

Der Schutz der Menschenrechte im Lichte von Guantánamo – Die Behandlung der Gefangenen und die Begründung von Menschenrechten

Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades Dr. iur.

Eingereicht am: 16.08.2007

Bei der Juristischen Fakultät der Humboldt- Universität zu Berlin

von: **Matthias Josef Hucke**

geboren am 09.11.1976 in Aachen.

Präsident der Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. Christoph Marksches

Dekan der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. Ingolf Pernice

Gutachter

1. **Prof. Dr. Ingolf Pernice**
2. **Prof. Dr. Dr. Christian Tomuschat**

Tag der mündlichen Prüfung: 12. Februar 2008

Matthias Hucke

**Der Schutz der Menschenrechte im
Lichte von Guantánamo –
Die Behandlung der Gefangenen
und die Begründung von
Menschenrechten**

Meinen Eltern.

Für Viola.

Dank

Mein herzlicher Dank gilt meinen Eltern, die mich immer und in jeder Hinsicht unterstützt und bestärkt haben.

Ich danke *Viola*, die mir mit ihrer Liebe Kraft gegeben und unermüdlich geholfen hat, inneren Abstand zu meiner Arbeit zu wahren und Reflektion zu ermöglichen.

Es war ein Glück für mich, Herrn Professor Dr. *Ingolf Pernice*, dem ich sehr herzlich danke, als Doktorvater zu haben. Er hat mir geholfen, die notwendige Übersicht zu bewahren und mich stets durch seine Offenheit motiviert, meine Gedanken weiterzuentwickeln.

Geehrt fühle ich mich auch, dass Herr Professor Dr. *Christian Tomuschat* sich für die Erstellung des Zweitgutachtens bereit erklärt hat.

Mein besonderer und tief empfundener Dank gilt meinem Onkel *Martin*, ohne dessen Anregungen und ohne dessen intellektuelle Förderung diese Arbeit nicht möglich gewesen wäre.

Inhalt

Abstract	17
Einleitung, Problemstellung und Methodik	21
Teil 1: Völkerrechtliche Bewertung der Gefangenschaft auf Guantánamo	33
1.1 Der „Fall Guantánamo“	33
1.1.1 Der Umgang mit den Gefangenen.....	36
1.1.2 Der Zugang zu Gerichten.....	51
1.2 Bewertung der Gefangenschaft nach geltendem Völkerrecht - Die gegensätzlichen Ansichten der Diskursteilnehmer.....	52
1.2.1 Rechtlicher Status und Schutz der inhaftierten Personen nach humanitärem Völkerrecht	52
1.2.1.1 Diskussion um internationalen bewaffneten Konflikt zwischen den USA und Al Qaida.....	56
1.2.1.2 Bewaffneter Angriff gegen die USA durch die Anschläge des 11. Septembers 2001 und Zurechenbarkeit zum afghanischen Staat	73
1.2.1.3 Der Afghanistan-Konflikt	83
1.2.1.4 Völkerrechtlicher Status der Taliban-Kämpfer	87

1.2.1.5	Status der Mitglieder von Al Qaida, die auf Seiten der Taliban gekämpft haben.....	135
1.2.1.6	Status der Mitglieder von Al Qaida, die sich nicht an den Feindseligkeiten beteiligt haben.....	141
1.2.1.7	Status von Personen, die in Drittstaaten als Terror-Verdächtige festgenommen wurden	143
1.2.2	Ergebnis: Differenzierte Beurteilung des Kriegsgefangenenstatus	144
1.2.3	Der internationale Menschenrechtsschutz	148
1.2.4.	Die Haftbedingungen und die Behandlung der Gefangenen in Guantánamo Bay.....	162
1.2.4.1	Die Zulässigkeit der Inhaftierung.....	162
1.2.4.2	Der Umgang mit den Gefangenen.....	176
1.2.4.2.1	Das Gebot der menschlichen und Verbot der unmenschlichen Behandlung ...	177
1.2.4.2.2	Verstoß gegen das Verbot der Folter?.....	198
1.2.4.3	Ergebnis: Behandlung der Gefangenen verstößt nach internationalem, jedoch nicht nach amerikanischem Recht gegen Verbot der unmenschlichen Behandlung.....	210
1.2.4.4	Der Zugang zu Gerichten.....	213

1.2.5	Zusammenfassung der gegensätzlichen Ansichten zur Bewertung der Gefangenschaft auf Guantánamo nach geltendem Völkerrecht.....	214
Teil 2:	Die Begründung von Menschenrechten.....	219
2.1	Verortung der bisherigen Ergebnisse im Menschenrechtsdiskurs sowie Versuch ihrer Zusammenführung	219
2.1.1.	Ursache der gegensätzlichen rechtlichen Bewertung	219
2.1.2	Bedeutung des Völkerrechts im Menschenrechtsdiskurs	224
2.1.2.1	Universeller Menschenrechtsstandard durch positives Völkerrecht?	235
2.1.2.1.1	Völkervertragsrecht	235
2.1.2.1.2	Völkergewohnheitsrecht.....	249
2.1.2.2	Begründung von Menschenrechten entscheidend.....	251
2.1.3	Entwicklung und Begründungen von Menschenrechten	253
2.1.3.1	Historische Entwicklung der Menschenrechtsidee aus europäisch-amerikanischem Blickwinkel.....	254
2.1.3.2	Exkurs: Bedeutung der Strafe in Europa und Nordamerika	279

2.1.3.3	Menschenrechte, Menschenwürde und Naturrecht – westliche Ideen?.....	282
2.1.3.4	Begründungsansätze in internationalen Menschenrechtsabkommen.....	287
2.1.4.	Die Idee der Menschenrechte im Kulturvergleich – Menschenbild und Begründung der Rechte des Menschen im kulturellen und zivilisatorischen Kontext	291
2.1.4.1	Afrikanisches Menschenbild: Rekurs auf vorkoloniale Gesellschaftsformen zur Begründung neuer Menschenrechtsdimensionen.....	294
2.1.4.2	Konfuzianische Tradition und politische Determinanten im asiatischen Kulturkreis	321
2.1.4.3	Menschenbild im Islam: Theozentrisches System zwischen Tradition und Moderne	343
2.1.4.4	Universelles Menschenbild, universelle Menschenrechte?.....	385
2.1.4.4.1	Bisher übliche Vorstellung universeller „Kern-Menschenrechte“	396
2.1.4.4.2	Tatsächliche Gewährleistung von „Kern-Menschenrechten“ auf universeller Ebene	399

2.1.4.5	Ergebnis: Kulturell gegensätzliche Menschenbilder widersprechen Annahme eines universellen Konsenses über Menschenrechte.....	408
2.1.5.	Ansätze zur Überwindung der Aporie	413
2.1.6.	Begründung von Menschenrechten mit Vorstellungen der Würde und der natürlichen Rechte	420
2.1.6.1	Naturrecht und Würdevorstellungen als ethischer Objektivismus und seine bedeutenden Herausforderungen	420
2.1.6.1.1	Emotivismus.....	423
2.1.6.1.2	Utilitarismus.....	425
2.1.6.1.3	Liberalismus und Individualismus.....	427
2.1.6.1.4	Empirismus	428
2.1.6.1.5	Ethischer und kultureller Relativismus.....	431
2.1.6.1.6	(Rechts-) Positivismus.....	433
2.1.6.2	Das Konzept der Begründung natürlicher Rechte und einer Würde des Menschen und seine Kritik.....	437
2.2	Mögliche Ausrichtung des Menschenrechtsdiskurses und denkbarer Ansatz zur Begründung	444
	von Menschenrechten	444
Teil 3:	Ausblick	455

3.1	Mögliche Grundlage für den Diskurs um Menschenrechte und deren Begründung	455
3.1.1.	Anthropologische Konstanten ermöglichen Gemeinsamkeit	456
3.1.2.	Potentielles, Bewusstsein und Identität beim Menschen.....	457
3.1.3	Verhalten zur Identität erzeugt Gewalt und Normatives	474
3.2	Notwendige aktive Gestaltung der Gewaltmärkte	479
3.3	Resümee.....	491
	Bibliographie.....	497
	English Abstract.....	529

Abbildungen:

Abbildung 1: Argumentierte Entwicklungen des staatlichen Rechts auf Selbstverteidigung seit dem 11. September 2001.....	82
Abbildung 2: Die Konflikte der USA mit Al Qaida und Afghanistan.....	86
Abbildung 3: Status der in Guantánamo inhaftierten Personen nach den Genfer Konventionen.....	146
Abbildung 4: Die Problematik des „unlawful combatant“.....	147
Abbildung 5: Humanitäres Völkerrecht	

und Menschenrechte.....	161
Abbildung 6: Gegensätzliche Ansichten hinsichtlich der Zulässigkeit des Umgangs mit den Gefangenen von Guantánamo.....	212
Abbildung 7: Übliche Vorstellung des Völkerrechts von einem (Grund-) Konsens über Menschenrechte in den Kulturen.....	411
Abbildung 8: Realer Menschenrechtsdiskurs: Nebeneinander verschiedener Menschenbilder.....	412

Abstract

Guantánamo ist ein Symbol für das Aufeinandertreffen verschiedener Wertesysteme geworden. Die Vereinigten Staaten von Amerika gehen in dem Gefangenenlager mit harten Mitteln gegen islamistische Terror-Verdächtige vor, was von Kritikern des Gefangenenlagers schwere Menschenrechtsverstöße gewertet wird.

Internationale Menschenrechte sind mit den Mitteln des Völkerrechts kodifiziert worden. Die Anwendung des Völkerrechts unter Auslegung der einschlägigen menschenrechtlichen Bestimmungen liefert aus der Sicht vieler eine eindeutige rechtliche Bewertung der Vorkommnisse. Danach sind in der Inhaftierung der Gefangenen ohne hinreichenden Zugang zu Gerichten und vor allem in den angewandten Verhörtechniken Verstöße gegen die international kodifizierten und universell gültigen Menschenrechte zu sehen, insbesondere gegen das habeas corpus-Recht, das Gebot menschlicher Behandlung und das Verbot von Folter. Als Kriegsgefangene müssten die meisten der Inhaftierten ohnehin unverzüglich nach Einstellung der Feindseligkeiten freigelassen werden.

Dagegen rechtfertigen die USA ihr Vorgehen durch den „war against terrorism“, verweisen auf den traditionell harten Umgang mit Häftlingen und sehen sich mit ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen durchaus im Einklang stehend.

Dass die Anwendung völkerrechtlicher Regeln hier zu keinem eindeutigen und übereinstimmenden Ergebnis geführt hat und trotz des kontroversen Diskurses sich an der Lage nichts geändert hat, liegt auch in der Besonderheit des Völkerrechts begründet. Denn dieser Rechtskreis ist nicht mit nationalem Recht gleichzusetzen. Auf völkerrechtlicher Ebene begegnen sich souveräne Staaten. Völkerrecht ist überwiegend Vertragsrecht, und staatliche Vorbehalte, die verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten unbestimmter Rechtsbegriffe sowie ein fehlender Vollstreckungsmechanismus sind systemimmanent. Dementsprechend argumentieren die Vereinigten Staaten mit

einer fehlenden extraterritorialen Geltung dieser Verträge, ihrer eigenen Interpretation eines „humane treatment“, der Ausnahmesituation des Krieges gegen den Terrorismus sowie der Feststellung, dass es sich bei den Gefangenen um keine gewöhnlichen Kämpfer, sondern um „unlawful combatants“ handele und verweisen auf entsprechende Vorbehalte zu den einschlägigen Menschenrechtsverträgen,

Zur Auflösung dieser Aporien im Rahmen der kodifizierten Menschenrechte und um eine zufrieden stellende Antwort darauf zu finden, ob das Gefangenenlager mit den Menschenrechten tatsächlich in Einklang steht, ist entscheidend die Frage nach der Herleitung des angewandten positiven Rechts. Denn Recht ist die Summe der ausgehandelten Bedingungen für das Zusammenleben in einer Gemeinschaft, und Recht ist immer Ausdruck einer dahinter stehenden Wertung (Moralität) des Menschen, die mit dem Recht als Instrument umgesetzt werden soll. Die internationalen Menschenrechte sollen demnach die gemeinsame Überzeugung der Kulturen sichern, dass dem Menschen ein Mindestmaß an Rechten zusteht, die ihre Begründung in seiner Würde und seinem Menschsein finden.

Können die positivierten universellen Menschenrechte demzufolge als Umsetzung eines Standards hergeleitet werden, der allen Kulturen gemein und überpositiv begründbar ist, ließen sich zur rechtlichen Bewertung von Guantánamo bessere Argumente finden, denen die systemimmanenten Komponenten des Vertragsrechts nicht entgegengehalten werden können.

Der Wortlaut der internationalen Menschenrechtsverträge und ihre weite Verbreitung legt die Vermutung nahe, dass ein solcher Konsens über das, was Menschenrechte sind, in den Gesellschaften der Erde existiert. Bei näherer Betrachtung wird allerdings deutlich, dass verschiedene Vorstellungen der Rechte des Menschen in den Kulturen vorhanden sind. Einige Gemeinschaften legen Wert auf ein freiheitlich-individualistisches Verständnis, andere auf die Einbindung des Einzelnen in die Gemeinschaft, und wieder andere betonen die Gottesbezogenheit des Einzelnen und seine Bindung an die religiöse Moral. Fern jeder diplomatischen Begegnung zwischen Staaten etwa im Rahmen der Vereinten Nationen ist in den einzelnen Gesellschaften häufig sogar Abwehr des jeweils anderen Wertesys-

tems festzustellen, die Internationalen Menschenrechte werden nicht selten als westlich determinierte Ideen mit Distanz betrachtet, und es wird auf eine eigene Interpretation Anspruch erhoben. Diese Differenzen werden häufig nicht ausreichend berücksichtigt und die Ursachen ihrer Entstehung nicht hinreichend untersucht. Stattdessen wird oft trotz weiter Verbreitung der internationalen Menschenrechtsverträge eine Diskrepanz zur tatsächlichen Einhaltung „der Menschenrechte“ lediglich festgestellt.

Gegenstand der Untersuchung ist daher vor allem die Frage, welche Begründungen für Menschenrechte in den Kulturen existent sind, welche Aufschlüsse die bisherigen Begründungsmodelle geben, auf die auch die internationalen Menschenrechte verweisen, und inwieweit daraus ein Angeborensein eines Kerns an Rechten des Menschen überkulturell begründet werden kann.

Neue Ansätze können die Begründungsdefizite bisheriger Modelle womöglich verbessern, wenn aus den derzeit bestehenden argumentativen Brüchen Zweifel entstehen, indem sie auf die bestehenden Unterschiede im Menschenrechtsverständnis als Resultat ursprünglich gleicher Wirkzusammenhänge der menschlichen Interaktion rekurren und die Wechselbeziehung von Identität, struktureller Gewalt und der Bedürfnissituation des Menschen untersuchen.

Diese Aktualisierung der Begründung von Menschenrechten ist im rechtlichen Diskurs unerlässlich, um die Vorstellungen dessen, was Menschenrechte sind, anzugleichen.

Denn kontroverse Menschenrechtslagen, wie die in Guantánamo, sind in Zukunft nur vermeidbar, wenn sich auf der Basis eines fortgeführten interkulturellen Dialoges eine gemeinsame Identität verdichtet und dadurch eine Gewalt zwischen den Kulturen verringert wird, die durch die Differenzen ihrer Werte entsteht.

Einleitung, Problemstellung und Methodik

Die Berichte über das Gefangenenlager von Guantánamo Bay¹ auf Kuba in der jüngeren Geschichte haben nicht nur Menschenrechtsorganisationen², sondern auch eine breite Öffentlichkeit bewegt und zu kontroversen Diskussionen geführt.³ Besonders die Schilderungen von Folterungen und Ehrverletzungen⁴ sowie von Freiheitsentzug ohne Gewährung von Rechtsbeistand, Rechtsweg oder Kontakten zu Familienangehörigen⁵ wurden als Besorgnis erregend wahrgenommen.

Seit Anbeginn der Gefangenschaft berichten Presse und Medien regelmäßig von neuen Erkenntnissen über den Zustand der Gefange-

-
- 1 Es handelt sich um das Gefangenenlager des US-Militärs mit der Bezeichnung Camp Delta (früher Camp X-Ray) auf dem amerikanischen Militärstützpunkt Guantánamo Bay auf der Insel Kuba. Die Guantánamo-Bucht (span.: Bahía de Guantánamo) ist eine 20 Kilometer breite und 8 Kilometer lange Bucht des Karibischen Meers im südlichen Teil Kubas. Sie trägt den Namen der 12 Kilometer nördlich gelegenen Stadt Guantánamo. Die militärische Bezeichnung des Camps lautet JTF-GTMO, die Verantwortung liegt bei dem United States Southern Command (USSOUTHCOM) unter der Leitung des Kommandeurs General *James Hill*. Als Joint Task Force 160 (JTF-160) wird die Einheit bezeichnet, die für die Inhaftierung zuständig ist; die Joint Task Force 170 (JTF-170) ist für Verhöre verantwortlich. Beide Einheiten sind seit dem 4.11.2002 unter der Bezeichnung Joint Task Force Guantanamo (JTF-G) zusammengefasst. Vgl. dazu *James R. Schlesinger (Chairman)*, Final Report of the Independent Panel To Review DoD Detention Operations, auch „Schlesinger-Report“, August 2004, 101; abgedruckt in *Karen Greenberg/Joshua Dratel (Ed.)*, *The Torture Papers - The Road to Abu Ghraib*, 2005, 908 ff.
 - 2 Vgl. dazu den Jahresbericht 2004 der Menschenrechtsorganisation Amnesty International, abrufbar unter www2.amnesty.de/internet/deall.nsf/WjahresberichtAll?OpenView&Star=1&Count=200.
 - 3 Unter vielen Zeitungsberichten vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 10.4.2004, Nr. 85, S. 3; *Die Zeit*, Nr. 15, 1.4.2004, S. 14.
 - 4 Vgl. insb. Zeitungsberichte über die mutmaßliche Genehmigung bestimmter Verhörmethoden, wie z.B. Schlafentzug, durch das amerikanische Verteidigungsministerium, *Der Tagesspiegel* vom 10.5.2004, S. 6. Zu Vorwürfen der Folter von ehemaligen britischen Gefangenen s. *Der Tagesspiegel*, 27.2.2005, S. 25.
 - 5 Unter zahllosen Zeitungsberichten: *Die Zeit* vom 15.4.2004, Nr. 17, S. 20; *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 24.3.2004, Nr. 71, S. 16.

nen auf dem amerikanischen Militärstützpunkt,⁶ es werden Interviews mit ehemaligen Gefangenen veröffentlicht⁷ sowie die offiziellen Standpunkte der amerikanischen Regierung, von Menschenrechtsorganisationen und anderen Beteiligten zum Status und Schicksal der Inhaftierten wiedergegeben.⁸ Lange Zeit kommunizierte Hinweise auf andere, mit Guantánamo vergleichbare Gefängnisse außerhalb des amerikanischen Hoheitsgebietes haben sich mittlerweile bestätigt.⁹

Bei den meisten menschenrechtlichen Problemlagen - und im Fall der Behandlung der Gefangenen von Guantánamo besonders deutlich - stellt sich die Frage, wie internationale Menschenrechte verstanden, interpretiert und angewandt werden. Dabei spiegelt das Völkerrecht immer den im jeweiligen zeitlichen Kontext gefundenen Konsens der Staaten zu ihren gegenseitigen Rechten und Pflichten wider. Die Menschenrechte wiederum sind Ausdruck der vertikalen Beziehung des jeweiligen Staates zum Individuum und sind Anerkennung eines wechselseitigen Abwehr- und Leistungsverhältnisses. Vor allem stellen sie auf internationaler Ebene eine im Rahmen einer bestimmten Reziprozitätserwartung entstandene Selbstverpflichtung dar, die auf der Grundlage einer gemeinsamen Überzeugung basiert.

Als größtmöglich denkbarer Rechtskreis ist das Völkerrecht der Anwendung und Auslegung durch eine Vielzahl von Adressaten ausgesetzt und steht in der Regel im Spannungsverhältnis zu politischer Faktizität. Mangels hinreichend institutionalisierter, übergeordneter Interpretationsinstanzen ist das Völkerrecht weniger homogen als nationales Recht. Der Normadressat selbst legt das für ihn durch freiwillige Verpflichtung bindend gewordene Recht im Rahmen rationaler, interpretatorischer Instrumente aus oder aber bewegt sich bei der Verfolgung übergeordneter eigener Interessen im Bereich der Irrationalität. Doch selbst im Fall eines rational geführten Diskurses stellt es sich faktisch als äußerst schwierig dar, eine allge-

6 Unter zahlreichen Berichten s. etwa *Der Spiegel*, Heft 5/2002, S. 120 ff.

7 S. dazu beispielhaft das Interview mit *Shafiq Rasul*, *Spiegel-Online* in Kooperation mit *New York Times*, Stories from the Inside, 7. Februar 2005, im Internet unter <http://service.spiegel.de/cache/international/0,1518,340560,00.html>.

8 Eine Chronologie der veröffentlichten Presseerklärungen, Studien und Memoranden der US-Administration in *Karen Greenberg*, Der lange Weg zur Grausamkeit, *Süddeutsche Zeitung*, 18. Juni 2005, S. 13.

9 Vgl. dazu *Spiegel-Online*, 7.9.2006, im Internet unter <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,435604,00.html>.

mein verbindliche und konsentiert Beantwortung einer rechtlichen Fragestellung zu finden und eine bestimmte Sichtweise als wahrhaft anzunehmen. Wegen der Anerkennung der souveränen Gleichheit und der kulturpluralistischen Realität müssen die verschiedenen Ansichten zunächst als gleichberechtigt betrachtet werden, um - mangels obligatorischer, verbindlicher Streitschlichtung - im Kontext politischer und diplomatischer Bemühungen zu einem konsensfähigen Ergebnis zu kommen.

Im Fall der Behandlung der Gefangenen in dem amerikanischen Militärgefängnis in Guantánamo kommen, wie unten dargestellt werden wird, viele Beobachter zum Schluss einer dem Völkerrechtssubjekt der USA zurechenbaren Verletzung menschenrechtlicher Verpflichtungen. Eine andere große Anzahl an Einschätzungen des Sachverhalts kommt dagegen zu einem diametralen Ergebnis oder differiert zumindest in einigen Punkten. So wie sich die offiziellen Stellen der Vereinigten Staaten und vieler europäische Staaten in diesem Fall argumentativ gegenüberstehen, stützt ein großer Teil der US-amerikanischen juristischen Literatur, neben nicht zu vernachlässigenden kritischen Stimmen, die Auffassung der US-Administration von der menschenrechtlichen Unbedenklichkeit der Maßnahmen auf Guantánamo, während vor allem die kontinentaleuropäische Wissenschaft dem skeptisch und ablehnend entgegentritt.

Besonders verunsichert haben die Ereignisse von Guantánamo viele Kritiker in der Welt, weil die Vereinigten Staaten von Amerika als Geburtsort der verfassten Menschenrechte gelten und die USA in ihrer Geschichte die Verteidigung dieser grundlegenden Rechte auf Freiheit und Selbstbestimmung immer wieder als Motivation für politische und militärische Interventionen angeführt haben. Viele sehen, wie gezeigt werden wird, in den von ihnen wahrgenommenen Abweichungen von sicher geglaubten Standards den menschenrechtlichen Diskurs insgesamt erschüttert und weit zurückgeworfen. Zusätzlich gibt aus der Sicht vieler Beobachter die politische Hegemonialstellung der Vereinigten Staaten und die damit verbundene Macht zur Faktizität Anlass zur Sorge.

Die USA selbst sehen sich allerdings im Fall von Guantánamo in

ihrer politischen actio mit den Menschenrechten im Einklang stehend. Das Gefängnis werde „human“ geführt, Menschenrechtsverletzungen oder gar Folter gebe es nicht, und wer für Frieden und Menschenrechte eintrete, habe eine Verpflichtung zu seinem Wort zu stehen, so der amerikanische Präsident *George W. Bush*.¹⁰ Die strikten Maßnahmen gegenüber den gefangenen Personen werden dementsprechend mit den Sicherheitsinteressen der Vereinigten Staaten gerechtfertigt. Die fortdauernde Bedrohung durch den internationalen Terrorismus mache die Inhaftierung und Vernehmung der Inhaftierten aus Gründen der nationalen Sicherheit und Verteidigung notwendig, um terroristische Anschläge wie die des 11. Septembers 2001 zu verhindern und um Menschenleben zu schützen.¹¹

Diese Einschätzung der US-Regierung wird nicht nur von der bereits erwähnten amerikanischen Jurisprudenz argumentativ unterstützt, sondern wurde auch durch zahlreiche Gerichtsentscheidungen bestätigt¹² und von der Legislative befürwortet, die den Präsidenten mit umfangreichen Befugnissen im Kampf gegen den Terrorismus ausgestattet und unter anderem die Möglichkeit einer Klage der Betroffenen gegen die Haftbedingungen vor amerikanischen Gerichten ausgeschlossen hat.¹³ In gewisser Weise hat auch die Mehr-

10 *George W. Bush* im Juni 2005, vgl. *White House*, President Hosts United States - European Union Summit, 20.6.2005, im Internet unter: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/06/print/20050620-19.html>.

11 Vgl. etwa *Department of Justice*, Memorandum for Alberto R. Gonzales - Counsel to the President, Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President and William J. Haynes II General Counsel of the Department of Defense, Application of Treaties and Laws to al Qaeda and Taliban Detainees, 22. Januar 2002, 33, abgedruckt in: *Greenberg/Dratel*, oben Fn. 1, 81.

12 Vgl. etwa *Khalid v. Bush*, - F. Supp. 2nd, - (DCDC 2005); Civil Case No. 1:04-1142, *Coalition of Clergy v. Bush*, 189 F. Supp. 2nd, No. CV 02-570, und die das Begehren des Antragstellers ablehnenden Entscheidungen in Sachen *Hamdi v. Rumsfeld*, vgl. *Hamdi v. Rumsfeld*, - F. Supp. 2nd - (EDVA 2002); Civil action No. 2:02CV348; *Hamdi v. Rumsfeld*, 294 F. 3d 598 (CA 4th 2002); No. 02-6827; (Hamdi I); *Hamdi v. Rumsfeld*, F. Supp. 2nd - (EDVA 2002), Civil action No. 2:02CV439; *Hamdi v. Rumsfeld*; 296 F. 3d 278 (CA 4th 2002); No. 02-6895; (Hamdi II); *Hamdi v. Rumsfeld*; 316 F. 3rd 450 (CA 4TH 2003), No. 02-7338; (Hamdi III); vgl. in diesem Zusammenhang die Beschreibung „*Hamdi: The Ping-Pong Game Continues*“ von *Bernard Dougherty*, *Decisions of the United States Courts in Regards to the Guantanamo Bay Detainees; How Do they Comport with International Humanitarian Law?*, *Humanitäres Völkerrecht*, 2005, 209, in dessen Fn. 7.

13 Zum Klageausschluss siehe den als Detainee Treatment Act of 2005 bezeichneten Titel X des Department of Defense Appropriations Act 2006 vom

heit der amerikanischen Bevölkerung mit der Wiederwahl *George W. Bushs* im Jahr 2004 dessen hartes Vorgehen gegen mutmaßliche Terroristen gebilligt.¹⁴ Von politischem Alleingang einiger weniger Entscheidungsträger kann daher in diesem Fall nicht gesprochen werden.

Dabei ist in der Analyse der amerikanischen Sicht- und Vorgehensweise vor allem die zentrale Rolle des Präsidenten im politischen System der USA und seine Befehlsgewalt über die Streitkräfte (Commander-in-Chief Power) zu berücksichtigen, die dem Präsidenten traditionell, wegen dessen konstitutioneller Pflicht zum Schutze der Nation, innen- und außenpolitisch umfangreiches Ermessen im Kampf gegen innere und äußere Bedrohungen einräumt. Zu den erlaubten Maßnahmen gehören nach Ansicht vieler auch und gerade die Verhaftung, Inhaftierung und Vernehmung „*des Feindes*“.¹⁵

30.12.2005, H.R. 2863, Sec. 1005 (e) (1) (Gesetzestext abrufbar im Internet auf der Seite des amerikanischen Kongresses unter <http://www.congress.com>). Vgl. auch die Authorization for Use of Military Force (AUMF) des US-Kongresses vom 18. September 2001, 115 Stat. 224, zurückgeführt, in welcher der Präsident ermächtigt wird: „*[T]o use all necessary and appropriate force against all nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons.*“.

Die weitreichenden Befugnisse des Präsidenten im Kampf gegen den Terrorismus, die Möglichkeit der Aburteilung von „*unlawful enemy combatants*“ in Militärkommissionsverfahren und der damit einhergehende Ausschluss einer Berufung auf Rechte nach den Genfer Konventionen durch die Angeklagten wurde jüngst bestätigt durch den Military Commissions Act 2006, S.3930, vom 22. September 2006, s. etwa Sec. 3 (a): „*IN GENERAL.- The President is authorized to establish military commissions for the trial of alien unlawful combatants engaged in hostilities against the United States for violations of the law of war and other offenses specifically made triable by military commission as provided in chapter 47 of title 10, United States Code, and chapter 47A of title 10, United States Code (as enacted by this Act).*“; Gesetzestext im Internet unter <http://www.senate.gov>.

14 Nach einer Umfrage gaben 19 % der Amerikaner, die *Bush* gewählt haben, den Kampf gegen den Terrorismus als maßgeblich für ihre Wahlentscheidung an. Damit war diese Thematik die dritt wichtigste; an erster Stelle mit 22 % wurden moralische Werte als Grund für die Votierung für *Bush* angegeben; vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 5.11.2004, S. 3.

15 Vgl. etwa *Department of Justice*, Memorandum for Alberto R. Gonzales - Counsel to the President, Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18

Dass dabei grundsätzlich ein besonders hartes Vorgehen gegen Personen, denen schwere Gesetzesverstöße zur Last gelegt werden, mit dem Grund- und Menschenrechtsverständnis der Amerikaner vereinbar ist, liegt unter anderem in der amerikanischen Rechtstradition begründet. Die Figur des „*outlaw*“, der sich um den, rechtstreuen Bürgern zukommenden, rechtlichen Status gebracht hat, findet hier eine besonders restriktive Konnotation: So war bis zur Mitte der 1970er Jahre etwa die Situation amerikanischer Gefängnisinsassen technisch gesehen die von „*slaves to the state*“.¹⁶ Gerade diese Tradition des „Abtrünnigen“ spiegelt sich auch in den Bemühungen der US-Administration wieder, im Fall von Guantánamo einen Sachverhalt zu konstruieren, in dem den Betroffenen möglichst wenig oder gar kein Rechtsschutz durch US-Gerichte gewährt wird: Ausländischen Personen, die sich außerhalb des amerikanischen Staatsterritoriums aufhalten und darüber hinaus als „*feindliche Kämpfer*“ die Sicherheit der Nation bedrohen, könne kein Schutz nach amerikanischem Recht zukommen.¹⁷ Auch diese Haltung

U.S.C. §§ 2340-2340A, 1. August 2002, 38, abgedruckt in *Greenberg/Dratel*, oben Fn. 1, 172 ff.; im Internet unter <http://washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/dojinterrogationmemo20020801.pdf>, auch unter <http://news.findlaw.com/nytimes/docs/doj/bybee80102mem.pdf>; s. auch *Khalid v. Bush*, oben Fn. 12; beachte auch, dass die Presidential Military Order, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism of November 13 2001, 66 Fed. Reg. 57, 883 (Nov. 16, 2001, im Folgenden Military Order), abrufbar im Internet: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html>, selbst auf die Oberbefehlsgewalt des Präsidenten gestützt wurde (s. Präambel), ebenso wie die Entscheidung zur Verweigerung des Kombattantenstatus für Al Qaida- und Taliban-Kämpfer und der Anwendbarkeit der Genfer Konventionen; vgl. *George W. Bush*, Memorandum on Humane Treatment of Taliban and al Qaeda Detainees, 7. Februar 2002, Memo abgedruckt in: *Greenberg/Dratel*, oben Fn. 1, 134 ff. oder abrufbar im Internet unter http://pegc.no-ip.info/archive/White_House/bush_memo_20020207_ed.pdf.

16 Vgl. *James Whitman*, „Human Dignity“ in Europe and the United States: The Social Foundations, *HRLJ*, 2004, 17, 20; das Thirteenth Amendment (Sec. 1) der amerikanischen Verfassung lautet: „*Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.*“ (Hervorhebung durch Verfasser). Die Phrase wurde der römischen und griechischen Antike entlehnt. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Auspeitschung als Strafform in amerikanischen Gefängnissen formell nie abgeschafft wurde.

17 Vgl. etwa entsprechende Aussagen des republikanischen Senators *Lindsey Graham*. *Graham*, dass seit 200 Jahren noch keine Nation „*feindlichen Kom-*

wurde vom US-Kongress und in zahlreichen Entscheidungen amerikanischer Gerichte bestätigt.¹⁸

Die Maßnahmen von Guantánamo als Bestandteil des Krieges gegen den Terrorismus werden damit nicht zuletzt auf ein historisch gewachsenes, effektivpolitisches Konzept der „*realpolitik*“ fundiert, nach dem die herkömmlichen rechtsstaatlichen Garantien im Notstand Luxus seien.¹⁹ Ähnliche Gründe hatte auch die *Roosevelt-Administration* zur Errichtung der Kriegsverbrechertribunale von Nürnberg bewegt.²⁰

Die amerikanische Position ist bekanntermaßen auf breite Kritik gestoßen. Insbesondere kontinentaleuropäische Staaten, die sich nicht am Irak-Krieg vom Jahr 2003 beteiligt hatten, äußerten Sorge über die Zustände in Guantánamo.²¹ Die deutsche Bundeskanzlerin *Angela Merkel* etwa forderte vor ihrem Antrittsbesuch Anfang 2006

battanten“ die Möglichkeit gegeben habe, vor einem Gericht des attackierten Landes „*die Soldaten zu verklagen, die für uns in den Krieg ziehen.*“; vgl. *Spiegel-Online* v. 11. November 2005, <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,384315,00.html>; vgl. dazu auch *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 12.11.2005, S. 2; dazu auch *Süddeutsche Zeitung*, 12.11.2005. So auch *Department of Defense*, Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism: Assessment of Legal, Historical, Policy, and Operational Considerations, April 2003, 35 ff., abgedruckt in *Greenberg/Dratel*, oben Fn. 1, 286 ff.; im Internet unter <http://www.defenselink.mil/releases/2004/nr20040622-0930.html>.

18 S. etwa die oben in Fn. 12 aufgeführten Gerichtsentscheidungen und zum Verhalten der Legislative Fn. 13 und Fn. 17. Das höchste amerikanische Gericht, der Supreme Court, hatte in der Entscheidung *Boumediene v. Bush* (549 U.S. 2007) im April 2007 zunächst die Überprüfung einer Entscheidung des United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit abgelehnt, welches den gesetzlichen Ausschluss einer Haftprüfung für in Guantánamo inhaftierte Personen bestätigt hatte. Nun wird das Gericht doch im Oktober 2007 über den Rechtsmittelantrag (*writ of certiorari*) zweier Gefangener entscheiden; vgl. Order List 551 U.S. vom 29. Juni 2007.

19 Dazu *Laura Dickinson*, Using Legal Process to Fight Terrorism: Detentions, Military Commissions, International Tribunals, and the Rule of Law, *SCLR*, 1407, 1411; zur Bedeutung der Realpolitik in den USA vgl. etwa *Robert Myers*, U.S. Foreign Policy in the Twenty-First Century - The Relevance of Realism, 1999, 142 ff.; auch *Randall Bennett Woods*, Quest for Identity - America since 1945, 2005, 281 ff.

20 Dazu *Dickinson*, a.a.O.

21 Dennoch waren auch kritische Stimmen von Regierungsmitgliedern aus Spanien und Großbritannien zu vernehmen; vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 1.12.2003, S. 5.

in Washington die Schließung des Gefangenenlagers.²² Die Kritiker sehen auch in der sicherheitspolitischen Lage der Vereinigten Staaten keine Rechtfertigung für das harte Vorgehen gegen die Gefangenen; die Maßnahmen und Zustände in Guantánamo werden von einem großen Teil der Beobachter als Menschenrechtsverletzungen wahrgenommen.²³

Aber auch in kritisch eingestellten Staaten war der Versuch der US-Regierung, effektive Instrumente im Kampf gegen den Terrorismus zu finden und dabei etwa die Grenze zwischen verbotener Folter und zulässigen Verhörmethoden neu auszuloten, nicht ohne innenpolitische Auswirkung und hat zu kontroversen Diskussionen geführt. So wurde beispielsweise in Deutschland im Zusammenhang mit dem Fall des entführten Kindes *Jakob von Metzler* im Jahr 2003 eine Debatte über die Zulässigkeit von Drohungen mit Folter im Rahmen polizeilicher Verhöre geführt, in der es um die Abwägung von Täter- und Opferinteressen und damit letztlich über nichts geringeres als eine inhaltliche Neuausrichtung der Menschenwürde ging.²⁴ In dem Zusammenhang wurde in der rechtswissenschaftlichen Literatur auch das „zähe Festhalten“ deutscher Staatsrechtler an einem „überpositiven Charakter“ der Menschenwürdegarantie und

22 S. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 9.1.2006, S. 1. Die amerikanische Seite reagierte auf die Forderung gelassen und unbeeindruckt; Außenamtssprecher *Sean McCormack* sagte: „Wenn wir diese Leute freiließen, würde sie sofort wieder den Kampf aufnehmen.“; außerdem sagte *McCormack*, die US-Regierung sei Kritik aus Europa gewohnt; vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 11.1.2006, S. 5.

23 S. nur *Bernhard Schäfer*, Sicherheit und Menschenrechte: Menschenrechtsfreies Guantánamo Bay?, in: *Möllers/van Ooyen*, Jahrbuch Öffentliche Sicherheit, 2004/2005, 79, 106; *Alfred de Zayas*, Human rights and indefinite detention, *ICCR*, 2005, 15, 19 f.; *Amnesty International*, United States of America, The threat of a bad example: Undermining international standards as „war on terror“ detentions continue, *AI Index: AMR 51/114/2003*, August 2003.; vgl. auch die Ergebnisse der Expertengruppe der UN-Menschenrechtskommission zur Untersuchung der Gefangenschaft in Guantánamo, die in einer 18-monatigen Untersuchung die Verhältnisse in dem Militärgefängnis bewertet hat. S. *United Nations*, Press Release, Human Rights Experts Issue Joint report on Situation of Detainees in Guantanamo Bay, 16.2.2006.

24 Dazu etwa *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 22.2.2003, S. 3 und 33; der hessische Ministerpräsident *Roland Koch* bezeichnete in diesem Zusammenhang die Entscheidung des stellvertretenden Polizeipräsidenten *Daschner* zur Folterandrohung als „menschlich sehr verständlich“.

deren Deutung als „*Einbruchstelle für naturrechtliche Vorstellungen*“ kritisiert.²⁵

Anfang 2006 war es der deutsche Innenminister *Wolfgang Schäuble*, der zu politischen Kontroversen führte, weil er durch Folter gewonnene Informationen im Krieg gegen den Terrorismus für verwertbar erklärte, und ein Jahr später brachte *Schäuble* auch die gezielte Tötung von Terroristen in die Diskussion.²⁶ Zuvor hatte das Bundesverfassungsgericht den vorläufigen Schlusstrich unter einen langen Streit um das Luftsicherheitsgesetz gesetzt, dass den Abschuss eines entführten zivilen Passagierflugzeugs vorsah, wenn dieses als Tatwaffe gegen das Leben anderer Menschen eingesetzt werden sollte: Die Tötung der Insassen zur Rettung anderer Personen stelle die Subjektqualität der Betroffenen in Frage und verstoße damit gegen das Gebot der Achtung der Menschenwürde nach Artikel 1 Abs. 1 Grundgesetz.²⁷ Gegenstand dieser Entscheidung war damit ebenfalls nichts anderes als die Auslegung und Neuausrichtung festgelegter Grundprinzipien im Rahmen realpolitischer Gefahrensituationen.²⁸

Ebenso wie die Mehrheiten in den politischen Organen der Bundesrepublik und vieler anderer europäischer Staaten eine Aufweichung menschenwürderelevanter Prinzipien wie etwa des Folterverbots (noch?) ablehnen - eine interessante Fiktion wäre ein gewaltiger terroristischer Anschlag auf europäischem Boden - sehen die Vereinigten Staaten die umstrittenen Maßnahmen allenfalls als harsch, aber als mit dem Menschenrecht vereinbar an. Diesen Umstand anscheinend unversöhnlicher Gegensätze gilt es im Folgenden zu untersuchen.

25 So *Matthias Herdegen* in einer Ergänzung zum Maunz/Dürig-Kommentar zum Grundgesetz; vgl. dazu *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 29.4.2005, S. 1.

26 Vgl. dazu *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 2.1.2006, S. 2 sowie *Süddeutsche Zeitung* vom 9. 7.2007, S. 1.

27 S. *BVerfG*, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006; zur vorangegangenen Debatte um das Luftsicherheitsgesetz s. etwa die Figur des „*rechtwertungsfreien Raumes*“, diskutiert von *Franz Josef Lindner*, *Tragische Konflikte*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 15.10.2004, S. 8.

28 S. zur schwierigen inhaltlichen Ausrichtung der Menschenwürdegarantie ebd.: „*Was diese Verpflichtung [Schutz der Menschenwürde] für das staatliche Handeln konkret bedeutet, lässt sich nicht ein für allemal abschließend bestimmen. [...] Wann eine solche Behandlung [in Fragestellungen der Subjektqualität] vorliegt, ist im Einzelfall mit Blick auf die spezifische Situation zu konkretisieren, in der es zum Konfliktfall kommen kann.*“.

Dabei ist die Guantánamo-Debatte zwischen Europa und im Speziellen der Bundesrepublik und den USA auch historisch relevant, weil freiheitlich-liberale und demokratische Werte im heutigen Deutschland das Ergebnis massiver Umerziehungsmaßnahmen der Amerikaner und der Forcierung des amerikanischen Freiheitsgedankens nach dem Zweiten Weltkrieg sind.²⁹ Noch 1918 vertrat etwa *Thomas Mann*, dass die Demokratie dem Deutschen Wesen fremd und giftig sei.³⁰

Die Hintergründe der Gegensätze im Diskurs um Guantánamo und ihre Ausdeutung im Menschenrechtsdiskurs werden für die vorliegende Arbeit zentral sein. Methodisch dient der Teil 1 der Arbeit daher neben einer Sachverhaltsdarstellung und Auswertung der Berichte über Guantánamo mehr einer Darstellung des von Politik und Wissenschaft um das Gefangenlager geführten Diskurses als einer auf ein bestimmtes Ergebnis abzielenden juristischen Prüfung anhand einschlägiger Tatbestandsmerkmale. Eine eigene juristische Interpretation wird zwar erfolgen, soll aber neutral gehalten werden, weil sich die Arbeit nicht in die bereits bestehenden Positionen einreihen, sondern einen umfassenden Blick auf die Problematik liefern will. Der Schwerpunkt der Untersuchung der Gefangenschaft in Guantánamo wird zudem auf der status- und menschenrechtlichen Problematik liegen, andere damit zusammenhängende Fragen werden nur cursorisch dargestellt, um den Rahmen der komplexen Bearbeitung nicht zu überdehnen.

In Teil 2 werden die Ergebnisse der vorangegangenen Untersuchung mit dem globalen Diskurs um Menschenrechte und ihre Begründung zusammengeführt und die Bedeutung von Guantánamo für den Schutz der Menschenrechte dargestellt. Neben einem historischen Aufriss über die Entwicklung der Menschenrechtsidee wird

29 Dazu *Harro von Senger*, Der Menschenrechtsgedanke im Lichte chinesischer Werte, in: *Walter Schweidler (Hrsg.)*, Menschenrechte und Gemeinsinn - westlicher und östlicher Weg?, Philosophisch-politische Grenzerkundungen zwischen ostasiatischen und westlichen Kulturen, 1998, 267, 284.

30 *Thomas Mann*, Betrachtungen eines Unpolitischen, 1956, 29 und 46: „*Ich bekenne mich tief überzeugt, daß das deutsche Volk die politische Demokratie niemals wird lieben können, und daß der vielverschieene ‚Obrigkeitsstaat‘ die dem deutschen Volke angemessene, zukömmliche und von ihm im Grunde gewollte Staatsform ist und bleibt*“; dazu von *Senger*, a.a.O.

vor allem die Bedeutung der Rechte des Menschen im kulturellen Kontext beleuchtet werden.

Teil 3 dient einem Ausblick zur möglichen Auflösung bestehender Aporien und Probleme im Zusammenhang mit der Thematik der Rechte des Menschen und ihres internationalen Schutzes.

Vorwegnehmend ist hervorzuheben, dass die Arbeit *eine rechtliche* Bewertung des Gefangenenlagers mit der Behandlung aller Probleme darstellt, die sich innerhalb der Prüfung ergeben haben. Die an den völkerrechtlichen Teil 1 anschließende Problematisierung der rechtsphilosophischen Begründung von Menschenrechten in Teil 2 und die Diskussion neuer Ansätze in Teil 3 sind keine von Guantánamo losgelösten Problemstellungen auf einer rein abstrakten Ebene. Sie sind vielmehr Teilaspekte *einer rechtlichen* Prüfung mit praktischer Relevanz, weil die aufgeworfenen Fragen sich zwingend und denklogisch stellten und ihre Bearbeitung erforderlich war, um eine zufrieden stellende und umfassende Auflösung der Guantánamo-Problematik und ähnlicher Problemlagen zu erreichen.

Im Rahmen der Vorgehensweise ist an dieser Stelle auch auf die besondere Informationslage bezüglich der Zustände in Guantánamo hinzuweisen. Weil die *Bush*-Administration bislang nur selten Außenstehenden, wie dem Internationalen Komitee des Roten Kreuzes (IKRK),³¹ Zugang zu den Gefangenen und den Einrichtungen des als Camp Delta³² bezeichneten Militärgefängnisses gewährt hat, sind nur wenig gesicherte Erkenntnisse über die Behandlung der inhaftierten Personen durch die USA und umso mehr Vermutungen bekannt. Insbesondere der Wahrheitsgehalt von Foltervorwürfen durch ehemalige Gefangene ist unklar, zumal diese von offizieller amerikanischer Seite weitgehend zurückgewiesen worden sind.³³ Bei der Un-

31 Der Bericht der Delegation des IKRK ist aber vertraulich und darf nur mit Zustimmung der US-Administration veröffentlicht werden. Nachdem diese aber positive Aspekte eines IKRK-Berichtes veröffentlicht hatte, wurde ein interner Streit des IKRK bekannt, weil sich einige Delegationsmitglieder genötigt sahen, auf die Missstände in dem Gefangenenlager hinzuweisen. Im Zuge dieser Vorgänge wurden denn auch Foltervorwürfe von IKRK-Inspektoren gegen die USA laut; dazu *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 1.12.2004, S. 1.

32 Die alte Bezeichnung des Guantánamo-Gefängnisses Camp X-Ray wurde für den Neubau nicht weiter verwendet.

33 Vgl. entsprechende Aussagen des US-Vizepräsidenten *Dick Cheney*, wonach die Gefangenen von Guantánamo besser behandelt würden, „als von praktisch

tersuchung der Gefangenschaft müssen diese Eventualitäten berücksichtigt werden, und es wird darauf hingewiesen, wenn Informationen über die Situation der Inhaftierten als wahr unterstellt werden können - etwa bei Bestätigung durch ein unabhängiges Gericht oder die US-Administration selbst - oder andererseits nur von Indizien oder Vermutungen die Rede sein kann.

Gerade weil die Debatte um Guantánamo sehr emotional geführt wird, legt die vorliegende Arbeit, die einem wissenschaftlichen Anspruch gerecht werden will, besonderen Wert auf eine neutrale und ergebnisoffene Darstellung. Mehr als an der Präsentation einer vermeintlich richtigen Lösung der Guantánamo-Frage ist die Arbeit an den Hintergründen der opponierenden Positionen und den grundsätzlich damit verbundenen Problemstellungen interessiert sowie an der Tatsache, dass die bisherige Diskussion zu keiner Veränderung der Lage geführt hat.

jeder anderen Regierung der Welt“, *Süddeutsche Zeitung*, 15.6.2005, S. 1; S. auch *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 1.12.2004, S. 1 über die Zurückweisung von Foltterwürfen des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz durch das Pentagon.

Teil 1: Völkerrechtliche Bewertung der Gefangenschaft auf Guantánamo

1.1 Der „Fall Guantánamo“

Vor der Bewertung eines Sachverhaltes steht die möglichst genaue Zusammentragung der Ereignisse. Auf die damit zusammenhängenden Schwierigkeiten im Rahmen des „Falls Guantánamo“ ist oben bereits hingewiesen worden. Einige Angaben stehen als Fakten einer späteren Subsumtion zur Verfügung, hinsichtlich anderer Angaben stößt die Bearbeitung an die Grenzen völkerrechtlicher Beweismöglichkeiten.

Als sicher gilt, dass im Lager Camp Delta auf dem US-Militärstützpunkt Guantánamo Bay derzeit ca. 375 Personen festgehalten werden.³⁴ Es handelt sich dabei zum einen um Mitglieder der als Taliban bekannten islamischen Gruppierung,³⁵ die von 1994 bis zum

34 Letzter Stand Juni 2007, vgl. die Angaben des *Department of Defense*, im Internet unter <http://www.defenselink.mil/releases/release.aspx?releaseid=11041>.

