bundestag, Stenografische Berichte, 124. Sitzung, 28. September 1960, S. 7777 C.

¹¹⁹ Harald Müller, Supermacht in der Sackgasse? Die Weltordnung nach dem 11. September, 2003, S. 15.

¹²⁰ Heribert Prantl, Keine Panik, in: Süddeutsches Magazin, 26. Mai 2006, S. 8-14, 10.

¹²¹ Siehe dazu Thomas Bruha/Dominik Steiger, Das Folterverbot im Völkerrecht, 2005.

¹²² Schäuble: Wir wollen nicht jedermanns Computer kontrollieren, Interview mit Bundesinnenminister Dr. Wolfgang Schäuble auf www.dradio.de am 15.08.2007 (Auszug),

68 Otto Depenheuer, dessen Buch „Die Selbstbehauptung des Rechtsstaats“ von Schäuble empfohlen wurde,¹²³ führt beispielhaft aus, wie dies aussehen könnte. Zwei Grundthesen bestimmen sein Buch: Grundthese Nr. 1 ist, dass der Einzelne im Fall des Falles verpflichtet ist, sich für die Gemeinschaft aufzuopfern.¹²⁴ Grundthese Nr. 2 ist, dass Bürger und Feind voneinander zu scheiden seien. Der Feind, also derjenige, der gewaltsam die freiheitlich-demokratische Grundordnung ablehnt,¹²⁵ stehe außerhalb der Rechtsordnung und habe deshalb auch keinen Anspruch auf ihren Schutz.¹²⁶ Ausdrücklich gesteht Depenheuer dem Feind nur das Recht auf Klärung seines Status zu.¹²⁷

S. 216

- HFR 14/2009 S. 20 -

69 Diese Unterscheidung von Bürgerrecht und Feindrecht¹²⁸ stellt einen frontalen Angriff auf die gesamte Idee der Menschenrechte und der Menschenwürde dar, die dem Menschen nicht aufgrund seiner Taten oder Verdienste gewährt werden, sondern die ihm alleine aufgrund seines Menschseins zustehen.¹²⁹ Ebenso ist die Idee des Bürgeropfers abzulehnen. Archaische Vorstellungen von Mannhaftigkeit, Ehre und Volksgemeinschaft scheinen hier durch. Zwar ist es richtig, dass der Einzelne selbstverständlich Verantwortung für andere und auch für den Staat zu übernehmen hat. Dies kann aber nicht so weit gehen, dass der Einzelne verpflichtet ist zu sterben, damit andere leben. Grundpflichten würden vor Grundrechten stehen und damit diese entwerten. Die Anwendung des Kriegsvölkerrechts könnte ein erster Schritt auf dem Weg in eine solche Gesellschaftsordnung darstellen.¹³⁰

70 **b. Gewalt und Gesellschaft**

Neben einer Zunahme der Angst und der Akzeptanz stark in Menschenrechte eingreifender Gesetze könnte sich das Verhältnis der Gesellschaft zur Gewalt verändern. Eine Gesellschaft, die sich im Ausnahme- und Kriegszustand befindet und Angst vor einer sie erschütternden Bedrohung hat, kann dazu kommen, dass sie Gewalt als legitimes Mittel zu Durchsetzung eigener Interessen ansieht:

71 „Mentalitätsbestände und Verhaltensformen der politischen Kultur wirken als Gelegenheitsstrukturen mitverursachend für die politische Aktualisierung individueller und kollektiver Gewaltdisposition.“¹³¹

72 So hat sich in sozialwissenschaftlichen Untersuchungen herausgestellt, dass die Ge-

[www.bmi.bund.de/cln_012/nn_122688/Internet/Content/Nachrichten/Medienspiegel/2007/08/BM__DLF.htm](http://www.bmi.bund.de/cln_012/nn_122688/Internet/Content/Nachrichten/Medienspiegel/2007/08/BM__DLF.html)
l.

¹²³ Zwar geht aus der Aussage Wolfgang Schäubles nicht eindeutig hervor, wie er das Buch inhaltlich bewertet. Auf die Frage „Der Kampf gegen den Terror scheint den Rechtsstaat bis an seine Grenzen zu fordern - und darüber hinaus?“ antwortet er: „Lesen Sie einmal das Buch Selbstbehauptung des Rechtsstaats von Otto Depenheuer, und verschaffen Sie sich einen aktuellen Stand zur Diskussion.“ Die Zeit, 19. Juli 2007, online zu finden unter www.cdu.de/archiv/2370_20339.htm. Es besteht jedoch ein enger professioneller Kontakt zwischen Depenheuer und Schäuble.

¹²⁴ Depenheuer, Anm. 39, S. 75 ff.

¹²⁵ Ebd., S. 55 f.

¹²⁶ Ebd., S. 62.

¹²⁷ Ebd., S. 64. Er schließt aber nicht aus, dass ihm weitere Rechte zukommen.

¹²⁸ Dazu s. schon Carl Schmitt, Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 1922; s. auch Günther Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: HRRS 2004, S.88-95; Michael Pawlik, Der Terrorist will nicht resozialisiert werden, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 25. Februar 2008, S. 40. Gegen Pawlik weist Tonio Walter, Jetzt wird es ernst. Juristen, die den Terroristen den Krieg erklären, greifen damit auch unser Gemeinwesen an, in: Süddeutsche Zeitung, 22. April 2008, S. 14, darauf hin, dass die Terroristen sehr wohl resozialisiert werden können und dies auch schon geschehen ist.

¹²⁹ Heinhard Steiger, Geht das Zeitalter des souveränen Staates zu Ende?, in: 41 Der Staat 2002, S. 331-357, 351.

¹³⁰ Interessanterweise zeigen Depenheuers Buchtitel und seine Eingangsfrage (S. 22) deutlich, dass er den Rechtsstaat und seine Errungenschaften erhalten möchte, Anm. 39. Hier findet ein Zitat von Gottfried Benn „Das Gegenteil von gut ist gut gemeint.“, zitiert nach Odo Marquard, Schwierigkeiten mit der Geschichtsphilosophie, 1973, S. 32, Anwendung.

¹³¹ Thomas Meyer, Politische Kultur und Gewalt, in: Wilhelm Heitmeyer/John Hagan (Hrsg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, 2002, S. 1194-1214, 1212. S. auch Daniel Bar-Tal, Die Kultur der Gewalt, in: Gerald mader/Wolf-Dieter Eberwein/Wolfgang R. Vogt, Konflikt und Gewalt. Ursachen - Entwicklungstendenzen - Perspektiven, 2000, S. 66-81, insb. 74 ff.

waltzunahme nach Kriegen nicht etwa alleine auf gewaltbereite Veteranen zurückzuführen sei, sondern „weit darüber hinaus auf eine allgemeine Senkung des Gewalttabus, eine höhere Legitimität der Gewaltanwendung in der ganzen Bevölkerung.“¹³²

- 73 Eine Gesellschaft, die sich im Ausnahme- und Kriegszustand befindet, scheint folglich alleine durch diese Bedrohung legitimiert zu sein, Gewalt anzuwenden. Dies lässt eine Gesellschaft in ihrem Verhältnis unter- und miteinander nicht unberührt und führt zu erhöhter Gewalttätigkeit.¹³³