35 Taliban ist der persische Plural von arabisch talib (Student) und bezeichnet eine streng islamischer Bewegung, deren Anführer und viele Mitglieder in islamitischen Schulen in Pakistan ausgebildet wurden und deren Handeln und Ideologie massiv vom radikal-orthodoxen Islam (Wahhabismus) und vom paschtunischen Nationalismus (Paschtunwali) beeinflusst werden; einen Großteil ihrer Mitglieder rekrutierten die Taliban aus den Madrassen (Koranschulen) entlang der afghanisch-pakistanischen Grenze. Durch die Festlegung der Durand Line im Jahr 1893 durch Großbritannien zur Grenzziehung zwischen Britisch-Indien und Afghanistan wurde das paschtunische Volk in zwei Hälften geteilt, wobei die eine davon im heutigen Pakistan beheimatet ist. Die Taliban gehören zu der ethnischen Gruppe der Paschtunen und zur religiösen Gruppe der Wahhabiten, einer im 18. Jahrhundert in Saudi-Arabien entstandenen und dort heute vorherrschenden Abspaltung von der sunnitischen Hauptrichtung des Islam. Die Wahhabiten zeichneten sich von Anfang an durch militante Intoleranz gegenüber allen nicht-Wahhabiten (auch innerhalb des Islam) aus, und waren bestrebt, den Islam zu seinen Wurzeln im siebten Jahrhundert zurückzuführen.

Beginn des Afghanistan-Krieges einen Großteil Afghanistans kontrollierten³⁶ und in den Jahren 2001 und 2002³⁷ von amerikanischen Streitkräften gefangen genommen worden sind.³⁸ Zum anderen sind Personen inhaftiert, die der Terror-Organisation Al Qaida³⁹ zuge-

Vor diesem Hintergrund wurde in Afghanistan die *Scharia*, das islamische Gesetz, eingeführt, von welcher die Taliban u. a. folgende Verbote und Richtlinien ableiteten: Verbot von Kameras; Verbot von Kino, Fernsehen und Videorekorder; Verbot von Internet; Verbot weltlicher Musik; Frauen hatten ihren ganzen Körper mit der Burka zu bedecken; Verbot jeglicher Frauenarbeit außerhalb des eigenen Hauses; Frauen war ärztliche Behandlung nur in Begleitung eines Mannes erlaubt und nur durch weibliche Ärzte. Da für Frauen faktisch ein Berufsverbot bestand, gab es keine Ärztinnen und somit auch keine Behandlung für Frauen; Frauen war das Verlassen des Hauses nur in Begleitung männlicher Verwandter erlaubt; die Fenster der Häuser waren teilweise als Sichtschutz mit Farbe bemalt, so dass sie nur durchscheinend, aber nicht mehr durchsichtig waren.

Zu den Praktiken in Afghanistan unter den Taliban zählten: Amputation von Körperteilen von Verbrechern; öffentliche Hinrichtungen (z. B. als Steinigung durchgeführt); Zerstörung von Götterbildnissen (etwa der riesigen Buddha-Statuen von Bamiyan aus der Gandhara-Kultur); das offizielle Verbot des Anbaus von Opium im Jahr 2000, was auch tatsächlich die geerntete Menge für die Kleinbauern drastisch reduzierte, wodurch der internationale Marktpreis explodierte. Inoffiziell war der Opiumhandel zuvor die wichtigste Einnahmequelle der Taliban; Prügelstrafe oder Inhaftierung von Männern, deren Bärte zu kurz waren. Vgl. umfassend zur Geschichte und soziokulturellen Entwicklung etwa *Ahmed Rashid*, Taliban - Afghanistans Gotteskrieger und der Dschihad, 2001.

36 Obwohl sich die sowjetischen Truppen 1989 aus Afghanistan zurückgezogen und die Regierung *Najibullah* die sozialistischen Elemente aus der Verfassung getilgt und formal ein pluralistisches System eingeführt hatte, gelang der Führung keine politische Stabilisierung. 1994 griffen die radikalislamischen Taliban in den afghanischen Bürgerkrieg ein und brachten den größten Teil des Landes unter ihre Kontrolle. Präsident *Najibullah* wurde öffentlich hingerichtet, Staatspräsident *Rabbani* floh aus Kabul. Die ihn unterstützenden Milizen konnten sich nur im Nordosten Afghanistans gegen die Taliban behaupten. Diese proklamierten einen streng islamitischen Gottesstaat (Islamisches Emirat Afghanistan), Taliban-Führer *Mullah Mohammed Omar* ließ sich zum „*Beherrscher der Gläubigen*“ ausrufen.

37 Die Kampfhandlungen haben offiziell am 7. Oktober 2001 begonnen, Kabul wurde am 13.11., Kunduz am 25.11. und Kandahar am 8.12.2001 eingenommen.

38 S. dazu *Department of Defense*, Fact Sheet - Guantanamo Detainees, S. 1 ff., abrufbar unter <http://www.defenselink.mil/news/detainees.html>.

39 Al Qaida, arab. „Basis, Regel, Stützpunkt, Fundament“. Man geht davon aus, dass Al Qaida (auch Al-Qaeda, Al Kaida oder El Kaida) keine fest umrissene Organisation ist, sondern ein internationales Geflecht verschiedener islamitischer Terrorgruppen. Es wird vermutet, dass die Gruppen mit dezentralen Netzwerkstrukturen untereinander verbunden sind und so keiner hierar-

rechnet werden und entweder im Zuge der Kämpfe in Afghanistan oder in anderen Ländern in Haft geraten sind.⁴⁰

Genau vier Monate nach den Terror-Anschlägen auf das World Trade Center in New York und das Pentagon in Arlington wurden am 11.1.2001 die ersten 20 Personen auf den Militärstützpunkt verbracht.⁴¹ Zwischenzeitlich lag die Zahl der Inhaftierten bei über

chischen Führungsstruktur bedürfen. Persönliche Kontakte zwischen den Mitgliedern der einzelnen Zellen sind ausschlaggebend für den Informationsfluss. Als Wortführer und Idol dieser losen Gruppen gilt noch immer der Saudi *Osama bin Laden*, der Al Qaida in den späten 1980er Jahren gegründet hat. Die zwischenzeitlich erhobene Vermutung, dieser sei im Rahmen des Afghanistan-Krieges 2002 umgekommen, bestätigte sich nicht, da sich bin Laden wenige Tage vor der US-Präsidentenwahl 2004 wieder in einer Video-Botschaft zu Wort meldete.

Zur Struktur und den Veränderungen von Al Qaida seit dem Afghanistan-Krieg und den vornehmlich amerikanischen Geheimdienstmaßnahmen im Rahmen des „Kriegs gegen den Terrorismus“ s. *Yoram Schweitzer*, September 11, Two Years Later, *Strategic Assessment*, Vol. 6 No. 2, 2003, 21 ff.; auch *Peter L. Bergen*, Heiliger Krieg Inc. - Osama bin Ladens Terrornetz, 2001.

Vgl. auch aus amerikanischer Sicht zur Geschichte und Struktur von Al Qaida: *National Commission on Terrorist Attacks upon the United States*, Overview of the Enemy - Staff Statement No. 15, <http://www.mipt.org/Al-Qaeda.asp>.

In Deutschland wurde im Zuge der Terroranschläge des 11. Septembers 2001 das Religionsprivileg aus dem Vereinsgesetz gestrichen, wonach Religionsgemeinschaften nicht verboten werden durften. Kurz danach wurde der sogenannte „Kalifatsstaat“ verboten, im Jahr 2002 der Spendensammelverein Al-Aqsa und 2003 die Organisation Hizb ut-Tahir. Die Terror-Gruppe Al Qaida wurde formell nie verboten, die EU hat aber Maßnahmen im Bereich der Terrorfinanzierung erlassen. Dazu und zu dem schweizerischen Al Qaida-Verbot unter Berücksichtigung der Grundrechte s. *Michael Guery*, Wie weiter mit dem schweizerischen Al-Qaida Verbot?, *Revue de L'Avocat*, 2005, 427, 428 ff.; auch *Eckhart v. Bubnoff*, Terrorismusbekämpfung - eine weltweite Herausforderung, *NJW*, 2002, 2672 ff.

40 Laut Angaben des Department of Defense sind unter den Gefangenen neben Taliban- und Al Qaida-Kämpfern, die in die Kampfhandlungen in Afghanistan verwickelt waren, Personen, die der Beteiligung an den Terroranschlägen vom 11. September 2001 verdächtigt werden, etwa eine Person, die im August 2001 in die Vereinigten Staaten einreisen wollte, mit dem Attentäter *Mohammed Atta* telefoniert haben soll und die später in Pakistan gefasst wurde, s. *Department of Defense*, Fact Sheet - Guantanamo Detainees, oben Fn. 38. Zudem sind Personen inhaftiert, die in Bosnien-Herzegowina, in Gambia und anderen Drittstaaten festgenommen wurden, vgl. Darstellung von *Marco Sassòli*, The Status of Persons held in Guantánamo under International Humanitarian Law, *JICJ*, 2004, 96, 97.

41 Unter vielen *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 11.1.2002, S. 2.

680,⁴² darunter auch Jugendliche im Alter zwischen 13 und 16 Jahren.⁴³ Bei den Gefangenen handelt es sich um Angehörige aus über 40 Staaten,⁴⁴ darunter befinden sich jedoch keine US-Bürger.⁴⁵

1.1.1 Der Umgang mit den Gefangenen

Der Darstellung der Haftbedingungen in Guantánamo Bay sei vorangestellt, dass die Vereinigten Staaten immer betont haben, dass die inhaftierten Personen mit Menschlichkeit behandelt würden:

„The detainees [at Guantánamo Bay] are being treated humanely. In fact, the United States is treating the detainees consistent with applicable international humanitarian law.“⁴⁶

42 Erstmals wurde eine Freilassung vom Pentagon am 24.10.2002 angekündigt, es handelte sich um 7 Pakistaner und 12 Kuwaiter, am 12.6.2004 lag die Zahl der Freigelassenen bei 147, am 30.3.2005 wurde die Freilassung weiterer 38 Insassen beschlossen.

43 *Süddeutsche Zeitung* vom 24.4.2003, S. 8; vgl. auch *Süddeutsche Zeitung* vom 31.1.2004, S. 7 über die Freilassung von jugendlichen Gefangenen.

44 Das Pentagon hat bis dato keine Liste der Gefangenen veröffentlicht, am 5. März 2006 jedoch Anhörungsprotokolle von den Militärtribunalen, aus denen die Namen rekonstruiert werden können; vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 6.3.2006, S. 2.

Bis dahin galt als nur gefestigt, dass Saudi-Arabien, Afghanistan, der Jemen und Pakistan die Herkunftsländer der meisten Gefangenen darstellten; auch Kanadier, Briten, Australier und ein Schwede waren zwischenzeitlich in Haft; sowie ein Türke, der in Bremen aufgewachsen ist; vgl. dazu etwa *Süddeutsche Zeitung*, 29.11.2002, S. 2 und 6.8.2005, S. 8. Nach der Nachrichtenagentur UPI waren zwischenzeitlich von 558 erfassten Gefangenen 160 aus Saudi-Arabien, zwischen 80 und 85 jeweils aus dem Jemen, Pakistan und Afghanistan, je 30 aus Jordanien und Ägypten, ca. 9 waren aus der EU.

45 So wurde zum Beispiel der US-Bürger *John Walker Lindh* in Afghanistan gefasst und als Amerikaner nicht nach Guantánamo gebracht, während *Yaser Esam Hamdi* ursprünglich nicht als Amerikaner identifiziert werden konnte und deshalb zunächst im Januar 2002 nach Guantánamo gebracht wurde. Nachdem man feststellte, dass er in Louisiana geboren wurde und amerikanischer Staatsbürger ist, wurde er von dem Militärstützpunkt im April 2002 in die USA nach Norfolk, Virginia verlegt. Die offizielle Begründung für die Verlegung lautete: „Given the likelihood that Hamdi is an American citizen, it was deemed appropriate to move him to the United States“, *US Department of Defense*, „DoD Transfers Yaser Esam Hamdi“, News Release, April 5 2002, abrufbar im Internet unter http://www.defenselink.mil/releases/2002/b04052002_bt167-02.html.

„They [the detainees of Guantanamo] will continue to receive humane treatment. [...] We will continue to treat them under the principles of fairness, freedom and justice that our nation was founded on - the principles that they obviously abhor and they sought to attack and destroy.“⁴⁷

Ob diese Behauptungen der Realität gerecht werden, muss in Bezug auf die verfügbaren Informationen differenziert betrachtet werden. Viele Details über die Bedingungen der Haft, insbesondere Berichte von ehemaligen Gefangenen, sind weder von der US-Administration noch von einem unabhängigen Gericht bestätigt worden; viele Schilderungen wurden von der amerikanischen Regierung dementiert.⁴⁸ Andere Informationen können als gesichert betrachtet werden oder wurden von offizieller Seite selbst veröffentlicht. Auf den Ursprung der Angaben wird daher an geeigneter Stelle hingewiesen.⁴⁹

46 Response of the United States to Request for Precautionary Measures - Detainees at Guantanamo Bay, Cuba, vom 15.4.2002, S. 23, abgedruckt in: *ILM*, 2002, 1015 ff.

47 *Donald Rumsfeld* am 8.2.2002, vgl. *Department of Defense, News Articles*, 8.2.2002, http://www.defenselink.mil/news/Feb2002/n02082002_200202086.html. S. auch *George W. Bush*, Memorandum on Humane Treatment of Taliban and al Qaeda Detainees, oben Fn. 15: *„Of course, our values as a nation, values that we share with many nations in the world, call for us to treat detainees humanely, including those who are not legally entitled to such treatment. Our nation has been and will be a strong supporter of Geneva [sic] and its principles. As a matter of policy the United States Armed Forces shall continue to treat detainees humanely and, to the extent appropriate and consistent with military necessity, in a manner consistent with the principles of Geneva [sic].“*

48 Vgl. etwa die Zurückweisung der Kritik und Vorwürfe durch *George W. Bush* vom 20. Juni 2005: In dem Lager auf Kuba gebe es keine Verstöße gegen die Menschenrechte, sagte der US-Präsident und fügte hinzu: *„Wenn Sie Fragen zu Guantanamo haben, schlage ich Ihnen ernsthaft vor, dorthin zu gehen und sich ein eigenes Bild zu machen“*; *Spiegel-Online*, 21.5.2005; <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,361387,00.html>.

S. in diesem Zusammenhang aber auch die Entscheidung der amerikanischen Regierung, eine unabhängige Untersuchung der Haftbedingungen in Guantánamo abzulehnen, nachdem die demokratische Opposition im Repräsentantenhaus eine solche gefordert hatte, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 23.6.05.

49 S. in diesem Zusammenhang auch die Einladung der US-Regierung an Vertreter der Vereinten Nationen zur Besichtigung des Gefangenenlagers in Guantánamo. Die UN-Experten haben einen Besuch letztlich mit der Begründung abgelehnt, dass die Möglichkeit des privaten Gesprächs mit den Häftlin-

Unterbringung und allgemeiner Umgang mit den Gefangenen

Nach Angaben der Menschenrechtsorganisation Amnesty International und der Aussage eines ehemaligen Gefangenen vor dem Committee on Legal Affairs and Human Rights der Parlamentarischen Versammlung des Europarates waren die Häftlinge in Guantánamo zumindest für die ersten drei Monate in Camp X-Ray in engen Drahtkäfigen mit Betonböden etwa von der Größe 2 x 2 x 2 Meter (8 m³) untergebracht.⁵⁰ In den Zellen sei nur minimale sanitäre Versorgung gewährleistet worden: zwei Handtücher, eine Decke, eine Zahnbürste, Shampoo, Seife, eine Isolationsmatte zum Schlafen und zwei Eimer, einer voll Wasser und einer als Urinal.⁵¹ Die Zellen waren nach den Angaben nur unzureichend gegen Witterungsbedingungen geschützt, am Tag waren die Gefangenen daher dem Tageslicht und der Hitze ungeschützt ausgesetzt.

Dass die Unterbringung in der ersten Zeit bis zur Fertigstellung von Camp Delta in derartigen Drahtkäfigen erfolgte, kann als bestätigt angesehen werden, weil in einer Darstellung der Haftbedingungen durch das amerikanische Verteidigungsministerium ebenfalls solche beschrieben werden.⁵² Fest steht auch, dass den Inhaftierten

gen nicht gewährt werden sollte; dazu *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 19.11.2005, S. 4.

50 Vgl. *Amnesty International*, United States of America, The threat of a bad example: Undermining international standards as „war on terror“ detentions continue, oben Fn. 23, 16, die eine Größe der Zellen von acht mal acht Fuß angeben; vgl. auch die Aussagen des ehemaligen Häftlings *Jamal al-Harith* vor dem Committee on Legal Affairs and Human Rights der Parlamentarischen Versammlung des Europarates in Paris vom 17. Dezember 2004, *al-Harith* spricht von einer Zellengröße von 2 mal 1,5 mal 2 Metern; abrufbar auf der Internetseite des Europarates unter <http://assembly.coe.int/ASP/APFeaturesManager/defaultArtSiteView.asp?ArtId=120>.

51 Aussage von *Asif Iqbal*, einem britischen ehemaligen Häftling; vgl. den Bericht der Menschenrechtsorganisation *Human Rights Watch*, *Detainee Accounts*, Oktober 2004, 6 ff., im Internet unter <http://hrw.org/backgrounder/usa/gitmo1004/1.htm>.

52 *Department of Defense*, *Detainees Living in Varied Conditions at Guantanamo*, 16.2.2005: „*Gone are the days of concrete slabs and open-air chain-link enclosures in Camp X-Ray. Hood explained that Camp X-Ray was a hastily built structure to deal with a rapidly changing situation in the war on terrorism and that the facilities there were never meant to be used for long-term detention.*“; Artikel auf der Internetseite des Pentagons unter http://www.dod.mil/news/Feb2005/n02162005_2005021604.html.

anfangs keine Informationen über ihren Aufenthaltsort sowie darüber mitgeteilt wurden, was mit ihnen geschehen soll.⁵³

In der Anfangszeit durften die Häftlinge nach Aussagen ehemaliger Gefangener ihre Zellen nur für den Gang zur Latrine verlassen, wofür ihnen die Hände gefesselt wurden;⁵⁴ außerdem wurden sie einmal in der Woche geduscht. Jegliche Kommunikation zu anderen Gefangenen sei untersagt gewesen, und es habe Strafen für das Ausführen von Leibesübungen in der Zelle gegeben.⁵⁵ Später durften sich die Gefangenen nach den Angaben für ca. 5 bis 15 Minuten ein-

S. auch die Fotografien der Drahtzellen von Camp Delta in *Der Spiegel*, Heft 17/2002, S. 143 ff.

53 Ein Memorandum des Verteidigungsministeriums über die Kritik des IKRK an den Haftbedingungen erwähnt entsprechende Maßnahmen: „*Detainees want to be told where they are. E.g. GTMO. 22 Jan 02: This request will be considered after the first round of interrogations.*“; vgl. *Department of Defense*, Memorandum on Concerns Voiced by the International Committee for the Red Cross (ICRC) on Behalf of the Detainees, 24.1.2002; im Internet abrufbar unter <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/gitmomemos.html?>.

S. auch ein ähnliches Papier des Pentagons zu den Ergebnissen des ersten Besuchs des IKRK in Guantánamo: „*Issues for Commander: - Should we continue not to tell them what is going on and keep them scared. ICRC says that they are very scared. - What are the benefits of keeping them scared vs. Telling them what is happening? - What additional problems are caused when they are this scared?*“; s. *Department of Defense*, Memorandum on Initial Observations from ICRC Concerning Treatment of Detainees, 21.1.2002, <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/gitmomemos.html?> (Hervorhebung im Original).

54 So die Aussage von *Shah Mohammend Alikhil*, in: *Human Rights Watch*, *Detainee Accounts*, oben Fn. 51, 6. Dies kann als zutreffend angesehen werden, weil das Memorandum des Verteidigungsministeriums über die Kritik des IKRK an den Haftbedingungen solche Maßnahmen erwähnt; vgl. *Department of Defense*, oben Fn. 53.

55 So *Sayed Abbasin* gegenüber dem Special Rapporteur and Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, *Theo van Boven*, in: *Commission on Human Rights*, *Civil and Political Rights Including the Questions of: Torture and Detention*, Report of the Special Rapporteur, 23.3.2004, U.N. Doc. E/CN.4/2004/56/Add.1, 383 ff.

Als bestätigt angesehen werden kann, dass die Häftlinge in der Anfangszeit keine Gelegenheit für Leibesübungen hatten. Ein entsprechender Kritikpunkt des IKRK wurde vom Verteidigungsministerium wie folgt beantwortet: „*Detainees want an area to exercise. 22 Jan 02: Not now. The area used for exercise is fouled with Class IV due to the construction effort ongoing. Once construction is finished (about two weeks), the area will be made available for exercise.*“; vgl. *Department of Defense*, oben Fn. 53, 2.

bis zweimal die Woche außerhalb der Zellen in einem umzäunten Areal bewegen.⁵⁶

Die derzeitige Unterbringung erfolgt nach Angaben des Pentagons in dem im April 2002 eröffneten Camp Delta dagegen nach vier Stufen, die abhängig davon sind, wie sich die inhaftierten Personen mit den Gefängnisregeln in Einklang halten.⁵⁷ Jede Stufe umfasst verschiedene Privilegien für die Gefangenen. Dazu gehören etwa Ventilatoren in den Gängen, durchgehend verfügbares Eiswasser, Plastikbehälter für persönliche Dinge und die Möglichkeit der sportlichen Betätigung. Außerdem erhält jeder Häftling eine Rolle Toilettenpapier pro Woche, wohingegen die nicht-privilegierten Häftlinge bei jedem Bedarf die Wärter danach fragen müssen. Erklärtes Ziel dieser Ungleichbehandlung ist es laut dem amerikanischen Verteidigungsministerium, den Gefangenen ohne Privilegien die Vorteile der anderen sichtbar zu machen und sie dadurch zur Kooperation zu motivieren.⁵⁸ Trotz der genannten Privilegien gibt es in Camp Delta nur einen Trakt mit mittleren Sicherheitsanforderungen, die anderen Bereiche liegen in der Sicherheitsstufe darüber.⁵⁹ Nach Berichten von Amnesty International sollen die Einzelzellen in Camp Delta allerdings noch kleiner sein als die anfangs beschriebenen Drahtkäfige im ehemaligen Camp X-Ray.⁶⁰

Als sicher gilt, dass mindestens bis Mitte des Jahres 2004 der überwiegenden Mehrheit der Gefangenen nicht mitgeteilt wurde, aus welchen Gründen sie inhaftiert sind; außerdem wurden mit stark eingeschränktem Kontakt zur Außenwelt (*incommunicado*) oder zu einem rechtlichen Beistand festgehalten.⁶¹ Bis heute wird nieman-

56 Vgl. *Jamal al-Harith* vor dem Committee on Legal Affairs and Human Rights der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, oben Fn. 50; auch *Amnesty International*, oben Fn. 23, 17.

57 *Department of Defense*, *Detainees Living in Varied Conditions at Guantanamo*, oben Fn. 52.

58 Ebd.

59 Ebd.

60 *Amnesty International* oben Fn. 23, 17.

61 Vgl. die Sachverhaltsangaben in der Entscheidung *In re Guantanamo Detainee Cases*, - F. Supp. 2nd, - (DCDC 2005); Civil Action Nos. 02-CV-0299(CKK) et al, 5; s. auch die Aussage von *al-Harith*, a.a.O.: „*During my imprisonment by the United States Forces, I was deprived of access to my friends and family. I was never allowed any legal advice and never informed of any specific allegations or charges against me.*“. S. auch *Wolfgang S. Heinz/Stephanie Schlitt/Anna Würth*, *Internationale Terrorismusbekämpfung*

dem der Zugang zu Familienangehörigen gewährleistet; die Möglichkeit, einen zivilen Rechtsanwalt zu kontaktieren, besteht nur unter bestimmten Voraussetzungen.⁶²

Verschiedene ehemalige Häftlinge haben berichtet, dass das Licht in ihren Zellen anfangs sehr grell war und auch über Nacht angelassen wurde, so dass sie nicht ausreichend schlafen konnten.⁶³ Das ungestörte Beten soll den Gefangenen bei mehreren Gelegenheiten unmöglich gemacht und der Koran durch Tritte und das Werfen in die Toilette geschändet worden sein; letzteres ist vom Pentagon in Einzelfällen eingeräumt worden.⁶⁴

Mehrere ehemalige Häftlinge berichten außerdem von allgemein harten körperlichen Sicherungsmaßnahmen, beispielsweise dass

und Menschenrechte, 2. Aufl., 2004, S. 23; im Internet: http://files.institut-fuer-menschenrechte.de/488/d12_v_file_414fcb81a917c_Heinz_Schlitt_Wuerth_2003.pdf.

62 Der Rechtsanwalt des als „Bremer Taliban“ bekannten *Murat Kurnaz* konnte seinen Mandanten erstmals im Oktober 2004 in Guantánamo besuchen; vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 23.10.2004, S. 6.

Für die Verfahren vor den Militärkommissionen ist grundsätzlich ein Militärverteidiger für die Häftlinge vorgesehen, diese können aber unter bestimmten Voraussetzungen einen zivilen Verteidiger auswählen; s. dazu *Military Commissions Act 2006*, oben Fn. 13, Sec. 4 (a)(1) „§ 949c“.

63 *Al-Harith*, a.a.O., auch *Alif Khan*, in: *Human Rights Watch*, *Detainee Accounts*, oben Fn. 51, 7.

64 Vgl. *al-Harith*, a.a.O.: „*On various occasions when I tried to pray I was interrupted by the guards who would be outside the cage talking or making a noise. I was never given a prayer mat. I did not receive a copy of the Koran until about one month after my detention at Guantanamo. I heard other people making the call to prayer at times and they were interrupted by the guards and told to stop.*“; vgl. auch die Angaben *Sayed Abbasins*, a.a.O., wonach ihm zum Beten keine Decke gegeben wurde und ihm nicht erlaubt war, eine Kappe zu tragen. Beide Aussagen können zum Teil als bestätigt angesehen werden, weil ein Memorandum des Pentagons einräumt, dass Kopien des Korans nicht von Anfang an zur Verfügung standen und das Tragen der Kopfbedeckungen anfangs nicht erlaubt war: „*Detainees request 'praying caps'. 22 Jan 02: This is under consideration. We will ask the Preventative Medicine Department whether the caps innitially issued to the detainees in Afghanistan, can be washed and reissued.*“; vgl. *Department of Defense*, oben Fn. 53, 3.

S. auch die Aussagen von *Shafiq Rasul*, *Asif Iqbal* und *Rhuhel Ahmed* über systematische Koranschändigungen, zitiert in: *Human Rights Watch*, a.a.O.; nachdem Anfang Mai das Magazin *Newsweek* über Koranschändigungen in Guantánamo berichtet und nach weltweiten anti-amerikanischen Protesten wieder zurückgezogen hatte, räumte das Pentagon Ende Mai ein, dass es zu „*falschen Behandlungen*“ des Korans gekommen sei, vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 28.5.2005, S. 6.

Ihnen für den Transport nach Guantánamo Bay die Augen verbunden und sie an Füßen und Händen gefesselt wurden. Auch von körperlichen Übergriffen ist die Rede, so seien sie bei der Ankunft geschlagen, getreten und beschimpft worden.⁶⁵

Behandlung der Gefangenen in Verhören

Um militärische Informationen im Konflikt in Afghanistan zu erhalten und vor allem zur Erlangung von Details über die Struktur der Terror-Organisation Al Qaida, möglicher Anschlagziele und Kommunikations- und Trainingsmethoden, wurden und werden die Gefangenen von Guantánamo regelmäßig verhört.⁶⁶

65 So die pakistanischen Staatsangehörigen *Mohammed Sangir* und *Mohammed Alikhil*, in: *Human Rights Watch*, *Detainee Accounts*, oben Fn. 51, 4; auch *al-Harith* vor dem Committee on Legal Affairs and Human Rights der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, oben Fn. 50: „*I was moved there [United States Naval Base at Guantánamo Bay Naval Station, Cuba] on or about 11 February 2002. Before take-off I was hooded and shackled. Mittens were placed on my hands and earphones over my ears. Chains were placed around my legs and my waist. Goggles were placed on my eyes and the straps on the goggles were so tight they cut into my ears. A medical patch was placed on my forehead which I believe contained a muscle relaxant. On arrival at Guantánamo I was placed on a barge to get me to the main camp. Whilst on the barge, US military forces kicked, slapped, elbowed and punched me in the body and head and they said repeatedly 'You are now property of the United States Marine Corps'.*“.

Dass die Gefangenen extremen Sicherungsmaßnahmen ausgesetzt waren, kann als bestätigt angesehen werden. Vom Pentagon veröffentlichte Fotos der Häftlinge kurz nach deren Ankunft Anfang 2002 zeigen kniende Personen in orangefarbenen Overalls, die Ohr- und Mundschutz tragen und an Beinen und Händen gefesselt sind, vgl. *Der Spiegel*, Heft 5/2002, S. 120 ff. Die Aufnahmen lösten in der Weltöffentlichkeit einen Sturm der Entrüstung aus, mit dem das amerikanische Verteidigungsministerium nicht gerechnet hatte.

Auch die Schilderungen der extremen Sicherung der Häftlinge während des Transports nach Guantánamo erscheinen angesichts einiger Aufnahmen glaubhaft; s. *Der Spiegel*, Heft 36/2004, S. 108.

66 *Department of Defense*, *Fact Sheet - Guantánamo Detainees*, oben Fn. 38, 3: „*Detainees have revealed al Qaida leadership structures, operatives, funding mechanisms, communication methods, training and selection programs, travel pattern, support infrastructures, and plans for attacking the U.S. and other countries. Information has been used by forces on the battlefield to identify significant military and tribal leaders engaged in or supporting attacks on U.S. and coalition forces. Detainees continuously provide information that confirms other reporting regarding the roles and intentions of al Qaida and other terrorist operatives. Specifically, Guantánamo Detainees have provided the U.S. with: Information connected to al Qaida's efforts to acquire weapons*

Ehemalige Häftlinge haben im Zusammenhang mit diesen Verhören von sexuellen Belästigungen berichtet, die besonders für Menschen islamischen Glaubens erniedrigend wirken. So soll eine Soldatin sich während eines Verhörs in anzüglicher Weise einem Häftling genähert und seine Genitalien berührt haben.⁶⁷ Diese habe ihn außerdem mit fingiertem Menstruationsblut beschmiert und gesagt, dass sie dafür Sorge, dass das Wasser in der Zelle abgestellt werde.⁶⁸ Die meisten Muslime betrachten es als Tabu, mit anderen Frauen als ihrer Ehepartnerin engen Kontakt zu haben; menstruierende Frauen gelten im Islam als unrein.⁶⁹

Weitere Berichte gehen dahin, dass in Verhören systematisch Angstzustände hervorgerufen wurden und Einschüchterungen erfolgten:

„I was there for eighteen months and was taken for interrogation plenty of times. Questions were the same and there was offering and intimidation during the interrogations. For instance, I was promised I would be released if I told all the truth and shared all my information. Or I was threatened to give electricity shock if I did not tell the truth.“⁷⁰

„[I] was threatenend that I would be kept there forever or that I would be hanged“⁷¹

of mass destruction. [...] Information on the training of young adults (age 16-18) for suicide bombing missions. [...] Information on non-governmental organizations (NGOs) providing financial and material support to terrorist organizations.“

67 So die Aussage des ehemaligen Feldwebels *Erik Saar*, der von Dezember 2002 bis Juni 2003 als Arabisch-Dolmetscher auf dem US-Militärstützpunkt gearbeitet hat, *Spiegel-Online* vom 28.1.2005, <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,339092,00.html>; auch *Süddeutsche Zeitung*, 11. Juni 2005, S. 10; vgl. auch die Angaben des ehemaligen Häftlings und Briten *Tarek Dergoul*, *Human Rights Watch*, *Detainee Accounts*, oben Fn. 51, 10: *„They brought pictures of naked woman and dirty magazines and put them on the floor.“*

68 *Spiegel-Online*, a.a.O.

69 Ebd.

70 Aussage eines Afghanen, der von *Human Rights Watch* interviewt wurde und dessen Identität anonym gehalten wird, *Human Rights Watch*, *Detainee Accounts*, oben Fn. 51, 11.

71 *Muhammad Ansar*, *Human Rights Watch*, *Detainee Accounts*, oben Fn. 51, 11; vgl. auch die Aussagen des ehemaligen britischen Gefangenen *Shafiq Rasul*: *„During the whole time we were at Guantánamo, we were at a high level of fear. When we first got there the level was sky-high. At the beginning we were terrified that we might be killed at any minute. The guards would say to*

Als Methode der Erniedrigung wird des Weiteren erwähnt:

„Shortly before we left, a new practice was started. People would be taken to what was called the 'Romeo' block where they would be stripped completely. After three days they would be given underwear. After another three days they would be given a top, and then after another three days given trouser bottoms. Some people only ever got underwear. This was said to be for 'misbehaving'.”⁷²

Dagegen gibt es auch Aussagen, die zwar von stressvollen, aber nicht misshandelnden Verhören berichten:

„My first interrogation started at the end of my first month of imprisonment in Cuba. Three Americans with a translator interrogated me. They asked me the same thing [as before, during incarceration in Mazar-i-Sharif and Kandahar prior to transfer to Guantanamo] and did not tell me anything else. There was no torture or mistreatment. The second interrogation started a month after the first interrogation. No new questions were asked this time again. And some months later I was interrogated again, without any sign of progress in my case, and again no new questions were asked. I was exhausted and tired of living like that.”⁷³

Angaben von verschiedener Seite gehen dahin, dass als Verhörmethoden der Entzug von Schlaf und das lange Ausharren in Stresspositionen (etwa eine kniende Position) eingesetzt wurden.⁷⁴ Die

us, 'We could kill you at any time.' They would say, 'The world doesn't know you're here. Nobody knows you're here. All they know is that you're missing, and we could kill you and no one would know.' “, Spiegel-Online vom 7. Februar 2005, <http://service.spiegel.de/cache/international/0,1518,340560,00.html>.

72 *Shafiq Rasul und Asif Iqbal, Human Rights Watch, a.a.O., 14; zu den Vorwürfen der britischen ehemaligen Gefangenen vgl. auch Frankfurter Allgemeine Zeitung, 5.8.2004, S. 5.*

73 *Shah Mohammed Alikhil, Human Rights Watch, a.a.O., 9.*

74 *Al-Harith vor dem Committee on Legal Affairs and Human Rights der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, oben Fn. 50: „During my interrogation at Camp X-Ray, I would be usually placed in 'long shackles'. This involved chaining my legs using a large padlock to chain me to the floor. The length of chains therefore meant that I was not able to stand up straight and either had to be squatting or kneeling if there was no chair. The shackles were tight and this caused scraping and bleeding of my skin on my ankles and wrists. I still have scars in those areas. On occasions my interrogation would last for up to 15 hours but the majority of times it would last 5 or 6 hours. During the 15-hour interrogation periods I had nowhere to urinate and had*

Klimaanlagen in den Verhörräumen sollen zur Erzeugung extremer Kälte oder extremer Hitze benutzt worden sein; die Verhöre sollen bis zu 15 Stunden gedauert haben und in der Zeit soll den verhörten Personen kein Zugang zu Sanitäreinrichtungen gewährt worden sein.⁷⁵ Ein weiteres Mittel zur mentalen Beeinflussung der Häftlinge sei das Abspielen extrem lauter Musik gewesen, auch sollen ihnen der Bart und die Haare abrasiert worden sein.⁷⁶ Nach einem Dokument, das auf den 24. August 2004 datiert ist und das vermutlich die Eindrücke eines Mitarbeiters der amerikanischen Bundespolizei FBI wiedergibt, werden die Vernehmungen wie folgt geschildert:

„On a couple of occasions [sic], I entered interview rooms to find a detainee chained hand and foot in a fetal position on the floor, with no chair, food, or water. Most times they had urinated or defacated [sic] on themselves, and had been left there for 18-24 hours or more. On one occasion [sic], the air conditioning had been turned down so far and the temperature was so cold in the room, that the barefooted detainee was shaking with cold. When I asked the MP's what was going on, I was told that the interrogators from the day prior had ordered this treatment, and the detainee was not to be moved. On other occasion [sic], the A/C had been turned off

*no alternative but to urinate on the floor. I was interrogated approximately 10 times at Camp X-Ray and approximately seventy times at Camp Delta.“. Ähnlich auch Sayed Abbasin gegenüber dem Special Rapporteur and Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, oben Fn. 55, 383 f.; vgl. auch die Aussagen von Mehdi Ghesali, eines schwedischen ehemaligen Häftlings, über Schlafentzug, extremer Kälte und Hitze und Elektroschockanwendung bei Verhören; *Süddeutsche Zeitung*, 15.7.2004, S. 7.*

75 Vgl. Shafiq Rasul und Asif Iqbal, in: *Human Rights Watch*, *Detainee Accounts*, oben Fn. 51, 12: *„Our interrogations ... in Guantanamo were conducted with us chained to the floor for hours on end in circumstances so prolonged that it was practice to have plastic chairs ... that could be easily hosed off because prisoners would be forced to urinate during the course of them and were not allowed to go to the toilet. One pratice ... was 'short shackling' where we were forced to squat without a chair with our hands chained between our legs and chained to the floor. If we fell over, the chains would cut into our hands. We would be left in this position for ours before an interrogation, during the interrogations (which could last as long as twelve hours), and sometimes for hours while the interrogators left the room. The air conditioning was turned up so high that within minutes we would be freezing. There was strobe lighting and loud music played that was itself a form of torture.“.*

76 Ebd., vgl. auch Shafiq Rasul und Asif Iqbal, in: *Human Rights Watch*, a.a.O., 17: *„That is when [after arrival of General Miller at Camp Delta around the end of 2002] short-shackling started, loud music playing in interrogation, shaving beards and hair, putting people in cells naked, taking away people's 'comfort items' the introduction of levels, moving some people every two hours depriving them of sleep, the use of A/C air.“.*

making the temperatures in the room probably well over 100 degrees. The detainee was almost unconscious [sic] on the floor, with a pile of hair next to him. He had apparently been literally pulling his own hair out throughout the night. On another occasion [sic] not only was the temperature unbearably hot, but extremely loud rap music was being played in the room, and been since the day before, with the detainee chained hand and foot in the fetal position on the tile floor.“⁷⁷

Ähnliche Informationen sind auch aus einem vertraulichen Bericht des IKRK bekannt geworden, der an die Öffentlichkeit geraten war.⁷⁸ Mitarbeitern des IKRK war als Ersten der Zugang zu den Einrichtungen von Camp Delta unter der Bedingung der Verschwiegenheit gewährt worden.⁷⁹ Das IKRK hat in einer Stellungnahme die veröffentlichten Passagen allerdings weder bestätigt noch dementiert.⁸⁰

Weitere Vorwürfe gehen dahin, dass bei den Befragungen Informationen ausgenutzt wurden, welche die behandelnden Ärzte über persönliche Phobien der Gefangenen gesammelt hätten.⁸¹ Mehrmals sei es etwa zum Einsatz von aggressiven Hunden gekommen, um den Häftlingen Angst zu machen.⁸² Die härtesten Vorwürfe berichten

77 Das Dokument, von dessen Autoren die Identität nicht bekannt ist, der aber offensichtlich mit dem FBI in Verbindung steht, war ein Beweisstück im Verfahren *In re Guantanamo Detainee Cases*, oben Fn. 61, 58 f., und wird in dem Urteil des Bezirksgerichts für den District of Columbia angeführt. Zu weiteren Aussagen von Mitarbeitern des FBI aus der jüngeren Zeit vgl. unten Fn. 89.

78 Vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 1.12.2004, S. 1.

79 Es wird vermutet, dass einige Mitarbeiter des IKRK eigenmächtig Passagen aus dem internen Bericht an die Öffentlichkeit gebracht haben, weil die USA entgegen der Abmachung gegenseitiger Verschwiegenheit positive Aspekte des Prüfungsergebnisses veröffentlicht hatten.

80 Danach seien die Inhalte der Berichte vertraulich und nur für die entsprechenden Regierungen bestimmt. Allerdings äußerte das Rote Kreuz die Sorge, dass „*ernste Probleme, die die Haftbedingungen und die Behandlung der Gefangenen in Guantanamo Bay betreffen*“, von der US-Regierung noch nicht angemessen angegangen worden seien. Vgl. dazu *Neue Zürcher Zeitung*, 1.12.2004, S. 5.

81 *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 22.12.2004, S. 5

82 *Shafiq Rasul und Asif Iqbal*, in: *Human Rights Watch*, *Detainee Accounts*, oben Fn. 51, 12: „*Sometimes dogs were brought in to frighten us.*“; vgl. auch *al-Harith* vor dem Committee on Legal Affairs and Human Rights der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, oben Fn. 50: „*On occasions, unmuzzled dogs would be brought to my wire cage and encouraged to bark in a ferocious and threatening way.*“.

Vgl. in dem Zusammenhang mit den Vorwürfen der Misshandlung auch die Sitzung des UN Committee Against Torture vom 9. Mai 2003, in der die

von systematischen gewaltsamen Übergriffen auf die Gefangenen mit Schlägen, Tritten und dem Einsatz von Pfefferspray.⁸³

Die US-Administration hat die Mehrheit der aufgeführten Berichte zurückgewiesen. Es wurde betont, dass das Gefängnis in Guantánamo Bay „*sicher, human und professionell*“ geführt werde.⁸⁴ Die als „Schlesinger-Report“ bekannte offizielle Untersuchung der Misshandlungsvorwürfe für Guantánamo, Afghanistan und dem Militärgefängnis Abu Ghraib im Irak stellt zwar fest, dass „*[i]nterrogation techniques intended only for Guantanamo came to be used in Afghanistan and Iraq. Techniques employed at Guantánamo included the use of stress positions, isolation for up to 30 days and removal of clothing. In Afghanistan techniques included removal of clothing, isolating people for long periods of time, use of stress positions, exploiting fear of dogs, and sleep and light deprivation.*“⁸⁵ Vereinzelte Fälle von Misshandlungen durch Verhörspersonen seien aber auf Missverständnisse zurückzuführen:

Berichte diskutiert wurden, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Committee Against Torture, 13th Session, Summary Record of the First Part (Public) of the 565th, U.N. Doc. CAT/C/SR.565, 8 ff.

83 So *Tarek Dergoul*, der vom Einsatz der „Extreme Reaction Force“ (ERF) im Zusammenhang mit Zellendurchsuchungen berichtet, die so häufig vorkamen, dass der Ausdruck „*to be ERFed*“ entstanden sein soll: „*The'd already searched me and my cell twice that day, gone through my stuff, touched my Koran, felt my body, around my private parts, And [sic] now they wanted to do it again, just to provoke me, but I said no, because if you submit to everything, you turn into a zombie. I heard a guard talking into his radio, 'ERF,ERF,ERF,' and I knew what was coming. The five cowards, I called them, five guys running in with riot gear. They peppersprayed me in the face, and I started vomiting; in all I must have brought up five cupfuls. They pinned me down and attacked me, poking their fingers in my eyes, and forced my head into the toilet pan and flushed. They tied me up like a beast and then they were kneeling on me, kicking and punching. Finally the dragged me out of the cell in chains, into the rec [recreation] yard, and shaved my beard, my hair, my eyebrows.*“; abgedruckt in *David Rose*, *Guantánamo - America's War on Human Rights*, 2004, 71.

Ähnliche Berichte gehen aus einem Memorandum der amerikanischen Bundespolizei FBI hervor, in dem Gefangene von Guantánamo ähnliche Misshandlungen schildern; die Dokumente sind im Internet erhältlich auf der Seite <http://aclu.org/torturefoia/released/052505>.

84 *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 1.12.2004, S. 1.

85 *James R. Schlesinger (Chairman)*, *Final Report of the Independent Panel To Review DoD Detention Operations*, oben Fn. 1, 68; die Untersuchungskom-

„A range of opinion among interrogators, staff judge advocates and commanders existed regarding what techniques were permissible. Some incidents of abuse were clearly cases of individual criminal misconduct. Other incidents resulted from misinterpretation of law or policy or confusion about what interrogation techniques were permitted by law or local SOPs [Standard Operating Procedures].“⁸⁶

Festgehalten werden kann, dass eine Reihe von Verhörmethoden, insbesondere die des körperlichen Missbrauchs, von Seiten der US-Administration entweder nicht bestätigt oder dementiert worden sind. Sicher ist aber auch, dass andere Vorgehensweisen von offizieller Seite nicht nur als praktiziert angegeben, sondern auch als zulässig erachtet werden. Nach einer im „Schlesinger-Report“ veröffentlichten Liste werden als vom Verteidigungsminister erlaubte Verhörtechniken unter anderem aufgeführt: „Fear up harsh“, „Yelling“, „Deception“, „Stress positions, like standing“, „Isolation for up to 30 days“, „Deprivation of light, auditory stimuli“, „Hooding (transportation and questioning [sic]“, „20-interrogation“, „Removal of ALL comfort items, including religious items“, „Removal of clothing“, „Forced grooming“, „Exploiting individual phobias, e.g. dogs“, „Mild, non-injurious physical contact, e.g. grabbing, poking or light pushing“, „Environmental Manipulation“, „Sleep adjustment“, „False flag“.⁸⁷

mission war von US-Verteidigungsminister *Rumsfeld* am 12. Mai 2004 einberufen worden.

86 *Schlesinger*, oben Fn. 1, 68. In einem Endergebnis hält *Schlesinger* (oben Fn. 1, 18) fest: „The vast majority of detainees in Guantanamo [...] were treated appropriately, and the great bulk of detention operations were conducted in compliance with U.S. policy and directives [...]“.

87 *Schlesinger*, oben Fn. 1, Appendix E; die Methoden wurden (bis auf die letzten drei) durch Entscheidung von Verteidigungsminister *Rumsfeld* Anfang Dezember 2002 eingeführt und mindestens bis Mitte Januar 2003 praktiziert. Einige Verhörtechniken wurden über diesen Zeitraum hinaus oder erst danach (etwa die letzten drei) angewandt. Die Entscheidung *Rumsfelds* geht auf eine Ersuchen von Militärpersonal in Guantánamo zurück, die angesichts des anhaltenden Widerwillens einiger Gefangener auszusagen, die Erlaubnis zu härteren Vorgehensweisen gefordert hatten; vgl. *Schlesinger*, oben Fn. 1, 35. Ähnlich lautende Verhörmethoden werden in dem Bericht der Arbeitsgruppe zu Verhören im Krieg gegen den Terrorismus, *Department of Defense*, Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism: Assessment of Legal, Historical, Policy, and Operational Considerations, oben Fn. 17, Appendix S. 9 ff., wie folgt definiert: „Fear up

Es ist daher davon auszugehen, dass diese Vorgehensweisen, die mit den Schilderungen der ehemaligen Häftlinge übereinstimmen, tatsächlich zur Anwendung kamen. Die Verhörtechniken wurden als zulässige Maßnahmen im Rahmen von Befragungen durch das Pentagon definiert und genehmigt und öffentlich als mit US-Recht und den Genfer Konventionen für vereinbar erklärt.⁸⁸ Diese Methoden

*harsh: Significantly increasing the fear level in a detainee. [...] Isolation: Isolating the detainee from other detainees while still complying with basic standards of treatment. [...] Hooding: This technique is questioning a detainee with a blindfold in place. For interrogation purposes, the blindfold is not on other than during interrogation. [...] Use of Prolonged Interrogations: The continued use of a series of approaches that extend over a long period of time (e.g. 20 hours per day per interrogation). [...] Removal of Clothing: Potential removal of all clothing; removal to be done by military police if not agreed to by the subject. Creating a feeling of helplessness and dependence. This technique must be monitored to ensure the environmental conditions are such that this technique does not injure the detainee. [...] Forced Grooming: Forcing a detainee to shave hair or beard. (Force applied with intention to avoid injury. Would not use force that would cause serious injury.) [...] Increasing Anxiety by Use of Aversions: Introducing factors that of themselves create anxiety but do not create terror or mental trauma (e.g., simple presence of dog without directly threatening action.) This technique requires the commander to develop specific and detailed safeguards to ensure the detainee's safety. [...] Mild Physical Contact: Lightly touching a detainee or lightly poking the detainee in a completely non-injurious manner. This also includes softly grabbing of shoulders to get the detainee's attention or to comfort the detainee. [...] Environmental Manipulation: Altering the environment to create moderate discomfort (e.g., adjusting temperature or introducing an unpleasant smell). Conditions would not be such that they would injure the detainee. Detainee would be accompanied by interrogator at all times. [...] Sleep Adjustment: Adjusting the sleeping times of the detainee (e.g., reversing sleep cycles from night to day.) This technique is NOT sleep deprivation. [...] False Flag: Convincing the detainee that individuals from a country other than the United States are interrogating him.“ (Hervorhebungen im Original); s. dazu auch die Erläuterungen der Verhörtechniken in *Department of the Army*, Memorandum for Commander, U.S. Central Command on CJTF-7 Interrogation and Counter-Resistance Policy, 14. September 2003, im Internet unter <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/gitmomemos.html?>.*

Zur Rolle *Rumsfelds* und von Funktionsträgern im amerikanischen Geheimdienst CIA und im Militär im Zusammenhang mit der Definition von Verhörmethoden vgl. auch *Human Rights Watch*, *Getting Away with Torture? Command Responsibility for the U.S. Abuse of Detainees*, April 2005, Vol. 17 No. 1 (G), 29 ff.

88 Die Anwendung der Methoden wurde in einem später veröffentlichten Memorandum von *Donald Rumsfeld* genehmigt, s. *Department of Defense*, Action Memo - Counter-Resistance Techniques, 27. November 2002, abgedruckt in

haben zu kontroversen Diskussionen in der Öffentlichkeit geführt, wurden von offizieller Seite verteidigt und sind daher Gegenstand der völkerrechtlichen Bewertung.

Darüber hinaus gehende Vorgehensweisen - insbesondere die geschilderten körperlichen Misshandlungen - können dagegen nicht mit Sicherheit als in systematischer Weise praktiziert angesehen werden, weil sie weder von amerikanischer Seite eingeräumt, noch von einem unabhängigen Gericht bestätigt wurden.⁸⁹

Greenberg/Dratel, oben Fn. 1, 236; s. in diesem Zusammenhang auch die öffentlichen Aussagen *Rumsfelds* in Bezug auf den Schlaf- und Essensentzug sowie die „schmerzhaften Positionen“; vgl. *Süddeutsche Zeitung*, 24. Juni 2004, S. 8; auch *Die Tageszeitung*, 14.5.2004, S. 10.

89 Auch wenn *Schlesinger*, oben Fn. 1, 12 f., in Guantánamo mindestens acht, nicht näher spezifizierte Missbrauchsfälle registriert hat.

Die oben skizzierten Erkenntnisse werden auch von jüngsten Dokumenten bestätigt, in denen in Guantánamo beschäftigtes FBI-Personal ihre Erlebnisse in Verhören schildern. Danach wird zum Teil von aggressiver Anwendung der erlaubten Verhörmethoden berichtet, von vereinzelt Missbräuchen und zum Teil von ordnungsgemäß abgelaufenen Verhören. Vgl. exemplarisch folgende Aussagen: „*During that time period I observed one incident in an interrogation room which was contrary to Bureau interview policy / guidelines. I observed a detainee in a darkened interrogation room shackled bolt on the floor in a kneeling position. The room was completely dark and there was a flashing strobe light placed in front of the detainee and a stereo was playing loud music in the room.*“; auch: „*The air conditioning would be turned down to as low as 55 degrees. It was common practice to have the detainees restricted from movement with handcuffs, legcuffs, and a chain bolted to the floor, which could prevent them from moving around the room, which in this case would prevent them from adjusting the air conditioning temperature.*“; vgl. auch: „*I did not witness any aggressive behavior or interview techniques being used on GTMO detainees that is not consistent with Bureau policy. However, during the second deployment [...] I observed a detainee being exposed to loud music and a strobe light during an interrogation.*“; s. weiter: „*[I] did not personally observe any mistreatment of detainees. I would be very surprised if anything similar to Abu Ghraib occurred at Camp Delta prior to or during my TDY at GTMO. I do not believe that any abusive activity would have occurred in the presence of bureau personnel.*“; auch: „*While there [at Guantanamo] SA [Special Agent] witnessed interviews which could be characterized as adversarial in nature. However, SA [Name geschwärzt] did not observe any aggressive treatment or the use of interview / interrogation techniques that were inconsistent with Bureau policy / guidelines.*“; s. weiter: „*I did not observe any physically aggressive treatment of GTMO detainees but [...]: A detainee was led into an interview room by hooded MPs. The detainee was also hooded and the hood was removed by the MPs for the interview. This procedure was not under our direction. This happened on two occasions. In an interview trailer. I observed an interview room with flashing lights and loud rock music coming through and under a door.*“; Die Dokumente wurden im Internet ver-

Die später (unter Punkt 1.2.4) erfolgende Bewertung des Umgangs mit den Gefangenen wird sich daher auf die Zulässigkeit der aufgeführten Verhörtechniken mit den einschlägigen Bestimmungen des Völkerrechts konzentrieren.

1.1.2 Der Zugang zu Gerichten

Weil der Schwerpunkt der Arbeit neben der statusrechtlichen Problematik auf der Frage nach der unmittelbaren Behandlung der Gefangenen in Guantánamo liegt, wird an dieser Stelle keine Darstellung zur Frage eines hinreichenden Zugangs zu Gerichten und der Gewährung des Rechts auf Haftprüfung (*habeas corpus*) erfolgen. Im Ergebnis kann aber festgehalten werden, dass der US-Kongress mit Unterstützung der Regierung, das Recht der Inhaftierten auf Überprüfung ihrer Haft gesetzlich ausgeschlossen hat und von einem effektiven Zugang der Gefangenen zu ordentlichen Gerichten bislang nicht gesprochen werden kann.

1.2 Bewertung der Gefangenschaft nach geltendem Völkerrecht - Die gegensätzlichen Ansichten der Diskursteilnehmer

1.2.1 Rechtlicher Status und Schutz der inhaftierten Personen nach humanitärem Völkerrecht

Kontrovers diskutiert wird seit Anbeginn der Inhaftierung in Guantánamo die Frage nach dem Status der Gefangenen und nach dem auf den Sachverhalt anzuwendenden Recht.⁹⁰

Nachdem die US-Regierung die Anwendbarkeit der Genfer Konventionen⁹¹ zunächst offen ließ, konstatierte Präsident *George W. Bush* im Frühjahr 2002, den gefangen gehaltenen Taliban-Kämpfern würde der Schutz nach diesem Regulativ gewährt.⁹² Dies gelte jedoch nicht für die Personen, die der Terror-Organisation Al Qaida zugesprochen werden.⁹³ Beide Personengruppen würden auch nicht als Kriegsgefangene im Sinne der Genfer Konventionen anerkannt.⁹⁴ Es handele sich vielmehr um „*unlawful combatants*“, das heißt um

90 Vor allem durch amerikanische Autoren wird die *Bush*-Haltung unterstützt, während die europäische Literatur den Aussagen kritisch gegenüber steht.

91 Insbesondere die III. Genfer Konvention über die Behandlung der Kriegsgefangenen vom 12. August 1949, BGBl. 1954 II, S. 838.

92 Vgl. *George W. Bush*, Memorandum on Humane Treatment of Taliban and al Qaeda detainees, oben Fn. 15.

93 Als Begründung dafür wurde angeführt, dass Afghanistan Vertragspartei der Genfer Konventionen seien, die Organisation Al Qaida aber nie einem internationalen Abkommen beigetreten und dazu auch nicht fähig sei, so der Sprecher des Weißen Hauses *Fleischer*, s. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 9.2.2002, S. 6.

94 Ebd.

Kämpfer, die nicht die Kriterien des Kombattantenbegriffs der Genfer Konventionen erfüllten und damit den Status und die Rechte als Kriegsgefangene der III. Genfer Konvention genießen würden.⁹⁵

Auf Sachverhalt anwendbares Recht

Für die Bewertung des Sachverhaltes ist daher zunächst die Frage nach dem anwendbaren Recht entscheidend. Dafür kommen insbesondere die Genfer Konventionen von 1949 in Betracht. Zweck dieser nach dem Zweiten Weltkrieg geschaffenen Abkommen ist es, ein Mindestmaß an Schutz für die an einem bewaffneten Konflikt beteiligten oder von dem Konflikt betroffenen Personen zu gewährleisten, insbesondere wenn diese keine Waffen mehr tragen, weil sie verwundet und in Gefangenschaft geraten sind oder es sich um Zivilpersonen handelt.⁹⁶ Im Einzelnen handelt es sich um das I. Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der Streitkräfte im Felde (im Folgenden GK I),⁹⁷ das II. Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der Streitkräfte zur See (im Folgenden GK II),⁹⁸ das III. Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen (im Folgenden GK III)⁹⁹ und das IV. Genfer Abkommen zum Schutze der Zivilbevölkerung in Kriegszeiten, alle vom 12. August 1949 (im Folgenden GK IV).¹⁰⁰

Die Abkommen werden ergänzt durch das Protokoll I über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (im Folgenden ZP I)¹⁰¹ und das Protokoll II über den Schutz der Opfer nicht-internationaler bewaffneter Konflikte (im Folgenden ZP II),¹⁰² beide vom 8. Juni 1977. Die Protokolle dienen der Anpassung des humanitären Völkerrechts an die modifizierten Formen der Kriegsführung und der Fortentwicklung der humanitären Standards im nicht-inter-

95 S. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 29.1.2002, S. 2 und 30.1.2002, S. 2.

96 Allgemein zu den Genfer Abkommen siehe etwa *Knut Ipsen*, *Völkerrecht*, 2004, 1201 ff.

97 BGBl. 1954 II, S. 783, 192 Vertragsstaaten.

98 BGBl. 1954 II, S. 813, 192 Vertragsstaaten.

99 Oben Fn. 91.

100 BGBl. 1954 II, S. 917, 192 Vertragsstaaten.

101 BGBl. 1990 II, S. 1550, 163 Vertragsstaaten.

102 BGBl. 1990 II, S. 1637, 159 Vertragsstaaten.

nationalen Konflikt.¹⁰³ Die Vereinigten Staaten haben bislang aber weder das erste noch das zweite Zusatzprotokoll ratifiziert.¹⁰⁴

Anwendbarkeit der Genfer Konventionen

Allerdings haben die USA die vier Genfer Abkommen ratifiziert.¹⁰⁵ Nach Artikel 2 GK III, der allen vier Abkommen gemeinsam ist, ist der Anwendungsbereich „in allen Fällen eines erklärten Krieges oder jedes anderen bewaffneten Konfliktes“ eröffnet.

Das amerikanische Militär hat unter dem Operationsnamen „Enduring Freedom“ am 7. Oktober 2001 mit der Bombardierung von Zielen in Afghanistan begonnen,¹⁰⁶ ein bewaffneter Konflikt könnte daher jedenfalls seit diesem Zeitpunkt vorgelegen haben. Diesen militärischen Maßnahmen war zwar keine offizielle Kriegserklärung vorausgegangen.¹⁰⁷ Bereits die Alternativität des Wortlauts von Artikel 2 GK III zeigt jedoch die Entwicklung des modernen Kriegsvölkerrechts mit Fokussierung des Schutzcharakters, welches auf formale Anforderungen wie das Vorliegen einer solchen Erklärung des Krieges für die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts verzichtet und auf die tatsächlichen Gegebenheiten abstellt.¹⁰⁸ Zwar ist noch nicht abschließend geklärt, ob der Begriff des „bewaffneten Konfliktes“ den des „Krieges“ vollständig ersetzt hat, die Charakterisierung eines Konfliktes als „bewaffneter Konflikt“ reicht aber für die Anwendung des humanitären Völkerrechts und damit auch der Gen-

103 Dazu *Ipsen*, a.a.O.

104 Die Protokolle wurden von den Vereinigten Staaten lediglich am 12. Dezember 1977 unterzeichnet. Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass auch Afghanistan keines der Protokolle bislang ratifiziert hat. Zum aktuellen Ratifikationsstand s. die IHL-Database des IKRK, abrufbar unter <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/html/genevaconventions>.

105 Ebenso wie Afghanistan, vgl. IHL-Database ebd.; vgl. auch Wortlaut des Artikel 2 GK III, der einen erklärten Krieg oder bewaffneten Konflikt „zwischen zwei oder mehreren Hohen Vertragsparteien“ voraussetzt.

106 S. etwa *Süddeutsche Zeitung* vom 8.10.2001, S. 1

107 Anders *Daniel Volk*, Die Begrenzung kriegerischer Konflikte durch das moderne Völkerrecht, 2005, 44, der die Kriegserklärung der USA gegen Afghanistan im Ultimatum zur Auslieferung *Osama bin Ladens* sieht.

108 Vgl. dazu *Ipsen*, oben Fn. 96, 1211 ff., unter anderem mit dem Hinweis, dass die Zusatzprotokolle nicht nur in ihrem Titel den Begriff „bewaffneter Konflikt“, sondern auch im Vertragstext ausschließlich diesen Terminus verwenden.

fer Konventionen aus.¹⁰⁹ Denn Hauptfall der Anwendbarkeit dieser Rechtsregeln ist die mit Waffengewalt ausgetragene Auseinandersetzung zwischen Staaten.¹¹⁰

Als „bewaffnet“ gilt ein Konflikt dann, wenn eine Konfliktpartei gegen die andere das Instrument der Waffe einsetzt.¹¹¹ Die Anwendung von Waffengewalt besteht damit zum einen aus der Komponente des Waffeneinsatzes als bestimmte Art der Gewaltanwendung gegen den völkerrechtlich geschützten Bereich des Konfliktgegners. Diese setzt die Schwelle zum bewaffneten Konflikt auf eine Schädigungshandlung mittels Waffengewalt und grenzt ihn von bloßen Drohungen oder auf Subversion gerichtete Propaganda ab.¹¹² Zum anderen muss die Anwendung der Waffengewalt einer Konfliktpartei als Völkerrechtssubjekt zurechenbar sein. Ein bewaffneter Konflikt ist damit anzunehmen, wenn eine Konfliktpartei Waffengewalt gegen den völkerrechtlich geschützten Bereich des Konfliktgegners einsetzt und dieser Waffeneinsatz ihr als Völkerrechtssubjekt zurechenbar ist.¹¹³ „International“ ist dieser Konflikt dann, wenn Waffengewalt zwischen Staaten ausgeübt wird oder es sich um einen in Ausübung des Selbstbestimmungsrechts geführten Befreiungskrieg handelt.¹¹⁴

Für den Afghanistan-Krieg werden die Erfüllung der Kriterien eines bewaffneten Konfliktes und damit die Anwendbarkeit der Genfer Konventionen im Ergebnis allgemein angenommen.¹¹⁵ Kontrovers diskutiert wird aber, ob ein internationaler bewaffneter Konflikt schon vorher seit den Ereignissen des 11. Septembers 2001 vorgelegen haben kann.

109 Vgl. *Ipsen*, oben Fn. 96, 1213 f., der dem „Kriegszustand“ als solchen zwar noch eine eigenständige, aber nur marginale Bedeutung zumisst.

110 Ebd.

111 S. *Ipsen*, a.a.O., 1223.

112 Ebd.; damit wird auch die Trennlinie zwischen Interventionsverbot nach Artikel 2 Abs. 4 UN-Charta gezogen, welches bereits unterhalb der Schwelle der Waffengewalt zum Tragen kommt.

113 Dazu *Ipsen*, oben Fn. 96, 1123 f.; für die Zurechenbarkeit gelten die gleichen Grundsätze wie bei der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit.

114 Ebd.; siehe ausdrückliche Einstufung von Befreiungskriegen als internationale bewaffnete Konflikte durch Artikel 1 Abs. 4 ZP I (das aber nicht von den USA ratifiziert worden ist); zur Einordnung von Streitkräfteeinsätzen der Vereinten Nationen bzw. in ihrem Mandat vgl. *Ipsen*, a.a.O., 1228.

115 Vgl. dazu unten Punkt 1.2.1.3.

1.2.1.1 *Diskussion um internationalen bewaffneten Konflikt zwischen den USA und Al Qaida*

Ein internationaler bewaffneter Konflikt könnte bereits seit den Anschlägen des 11. Septembers 2001 bestanden haben.

Ereignisse des 11. Septembers 2001

Am 11. September 2001 stürzte um 8:46 Uhr Ortszeit ein Passagierflugzeug in den Nordturm des World Trade Centers, zwischen dem 93. und 99. Stockwerk, in New York City im US-Bundesstaat New York. 17 Minuten später flog ein zweiter Passagierjet in den Südturm in Höhe der 77. bis 85. Etage.¹¹⁶ Weil die Flugzeuge zusammen genommen rund 90 Kubikmeter Treibstoff geladen hatten, wirkte der Aufprall ähnlich dem Einsatz großer Brandbomben.¹¹⁷ Der Südturm stürzte nach 56 Minuten um 9:59 Uhr, der Nordturm nach 1 Stunde und 42 Minuten um 10:28 Uhr komplett ein. Nicht nur die beiden Türme, auch fünf weitere Gebäude des World Trade Center wurden zerstört, wie auch vier U-Bahnstationen. 23 weitere Gebäude in der näheren Umgebung wurden zum Teil so schwer beschädigt, dass sie später abgerissen werden mussten.

Zeitgleich stürzte ein Passagierflugzeug des Typs Boing 757 um 9:43 in das Pentagon, dem Sitz des amerikanischen Verteidigungsministeriums in Arlington im US-Bundesstaat Virginia. Ein viertes Flugzeug stürzte in der Nähe von Pittsburgh, Pennsylvania in ein Feld. Es wird angenommen, dass es entweder in das Weiße Haus oder das Kapitol in Washington D.C., oder aber auch in den Landsitz des amerikanischen Präsidenten (Camp David) fliegen sollte.¹¹⁸

116 Zur Chronik der Terroranschläge des 11. Septembers 2001 vgl. etwa *Der Spiegel*, Heft 38/2001, S. 38 ff.; auch *Der Spiegel*, Heft 49/2001, 116 ff.; zum fünften Jahrestag der Anschläge auch *Der Spiegel*, Heft 36/2006, 74 ff.

117 Zu den Auswirkungen des Aufpralls *Der Spiegel*, Heft 38/2001, S. 22.

118 Nach Aussagen des im März 2003 festgenommenen ranghohen Al Qaida-Mitglieds *Khalid Scheich Mohammed*, sollte das vierte Flugzeug in das Washingtoner Kapitol fliegen, weil das Weiße Haus wegen Navigationsproblemen ungeeignet gewesen sei, *Süddeutsche Zeitung* vom 3. März 2003, S. 5.

DIE GEGENSÄTZLICHEN ANSICHTEN DER DISKURSTEILNEHMER ZUM STATUS
DER GEFANGENEN

Bei den Abstürzen starben etwa 3.000 Menschen: 266 Passagiere in den Flugzeugen, ungefähr 2.600 Menschen im World Trade Center (davon etwa 350 Feuerwehrleute) und 124 Personen im Pentagon.

Man geht bei den Flugzeugabstürzen von gezielten terroristischen Anschlägen aus, für die die Vereinigung Al Qaida unter der Führung des saudischen Terroristen *Osama bin Laden*¹¹⁹ mit Unterstützung des Taliban-Regimes in Afghanistan verantwortlich gemacht wird.¹²⁰

119 *Osama bin Laden* wurde am 10. März 1957 in Riad, Saudi-Arabien, als Sohn eines Baumagnaten jemenitischen Ursprungs geboren. *Bin Laden* war Student der König Abdul Aziz Universität in Jeddah, wo er unter den Einfluss des Palästinensers *Dr. Abdullah Azzam* kam. Nach der sowjetischen Invasion in Afghanistan zog es *bin Laden* nach Peshawar (Pakistan), von wo aus er gegen die sowjetische Okkupation kämpfte. Von 1984 an betrieb er dort ein Gasthaus für arabische Freiwillige mit dem Namen Beit al-Ansar (Haus der Unterstützer). 1986 etablierte er eine Basis in der Jaji-Gegend von Paktia und gründete 1989 die Al Qaida-Organisation. Kurz danach kehrte er in sein Heimatland Saudi-Arabien zurück, das er nun nicht mehr verlassen durfte. Beeinflusst vom Golfkrieg und der damit verbundenen Stationierung amerikanischer Truppen in Saudi-Arabien richtete sich seine politische und terroristische Aktivität nach seiner Migration in den Sudan gegen sein Heimatland (obwohl er lange Zeit gute Kontakte zum saudischen Königshaus gehabt hatte) und die USA. 1994 wurde ihm die saudische Staatsangehörigkeit entzogen. 1996 ließ er sich in Afghanistan nieder und unterstützte die Taliban in der Einnahme Kabuls. Obwohl *bin Laden* kein islamischer Gelehrter oder Lehrer und deshalb nicht befugt ist, eine *Fatwa* (islamisches Rechtsgutachten) zu verhängen, hat er in Appellen dazu aufgerufen, Amerikaner und Briten zu bekämpfen und zu töten. *Fatwa* abgedruckt in *M. J. Gohari*, Taliban - Ascent to Power, 1999, 146 ff.; vgl. zur Person *bin Ladens* etwa *William Maley*, The Afghanistan Wars, 2002, S. 253 ff.; auch *Rashid*, oben Fn. 35, 220 und *Bergen*, oben Fn. 39, 62 ff.

120 Bereits kurz nach den Anschlägen um 9:30 Ortszeit spricht US-Präsident *Bush* in einer ersten Presseerklärung von einem „terrorist attack on our country“, *The White House*, News Release, 11.9.2001, im Internet: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010911.html>; dazu auch *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 12.9.2001, S. 1.

Einen Tag nach der Terror-Attacke wird der Saudi *Osama bin Laden* mit den Anschlägen in Verbindung gebracht, am 16. September 2001 sagt Präsident *Bush*: „No question he [*Osama bin Laden*] is the prime suspect. No question about that“; *The White House*, News Release, 16.9.2001, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010916-2.html>; dazu auch *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 15.9.2001, S. 1.

Am 20. September macht Präsident *George W. Bush* erstmals ausdrücklich die Terror-Organisation Al Qaida für die Anschläge und das Taliban-Regime in Afghanistan für deren Unterstützung verantwortlich: „Americans have many questions tonight. Americans are asking: Who attacked our country? The evidence we have gathered all points to a collection of loosely affiliated terrorist organizations known as al Qaeda. They are the same murderers

Nach den gesammelten Erkenntnissen wurden die vier Passagierflugzeuge von insgesamt 18 Personen arabischer Herkunft entführt und gezielt in die Anschlagobjekte gelenkt.¹²¹ Die Entführer sollen durch das terroristische Netzwerk Al Qaida unter der Führung *Osama bin Ladens* quasi-militärisch ausgebildet und logistisch wie

*indicted for bombing American embassies in Tanzania and Kenya, and responsible for bombing the USS Cole. [...] This group and its leader - a person named Osama bin Laden - are linked to many other organizations in different countries, including the Egyptian Islamic Jihad and the Islamic Movement of Uzbekistan. There are thousands of these terrorists in more than 60 countries. They are recruited from their own nations and neighborhoods and brought to camps in places like Afghanistan, where they are trained in the tactics of terror. They are sent back to their homes or sent to hide in countries around the world to plot evil and destruction. The leadership of al Qaeda has great influence in Afghanistan and supports the Taliban regime in controlling most of that country. In Afghanistan, we see al Qaeda's vision for the world. And tonight, the United States of America makes the following demands on the Taliban: Deliver to United States authorities all the leaders of al Qaeda who hide in your land.“; The White House, Press Release, 20.9.2001, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html>; vgl. auch die Übersetzung der Rede *Bushs* in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 22.9.2001, S. 8.*

121 Als Anführer der Entführergruppe gilt der Ägypter *Mohammed Atta*, der mit drei anderen Personen den Flug AA 011 aus Bosten in den Nordturm des WTC gestürzt hat. Jeweils fünf Personen haben die Flugzeuge mit der Flug Nr. UA 175 aus Bosten und AA 077 aus Washington entführt und nach New York bzw. Washington umgelenkt. Vier Personen entführten den Flug UA 093 aus Newark; das Flugzeug ist später bei Pittsburgh abgestürzt; *Der Spiegel*, Heft 39 /2001, S 14 ff.

Einige der Flugzeugentführer lebten und studierten vor den Anschlägen in Deutschland und hatten Kontakt oder waren sogar Mitbewohner. Neben *Mohammed Atta* lebten in einer gemeinsamen Wohnung in Hamburg *Mohammed Schahi* aus den Vereinigten Arabischen Emiraten, der deutsch-marokkaner *Said Bahaji* und der später in Pakistan gefasste Jemenit *Ramsi Bin al-Schib*. Kontakt bestand zu dem Libanesen *Siad Dscharrah*, der den Flug UA 093 mitentführt haben soll; *Der Spiegel*, Heft 39/2001, S. 14 ff.

finanziell unterstützt worden sein.¹²² Die Planung des Anschlags wird *bin Laden* selbst zugesprochen.¹²³

Die Taliban, die seit 1994 große Teile Afghanistans unter politischer und militärischer Kontrolle hatten, unterstützten *bin Laden* im Aufbau der Organisation Al Qaida seit 1996.¹²⁴ Weil sich *bin Laden* seit diesem Zeitpunkt als Gast der Taliban in Afghanistan aufhielt,

122 Der Aufbau der Terror-Organisation Al Qaida wurde kurz nach den Anschlägen wie folgt beschrieben: Als Kopf gilt der Saudi *Osama bin Laden*; leitende Offiziere sind der ägyptische Arzt und Organisator des Sadat-Mordes 1981 *Aiman al-Sawahiri* sowie *Mohammed Atif* und *Mohammed al-Islambuli*. Es sollen Komitees in den Bereichen Islam-Studien, Finanzen, Militär und Medien bestehen. Die Mitglieder der Terrorzellen werden auf bis zu 5000 in etwa 50 Ländern geschätzt; *Der Spiegel*, Heft 39/2001, S. 17; vgl. dazu auch *Bruce Hoffman*, What can we learn from the Terrorists?, *Global Agenda* 2004, 32 ff.

123 Am 24. April 2002 hat Al Qaida in einer Erklärung indirekt die Verantwortung für die Anschläge des 11.9. eingeräumt und gerechtfertigt; „A Statement from Qaidat al-Jihad Regarding the Mandates of the Heroes and the Legality of the Operations in New York and Washington.“; darin heißt es unter anderem zu Kindern und Frauen unter den Opfern der Attacken: „*We say that the prohibition against the blood of women, children, and the elderly is not an absolute prohibition. Rather, there are special conditions in which it is permissible to kill them if they are among the people of war, and these conditions exist in specific circumstances.*“; englische Übersetzung im Internet: http://www.mepc.org/public_asp/journal_vol10/alqaeda.html; s. dazu auch *Quintan Wiktorowicz/John Kaltner*, Killing in the Name of Islam: Al-Qaeda's Justification for September 11, *Middle East Policy*, Vol. X, No. 2, 2003, 76 ff. In einer Videobotschaft kurz vor den amerikanischen Präsidentenwahlen 2004 hat auch *bin Laden* selbst die Verantwortung für die Anschläge bestätigt: „*To the American people, my talk is to you about the best way to avoid another Manhattan. I tell you: Security is an important element of human life and free people do not give up their security.*“; aus: *Fox News*, 30.10.2004, http://www.foxnews.com/story/0,2933,137095,0_0.html; dazu auch *Süddeutsche Zeitung*, 2. November 2004, S. 9.

Bereits kurz nach den Anschlägen gab es Hinweise eines persönlichen Eingeständnisses *Osama bin Ladens* zu seiner Verantwortlichkeit. In einem Video, in dem er im November 2001 vermutlich in Kandahar in Mitten einiger Al Qaida-Mitglieder zu sehen ist, sagte er mit Bezug auf die Anschläge: „*[W]e calculated in advance the number of casualties from the enemy, who would be killed on the position of the tower. We calculated that the floors that would be hit would be three or four floors. I was the most of the optimistic of them all. (...Inaudible...) due to my experience in this field, I was thinking that the fire of the gas in the plane would melt the iron structure of the building and collapse the area where the plane hit and all the floors above them only. This is all that we had hoped for.*“; Transcript of Usama bin Laden Video Tape, 13.12.2001, S. 3, <http://www.mipt.org/Al-Qaeda.asp>; vgl. dazu auch *Süddeutsche Zeitung*, 14. Dezember 2001, S. 1.

124 Dazu *Bergen*, oben Fn. 39, 205.

wurde insbesondere von amerikanischer Seite dem Taliban-Regime nach den Anschlägen in New York und Washington vorgeworfen, die Bildung der Netzwerkbasis von Al Qaida sowie die Errichtung und Führung von Ausbildungs- und Trainingscamps auf afghanischem Boden zugelassen zu haben.¹²⁵ Deshalb wurde auch zunächst von den Taliban die Auslieferung *bin Ladens* an die USA verlangt.¹²⁶

Einsatz von Waffengewalt

Die terroristischen Anschläge des 11. Septembers 2001 können dann als zu einem internationalem bewaffneten Konflikt führenden Ereignis bezeichnet werden, wenn sie einen mit Waffengewalt begangenen Einsatz gegen den völkerrechtlich geschützten Bereich der USA darstellen und dieser Waffeneinsatz einem anderen Völkerrechtssubjekt zurechenbar ist.¹²⁷

125 *Department of Defense, News Articles, 7.10.2001, http://www.defenselink.mil/news/Oct2001/n1007_2001_200110071.html; vgl. dazu auch die Rede des amerikanischen Präsidenten Bush zu den militärischen Einsätzen in Afghanistan, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 9.10.2001, S. 6.*

Dieser Vorwurf entstand nicht aus dem Nichts, sondern verdichtete sich vor dem Hintergrund mehrerer Resolutionen des Sicherheitsrates, zum Beispiel der Resolution 1267 vom 15.10.1999, in der es heißt: „*Strongly condemning the continuing use of Afghan territory, especially areas controlled by the Taliban, for the sheltering and training of terrorists and planning of terrorist acts [...], Deploring the fact that the Taliban continues to provide safe haven to Usama bin Laden and to allow him and to others associated with him to operate a network of terrorist training camps from Taliban-controlled territory and to use Afghanistan as a base from which to sponsor international terrorist operations,*“; U.N. Doc. S/Res/1267 (1999).

126 Rede von US-Präsident Bush vom 20. September 2001: „*And tonight, the United States of America makes the following demands on the Taliban: Deliver to United States authorities all the leaders of al Qaeda who hide in your land.*“; *The White House, News Release, 20.9.2001, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html>; deutsche Übersetzung in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 22.9.2001, S. 8; s. dazu auch Wolf, der den Grund für die Tatsache, dass nie ein förmliches Auslieferungsbegehren von den USA eröffnet worden ist, sondern die Forderung an die Taliban ausschließlich über die Medien verbreitet wurde, darin sieht, dass dies die Vorlage von Beweisen im Sinne eines hinreichenden Tatverdachts erfordert hätte, *Joachim Wolf, Terrorismusbekämpfung unter Beweisnot - Völkerrechtliche Informationsanforderungen im bewaffneten Konflikt, *Humanitäres Völkerrecht*, 2001, 204, 207.**

127 Zur Definition des „bewaffneten Konflikts“ s. oben Text zu Fn. 111 ff.

Als Adressat eines bewaffneten Einsatzes kommen vorliegend alleine die Vereinigten Staaten von Amerika in Betracht: Die Anschläge wurden auf amerikanischem Staatsgebiet verübt. Dass bei den Attacken auch Angehörige von Drittstaaten¹²⁸ ums Leben gekommen sind, spielt für die Beurteilung der Konfliktparteien und die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts zunächst keine Rolle.¹²⁹

Fraglich ist aber die Einordnung der mit Zivilpersonen besetzten Passagierflugzeuge als „Waffen“. So könnte das Merkmal „bewaffnet“ im Rahmen des Konfliktrechts nach dem herkömmlichen Wort-sinn auf den Einsatz typisch militärischer Instrumentarien beschränkt sein und es sich bei einer Waffe um eine technische Konstruktion handeln, die zur Zerstörung des gegnerischen Militärpotentials konstruiert wurde.¹³⁰ Die Passagierflugzeuge wurden aber nicht für den Einsatz als Waffe konstruiert, die Ausnutzung der Zerstörungskraft durch den Aufprall und durch die Hitzeentwicklung durch das verbrennende Kerosin¹³¹ geschah im Wege einer Zweckentfremdung.

Sinn und Zweck der Genfer Konventionen ist jedoch ein umfassender Schutz der an einem bewaffneten Konflikt beteiligten und davon betroffenen Personen durch Schaffung eines Sonderrechts, welches als *ius in bello* von allen Konfliktparteien zu beachten ist.¹³² Der Begriff des „bewaffneten Konflikts“ dient im Gegensatz zu anderen Termini, welche die Anwendung von Gewalt als Antwort auf völkerrechtlich relevantes Verhalten erlauben,¹³³ dazu, bereits die erste und geringste Schädigungshandlung diesem Sonderrecht zu

128 Unter den Toten waren Staatsangehörige aus über 80 Nationen, *Der Spiegel*, Heft 42/2001, S. 160; Für eine Liste der betroffenen Staaten vgl. *The Coalition Information Centers*, *The Global War on Terrorism - The first 100 Days*, Dezember 2001, S. 5, im Internet: <http://www.mipt.org/Al-Qaeda.asp>.

129 Zum Begriff des bewaffneten Konfliktes s. bereits Text zu den Fn. 111 ff.; allgemein zum Staat im Völkerrecht und der Unverletzlichkeit der territorialen Souveränität *Ipsen*, oben Fn. 96, 310 ff.

130 S. dazu *Ipsen*, oben Fn. 96, 1223.

131 Durch die enorme Hitzeentwicklung schmolzen die Stahlträger der Stockwerke im WTC und dadurch kam es zu einem Ketteneffekt, der das Gebäude letztlich zum Einsturz brachte.

132 Dazu *Ipsen*, a.a.O., 38 und 1196 ff.

133 Insbesondere der Begriff des „bewaffneten Angriffs“ gemäß Artikel 51 UN-Charta. Aber auch der Begriff der „Aggression“ im Sinne des Artikel 2 Nr. 4 UN-Charta zur Beschreibung verbotener Gewaltanwendung hat einen anderen Anwendungsradius; vgl. dazu *Ipsen*, a.a.O., 1224 f.

unterwerfen. Schon die ersten - unter Umständen wenigen - Opfer einer Schädigungshandlung bedürfen nämlich des Schutzes der Regelungen des humanitären Völkerrechts.¹³⁴

Der Einsatz der Passagierflugzeuge erzeugte beim Aufprall auf die Gebäude des World Trade Centers eine Wucht, die ausreichte, um etwa 20 Stahlträger des Außenskeletts zu zerschlagen und mindestens drei Stockwerke zu verwüsten.¹³⁵ Jeder Jet wog etwa 100 Tonnen und war mit gefülltem Tank gestartet. Die bei jedem Aufprall frei gewordene kinetische Energie lag bei ca. 750 Millionen Joule.¹³⁶ Die Explosion der etwa 50 Tonnen Kerosin erzeugte eine Druckwelle, die das gesamte Gebäude erschütterte und die durch das verbrennende Kerosin erzeugte Hitze lag bei mehr als 1000 Grad Celsius. Dadurch begannen die Metallträger des betroffenen Gebäudeteils zu glühen und sich zu verformen, was zum Einsturz der einzelnen Stockwerke und durch die jeweils erzeugte Wucht des Aufpralls zum Einsturz des ganzen Gebäudes führte.¹³⁷

Die Folgen des Angriffs mit den entführten Passagierflugzeugen sind denen eines militärischen Einsatzes, etwa mittels Bomben oder Marschflugkörper, durchaus vergleichbar. Um eine Umgehung des Schutzzwecks der Genfer Konvention zu verhindern und das Ziel der Restriktion der militärischen Aktivitäten der Konfliktparteien nicht zu konterkarieren, muss ein bewaffneter Angriff daher auch dann zu bejahen sein, wenn dieser nicht mit konventionellem militärischem Gerät, sondern mit in Wirkung und Ausmaß vergleichbaren Instrumenten erfolgt ist.¹³⁸ Wenn die Schutzfunktion der Genfer Konventionen mit der geringsten ersten Schädigungshandlung - dem sogenannten ersten Schuss - zum Tragen kommt, muss dies erst recht für Gewaltattacken der oben beschriebenen Art gelten.

134 Ebd.

135 *Der Spiegel*, Heft 38/2001, S. 22.

136 Allein diese Energie hat aber nicht ausgereicht, dass Gebäude zum Einsturz zu bringen. Durch den Aufprall waren höchstens ein Viertel der Stahlträger durchtrennt und selbst bei der Hälfte wäre das Gebäude nicht in sich zusammengebrochen. Hinzutreten musste die „Plastifizierung“ des gesamten Baustahls durch die enorme Hitzeentwicklung, *Der Spiegel*, a.a.O.

137 Dieses Szenario überstieg offenbar selbst die Erwartungen der Verantwortlichen für das Attentat, vgl. die Auszüge aus den Aussagen *Osama bin Ladens* in einem Video kurz nach den Anschlägen, oben Fn. 123.

138 Vgl. *Ipsen*, oben Fn. 96, 1223.

Der Waffenbegriff ist daher im humanitären Völkerrecht extensiv und wirkungsorientiert auszulegen. Eine Waffe liegt auch dann vor, wenn ein technisches oder ähnliches Instrument erst durch die Art der Gewaltanwendung zu einer Waffe gemacht wird. Die Anwendung von Waffengewalt im Sinne des Artikels 2 der Genfer Konventionen liegt mit den Anschlägen des 11. Septembers 2001 vor.¹³⁹

Urheber der Waffengewalt

Weniger deutlich ist aber, wer diese Waffen angewendet hat. Vielmehr ist fraglich, ob man bei dem Waffeneinsatz von einem „Konflikt“ im Sinne des Völkerrechts sprechen kann, weil die angreifende Konfliktpartei ein Völkerrechtssubjekt oder der Einsatz einem solchen zumindest zurechenbar war.

Diese Fragestellung betrifft zwei zentrale Probleme: Eine dogmatische Unklarheit bezieht sich auf die Stellung terroristischer Vereinigungen im Völkerrecht, da die Urheberschaft des Terror-Anschlags vom 11. September 2001 der Terror-Organisation Al Qaida zugeordnet wird.¹⁴⁰ Bei terroristischen Angriffen wurde aber bislang nicht auf völkerrechtlicher Ebene argumentiert, man ging nicht von einem bewaffneten Konflikt im Sinne des humanitären Völkerrechts aus. Terror-Gruppen wie die Hamas¹⁴¹, die Baskische Untergrundor-

139 Vgl. unter vielen *Stephan Hobe/Otto Kimminich*, Einführung in das Völkerrecht, 2004, 309 und 320 ff.

140 S. dazu die offiziellen US-amerikanischen Vorwürfe kurz nach den Anschlägen oben Fn. 120.

141 Hamas, arab. hamas - „Begeisterung“, „Eifer“, ist eine islamistisch geprägte palästinensische Widerstandsgruppe. Bis in die 1980er engagierte sie sich überwiegend im sozialen Bereich. Der militante Flügel der Hamas (die Izz-ad-d-n-al-Qass-m-Brigaden) wird vom Bundesverfassungsschutz als terroristisch eingestuft. Das erklärte Ziel der Hamas ist es, den Staat Israel zu zerstören und durch einen islamischen Gottesstaat zu ersetzen und zudem Jordanien zu erobern. Darin unterscheidet sie sich von der PLO, die ein gleichberechtigtes Nebeneinander von Israel und Palästina anstrebt. Die Hamas ist im Gazastreifen und in einigen Bereichen des Westjordanlandes vertreten. Zu diesem Thema und der Abgrenzung der ideologischen Hintergründe von PLO und Hamas s. *Mark LeVine*, A Comparative Analysis of the Political Economies and Ideologies Underlying the Emergence of the Palestinian Hamas and the Algerian FIS, October 2002, abrufbar unter: <http://www.e-prism.org/images/levinepaper.pdf>.

ganisation (ETA)¹⁴² oder die Irisch-Republikanische Armee (IRA)¹⁴³ wurde daher auch nicht die Eigenschaft einer Konfliktpartei und ihren Mitglieder in der Konsequenz weder der Kombattanten- noch der Kriegsgefangenenstatus zugestanden.¹⁴⁴

Ein mehr beweisrechtliches Problem stellt die Rolle der Taliban bei den Anschlägen dar. Das Regime wurde in den Folgen des Terrorangriffs der Unterstützung von Al Qaida beschuldigt.¹⁴⁵ Damit könnten die Anschläge auch dem afghanischen Staat als Völkerrechtssubjekt zurechenbar sein. Bis heute ist allerdings nicht eindeutig geklärt, ob die Taliban von den konkreten Anschlagplänen auf das World Trade Center und das Pentagon gewusst oder gar aktiv bei der Planung der Anschläge mitgewirkt haben.¹⁴⁶ Eine etwaige Zu-

142 ETA, span. Euskadi 'ta Askatasuna, am 31. Juli 1959 während der franquistischen Diktatur in Spanien von einer Gruppe junger Basken aus dem Umfeld des Partido Nacionalista Vasco (PNV) gegründet.

143 IRA, engl. Irish Republican Army, erstmals schriftlich 1916 in der Oster-Proklamation erwähnt mit der die Aufständischen in Irland die Irische Republik ausriefen. Aus dem Zusammenschluss eines Teils der Irish Volunteers mit der Gewerkschaftsmiliz Irish Citizens Army nach dem Osteraufstand entstanden, bildete sie den militärischen Teil der irischen Unabhängigkeitsbewegung.

144 Vgl. *Sassòli*, oben Fn. 40, 100; auch *Hobe/Kimminich*, oben Fn. 139, 518.

145 Vgl. oben Fn. 120.

146 So machte der US-Präsident in einer Rede kurz nach den Anschlägen die Taliban auch nur indirekt mitverantwortlich: „*It is not only repressing its own people, it is threatening people everywhere by sponsoring and sheltering and supplying terrorists. By aiding and abetting murder, the Taliban regime is committing murder.*“ Wäre er von einer gemeinsamen Planung der Terror-Attacken durch Al Qaida und Taliban ausgegangen, hätte er wohl auch auf das zunächst geäußerte Verlangen auf Auslieferung von *Osama bin Laden* verzichtet: „*And tonight, the United States of America makes the following demands on the Taliban: Deliver to United States authorities all the leaders of al Qaeda who hide in your land. [...] Close immediately and permanently every terrorist training camp in Afghanistan, and hand over every terrorist, and every person in their support structure, to appropriate authorities. Give the United States full access to terrorist training camps, so we can make sure they are no longer operating. These demands are not open to negotiation or discussion. The Taliban must act, and act immediately. They will hand over the terrorists, or they will share in their fate.*“, *The White House*, News Release, 20.9.2001, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html>.

In einem Schreiben der Vereinigten Staaten an den Sicherheitsrat heißt es: „*Since 11 September, my government has obtained clear and compelling information that the Al-Qaeda organization, which is supported by the Taliban regime in Afghanistan, had a central role in the attacks. There is still much we*

rechnung müsste daher jenseits eines Kriteriums des direkten Vorsatzes erfolgen.

In dem durch die Anschläge des 11. Septembers 2001 entstandenen Konflikt lassen sich nach dem Gesagten folgende Beteiligte bestimmen: die USA als Adressat der Anschläge respektive primärer Inhaber des strafrechtlichen Verfolgungsanspruchs für den begangenen Massenmord, die ausführende Terror-Organisation Al Qaida und der Staat Afghanistan - vertreten durch das *de facto*-Regime der Taliban - als möglicherweise durch Zurechnung verantwortliches Völkerrechtssubjekt. Aus diesen Beteiligungen sind für die völkerrechtliche Beurteilung mindestens zwei Relationen zu differenzieren: das Verhältnis zwischen den USA und Al Qaida und die Beziehung zwischen den USA und Afghanistan.

Die Notwendigkeit für diese Feststellung ergibt sich nicht zuletzt aus der seit den Ereignissen des 11. Septembers 2001 entstandenen, nach herkömmlichen Maßstäben des Völkerrechts paradoxen Dialektik: US-Präsident *George W. Bush* spricht seit den Anschlägen von einem „Krieg gegen den Terrorismus“ (*war against terrorism*),¹⁴⁷ ein Ausdruck der mittlerweile zum weltweiten Sprach-

do not know. [...] The attacks on 11 September 2001 and the ongoing threat to the United States and its nationals posed by the Al-Qaeda organization have been made possible by the decision of the Taliban regime to allow the parts of Afghanistan that it controls to be used by this organization as a base of operation.“; Schreiben der Vereinigten Staaten vom 7.10.2001 an den Sicherheitsrat, S/2001/946.

S. dazu auch *Martin Kühnemund*, Die Vereinten Nationen und der 'Krieg gegen den Terrorismus' - Neue Herausforderungen für das UN-System kollektiver Sicherheit, S. 17 ff.; online unter: www.forschungsstelle-dritte-welt.de/Dokumente/AP/AP_FSDW_UNKrieg%20gegen%20Terrorismus.pdf.

147 So zum Beispiel in einer Radioansprache an die Nation am 29. September 2001, *The White House*, Press Release, 29.9.2001, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010929.html>; vgl. auch *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 19.10.2001, S.1.

Nachdem viele Teile des Schrifttums bemüht waren, den Ausdruck des „Krieges“ in Zusammenhang mit der Bekämpfung des internationalen Terrorismus als Metaphorik abzuschwächen, hat die *Bush*-Administration sich immer wieder bemüht, das Gegenteil zu tun und die verwendete Dialektik beim Wort zu nehmen: „*In November of 2001, President Bush stated that, quote, 'International terrorists have carried out attacks on the United States on a scale that has created a state of armed conflict that requires the use of United States armed forces.'* Close quote.“ (Hervorhebung durch Verfasser); Passage zitiert aus einem Briefing des *Department of Defense* mit *Paul Butler*, Briefing on

gebrauch gehört.¹⁴⁸ Auch wird von einem „*bewaffneten Angriff*“ durch die Terror-Organisation Al Qaida gesprochen, der den Einsatz der amerikanischen Streitkräfte erfordere. In der am 13. November 2001 erlassenen U.S. Military Order heißt es ausdrücklich:

*„International terrorists, including members of al Qaida, have carried out attacks on United States diplomatic and military personnel and facilities abroad and on citizens and property within the United States on a scale that has created a state of armed conflict that requires the use of the United States Armed Forces.“*¹⁴⁹

Auch die „Gegenseite“ im „*war against terrorism*“ hat sich auf die Performanz des amerikanischen Präsidenten eingelassen und spricht nunmehr vom „*amerikanischen Feind*“, mit dem man sich „*im Krieg*“ befände.¹⁵⁰ Damit scheint im Übrigen die erste Phase - die

Detainee Operations at Guantanamo Bay, 13.2.2004, <http://www.defenselink.mil/transcripts/2004/tr20040213-0443.html>.

S. auch *Department of Defense*, News Release vom 2.10.2002: „*First, the Report acknowledges that the United States is currently in a state of war with al Qaeda, one that triggers Executive Branch authority to prevent further attacks.*“ (Hervorhebung durch Verfasser); abrufbar im Internet: http://www.defenselink.mil/releases/2002/b10022002_bt497-02.html.

Vgl. auch das Interview mit *Charles Allen, Deputy General Counsel for International Affairs, US Department of Defense*: „*A: [...] I think that despite the fact that the terrorists present an unconventional foe, the fundamental principles of the law of armed conflict have proven themselves to be applicable to this conflict. And US military actions in response to this challenge, to these threats to the US and to many of our friends and allies, have been consistent with the principles of the law of armed conflict.*

Q: If this is an armed conflict, who is the enemy?

A: The enemy includes al-Qaeda and other international terrorists around the world, and those who support such terrorists.“ (Hervorhebungen durch Verfasser); Interview vom 16.12.2002; <http://www.crimesofwar.org/onnews/news-pentagon-trans.html>.

148 Vgl. zur Bedeutung der US-amerikanischen Politik in der jüngeren Zeit und insbesondere seit dem 11. September 2001 für das Völkerrecht *Nicole Del-ler/Arjun Makhijani/John Burroughs (Hrsg.)*, US-Politik und Völkerrecht, 2004, 16 ff.; auch *Jochen Hippler/Jeanette Schade*, US-Unilateralismus als Problem von internationaler Politik und Global Governance, INEF-Report 70, 2003, 13 ff.

149 Presidential Military Order, oben Fn. 15, Sec. 1 a).

150 Vgl. das Statement von Al Qaida zu den Anschlägen vom 11. September 2001, oben Fn. 123, in dem es heißt: „*But we say that the tyrannical enemy is not in need of directives or justifications in order to continue its war against Islam and Muslims which it began many decades ago. [...] America is the one who began the war, and it will lose the battle by the permission of Allah al-*

Provokation einer überhöhten Gegenreaktion auf amerikanischer Seite - einer Langzeitstrategie von Al Qaida von insgesamt sieben Schritten aufzugehen, an deren Ende der Sturz der arabischen Regierungen und die Errichtung eines umfassenden Kalifats stehen soll. Das „*Schlachtfeld*“ solle damit ausgeweitet und die Terror-Gruppe, die nach jüngsten Erkenntnissen wieder so stark wie nach den Anschlägen des 11. Septembers ist, weltweit wahrgenommen werden und sich zu einer globalen Bewegung entwickeln - als zweite Phase, die bis 2006 abgeschlossen sein sollte.¹⁵¹

mighty.“ (Hervorhebungen durch Verfasser). Durch die Didaktik können die terroristischen Anschläge in einem quasi-militärischem Licht erscheinen und es wird suggeriert, dass man auf gleicher Augenhöhe mit dem „Feind“ kämpft. Auch *Osama bin Laden* selbst spricht davon, man stünde „*im Krieg*“ mit den Vereinigten Staaten.

In einem Bekennerschreiben zu den Terror-Attacks in der britischen Hauptstadt London vom 7. Juli 2005 spricht die „*Geheimorganisation al-Qaida in Europa*“ von einer „*gesegneten militärischen Operation*“; vgl. *Spiegel-Online*, 7.8.2005, <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,364167,00.html>; dazu auch *Süddeutsche Zeitung*, 2. September 2005, S. 9. Ein später am 1.9.2005 veröffentlichtes Bekenner-Video, auf dem ein Selbstmordattentäter von London zu sehen ist, verdeutlicht die Struktur des Terror-Netzwerkes von Al Qaida. Einer der Attentäter, *Mohammed Sidique Khan*, verweist zunächst auf führende Al Qaida-Mitglieder als Quelle seiner Inspiration. Dies ist ein Indiz dafür, dass sich die Attentäter aus eigenem Antrieb der Terror-Organisation angeschlossen haben und nicht rekrutiert wurden. *Khan* und ein weiterer mutmaßlicher Attentäter waren kurz vor den Anschlägen nach Pakistan gereist und es wird vermutet, dass sie dort nach Kontaktaufnahme mit Al Qaida-Angehörigen letzte Planungen und Vorbereitungen durchgeführt haben; vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 2.9.2005, S. 2 und 3.9.2005, S. 6.