S. 217

- HFR 14/2009 S. 21 -

74 **c. Radikalisierung „der Anderen“**

Aber nicht nur würde sich die westliche Welt zu einer ganz anderen, nämlich archaischeren und gewalttätigeren und damit weniger zivilisatorischen entwickeln. Ebenso würde in der muslimischen Welt der Ausnahmezustand, der ja zu „unserem“ angeblichen Schutz vor „denen“ besteht, eine weitere Radikalisierung zur Folge haben.¹³⁴ Diese Radikalisierung, die ja schon sichtbar ist, schafft ein Umfeld, in dem der Terrorismus wachsen und gedeihen kann.¹³⁵ Das hat zweierlei zur Folge: Zum einen werden Menschen viel eher bereit sein, selbst (Selbstmord-) Anschläge zu verüben. Sichtbar ist diese Entwicklung im Irak, der inzwischen nach dem nicht öffentlich zugänglichen Bericht „Trends in Global Terrorism: Implications for the United States“ der US-amerikanischen Geheimdienste zu einer Brutstätte für Terroristen geworden ist.¹³⁶ Zum anderen decken mehr und mehr Menschen Terroristen und ihre Machenschaften. Der Terrorismus braucht ein helfendes Umfeld von Sympathisanten.¹³⁷ Geht ihm dies verloren, ist er angreifbar und vor allem besiegt durch polizeiliche Ermittlungsarbeit und Zugriffe. Die Sichtweise, den Kampf gegen den Terror als Krieg zu verstehen und die daraus resultierende Art und Weise ihn zu führen, schadet also auch der Effektivität der Terrorbekämpfung:

- 75 „The paradox is that the military means and methods used to eradicate terrorism, applied in heavy doses and for long periods, usually achieve the opposite result.“¹³⁸
- 76 Die Überlegung, dass die Rede vom „Krieg“ kontraproduktiv ist und die Spannungen zwischen „den anderen“ und der Mehrheitsgesellschaft und/oder der westlichen Gesellschaften nur steigert, ist ein Grund dafür, dass die britische Regierung inzwischen aufgehört hat, den Begriff des „Krieges“ zu nutzen.¹³⁹

¹³² Hans Joas, *Sprayed and Betrayed. Gewalterfahrung im Vietnamkrieg und ihre Folgen*, in: ders. *Kriege und Werte. Studien zur Gewaltgeschichte des 20. Jahrhunderts*. Vgl. auch die Argumentation von Dinah Pokempner, *Command Responsibility for Torture*, in: Kenneth Roth/Minky Worden (Hrsg.), *Torture – Does It Make Us Safer? Is It Ever OK?: A Human Rights Perspective*, 2005, S. 158-172, 162 ff., dass die Kriegsrhetorik führender US-Politiker und US-Militärs zu der Ausbreitung von Misshandlungen geführt hat

¹³³ S. Dane Archer/Rosemary Gartner, *Violent Acts and Violent Times: The Effects of Wars on Postwar Homicide Rates*, in: dies.: *Violence and Crime in a Cross-national Perspective*, 1984, S. 63-97, S. 65 ff., 79 ff. Plastisch lässt sich dies an der filmischen Verarbeitung der Erfahrungen Vietnams und des Irakkriegs aufzeigen. Nach Vietnam entstand ein qualitativ und quantitativ völlig neuer Zweig der Horrorfilmindustrie. Nach Beginn des Irakkriegs kam es zu einer ähnlichen Entwicklung mit Filmen in besonders schrecklicher Deutlichkeit und Brutalität. Fritz Göttler, *Tourismus der Torturen*, in: *Süddeutsche Zeitung*, 22./23. April 2006, S. 12. Auch diese Filme sind nicht ohne Einfluss auf die Gesellschaft. Wie hoch dieser Einfluss ist, ist aber genauso wie bei der Diskussion um die Videogewaltspiele umstritten.

¹³⁴ Mit „westlicher Welt“ und „muslimischer Welt“ ist hier keine geographische Unterscheidung gemeint, sondern eine kulturell-religiöse.

¹³⁵ Ähnlich Fischer, Anm. 52, S. 94 f.

¹³⁶ Mark Mazetti, *Spy Agencies Say Iraq War Worsens Terrorism Threat*, in: *The New York Times*, 24. September 2006.

¹³⁷ Stathis Kalyvas, *The Logic of Violence in Civil War*, 2006, S. 91 in Bezug auf Bürgerkriege. Ein IRA-Mann sagte: „Without the community we were irrelevant. We carried the guns and planted the bombs, but the community fed us, hid us, opened their homes to us, turned a blind eye to our operations.“, Eamon Collins/Mick McGovern, *Killing Rage* 1999, S. 225.