Interessant in dem Zusammenhang auch das Selbstverständnis als militärische Organisation, dargestellt im sogenannten *Al Qaida Training Manual*, einer Anleitung für Al Qaida-Kämpfer, die im englischen Manchester sichergestellt worden ist: „*Military Organization has three main principles without which it cannot be established. 1. Military Organization commander and advisory council 2. The soldiers (individual members) 3. A clearly defined strategy [...] The main mission for which the Military Organization is responsible is: The overthrow of the godless regimes and their replacement with an Islamic regime.*“, First Lesson, S. 13, im Internet abrufbar: <http://www.mipt.org/Al-Qaeda.asp?Start=20&RecordType=>

151 S. dazu die entsprechenden Rechercheergebnisse des arabischen Journalisten *Fuad Hussein*, wonach die siebte Phase mit „*endgültigem Sieg*“ beschrieben wird. Die *Qaeda*-Strategen gehen, so *Hussein*, davon aus, dass das Kalifat Bestand haben wird, weil die restliche Welt angesichts der Kampfbereitschaft von „*anderthalb Milliarden Muslimen*“ klein beigegeben werde. Im Jahr 2020 soll auch diese Phase abgeschlossen sein, wobei der Krieg nicht länger als

Völkerrechtssubjektivität privater Terror-Organisationen

Die Problematik deutet damit auf einen möglichen Paradigmenwechsel und eine Frage hin, die vor allem das Verhältnis des Völkerrechtssubjektes USA zu der privaten Terror-Organisation Al Qaida betrifft: In welchem Umfang kommt das Völkerrecht beim internationalen Terrorismus zur Anwendung und *in concreto* welche Rechtsbeziehungen entstehen zwischen dem betroffenen Staat und dem privaten Akteur?

Dass der grenzüberschreitende Terrorismus überhaupt eine völkerrechtliche Dimension aufweist, ist nicht zuletzt seit den durch die Dekolonisierung aufkommenden Terrorismus in den 1960er und 1970er Jahren deutlich, in dessen Zuge zahlreiche internationale Abkommen zur Bekämpfung terroristischer Handlungen und deren Finanzierung geschlossen worden sind.¹⁵² Im vorliegenden konkre-

zwei Jahre dauern soll; in: *Spiegel-Online*, <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,369328,00.html>. Allgemein zur Strategie des Terrorismus und zur Entwicklung des Krieges in der Geschichte s. *Herfried Münkler*, *Vom Krieg zum Terror*, 2006, 78 ff.

Zu den jüngsten Erkenntnissen von 2007 über die wiedererlangte „Kampfstärke“ Al Qaidas, welche ein „stabiles Trainingsprogramm“ vor allem in Pakistan und zum Teil mit Kämpfern aus Europa aufgebaut haben soll, vgl. *Spiegel-Online* vom 12. Juli 2007, im Internet unter <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,493959,00.html>.

152 Abkommen über strafbare und bestimmte andere an Bord von Luftfahrzeugen begangene Handlungen, 14.9.1963, BGBl. 1969 II, S. 122; Übereinkommen zur Bekämpfung der widerrechtlichen Inbesitznahme von Luftfahrzeugen, 16.12.1970, BGBl. 1972 II, 1506; Übereinkommen zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Zivilluftfahrt, 23.9.1971, BGBl. 1977 II, S. 1230; Internationales Übereinkommen zur Bekämpfung terroristischer Bombenanschläge, 15.12.1997, angenommen durch Resolution 52/164 er UN-Generalversammlung; Internationales Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus, 19.12.1999, angenommen durch Resolution 54/109 der UN-Generalversammlung und in Kraft getreten am 10.4.2002. Zu einer Übersicht s. auch *Heinz/Schlitt/Würth*, oben Fn. 61, 9; auch *Jasper Finke/Christiane Wandscher*, *Terrorismusbekämpfung jenseits militärischer Gewalt, Vereinte Nationen*, 2001, 168, 169 ff. Zur Definition des Terrorismus im Völkerrecht vgl. *Ben Saul*, *Attempts to define 'Terrorism' in international law, NILR*, 2005, 57 ff.

Zur Sinnhaftigkeit der Verfolgung terroristischer Taten als völkerrechtliches Verbrechen im Rahmen des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofs vgl. die Ausführungen von *Oeter*, der die Gefahr sieht, dass sich die Staatengemeinschaft in Augen der betroffenen Bevölkerungsteile, die den Terrorismus als Befreiungskampf empfinden, zu schnell zum Parteigänger der „ungerech-

ten Fall hatte der Sicherheitsrat in den Resolutionen 1214 (1998) und 1267 (1999) sogar bereits die Taliban zur Auslieferung *Osama bin Ladens* und zur Beendigung jeglicher Unterstützung des internationalen Terrorismus aufgefordert.¹⁵³

Es war aber ebenfalls der Sicherheitsrat, der zu einer dialektischen Unreinheit im Terrorismusdiskurs und einer möglichen Ebenenverschiebung völkerrechtlicher Instrumentarien in den Resolutionen 1368 (2001) und 1373 (2001) in Antwort auf die Anschläge des 11. Septembers 2001 beigetragen hat. In den Präambeln der Entscheidungen wird zwar zunächst in nicht unüblicher Weise von einer Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit durch den Terrorismus gesprochen („*threats to international peace and security caused by terrorist acts*“). Im direkten Anschluss daran betont der Sicherheitsrat jedoch mit Bezug auf die Anschläge das Recht individueller und kollektiver Selbstverteidigung („*Recognizing the inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter*“).¹⁵⁴

Dabei kommt dem Begriff der Bedrohungslage für den Weltfrieden und die internationale Sicherheit eine andere inhaltliche Ausrichtung und einen entsprechend niedrigeren Schwellenwert als dem Selbstverteidigungsrecht nach Artikel 51 UN-Charta zu, welches zu

ten’ erhebt, zum „*Büttel der Diktatoren und Gewalthaber*“. Nach *Oeter* lasse sich der klassische Terrorismus auch ohne internationalen Strafgerichtshof bekämpfen, nicht aber der ‚*Staatsterrorismus*‘, den man eigentlich in den Augen behalten sollte; *Stefan Oeter*, Terrorismus - ein völkerrechtliches Verbrechen? Zur Frage der Unterstellung terroristischer Akte unter die internationale Strafgerichtsbarkeit, *Die Friedens-Warte*, 2001, 11, 30 f.; mit Argumenten für eine solche Verfolgung durch den ICC *Finke/Wandscher*, a.a.O.; in dem Zusammenhang auch *Anthony Colangelo*, Constitutional Limits on Extraterritorial Jurisdiction: Terrorism and the Intersection of National and International Law, *HILJ*, 2007, 121 ff.

153 Resolution des Sicherheitsrates 1214 vom 8.12.1998, operativer § 13: „*Demands also that the Taliban stop providing sanctuary and training for international terrorists and their organizations, and that all Afghan factions cooperate with efforts to bring indicted terrorists to justice*“; U.N. Doc. S/Res/1214 (1998); und Resolution 1267 vom 15.10.1999, operativer § 2: „*Demands that the Taliban turn over Usama bin Laden without further delay*“; oben Fn. 125.

154 Resolutionen des Sicherheitsrates 1368 vom 12.9.2001, U.N. Doc. S/Res/1368 (2001), und 1373 vom 28.9.2001, U.N. Doc. S/Res/1373 (2001). Zu grundsätzlicher Kritik an der Interpretation der UN-Charta durch den Sicherheitsrat s. *Alain Pellet*, No, This is not war!, *EJIL*, 2001, 1, 3 f., im Internet unter http://ejil.org/forum_WTC/ny-pellet.html.

seiner Anwendung einen „bewaffneten Angriff“ voraussetzt.¹⁵⁵ Während für die Bedrohung des Weltfriedens im Sinne des Artikels 39 UN-Charta insbesondere nach der Entscheidungspraxis des Sicherheitsrates rein innerstaatliche Situationen wie beispielsweise schwere Menschenrechtsverletzungen oder aber auch die Nicht-Auslieferung von Terroristen ausreichen,¹⁵⁶ war bislang der Terminus des „bewaffneten Angriffs“ traditionell auf militärische Maßnahmen eines Staates gegen einen anderen beschränkt oder zumindest eine entsprechende Zurechnung erforderlich.¹⁵⁷

Dafür, dass der Sicherheitsrat unter den Eindrücken der beispiellosen Anschläge bestehendes Völkerrecht neu interpretiert hat, könnte etwa sprechen, dass sich die in den Resolutionen 1368 und 1373 konstatierte „*Bedrohung des Weltfriedens durch den internationalen Terrorismus*“ nach dem damaligen Kenntnisstand auf *Osama bin Laden* und seine Terror-Organisation Al Qaida und damit auf einen privaten Akteur als Urheber der Anschläge des 11. Septembers redu-

155 Auch wenn für beide Begriffe die Aggressionsdefinition in Resolution 3314 (XXIX) der Generalversammlung herangezogen wird, ist die Bedrohungslage nach Artikel 39 UN-Charta als Kehrseite des Gewaltverbots weit auszulegen, während für den „bewaffneten Angriff“ als zu Gegenmaßnahmen legitimierendes Merkmal in Artikel 51 UN-Charta eine enge Auslegung gilt. Zu der Widersprüchlichkeit im Resolutionstext s. *Christian Tomuschat*, Der 11. September 2001 und seine rechtlichen Folgen, *EuGRZ*, 2001, 535, 543, der das sprachliche Ergebnis mit der politischen und diplomatischen Kompromiss-suche begründet. S. auch *Michael Byers*, der auf die erstaunlich schnelle Reaktion des Sicherheitsrates auf die Terroranschläge durch die genannten Resolutionen und den zeitlichen Druck der Diplomaten beim Verfassen des Resolutionstextes hinweist mit der Vermutung, dass diese wohl nicht alle möglichen Konsequenzen der Sprachwahl bedacht hätten; *Terrorism, The Use of Force and International Law after 11 September*, *ICLQ*, 2002, 401, 403.

Der Resolutionsentwurf der Resolution 1373 (2001) wurde am 27. September 2001 von den Vereinigten Staaten nach Absprache mit den übrigen Ständigen Mitgliedern vorgelegt. Weil die nichtständigen Mitglieder aber vorab nicht in Kenntnis gesetzt worden waren, blieb diesen nur eine eng begrenzte Prüfungsfrist hinsichtlich der weitreichenden Konsequenzen, denn die Resolution wurde bereits am 28. September 2001 verabschiedet; dazu *Finke/Wandscher*, oben Fn. 152, 171.

156 Vgl. Resolution des Sicherheitsrates 1054 vom 26.4.1996, U.N. Doc. S/Res/1054 (1996); eine Übersicht zum Begriff der „Bedrohung des Friedens“ in *Ipsen*, oben Fn. 96, 1111 ff.

157 Vgl. *Ipsen*, a.a.O., 1086 ff., mit Verweis auf die Aggressionsdefinition vom 14.12.1974 durch die Resolution der Generalversammlung 3314 (XXIX); beachte aber, dass der Wortlaut des Artikel 51 UN-Charta eine Reduzierung auf staatliche Akteure nicht *per se* bedeutet.

zierte. Erstmals wurden damit terroristische Anschläge als solche als Friedensgefährdung qualifiziert, ohne dass anscheinend die Hintergründe der Taten, etwa die Verwicklung eines Staates, ausreichend geklärt waren.¹⁵⁸

Wegen des Verzichts auf eine Mediatisierung der Bedrohung durch ein Völkerrechtssubjekt werden daher seitdem eine passive Völkerrechtssubjektivität von Al Qaida und eine allgemeine Privatisierung des bewaffneten Konflikts argumentiert.¹⁵⁹ Zu beachten ist aber, dass dabei die Anwendbarkeit des Konfliktrechts *zugunsten* der Mitglieder von Al Qaida dennoch abgelehnt wird, weil sie sich als nicht-staatlicher Akteur nicht an völkerrechtliche Verträge binden könne; gegeben sei daher nur eine partielle Völkerrechtssubjektivität der Terror-Organisation.¹⁶⁰

Der Verzicht auf einen Verknüpfungspunkt von terroristischen Angriffen zu einem Völkerrechtssubjekt würde, so die Gegenargumentation, in seiner Konsequenz zu einer Exterritorialisierung des

158 Zwar wurde der internationale Terrorismus auch schon vor dem 11. September 2001 als generelle Bedrohung des Weltfriedens bezeichnet. Eine Friedensgefährdung im konkreten Fall mit Konsequenzen nach Kapitel VII der UN-Charta wurde aber nur im Zusammenhang mit einer Verwicklung eines Staates in die Terror-Akte getroffen. Zur Darstellung der bisherigen Resolutionspraxis siehe *Thomas Bruha*, Gewaltverbot und humanitäres Völkerrecht nach dem 11. September 2001, *AVR*, 2002, 383, 391 ff.

Zur Verdeutlichung der Gleichsetzung der Terroranschläge als solcher mit einer Friedensbedrohung vgl. Ziffer 1 der Resolution 1368 (2001): „*Unequivocally condemns in the strongest terms the horrifying terrorist attacks which took place on 11 September 2001 in New York, Washington D.C. and Pennsylvania and regards such acts, like any act of international terrorism, as a threat to international peace and security*“; oben Fn. 154.

Nach *Bruha*, a.a.O., wurde damit dem Wandel der Gefährdungssituation durch den internationalen Terrorismus Rechnung getragen; vgl. aber auch die These von *Byers*, nach der wegen des zeitlichen Drucks semantische Abweichungen von der bisherigen Resolutionssprache nicht unbedingt intendiert gewesen sein müssen, oben Fn. 155.

159 Vgl. *Thomas Bruha/Matthias Bortfeld*, Terrorismus und Selbstverteidigung, Voraussetzungen und Umfang erlaubter Selbstverteidigungsmaßnahmen nach den Anschlägen des 11. September 2001, *Vereinte Nationen* 5/2001, 161, 163; ablehnend *Wolf*, oben Fn. 126, 210 f.

160 Die ausdrückliche Argumentation der US-Administration geht dahin, dass Al Qaida nie eine internationale Konvention unterzeichnet habe und dazu auch nicht fähig sei, vgl. dazu *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 9.2.2002, S. 6; auch *Department of Defense*, Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism: Assessment of Legal, Historical, Policy, and Operational Considerations, oben Fn. 17, 5 ff.

bewaffneten Konfliktes führen.¹⁶¹ Im Ergebnis könnten daher betroffene Staaten wie die USA hypothetisch und unter Zugrundelegung dieser Induktion gegen eine unbestimmte Anzahl von Staaten Krieg führen, die Mitglieder von Terror-Organisationen beherbergen - ein Recht, das die Vereinigten Staaten tatsächlich bereits für sich beansprucht haben:

*„We may find that our self-defence requires further action with respect to other organizations and other states.“*¹⁶²

Von politischen Interessen geleiteter Diskurs

Die Darstellung zeigt bereits beispielhaft die enormen Auswirkungen des 11. Septembers auf die Welt und hier speziell auf das Völkerrecht und illuminiert die seitdem diskutierten gegensätzlichen Ansichten, die aus der jeweiligen Position - etwa der vom Terrorismus betroffenen Staaten - und den damit zusammenhängenden politischen Interessen erklärbar sind.

Weil die Fragen nach einer völkerrechtlichen Subjektivität von Al Qaida und eines bewaffneten Angriffs durch die Anschläge vom 11. September 2001 jedoch keinen unmittelbaren menschenrechtlichen Bezug im Rahmen der Gefangenschaft auf Guantánamo aufweisen,

161 S. Wolf, a.a.O.

162 Siehe „Letter dated 7 October 2001 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the President of the Security Council“, U.N. Doc. S/2001/946, <http://documents.un.org/mother.asp>.

S. in diesem Zusammenhang auch die Aussagen des *Deputy General Counsel for International Affairs at the Department of Defense, Charles Allen*, dass die USA das Recht zum Kampf haben gegen „*Al Qaeda and other international terrorists around the world and those who support such terrorists without warning*“; in: *Anthony Dworkin, Official Examines Legal Aspects of Terror War*, http://hsm.intellibridge.com/summary?view_id=117201800. Beachte auch folgende Aussage *Allens*: „*When we have a lawful military target that the commander determines needs to be taken out, there is by no means a requirement under the law of armed conflict that we must send a warning to these people, and say, 'You may surrender rather than be targeted.'*“, *Pentagon Says US Forces Can Target Enemy Combatants at Any Time in "War against Terrorism"*; *Crimes of War*, 16.12.2002; <http://www.globalpolicy.org/wtc/targets/2002/1216forces.htm>.

soll die Darstellung der wichtigsten Argumente an dieser Stelle genügen.¹⁶³

1.2.1.2 *Bewaffneter Angriff gegen die USA durch die Anschläge des 11. Septembers 2001 und Zurechenbarkeit zum afghanischen Staat*

Obwohl außerhalb der amerikanischen Literatur eine breite Ablehnung gegen die Annahme einer Völkerrechtssubjektivität Al Qaidas und damit eines bewaffneten Angriffs der Terror-Organisation festzustellen ist, wurden die Ereignisse des sogenannten *nine-eleven* nahezu einhellig in der Staatengemeinschaft und in der wissenschaftlichen Literatur als bewaffneter Angriff gegen die USA eingestuft.¹⁶⁴

163 Weiterführend zu der Thematik und vor allem zur Frage nach der Notwendigkeit einer Novellierung des Konfliktrechts zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus vgl. unter vielen *Bruha/Bortfeld*, oben Fn. 159, 161 ff.; *Bruha*, oben Fn. 158, 383 ff.; *Wolf*, oben Fn. 126, 204 ff.; *Clémentine Olivier*, Human Rights Law and the International Fight Against Terrorism: How do Security Council Resolutions Impact on State's Obligations Under International Human Rights Law?, *NJIL*, 2004, 399 ff.; *Magne Frostad*, Jus in bello after September 11, 2001 – The relationship between jus ad bellum and jus in bello and the requirements for status as prisoner of war, 2005, 116 ff.; *Anthony Carty*, The terrors of freedom: the sovereignty of states and the freedom to fear, in: *John Strawson*, Law after Ground Zero, 2002, 44 ff.; auch *Derek Jinks*, The Applicability of the Geneva Conventions to the „Global War on Terrorism“, *VJIL*, 2005, 165 ff.; *Sean D. Murphy*, International Law, the United States, and the Non-Military 'War' against Terrorism, *EJIL*, 2003, 347 ff.; *Cherif Bassiouni*, Legal Control of International Terrorism: A Policy-Oriented Assessment, *HIJL*, 2001, 83 ff.

164 S. nur die entsprechenden Passagen in den Resolutionen 1368 (3. Erwägungsgrund) und 1373 (4. Erwägungsgrund), in denen auf das „*inherent right of individual or collective self-defense*“ hingewiesen wird. Das gewohnheitsrechtliche und das in Artikel 51 UN-Charta kodifizierte Recht zur Selbstverteidigung sind deckungsgleich und setzen einen bewaffneten Angriff voraus. Dazu *Ipsen*, oben Fn. 96, 1097; auch *Markus Krajewski*, Selbstverteidigung gegen bewaffnete Angriffe nicht-staatlicher Organisationen - Der 11. September 2001 und seine Folgen, *AVR*, 2002, 183, 187.

S. unter vielen in der wissenschaftlichen Literatur *Tomuschat*, Völkerrechtliche Aspekte bewaffneter Konflikte, 2004, 12, auch *Tomuschat*, oben Fn. 155,

Denn ein solcher wird neben der Annahme eines Angriff der nicht-staatlichen Organisation Al Qaida¹⁶⁵ vor allem in einer weiteren Weise argumentiert: als bewaffneter Angriff durch den Staat Afghanistan, repräsentiert durch das *de facto*-Regime der Taliban.¹⁶⁶

Zwar wird insbesondere von Seiten der amerikanischen Regierung wie oben dargestellt von einer neuen Art Krieg („*new kind of war*“)¹⁶⁷ gesprochen und die Begriffe des Krieges und des bewaffneten Konfliktes¹⁶⁸ bewusst mit den Auseinandersetzungen mit der Terror-Gruppe in Verbindung gesetzt, um so eine neue Idiomatik zu schaffen, in der es folgerichtig ist, von einem bewaffneten Angriff („*armed attack*“)¹⁶⁹ durch Al Qaida auszugehen, der das Selbstverteidigungsrecht der Vereinigten Staaten ausgelöst hat.¹⁶⁹ In der obliga-

538 ff.; *Christine Gray*, The Use of Force and the International Legal Order, in: *Malcolm D. Evans*, International Law, 2003, 604; *Ipsen*, a.a.O., 1087; *Herdegen*, oben Fn. 144, 239; kritisch *Wolf*, oben Fn. 126, 214; *Mark Drumbl*, Judging Terrorist Crime, Taliban Guilt, Self-Defense, and Western Innocence, 2001, <http://jurist.law.pitt.edu/terrorismdrumbl.htm>; differenzierend *Carsten Stahn*, Security Council Resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001): What They Say and What They Do Not Say, 6, im Internet unter http://www.ejil.org/forum_WTC/ny-stahn.html.

165 Vgl. *Krajewski*, oben Fn. 164, 196 ff.; *Bruha*, oben Fn. 158, 391 ff.; *Bruha/Bortfeld*, oben Fn. 159, 163 ff.; *John C. Yoo/James C. Ho*, The Status of Terrorists, *VJIL*, 2003, 207, 213 ff.; *Sean D. Murphy*, Terrorism and the Concept of „Armed Attack“ in Article 51 of the U.N. Charter, *HILJ*, 2002, 42, 45 ff.; *Karl Doehring*, Völkerrecht, 2. Aufl., 2004, 328; zur Rechtsauffassung der US-Regierung s. oben Fn. 147 und unten Fn. 169.

166 *S. Tomuschat*, a.a.O.; *Ipsen*, oben Fn. 96, 1087; *Kirsten Schmalenbach*, The Right of Self-Defence and The "War on Terrorism" One Year after September 11, *German Law Journal*, 2002, <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=189#fuss41>; mit anderer Begründung auch *Kühnemund*, oben Fn. 146, 13, der die Al Qaida als *de facto*-Organ Afghanistans ansieht.

167 Vgl. etwa die Aussagen der ehemaligen Sicherheitsberaterin und jetzigen Außenministerin *Condoleezza Rice*, die von einem „neuartigen Krieg“, sprach, der auf „verschiedenen Schlachtfeldern“ geführt werde; dazu *Frankfurter Rundschau*, 12.11.2002, S. 6.

168 Vgl. oben Fn. 147.

169 S. „Letter dated 7 October 2001 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the President of the Security Council“ (oben Fn. 162), in dem aber auch die Verbindung zum Taliban-Regime betont wird: „*Since 11 September, my Government has obtained clear and compelling information that the Al-Qaeda organization, which is supported by the Taliban regime in Afghanistan, plays a central role in the attacks.*“

Vgl. auch das Interview mit *Charles Allen*, Deputy General Counsel for International Affairs, US Department of Defense: „*I think there is no question*

torischen Erklärung der USA zur Ausübung ihres Selbstverteidigungsrechts durch Schreiben vom 7.10.2001 an den Sicherheitsrat heißt es aber auch, dass „[...] *the Al-Qaeda organization, which is supported by the Taliban regime in Afghanistan, had a central role in the attacks*“ und „[...] *the ongoing threat to the United States and its nationals posed by the Al-Qaeda organization have been made possible by the decision of the Taliban regime to allow the parts of Afghanistan that it controls to be used by this organization as a base of operation*“. Weiter steht darin: „[...] *the Taliban regime has refused to change its policy. [...] United States armed forces have initiated actions designed to prevent and deter further attacks on the United States. These actions include measures against Al-Qaeda terrorist training camps and military installations of the Taliban regime in Afghanistan.*“¹⁷⁰

Die Rechtfertigungsbemühungen der amerikanischen Seite für die Einsätze in Afghanistan folgten damit einer Doppelstrategie: Zum einen hat die US-Administration immer betont, dass sie sich von Al Qaida angegriffen sieht und sich zur Verteidigung gegen diese Bedrohung berechtigt fühlt.¹⁷¹ Weil die Staatengemeinschaft aber bisher militärischer Gewalt gegen den territorial geschützten Bereich eines Staates in Antwort auf Terror-Anschläge - etwa der Bombardierung von Zielen im Sudan und in Afghanistan nach den Bombenanschlägen auf US-Botschaften in Kenia und Tansania - mit Skepsis begegnet ist,¹⁷² wurde zum anderen die Unterstützung von Al Qaida

that the United States was the victim of an armed attack by al Qaeda on September 11.“; oben Fn. 147.

In diesem Sinne auch *Krajewski*, oben Fn. 164, 196 ff.; *Bruha*, oben Fn. 158, 391 ff.; *Bruha/Bortfeld*, oben Fn. 159, 163 ff.; *Yoo/Ho*, oben Fn. 165, 213 ff.; *Murphy*, oben Fn. 165, 45 ff.

170 Siehe „Letter dated 7 October 2001 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the President of the Security Council“, oben Fn. 162 (Hervorhebungen durch Verfasser).

171 Vgl. entsprechende Aussagen amerikanischer Regierungsmitglieder und Beamter, oben Fn. 147 und 169.

172 Als die Vereinigten Staaten 1998 nach den Bombenanschlägen auf ihre Botschaften in Kenia und Tansania Ziele im Sudan und in Afghanistan bombardierten und sich dabei auf ihr Selbstverteidigungsrecht beriefen, drückte eine Vielzahl an Regierungen ihre Besorgnis darüber aus, dass die territoriale Integrität souveräner Staaten verletzt worden war, ohne dass der Staat selbst Ziel der Angriffe war, sondern weil der Verdacht vorlag, dass sich dort Terroristen verstecken. So heißt es beispielsweise in Paragraf 159 des „Final Document of the XIIth Summit of the Non-Aligned Movement“ (2-3 Sept 1998, Durban,

durch die Taliban bekräftigt. So sagte US-Präsident *Bush* auch kurz nach Beginn der Militärschläge: „*Nun werden die Taliban den Preis bezahlen.*“¹⁷³ Und nur wenig später machte *Bush* den Taliban das Angebot einer „*zweiten Chance*“, falls diese *Osama bin Laden* und „*seine Leute*“ auslieferten.¹⁷⁴

Billigung der Militärschläge gegen Afghanistan durch die Staatengemeinschaft

Auch wenn die überwiegende Billigung der Militärschläge gegen Afghanistan¹⁷⁵ in Beantwortung der Ereignisse des 11. Septembers

South Africa) in Antwort auf die o.g. Militärschläge: „*The Heads of State or Government emphasised that international cooperation to combat terrorism should be conducted in conformity with the principles of the UN Charter, international law and relevant international conventions, and expressed their opposition to selective and unilateral actions in violation of principles and purposes of the UN Charter. In this context, they called upon the competent UN Organs to promote ways and means to strengthen cooperation, including the international legal regime for combating international terrorism.*“; abrufbar im Internet unter <http://southmovement.alphalink.com.au/southnews/NAM-finaldoc.htm#14>.

173 *Süddeutsche Zeitung*, 8.10.2001, S. 2.

174 *Süddeutsche Zeitung*, 13.10.2001, S. 1.

175 Die Luftangriffe in Afghanistan wurden zunächst von amerikanischen und britischen Streitkräften seit dem 7. Oktober 2001 geführt. Pakistan hatte für die Angriffe seinen Luftraum zur Verfügung gestellt, *Süddeutsche Zeitung*, 8.10.2001, S. 1. Nach Aussagen des amerikanischen Präsidenten hatten „*mehr als 40 Staaten im Nahen Osten, Afrika, Europa und in ganz Asien*“ Überflug- und Landerechte für die Luftangriffe erteilt. Noch mehr hätten Geheimdienst-erkenntnisse mitgeteilt, *Süddeutsche Zeitung*, 8.10.2001, S. 7. Der deutsche Bundeskanzler *Schröder* kurz nach Beginn der Militärschläge, er unterstütze diese „*ohne Vorbehalte*“; *Frankfurter Rundschau*, 8.10.2001, S. 1. Zwei Tage nach Beginn der Offensive erklärten die EU-Außenminister, sie hießen die militärischen Schläge gegen die Taliban vorbehaltlos für gut, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 9.10.2001, S. 8.

Auch China und Russland billigten das amerikanisch-britische Vorgehen, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 9.10.2001, S. 7 und 8. Am selben Tag erklärten sich Kanada, Frankreich und Spanien zu einer militärischen Unterstützung bereit, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 9.10.2001, S. 6. Um keine Solidarisierung ihrer Bevölkerung mit den Taliban zu provozieren, haben die arabischen Staaten die Bombardierungen in Afghanistan zurückhaltend kommentiert. Aber nur der Irak hat die Angriffe „*als Akt der Aggression*“ verurteilt, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 9.10.2001, S. 2. S. aber auch die Berichte zu Demonstrationen und Protesten in der islamischen Welt, die sich in Reaktion auf die Tötung von Zivilisten ergaben, *Süddeutsche Zeitung*, 10.10.2001, S. 1.

2001 darauf hindeuten, dass in der Staatengemeinschaft jedenfalls ein Konsens hinsichtlich der Verwicklung der Taliban und respektive des afghanischen Staates vorgelegen hat, kann die Bejahung eines Selbstverteidigungsrechtes der Vereinigten Staaten jedoch nicht ohne Umdeutung des bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Völkerrechts erklärt werden. Vielmehr ist erkennbar, dass im Zusammenhang mit den Anschlägen des *nine-eleven* eine Modifizierung der Kriterien innerhalb des Zurechnungsregimes stattgefunden haben muss.¹⁷⁶

Denn dass die Taliban die Al Qaida effektiv kontrolliert haben im Sinne der *Nicaragua*-Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofes (im Folgenden IGH),¹⁷⁷ steht auch im Nachhinein ebenso wenig fest, wie dass die Terror-Gruppe von den Taliban zur Anwendung von Gewalt gegen die USA gezielt entsendet wurden (oder an der Entsendung wesentlich beteiligt waren) im Sinne des Artikels 3 lit. g) der Aggressionsdefinition. So ist beispielsweise auch im Nachhinein nicht geklärt, ob die Taliban von den konkreten Anschlagplänen von Al Qaida in den USA gewusst haben.¹⁷⁸

Weder von Seiten des Sicherheitsrates, noch von der Generalversammlung gab es irgendeine Form von Missbilligung für die Bombardierungen. Vielmehr hat der Sicherheitsrat in der einstimmig angenommenen Resolution 1377 (2001) nochmals den Terrorismus als Bedrohung Weltfriedens und der Sicherheit bezeichnet; vgl. operativen § 2 der Resolution 1377 des Sicherheitsrates vom 12.11.2001, U.N. Doc. S/Res/1377 (2001). Dazu auch *Tomuschat*, oben Fn. 155, 544.

176 Vgl. *Mary Ellen O'Connell*, *Enhancing the Status of Non-State Actors Through a Global War on Terror?*, *Col. J. Trans. Law*, 2005, 435, 450; wohl auch *Ipsen*, oben Fn. 96, 1087 ff., mit dem Hinweis, dass die Feststellung der Verantwortlichkeitskette sowohl durch aktive Unterstützung als auch die passive Duldung der Angriffe begründet werden kann; anders *Tomuschat*, oben Fn. 155, 542 ff., der den Paradigmenwechsel in der Beurteilung der Proportionalität der Selbstverteidigungsmaßnahmen sieht, im Falle Afghanistans durch die Beseitigung des Taliban-Regimes.

177 Vgl. IGH, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Urteil vom 27.7.1986, *ICJ Rep.* 1986, 103 f., No. 195; dazu *O'Connell*, a.a.O., 449; auch *Krajewski*, oben Fn. 164, 191.

178 Vgl. dazu schon oben Fn. 146; s. in dem Zusammenhang den Wortlaut von Artikel 3 lit. g) der Aggressionsdefinition in der Resolution 3314 (XXIX) der Generalversammlung: „*Any of the following acts [...] shall [...] qualify as an act of aggression: [...] The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein.*“.

Nach bisherigen Erkenntnissen standen Al Qaida und die Taliban vielmehr als eigenständige Gruppierungen in einem Verhältnis der Interdependenz zueinander. Im Gegenzug zur finanziellen und logistischen Unterstützung in der Etablierung des Taliban-Regimes durch *Osama bin Laden* als Führer der Terror-Organisation Al Qaida,¹⁷⁹ durfte letzterer Trainingscamps und Materiallager auf afghanischem Boden unterhalten und war vor internationaler Verfolgung geschützt.¹⁸⁰ Die Waffen, mit denen Al Qaida-Kämpfer in diesen Camps ausgerüstet wurden, waren gegen Bezahlung von den Taliban geliefert worden.¹⁸¹ Teilweise haben beide Gruppierungen auch Seite an Seite gekämpft, etwa 1999 im Konflikt mit der Nordallianz,¹⁸² und waren auch personell miteinander verflochten: So gehörten Mitglieder von Al Qaida zur Führung der Taliban. Beide profitierten außerdem gemeinsam vom internationalen Drogenhandel.¹⁸³

Dass die Taliban auch Nutznießer Al Qaidas waren, ändert nicht die Tatsache, dass sie diese in ihren terroristischen Aktivitäten unterstützt haben.¹⁸⁴ Und dass die Taliban von der grundsätzlichen Ausrichtung von Al Qaida als anti-amerikanische und radikal-islamitische Terror-Organisation Kenntnis hatten, kann insbesondere vor dem Hintergrund der gegen sie gerichteten Sicherheitsratsresolutionen 1267 (1999) und 1333 (2000) nicht ernsthaft bestritten werden.¹⁸⁵ Die Verantwortlichkeit der Taliban kann daher zumindest in

179 Vor deren Einmarsch in Kabul im Jahr 1996 hat *bin Laden* beispielsweise den Taliban eine finanzielle Unterstützung in Höhe von drei Millionen Dollar zukommen lassen, *Bergen*, oben Fn. 39, 203.

180 Im Jahr 2000 wurden etwa ein Dutzend aktive Trainingslager in Afghanistan gezählt, vgl. *Bergen*, oben Fn. 39, 20, s. auch *Krajewski*, oben Fn. 164, 192 f.; ebenso *Der Spiegel*, Heft 39/2001, S. 14 ff.

181 *Bergen*, oben Fn. 39, 205.

182 Etwa 400 unter *bin Ladens* Kommando stehende Araber - die sogenannte Brigade 055 - unterstützen die Taliban in deren Kämpfen; dazu *Bergen*, oben Fn. 39, 203.

183 *Krajewski*, a.a.O., 192 f., s. zur engen Beziehung zwischen Al Qaida und den Taliban aus US-amerikanischer Sicht auch den 100-Tage-Bericht des *Coalition Information Center*, oben Fn. 128, 3 ff.

184 Anders *Krajewski*, a.a.O., der die Unterstützungsleistung der Taliban wegen der wechselseitigen Abhängigkeit in Frage stellt.

185 S. zu der Resolution 1267 (1999) bereits oben Fn. 125, und 153; vgl. auch operativen § 1 der Resolution 1333 vom 19.12.2000, U.N. Doc. S/Res/1333 (2000): „*Demands that the Taliban comply with resolution 1267 (1999) and, in particular, cease the provision of sanctuary and training for international terrorists and their organizations, take appropriate effective measures to en-*

Bezug auf folgende Verhaltensweisen festgehalten werden: Koordination mit Al Qaida, gemeinsame Finanzierungsbemühungen, Gewährung der terroristischen Ausbildung ihrer Mitglieder und Unterhaltung von Materiallagern sowie Ermöglichung der Planung terroristischer Anschläge.¹⁸⁶ Die Taliban haben *Osama bin Laden* und Al Qaida außerdem einen sicheren Zufluchtsort (*safe haven*) gewährt und damit den Schutz vor internationaler Verfolgung mittels afghanischer Souveränität garantiert.¹⁸⁷

Kriterien der Zurechnung privaten Verhaltens zu einem Staat

Die bis zum 11. September 2001 gültigen Zurechnungskriterien, insbesondere die der indirekten Aggression, sind mit dem oben beschriebenen Verhalten jedoch nicht erfüllt. Weder eine effektive Kontrolle der Taliban über Al Qaida noch eine gezielte Entsendung der Terror-Gruppe gegen die USA können im Nachhinein und erst recht nicht zu Beginn des Afghanistan-Krieges angenommen werden.¹⁸⁸

Die Aktualität und Rigidität der Zurechnungsvoraussetzungen für Handlungen Privater werden aber nicht erst seit den Anschlägen in den Vereinigten Staaten hinterfragt. So hat das International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) im Fall *Tadic* eine deutlich niedrigere Schwelle als die des „*effective-control*“ entwickelt:

„Under international law it is by no means necessary that the controlling authorities should plan all the operations of the units dependent on them,

sure that the territory under its control is not used for terrorist installations and camps, and for the preparation or organization of terrorist attacks against other States or their citizens, and cooperate with international efforts to bring indicted terrorists to justice,“.

186 Vgl. schon den Wortlaut der Resolution 1267 (1999), a.a.O.: „*Strongly condemning the continuing use of Afghan territory, especially areas controlled by the Taliban, for the sheltering and training of terrorists and planning of terrorist acts [...]*“ (Hervorhebung durch Verfasser). Vgl. dazu auch *O’Connell*, oben Fn. 176, 449.

187 Dazu *Bruha*, oben Fn. 158, 400; *Wolf*, oben Fn. 126, 214; *Tomuschat*, oben Fn. 155, 541 f.

188 Vgl. *O’Connell*, oben Fn. 176, 450; *Bruha/Bortfeld*, oben Fn. 159, 166; *Krajewski*, oben Fn. 164, 190; *Wolf*, a.a.O.; anders *Tomuschat*, oben Fn. 155, 541 f., der den Unrechtsgehalt des Tatbeitrags der Taliban durch die vorangegangenen Missbilligungsentscheidungen des Sicherheitsrates erhöht sieht.

*chose their targets, or give specific instructions concerning the conduct of military operations and any alleged violations of international humanitarian law. The control required by international law may be exist when a State (or, in the context of an armed conflict, the Party to the conflict) has a role in organizing, coordinating or planning the military actions of the military group, in addition to financing, training and equipping or providing operational support to that group.*¹⁸⁹

Die überwiegende Billigung der Militärschläge gegen Afghanistan im Zusammenhang mit den Bemühungen der amerikanischen Seite, (auch) die Verantwortlichkeit der Taliban für die Unterstützung von Al Qaida herauszustellen, deutet darauf hin, dass sich die Staatengemeinschaft mit einer niedrigeren Schwelle für die Staatenverantwortlichkeit bei Handlungen Privater ähnlich den Kriterien des „*Tadic*‘-Tests“ zufrieden gegeben hat.¹⁹⁰ Andernfalls begegnet es erheblichen Schwierigkeiten, den militärischen Einsatz der Vereinigten Staaten gegen Afghanistan als Ausübung des Selbstverteidigungsrechts in Folge der Anschläge des *nine-eleven* plausibel zu argumentieren.

189 ICTY Appeals Chamber, *Prosecutor v. Tadic*‘, 15.7.1999, Case No. IT-94-1-A, Rn. 137, abrufbar im Internet unter <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/tad-aj990715e.pdf>; (Hervorhebungen durch Verfasser=. S. dazu auch *O’Connell*, a.a.O., 449; auch *Alison Elizabeth Chase*, Legal Mechanisms of the International Community and the United States Concerning State Sponsorship of Terrorism, *VJIL*, 2004, 43, 118.

190 S. *O’Connell*, oben Fn. 176, 449; *Schmalenbach*, oben Fn. 166, 6; vgl. auch *Bruha/Bortfeld*, oben Fn. 159, 166, die zumindest eine Änderung der Zurechnungsvoraussetzungen anregen. Allgemeiner *Frederic Kirgis*, Terrorist Attacks in the World Trade Center and the Pentagon, der die Notwendigkeit zur Ausweitung des Artikels 51 UN-Charta im Falle des „*harboring of terrorists*“ durch eine Regierung sieht, in: *ASIL Insights*, September 2001, im Internet <http://www.asil.org/insights/insigh77.htm#author>; 1 ff.

Differenzierend *Anne-Marie Slaughter/William Burke-White*, An International Constitutional Moment, *HILJ*, 2002, 1, 21, welche den „*effective-control-Test*“ als überholt betrachten, wenn, wie im Falle der Taliban und Al Qaida, der staatliche und nicht-staatliche Akteur wegen der organisatorischen Verflechtung nicht mehr unterscheidbar sind.

Ob die feststellbare „*Anerkennung als Recht*“ (vgl. Artikel 38 Abs. 1 IGH-Statut) in der Staatengemeinschaft auch zu Völkergewohnheitsrecht führt, kann erst in der Zukunft entschieden werden, wenn ähnliche Fallgestaltungen auftreten, die eine entsprechende Übung erkennen lassen (obgleich eine starke Rechtsüberzeugung das zeitliche Element der Übung auf ein Minimum zu reduzieren vermag). Vgl. in diesem Zusammenhang zum Streitstand über die generelle Möglichkeit „spontanen Völkergewohnheitsrechts“ („instant customary law“) *Ipsen*, oben Fn. 96, 214 f.

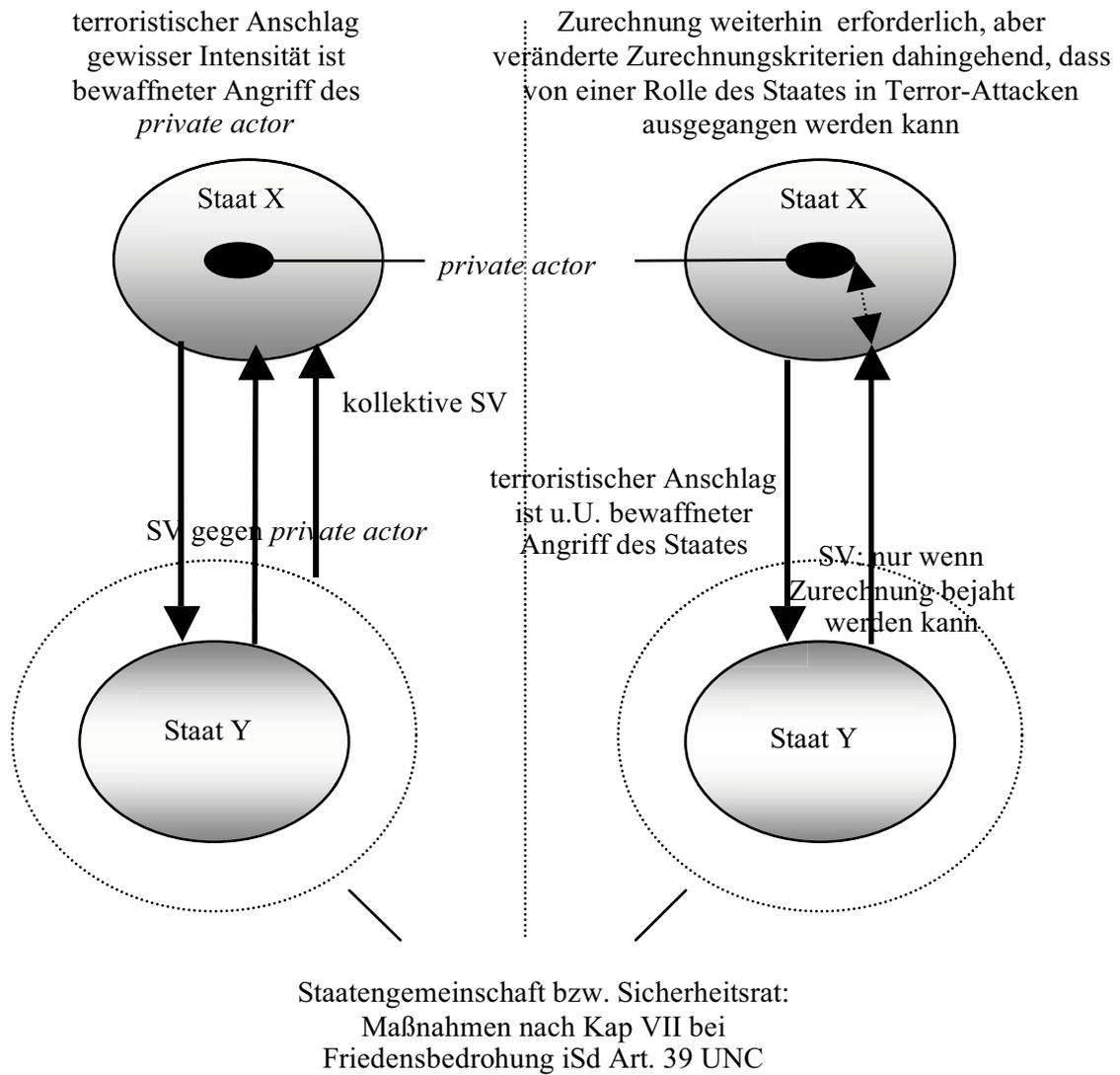
Damit wird auch an der Problematik der Zurechnung die Beispiellossigkeit der Terror-Attacks des 11. Septembers 2001 deutlich. Es zeigen sich insbesondere die Schwierigkeiten der das Völkerrecht anwendenden Staatengemeinschaft, eine angemessene Reaktion auf die neue Dimension terroristischer Gewalt zu finden, und es wird ebenso offenbar, wie bei überbordendem politischen Willen bestehendes Recht an neue Situationen angepasst wird.

Weil die Frage der Zurechenbarkeit aber keinen direkten menschenrechtlichen Bezug aufweist, wird an dieser Stelle für eine weitergehende Auseinandersetzung mit der Problematik und insbesondere der Auslegung der maßgeblichen Sicherheitsratsresolutionen auf die umfangreiche Literatur verwiesen.¹⁹¹

191 Vgl. unter vielen *Tomuschat*, oben Fn. 155, 535 ff.; *Stahn*, oben Fn. 164, 1 ff.; *Frederic Kirgis*, Addendum: Security Council Adopts Resolution on Combating International Terrorism, 2001, 16 ff., in: *ASIL Insights*, September 2001, im Internet <http://www.asil.org/insights/insigh77.htm#author>; *Ernst Zivier*, Pax Americana – Bellum Americanum, Auf dem Weg zu einem neuen Völkerrecht oder zu einem neuen Völkerunrecht?, *Recht und Politik*, 2003, 194 ff.; *John Cerone*, Acts of War and State Responsibility in 'Muddy Waters': The Non-state Actor Dilemma, in: *ASIL Insights*, oben Fn. 190; *Pierre-Marie Dupuy*, The Law after the Destruction of the Towers, *EJIL*, 2002, 1 ff., im Internet unter http://ejil.org/forum_WTC/ny-dupuy.html; *Gauthier de Beco*, Compliance with International Humanitarian Law by Non-State Actors, *Humanitäres Völkerrecht*, 2005, 190 ff.; *Carsten Stahn*, 'Jus ad bellum', 'jus in bello'... 'jus post bellum'? – Rethinking the Conception of the Law of Armed Force, *EJIL*, 2007, 921 ff.; speziell zur Thematik asymmetrischer Konflikte s. *Toni Pfanner*, Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action, *IRRC*, 2005, 149 ff.; auch *Toni Pfanner*, David gegen Goliath oder asymmetrische Kriegsführung, *Humanitäres Völkerrecht*, 2005, 165, 170 ff. Grundlegend zur Asymmetrie der „new wars“ *Herfried Münkler*, The wars of the 21st century, *IRRC*, 2003, 7 ff.; auch *Herfried Münkler*, Asymmetrie und Kriegsvölkerrecht. Die Lehren des Sommerkrieges 2006, *Die Friedenswarte*, 2006, Heft 2, 59 ff.

TEIL 1: BEWERTUNG NACH VÖLKERRECHT

Abb. 1: Argumentierte Entwicklungen des staatlichen Rechts auf Selbstverteidigung (SV) seit dem 11. September 2001



1.2.1.3 *Der Afghanistan-Konflikt*

Die am 7. Oktober 2001 begonnene Luftoffensive amerikanisch-britischer Streitkräfte stellte einen mit Waffengewalt begangenen Einsatz gegen den völkerrechtlich geschützten Bereich des afghanischen Staates dar, so dass für diesen Zeitpunkt das Vorliegen eines bewaffneten Konfliktes im Sinne des gemeinsamen Artikels 2 der Genfer Konventionen zwischen den Vereinigten Staaten (sowie den Alliierten) und Afghanistan allgemein angenommen wird.¹⁹² Weil sowohl Afghanistan als auch die USA Vertragsparteien sind,¹⁹³ finden die Genfer Konventionen auf diesen Konflikt Anwendung.¹⁹⁴

Im Folgenden werden als Ergebnis der bisherigen Untersuchung zwei Konfliktarten und vier daran beteiligte Personengruppen unterschieden: Ein Antagonismus besteht zu Al Qaida als internationale terroristische Organisation. Obwohl dieser Konflikt je nach Anerkennung einer (partiellen) Völkerrechtssubjektivität der Terror-Organisation unterschiedlich bewertet wird, findet jedoch auch bei

192 Unter vielen *George H. Aldrich*, *The Taliban, al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants*, *Humanitäres Völkerrecht*, 2002, 202, 203; zur Problematik des *failed state* in diesem Zusammenhang s. unten Text zu den Fn. 211 ff.

193 Vgl. IHL-Database oben Fn. 104. Es würde dem Schutzzweck der Genfer Konventionen zuwiderlaufen, wenn deren Anwendbarkeit in Zweifel gezogen würde, weil die Taliban niemals *de jure* von der internationalen Staatengemeinschaft anerkannt wurden. Afghanistan ist trotz des langen Bürgerkrieges ein Staat geblieben und die Taliban haben durch die Ausübung der *de facto*-Staatsgewalt die Handlungs- und Rechtsfähigkeit dieses Staates im Konfliktrecht aufrechterhalten; vgl. *Tomuschat*, oben Fn. 155, 541; *Judith Wiczorek*, *Der völkerrechtliche Status der Gefangenen von Guantánamo nach dem III. Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen vom 12. August 1949*, *Humanitäres Völkerrecht*, 2002, 90.

194 Die Staatsangehörigkeit der an den Kampfhandlungen beteiligten Kombattanten spielt für die Anwendbarkeit der Genfer Konventionen keine Rolle. Dagegen werden nach Artikel 4 Abs. 2 IV. Genfer Konvention Zivilpersonen, die Angehörige eines Staates sind, der nicht Vertragspartei ist, nicht geschützt. Durch das I. Zusatzprotokoll wird versucht, diese Lücke zu schließen, insbesondere indem Artikel 75 diesen Personen einen Mindeststandard an Rechten zuerkennt. Zwar haben die USA die Zusatzprotokolle nicht ratifiziert, aber gerade Artikel 75 ZP I werde als Ausdruck des Minimalschutzes für Personen in Feindeshand beachtet; vgl. entsprechende Aussagen von *Taft* (*Legal Advisor des Department of State*), *William H. Taft*, *The Law of Armed Conflict After 9/11: Some Salient Features*; *YJIL*, 2003, 319, 321 f.

Befürwortern eines internationalen bewaffneten Konfliktes mit Al Qaida das Konfliktrecht *zugunsten* der Mitglieder der Terror-Gruppe keine Anwendung.¹⁹⁵

Der andere Konflikt ist der internationale bewaffnete Konflikt im Sinne des gemeinsamen Artikels 2 der Genfer Konventionen zwischen den USA und Afghanistan,¹⁹⁶ der jedenfalls seit Beginn der Luftoffensive am 7. Oktober 2001 und bis zur Beendigung der Feindseligkeiten bestand.¹⁹⁷

Aus diesen zwei Konfliktarten ergeben sich für die Bewertung der Gefangenschaft in Guantánamo Bay vier zu differenzierende Personengruppen:

1. Die Taliban-Kämpfer im bewaffneten Konflikt mit den USA,
2. Al Qaida-Mitglieder, die in diesem Konflikt auf Seiten der Taliban gegen amerikanische Truppen gekämpft haben,
3. Zivilisten, die nicht an den Kampfhandlungen teilgenommen haben und wegen ihrer Zugehörigkeit zu der Terror-Gruppe Al Qaida oder generell als Terror-Verdächtige in Afghanistan festgenommen wurden und
4. Personen, die in Drittstaaten als mutmaßliche Terroristen und Mitglieder von Al Qaida verhaftet und inhaftiert worden sind und damit nicht am Konflikt in Afghanistan beteiligt waren.¹⁹⁸

195 Vgl. nur *Bruha*, oben Fn. 158, 411 ff. sowie das entsprechende Verhalten der US-Regierung, dass in der Annahme eines bewaffneten Konfliktes mit Al Qaida bei gleichzeitiger Versagung von Rechten nach den Genfer Konventionen für die „*unlawful combatants*“ besteht; oben Fn. 147 und unten Punkt 1.2.1.4.

196 Der Konflikt mit Afghanistan bestand selbstverständlich auch hinsichtlich der übrigen Alliierten. Dieser Konflikt spielt aber für die Bewertung der Gefangenschaft in Guantánamo Bay keine Rolle und wird daher außer Acht gelassen.

197 Vgl. zu der Unterscheidung der Konflikte auch *Aldrich*, oben Fn. 192, 203; *Avril McDonald*, *Defining the War on Terror and the Status of Detainees: Comments on the Presentation of Judge George Aldrich*, *Humanitäres Völkerrecht*, 2002, 206.

198 Zu dieser Einteilung *McDonald*, oben Fn. 197, 209. Insbesondere bezüglich der Unterscheidung der zweiten und dritten Gruppe wird es auf die verfügbaren Informationen ankommen. Die Hinweise, die für

DIE GEGENSÄTZLICHEN ANSICHTEN DER DISKURSTEILNEHMER ZUM STATUS
DER GEFANGENEN

Weil die Anwendbarkeit der Genfer Konventionen hinsichtlich der zu unterscheidenden Konflikte und innerhalb des Genfer Regimes der Umfang der Rechte der Betroffenen differenziert betrachtet werden müssen, wird im Folgenden die statusrechtliche Einordnung für die aufgeführten Personengruppen untersucht.

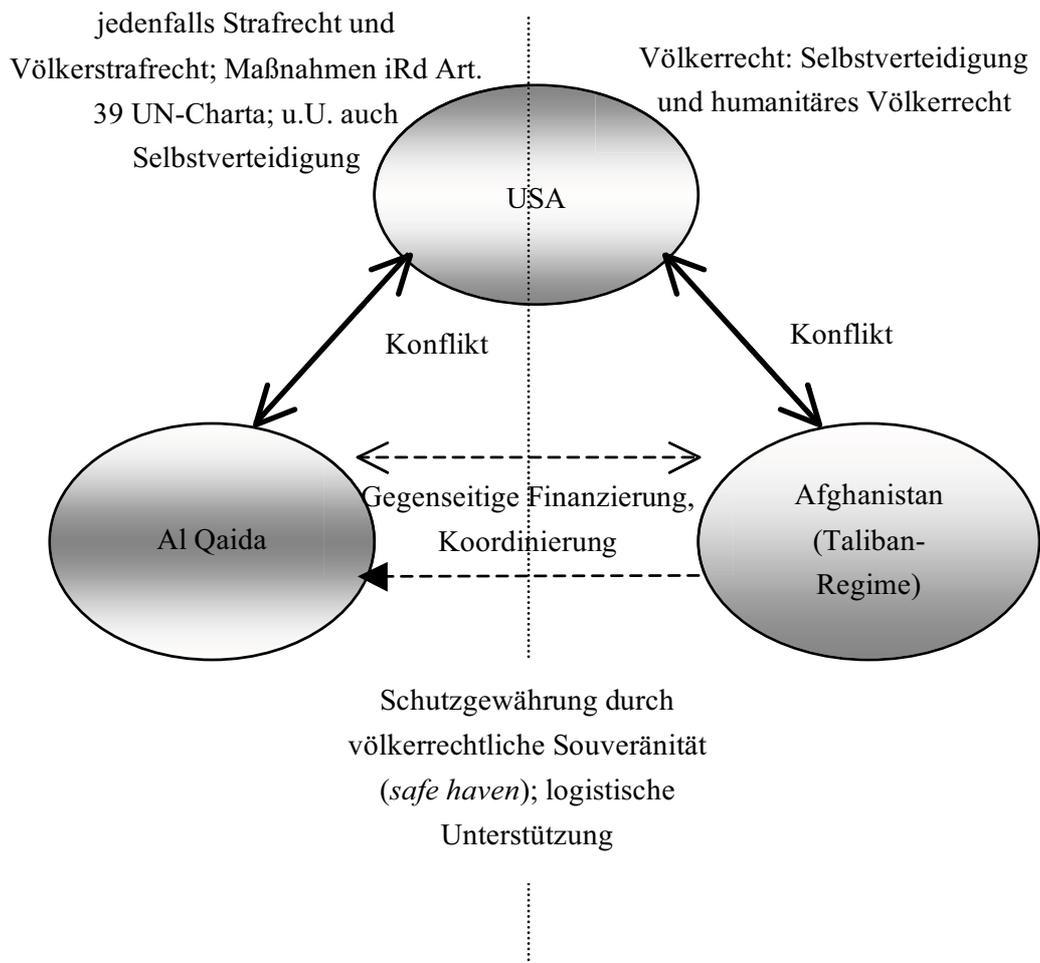
die Notwendigkeit einer solchen Einteilung vorliegen, werden an gegebener Stelle erörtert.

S. in diesem Zusammenhang auch die Angaben des Department of Defense, wonach unter den Gefangenen Taliban- und Al Qaida-Kämpfer sind, die in die Kampfhandlungen in Afghanistan verwickelt waren, sowie Personen, die der Beteiligung an den Terroranschlägen vom 11. September 2001 verdächtigt werden, etwa eine Person, die im August 2001 in die Vereinigten Staaten einreisen wollte, mit dem Attentäter *Mohammed Atta* telefoniert haben soll und die später in Pakistan gefasst wurde, s. *Department of Defense*, Fact Sheet - Guantanamo Detainees, oben Fn. 38, S. 2 ff.

Auch der in Bremen aufgewachsene Türke *Murat Kurnaz* ist einer von den in Drittstaaten als mutmaßliche Terroristen festgenommen Häftlingen. *Kurnaz* war 2002 in Pakistan verhaftet und dann nach Guantánamo verbracht worden; dazu und zur Klage *Kurnaz* vor dem Supreme Court auf Zugang zur US-amerikanischen Jurisdiktion s. *Süddeutsche Zeitung* vom 21.4.2004, S. 9. *Kurnaz* wurde 2006 freigelassen.

TEIL 1: BEWERTUNG NACH VÖLKERRECHT

Abb. 2 :Die Konflikte der USA mit Al Qaida und Afghanistan



1.2.1.4 *Völkerrechtlicher Status der Taliban- Kämpfer*

Taliban-Kämpfer sind die in Guantánamo Bay inhaftierten Personen, die im bewaffneten Konflikt mit den USA der Führungs- und Organisationsstruktur des Taliban-Regimes untergeordnet waren und gegen die amerikanischen Streitkräfte gekämpft haben.¹⁹⁹

Statusrechtliche Einschätzung der Vereinigten Staaten

Von Seiten der Vereinigten Staaten war zunächst eine Statusüberprüfung hinsichtlich aller in Guantánamo inhaftierten Personen grundsätzlich abgelehnt worden, und der Nationale Sicherheitsrat hatte einstimmig beschlossen, dass diese keine Kriegsgefangenen seien, wobei die Anwendbarkeit der Genfer Konventionen jedoch offen gelassen wurde.²⁰⁰ Obwohl US-Präsident *George W. Bush* kurz darauf allen Gefangenen den Kriegsgefangenenstatus als sogenannte „*ungesetzliche Kämpfer*“ verweigerte,²⁰¹ erklärte er später, dass den Taliban der Schutz der Genfer Konventionen gewährt werde, sie aber dennoch keine Kriegsgefangenen seien,²⁰² wohingegen Al

199 Die US-Regierung unterscheidet die in Guantánamo Bay inhaftierten Personen zwischen einfachen Kämpfern („*rank-and-file jihadists who took arms against the U.S.*“) sowie Führungsmitgliedern von Al Qaida („*senior al Qaida operatives and leaders*“) und den Taliban („*and Taliban leaders*“); vgl. *Department of Defense*, Fact Sheet - Guantanamo Detainees, oben Fn. 38, S. 1 f.

200 *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 29.1.2002, S. 2.

201 *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 30.1.2002, S. 2.

202 Vgl. *George W. Bush*, Memorandum on Humane Treatment of Taliban and al Qaeda Detainees, oben Fn. 15, in dem es heißt: „*I declare that the provisions of Geneva [sic] will apply to our present conflict with the Taliban*“ und „*I determine that the Taliban detainees are unlawful combatants and, therefore, do not qualify as prisoners of war under Article 4 of Geneva [sic].*“; s. auch *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 8.2.2002, S. 1.

Interessant in diesem Zusammenhang auch die Argumente, mit denen der damalige Berater im Weißen Haus und derzeitige US-Justizminister *Alberto Gonzales* versucht hat, den amerikanischen Präsidenten von der Nichtanwendbarkeit der Genfer Konventionen zu überzeugen; in: „*Decision reapplication of the Geneva Convention on prisoners of war to the conflict with al Qaeda and the Taliban, Memorandum for the President*“, 25. Januar 2002, Memo abgedruckt in *Greenberg/Dratel*, oben Fn. 1, 118 ff. oder im Internet http://pegc.no-ip.info/archive/White_House/gonzales_memo_20020125.pdf.

S. auch eine Chronologie der offiziellen Studien und Memoranden ranghoher

Qaida-Kämpfern, bei denen es sich ebenfalls um „*unlawful combatants*“ handele, der Schutz der Genfer Konventionen nicht zugute käme.²⁰³

Letztlich vertreten die Vereinigten Staaten damit die Ansicht, dass den Taliban-Kämpfern als „*unlawful combatants*“ der Schutz der Genfer Konventionen nicht obligatorisch, sondern nur aufgrund politischen Ermessens zukommen kann.

Systematik der III. Genfer Konvention und Streitkräftebegriff

Nach der Systematik des Artikels 4 A GK III bietet sich eine Klassifizierung der Taliban als in Feindeshand gefallene Kämpfer vor allem nach drei möglichen Kategorien an:

1. als Mitglieder von Streitkräften einer am Konflikt beteiligten Partei und Mitglieder von Milizen oder Freiwilligenkorps, die in diese eingegliedert sind (Artikel 4 A Abs. 1),
2. als Mitglieder anderer Milizen, Freiwilligenkorps oder Widerstandsbewegungen (Artikel 4 A Abs. 2) oder
3. als Angehörige regulärer bewaffneter Kräfte, die sich zu einer von der Gewahrsamsmacht nicht anerkannten Regierung bekennen (Artikel 4 A Abs. 3).

Nahe liegt zunächst eine Untersuchung der Taliban als reguläre Streitkräfte des Staates Afghanistan, wobei Streitkräfte die durch rechtlichen oder faktischen Organisationsakt aufgestellten Einheiten und Verbände darstellen, die militärisch gegliedert, bewaffnet und

Regierungsmitglieder der USA in *Süddeutsche Zeitung*, 18./19.6.2005, S. 13. Dazu auch Carsten Stahn, *International Law at a Crossroads?*, *ZaöRV*, 2002, 183, 201.

203 Zur Erklärung dieser Differenzierung wurde angegeben, dass Afghanistan Vertragspartei der Genfer Konventionen sei, obwohl die USA die Taliban nicht als rechtmäßige Regierung anerkannt hätten. Al Qaida dagegen habe nie eine internationale Konvention unterzeichnet und sei dazu auch nicht fähig; vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 9.2.2002, S. 6. Vgl. dazu auch *Department of Defense, Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism: Assessment of Legal, Historical, Policy, and Operational Considerations*, oben Fn. 17, 5 ff.

besonders gekennzeichnet sind.²⁰⁴ Danach ist von einem gewissen Organisationsgrad und einer verantwortlichen Führung der Streitkräfte eines an einem bewaffneten Konflikt beteiligten Landes auszugehen, wie es auch das I. Zusatzprotokoll bestimmt, dessen Regelungen weitgehend völkergewohnheitsrechtliche Geltung haben und in dem die „*armed forces of a Party to a conflict*“ als „*all organized armed forces, groups and units which are under a command responsible to that Party for the conduct of its subordinates*“ definiert werden.²⁰⁵

Dabei ist es schwierig, die Taliban auf das Kriterium der militärischen Organisation hin im Einzelnen zu beurteilen. Umso mehr ist eine zumindest cursorische Darstellung aber notwendig, als die Streitkräftequalität der Taliban vielfach verneint oder bejaht worden ist, ohne dass eine ausreichende Untersuchung der tatsächlichen Strukturen des Landes zum Zeitpunkt des Konfliktbeginns stattgefunden hätte.²⁰⁶

204 Ipsen, oben Fn. 96, 1247; s. auch *Andreas Götze*, Fragen der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten Nationalen Befreiungskriege, 2002, 108 f.

205 Vgl. Artikel 43 Abs. 1 ZP I. Das Zusatzprotokoll I wurde von 155 Staaten der Welt ratifiziert und stellt damit weitgehend kodifiziertes Völkergewohnheitsrecht dar, wie von offizieller amerikanischer Seite bestätigt worden ist; vgl. das Operational Law Handbook des International and Operational Law Department, 2004, S. 15.

Das US Field Manual (1956, § 61) und das Air Force Pamphlet (1976, § 3) definieren den Begriff der „armed forces“ mit Verweis auf Artikel 4 A III. Genfer Konvention. Das US Naval Handbook (1995, § 5) konstatiert, dass Kombattanten „*include all Members of the regularly organized armed forces of a party to the conflict [...] as well as irregular forces who are under responsible command and subject to internal military discipline.*“; abgedruckt in *Jean-Marie Henckaerts/Louise Doswald-Beck (Ed.)*, Customary International Humanitarian Law, International Committee of the Red Cross, 2005, 93.

206 Vgl. etwa den knappen Hinweis von *Yoo/Ho*, die Taliban würden die vier Kriterien des Artikel 4 A Abs. 2 III. Genfer Konvention nicht erfüllen, oben Fn. 165, 219. Ebenso *Ruth Wedgwood*, Al Qaida, Terrorism, and Military Commissions, *AJIL*, 2002, 328, 335 und *Jason Callen*, Unlawful Combatants and the Geneva Conventions, *VJIL*, 2004, 1026 ff. Letzterer führt die Unterkategorie des „*unlawful battlefield combatant*“ ein, begründet aber nicht, warum die Taliban überhaupt zu den „*unlawful combatants*“ zu zählen sind. Auch in den offiziellen Angaben der *Bush-Administration* zum Gefangenensstatus, s. etwa oben Fn. 202 f., fehlen entsprechende Erläuterungen zur vorgefundenen militärischen Struktur der Taliban. Die Auseinandersetzung mit der administrativen und insbesondere militärischen Organisationsstruktur der Ta-

Problematik des failed state

Eng zusammenhängend damit steht die Frage nach der Staatsqualität Afghanistans zum Zeitpunkt des Konfliktbeginns. Besonders von offizieller amerikanischer Seite wurde anfangs argumentiert, die Genfer Konventionen fänden schon deshalb auf die Taliban-Kämpfer keine Anwendung, weil es sich bei den Taliban um keine anerkannte Regierung und bei Afghanistan um keinen funktionierenden, sondern einen *failed state* gehandelt habe.²⁰⁷

Zwar ist die Anerkennung der Regierung der gegnerischen Konfliktpartei nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Genfer Konventionen und des I. Zusatzprotokolls für das Vorliegen einer Streitkraft und die Anwendbarkeit des in diesen Abkommen kodifizierten humanitären Völkerrechts nicht relevant.²⁰⁸ Diese Vorschriften überwinden aber nicht das notwendige Vorliegen eines Konfliktes zwischen Vertragsparteien der Genfer Konventionen, hier zwischen den

liban bis zum Kriegsbeginn wird aber auch innerhalb der Stimmen vernachlässigt, welche das Merkmal der Streitkräfte bejahen, vgl. etwa *Silvia Borelli*, Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the “war on terror“, *IRRC*, 2005, 39, 49.

207 Vgl. das Memorandum von *John Yoo* (*Deputy Assistant Attorney General*) und *Robert Delahunty* (*Special Council*) an *William Haynes* (*General Counsel, Department of Defense*) vom 9. Januar 2002, in dem es heißt: „*We believe that the Geneva Conventions do not apply for several reasons. First, the Taliban was not a government and Afghanistan was not - even prior to the beginning of the present conflict - a functioning state during the period in which they engaged in hostilities against the United States and its allies. Afghanistan’s status as a failed state is ground alone to find that members of the Taliban militia are not entitled to enemy POW status under the Geneva Conventions.*“ (Hervorhebungen durch Verfasser); Memorandum abgedruckt in *Greenberg/Dratel*, oben Fn. 1, 38 ff.; im Internet unter <http://www.law.syr.edu/academics/centers/insct/The%20Interrogation%20Debate.asp>; Dazu auch *Yoo/Ho*, oben Fn. 165, 218.

208 Vgl. Artikel 4 A Abs. 3 III. Genfer Konvention, wonach Kriegsgefangene auch Angehörige regulärere bewaffneter Kräfte sind, die sich zu einer von der Gewahrsamsmacht nicht anerkannten Regierung oder Behörde bekennen. Ähnlich die Definition von Streitkräften in Artikel 43 Abs. 1 ZP I: „*Die Streitkräfte einer am Konflikt beteiligten Partei bestehen aus der Gesamtheit der organisierten bewaffneten Verbände, Gruppen und Einheiten [...]; dies gilt auch dann, wenn diese Partei durch eine Regierung oder ein Organ vertreten ist, die von einer gegnerischen Partei nicht anerkannt werden.*“.

USA und Afghanistan.²⁰⁹ War Afghanistan folglich im Zeitpunkt der Auseinandersetzungen mit den USA kein funktionierender Staat und die Taliban nicht zumindest dessen *de facto*-Regierung, könnte das militärische Engagement der Vereinigten Staaten auch anders gedeutet werden als Intervention in einen internen bewaffneten Konflikt mit dem Ziel, die Machtbalance zugunsten der mit den Taliban um die politische Vorherrschaft streitenden Nordallianz zu beeinflussen²¹⁰

Organisation der Taliban-Regierung und der talibanischen Armee in Afghanistan

Die Taliban entstammen überwiegend der größten ethnischen Gruppe Afghanistans, den Paschtunen, die etwa 40 % der Gesamtbevölkerung von etwa 20 Millionen Menschen ausmachen.²¹¹ Bis zum Ausbruch des Krieges mit den USA im Jahr 2001 beherrschten die Taliban seit 1996 etwa 85 bis 90 % des Landes, die restlichen 10 bis 15 % wurden überwiegend von der Nordallianz kontrolliert. Führer der Taliban war *Mullah Mohammed Omar*,²¹² höchste Entscheidungsinstanz die Oberste Schura, mit Sitz in Kandahar. Auf deren zehn Mitglieder, die zusammen die Regierung Afghanistans bildeten, waren Ressorts ähnlich denen eines herkömmlichen Staatsapparates

209 Dazu *Yves Sandoz/Christophe Swinarski/Bruno Zimmermann (Ed.)*, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, 1987, 507 ff.

210 Vgl. *Joan Fitzpatrick*, Jurisdiction of Military Commissions and the Ambiguous War on Terrorism, *AJIL*, 2002, 345, 350; dazu auch *McDonald*, oben Fn. 197, 208.

211 Dazu *Rashid*, oben Fn. 35, 34. Andere Angaben gehen von bis zu 53 % Bevölkerungsanteil der Paschtunen (neben 26 % Tadschiken und je 10 % Usbeken und Hazara) aus, was der immer noch unübersichtlichen Lage und fehlenden behördlichen Struktur in Afghanistan geschuldet ist; vgl. *Hans Krech*, Der Afghanistan-Konflikt (2002-2004), 2004, 113.

Der Ursprung der Taliban-Bewegung wird - vereinfacht dargestellt - in der Enttäuschung darüber gesehen, wie die Mujahideen (Kämpfer im Jihaad, Heiligen Krieg) die nach dem Sieg über die sowjetische Armee errungene Macht missbrauchten, sich korrumpierten und die religiösen Vorstellungen der traditionell-islamischen Gruppe der Taliban verletzten; vgl. dazu *Rüdiger Wolfrum/Christiane Philipp*, The Status of the Taliban: Their Obligations and Rights under International Law, *Max Planck UNYB*, 2002, 559, 564 ff.

212 Andere Bezeichnungen *Omars* waren Amir-ul Momineen oder „Befehlshaber der Gläubigen“; dazu *Rashid*, oben Fn. 35, 355.

verteilt.²¹³ Diese zentrale Schura sollte integrierende Wirkung entfalten, indem militärische Befehlshaber, Stammesführer und Kleriker an den Treffen teilnehmen durften.²¹⁴ Zwei weitere Schuras gaben Berichte an die Oberste Schura ab: die sogenannte Kabul-Schura der amtierenden Minister in Kabul und die Militär-Schura, der Militärerrat der Taliban. Des Weiteren gab es elf Provinzgouverneure, deren Machtbefugnisse durch *Omar* aber stark eingeschränkt worden waren,²¹⁵ denn die Taliban versuchten in dem von ihnen kontrollierten Territorium einen zentralistischen Staat zu errichten.²¹⁶ Es gab eine bürokratische, insbesondere ministerielle Struktur, an deren Effektivität jedoch gezweifelt werden kann.²¹⁷

Das justizielle System strukturierte sich durch einen Islamischen Obersten Gerichtshof in Kandahar, den Obersten Gerichtshof Afghanistans in Kabul und weiteren Hohen Gerichten für die jeweiligen Provinzen. Die Gerichte überwachten unter der Federführung des Obersten Islamischen Gerichtshofes vor allem die Einhaltung der von den Taliban eingeführten extrem strengen Auslegung der Scharia (*Shari'ah*), der islamischen Gesetzgebung.²¹⁸

213 Etwa das Ressort für Inneres, Äußeres, Justiz und Information; Übersicht in *Rashid*, a.a.O.

214 S. *Wolfrum/Philipp*, a.a.O.

215 Die Macht in *Afghanistan* konzentrierte sich ohnehin mit der Zeit immer mehr auf *Omar*. Allgemeine Wahlen wurden mit dem Argument abgelehnt, diese würden sich nicht mit der *Scharia* vertragen, s. dazu *Rashid*, oben Fn. 35, 177 ff.

216 Vgl. *Wolfrum/Philipp*, oben Fn. 211, 566.

217 S. *Rashid*, a.a.O.

218 Vgl. zu der Gesetzgebung etwa die Taliban-Verordnung der Generalpräsidentschaft von Amir Bil Maruf vom Dezember 1996: „*Musik vermeiden. [...] In Läden, Hotels, Fahrzeugen und Rikschas sind Kassetten und Musik verboten. [...] Rasieren und Bartstutzen vermeiden. Wenn in eineinhalb Monaten jemand gesehen wird, der sich rasiert und/oder seinen Bart gestutzt hat, wird er verhaftet und ins Gefängnis gesteckt, bis sein Bart buschig wird. [...] Taubenhaltung und das Spielen mit Vögeln ist verboten. [...] Drachen steigen lassen vermeiden. [...] Glücksspiel vermeiden. [...] Musik und Tanz auf Hochzeitsfeiern vermeiden. Im Falle von Zuwiderhandlungen wird das Familienoberhaupt verhaftet und bestraft.*“; abgedruckt in *Rashid*, oben Fn. 35, 352 f.

Zum Ausmaß der talibanischen Politik und Gesetzgebung für in Afghanistan lebende Frauen vgl. *Peter Marsden*, *The Taliban - War, Religion and the new Order in Afghanistan*, 1999, 88 ff.

Gegen Ende der Taliban-Herrschaft fand zunehmend eine religiöse Radikalisierung statt, die in der Zerstörung zahlreicher historischer Buddhasstatuen und der Verpflichtung für afghanische Hindus gipfelte, gelbe

In der militärischen Befehlsstruktur der Taliban stand ebenfalls *Mullah Mohammed Omar* als Oberbefehlshaber an der Spitze. Ihm unterstanden ein allgemeiner Stabschef sowie Stabschefs für das Heer und die Luftwaffe. Die talibanische Regierung war ohnehin stark militärisch geprägt, weil nahezu alle Mitglieder der Schura zu irgendeinem Zeitpunkt auch militärische Befehlshaber waren.²¹⁹ Es gab mindestens vier Militärdivisionen mit vorstehenden Divisionschefs und eine Panzerdivision in Kabul. Die Kommando- und Befehlsstruktur unterhalb dieser Hierarchie ist dagegen unklar. Bekannt ist aber, dass die Taliban die allgemeine Wehrpflicht forcierten und Kommandanten für die Rekrutierung verantwortlich waren. Weil die Wehrpflicht in Teilen der afghanischen Bevölkerung sehr unbeliebt war, kam es vereinzelt zu Spannungen, in deren Zuge Armeedeserteure durch die Taliban hingerichtet wurden.²²⁰ Innerhalb des Disziplinarsystems der Armee wurde streng islamisches Recht angewandt. So wurden etwa im Jahr 1999 plündernden Taliban-Soldaten Gliedmaßen amputiert und diese durch die Behörden öffentlich im Stadtzentrum Kabuls aufgehängt.²²¹

Die talibanische Armee umfasste ca. 25.000 bis 30.000 Mann,²²² wobei diese Zahl im Falle einer Mobilisierung stark ansteigen konnte.²²³ Der Mehrheit der Taliban-Kämpfer wurde kein regelmäßiger Sold bezahlt, vielmehr oblag es den Kommandanten, seinen Soldaten eine angemessene Geldsumme auszuzahlen, wenn sie nach

Abzeichen an ihrer Kleidung zu tragen und sich bei Verlassen der Häuser durch gelbe Schärpen zu kennzeichnen; dazu *Bergen*, oben Fn. 39, 207 f.

S. auch *Sami Noor*, Afghanistan im Spannungsfeld, in: Im Zeichen der Taliban - Afghanistan und die „International Community“, Tagungsband der Ev. Akademie Iserlohn, 1998, 79, mit dem Hinweis, dass der Grad des Extremismus im taliban-internen politischen Wettbewerb zum Maßstab für Führungsqualität wurde.

219 Vgl. *Rashid*, oben Fn. 35, 177 ff.

220 Ebd.

221 Ebd.

222 Andere Angaben gehen von etwa 45.000 bis 50.000 Mann aus, davon 12.000 Mann ausländische Kämpfer (5.000 Pakistanis, Sudanesen und Araber), s. *Hans Kreck*, Der Afghanistan-Konflikt 2001, 2002, 44. S. auch *Paul Rogers*, A War on Terror - Afghanistan and After, 2004, 47 und *Kamal Matinuddin*, The Taliban Phenomenon - Afghanistan 1994-1997, 1999, 55.

223 *Rashid* beschreibt die Situation als ständiges Kommen und Gehen, weil Familienmitglieder von Soldaten einspringen durften, damit diese längere Zeit nach Hause fahren, konnten. Außerdem leisteten auch pakistanische Madrassa-Schüler für kurze Zeitabschnitte Militärdienst, vgl. *Rashid*, a.a.O.

Hause zurückkehrten. Die regulär besoldeten Soldaten waren ehemalige Berufssoldaten aus der früheren kommunistischen Armee, wie Panzerfahrer, Artilleristen, Piloten und Mechaniker.²²⁴ Die Ausstattung der talibanischen Armee mit Kriegsgerät wird für das Jahr 2001 wie folgt eingeschätzt: Die Landstreitkräfte verfügten über etwa 100 Kampfpanzer (T-55 und T-62), Granatwerfer, Mehrfachraketenwerfer, Jeeps mit aufmontierten Maschinengewehren, tragbare Luftabwehrraketen, Stinger-Raketen und einige Flak. Der Luftwaffe standen ca. 76 Flugzeuge, davon 15 MIG-21 und SU-22 sowie 5 Kampfhubschrauber Mi-35 zur Verfügung.²²⁵

Afghanistan kein failed state im Zeitpunkt der Luftangriffe

Nach den oben stehenden Ausführungen stellt sich Afghanistan zum Konfliktbeginn mit den USA im Oktober 2001 durchaus als funktionierender Staat dar, weil er aufgrund effektiver Staatsgewalt - vermittelt durch das Taliban-Regime - handlungsfähig war.²²⁶ Auch wenn die Administration, welche die Taliban etabliert hatte, defizitär und nicht mit der moderner Staatssysteme vergleichbar war, sicherte die Taliban-Regierung doch die Ausübung von Herrschaftsgewalt über den Großteil des afghanischen Territoriums für einen nicht nur vorübergehenden Zeitraum. Die Einhaltung erlassener Rechtsnormen wurde kontrolliert und durchgesetzt. Afghanistan war deshalb kein *failed state*.²²⁷

Dies bedeutet nicht, dass die Taliban durch die internationale Staatengemeinschaft als *de jure*-Regierung Afghanistans anerkannt waren. Zwar schien eine Anerkennung der Taliban zu Beginn ihrer Herrschaft zunächst nicht ausgeschlossen, und selbst die USA fanden 1996 keinen Anstoß an der „neuen Regierung“, ihrer Legitimität und der Einführung des islamischen Rechts.²²⁸ Nachdem

224 Dazu *Rashid*, a.a.O.

225 Vgl. *Krech*, a.a.O.

226 Allgemein zum Staatsbegriff und zum *failed state* s. *Ipsen*, oben Fn. 96, 59 ff.

227 Im Ergebnis so auch *Carl-Friedrich Stuckenberg* in *Jörg Menzel/Tobias Pierlings/Jeannine Hoffmann*, Völkerrechtsprechung, 2005, 321; *Wolfrum/Philipp*, oben Fn. 211, 569 ff.; *Tomuschat*, oben Fn. 155, 541.

228 Vgl. die entsprechenden Hinweise auf Aussagen des *State Departments* bei *Maley*, oben Fn. 119, 227; s. auch *Wolfrum/Philipp*, oben Fn. 211, 573.

Die Taliban waren anfangs auch um die Anerkennung als alleinige Repräsentanten des afghanischen Staates bemüht; s. entsprechende Briefe des „Amtierenden Außenministers“ *Mullah Mohammed Ghaus Akhund* an das Credenti-

sich aber abgezeichnet hatte, dass die Taliban nicht die internationalen Verpflichtungen des afghanischen Staates erfüllen würden und ihre Unterstützung terroristischer Aktivitäten deutlich wurde, verweigerte die Mehrzahl der Staaten die Anerkennung der Taliban als legitime Regierung Afghanistans.²²⁹ Die wirksame Teilnahme an der internationalen Staatengemeinschaft wurde den Taliban letztlich abgesprochen.²³⁰ Entsprechend wurden die Taliban in der Entscheidungspraxis des Sicherheitsrates nicht als Regierung des afghanischen Staates tituliert, sondern als „*the Afghan faction known as the Taliban, which also calls itself the Islamic Emirate of Afghanistan*“.²³¹ Ebenso wie die in derselben Resolution enthaltene Forderung zur Auslieferung *Osama bin Ladens* und zur Unterbindung aller terroristischen Aktivitäten auf afghanischem Boden verdeutlicht dieser Passus aber zumindest auch, dass den Taliban ein gewisser Grad an Regierungsgewalt zugesprochen wurde, was der oben dargestellten Einschätzung effektiver und konsolidierter Kontrolle der Taliban über den Großteil des Landes in den Jahren 1996 bis 2001 entspricht.

Das Institut des *de facto*-Regimes orientiert sich an dem Gedanken, dass das (Völker-) Recht die tatsächlich vorzufindenden Umstände nicht leugnen kann. Es ist dabei allein auf die Effektivität der Machtausübung über ein Territorium durch die entsprechende Entität abzustellen; die Frage der Legitimität oder Bekennung zu den gemeinsamen Werten der Staatengemeinschaft spielt für das Konzept des *de facto*-Regimes keine Rolle.²³² Die Taliban waren daher zumindest das stabilisierte *de facto*-Regime Afghanistans, weil sie die

als Committee of the United Nations vom 10. Oktober 1996, Press Release GA/9127 vom 11.10.1996, abrufbar im Internet unter <http://www.un.org/News/Press/docs/1996/19961011.ga.9127.htm>.

229 Letztlich haben nur Pakistan, Saudi-Arabien und die Vereinigten Arabischen Emirate die Taliban als *de jure*-Regierung anerkannt; vgl. *Wolfrum/Philipp*, oben Fn. 211, 575.

230 Vgl. zu den erfolglosen Bemühungen der Taliban um Aufhebung der UN-Sanktionen und offizielle Anerkennung etwa *Süddeutsche Zeitung*, 21.8.2001, S. 4 und 14.9.2001, S. 11.

231 Operativer § 1 der Sicherheitsratsresolution 1267 (1999), oben Fn. 125 und Fn. 153. S. dazu auch *Rüdiger Wolfrum/Christiane Philipp*, Die Taliban - ein Subjekt des Völkerrechts?, in: *Sabine v. Schorlemer (Hrsg.)*, Praxis Handbuch UNO, Die Vereinten Nationen im Lichte globaler Herausforderung, 2003, 145, 146.

232 *S. Ipsen*, oben Fn. 96, 107; *Wolfrum/Philipp*, oben Fn. 211, 582 f.

Herrschaftsgewalt über das von ihnen beherrschte Gebiet inne hatten und faktisch die Voraussetzungen der Staatlichkeit erfüllten.²³³

Für das Vorliegen eines bewaffneten Konfliktes bedeutet dies *in concreto*, dass ein solcher zwischen den USA und dem handlungsfähigen Staat Afghanistan bestand, dessen *de facto*-Regierung die Taliban waren.²³⁴ Denn die Nichtanerkennung der Taliban als legitime Regierung Afghanistans von außen (selbst durch die internationale Staatengemeinschaft) berührt nicht die Völkerrechtssubjektivität des betreffenden Staates.²³⁵

Taliban-Kämpfer als Streitkräfte des afghanischen Staates

In dem bewaffneten Konflikt zwischen den USA und Afghanistan kann die talibanische Armee als eine reguläre Streitkraft angesehen werden: Sie standen unter der Führung eines zentralen Kommandos, der Taliban-Regierung, und zeichneten sich weitgehend durch eine hierarchische Gliederung und einen bestimmten Grad an Organisation aus.

Die Taliban-Kämpfer standen der Regierung auch dauerhaft zur Verfügung, so dass es sich auch nicht um erst in Spannungszeiten

233 Dazu *McDonald*, oben Fn. 197, 208; *Wolfrum/Philipp*, a.a.O.; *Tomuschat*, oben Fn. 155, 541; *Gerd Seidel*, Quo vadis Völkerrecht?, *ARV*, 2003, 449, 464; *John Cerone*, Status of Detainees in International Armed Conflict, and their Protection in the Course of Criminal Proceedings, *ASIL Insights*, Januar 2002, 1 ff., abrufbar im Internet: <http://www.asil.org/insights/insigh81.htm>.

234 Auch die Vereinigten Staaten gehen nach der oben beschriebenen Infragestellung der Staatsqualität Afghanistans zu Beginn des Konfliktes mittlerweile vom Vorliegen eines bewaffneten Konfliktes aus; vgl. *White House*, Fact Sheet - Status of Detainees at Guantanamo vom 7. Februar 2002, in dem es heißt: „*Although we never recognized the Taliban as the legitimate Afghan government, Afghanistan is a party to the [Geneva] Convention, and the President has determined that the Taliban are covered by the Convention.*“, abrufbar im Internet unter <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/20020207-13.html>; auch dazu *Süddeutsche Zeitung* vom 8. Februar 2002, S. 7.

S. auch die Aussagen von *Charles Allen*, Deputy General Counsel for International Affairs, US Department of Defense, oben Fn. 147: „*Having said that, we apply existing law of armed conflict and treat the detainees - al Qaeda and Taliban alike - humanely and in a manner consistent with the principles of the Geneva Conventions, which we believe are a part of the international law of armed conflict.*“.

Auch in der aktuellen wissenschaftlichen Auseinandersetzung findet die Fragestellung des *failed state* kaum mehr Beachtung.

235 Vgl. dazu *Wolfrum/Philipp*, oben Fn. 211, 569.

aus Kadereinheiten gebildete Formationen - Milizen oder Freiwilligenkorps - gehandelt hat.²³⁶ Selbst eine derartige Einordnung als in die Militärorganisation eingegliederte Milizen oder Freiwilligenkorps würde der Klassifizierung als Streitkräfte aber nicht entgegenstehen, weil maßgeblich ist, dass sich die Konfliktpartei einem zum Zweck der Waffengewalt organisierten Instrument bedient.²³⁷ Eine gesonderte Unterhaltung von Einheiten und eine andersartige Bezeichnung sind für die Eigenschaft als bewaffnete Kräfte eines Landes irrelevant.

Auch dass die Taliban keine *de jure* anerkannte Regierung des afghanischen Staates darstellten, spielt für die Beurteilung als Streitkraft keine Rolle. Nach Artikel 4 A Abs. 3 GK III sind auch solche Mitglieder regulärer bewaffneter Kräfte Kombattanten, die sich zu einer von der Gewahrsamsmacht nicht anerkannten Regierung bekennen.²³⁸

Die Taliban-Kämpfer waren als Mitglieder der regulären Streitkräfte der Konfliktpartei Afghanistan daher Kombattanten im bewaffneten Konflikt mit den USA im Sinne des Artikels 4 A Abs. 3 GK III, weil sie unter dem Kommando einer von der späteren Gewahrsamsmacht nicht anerkannten Regierung standen.²³⁹

Taliban als Kriegsgefangene oder „unlawful combatants“?

Fraglich ist, ob mit der Kombattanteneigenschaft der Taliban-Kämpfer *per se* der Kriegsgefangenenstatus im Sinne des Artikels 4 A GK III verbunden ist.²⁴⁰ Dieser Status könnte den Taliban verwährt bleiben, wenn sie trotz der Qualifizierung als Streitkräfte des afghani-

236 Vgl. zum Begriff der Milizen und Freiwilligenkorps im Sinne des Artikels 4 A Abs. 1 GK III etwa Ipsen, a.a.O., 1247 ff.

237 Knut Ipsen, in: Dieter Fleck (Hrsg.), Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten, 1994, 60 f.

238 Anders die US-amerikanische Auffassung, s. oben Fn. 207. Allgemein zu Artikel 4 A Abs. 3 GK III s. etwa Götze, oben Fn. 204, 110 f.

239 So auch Wolfrum/Philipp, oben Fn. 211, 594; Borelli, oben Fn. 206, 49; ähnlich Jochen Abr. Frowein, Der Terrorismus als Herausforderung für das Völkerrecht, *ZaöRV*, 2002, 892, 895; Stahn, oben Fn. 202, 203; Christian Tomuschat, Menschenrechte - Die Gefangenen von Guantánamo, *Mitteilungsblatt der Arbeitsgemeinschaft für Internationalen Rechtsverkehr im Deutschen Anwaltverein*, September 2004, 26, 29.

240 Die Eigenschaft der Kombattanten wird den Taliban mittlerweile auch von der US-amerikanischen Regierung mit dem Terminus des „unlawful combatant“ inzident zuerkannt; vgl. Zitat zu Fn. 202.

schen Staates als sogenannte „*unlawful combatants*“ (feindliche oder unrechtmäßige Kämpfer) anzusehen sind und diese Klassifizierung den Verlust der den Kriegsgefangenen zustehenden Rechte zur Folge hat. Der amerikanische Präsident hat die in Guantánamo Bay inhaftierten Taliban als solche unrechtmäßigen Kämpfer mit der entsprechenden Rechtsfolge eingestuft:

„Based on the facts supplied by the Department of Defense and the recommendations of the Department of Justice, I determine that the Taliban detainees are unlawful combatants and, therefore, do not qualify as prisoners of war under article 4 of Geneva [sic].“²⁴¹

Die Rechtsfigur des „*unlawful combatant*“ ist in den Genfer Konventionen nicht ausdrücklich aufgeführt, diesen aber dennoch inhärent. Wegen der Umkehrung von Recht und Unrecht in Kriegszeiten - insbesondere der erlaubten Tötung anderer Menschen - muss eine scharfe Abgrenzung desjenigen Personenkreises erfolgen, der völkerrechtlich zu bewaffneten Schädigungshandlungen ermächtigt ist. Solche „rechtmäßigen Kombattanten“ sind die in Artikel 1 und 2 Haager Landkriegsordnung²⁴² und in Artikel 4 GK III sowie Artikel 43 ZP I aufgeführten Personen, also insbesondere die Streitkräfte einer Konfliktpartei und Angehörige von Milizen und Freiwilligenkorps, die zu dieser Partei gehören. Personen, die sich nicht in diese Kombattantenkategorien einordnen lassen und dennoch an Schädigungshandlungen teilnehmen, können als „*unrechtmäßige*“ („*unlawful*“), „*illegale*“ oder „*nichtprivilegierte*“ Kombattanten bezeichnet werden.²⁴³ Im Völkerrecht sind bislang nur zwei Kategorien „*unrechtmäßiger Kombattanten*“ bekannt: Die des Spions im Sinne des Artikels 46 und die des Söldners nach Artikel 47 ZP I; beide Perso-

241 Vgl. Memorandum on Humane Treatment of Taliban and al Qaeda Detainees von *George W. Bush* vom 7. Februar 2002, oben Fn. 15 (Hervorhebungen durch Verfasser); dazu auch *Süddeutsche Zeitung*, 8. Februar 2002, S. 7 und 9. Februar, S. 9.

242 Ordnung der Gesetze und Gebräuche des Landkriegs, HLKO (Anlage zu dem [IV. Haager] Abkommen, betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs vom 18.10.1907), RGBI. 1910, 132.

243 Allgemein dazu *Ipsen*, oben Fn. 96, 1247 ff. Neben der Unterteilung in rechtmäßige und unrechtmäßige Kombattanten gibt es eine dritte Kategorie der Nichtkombattanten, die zwar statusmäßig Mitglieder der Streitkräfte, nicht aber zu bewaffneten Schädigungshandlungen ermächtigt sind, etwa Angehörige der Militärjustiz, dazu *Ipsen*, in: *Fleck*, oben Fn. 237, 69 ff.

nengruppen haben keinen Anspruch auf den Kombattanten- und damit auf den Kriegsgefangenenstatus.²⁴⁴

Weil die Taliban-Kämpfer offensichtlich unter keine der beiden Kategorien zu subsumieren sind und dies von US-amerikanischer Seite auch nicht argumentiert wurde, ist eine nähere Betrachtung der Gründe für die oben skizzierte Einstufung als „*unlawful combatants*“ erforderlich. Das Weiße Haus gab zur Erläuterung dieser Determinierung folgende Erklärung ab:

„Under Article 4 of the Geneva Convention [sic], however, Taliban detainees are not entitled to POW status. To qualify as POWs under Article 4, al Qaeda and Taliban detainees would have to have satisfied four conditions: They would have to be part of a military hierarchy; they would have to have worn uniforms or other distinctive signs visible at a distance; they would have to have carried arms openly; and they would have to have conducted their military operations in accordance with the laws and customs of war. The Taliban have not effectively distinguished themselves from the civilian population of Afghanistan. Moreover, they have not conducted their operations in accordance with the laws and customs of war. Instead, they have knowingly adopted and provided support to the unlawful terrorist objectives of the al Qaeda.“²⁴⁵

Die Argumentation bezieht sich damit offenbar auf die vier in Artikel 4 A Abs. 2 GK III aufgeführten Kriterien für *andere* als die in bewaffnete Kräfte einer Konfliktpartei eingegliederten Milizen und Freiwilligenkorps oder organisierte Widerstandsbewegungen. Mitglieder solcher Einheiten gelten nur dann als Kriegsgefangene, wenn sie die folgenden Voraussetzungen erfüllen: 1. Sie verfügen an ihrer Spitze über eine für ihre Untergebenen verantwortliche Person; 2. Sie tragen ein bleibendes und von weitem erkennbares Zeichen; 3. Sie tragen ihre Waffen offen und 4. Sie halten bei ihren Operationen die Gesetze und Gebräuche des Krieges ein.

Weil die US-Administration diese Kriterien als Voraussetzungen zur Gewährleistung des Kombattanten- und Kriegsgefangenenstatus

244 Vgl. die aufgeführten Artikel im I. Zusatzprotokoll; zum Spion s. auch Artikel 29 HLKO.

245 *Ari Fleischer*, Statement by the Press Secretary on the Geneva Convention, 7. Mai 2003 (Hervorhebungen durch Verfasser), Erklärung im Internet unter <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/05/20030507-17.html>. Entsprechend äußerte sich Verteidigungsminister *Donald Rumsfeld*, vgl. *Department of Defense*, „Rumsfeld Explains Detainee Status“, abrufbar unter http://defenseink.mil/news/Feb2002/n02082002_200202086.html.

sieht, stellt sich folgende Frage: Erkennen die USA in den Taliban-Kämpfern keine Streitkräfte des afghanischen Staates, sondern lediglich *andere* Milizen, Freiwilligenkorps oder Widerstandsbewegung oder setzen sie die vier Kriterien des Artikels 4 A Abs. 2 GK III inzident für alle Kategorien des Artikels 4 A GK III, also auch für die regulären Streitkräfte des Konfliktgegners voraus?

Einheitlicher Kombattantenbegriff in Artikel 4 A GK III?

Angesichts der oben stehenden Darstellung des Organisationsgrades der talibanischen Armee in Afghanistan erscheint erstere Auslegung jedoch als wenig plausibel. Zudem haben die USA den Zustand des bewaffneten Konfliktes mit Afghanistan für den Zeitraum der Feindseligkeiten (mittlerweile) auch anerkannt.²⁴⁶ Danach hätte es sich um einen Konflikt mit einem Staat gehandelt, der über keinerlei reguläre bewaffnete Kräfte verfügte. Diese Interpretation widerspräche zum einen der Struktur der Taliban-Armee, die zum Großteil eben nicht aus nur in Spannungszeiten formierten Einheiten oder Freiwilligen bestand, sondern aus dauerhaft verfügbaren und organisierten militärischen Kräften.²⁴⁷ Zum anderen würde diese Sichtweise die effektive Machtausübung der Taliban als *de facto*-Regime des afghanischen Staates ignorieren.²⁴⁸

In der die Auffassung der US-Regierung unterstützenden Literatur wurde und wird daher auch nahezu ausschließlich die zweite Argumentation bemüht, nach der die vier Kriterien des Artikels 4 A Abs. 2 GK III auch Voraussetzung für die Kategorie der regulären Streitkräfte sein sollen.²⁴⁹ Dies ist auch damit zu erklären, dass das Kon-

246 Vgl. oben Fn. 234. Die Anwendbarkeit der Genfer Konventionen für die Taliban wird nämlich damit begründet, dass Afghanistan Vertragspartei dieser Abkommen sei: „Afghanistan is a party to the Geneva Convention. Although the United States does not recognize the Taliban as a legitimate Afghani government, the President determined that the Taliban members are covered under the treaty because Afghanistan is a party to the Convention“; vgl. Fleischer, oben Fn. 245.

247 Falls bestimmte Kräfte solche *ad-hoc*-Einheiten oder Freiwillige darstellten, ist davon auszugehen, dass diese zur regulären bewaffneten Streitkraft gehörten im Sinne des Artikels 4 A Abs. 1 GK III und insoweit keine Angehörigen „anderer Milizen und Freiwilligenkorps“ waren.

248 In diesem Sinne auch Aldrich, oben Fn. 192, 204; Stahn, oben Fn. 202, 203; auch Torsten Stein/Christian von Buttlar, Völkerrecht, 2005, 484.