¹³⁸ Ben-Yishai, Anm. 51.

¹³⁹ S. o. Anm. 61.

77 d. Gefährdung des Rechtsstaates

Den Rechtsstaat zeichnet die Herrschaft des Rechts aus. Der Ausnahmezustand führt zu einer Veränderung des Rechts. Wird die Geltung grundlegender Normen in Frage gestellt,¹⁴⁰ so greift dies das Fundament des Rechts und des Rechtsstaates an. Manche öffentlich vorgetragene und diskutierte Vorschläge, wie der, ein Feindstrafrecht zu schaffen, zeugen davon. Jedoch: „Jede noch so kleine Relativierung [erschüttert] das Vertrauen in die rechtlich gebundene und kontrollierte Staatsmacht [und gefährdet] ihre Legitimität.“¹⁴¹

S. 218

- HFR 14/2009 S. 22 -

78 Zwar lässt sich einer solchen Gefahr entgegensetzen, dass die Nichtanwendung des Kriegsvölkerrechts im Falle eines enormen Terroranschlags erst recht zu einer Gefährdung des Rechtsstaats führt. Diese Argumentation setzt aber voraus, dass die Anwendung des Kriegsvölkerrechts zu einer besseren Bekämpfung der Gefahr geeignet sei; dies ist aber gerade nicht der Fall. Auch im Kampf gegen den Terror gilt aber das jetzt schon berühmte Diktum von U.S. Supreme Court Justice Kennedy:

79 “The laws and Constitution are designed to survive, and remain in force, in extraordinary times. Liberty and security can be reconciled; and in our system they are reconciled within the framework of the law.”¹⁴²

80 2. Genfer Abkommen und Terrorismus

Darüber hinaus sind die Genfer Konventionen ungeeignet, auf die Bekämpfung von Terroristen Anwendung zu finden. So sind sie von der Zielrichtung her nicht auf die Terrorismusbekämpfung ausgerichtet. Der „Krieg gegen den Terror“ ist ein asymmetrischer Kampf. Terrorismus ist immer ein „poor man’s fight“, ein Kampf der Schwachen gegen die Starken.¹⁴³ Die Genfer Konventionen beziehen sich aber auf die konventionelle Kriegsführung mit regulären Armeen.¹⁴⁴

81 Ebenso spricht Art. 4 Abs. 2 lit. d ZP II gegen eine Einbeziehung von Terrorgruppen in den Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts. Dieser verbietet „terroristische Handlungen“.¹⁴⁵ Wenn aber ein verbotenes Mittel der Kriegsführung das Hauptmittel oder sogar das einzige Mittel der Kriegsführung ist, so erscheint es absurd, dennoch diese Regeln anzuwenden.

82 Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass durch die Anwendung des Kriegsvölkerrechts den Terroristen ein Status zugebilligt würde, der ihnen nicht zusteht. Parteien in einem bewaffneten Konflikt treffen sich – zumindest in der Theorie – auf Augenhöhe. Terroristen aber sind unabhängig von der möglichen Ehrenhaftigkeit ihrer Motivation aufgrund der Wahl ihrer Mittel Verbrecher. Der Staat hat sie zu bekämpfen, zu verfolgen, zu fangen, vor Gericht zu stellen und sie gegebenenfalls zu bestrafen – all das im Rahmen der Menschenrechte und des nationalen Strafrechts.

S. 219

- HFR 14/2009 S. 23 -

83 D. Ergebnis

Der Begriff „Krieg“ wird im Kontext der Terrorismusbekämpfung ebenso wie die

¹⁴⁰ So wollen die USA die Menschenrechte im Kriegsfall nicht gelten lassen, s.o. Anm. 3.