249 Vgl. etwa Callen, oben Fn. 206, 1027; Taft, oben Fn. 194, 321; Wedgwood, oben Fn. 206, 335; auch Nathaniel Berman, Privileging Combat? Contempo-

zept des „*unlawful combatant*“ als Hintergrund dieser Argumentation im nordamerikanischen Rechtsraum in einem besonderen rechtshistorischen Kontext steht. Im Jahr 1942 grenzte der Supreme Court of the United States (im Folgenden Supreme Court) in der Entscheidung *Ex Parte Quirin* rechtmäßige von unrechtmäßigen Kombattanten ab. Zu letzteren führte das Gericht aus:

„*Unlawful combatants are likewise [like lawful combatants] subject to capture and detention, but in addition they are subject to trial and punishment by military tribunals for acts which render their belligerency unlawful.*“²⁵⁰

Die Entscheidung betraf mehrere Saboteure der Wehrmacht, die im Zweiten Weltkrieg auf amerikanischem Boden gelandet waren. Als Mitglieder der deutschen Streitkräfte, die sich als Zivilisten verkleidet hatten, qualifizierte sie das höchste amerikanische Gericht als unrechtmäßige Kämpfer mit der Begründung, dass „[...] *those who during time of war pass surreptitiously from enemy territory into our own, discarding their uniforms upon entry, for the commission of hostile acts involving destruction of life or property, have the status of unlawful combatants punishable as such by military commission.*“²⁵¹

Abgesehen davon, dass die Vergleichbarkeit des Sachverhalts von *Ex Parte Quirin* mit der Situation der Taliban-Kämpfer beschränkt ist - die deutschen Soldaten waren hinter den feindlichen Linien, vorsätzlich getarnt und mit dem Ziel der Sabotage auf amerikanischem Territorium gelandet - ist die Bedeutung der Entscheidung für das humanitäre Völkerrecht deshalb eingeschränkt, weil es sich um ein staatliches Gericht gehandelt hat und zudem die Genfer Konventionen erst später kodifiziert wurden. Dennoch gilt festzuhalten, dass die Rechtsfigur des „*unlawful combatant*“ (wie die des „*outlaw*“

rary Conflict and the Legal Construction of War, *CJTL*, 2004, 1; anders *Yoo/Ho*, oben Fn. 165, 218, die zwar konstatieren, Afghanistan hätte alle Charakteristika eines *failed state* gehabt, als einziges Kriterium aber die Nichtanerkennung der Taliban als *de jure*-Regierung aufführen.

250 *Ex Parte Quirin et al* (1942), 317 U.S. 1, 30 f.; dazu *Stahn*, oben Fn. 202, 198; *Jordan J. Paust*, War and Enemy Status After 9/11: Attacks on the Laws of War, *YJIL*, 2003, 325, 331 f.; *Kenneth Roth*, The Law of War in the War on Terror, 83 *Foreign Affairs*, 2004, 2, 8.

251 *Ex Parte Quirin et al*, a.a.O., 35.

insgesamt) im US-amerikanischen Recht eine besondere Rolle spielt und sich dies auch in der amerikanischen Auslegung des Artikels 4 A III. Genfer Konvention widerspiegelt.

Auslegung von Artikel 4 A GK III

Wortlaut und Systematik dieser Norm sehen indes keine zusätzliche Einschränkung des Begriffs der bewaffneten Kräfte aus den Absätzen 1 und 3 nach den Kriterien des zweiten Absatzes vor.²⁵² Die genannten Voraussetzungen sind ausschließlich im zweiten Absatz im Zusammenhang mit denjenigen Milizen und Freiwilligenkorps sowie organisierten Widerstandsbewegungen aufgeführt, welche nicht unter Absatz 1 fallen. Dies lässt zunächst vermuten, dass für die Eigenschaft des Kombattanten als Angehöriger der Streitkräfte eines Landes alleine die Mitgliedschaft entscheidend ist.²⁵³ Der Streitkräftebegriff wird aber an keiner Stelle der Genfer Konventionen explizit aufgeführt oder erläutert. Daher sieht die gegenteilige Interpretation als ungeschriebene Merkmale bewaffneter Kräfte im Sinne der Absätze 1 und 3 die vier Voraussetzungen des Artikels 4 A Abs. 2 GK III. Diese müssten inzident mitgelesen werden.²⁵⁴

252 Vgl. „Art 4. A. Prisoners of war, in the sense of the present Convention, are persons belonging to one of the following categories, who have fallen into the power of the enemy:

(1) Members of the armed forces of a Party to the conflict, as well as members of militias or volunteer corps forming part of such armed forces

(2) Members of other militias and members of other volunteer corps, including those of organized resistance movements, belonging to a Party to the conflict and operating in or outside their own territory, even if this territory is occupied, provided that such militias or volunteer corps, including such organized resistance movements, fulfil the following conditions:

(a) that of being commanded by a person responsible for his subordinates;

(b) that of having a fixed distinctive sign recognizable at a distance;

(c) that of carrying arms openly;

(d) that of conducting their operations in accordance with the laws and customs of war.

(3) Members of regular armed forces who profess allegiance to a government or an authority not recognized by the Detaining Power.[...].“.

253 So etwa Paust, oben Fn. 250, 333.

254 Berman, oben Fn. 249, 39 ff.; Yoo/Ho, oben Fn. 165, 218 ff.; vgl. in diesem Zusammenhang auch Callen, oben Fn. 206, 1027 ff., der unterhalb der Kategorie des „unlawful combatant“ die des „unlawful battlefield combatant“ sieht; eine nähere Erörterung ist vorliegend aber entbehrlich, weil für diese Unterkategorie wiederum die (Nicht-) Erfüllung der vier Kriterien des Artikels 4 A Abs. 2 GK III entscheidend sein soll.

Eine historische Auslegung des Vertragstextes liefert diesbezüglich widersprüchliche Ergebnisse. So wurde der Entwurfstext, der die Auflistung der vier Kriterien in Absatz 1 hinter der Kategorie der „*Members of armed forces [...] as well as members of militia or volunteer groups belonging to such belligerent*“ vorsah, in die heutige Fassung geändert, weil unter anderen der sowjetische Delegierte Bedenken äußerte, „*[that] it would appear that members of the Armed forces would have to fulfil the four traditional requirements mentioned in (a), (b), (c) and (d) [...]*“.²⁵⁵ Dies spricht dafür, dass die Verfasser des Vertrages eine Geltung der vier Kriterien für die regulären Streitkräfte gerade vermeiden wollten.

Dagegen kann sprechen, dass die Definition des Kämpfers in der Erfüllung dieser Kriterien seinen Ursprung hat. So wurden in einem Erklärungsentwurf der Brüsseler Konferenz von 1874 entsprechende Unterscheidungskriterien zwischen Kämpfern und Zivilisten erstmals festgehalten, die zwischen „*belligerent combatant*“ und „*non-combatants*“ differenzieren:

1. *That they have at their head a person responsible for his subordinates*
2. *That they wear some fixed distinctive badge recognizable at a distance*
3. *That they carry arms openly*
4. *That in their operations they conform to the laws and customs of war*“.²⁵⁶

Ausgehend von einer gewohnheitsrechtlichen Geltung dieser Kombattantendefinition zum Zeitpunkt der Kodifikation der Genfer Konventionen²⁵⁷ kann man vertreten, dass die Autoren des Artikels 4 A GK III eine ausdrückliche Aufführung für überflüssig hielten. Die vier Kriterien des Kombattanten aus Absatz 2 müssten dann inzident in die Absätze 1 und 3 hineingelesen werden, da die Verfasser davon ausgingen, jeder wüsste, was mit „*armed forces*“ gemeint ist²⁵⁸ und die auf Brüssel folgenden Kodifikationen des Begriffs, wie etwa die

255 Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Vol. II A, 466.

256 Artikel 9 des Project of an International Declaration concerning the Laws of War, Brussels 27 August 1874. Die Konferenz fand auf Initiative von Zar Alexander II. mit 15 europäischen Staaten statt. Entwurfstext im Internet in der IHL-Database des IKRK, oben Fn. 104.

257 Vgl. *Jean S. Pictet (Ed.), Commentary, III Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, 1958, 47 ff. und insbesondere Fn. 4.*

258 So *Berman*, oben Fn. 249, 43 ff.; *Yoo/Ho*, oben Fn. 165, 224.

der Haager Landkriegsordnung,²⁵⁹ diesen perpetuierten. Diese Auslegung findet ein starkes Fundament vor allem im Kommentar des IKRK zum III. Genfer Abkommen. Zu Artikel 4 A Abs. 3 GK III heißt es dort:

*„The expression "members of regular armed forces" denotes armed forces which differ from those referred to in sub-paragraph (1) of this paragraph in one respect only: the authority to which they profess allegiance is not recognized by the adversary as a Party to the conflict. These "regular armed forces" have all the material characteristics and all the attributes of armed forces in the sense of sub-paragraph (1): they wear uniform, they have an organized hierarchy and they know and respect the laws and customs of war. The delegates to the 1949 Diplomatic Conference were therefore fully justified in considering that there was no need to specify for such armed forces the requirements stated in sub-paragraph (2) (a), (b), (c) and (d).“*²⁶⁰

Fraglich ist bei dieser Interpretation aber, warum die Festlegung der Voraussetzungen dennoch (nur) in Absatz 2 des Artikels 4 A GK III vorgenommen wurde und daher der Systematik der Norm widerspricht. Eine plausible Erklärung wäre, dass die Kodifikation des Artikels 4 A GK III vor allem die Probleme des humanitären Völkerrechts im Zweiten Weltkrieg lösen sollte.²⁶¹ Denn hier trat des Öfteren die Situation auf, dass bewaffnete Kräfte eines Staates gegen die deutsche Wehrmacht kämpften, dessen Regierung vom Deutschen Reich nicht anerkannt wurde, weil sie kollabiert oder im Exil war. Die Folge war, dass die Wehrmachtsführung diesen Kämpfern den

259 S. Artikel 1 und 2 der Anlage zur HLKO, oben Fn. 242.

260 *Pictet (Ed.)*, oben Fn. 257, 62 ff.; entsprechend wird zu den Regelungen der HLKO Stellung genommen (a.a.O., 47 ff.): *„In accordance with these principles and with the provisions of Articles 1 and 2 of the 1907 Hague Regulations, those who take up arms are classified in three categories:*
I. ' Belligerents are persons belonging to organized military forces, whether the army or militias and volunteer corps, provided that such militias or volunteer corps fulfil the following conditions: '
(a) that of being commanded by a person responsible for his subordinates;
(b) that of having a fixed distinctive sign recognizable at a distance;
(c) that of carrying arms openly;
(d) that of conducting their operations in accordance with the laws and customs of war.
The qualification of belligerent is subject to these four conditions being fulfilled.“;
 (Hervorhebungen durch Verfasser).

261 Vgl. *Berman*, oben Fn. 249, 43 ff.

Kombattantenstatus regelmäßig verweigerte.²⁶² Zum Schutz dieser Kräfte könnten die Kategorien der Absätze 2 und 3 geschaffen worden sein, deren Gemeinsamkeit im Fehlen einer für sie verantwortlichen anerkannten Regierung besteht und deren Unterschied in der Beziehung zum Heimatstaat liegt.²⁶³ Während es sich bei den bewaffneten Kräften im Sinne des Artikels 4 A Abs. 3 GK III um die regulären Streitkräfte der Konfliktpartei handele, bestünde bei den Gruppen aus Absatz 2 der Vorschrift nur ein *de facto*-Verhältnis zu der Partei des Konfliktes, zu der sie „gehören“²⁶⁴, was für Partisanen und Widerstandsbewegungen charakteristisch ist. Um den Schutz des Kombattanten- und damit des Kriegsgefangenenstatus auch auf letztere Gruppe auszuweiten, diesen aber wegen der damit verbundenen Rechte zur Begehung von Schädigungshandlungen nicht verschwimmen zu lassen, wären diese ausdrücklich an die Voraussetzungen geknüpft, die inzident für reguläre Streitkräfte gelten. Daher könnte es notwendig gewesen sein, für diese bewaffneten Gruppen nach Absatz 2 die vier Kriterien ausdrücklich zu statuieren, welche stillschweigende Merkmale der Streitkräfte sind.²⁶⁵

Gegen diese Auslegung könnte sprechen, dass dieselben bewaffneten Gruppen des Absatzes 2 - Milizen und Freiwilligenkorps (mit Ausnahme von Widerstandsbewegungen) - nach Absatz 1 als Kombattanten gelten, ohne dass hierfür die vier Kriterien *expressis verbis* vorausgesetzt werden.

Hiergegen kann wiederum argumentiert werden, dass dies darin begründet sei, dass im ersten Absatz von zu den *Streitkräften* gehörenden Einheiten die Rede ist („*part of such armed forces*“), diese also eine organisatorische Verbundenheit und entsprechende Eigenschaften (eben im Sinne der vier Kriterien) aufweisen. Daher wären für solche Milizen und Freiwilligenkorps die vier Kriterien *auch* inzident mitzulesen. Die *anderen* Milizen und Freiwilligenkorps nach Absatz 2 von Artikel 4 A GK III gehörten dagegen zu der „*am Konflikt beteiligten Partei*“ („*belonging to a Party of that conflict*“) und damit nicht zwangsläufig zu den regulären Streitkräften. Dieses qualitative Defizit müsste durch die Erfüllung der vier ausdrücklich

262 Pictet (Ed.), oben Fn. 257, 52, zu Absatz 2 des Artikels 4 A GK III.

263 Berman, a.a.O.

264 Vgl. die deutsche Übersetzung des Artikels 4 A Abs. 2 GK III.

265 So Berman, a.a.O.

aufgeführten Kriterien als Mindestvoraussetzung ausgeglichen werden, damit diese Gruppierungen den Kombattantenstatus erhalten.²⁶⁶

Für die Auffassung eines einheitlichen oder heteronomen Kombattantenbegriffs anhand der vier Kriterien des Absatzes 2 könnten mithin auch teleologische Argumente sprechen. So kann der primäre Sinn und Zweck der Festlegung der Kombattanteneigenschaft vor allem in der Abgrenzung zu Zivilisten zu deren Schutz vor Verwechslung mit kämpfenden Personen und damit vor (legitimer) physischer Schädigung gesehen werden.²⁶⁷ Zur Gewährleistung dieser Unterscheidung könnten daher mindestens das offene Tragen der Waffen und eines von weitem sichtbaren Kennzeichens notwendig sein.²⁶⁸ Reziprok könnten dieselben Voraussetzungen für den Schutz der Kombattanten erforderlich sein, um deutlich zu machen, welche Personen zu Schädigungshandlungen ermächtigt und nicht für die bloße Teilnahme an den Feindseligkeiten bestraft werden sollen.²⁶⁹

Gerade der Telos der Distinktion zwischen kämpfenden und zivilen Individuen in einem bewaffneten Konflikt macht eine rand-scharfe Abgrenzung zwischen diesen Personengruppen unerlässlich. Daher ist der Vorwurf der Befürworter des einheitlichen Kombattantenbegriffs in Artikel 4 A GK III, deren Kritiker würden keine alternative Definition der regulären Streitkräfte anbieten, nicht von der Hand zu weisen.²⁷⁰ In der Tat spricht die Absenz einer Streitkräftedefinition in den Regelungen der vier Genfer Konventionen von 1949 gegen eine von den vier Kriterien des Absatzes 2 des Artikels 4 A GK III abweichende Beschreibung bewaffneter Kräfte. Und von den Befürwortern des differenzierenden Kombattantenbegriffs wurde tatsächlich über die bloße Mitgliedschaft zu den Streitkräften einer Konfliktpartei hinaus kaum eine nähere Ausgestaltung der verwendeten Begriffe geliefert.²⁷¹

266 Vgl. *Yoo/Ho*, oben Fn. 165, 225.

267 So etwa *Yoo/Ho*, a.a.O., 220.

268 Vgl. *Berman*, oben Fn. 249, 43 ff.; so auch die Entscheidung eines District Court im US-Bundesstaat Virginia im Fall des US-Bürgers *John Walker Lindh, United States v. Lindh*, 212 F. Supp. 2d 541, 557 (E.D. Va. 2002).

269 Dazu *Berman*, a.a.O.

270 S. zu diesem Vorwurf *Berman*, a.a.O., 42.

271 Vgl. etwa *Aldrich*, oben Fn. 192, 204, der nur auf folgenanalytische Aspekte abstellt; auch *McDonald*, oben Fn. 197, 208; *Paust*, oben Fn. 250, 333.

Bedeutung des Artikels 43 Abs. 1 ZP I

Fraglich ist vor diesem Hintergrund des Fehlens einer hinreichenden Streitkräftedefinition in den Genfer Konventionen auch die Bedeutung des später kodifizierten Artikels 43 Abs. 1 ZP I und ob auf die darin enthaltene Definition der Streitkräfte abgestellt werden kann. Für den Streitkräftebegriff sind nach dieser Norm das Bestehen einer verantwortlichen Führung und die Gewährleistung der Einhaltung des Konfliktrechts mittels internen Disziplinarsystems entscheidend.²⁷² Als Kombattanten werden diejenigen Personen bezeichnet, die Angehörige dieser Streitkräfte sind, vgl. Artikel 43 Abs. 2 ZP I. Der Vorschrift des I. Zusatzprotokolls genügen zur Beschreibung der Streitkräfte damit bereits zwei der vier Merkmale von Artikel 4 A Abs. 2 GK III: das der verantwortlichen Person an der Spitze der Einheiten im Sinne von lit. a und das der Einhaltung der Gesetze und Gebräuche des Krieges nach lit. d. Dagegen fehlen das offene Tragen der Waffen und das eines Erkennungszeichens. Zwar löst nach dem Wortlaut des Artikels 43 Abs. 2 ZP I allein die Zugehörigkeit zu den Streitkräften die *Kombattanteneigenschaft* des Betreffenden aus; dabei darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass Absatz 1 von Artikel 43 ZP I an den Begriff der *Streitkräfte* die oben genannten Anforderungen stellt, die den Kriterien des Artikels 4 A Abs. 2 GK III nahe kommen.

Die Abgrenzung zu Zivilisten hingegen ist im Regime des I. Zusatzprotokolls nicht als Tatbestandmerkmal, sondern als Pflicht des Kombattanten statuiert. Artikel 44 Abs. 3 Satz 1 ZP I adressiert das Gebot der Unterscheidung für den Zeitraum eines Angriffs und dessen Vorbereitung an den einzelnen Kombattanten. Diese Regelung beinhaltet gleichzeitig einen Ausnahmetatbestand für Kampfsituationen, in denen eine Unterscheidung qua Natur der Sache unmöglich ist. Als Minimalanforderung an eine Abgrenzung zu Zivilisten wird von Kombattanten in einer solchen Lage zumindest das offene Tragen der Waffen verlangt, vgl. Artikel 44 Abs. 3 Satz 2 ZP I. Damit

272 Vgl. Absatz 1 von Artikel 43 ZP I: „*The armed forces of a Party to a conflict consists of all organized armed forces, groups and units which are under a command responsible to that Party for the conduct of its subordinates, even if that Party is represented by a government or an authority not recognized by an adverse Party. Such armed forces shall be subject to an internal disciplinary system which, inter alia, shall enforce compliance with the rules of international law applicable in armed conflict.*“.

sollten zwar vor allem Situationen eines nationalen Befreiungskampfes abgedeckt werden, in denen sich Guerilla-Kämpfer nicht ohne Verlust ihrer Erfolgsaussichten von Zivilisten unterscheiden können.²⁷³ Es wird jedoch insgesamt deutlich, dass das Statut des ZP I grundsätzlich, wenn auch nicht uneingeschränkt, am Unterscheidungsgebot festhält und den Verlust der Kombattanteneigenschaft von der *individuellen* Verletzung der Minimalanforderungen abhängig macht.²⁷⁴

Die Betrachtung des Artikels 43 Abs. 1 ZP I deutet daher auf einen einheitlichen Kombattantenbegriff in Artikel 4 A GK III hin, weil in der späteren Kodifikation des ZP I die in Artikel 4 A Abs. 2 GK III genannten Kriterien im Zusammenhang mit dem Begriff der Streitkräfte und der Kombattanteneigenschaft ausdrücklich aufgeführt sind, wobei das Tragen eines Erkennungszeichens und das offene Tragen der Waffen als Bestandteile der grundsätzlichen Pflicht des Kombattanten zur Unterscheidung von der Zivilbevölkerung subsu- miert werden können.

Doch selbst wenn aufgrund des „nur“ als individuelle Pflicht des Kombattanten statuierten Unterscheidungsgebotes eine geringere Anforderung des I. Zusatzprotokolls an den Streitkräfte- und Kombattantenbegriff im Vergleich zum III. Genfer Abkommen argumen- tiert werden würde, wäre eine solche Abweichung für die Vereinig- ten Staaten wohl nicht bindend,²⁷⁵ auch nicht völkergewohnheits- rechtlich. Die *Reagan*-Administration hatte bemerkenswerterweise gerade im Hinblick auf den Kampf gegen den Terrorismus die Rati- fikation des ZP I mit den darin enthaltenen Einschränkungen bezüg- lich der Unterscheidungspflicht abgelehnt.²⁷⁶

273 Vgl. Kommentar des IKRK zu den Zusatzprotokollen, oben Fn. 209, 525 ff.

274 Dazu *Stein/von Buttlar*, oben Fn. 248, 484 ff.

275 Vgl. bereits oben Fn. 104 zur fehlenden Ratifikation des ZP I durch die Verei- nigten Staaten.

276 So betrafen die amerikanischen Vorbehalte gegen diese Norm die Befürch- tung, mit den Ausnahmetatbeständen würde der Kampf gegen den Terroris- mus in nicht akzeptabler Weise erschwert. US-Präsident *Reagan* entschied sich in einer Mitteilung vom 29. Januar 1987 an den amerikanischen Senat gegen eine Übermittlung des I. Zusatzprotokoll zu den Genfer Konventionen an diesen mit der Begründung: „*Another provision [of Protocol I] would grant combatant status to irregular forces even if they do not satisfy the tradi- tional requirements to distinguish themselves from the civilian population and otherwise comply with the laws of war. This would endanger civilians among whom terrorists and other irregulars attempt to conceal themselves. These*

*Zwischenergebnis: Einheitliche Kombattantenkriterien in Artikel 4 A
GK III*

Nach historischer und teleologischer Auslegung des Artikels 4 A GK III - welche auch nicht unzulässigerweise über die Grenze des Wortlauts der Norm und der Systematik hinausgehen²⁷⁷ - spricht daher mehr für eine an die vier Kriterien des Absatzes 2 angelehnte Definition der Streitkräfte im Sinne der Absätze 1 und 3, wie sie von der US-Administration vertreten wird.²⁷⁸ Zumindest muss - auch wegen der vorliegenden Konstellation der fehlenden Bindung der Konfliktparteien an das I. Zusatzprotokoll - das Kriterium der Unterscheidung der Kombattanten von der Zivilbevölkerung berücksichtigt werden.²⁷⁹

Dennoch ist zu beachten: Dieses Ergebnis bedeutet noch nicht, dass die Taliban-Kämpfer die Voraussetzungen der Kombattanteneigenschaft verfehlt hätten und selbst wenn, dass dies zum Verlust des

problems are so fundamental in character that they cannot be remedied through reservations, and I therefore have decided not to submit the Protocol to the Senate in any form. [W]e must not, and need not, give recognition and protection to terrorist groups as a price for progress in humanitarian law.“; Mitteilung abgedruckt in *AJIL*, 1987, 910 ff.; kritisch dazu *Hans-Peter Gasser, An Appeal for Ratification by the United States, AJIL*, 1987, 912 ff.

Dazu und zu weiteren Nachweisen ausdrücklicher Ablehnung der genannten Vorschriften des ZP I *Yoo/Ho*, oben Fn. 165, 226 f.

In Übereinstimmung mit diesem Verhalten der US-Administration werden in § 5.3 des US Naval Handbook (1995) zur Definition des Kombattanten die vier Kriterien des Artikels 4 A Abs. 2 GK III aufgeführt; vgl. oben Fn. 205.

277 Der Wortlaut des Artikels 4 A GK III verlangt nicht eindeutig eine zu den Kriterien der Abs. 2 differierende Beschreibung der Streitkräfte im Sinne der Absätze 1 und 3 und auch die systematische Auslegung lässt (auch wenn sie mehr für einen differenzierten Kombattantenbegriff spricht) beide Auslegungsvarianten zu.

278 Entgegen der wohl herrschenden Meinung, vgl. etwa *Borelli*, oben Fn. 206, 49; *Paust*, oben Fn. 250, 333; *Stahn*, oben Fn. 202, 202 f.; *Wolfrum/Philipp*, oben Fn. 211, 594; wohl auch *Cerone*, oben Fn. 233, 2 f.; auch *Anthea Roberts, Righting Wrongs or Wronging Rights? The United States and Human Rights Post-September 11, EJIL*, 2004, 721, 742; vgl. in diesem Zusammenhang auch *Eric Talbot Jensen, Combatant Status: It is Time for Intermediate Levels of Recognition für Partial Compliance, VJIL*, 2005, 209 ff.

279 So setzt auch der IKRK-Kommentar zu Artikel 4 A Abs. 1 GK III implizit voraus, dass eine Unterscheidung der regulären Streitkräfte zu Zivilisten stattfindet und die Verfasser der Genfer Konventionen es schlicht für unnötig hielten, das Unterscheidungszeichen näher zu spezifizieren, s. oben Fn. 257, 52.

Kombattantenstatus führen würde. Im Zusammenhang mit der Frage nach dem völkerrechtlichen Status der Taliban-Kämpfer sind nämlich von der Frage nach den einschlägigen Kombattantenkriterien des Artikels 4 A GK III zwei weiterführende Untersuchungsebenen abzugrenzen: Die der tatsächlichen Erfüllung dieser Kriterien durch die bewaffneten Kräfte der Taliban und die der Konsequenzen im Falle der Nichterfüllung, insbesondere der Zulässigkeit der Rechtsfigur des „*unlawful combatant*“ im System der Genfer Konventionen.

Tatsächliche Erfüllung der Kombattantenkriterien durch Taliban-Kämpfer

Nach der Darstellung der Problematik der Auslegung des Artikels 4 A GK III ist somit im Folgenden maßgeblich, welche Kriterien für die Kombattanteneigenschaft von den Taliban-Truppen als erfüllt angesehen werden können. Bedeutsam sind in diesem Zusammenhang vor allem die Unterscheidung von der Zivilbevölkerung und die Einhaltung der Gesetze und Gebräuche des Krieges, weil die US-Administration mit Verweis auf diese Voraussetzungen den in Guantánamo inhaftierten Taliban den Kombattantenstatus verweigert.²⁸⁰

Am wenigsten fraglich und von Seiten der amerikanischen Regierung unbestritten ist indes das Vorhandensein einer verantwortlichen Führung der Taliban-Kämpfer. Diese unterstanden der Verantwortung des Oberbefehlshabers *Mullah Omar* und der *de facto*-Regierung der Taliban sowie den jeweiligen Divisionschefs und nachfolgenden Personen in der militärischen Hierarchie der talibanischen Armee.²⁸¹ Das Pentagon selbst hat im Übrigen davon gesprochen, die „*Kommando- und Kontrollnetzwerke der Taliban*“ zu attackieren - ein sicherer Hinweis auf eine gefestigte militärische Struktur.²⁸²

Umso fraglicher ist, ob die Taliban-Kämpfer von der Zivilbevölkerung zu unterscheiden waren. Indes sind an das erforderliche Unterscheidungszeichen grundsätzlich keine zu großen Anforderungen zu stellen, so ist etwa das Tragen einer Uniform zwar grundsätzlich,

280 S. oben die Aussage *Fleischers* Fn. 245.

281 S. oben Darstellung zu den Fn. 213 ff.; im Ergebnis so auch *Wieczorek*, oben Fn. 193, 91; *Stahn*, oben Fn. 202, 203.

282 Vgl. *Department of Defense News Briefing* mit *Rumsfeld* und General *Richard Myers* vom 8. Februar 2002, abrufbar im Internet unter http://www.defenselink.mil/transcripts/2002/t02082002_t0208sd.html.

aber nicht ausnahmslos notwendig, um eine Übervorteilung schwacher oder armer Staaten im Regime des Konfliktrechts zu verhindern.²⁸³ Gerade aus der Argumentation der Befürworter eines einheitlichen Kombattantenbegriffs ergibt sich, dass die Notwendigkeit der Unterscheidung nicht zu formalistisch betrachtet werden kann. Denn würden andernfalls die Kriterien des Artikels 4 A Abs. 2 GK III nur für die darin genannten irregulären Truppen (Milizen und Freiwilligenkorps als in der Regel Truppen schwächerer Staaten) gelten, würde diese höhere Schwelle eine unangemessene Benachteiligung finanziell schwacher Staaten bedeuten, welchen die Erfüllung der Voraussetzungen und insbesondere der einer einheitlichen Uniformierung zur Kennzeichnung ihrer bewaffneten Kräfte nicht möglich ist.²⁸⁴

Es widerspräche zudem den Realitäten, der Vielgestaltigkeit moderner Konflikte und auch den Regeln dynamischer Vertragsinterpretation,²⁸⁵ wäre die Unterscheidung von Zivilisten und Kombattanten im Sinne des Artikels 4 A GK III nur mittels herkömmlicher Uniform möglich.²⁸⁶ So stellt der IKRK-Kommentar zu Artikel 4 A Abs. 2 GK III ebenfalls keine zu hohen Anforderungen an das erforderliche Unterscheidungszeichen, indem er etwa eine Kappe, einen Mantel oder ein Hemd genügen lässt.²⁸⁷ Hinzu kommt, dass modernes Kriegsgerät in der Regel eine Beobachtung und Bewertung des Feindes aus der Ferne erlaubt, ein Umstand, der die Anforderungen an den Auffälligkeitsgrad der Unterscheidungsinsignien relativiert. Außerdem stellen die Kampfmethoden der heutigen Konflikte mit weitgehend automatischen Waffen die Tarnung des einzelnen Kämpfers in den Mittelpunkt.²⁸⁸ In Abgrenzung zwischen erlaubter militärischer Taktik und unzulässiger Perfidie wird es daher entscheidend

283 S. *Antonio Cassese*, *International Law*, 2005, 406.

284 So *Berman*, oben Fn. 249, 44 f.

285 Allgemein zur sogenannten dynamischen Interpretation völkerrechtlicher Verträge *Ipsen*, oben Fn. 96, 146 ff.

286 S. *Stahn*, a.a.O., 203; ähnlich *Tomuschat*, oben Fn. 239, 29.

287 Vgl. *Pictet (Ed.)*, oben Fn. 257, 60, mit folgender Anmerkung: „*Such a sign need not necessarily be an arm-band. It may be a cap (although this may frequently be taken off and does not seem fully adequate), a coat, a shirt, an emblem or a coloured sign worn on the chest.*“; s. dazu auch *Götze*, oben Fn. 204, 115 ff.

288 Vgl. *Götze*, a.a.O., 117.

darauf ankommen, dass zumindest keine Tarnung des Kombattanten als Zivilist erfolgt.²⁸⁹

Erscheinungsbild der Taliban

Die Erkenntnisse über das tatsächliche Erscheinungsbild der Taliban-Kämpfer sind begrenzt. Es ist vermutet worden, dass diese sich dadurch kennzeichneten, dass sie zumeist schwarze, zumindest dunkle Turbane trugen sowie Schals, die anzeigten, welchen Einheiten sie angehörten.²⁹⁰ Nach dieser Einschätzung hatten die Taliban den schwarzen Turban zu ihrem Erkennungszeichen gemacht, weil solche im Islam nur von Nachfahren des Propheten *Mohammed* getragen werden dürfen; schwarz gilt als Ehrenfarbe.²⁹¹ Mit diesem Kleidungsmerkmal wären die Taliban-Kämpfer wohl von der Zivilbevölkerung Afghanistans unterscheidbar gewesen: Während weibliche Zivilistinnen eine Burka²⁹² tragen mussten,²⁹³ konnte die männliche Zivilbevölkerung in der Regel anhand ihrer Textilien (oftmals traditionelle Trachten) der ethnischen Zugehörigkeit der Hazara, Usbeken, Tadschiken und Paschtunen zugeordnet werden. Keine dieser Trachten sieht den schwarzen Turban als Kopfbedeckung vor.²⁹⁴

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch darauf, dass der ehemalige amerikanische Verteidigungsminister *Donald Rumsfeld* während der Militäroperation *Enduring Freedom* die Attackierung

289 Vgl. Artikel 37 Abs. 1 lit. c) ZP I.

290 S. *Stahn*, oben Fn. 202, 203; *Krech*, oben Fn. 211, 17 ff.; *Wolfrum/Philipp*, oben Fn. 211, 595; auch *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 7.12.2001, S. 3. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass auf einigen Fotografien von Taliban auch Personen mit andersfarbigem Turban zu sehen sind, vgl. etwa *Der Spiegel*, Heft 44/2001, S. 140.

291 Dazu *Krech*, a.a.O.

292 Zumeist schwarzer Ganzkörperschleier, bei dem die Augenöffnungen oftmals auch noch von einem Stoffgitter teilweise verdeckt sind, dazu *Krech*, a.a.O.

293 Vgl. etwa die Taliban-Verordnung der Generalpräsidentschaft von *Amir Bil Maruf* vom Dezember 1996, oben Fn. 218, in der es in Ziffer 1 heißt: „*Kein Fahrer darf eine Frau mitnehmen, die die iranische Burqa trägt. Im Falle der Zuwiderhandlung wird der Fahrer inhaftiert. Werden solche Frauen auf der Straße beobachtet, wird man deren Häuser finden und deren Ehemänner bestrafen.*“.

294 Die paschtunische Zivilbevölkerung zum Beispiel trägt einen weißen oder farbigen Turban, die Tadschiken weiße oder olivfarbene Mützen und die Usbeken bevorzugen westliche Kleidung mit Caps. Übersicht in *Krech*, a.a.O.

der Kommando- und Kontrollzentren der Taliban betont hat, aber die Schwierigkeit einer Unterscheidung der Taliban zu Zivilisten nie thematisiert wurde.²⁹⁵

Eine Einschätzung des tatsächlichen Erscheinungsbildes der Taliban kann sich damit jedoch nur auf Indizien stützen, die für oder gegen die hinreichende Unterscheidbarkeit der Taliban-Kämpfer sprechen; ein eindeutiger Nachweis ist dagegen nicht möglich, hier stößt die Subsumierung an die Grenzen der völkerrechtlichen Beweisnot.²⁹⁶

Noch weniger Erkenntnisse gibt es indes zu der Problematik des offenen Tragens der Waffen. Ob die Taliban-Kämpfer während oder kurz bevor Beginn der Kampfhandlungen ihre Waffen offen trugen,

295 Vgl. *Department of Defense News Briefing mit Rumsfeld* und General *Richard Myers* vom 8. Februar 2002, oben Fn. 282; angesprochen auf den Widerspruch, dass lange Zeit die Unterscheidbarkeit ziviler Ziele von Stellungen der Taliban betont wurde und nun der Kriegsgefangenenstatus der Taliban damit begründet werde, dass sich diese nicht ausreichend von Zivilisten äußerlich abgrenzten, entgegnete *Rumsfeld*: „*Well of course it's because it's of a different order. The kinds of things that the Geneva Convention talks about are the kinds of things you see when you're standing right next to a person looking at how they're handling themselves. The kind of things that we were talking about on command and control would be communication intercepts, it would be people firing at Northern Alliance forces and attacking them, it would be concentrations of artillery or surface-to-air missiles, and those types of things that would - and knowledge that they are not Northern Alliance. And yet you see them there and you can identify a series of things that tell you they are combatant forces that are engaged in fighting against the Northern Alliance forces, and it enabled the people on the ground and the people in the air to make those kinds of judgments.*“.

Diese Argumentation enthält jedoch einen Fehler: Der vorwiegende Sinn und Zweck des Unterscheidungsgebotes für Kombattanten ist die Abgrenzbarkeit zu Zivilisten, nicht zu anderen Kombattanten (hier denen einer dritten Konfliktpartei). Es war daher nicht entscheidend, dass die US-Militärs die Taliban von den Truppen der Nordallianz unterscheiden konnten, sondern dass sie als kämpfende - im Gegensatz zu zivilen - Personen erkennbar waren.

296 Zu bemerken ist jedenfalls noch, dass *Rumsfeld* die hinreichende Unterscheidbarkeit für die US-Truppen unterstützenden Einheiten der Nordallianz bejahte und diesen die Einhaltung der Genfer Konventionen bescheinigte. *Rumsfeld*, a.a.O.; zahlreiche Bildnachweise von Truppen der Nordallianz lassen aber erkennen, dass diese keinen qualitativen Unterschied zu den Taliban im Hinblick auf Uniformierung, Erkennungsinsignien oder dem offenen Tragen der Waffen aufwiesen; vgl. etwa *Der Spiegel*, Heft 44, 2001, S. 140 ff. sowie Heft 42/2001, S. 170 ff.

kann letztlich nicht eindeutig geklärt werden.²⁹⁷ Ein Indiz ist zumindest, dass die Taliban während ihrer Herrschaft zur Machtdemonstration stets Waffen - in der Regel ein Maschinengewehr des Typs Kalashnikov - bei sich trugen, wie zahlreiche Bildnachweise belegen.²⁹⁸ Dass sie diese Eigenart gerade während des Kampfes mit dem US-Militär aufgegeben hätten, ist nicht nachgewiesen worden. Zudem ist zu bedenken, dass mit „offenem“ nicht notwendig auch das „sichtbare“ oder „ostentative“ Tragen der Waffen gemeint ist.²⁹⁹ Dass aber die Taliban etwa den schmalen Grad zur Perfidie durch systematisches Verdecken der Waffen oder Vortäuschen eines zivilen Status überschritten hätten, ist ebenfalls nicht belegt worden.³⁰⁰

Das offene Tragen der Waffen und das Tragen eines Erkennungszeichens sind zwei Teilaspekte des Gebots der Kombattanten zur Unterscheidung von Zivilpersonen.³⁰¹ Beiden Merkmalen kann ihre Zweckerfüllung zugesprochen werden, wenn durch den Gesamteindruck die feindliche Gesinnung eines Individuums im Kampfgebiet erkennbar ist und deutlich wird, dass es sich nicht um eine vor Schädigungshandlungen zu schützende Person handelt. Letztlich kann für die tatsächliche Erfüllung dieser Voraussetzungen durch die Taliban-Kämpfer im Konflikt mit den USA ein Faktor der Unsicherheit im Wege eines eindeutigen Nachweises nicht beseitigt werden. Die vorliegenden Indizien sprechen aber dafür, dass die Taliban von der Zivilbevölkerung unterscheidbar waren. Dafür spricht auch das Verhalten des amerikanischen Militärs. So sprach das Pentagon zu Beginn des Krieges nach unerwartet starker Gegenwehr davon, es han-

297 Es gibt nur wenige Bildnachweise oder unabhängige Berichte von den Kampfhandlungen im Afghanistan-Krieg.

298 Vgl. etwa *Ahmed Rashid*, Gottes eigene Krieger, in: *Der Spiegel*, Heft 41/2001, S. 180 ff.; auch *Der Spiegel*, Heft 44/2001, S. 140.

299 So ausdrücklich der IKRK-Kommentar zu Artikel 4 A Abs. 2 GK III, oben Fn. 257, 61; dazu auch *Götze*, oben Fn. 204, 118.

300 Vgl. zu einem ähnlichen Vorwurf die Aussagen des ehemaligen US Secretary of Defense *Rumsfeld*: „*To the contrary, far from seeking to distinguish themselves from the civilian population of Afghanistan, they sought to blend in with civilian non-combatants, hiding in mosques and populated areas.*“; *Department of Defense News Briefing* vom 8. Februar 2002, oben Fn. 282. Eine solche Vorgehensweise wäre als Verstoß der Betreffenden gegen die Regeln des Konfliktrechts jedenfalls individuell zu beurteilen und würde nicht zum Verlust des Kombattantenstatus des Einzelnen geschweige denn aller anderen Kombattanten führen.

301 Vgl. *Götze*, oben Fn. 204, 118.

dele sich um einen „robusten Gegner“ und man sei überrascht, „wie zäh sich die Taliban an die Macht klammern“. ³⁰² Die Einnahme des strategisch wichtigen Flughafens Masar-i-Scharif wurde sogar von den Taliban zunächst abgewehrt. ³⁰³ Und die Kämpfe in den Höhlenstellungen Tora Bora sowie die Einnahme der Stadt Kandahar waren langwierig und schwierig. ³⁰⁴ Dass eine derart intensive Auseinandersetzung mit dem Feind denklogisch auch dessen Identifikation voraussetzt, deutet abermals auf die Erfüllung des Unterscheidungskriteriums auf Seiten der Taliban hin. Es spricht daher insgesamt mehr dafür, dass die Taliban durch das amerikanische Militär als gegnerische Kombattanten wahrgenommen und von der Zivilbevölkerung unterschieden werden konnten. ³⁰⁵

Einhaltung der Gesetze und Gebräuche des Krieges

In Frage steht ferner das vierte in Artikel 4 A Abs. 2 GK III aufgeführte Merkmal der Einhaltung der Gesetze und Gebräuche des Krieges als Ausdruck des Reziprozitätsgedankens im humanitären Völkerrecht. ³⁰⁶ Von Seiten der US-Administration wird kommuniziert, dieses sei von den Taliban nicht erfüllt worden und als Grund dafür insbesondere die Unterstützung der Terror-Organisation Al Qaida angeführt. ³⁰⁷ Diese Argumentation begegnet aber Bedenken. So kann sich die Beachtung des Konfliktrechts nur auf den Zeitraum des Konfliktes beziehen, das Merkmal setzt also folgerichtig das

302 S. *Department of Defense News Briefing* mit *Rear Adm. John Stafflebeem* vom 24. Oktober 2001, im Internet unter http://www.defenselink.mil/transcripts/2001/t10242001_t1024stu.html.

303 Vgl. Übersicht zu den militärischen Entwicklungen zu Beginn des Krieges in *Der Spiegel*, Heft 44/2001, S. 140 ff.

304 In der unterirdischen Gebirgsfestung in Ostafghanistan, die ca. 2000 Menschen Unterschlupf bietet, waren zwar überwiegend Al Qaida-Mitglieder versteckt, aber auch die Taliban hatten hier Stellungen, s. dazu *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 6.12.2001, S. 7 und vom 7.11.2001, S. 5; zu den Kämpfen um Kandahar vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 4.12.2001, S. 6.

305 Im Ergebnis so *Stahn*, oben Fn. 202, 203; *Wolfrum/Philipp*, oben Fn. 211, 595; *Sassòli*, oben Fn. 40, 102; aA *Michael Kurth*, Der völkerrechtliche Status der Gefangenen von Guantánamo Bay, *ZRP*, 2002, 404, 406.

306 Dieses Merkmal ist im Übrigen auch für die Streitkräftedefinition des ZP I bedeutsam, vgl. dessen Artikel 43 Abs. 1 S. 2: „Diese Streitkräfte unterliegen einem internen Disziplinarsystem, das unter anderem die Einhaltung der Regeln des in bewaffneten Konflikten anwendbaren Völkerrechts gewährleistet.“.

307 Vgl. *Fleischer*, oben Fn. 245; *Rumsfeld*, oben Fn. 282; auch *Wegdwood*, oben Fn. 212, 335.

Bestehen eines bewaffneten Konfliktes voraus. Was innerhalb einer gegnerischen Streitkraft vor Beginn der Auseinandersetzungen geschehen ist, kann für die Bewertung des späteren bewaffneten Konfliktes dagegen keine Rolle spielen. Die Unterstützung Al Qaidas und ihres Anführers *bin Laden* durch die Taliban in Form der Gewährung eines *safe haven* erfolgte jedoch vor Beginn der bewaffneten Auseinandersetzungen mit den USA. Diese Schutzleistung stellt auch kein relevantes Verhalten gegenüber dem amerikanischen Militär, insbesondere den US-Soldaten dar.

Schutzzweck des Gebotes der Einhaltung der Gesetze und Gebräuche des Krieges ist insbesondere die Vermeidung unverhältnismäßigen Leides, der Attackierung von Zivilisten oder von Unbewaffneten und bezieht sich damit primär auf die Methoden der Kriegsführung und die Behandlung der vom Konflikt betroffenen Personen.³⁰⁸ Es ist jedoch nicht behauptet worden, dass die Taliban diese grundlegenden Regeln des Kriegsrechts systematisch missachtet hätten. Der Reziprozitätsgedanke des Artikels 4 A Abs. 2 lit. d GK III ist darüber hinaus individualistisch ausgestaltet, das heißt die Verletzung der Regeln und Gebräuche des Krieges - etwa dem Perfidieverbot - durch einen Kombattanten führt nicht zum kollektiven Verlust der Kombattanteneigenschaft der gesamten Streitkräfte.³⁰⁹ Weil in nahezu jedem bewaffneten Konflikt der Feind der Nichteinhaltung des humanitären Völkerrechts bezichtigt wird, würde bei der Kollektivhaftung der Gesamtheit der bewaffneten Kräfte des Gegners der Schutz des Kombattantenstatus leer laufen. Deshalb bestimmen die Artikel 82 ff. GK III auch, dass der Kombattantenstatus der Verurteilung des Einzelnen wegen Kriegsverbrechen nicht entgegensteht; der Status als solcher bleibt trotz Verletzung des Kriegsrechts auch erhalten.³¹⁰

308 S. IKRK-Kommentar zu Artikel 4 A GK III, oben Fn. 257, 61.

309 S. *Borelli*, oben Fn. 206, 50; *Sassòli*, oben Fn. 40, 102 f.

310 Artikel 85 GK III; auch Artikel 44 Abs. 2 ZP I mit den dort genannten Ausnahmen der Absätze 3 und 4.

Bemerkenswert ist aus historischer Sicht, dass die USA das Argument des kollektiven Verlustes der Kombattanteneigenschaft bei behaupteten Kriegsverbrechen etwa im Fall der deutschen Wehrmacht nicht vorgebracht haben, obwohl es solche zweifelsfrei gegeben hat; vgl. dazu *Sassòli*, a.a.O. Dasselbe gilt für chinesische, nordkoreanische und nordvietnamesische Kriegsgefangene im Korea- und im Vietnamkrieg, dazu *Robert Goldman/Brian Tittmore*, *Unprivileged Combatants and the Hostilities in Afghanistan: Their Status and*

In diesem Zusammenhang wird ebenfalls deutlich, dass es bedenklich ist, aus einer mangelnden Unterscheidung der Taliban-Kämpfer zu Zivilisten wegen eines Verstoßes gegen das Kriegsrecht (hier des Unterscheidungsgebotes) den Verlust der Kombattanteneigenschaft zu folgern. Damit würden Kombattanten, welche die Zivilbevölkerung durch Vortäuschen des Zivilstatus (nur) indirekt gefährden, schlechter gestellt als diejenigen, welche - obwohl sie Uniform oder ähnliche Unterscheidungsinsignien tragen - das Konfliktrecht durch absichtliche Attackierung von zivilen Personen verletzen.³¹¹

Letztlich ist auch fraglich, eine Verletzung der Gesetze und Gebräuche des Krieges seitens der Taliban pauschal wie folgt zu begründen: „[T]hey have abbetted Al Qaeda's flagrant violation of the laws of war“.³¹² Diese Argumentation ist zwar insofern konsequent, als die Vereinigten Staaten in den Terror-Anschlägen des 11. Septembers 2001 primär einen bewaffneten Angriff durch Al Qaida sehen und seitdem einen bewaffneten Konflikt mit der Terror-Organisation annehmen, in dem diese die Gesetze und Gebräuche des Krieges zwangsläufig durch Angriffe auf Zivilisten verletzt. Die Al Qaida unterstützenden Taliban, die aus US-Sicht auch Gegner in einem umfassenden Krieg gegen den Terrorismus sind, in dem der bewaffnete Afghanistan-Konflikt als ein Bestandteil aufgeht, haben sich danach durch Unterstützung der Terror-Gruppe deren Kriegsrechtsverletzungen zu eigen gemacht. Jedoch sind nach gegenteiliger völkerrechtlicher Subsumierung der Ereignisse die Konflikte der Vereinigten Staaten mit Afghanistan und den Taliban auf der einen und der privaten Terror-Organisation Al Qaida auf der anderen Seite streng zu unterscheiden und nach differenten Rechtsmaterien zu bewerten; letzterer kann danach nicht ohne weiteres als bewaffneter Konflikt oder Krieg im Sinne des humanitären Völkerrechts behandelt werden.³¹³ Die Verletzung völkerrechtlicher Pflichten durch die Taliban, bereits manifestiert in den Resolutionen 1267 (1999) und 1333 (2000), durch die Unterstützung der nach strafrechtlichen und

Rights Under International Humanitarian and Human Rights Law, *ASIL Task Force Papers*, 2002, 1, 27.

311 Vgl. *Stahn*, oben Fn. 202, 199.

312 So *Wedgwood*, oben Fn. 206, 335; auch *Ruth Wedgwood*, *The Law's Response to September 11*, *Ethics & International Affairs*, 2002, 21, 27 ff.

313 S. oben unter Punkt 1.2.1.1.

völkerstrafrechtlichen Maßstäben zu beurteilenden Handlungen von Al Qaida kann nach diese Interpretation daher auch nicht systemübergreifend zur Verletzung des Kriegsrechts im Konflikt mit den USA führen.³¹⁴

Mangels gegenteiliger Nachweise, muss im Ergebnis davon ausgegangen werden, dass die Mehrheit der Taliban-Kämpfer im bewaffneten Konflikt zwischen Afghanistan und den Vereinigten Staaten von Amerika die Gesetze und Gebräuche des Krieges eingehalten haben. Verstöße gegen das Konfliktrecht müssen jedenfalls individuell beurteilt werden und führen nicht zum Verlust der Kombattanteneigenschaft.³¹⁵ Ein systematischer und strukturell bedingter Verstoß gegen das Kriegsrecht durch die kämpfenden Einheiten der Taliban kann nach den verfügbaren Informationen jedenfalls nicht festgestellt werden. Die zeitlich vor dem Afghanistan-Konflikt liegende Unterstützung der Terror-Organisation dafür heranzuziehen, begegnet dogmatischen Bedenken.

„Gotteskrieger“ als Kombattanten in Sinne der Genfer Konventionen

Insgesamt wird dennoch deutlich, dass die besondere Eigenart des bewaffneten Konfliktes mit Afghanistan und die Auseinandersetzungen mit den Taliban-Kämpfern eine Herausforderung an das Regulatoriv der Genfer Konventionen von 1949 stellen. Die Einordnung des unikaten *de facto*-Regimes der Taliban - eines ungeliebten und zum Teil chaotischen Regimes radikal-fundamentalistischer Islamiten - als verantwortliche Führung der Streitkräfte einer staatlichen Konfliktpartei sowie die Subsumtion des für Soldaten untypischen Erscheinungsbildes der oft auch als „Gotteskrieger“³¹⁶ bezeichneten Taliban-Kämpfer unter den Kombattantenbegriff sind mit den über-

314 Selbst wenn man einen bewaffneten Konflikt seit den Anschlägen des 11. Septembers 2001, welche den Taliban völkerrechtlich zugerechnet werden können, annimmt, kann aus diesem zwar schwerwiegenden, aber dennoch singulären Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht kaum ein pauschaler Verlust der Kombattanteneigenschaft der gesamten talibanischen Streitkräfte angenommen werden. Für die Beurteilung von Kriegsverbrechen muss das Verhalten des einzelnen Mitglieds der gegnerischen Streitkräfte während der Kämpfe in Afghanistan entscheidend bleiben.

315 S. *Borelli*, oben Fn. 206, 50; *Sassòli*, oben Fn. 40, 102 f.; *Goldman/Tittemore*, oben Fn. 310, 28.

316 S. bereits *Süddeutsche Zeitung* vom 18.10.1996, S. 3; auch 13.9.2001, S. 6

kommenen Maßstäben des Konfliktrechts erheblichen Schwierigkeiten ausgesetzt. Außerdem stößt die *rechtliche* Bewertung der Vorkommnisse an die Grenzen, die ihr durch die Beweisnot gesetzt werden.

Auch wenn die Zusammenschau der vorliegenden Indizien, aber auch eine entsprechende Interpretation der entscheidenden Normen der III. Genfer Konvention, mehr dafür sprechen, dass die Taliban die vier Kriterien des Artikels 4 A Abs. 2 GK III im Konflikt mit den USA erfüllt haben und auch nach dem einheitlichen oder heteronomen Kombattantenbegriff als Kombattanten und nach ihrer Gefangennahme als Kriegsgefangene anzusehen sind, kann das Bestehen von Zweifeln - insbesondere hinsichtlich ihres tatsächlichen Erscheinungsbildes im Kampfe - nicht vollständig ausgeräumt werden.

Wird allerdings wie vorliegend von der Erfüllung der Kombattantenvoraussetzungen durch die Taliban ausgegangen, führen beide konträren Meinungen zum Kombattantenbegriff des Artikels 4 A GK III zum gleichen Ergebnis.

Rechtsfolgen bei Nichterfüllung der Kombattantenkriterien

Doch selbst wenn der Nachweis der *Nichterfüllung* der vier in Artikel 4 A Abs. 2 GK III aufgeführten Merkmale durch die Taliban-Kämpfer gelänge, stellt sich - wenn man diese inzident für den Streitkräftebegriff voraussetzt – des Weiteren die Frage, ob dies die Rechtsfolgen auslöst, wie sie von US-amerikanischer Seite unter dem Begriff des „*unlawful combatant*“ proklamiert werden. Der Status des „*unrechtmäßigen Kämpfers*“ sieht in der amerikanischen Konnotation vor, dass obwohl die Genfer Konventionen im Konflikt mit Afghanistan zur Anwendung kommen, die Taliban keine Rechte als Kriegsgefangene daraus herleiten können. Privilegien, die ihnen dennoch gewährt werden, seien danach als Gestus politischen Willens zu verstehen, nicht als Ausdruck rechtlicher Verpflichtung:

„Even though the detainees are not entitled to POW privileges, they will be provided many POW privileges as a matter of policy.“³¹⁷

317 S. *White House*, Fact Sheet - Status of Detainees at Guantanamo, vom 7.2.2002, oben Fn. 234, indem es weiter heißt: „*All detainees at Guantanamo are being provided:*

- *three meals a day that meet Muslim dietary laws*
- *water*

„The United States government will continue to treat them humanely, as we have in the past, as we are now, and in keeping with the principles of the Geneva Convention. They will continue to receive three appropriate meals a day, medical care, clothing, showers, visits from chaplains, Muslim chaplains, as appropriate, and the opportunity to worship freely. We will continue to allow the International Committee of the Red Cross to visit each detainee privately, a right that's normally only accorded to individuals who qualify as prisoners of war under the convention.

In short, we will continue to treat them consistent with the principles of fairness, freedom and justice that our nation was founded on, the principles that they obviously abhor and which they sought to attack and destroy.“³¹⁸

Damit zusammenhängend wird nicht ohne Grund argumentiert, dass die gefangenen Taliban als „*unlawful combatants*“ - obwohl der Anwendungsbereich der Genfer Konventionen eröffnet ist - gleichfalls in eine Art „*legal black hole*“, eine *lacuna legis* fielen.³¹⁹ Denn zur Frage, ob den Inhaftierten statt des Kriegsgefangenen- ein anderer Status nach den Genfer Konventionen zukommen soll, gibt es keine eindeutigen Angaben.³²⁰ Die Gewährung von Rechten nach der

-
- *medical care*
 - *clothing and shoes*
 - *shelter*
 - *showers*
 - *soap and toilet articles*
 - *foam sleeping pads and blankets*
 - *towels and washcloths*
 - *the opportunity to worship*
 - *correspondence materials, and the means to send mail*
 - *the ability to receive packages of food and clothing, subject to security screening*

The detainees will not be subjected to physical or mental abuse or cruel treatment.“.

318 *Rumsfeld*, oben Fn. 282; s. auch Aussagen des Leiters des Gefangenenlagers in Guantánamo Bay, General *Lehnert*, wonach die Regeln der Genfer Konventionen angewendet würden, „*wo immer es möglich und praktisch ist*“; *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 4.2.2002, S. 1.

319 Zu dem Begriff s. etwa *Daniel Thürer*, Guantánamo: Ein „Legal Black Hole“ oder ein System sich überschneidender und überlagender „Rechtskreise“?, *SZIER*, 2004, 1 ff.

320 So fiel in den Stellungnahmen von US-Verteidigungsminister *Rumsfeld* kein Wort von einer ersatzweisen Anwendbarkeit der IV. Genfer Konvention wegen der Nichterfüllung des Kombattantenstatus durch die Taliban. Und auch im Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism des *Department of Defense*, oben Fn. 17, 4, heißt es: „*The Depart-*

amerikanischen Verfassung oder nach internationalen Menschenrechtsabkommen, wie etwa justizieller Rechte im Sinne der *habeas corpus*, ist den Gefangenen von der US-Administration jedenfalls verweigert worden.³²¹ Der „*unrechtmäßige Kämpfer*“ wird danach auch als der „*rechtlose Kämpfer*“ behandelt.

Umfassender Schutz der Genfer Konventionen?

Fraglich und vor dem Hintergrund der Beweisprobleme bezüglich der Erfüllung der Kombattantenkriterien entscheidend ist, ob diese Auslegung der Genfer Konventionen vertretbar ist. Dafür ist maßgeblich, ob das Vertragswerk einen umfassenden Schutz für die von einem bewaffneten Konflikt betroffenen Personen bezweckt, so dass Personen, die nicht unter den Schutz des einen Status, *ipso iure* unter den eines anderen fallen. Insbesondere ist fraglich, ob Taliban-Kämpfer, falls diese nicht als Kombattanten zu qualifizieren sind,

ment of Justice has advised that the Geneva Convention Relative to Civilian Personnel in time of War (Fourth Geneva Convention) does not apply to unlawful combatants.“ Der Legal Advisor des Department of State, William Taft, hingegen hat mit Bezug auf die IV. Genfer Konvention betont, dass das System des Regulativs ein „*safety-net*“ vorsehe, so dass keine Personen, auch keine „*enemy combatants*“ schutzlos stünden, oben Fn. 194, 321.

321 S. zum internationalen Menschenrechtsschutz unten den Text zu den Fn. 403 ff.

Zur Frage eines Haftprüfungsrechts hatte der Supreme Court zwar in der Entscheidung *Rasul v. Bush*, 540 U.S. - (2004); No. 03-334, entschieden, dass amerikanische Gerichte Jurisdiktion über das Vorbringen inhaftierter Ausländer auf fremdem Territorium haben, wenn sie unter effektiver amerikanischer Hoheitsgewalt stünden. Das höchste Gericht der USA führte aber im Weiteren nicht aus, welche Verfahren für die Klagen der Betroffenen zur Verfügung stünden. Die amerikanische Regierung argumentierte in den Folgeverfahren daher weiterhin, dass die bloße Bestätigung der Jurisdiktion nicht auch bedeute, dass eine Haftprüfung vor ordentlichen Gerichten tatsächlich gewährt werden müsse; vgl. etwa *Hamdam v. Rumsfeld*, F. Supp. 2nd, (DCDC2004); Civil Action No.04-1519. Die Legislative hat in diesem Zusammenhang den gesetzlichen Ausschluss einer Haftprüfung außerhalb der vorgesehenen Militärkommissionsverfahren aus dem Detainee Treatment Act von 2005 jedenfalls im Military Commissions Act von 2006 bestätigt; vgl. oben Fn. 13.

Zur Frage der Anwendbarkeit der amerikanischen Verfassung vgl. nur *Department of Defense, Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism: Assessment of Legal, Historical, Policy, and Operational Considerations*, oben Fn. 17, 35: „*Nonresident enemy aliens do not enjoy constitutional rights outside the sovereign territory of the United States.*“.

zumindest nach der IV. Genfer Konvention als Zivilpersonen behandelt werden können.

Der Wortlaut des Artikels 4 Abs. 1 GK IV suggeriert zunächst einen solch umfassenden Schutz:

„Persons protected by the Convention are those who, at a given moment and in any manner whatsoever, find themselves, in case of a conflict or occupation, in the hands of a Party to the conflict or Occupying Power of which they are not nationals.“

Zwar bestimmt in dem Zusammenhang die Schwelle des Artikels 4 Abs. 2 Satz 1 GK IV, dass Staatsangehörige einer Nichtvertragspartei nicht durch das Abkommen geschützt sind (*„Nationals of a State which is not bound by the Convention are not protected by it*), in Anbetracht von 192 Vertragsstaaten ist dies jedoch ein vernachlässigbarer Umstand.³²² Bedeutsamer ist dagegen der Satz 2 des zweiten Absatzes, wonach Angehörige eines neutralen oder eines mitkriegführenden Staates solange nicht als geschützte Personen zu betrachten sind, als der Heimatstaat zum Aufenthaltsstaat *„eine normale diplomatische Vertretung“* unterhält. Diese Bestimmung wäre bei Nichterfüllung der Kombattanteneigenschaft insbesondere für Taliban-Kämpfer relevant, die keine afghanischen Staatsangehörige sind. An der Norm wird aber auch deutlich, dass es kein Kriterium für die Nichtanwendbarkeit der IV. Genfer Konvention ist, ob der Betreffende sich unrechtmäßig an Kampfhandlungen beteiligt hat.³²³ Im Gegenteil wird in Artikel 5 GK IV von *„geschützter Einzelperson“* grundsätzlich auch im Zusammenhang mit Spionen und Saboteuren als dem klassischen Fall des unrechtmäßigen Kämpfers gesprochen. Mangels Ratifikation durch die USA weniger bedeutsam, aber wegen seiner einstimmigen Annahme in der Vertragsentstehung erwähnenswert, ist auch Artikel 50 Abs. 1 ZP I, wonach eine Zivilperson jede Person sein soll, *„die keiner der in Artikel 4 Buchstabe A Absätze 1, 2, 3 und 6 des III. Abkommens und in Artikel 43 dieses Protokolls bezeichneten Kategorien angehört“*.

Weniger eindeutig zugunsten eines umfassenden Schutzes durch die Genfer Konventionen fällt dagegen die historische Betrachtung

322 S. zum Ratifikationsstand die IHL-Database, oben Fn. 104.

323 Vgl. *Knut Dörmann*, The legal situation of „unlawful/unprivileged combatants“, *IRRC*, 2003, 45, 50 ff.

anhand der *travaux préparatoires* aus. Über die rechtliche Behandlung von Personen, die nicht die Kriterien des Artikels 4 GK III erfüllen, gab es gegensätzliche Ansichten.³²⁴ Zwei Schulen - die der „*broad and 'elastic' Convention*“ mit umfassender Schutzintention und die der „*restricted Convention*“ mit Annahme eines exklusiven Sonderrechts - entwickelten sich innerhalb der Diskussionen.³²⁵ Als Kompromissformel wurde der jetzige Artikel 5 GK IV formuliert, der eine Entziehung bestimmter Konventionsrechte unter engen Bedingungen für eine „*geschützte Einzelperson*“ vorsieht, wenn diese als „*Spion oder Saboteur oder unter dem gerechtfertigten Verdacht festgenommen wird, eine der Sicherheit der Besatzungsmacht abträgliche Tätigkeit zu entfalten.*“³²⁶

An dieser Norm wird gleichwohl deutlich, dass Personen, die nicht die Voraussetzungen des Kombattantenstatus nach Artikel 4 GK III erfüllen, grundsätzlich nach der IV. Genfer Konvention geschützt werden sollen, wenn sie die Staatsangehörigkeitsschwelle des Artikels 4 überwinden.³²⁷ Dem folgend beurteilt auch der IKRK-Kommentar den Artikel 4 GK IV:

324 Vgl. die Diskussion zwischen der niederländischen und der sowjetischen Delegation: „*Mr. Morosov (Union of Soviet Socialist Republics): [...] Where is it laid down that any person who is not protected by Article 3 [Art. 4 GK IV] should be shot? I do not know of any law to this effect, and I do not know of anybody who would wish to devise a clause of that kind. That argument therefore is also not valid. If a person is not recognized as a prisoner of war under the terms of Article 3, such a person would then be a civilian and would enjoy the full protection afforded by the Civilians Convention.[...]*“

„*Captain Mouton (Netherlands): [...] That persons who do not fall under Article 3 are automatically protected by other Conventions is certainly untrue. The Civilian Convention, for instance, deals only with civilians under certain circumstances; such as civilians in an occupied country or civilians who are living in a belligerent country, but it certainly does not protect civilians who are in the battlefield, taking up arms against the adverse party. These people, if they do not belong to Article 3, and if they fall into the hands of the adverse party, might be shot [...].*“; Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Vol. II B, 271; s. dazu Dörmann, oben Fn. 323, 50 ff.

325 So ausdrücklich der australische Delegierte *Colonel Hodgson*, in: Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Vol. II A, 622; dazu Dörmann, a.a.O.

326 Artikel 5 Abs. 2 GK IV.

327 Vgl. Dörmann a.a.O.; *Sassòli*, oben Fn. 40, 101 ff.; *Borelli*, oben Fn. 206, 51; auch *Judith Wieczorek*, Unrechtmäßige Kombattanten und humanitäres Völkerrecht, 2005, 108 ff.; aA *Goldman/Tittmore*, oben Fn. 310, 38.

TEIL 1: BEWERTUNG NACH VÖLKERRECHT

„The definition [in para. 1 of article 4] has been put in a negative form; as it is intended to cover anyone who is 'not' a national of the Party to the conflict or Occupying Power in whose hands he is. [...] The words "at a given moment and in any manner whatsoever", were intended to ensure that all situations and cases were covered. The Article refers both to people who were in the territory before the outbreak of war (or the beginning of the occupation) and to those who go or are taken there as a result of circumstances: travellers, tourists, people who have been shipwrecked and even, it may be, spies or saboteurs. (It will be seen later, when we come to Article 5, that provision has been made for certain exceptions in this last case.).“³²⁸

Und entsprechend hat das ICTY im Fall *Delalic* die Komplementarität der Genfer Konventionen interpretiert:

„There is no gap between the Third and the Fourth Geneva Conventions and [...] if an individual is not entitled to the protections of the Third Convention as a prisoner of war (or of the First or Second Conventions) he or she necessarily falls within the ambit of Convention IV, provided that its article 4 requirements are satisfied.“³²⁹

Dennoch wird es sich bei solchen Personen, die aus bestimmten Gründen keine Kombattanten sind, in der Regel nicht um gewöhnliche Zivilisten handeln. Wegen ihrer feindlichen Einstellung gegenüber dem Konfliktgegner und ihrer potentiellen Gefahr stehen sie vielmehr zwischen regulären Kombattanten und der Zivilbevölkerung. Deshalb hat der Gewahrsamsstaat auch die Möglichkeit, ihnen gewisse Konventionsrechte zu entziehen. Es bleibt jedoch ein Mindestschutz für solche Personen auch im Falle der Derogation von Rechten, der in Artikel 5 Abs. 3 GK IV zum Ausdruck gebracht wird:

„In each case, such persons shall nevertheless be treated with humanity and, in case of trial, shall not be deprived of the rights of fair and regular trial prescribed by the present Convention. They shall also be granted the full rights and privileges of a protected person under the present Conven-

328 Jean S. Pictet (Ed.), *Commentary, IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, 1958, 47 (Hervorhebungen durch Verfasser).

329 ICTY, *The Prosecutor v. Delalic et al*, IT-96-21-T, 16.11.1998, Rn. 271; dazu auch Dörmann, oben Fn. 323, 60.

DIE GEGENSÄTZLICHEN ANSICHTEN DER DISKURSTEILNEHMER ZUM STATUS
DER GEFANGENEN

*tion at the earliest date consistent with the security of the State or Occupying Power, as the case may be.*³³⁰

Dafür, dass jegliche Personen in Feindeshand einen solchen Mindestschutz nach den Genfer Konventionen genießen, spricht auch eine entsprechende Aussage im IKRK-Kommentar zu Artikel 6 GK IV:

„The Convention is quite definite on this point: all persons who find themselves in the hands of a Party to the conflict or an Occupying power of which they are not nationals are protected persons. No loophole is left.“³³¹

Für diese Interpretation der Genfer Konventionen, wonach alle von einem bewaffneten Konflikt betroffenen Personen - auch Zivilisten, die nicht die Staatsangehörigkeitserfordernisse des Artikels 4 GK IV erfüllen - einen Mindestschutz genießen, spricht ebenfalls eine entsprechende Manifestation in Artikel 75 ZP I. Danach werden allen Personen, die von den im gemeinsamen Artikel 2 der Genfer Konventionen genannten Situationen betroffenen sind, mindestens die in Artikel 75 ZP I aufgeführten Rechte gewährt.³³² Dies gilt auch dann, wenn diese Personen keine „*günstigere Behandlung*“ nach den Abkommen oder dem Protokoll genießen. Daran wird deutlich, dass das Regulativ der Genfer Konventionen die Privilegien den dafür vorgesehenen Personen einräumt, wegen mangelnder Zugehörigkeit zu einer Vertragspartei oder wegen Nichterfüllung der Privilegienvoraussetzungen Außenstehenden aber ebenso einen Mindestschutz garantieren will. Dass damit auch Personen gemeint sind, die zwischen regulären Kämpfern und Zivilisten stehen (*unlawful comba-*

330 Nebenbei sei erwähnt, dass die USA von einem (wie auch immer gearteten) Derogationsrecht ausdrücklich keinen Gebrauch gemacht haben, vgl. *George W. Bush*, oben Fn. 15: „*I accept the legal conclusion of the attorney general and the Department of Justice that I have the authority under the Constitution to suspend Geneva [sic] as between the United States and Afghanistan, but I decline to exercise that authority at this time. Accordingly, I determine that the provisions of Geneva [sic] will apply to our present conflict with the Taliban. I reserve the right to exercise the authority in this or future conflicts.*“.

331 *Pictet (Ed.)*, oben Fn. 328, 60.

332 Dazu *Knut Ipsen*, in: *Dieter Fleck (Ed.)*, *The Handbook of Humanitarian Laws in Armed Conflicts*, 1995, 94.

tants), zeigt der Wortlaut von Artikel 45 Abs. 3 ZP I³³³ und verdeutlicht insbesondere auch der IKRK-Kommentar zu Artikel 75 ZP I:

„According to Article 45 '(Protection of persons who have taken part in hostilities),' paragraph 3, any person who has taken part in hostilities, who is not entitled to prisoner-of-war status and who does not benefit from more favourable treatment in accordance with the fourth Convention has the right at all times to the protection of Article 75.“³³⁴

Artikel 75 ZP I ist zwar mangels Ratifikation des I. Zusatzprotokolls nicht völkervertragsrechtlich für die Vereinigten Staaten bindend, der Norm kommt aber mittlerweile gewohnheitsrechtliche Geltung zu,³³⁵ die auch von den USA anerkannt worden ist.³³⁶ Die Vorschrift stellt eine Weiterführung des gemeinsamen Artikels 3 der Genfer Konventionen dar, der einen Mindestschutz für Zivilisten und außer Kampf gesetzte Mitglieder der Streitkräfte statuiert und der über den Wortlaut hinaus auch für den internationalen bewaffneten Konflikt einen „*minimum yardstick*“ darstellt.³³⁷ Auch letztere Norm

333 Artikel 45 Abs. 3 ZP I: „*Wer an Feindseligkeiten teilgenommen hat, keinen Anspruch auf den Status eines Kriegsgefangenen hat und keine günstigere Behandlung nach dem IV. Abkommen genießt, hat jederzeit Anspruch auf den Schutz nach Artikel 75 dieses Protokolls.*“.

334 Vgl. *Sandoz/Swinarski/Zimmermann (Ed.)*, oben Fn. 209, 869.

335 S. *Henckaerts/Doswald-Beck*, oben Fn. 205, 303 ff.; *Dörmann*, oben Fn. 323, 64; *Thürer*, oben Fn. 319, 3; *Cerone*, oben Fn. 233, 4; *Goldman/Tittemore*, oben Fn. 310, 38; wohl auch *Anthony Dworkin*, *Revising the Laws of War to Account for Terrorism: The Case Against Updating the Geneva Conventions, On the Ground That Changes Are Likely Only to Damage Human Rights*, Februar 2003, S. 6, im Internet unter: http://writ.news.findlaw.com/commentary/20030204_dworkin.html.

336 Vgl. entsprechende Aussagen von *Taft (Legal Advisor des Department of State)*, oben Fn. 194, 321 f.; dazu auch *Borelli*, oben Fn. 206, 52 mwN.

337 Vgl. die IGH-Rechtsprechung im *Nicaragua-Urteil*, *ICJ Rep.* 1986, 104; dazu *Ipsen*, oben Fn. 96, 1217; *Frowein*, oben Fn. 239, 897; beachte in diesem Zusammenhang die gegenteilige Auffassung der US-Administration, die die Anwendbarkeit des gemeinsamen Artikels 3 der Genfer Konventionen ausdrücklich ausschließen: „*I also accept the legal conclusion of the Department of Justice and determine that common Article 3 of Geneva [sic] does not apply to either al Qaeda or Taliban detainees, because, among other reasons, the relevant conflicts are international in scope and common Article 3 applies only to 'armed conflict not of an international character'.*“; vgl. *George W. Bush*, *Memorandum on Humane Treatment of Taliban and al Qaeda Detainees*, oben Fn. 15.

gehört mittlerweile zum festen Bestandteil des gewohnheitsrechtlichen humanitären Völkerrechts.³³⁸

„*Safety-Net*“ des Genfer Regimes

Im Ergebnis kann das System der Genfer Konventionen zum Schutz der von einem internationalen bewaffneten Konflikt Betroffenen als ein „*safety-net*“³³⁹ zum Auffangen jeglicher Personen betrachtet werden: Nach Artikel 4 GK III sind (rechtmäßige) Kombattanten nach dem III. Genfer Abkommen zu beurteilen und zu behandeln (entsprechend Verwundete und Kranke der bewaffneten Kräfte im Felde und zur See nach den ersten beiden Genfer Abkommen). Personen, die nicht in die Kategorie der Kombattanten fallen (weil sie Zivilisten oder unrechtmäßige Kombattanten sind), fallen in den Schutz der IV. Genfer Konvention, wenn sie die Voraussetzungen deren Artikels 4 Abs. 2 erfüllen, das heißt Staatsangehörige einer Vertragspartei sind und keine Staatsangehörige eines neutralen oder mitkriegführenden Staates mit normalen diplomatischen Beziehungen zum Gewahrsamsstaat. Erfüllen sie diese Bedingungen, macht der Gewahrsamsstaat aber von seinem Derogationsrecht nach Artikel 5 GK IV Gebrauch (insbesondere aus Gründen der militärischen Sicherheit), findet der Mindestschutz nach Absatz 3 des Artikels 5 Anwendung. Werden die oben genannten Kriterien des Artikels 4 Abs. 2 GK IV bezüglich der Staatsangehörigkeit nicht erfüllt, so dass weder ein spezieller Schutz nach dem III. Genfer Abkommen (respektive den ersten beiden) noch nach der IV. Genfer Konvention in Frage kommt, garantieren der gemeinsame Artikel 3 sowie der umfangreichere Artikel 75 ZP I - die beide völkergewohnheitsrechtliche Geltung haben - den darin statuierten Mindestschutz. Dieser Schutz kommt auch (zusätzlich) zur Anwendung für geschützte Personen nach dem IV. Genfer Abkommen, deren Rechte nach deren Artikel 5 ausgesetzt wurden.³⁴⁰ Für nicht-internationale bewaffnete Konflikte sieht ebenfalls der gemeinsame Artikel 3 der Genfer Konventionen Mindestgarantien vor; weitreichendere Rechte sind durch das II. Zusatzprotokoll festgelegt.

338 Vgl. *Ipsen*, a.a.O.; wohl auch *Frowein*, a.a.O.

339 So auch schon *Taft* (*Legal Advisor* des *State Department*), oben Fn. 194, 321.

340 Vgl. IKRK-Kommentar zu Artikel 75 ZP I, *Sandoz/Swinarski/Zimmermann* (*Ed.*), oben Fn. 209, 870.

In der Zusammenschau dient das Regulativ der Genfer Konventionen zum Schutz der von einem bewaffneten Konflikt betroffenen Personen daher als Raster, mit Hilfe dessen durch Festlegung komplementärer Rechtsmaterien der Status und die Rechte der Betroffenen ermittelt wird und das als Auffangtatbestand den bereits als „*kleinen Menschenrechtskatalog*“³⁴¹ bezeichneten Mindestschutz für jedermann enthält.

Zwischenergebnis: Status der Taliban-Kämpfer nach Genfer Konventionen

Als Zwischenergebnis der hier vertretenen Auslegung der Genfer Konventionen kann festgehalten werden, dass die im Zuge des Afghanistan-Krieges in Gewahrsam genommenen Taliban-Kämpfer die Streitkräfte des afghanischen Staates darstellten. Nach der vorgenommenen Interpretation ergibt sich aus der Zugehörigkeit zu den Streitkräften - wie von den Vereinigten Staaten vertreten - alleine aber noch nicht die Kombattanteneigenschaft. Zwar wird dies vom Wortlaut des Artikels 43 Abs. 2 ZP I suggeriert, dennoch kann nicht außer Acht gelassen werden, dass selbst diese modernste Ergänzung der Genfer Konventionen weitere Voraussetzungen an den Streitkräftebegriff stellt und das Axiom des Unterscheidungsgebotes beibehält. Maßgeblich zur Bewertung des Status der Taliban-Kämpfer ist indes, wegen der fehlenden vertraglichen Bindung der USA an das I. Zusatzprotokoll, Artikel 4 A GK III. Der Streit um die Auslegung des Kombattantenbegriffs kann aber unentschieden bleiben, weil die Taliban nach den vorhandenen Informationen und Indizien die Kriterien des Absatzes 2 von Artikel 4 A GK IV erfüllt haben. Auch nach dem hier vertretenen strengen oder einheitlichen Kombattantenbegriff sind die Taliban daher als reguläre Kämpfer und damit als Kriegsgefangene im Sinne der III. Genfer Konvention zu qualifizieren.

Doch selbst bei Nachweis der Nichterfüllung der Kriterien stünden die Taliban-Kämpfer nicht außerhalb des Regulativs der Genfer Abkommen. Nach der vorliegend vertretenen Auslegung wären sie als *unrechtmäßige Kombattanten* nach dem IV. Genfer Abkommen im Zeitpunkt ihrer Gefangennahme durch die USA als Zivilpersonen

341 S. Ipsen, oben Fn. 96, 1255.

geschützt, wenn sie afghanische Staatsangehörige sind und sich folglich als Personen darstellen, die sich in einem bewaffneten Konflikt in der Gewalt einer Konfliktpartei befinden, deren Staatsangehörige sie nicht sind, vgl. Artikel 4 Abs. 1 GK IV. Besitzen sie keine afghanische Staatsangehörigkeit, sondern die eines neutralen Drittstaates, etwa Pakistans, käme es darauf an, ob der Heimatstaat zum Gewahrsamsstaat (hier die USA) normale diplomatische Beziehungen unterhält.³⁴² Dasselbe würde für Staatsangehörige eines mitkriegführenden Staates, also der Alliierten der Vereinigten Staaten gelten. Sind die inhaftierten Taliban Afghanen oder Angehörige eines Drittstaates, zu denen keine normalen diplomatischen Beziehungen bestehen, könnten bestimmte Konventionsrechte aus Gründen der Sicherheit ausgesetzt werden, Artikel 5 GK IV. In diesem Fall käme aber jedenfalls der Schutz des Artikels 5 Abs. 3 GK IV zur Anwendung. Verfügen die inhaftierten Taliban im Falle der Nichterfüllung der Kriterien des Kombattantenstatus über die Staatsangehörigkeit eines neutralen oder alliierten Staates, mit dem normale diplomatische Beziehungen bestehen, so dass auch die IV. Genfer Konvention keine Anwendung findet oder sind ihre Rechte trotz der Anwendbarkeit ausgesetzt worden, kämen sie in jedem Fall in den Genuss des völkergewohnheitsrechtlichen Mindestschutzes, der dem gemeinsamen Artikel 3 der Genfer Abkommen und Artikel 75 ZP I entspricht.

Die inhaftierten Taliban-Kämpfer fallen nach dieser Interpretation der einschlägigen Bestimmungen in keinem Fall aus dem Schutzbereich der Genfer Abkommen. Eine Rechtslosstellung von Betroffenen eines bewaffneten Konfliktes erfolgt demnach im System der Genfer Abkommen von 1949 nicht. Ein rechtliches Loch gibt es selbst für „*unlawful combatants*“ nicht.³⁴³

342 Artikel 4 A Abs. 2 GK IV; zum Begriff der „*normalen diplomatischen Beziehungen*“ vgl. den IKRK-Kommentar zu dieser Norm, wonach es entscheidend auf die Effektivität und Möglichkeit der diplomatischen Vertretung ankommt, zu ihren Landsleuten Kontakt aufzunehmen und diplomatische Hilfe zu leisten; *Pictet (Ed.)*, oben Fn. 328, 49.

343 Vgl. *Borelli*, oben Fn. 206, 51; *Stuckenberg*, oben Fn. 227, 321; *Sven Peterke*, Die Umgehung rechtsstaatlicher Garantien durch Bestimmung Terrorverdächtiger zu „feindlichen Kombattanten“, *Humanitäres Völkerrecht*, 2004, 39, 41; *Thürer*, oben Fn. 319; 3; *Dörmann*, oben Fn. 323, 73; s. auch *Wieczorek*, oben Fn. 327, 112, mit der Feststellung, dass der Begriff des „*unrechtmäßigen Kämpfers*“ allenfalls eine Sachverhaltsbeschreibung, aber keine Rechtskatego-

Insgesamt zeigt sich auch, dass die Figur des „*unlawful combatant*“, wie sie von Seiten der US-Regierung in einer für das Völkerrecht bisher unüblichen Weise verwendet wird, der eines Zivilisten entspricht, der sich in illegaler Weise an den Feindseligkeiten beteiligt hat. Die Rechtstellung des *unrechtmäßigen Kämpfers* oder *illegal kämpfenden Zivilisten* wird aber vorliegend nicht außer, sondern innerhalb des Systems der Genfer Konventionen interpretiert. Wer nicht Kämpfer ist, ist Zivilist und erfährt die für diese vorgesehene konventionsrechtliche Stellung, jedenfalls den in den Abkommen festgelegten Mindestschutz.³⁴⁴ Der „*unrechtmäßige Kämpfer*“ ist folglich nicht gänzlich auch ein „*rechtloser Kämpfer*“.

Bedeutung des Artikels 5 Abs. 2 GK III - Zweifel am Kriegsgefangenenstatus

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch die Vorschrift des Artikels 5 Abs. 2 GK III. Danach wird bei Zweifeln darüber, ob eine Person in der Hand des Feindes unter die Kategorien des Artikels 4 GK III fällt, der Kriegsgefangenenstatus so lange suggeriert, bis ein „*zuständiges Gericht*“ die tatsächliche Rechtsstellung festgestellt hat. Daher muss bei Unsicherheiten über die Erfüllung der Kriterien des Kombattanten durch die Taliban deren Kriegsgefangenenstatus unterstellt werden, bis eine gerichtliche Entscheidung vorliegt. Fraglich kann alleine sein, was mit dem Beg-

rie darstellt; vgl. auch *Luisa Vierucci*, What judicial treatment for the Guantanamo Detainees?, *German Law Journal*, September 2002, im Internet: <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=190>; selbst *Taft*, oben Fn. 194, 321. In der (zumeist angloamerikanischen) Literatur, welche die Rechtsfigur der „*unlawful combatants*“ für die Taliban-Kämpfer befürwortet, bleibt es überwiegend bei dieser Feststellung, ohne dass auf die Möglichkeit eines anderen Status oder die Gewährung des Mindestschutzes entsprechend Artikel 75 ZP I eingegangen wird; vgl. etwa *Yoo/Ho*, oben 165, 225 ff.; auch *Wedgwood*, oben Fn. 206, 335 ff.; eine Ausnahme - den Schutz von „*unlawful combatants*“ nach den Genfer Konventionen im Ergebnis aber ablehnend - stellen die Ausführungen dar von *David Rivkin/Lee Casey/Darin Bartram*, Enemy Combatant Determinations and Judicial Review, *The Federalist Society*, 8 f., im Internet unter <http://www.fed-soc.org/lawsofwar.htm>.

344 Auch wenn diese Stellung möglicherweise beinhaltet, die Anwendbarkeit der IV. Genfer Konvention nach Artikel 4 GK IV auszuschließen. Denn dieser Ausschluss bezieht sich nur auf die Privilegien der IV. Genfer Konvention, der Mindestschutz bleibt davon unberührt.

riff der „Zweifel“ gemeint ist und *in concreto*, wer zweifeln darf.³⁴⁵ So könnte argumentiert werden, dass auf amerikanischer Seite keine Zweifel darüber bestehen, dass die Kämpfer der Taliban *keine* Kombattanten im Sinne des Artikels 4 A GK III sind und es folglich auch der Suggestion des Artikels 5 Abs. 2 GK III und einer gerichtlichen Entscheidung nicht bedarf.³⁴⁶

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst auf die Bedeutung des Kombattanten- und Kriegsgefangenenstatus für die betreffende Person hinzuweisen. Der endgültig zugesprochene Status entscheidet darüber, ob die Teilnahme an den Feindseligkeiten und eventuelle Schädigungshandlungen erlaubt waren oder im Gegenteil strafbar sind. Und selbst wenn bei bestehendem Kombattantenstatus bestimmte Taten als Kriegsverbrechen verfolgbar sein sollten, ist dieser maßgeblich für das Ausmaß der prozeduralen Garantien.³⁴⁷ Die anerkannte Schutzfunktion des III. Genfer Abkommens für die Kombattanten in Feindeshand als eine der verletzbarsten Gruppen in einem bewaffneten Konflikt spricht daher bereits für eine extensive Auslegung des Artikels 5 Abs. 2 GK III.

Wenig Anhaltspunkte zum Begriff der „Zweifel“ sind hingegen in den Erläuterungen des IKRK-Kommentars zu Artikel 5 GK III enthalten. Zweifelsfälle werden hier nur beispielhaft aufgeführt, wie der des Deserteurs oder der Fall des Verlustes der Identitätskarte eines Kombattanten.³⁴⁸ Festgehalten wird aber auch hier, dass die Vorschrift nicht zu restriktiv ausgelegt werden sollte, um als weiterer Auffangtatbestand für jede Unsicherheit hinsichtlich der bereits

345 Umfassend dazu *Yasmin Naqvi*, Doubtful prisoner-of-war status, *IRRC*, 2002, 571 ff.

346 Vgl. entsprechende Aussagen der US-Administration in: Response of the United States to Request for Precautionary Measures - Detainees at Guantanamo Bay, Cuba, oben Fn. 46, in der es heißt: „Here, there is no doubt about the detainees’ legal status. Accordingly, the United States has no obligation to convene any tribunal“; so auch *David Rivkin*, Treatment of Al Qaida and Taliban Detainees under International Law, *The Federalist Society*, Februar 2002, 7, abrufbar im Internet unter www.fed-soc.org/Publications/Transcripts/Belligerents1.PDF; diese Argumentation wird etwa von *Frowein*, oben Fn. 239, 896, zumindest im Hinblick auf Mitglieder von Al Qaida für vertretbar gehalten. Dazu auch *Goldman/Tittmore*, oben Fn. 310, 30.

347 S. *Sandoz/Swinarski/Zimmermann* (Ed.), oben Fn. 209, 554.

348 S. *Pictet* (Ed.), oben Fn. 257, 77 f.; dazu *Naqvi*, oben Fn. 345, 574 ff.

umfangreichen Kategorien des Artikels 4 GK III dienen zu können.³⁴⁹

Nähere Angaben finden sich hingegen in Artikel 45 Abs. 1 ZP I, der als Konkretisierung des unpräzise formulierten Artikel 5 GK III gilt.³⁵⁰ Danach gilt der Kriegsgefangenenstatus als vermutet, sofern der Betreffende oder die Partei, der er angehört, diesen beansprucht oder wenn er Anspruch darauf zu haben scheint. Bei Zweifeln entscheidet ein zuständiges Gericht; bis zu der Entscheidung genießt der Betreffende den Status des Kriegsgefangenen. Daran wird deutlich, dass die Entscheidung über den Kriegsgefangenenstatus oder etwaige Zweifel darüber nicht allein in der Hand der Gewahrsamsmacht liegen. Der in Gewahrsam Genommene kann nach dem Zusatzprotokoll durch die Ansprucherhebung die Suggestion des Kriegsgefangenenstatus auslösen und bei gegenteiliger Ansicht oder Unsicherheit auf Seiten der Gewahrsamsmacht die gerichtliche Entscheidung bewirken.

Im vorliegenden Fall spricht nach einer schutzorientierten Auslegung die Vermutung nach beiden Normen dafür, dass Personen, die an Feindseligkeiten teilgenommen haben, wie die Taliban-Kämpfer, und in die Hand der gegnerischen Partei fallen, Kriegsgefangene sind. Sollte die Gewahrsamsmacht, hier die USA, also der Überzeugung sein, dass es sich eindeutig nicht um Kriegsgefangene handelt, spricht diese Annahme gegen die Vermutung der Artikel 5 Abs. 2 GK III und 45 Abs. 1 ZP I und damit für das Vorliegen von Zweifeln im Sinne dieser Vorschriften. Auch die anfänglich exponierten Unklarheiten bezüglich des rechtlichen Status der in Guantánamo Inhaftierten und der Anwendbarkeit der Genfer Konventionen³⁵¹ innerhalb der US-Administration sowie die breite Diskussion in der wissenschaftlichen Literatur lassen „Zweifel“ im Sinne des Artikels 5 Abs. 2 GK III vermuten, die eine gerichtliche Entscheidung erforderlich machen würden.³⁵²

Als zuständige Entscheidungsinstanz kommen dabei ordentliche Gerichte, aber auch Militärgerichte und Militärkommissionen in Betracht, sofern diese die fundamentalen Prozessgrundsätze beach-

349 S. *Pictet (Ed.)*, a.a.O.

350 Vgl. *Naqvi*, a.a.O.; *Sandoz/Swinarski/Zimmermann (Ed.)*, a.a.O., 544 f.

351 Vgl. oben Text zu Fn. 200 ff.; s. insbesondere das Memorandum von *Alberto Gonzales* an US-Präsident *Bush*, oben Fn. 202.

352 So auch *Wieczorek*, oben Fn. 327, 121.

ten.³⁵³ Eine nach der Entscheidung des Supreme Court im Fall *Hamdi*³⁵⁴ im Juni 2004 beschlossene Überprüfung des Status der Gefangenen durch die US-Administration hat insoweit zu keinen neuen Ergebnissen geführt.³⁵⁵ *Ad hoc* eingesetzte Militärkommissionen überprüften in diesen Verfahren die bis dahin erfolgte Einstufung aller 558 Gefangenen als „*enemy combatants*“, bestätigten in 520 Fällen lediglich diesen Status und kamen in den restlichen 38 Fällen zu dem Ergebnis, die Betroffenen seien keine „*enemy combatants*“ mit der Folge, dass diese Personen freigelassen wurden.³⁵⁶ Die Entscheidungen bewegten sich damit in einem Argumentationszirkel um die Figur des „*unlawful combatant*“. Dies erscheint im Rahmen der amerikanischen Rechtsauffassung systematisch und konsequent, kann aber nach dem oben stehenden Auslegungsergebnis eines umfassenden Schutzes des Genfer Regimes nicht als Prüfung des Kriegsgefangenenstatus im Sinne des Artikels 5 Abs. 2 GK III angesehen werden.³⁵⁷ Das Ergebnis dieser Statusüberprüfung

353 Vgl. *Naqvi*, oben Fn. 345, 577 ff. Vgl. in diesem Zusammenhang die unterschiedliche Konnotation von „*zuständiges Gericht*“ als deutsche Übersetzung von „*competent tribunal*“ aus der englischen Vertragsfassung.

354 *Hamdi v. Rumsfeld*, 540 U.S. - (2004); No. 03-6696.

355 Die sogenannte Combatant Status Review Tribunal Order wurde am 7. Juli 2004 vom amerikanischen Verteidigungsministerium erlassen; s. dazu *Department of Defense*, News Release, 7.7.2004, <http://www.defenselink.mil/releases/2004/nr20040707-0992.html>; dazu auch *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 9.7.2004, S. 1. Das Ziel dieser Statusüberprüfung durch ein militärisches Tribunal mit drei Offizieren war nach Angaben des Department of Defense wie folgt: „*A formal review of all the information related to a detainee to determine whether each person meets to be designated as an enemy combatant. (Enemy combatant is defined as an individual who was part of or supporting Taliban or al Qaeda forces, or associated forces that are engaged in hostilities against the United States or its coalition partners. This includes any person who has committed a belligerent act or has directly supported hostilities in aid of enemy armed forces.)*“; das Combatant Status Review Tribunal ist zu unterscheiden von der Detainee Administrative Review, die eine jährliche Überprüfung der Haft unter dem Gesichtspunkt beinhaltet, ob der Gefangene eine weiter bestehende Gefahr für die Vereinigten Staaten darstellt; vgl. dazu *Department of Defense*, Guantanamo Detainee Processes, 8.9.2005, <http://www.defenselink.mil/news/detainees.html>.

356 Vgl. Übersicht zu den Ergebnissen der Status Review Tribunals vom August 2004 bis März 2005, im Internet unter <http://www.defenselink.mil/news/Mar2005/d20050329csrt.pdf>.

357 So *Borelli*, oben Fn. 206, 50; in diesem Zusammenhang erwähnenswert ist auch die Rüge einiger US-Gerichte, dass die Verfahren des Combatant Status Review Tribunal grundlegende Prozessgarantien nicht erfüllten, s. *In re*

rangiert nämlich außerhalb des hier verstandenen Systems der Genfer Konventionen, wonach dieses die Figur des „*unlawful combatant*“ mit der durch die USA vorgenommenen Rechtlosstellung nicht vorsieht.

Für Taliban-Kämpfer gilt daher bei bestehenden Zweifeln über ihren Kriegsgefangenenstatus - für den die Indizien sprechen - weiterhin die Vermutung des Artikels 5 Abs. 2 GK III.³⁵⁸ Im oben dargestellten Verständnis der Genfer Konventionen ergänzen die Normen der Artikel 5 Abs. 2 GK III und 45 Abs. 1 ZP I das beschriebene Raster aus komplementären Materien zur Ermittlung des Status einer von einem bewaffneten Konflikt betroffenen Person notwendigerweise für den Fall, dass eine Zuordnung aufgrund bestehender Zweifel zunächst nicht möglich ist und so vorerst dem Betreffenden der Schutz des III. Genfer Abkommens gewährt werden muss. Für den konkreten Fall bedeutet dies, dass die vorhandenen Informationen über die Organisation der Taliban-Streitkräfte und des Erschei-

Guantanamo Detainee Cases, oben Fn. 61. Zur Illustration des fehlenden Zugangs zu materiellen Beweisen zitiert das Gericht in seiner Entscheidung einen Auszug aus den Aufzeichnungen der Combatant Status Review Tribunals: „*In reading a list of allegations forming the basis for detention of Mustafa Aid Idr, a petitioner in Boumediene v. Bush, 04-CV-1166 (RJL), the Recorder of the CSRT [Combatant Status Review Tribunal] asserted, 'While living in Bosnia, the Detainee associated with a known Al Qaida operative.'* In response the following exchange occurred:

Detainee: Give me his name.

Tribunal President: I do not know.

Detainee: How can I respond to this?

Tribunal President: Did you know of anybody that was a member of Al Qaida?

Detainee: No, no.

Tribunal President: I'm sorry, what was your response?

Detainee: No.

Tribunal President: No?

Detainee: No. This is something the interrogators told me a long while ago. I asked the interrogators to tell me who this person was. Then I could tell you if I might have known this person, but not if this person is a terrorist. Maybe I knew this person as a friend. Maybe it was a person that worked with me. Maybe it was a person that was on my team. But I do not know if this person is Bosnian, Indian or whatever. If you tell me the name, then I can respond and defend myself against this accusation.

Tribunal President: We are asking you the questions and we need you to respond to what is on the unclassified summary.“.

358 Vgl. *Borelli*, oben Fn. 206, 50, *Goldman/Tittmore*, oben Fn. 310, 30 ff.; in diesem Sinne auch *Stahn*, oben Fn. 202, 204 ff.; *Roberts*, oben Fn. 278, 742 f.

nungsbildes der einzelnen Kämpfer sowie ihr Verhalten in den Auseinandersetzungen den Kombattanten- und damit Kriegsgefangenenstatus der zu dieser Gruppe gehörenden und in Guantánamo Bay inhaftierten Personen nach Artikel 4 A Abs. 3 GK III indizieren.³⁵⁹ Hinzu tritt die Vermutungswirkung des Artikels 5 Abs. 2 GK III, die zugunsten der Taliban-Kämpfer als in Feindeshand gefallene Personen, die an Feindseligkeiten teilgenommen haben, ebenfalls den Status als Kriegsgefangene (vorerst) statuiert. Sollte diese Vermutung widerlegt werden, erhalten die Taliban gemäß der oben stehenden Darstellung den Schutz als Zivilpersonen nach dem IV. Genfer Abkommen oder kommen jedenfalls in den Genuss des völkerrechtlich gewöhnheitsrechtlichen Mindestschutzes entsprechend Artikel 75 ZP I und dem gemeinsamen Artikel 3 der Genfer Abkommen.

1.2.1.5 Status der Mitglieder von Al Qaida, die auf Seiten der Taliban gekämpft haben

Hinsichtlich einer zweiten abgrenzbaren Gruppe von Gefangenen in Guantánamo, den Mitgliedern von Al Qaida, die auf Seiten der Taliban im Afghanistan-Krieg gekämpft haben, gibt es weit weniger Informationen als über die Taliban-Kämpfer selbst. Bekannt ist jedenfalls, dass US-Militärs mit Stellungen von Al Qaida in Afghanistan in Kämpfe verwickelt waren.³⁶⁰ Ausdrückliches Ziel amerika-

359 S. Roberts, a.a.O.; Stahn, oben Fn. 202, 200 ff.; Tomuschat, oben Fn. 164, 22; Wiczorek, oben Fn. 193, 93 ff.; Seidel, oben Fn. 233, 472; Paust, oben Fn. 250, 332 ff.; Aldrich, oben Fn. 192, 204; McDonald, oben Fn. 197, 208; Wolf- rum/Philipp, oben Fn. 211, 595; auch Rosa Ehrenreich Brooks, War Everywhere: Rights, National Security Law, and the Law of Armed Conflict in the Age of Terror, UPR, 2004, 676, 734 ff.; aA Callen, oben Fn. 206, 1027 ff.; Wedgwood, oben Fn. 206, 335; Yoo/Ho, oben Fn. 165, 218 ff.; Lee Casey/David Rivkin/Darin Bartram, Unlawful Belligerency and its Implications Under International Law, *The Federalist Society*, 2003, im Internet <http://www.fed-soc.org/Publications/Terrorism/unlawfulcombatants.htm>; im Ergebnis auch Berman, oben Fn. 249, 37 ff.