¹⁴¹ Dietmar von der Pfordten, Ist staatliche Folter als fernwirkende Nothilfe ethisch erlaubt?, in: Wolfgang Lenzen (Hrsg.), Ist Folter erlaubt? Juristische und philosophische Aspekte, 2006, S. 149-172, 167 f.

¹⁴² U.S. Supreme Court, Boumediene v. Bush, Urteil v. 12. Juni 2008, 553 U.S. 2008, S. 70.

¹⁴³ Vgl. zum asymmetrischen Krieg Herfried Münkler, Der Wandel des Krieges: von der Symmetrie zur Asymmetrie, 2. Aufl. 2006.

¹⁴⁴ Gerade das “poses in an acute manner the question of their adequacy and their practical applicability to guerrilla warfare.”Abi-Saab, Anm. 30, S. 223.

¹⁴⁵ Für eine umfassende Darstellung des Verbots terroristischer Handlungen im humanitären Völkerrecht, vgl. Hans-Peter Gasser, Prohibition of terrorist acts in international humanitarian law, in: 253 IRRC 1985, S. 200-212, 204 ff.

Schlagwörter „Krieg gegen die Armut“, „Krieg gegen die Drogen“ oder „Krieg gegen den Krebs“¹⁴⁶ nur der Wirkung halber eingesetzt, nicht etwa weil er ein rechtlicher Begriff wäre.¹⁴⁷ Das humanitäre Völkerrecht ist auf ihn nicht zugeschnitten. Das sollte es nicht leisten, das kann es nicht leisten und zudem ist dies auch gar nicht notwendig. Dort wo ein bewaffneter Konflikt herrscht, der im Zusammenhang mit dem „Krieg gegen den Terror“ steht, findet das humanitäre Völkerrecht Anwendung. Dort aber, wo diese Schwelle nicht überschritten wird, findet das Friedensvölkerrecht Anwendung, insbesondere die Menschenrechte. Sie bilden eine Grenze, die nicht überschritten werden darf. Normen des humanitären Völkerrechts können hierbei als Auslegungshilfe menschenrechtlicher Normen herangezogen werden. Durch die Notstandsregeln, Einschränkungsmöglichkeiten auf Grund eines Gesetzes und auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe sind die menschenrechtlichen Regeln offen genug, um ausreichend Raum für eine effektive Terrorkämpfung zu lassen. Es bedarf also in dieser Hinsicht keiner Weiterentwicklung des Völkerrechts. Außerdem – das ist gar nicht oft genug zu betonen – schadet die Kriegsrhetorik dem Kampf gegen den Terrorismus. Sie ist kontraproduktiv und gefährdet neben der Freiheit auch und gerade die Sicherheit. Dies betrifft nicht nur den „Westen“ sondern alle Staaten und Menschen dieser einen Welt.

Zitierempfehlung: Dominik Steiger, HFR 2009, S. 197 ff.

¹⁴⁶ Darauf weist auch Gabor Rona, *When is a war not a war? – The proper role of the law of armed conflict in the “global war on terror”*, Offizielle Stellungnahme des IKRK, abrufbar unter: www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList575/3C2914F52152E565C1256E60005C84C0 (20. Februar 2009) hin. Im Übrigen sei angemerkt, dass die Zahl der Toten in diesen „Kriegen“ um ein Vielfaches höher als im „Krieg gegen den Terror.“

¹⁴⁷ So erwähnt die Satzung der Vereinten Nationen den Begriff „Krieg“ einzig in der Präambel in dem Zusammenhang, dass die Geißel der Menschheit, der Krieg, zu bekämpfen sei. Der verwendete terminus technicus ist die Androhung oder Anwendung von Gewalt in den internationalen Beziehungen (Art. 2 Nr. 4 SVN) bzw. eine Bedrohung oder ein Bruch des Friedens oder eine Angriffshandlung vorliegt (Art. 39 SVN). Siehe zu dem Begriff „Krieg“ auch den Essay von Susan Sontag, *Real Battles and Empty Metaphors*, in: *The New York Times*, 10. September 2002.