360 S. unter vielen Berichten *Frankfurter Rundschau*, 13.12.2001, S. 2; dazu auch Maley, oben Fn. 119, 262 ff.; s. in diesem Zusammenhang auch die beispielhafte Aufzählung von in Guantánamo Bay inhaftierten Mitgliedern von Al

nischer Angriffe war unter anderem die Zerstörung von Lagern der Terror-Organisation.³⁶¹ Und insbesondere in den Höhlenstellungen von Tora Bora im Osten des Landes waren die Auseinandersetzungen mit den Kämpfern von Al Qaida schwierig und langwierig.³⁶²

Auch die inhaftierten Al Qaida-Kämpfer, die sich im Afghanistan-Konflikt an den Feindseligkeiten gegen das US-Militär beteiligt haben, könnten demnach Kombattanten und damit Kriegsgefangene nach Artikel 4 A GK III sein.³⁶³ Trotz der intensiven Kontakte von Al Qaida zum Taliban-Regime und der Tatsache, dass Al Qaida-Kämpfer bei einigen Gelegenheiten sogar Seite an Seite mit der talibanischen Armee gegen die Nordallianz gekämpft haben,³⁶⁴ ist fraglich, ob sie *in toto* als Teil der talibanischen Streitkräfte angesehen werden können. Denn dass die Mitglieder von Al Qaida Bestandteil der oben beschriebenen militärischen Hierarchie³⁶⁵ der Taliban-Armee waren, steht nur für die sogenannte 055 Brigade fest.³⁶⁶ Diese von Seiten Al Qaidas ausgebildeten und finanzierten Kämpfer, ca. 2.000 Mann stark, waren in den Militärapparat der Taliban-Armee integriert.³⁶⁷ Diese Einheiten können daher zumindest als Milizen oder Freiwilligenkorps im Sinne von Artikel 4 A Abs. 1 GK III angesehen werden, die zu den bewaffneten Kräften der Taliban gehörten.

Qaida, darunter auch Personen, die in Afghanistan gegen US-Truppen gekämpft haben, in: Fact Sheet - Guantanamo Detainees, oben Fn. 38.

361 *Frankfurter Rundschau*, 8.10.2001, S. 2.

362 Vgl. etwa *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 5.12.2001, S. 7 und 6.12.2001, S. 6.

363 US-Präsident *Bush* hat allgemein hinsichtlich der Al Qaida-Kämpfer festgestellt, dass die Regeln der Genfer Konventionen nicht zur Anwendung kämen: „*I accept the legal conclusion of the Department of Justice and determine that none of the provisions of [sic] apply to our conflict with al Qaeda in Afghanistan or elsewhere throughout the world because, among other reasons, al Qaeda is not a High Contracting Party to Geneva [sic].*“; vgl. Memorandum on Humane Treatment of Taliban and al Qaeda Detainees, oben Fn. 15. Auf der anderen Seite wurde aber immer wieder betont, dass das Recht des bewaffneten Konfliktes auf den Konflikt zwischen den USA und Al Qaida anwendbar sei; vgl. Fn. 147; auch *Taft*, oben Fn. 194, 320.

364 Dazu oben Fn. 182.

365 Oben Text zu den Fn. 213 ff.

366 *Rohan Gunaratna*, *Inside Al Qaida - Global Network of Terror*, 2002, 58 ff.

367 Ebd.

Organisatorische Trennbarkeit von Taliban und Al Qaida

Im Übrigen lassen sich die Gruppierungen der Taliban und Al Qaida trotz ähnlicher ideologischer Ziele und Herkunft organisatorisch voneinander abgrenzen. Al Qaida, als in den achtziger Jahren gegründete Organisation zum weltweiten terroristischen Kampf gegen die „Unterdrückung der Islamischen Nation“ durch „Amerika“³⁶⁸ und den „zionistischen Kreuzzug“,³⁶⁹ durfte ihre Basis unter dem Schutz der Taliban in Afghanistan etablieren. Ihr Gründer und Führer, *Osama bin Laden*, war (zum Teil zahlender) Gast des Taliban-Regimes und konnte seine Kämpfer, die verschiedener Herkunft waren³⁷⁰ und sich dem *djihad* (*Heiliger Krieg*) verschrieben hatten, in dem Land ausbilden.³⁷¹ Die Taliban bestanden dagegen überwiegend aus Koranschülern paschtunischer Herkunft, welche sich darauf beschränkten, in der Nachfolge der Mujahideen den afghanischen Staat nach dem streng islamischen Recht der Scharia zu führen und sich anfangs gar um internationale Anerkennung bemühten.³⁷²

Eine Interdependenz zwischen beiden Gruppierungen dergestalt, dass Al Qaida-Kämpfer obligatorisch in die Kommando- und Befehlsstruktur der Taliban-Armee integriert waren, kann nicht angenommen werden.³⁷³ Auch stand Al Qaida nicht unter effektiver Kontrolle der Taliban.³⁷⁴ Falls Mitglieder der Terror-Organisation in

368 Vgl. den entsprechenden Wortlaut von *Osama bin Laden*, Letter to the American people, abgedruckt im Online Dokument von *Observer Worldview*, 24.11.2002, <http://observer.guardian.co.uk/worldview/story/0,11581,845725,00.htm>.

369 S. A Statement from Qaidat al-Jihad Regarding the Mandates of the Heroes and the Legality of the Operations in New York and Washington vom 24.4.2002, oben Fn. 123. S. dazu auch *Christopher Blanchard*, Al Qaida: Statements and Evolving Ideology, CRS Report for Congress, *Congressional Research Service*, 2005, 3, der die Aussagen *bin Ladens* über den Kampf zwischen der „Islamic world and the Americans and their allies“ mit *Samuel Huntingtons* „clash of civilisations“ vergleicht.

370 Al Qaida unterhält bekanntermaßen Terrorzellen in vielen Ländern der Erde. Unter den Mitgliedern in Afghanistan vor Ausbruch des Krieges waren etwa Filipinos, Usbeken aus Zentralasien, Araber aus Algerien, Ägypten, Saudi-Arabien und Kuwait, Chinesen und auch Amerikaner und Europäer; dazu *Rashid*, oben Fn. 35, 220 ff.; auch *Bergen*, oben Fn. 39, 46.

371 S. oben Fn. 179 ff.

372 Vgl. oben Fn. 35 und Fn. 230.

373 Vgl. etwa die Darstellungen zur Struktur der talibanischen Armee bei *Rashid*, oben Fn. 35, 178 ff.

374 Oben Text zu den Fn. 179 ff.

Afghanistan gegen amerikanische Truppen gekämpft haben, können sie daher - wenn sie nicht zu der 055 Brigade zu zählen sind - *nicht* als Bestandteil der Armee der Taliban als *de facto*-Regime Afghanistans und damit als Streitkräfte dieses Landes im Sinne des Artikels 4 A Abs. 1 GK III angesehen werden.³⁷⁵ Gleiches gilt im Hinblick auf Milizen und Freiwilligenkorps im Sinne dieser Vorschrift, die zu den bewaffneten Kräften einer Konfliktpartei gehören, da dies eine entsprechende organisatorische Eingliederung voraussetzen würde.³⁷⁶

Die Mitglieder von Al Qaida, die an den Feindseligkeiten teilgenommen haben, könnten aber als „*andere Milizen und Freiwilligenkorps*“ nach Artikel 4 A Abs. 2 GK III zu kategorisieren sein, „*die zu einer am Konflikt beteiligten Partei gehören*“. Dabei handelt es sich um kämpfende Einheiten, die gerade nicht obligatorisch und militärisch in die Streitkräfte eines Landes eingegliedert, aber quasi-militärisch organisiert sind und auf der Seite einer Konfliktpartei kämpfen.³⁷⁷ Im historischen Kontext der Norm steht als deren primärer Intention der Schutz von Partisanen, die in Feindeshand gefallen sind und sich zu einer Konfliktpartei bekennen. Die Bestimmung entspringt den Erfahrungen des Zweiten Weltkrieges, in dem solchen kämpfenden Gruppen in von deutschem Militär besetzten Gebieten regelmäßig der Kombattantenstatus verweigert wurde und diese erheblichen Repressalien ausgesetzt waren.³⁷⁸

Tatsächliche Erfüllung der Kombattantenkriterien durch Al Qaida-Kämpfer

Voraussetzung der Gewährung des Kombattantenstatus nach dieser Norm ist aber in jedem Fall die Erfüllung der vier Kriterien Absatzes 2, die je nach Auslegung die Mindestanforderungen an bewaffnete Kräfte im Sinne der Genfer Abkommen darstellen oder nur für die

375 Dazu *Borelli*, oben Fn. 206, 50; *Cerone*, oben Fn. 233, 2 ff.; *Goldman/Tittmore*, oben Fn. 310, 29 f.

376 Zum Begriff der Milizen und Freiwilligenkorps im Sinne des Artikels 4 A Abs. 1 GK III s. bereits oben Fn. 236 und Text zu Fn. 252 f.

377 Vgl. den IKRK-Kommentar zu Artikel 4 A GK III, *Pictet (Ed.)*, oben Fn. 257, 52 ff.

378 Ebd.; s. auch bereits den Text zu den Fn. 262 ff.

aufgeführten Milizen und Freiwilligenkorps gelten.³⁷⁹ Fraglich ist vorliegend zunächst, ob die Al Qaida-Kämpfer an ihrer Spitze eine für ihre Untergebenen verantwortliche Person hatten. Zwar gilt *Osama bin Laden* als der Anführer der Terror-Organisation Al Qaida und insbesondere ihrer damaligen Basis in Afghanistan. Auch war *bin Laden* zumindest zu Beginn der Auseinandersetzungen vor Ort und ist erst später - vermutlich über die pakistanische Grenze - vor den herannahenden amerikanischen Truppen geflohen. Dennoch ist ungewiss, ob die Position und Kompetenz *bin Ladens* mit der eines militärischen Kommandeurs verglichen werden kann, der die Einhaltung der weiteren in Artikel 4 A Abs. 2 GK III aufgeführten Kriterien gewährleistet hat.³⁸⁰ Zwar wird der Aufbau der Terror-Organisation Al Qaida bis zum Ausbruch des Krieges in Afghanistan mit *bin Laden* an ihrer Spitze, leitenden Offizieren (darunter Finanziers und Organisatoren aus verschiedenen arabischen Ländern) und diversen Komitees (etwa für Finanzen und Militär) beschrieben.³⁸¹ Und zwischen Mai 1996 und September 2001 wurden vermutlich tausende Männer paramilitärisch und auch religiös-ideologisch in den Training-Camps in Afghanistan ausgebildet (obwohl nur ein geringer Prozentsatz eine intensivere terroristische Ausbildung erfuhr, wie etwa die Attentäter des 11. Septembers 2001).³⁸² Darüber, welchen Organisationsgrad und welche Befehlsstruktur die kämpfenden Einheiten während der Auseinandersetzungen mit den amerikanischen Kräften aufwiesen, sagen diese Informationen jedoch nichts aus. Vielmehr ist bekannt, dass die Ausbildung in den Training-Camps zwar diszipliniert war, die Auszubildenden aber nach freiem Willen das Camp auch jederzeit wieder verlassen konnten.³⁸³ Ziel der Ausbildung war darüber hinaus weniger der militärische Kampf auf dem Kriegsfeld als die Ausübung terroristischer Gewalt an verschiedenen Orten der Welt und überwiegend gegen zivile Einrichtungen.³⁸⁴

379 Vgl. zu dem Meinungsstreit den Text zu den Fn. 240 ff.

380 Zu den Anforderungen an die verantwortliche Person im Sinne des Artikels 4 A Abs. 2 GK III *Pictet (Ed.)*, oben Fn. 257, 59 ff.

381 *Der Spiegel*, Heft 39/2001, S. 17, auch *National Commission on Terrorist Attacks upon the United States*, oben Fn. 39, 2 ff.

382 *National Commission on Terrorist Attacks upon the United States*, oben Fn. 39, 2 ff.

383 Dazu *Jason Burke*, *Al-Qaida - Wurzeln, Geschichte, Organisation*, 2004, 38 f.

384 Vgl. in diesem Zusammenhang das *Al Qaida Training Manual*, oben Fn. 150.

Mehr Zweifel als an der quasi-militärischen Organisation und Hierarchie der Terror-Organisation können jedoch daran bestehen, dass die Al Qaida-Kämpfer ein bleibendes und von weitem erkennbares Zeichen im Sinne des Artikels 4 A Abs. 2 lit. b GK III trugen und somit von der Zivilbevölkerung äußerlich unterscheidbar waren. So ist nicht bekannt, dass Mitglieder der Terror-Gruppe, ähnlich den Taliban, dunkle oder schwarze Turbane trugen, die in der afghanischen Zivilbevölkerung unüblich waren.³⁸⁵ Auch andere, für Al Qaida-Kämpfer typische und diese kennzeichnende Insignien sind für eine Qualifikation als Unterscheidungszeichen nicht ersichtlich.³⁸⁶ Es ist daher nach den vorhandenen Informationen äußerst fraglich, dass - falls Mitglieder von Al Qaida außerhalb der 055 Brigade gegen amerikanische Soldaten gekämpft haben - diese die Anforderungen an Kombattanten nach den Genfer Konventionen erfüllt haben.³⁸⁷

Bei Zweifeln über diese Eigenschaft wird der Kriegsgefangenenstatus nach der obigen Darstellung gemäß Artikel 5 Abs. 2 GK III jedoch solange vermutet, bis ein zuständiges Gericht die tatsächliche Rechtsstellung festgestellt hat.³⁸⁸

Für Angehörige der 055 Brigade, die in die talibanische Armee integriert waren und sich als solche an den Feindseligkeiten gegen das US-Militär beteiligt haben, sprechen die Indizien zunächst für den Kombattantenstatus im Sinne des Artikels 4 A Abs. 1 GK III. Dennoch ist auch hinsichtlich dieser Kämpfer ungewiss, ob sie sich ausreichend von der Zivilbevölkerung unterschieden haben und ein entsprechendes Erkennungszeichen trugen. Bestehen deswegen auch über die Kriegsgefangeneneigenschaft dieser Personen Zweifel,

385 Mehrere Bildnachweise von Al Qaida-Kämpfern zeigen, dass lediglich die Leibwächter von *Osama bin Laden* einheitlich uniformiert aufgetreten sind; *bin Laden* selbst und viele seiner Anhänger tragen jedoch zumeist keine Uniformen und verschiedenfarbige (oft weiße) Turbane, die auch in der afghanischen Zivilbevölkerung verbreitet waren; vgl. *Der Spiegel*, Heft 35/2002, S. 40 ff. und Heft 15/2002, S. 162.

386 Zurückhaltend auch *Wieczorek*, oben Fn. 193, 92.

387 Die Erfüllung jeglichen Kriteriums durch Al Qaida-Kämpfer ablehnend *Wedgwood*, oben Fn. 206, 335.

388 S. oben Text zu den Fn. 345 ff., insbesondere zu dem möglichen Einwand, Zweifel daran, dass Mitglieder von Al Qaida keine Kriegsgefangenen seien, bestünden nicht. Dazu auch *Michael Matheson*, U.S. Military Commissions: One of Several Options, *AJIL*, 2002, 354, 355 ff.

gewährt dennoch die Vermutung des Artikels 5 Abs. 2 GK III den Status als Kriegsgefangenen bis zu einer anders lautenden gerichtlichen Entscheidung.

Für Mitglieder von Al Qaida, die sich an den Feindseligkeiten in Afghanistan beteiligt haben, kann daher die Kombattanten- und Kriegsgefangeneneigenschaft nach Artikel 5 Abs. 2 GK III zunächst vermutet werden.³⁸⁹ Nach den Indizien wird diese Vermutung jedenfalls für Personen, die nicht in die Taliban-Armee integriert waren, widerlegbar sein. In diesem Fall gilt das oben zu den Taliban-Kämpfern Gesagte, welche ebenfalls die Kriterien des Kombattantenstatus nicht erfüllen sollten: Als Personen, die an den Feindseligkeiten teilgenommen haben, ohne dazu berechtigt zu sein, sind sie „*unrechtmäßige Kämpfer*“. In Feindeshand gefallen, genießen sie dennoch nach obiger Auslegung wegen der Komplementarität der Genfer Abkommen den Schutz der IV. Genfer Konvention, sofern sie die Voraussetzungen deren Artikels 4 bezüglich der Staatsangehörigkeit erfüllen. Im Fall der Nichterfüllung oder bei Derogation der Konventionsrechte besteht aber jedenfalls der Mindestschutz des Artikels 75 ZP I und des gemeinsamen Artikels 3 der Genfer Konventionen, zumindest in völkergewohnheitsrechtlicher Geltung.

1.2.1.6 Status der Mitglieder von Al Qaida, die sich nicht an den Feindseligkeiten beteiligt haben

Ob für diejenigen Mitglieder der Terror-Organisation Al Qaida, die sich nicht aktiv an den Feindseligkeiten in Afghanistan beteiligt haben und wegen ihrer Mitgliedschaft oder entsprechenden Verdachtsmomenten festgenommen wurden,³⁹⁰ eine Einstufung als

389 S. *Borelli*, oben Fn. 206, 50; *Stahn*, oben Fn. 202, 204 ff.; *Wieczorek*, oben Fn. 193, 93; *Stein*, oben Fn. 248, 488.

390 Dass solche Personen in Guantánamo Bay inhaftiert sind, indizieren entsprechende Angaben des Department of Defense, wonach unter den Gefangenen etwa Mitglieder von Al Qaida sind, die als Leibwächter *Osama bin Ladens* gearbeitet haben, die Ausbilder in terroristischen Training-Camps waren oder explosives Material hergestellt haben sowie als Übersetzer und Finanzver-

Kombattanten und Kriegsgefangene im Sinne der III. Genfer Konvention in Betracht kommt, ist zweifelhaft.

So ist bereits fraglich, ob Mitglieder von Al Qaida als Teil der Streitkräfte Afghanistans oder als Milizen oder Freiwilligenkorps, die auf dessen Seite gekämpft haben, anzusehen sind. Haben sie als solche auf die Teilnahme an den Feindseligkeiten verzichtet, können sie alleine wegen ihrer Zugehörigkeit zu der Terror-Organisation Al Qaida nicht als Kombattanten bezeichnet werden. Denn sogenannte Al Qaida-Kämpfer sind nur dann (und unter den oben aufgeführten Voraussetzungen) als Kämpfer anzusehen, wenn sie als Mitglied der 055 Brigade in die Taliban-Armee integriert waren oder sich zu kämpfenden Einheiten formiert haben, die als Milizen oder Freiwilligenkorps wie Kombattanten behandelt werden. Die bloße Mitgliedschaft zur Terror-Gruppe Al Qaida ist dagegen kein konstitutives Element der Kombattanteneigenschaft, denn diese ist als solche kein Bestandteil der talibanischen Armee. Entscheidend ist vielmehr, ob die betreffende Person sich in den kämpfenden Einheiten unter Erfüllung der Voraussetzungen des Artikels 4 A Abs. 1 und 2 GK III an den Feindseligkeiten beteiligt hat. Personen, die alleine wegen ihrer Zugehörigkeit zu Al Qaida festgenommen und inhaftiert wurden und nicht an den Kämpfen teilgenommen haben, sind daher grundsätzlich keine Kombattanten und Kriegsgefangene im Sinne der III. Genfer Konvention.³⁹¹

Dagegen kommt für sie als zivile Betroffene eines bewaffneten Konfliktes der Schutz der IV. Genfer Konvention unter den oben aufgeführten Einschränkungen des Artikels 4 GK IV in Betracht. Ob sie für terroristische Taten, etwa nach dem internationalen Strafrecht verantwortlich sind, spielt für diese Einordnung keine Rolle.³⁹² Sind die Al Qaida-Mitglieder danach afghanische Staatsangehörige, genießen sie die Konventionsrechte nur unter der Einschränkung der Derogationsmöglichkeit nach Artikel 5 GK IV. Sind sie Angehörige eines Nichtvertragsstaates, entfällt der Schutz im Sinne des Abkommens und besitzen sie die Staatsangehörigkeit eines neutralen Staates, kommt es auf die diplomatischen Beziehungen zwischen diesem

walter fungierten; vgl. Fact Sheet - Guantanamo Detainees, oben Fn. 38. Alle inhaftierten Personen werden einheitlich als „*enemy combatants*“ bezeichnet.

391 So auch *McDonald*, oben Fn. 197, 209.

392 Vgl. *L.C. Green*, *The Contemporary Law of armed conflict*, 2000, 236 f.

und dem Gewahrsamsstaat an. In jeden dieser Fallkonstellationen gilt aber nach der oben stehenden Auslegung der Mindestschutz im Sinne des gemeinsamen Artikels 3 der Genfer Abkommen und des Artikels 75 ZP I.

1.2.1.7 *Status von Personen, die in Drittstaaten als Terror-Verdächtige festgenommen wurden*

Auf Personen, die als mutmaßliche Terroristen und Mitglieder Al Qaidas in Drittstaaten gefangen genommen wurden,³⁹³ sind die Genfer Konventionen in keinem Fall anwendbar.

Nach einer der oben dargestellten Auffassungen ist der Antagonismus von Al Qaida und den Vereinigten Staaten von Amerika in keiner Hinsicht dem Regime des bewaffneten Konfliktes zu unterstellen.³⁹⁴ Personen, die nicht von dem bewaffneten Konflikt zwischen den USA und Afghanistan betroffen waren, stehen danach außerhalb der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts.³⁹⁵ Die Differenz zur gegenteiligen, offiziellen Einschätzung des Sachverhalts durch die Vereinigten Staaten ist aber insofern gering, als auch

393 S. dazu *Department of Defense, Fact Sheet - Guantanamo Detainees*, oben Fn. 38, wonach Finanziers, Kuriere und Personen, die mit der Rekrutierung beauftragt waren, in Guantánamo Bay untergebracht sind. Vgl. auch das Verfahren *Khalid v. Bush*, oben Fn. 12, in dem fünf in Guantánamo inhaftierte Personen, die in Bosnien und Pakistan verhaftet wurden, Haftprüfung beantragt haben; dazu *Dougherty*, oben Fn. 12, 215 ff.

S. in diesem Zusammenhang auch die Aussagen von *Paul Butler (Principal Deputy to the Assistant Secretary of Defense for Special Operations and Low Intensity Conflict)*: „So when you put it in that context, what we're doing at Guantanamo Bay is not that surprising. We are holding enemy combatants in a global war on terrorism for security reasons, to prevent them from returning to the battlefield and injuring American soldiers and civilians - and civilians throughout the world.“; in: *Department of Defense, Briefing on Detainee Operations at Guantanamo Bay*, oben Fn. 147.

394 S. oben Punkt 1.2.1.1.

395 Vgl. *McDonald*, oben Fn. 197, 209; *Borelli*, oben Fn. 206, 52; daher ist Feststellung der US-Administration, keine der Regelungen der Genfer Konventionen fänden auf den Konflikt mit Al Qaida Anwendung (mangels Möglichkeit der Terror-Organisation Vertragspartei zu sein), korrekt, aber auch irrelevant, weil der „war on terror“ kein bewaffneter Konflikt ist.

diese, trotz Unterstellung eines bewaffneten Konfliktes mit Al Qaida, deren Mitgliedern keine besonderen Rechte aus dieser Schlussfolgerung zuerkennen.³⁹⁶ Inwieweit diesen in Guantánamo Bay inhaftierten Personen aber der internationale Menschenrechtsschutz zugute kommt, wird später zu erörtern sein.

1.2.2 Ergebnis: Differenzierte Beurteilung des Kriegsgefangenenstatus

Die Frage nach dem Kriegsgefangenenstatus der in Guantánamo Bay inhaftierten Personen muss im Gesamtergebnis differenziert und individuell beantwortet werden. Während die vorhandenen Informationen für die Taliban-Kämpfer den Kombattanten- und Kriegsgefangenenstatus (auch nach dem einheitlichen Kombattantenbegriff) indizieren,³⁹⁷ ist dieser für kämpfende Al Qaida-Mitglieder eher fraglich, insbesondere wenn diese nicht als Kämpfer der 055 Brigade in die Taliban-Armee integriert waren.³⁹⁸ Für beide Gruppen wird der Kombattantenstatus nach Artikel 5 Abs. 2 GK III bis zu einer anders lautenden gerichtlichen Entscheidung vermutet. Ergibt sich dadurch eine Einstufung als „*unrechtmäßige Kämpfer*“, kommt nach der hier vorzugswürdig erscheinenden Interpretation des Genfer Regimes je nach Staatsangehörigkeit des Betreffenden ein Schutz nach der IV. Genfer Konvention als Zivilist, jedenfalls aber eine Mindestgarantie von Rechten im Sinne des gemeinsamen Artikels 3 der Genfer Abkommen und des völkergewohnheitsrechtlich geltenden Artikel 75 ZP I zum Zuge.

Mitglieder von Al Qaida, die nicht an den Feindseligkeiten teilgenommen haben, sind dagegen unmittelbar als Zivilisten nach dem IV. Genfer Abkommen geschützt; sie sind keine Kriegsgefangenen.³⁹⁹ Ihre Rechte leiten sich entsprechend Artikel 4 GK IV aus

396 S. bereits oben Fn. 195.

397 Vgl. dazu oben Text zu Fn. 280 ff.

398 Oben Text zu Fn. 360 ff.

399 Oben Text zu Fn. 390 ff.

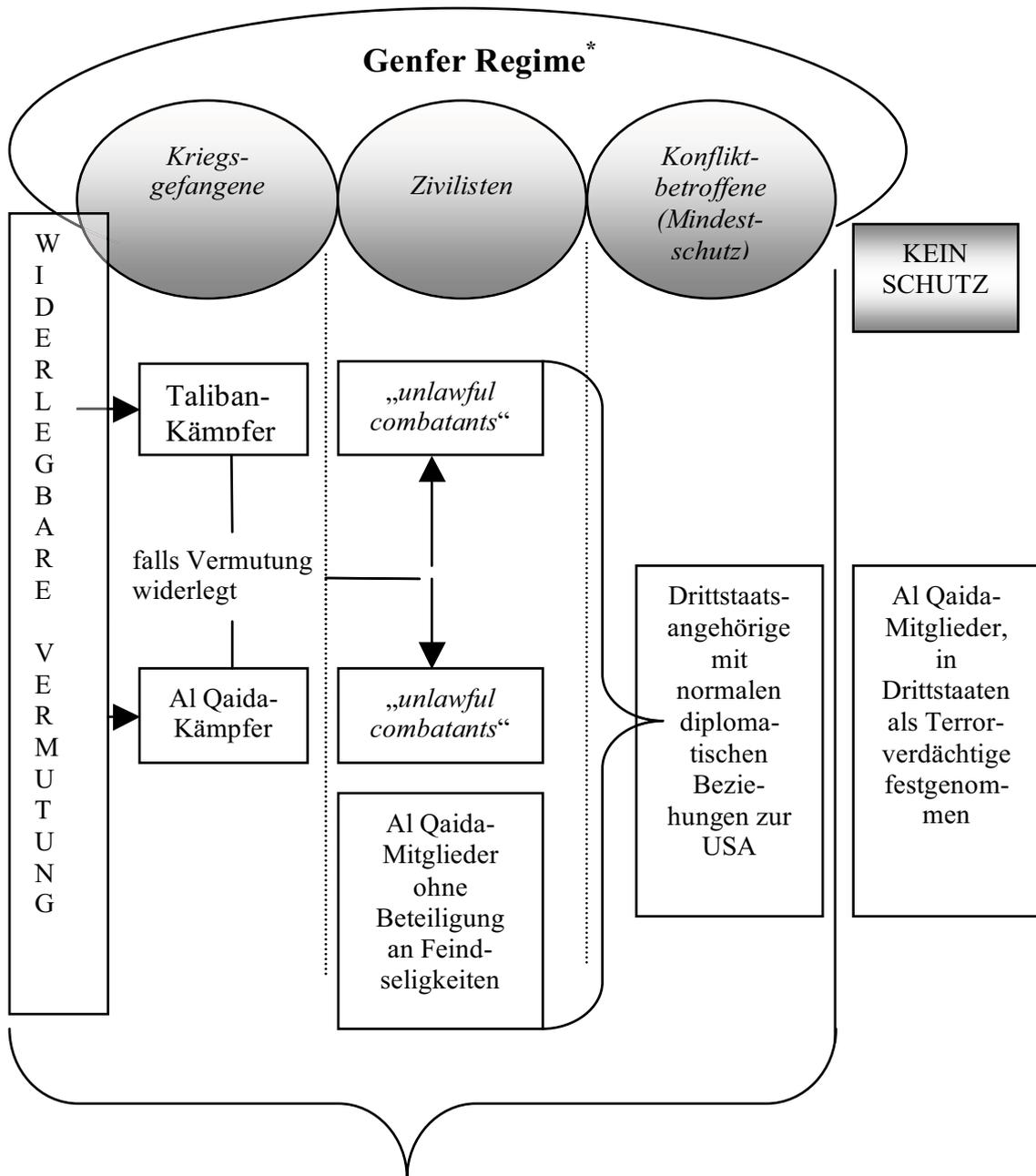
DIE GEGENSÄTZLICHEN ANSICHTEN DER DISKURSTEILNEHMER ZUM STATUS
DER GEFANGENEN

dieser Konvention oder aus dem gewohnheitsrechtlichen Mindestschutz ab.

Für Al Qaida-Angehörige, die in Drittstaaten als mutmaßliche Terroristen verhaftet und nach Camp Delta verbracht wurden, ist das humanitäre Völkerrecht nicht einschlägig; die Genfer Konventionen finden auf den Konflikt der USA mit der Terror-Organisation keine Anwendung. Für diese Personen kommen daher weder der Kriegsgefangenen- noch ein komplementärer Status innerhalb dieses Regulators in Betracht.⁴⁰⁰

400 Text zu den Fn. 393 ff.

Abb. 3: Status der in Guantánamo inhaftierten Personen nach den Genfer Konventionen

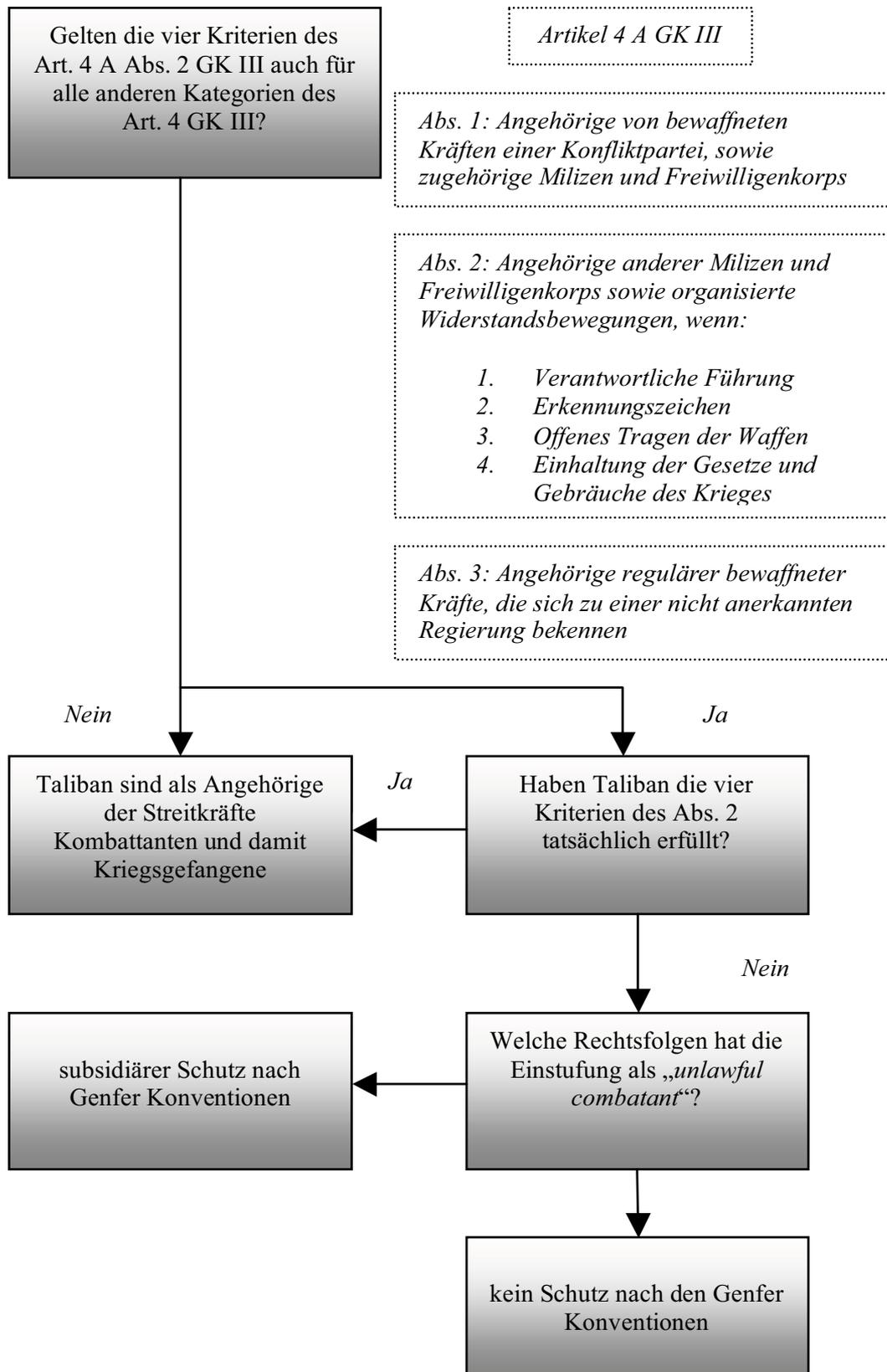


nach anderer Auffassung als „unlawful combatants“ für keine Gruppe Schutz nach

* ohne Berücksichtigung des I. und II. Genfer Abkommens

DIE GEGENSÄTZLICHEN ANSICHTEN DER DISKURSTEILNEHMER ZUM STATUS
DER GEFANGENEN

Abb. 4: Die Problematik des „unlawful combatant“



1.2.3 Der internationale Menschenrechtsschutz

Der umfassende Schutz der Genfer Konventionen für die Betroffenen des Afghanistan-Krieges könnte durch den internationalen Menschenrechtsschutz erweitert sein, wenn dieser neben dem humanitären Völkerrecht zur Anwendung kommt. Für die inhaftierten Personen, die mangels Anwendbarkeit nicht in den Genuss der Konventionsrechte kommen, wird der Menschenrechtsschutz zur Ableitung von Rechten entscheidend sein.

Trennung von humanitärem Völkerrecht und internationalen Menschenrechten

Von Seiten der US-Regierung wird vertreten, dass der internationale Menschenrechtsschutz im bewaffneten Konflikt nicht zur Anwendung kommt. Daher könnten die inhaftierten „*unlawful combatants*“ in Guantánamo weder Rechte nach dieser Materie geltend machen, noch käme eine entsprechende Jurisdiktion von in internationalen Menschenrechtsverträgen dafür vorgesehenen Organen in Betracht:

„It is humanitarian law, and not human rights law, that governs the capture and detention of enemy combatants in armed conflict. [...] In fact, international human rights law is not applicable to the conduct of hostilities or the capture and detention of enemy combatants, which are governed by the more specific laws of armed conflict.“⁴⁰¹

Dieser Auffassung liegt die Annahme zugrunde, dass es sich bei den Regeln des humanitären Völkerrechts und dem universellen Menschenrechtsschutz um zwei in einem Alternativitätsverhältnis stehende Rechtsmaterien handelt. In diesem Sinne wird vom „*humanitarian law*“ und im Speziellen von den „*Geneva Conventions*“ auch gesprochen als „*a body of law separate and distinct from the American Declaration [of Human Rights] and the body of human*

401 Response of the United States to Request for Precautionary Measures - Detainees at Guantanamo Bay, Cuba, vom 15.4.2002, oben Fn. 46; s. dazu auch das entsprechende Ersuchen der Inter-American Commission on Human Rights vom 12.3.2002, Request for Precautionary Measures - Detainees at Guantanamo Bay, Cuba, abgedruckt in: *HRLJ*, 2002, 15 f.

rights law“.⁴⁰² Zwar wird eingeräumt, dass beide Rechtskreise zum Teil auf ähnlichen und sich überschneidenden Grundsätzen und Prinzipien beruhen, dennoch betonen die Vereinigten Staaten stets, dass das humanitäre Völkerrecht als *lex specialis* die internationalen Menschenrechte verdränge.⁴⁰³

Diese Betrachtung zweier distinguierbarer Materien entspringt der vorherrschenden Aufteilung in Friedens- und Kriegsvölkerrecht in der Zeit bis zum Ende des II. Weltkrieges.⁴⁰⁴ Dem liegt zugrunde, dass die in Friedenszeiten nur unter engen Voraussetzungen einschränkbar Menschenrechte durch einen bewaffneten Konflikt eine weitreichende Alteration erfahren. So wird etwa das Recht auf Leben durch die rechtmäßige Tötung feindlicher Kombattanten in kriegerischen Auseinandersetzungen nicht verletzt.⁴⁰⁵

Interdependenz beider Rechtsmaterien

Angesichts der effektiven Entwicklung des internationalen Menschenrechtssystems nach Ende des II. Weltkrieges⁴⁰⁶ ist aber fraglich, ob der obigen Auffassung entsprechend die zu den Menschenrechten

402 Response of the United States to Request for Precautionary Measures, a.a.O.

403 S. U.S. Additional Response to the request for precautionary measures - detention of enemy combatants at Guantánamo Bay, Cuba, IACHR (July 15, 2002), abrufbar im Internet unter <http://www.state.gov/s/1/38642.htm>, in der es unter der Überschrift „*The Laws of Armed Conflict and Human Rights are Distinct Bodies of Law*“ heißt: „*The detention of enemy combatants in Guantanamo arises out of the war against terrorism. [...] Put simply, the Commission's [Inter-American Commission on Human Rights] jurisdiction does not include the application of the law of armed conflict, the lex specialis governing the status and treatment of persons detained during armed conflict.*“.

404 Näher dazu Schäfer, oben Fn. 23, 99 f.

405 Dazu Stahn, oben Fn. 202, 206.

406 Beginnend mit der als Empfehlung verabschiedeten Universal Declaration of Human Rights (UDHR) vom 10.12.1948, U.N. GA Res. 217, sind insbesondere der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR), UNTS Vol. 999, 171 ff. (s. auch BGBl. 1973 II, 1533), und der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskr), UNTS Vol. 993, 3 ff. (s. auch BGBl. 1973 II, 1569), beide vom 19.12.1966, neben zahlreichen spezielleren Abkommen und vielen regionalen Menschenrechtsverträgen zu erwähnen. Zu einer Übersicht vgl. Ipsen, oben Fn. 96, 774 ff.; zum Verhältnis des IPbpR zu nationalem Recht s. Anja Seibert-Fohr, Neue internationale Anforderungen an die Überführung von Menschenrechtsabkommen in nationales Recht - Das Verhältnis des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte zu nationalem Recht, *ZaöRV*, 2002, 391 ff.

zählenden Normen von denen des humanitären Völkerrechts im bewaffneten Konflikt vollständig verdrängt werden.

In internationalen Spruchkörpern und den Organen der Vereinten Nationen ist zu diesem Problem wie nachstehend Stellung bezogen worden. Der IGH hat etwa in der *Nuclear Weapons Advisory Opinion* festgehalten:

*„The Court observes that the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right of life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities.“⁴⁰⁷*

In ähnlicher Weise hat die Generalversammlung der Vereinten Nationen in ihrer Resolution 2444 (XXIII) mit der Bezeichnung *„Respect for human rights in armed conflicts“* auf die Pflicht zur Beachtung menschenrechtlicher Grundsätze im bewaffneten Konflikt und reziprok auf die Einschränkungen der Konfliktparteien zur Begehung von Schädigungshandlungen hingewiesen:

„Recognizing the necessity of applying basic humanitarian principles in all armed conflicts, [...] That the right of the parties to a conflict to adopt means of injuring the enemy is not unlimited; that distinctions must be made at all times between persons taking part in the hostilities and members of the civilian population to the effect that the latter be spared as much as possible; [...]“⁴⁰⁸

Diese Sicht auf das humanitäre Völkerrecht entspricht auch der Gestaltung der Derogationsregelungen in internationalen Menschenrechtsverträgen. Während bestimmte Rechte in Fällen des Notstandes unter engen Voraussetzungen außer Kraft gesetzt werden kön-

407 ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, *ICJ Rep.* 1996, 226, 240 (Hervorhebungen durch Verfasser). Vgl. auch die Bestätigung dieser Feststellungen in ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, Gutachten im Internet unter <http://www.cij-icj.org>.

408 Resolution 2444 (XIII) der Generalversammlung vom 19. Dezember 1968, U.N. Doc. A/7433 (1968).

nen,⁴⁰⁹ gibt es derogationsfeste Rechte, etwa das Recht vor willkürlicher Entziehung des Lebens und das Folterverbot, die unter allen Umständen und zu jeder Zeit beachtet werden müssen.⁴¹⁰ Diesen Nukleus notstandsfester Rechte teilt das internationale Menschenrechtssystem mit dem humanitären Völkerrecht. So beruhen die Genfer Konventionen gerade auf den Prinzipien der Humanität, der Achtung der menschlichen Persönlichkeit und der Anerkennung der Menschenrechte.⁴¹¹ Obwohl die Menschenrechte in Zeiten des bewaffneten Konfliktes eine andere Auslegung durch die Besonderheiten dieses Zustands erfahren, ist fraglich, ob die Normen des humanitären Völkerrechts als *lex specialis* eine die Anwendbarkeit der Menschenrechte ausschließende Wirkung entfalten, da sie auf ähnliche und zum Teil identische Grundsätzen zurückzuführen sind:

„While international humanitarian law pertains primarily in times of war and the international law of human rights applies most fully in times of peace, the potential application of one does not necessarily exclude or displace the other. There is an integral linkage between the law of human

409 Vgl. etwa Artikel 4 Abs. 1 IPbpR; dazu auch *Bernhard Schäfer*, „Guantánamo Bay“ - Status der Gefangenen und habeas corpus, *Studien zu Grund- und Menschenrechten*, Menschenrechtszentrum der Universität Potsdam, Heft 9, 2003, 32 ff.

410 S. Artikel 4 Abs. 2 IPbpR, wonach unter anderem das Recht auf Leben, das Folter- und das Sklavereiverbot und die Gedanken- und Religionsfreiheit nicht ausgesetzt werden dürfen. Vgl. in diesem Zusammenhang das Human Rights Committee (HRC), General Comment No. 29, States of Emergency (Article 4), vom 24. Juli 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, § 4: *„During armed conflict, whether international or non-international, rules of international humanitarian law become applicable and help, in addition to the provisions in article 4 and article 5, paragraph 1 of the Covenant, to prevent the abuse of a States’s emergency powers. The Covenant requires that even during an armed conflict measures derogating from the Covenant are allowed only if and to the extent that the situation constitutes a threat to the life of the nation. [...] Article 4, paragraph 2, of the Covenant explicitly prescribes that no derogation from the following articles may be made: article 6 (right to life), article 7 (prohibition of torture and cruel, inhuman or degrading punishment, or of medical or scientific experimentation without consent) [...]“.*

411 So ausdrücklich zur III. Genfer Konvention *Paul Urner*, Die Menschenrechte der Zivilpersonen im Krieg gemäß der Genfer Zivilkonvention von 1949, 1956, 55, mit Hinweis auf die Präambel des Stockholmer Entwurfes: *„Les Hautes Parties contractantes, conscientes du devoir qu’elles ont de s’entendre pour soustraire les populations civiles aux atrocités de la guerre, s’engagent à respecter les principes du droit humain que constituent la sauvegarde de la civilisation et notamment à appliquer en tous temps et en tous lieux les règles ci-après énoncées [...]“.*

*rights an humanitarian law because they share a 'common nucleus of non-derogable rights and a common purpose of protecting human life and dignity', and there may be a substantial overlap in the application of these bodies of law.*⁴¹²

Für eine derart wechselseitige Beziehung beider Rechtsmaterien sprechen auch bestimmte derogierbare Rechte in internationalen Menschenrechtsverträgen. So finden etwa Verfahrensgarantien, die im Notstand außer Kraft gesetzt werden können, eine Entsprechung in Schutzrechten der Genfer Konventionen, die gerade für den „Notstandsfall“ des bewaffneten Konfliktes konzipiert und damit notstandsfest sind.⁴¹³ Zweifel an einem nur einseitigen (Verdrängungs-) Verhältnis beider Materien bestehen demnach vor allem wegen der Intention eines umfassenden Schutzcharakters eines Kernbestandes der Menschenrechte, der dem Menschen unabhängig von Zeit, Ort und Situation zukommen soll.

Die international geschützten Menschenrechte und das humanitäre Völkerrecht können demnach grundsätzlich als komplementär und sich nach dem jeweiligen Einzelfall ergänzend angesehen werden. Menschenrechtsnormen sind demnach zwar im Lichte des spezielleren humanitären Völkerrechts auszulegen, es können aber bei Lücken im Konfliktrecht auch menschenrechtliche Bestimmungen eine Ergänzung im humanitären Völkerrecht leisten. Je geringer die Reglungsdichte des humanitären Völkerrechts ist, etwa für den Fall, dass nur der gemeinsame Artikel 3 der Genfer Abkommen zur Anwendung kommt, desto weniger Konfliktpotential besteht zwischen beiden Rechtsmaterien.⁴¹⁴ Darüber hinaus ergibt sich aus ihrer Überschneidung ein gemeinsamer Kernbestand an Rechten, der im humanitären Völkerrecht besonders im „*kleinen Menschenrechtskatalog*“⁴¹⁵ des Artikels 75 ZP I zum Ausdruck kommt.

Innerhalb des vertragsrechtlichen Systems der einschlägigen Menschenrechtsabkommen ist für den Fall des Afghanistan-Krieges oder

412 So die Inter-American Commission on Human Rights in: *Coars et al. v. United States*, Case No. 10.591, Report No. 109/99, *Annual Report of the IACHR 1999*, 39. Dazu *Borelli*, oben Fn. 206, 54.

413 Dazu *Stefan Oeter*, Terrorismus und Menschenrechte, *ARV*, 2002, 422, 448.

414 Vgl. *Schäfer*, oben Fn. 23, 102.

415 Zu dem Begriff von *Ipsen* s. schon oben Fn. 341.

des „*war against terrorism*“ als möglicherweise die Aussetzung von Menschenrechten rechtfertigenden Notständen⁴¹⁶ im Übrigen auch bedeutsam, dass von den USA keine erforderliche und unverzügliche Mitteilung an den Generalsekretär der Vereinten Nationen zur Übermittlung an die anderen Vertragsparteien erfolgt ist.⁴¹⁷ Und selbst in diesem Fall wäre zweifelhaft, dass ein solcher Zustand bis heute andauert und die derogierten Rechte nicht jedenfalls seit Beendigung des Konfliktes in Afghanistan Mitte 2002 wieder volle Wirksamkeit entfalten,⁴¹⁸ weil der Begriff des Notstandes nur temporäre und außergewöhnliche Situationen umfasst, damit die menschenrechtlichen Gewährleistungen nicht leer laufen.⁴¹⁹

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass aufgrund einer entsprechenden Staatenpraxis,⁴²⁰ des Verhaltens der Organe und Unterorgane der Vereinten Nationen⁴²¹ und der Entscheidungen internati-

416 S. etwa Artikel 4 Abs. 1 IPbPR für den Fall des „*öffentlichen Notstandes*“.

417 Vgl. *Seidel*, oben Fn. 233, 473; s. auch *Frowein*, oben Fn. 239, 903, der feststellt, dass selbst wenn man in der Aussage *George W. Bush*, man befinde sich im „Krieg gegen den internationalen Terrorismus“ eine Notstandserklärung sieht, diese nie den anderen Vertragsparteien mitgeteilt wurde und auch nicht festgehalten worden ist, welche Konventionsrechte außer Kraft gesetzt würden.

418 S. *Seidel*, oben Fn. 233, 473.

419 S. zu Artikel 4 Abs. 1 IPbPR den General Comment No. 29 des Human Rights Committee, in: Human Rights Committee, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004, 184 ff.

420 Vgl. *Henckaerts/Doswald-Beck (Ed.)*, oben Fn. 205, 303 ff.

421 Zur Generalversammlung s. oben Fn. 408; zum Sicherheitsrat vgl. Resolution 237 vom 14. Juni 1967, zweiter Präambelabsatz: „*Considérant que les droits de l’homme essentiels et inaliénables doivent être respectés même dans les vicissitudes de la guerre, [...]*“, U.N. Doc. S/Res/237 (1967).

S. beispielhaft auch die Resolution 1995/91 der UN Commission on Human Rights zur Situation in Ruanda vom 8. März 1995, in der Menschenrechtsverletzungen in dem bewaffneten Konflikt scharf verurteilt werden: „*Deeply concerned by the reports of the Special Rapporteur [...] that genocide and systematic, widespread and flagrant violations of international humanitarian law and crimes against humanity have been committed in Rwanda and that the situation of ethnic and political armed conflict in Rwanda resulted in other grave violations and abuses of human rights, [...] Reaffirming the deep concern expressed by the World Conference on Human Rights about violations of human rights during armed conflicts affecting the civilian population, especially women, children, the elderly and the disabled.*“.

onaler Gerichte,⁴²² weitgehend von der Anwendbarkeit der Menschenrechte im bewaffneten Konflikt als einem völkergewohnheitsrechtlichen Grundsatz ausgegangen wird.⁴²³ Die Trennung von Friedens- und Kriegsvölkerrecht im Sinne alternativer Rechtskreise wird dementsprechend als überholt angesehen.⁴²⁴ Der internationale Menschenrechtsschutz komplementiert nach dieser Ansicht damit das oben beschriebene „*safety-net*“ der Genfer Konventionen und sichert zusätzlich die Einhaltung grundlegender Menschenrechte bei der Gefangenschaft der Taliban-Kämpfer und Al Qaida-Mitglieder, für die das humanitäre Völkerrecht Schutz bietet.

Extraterritoriale Geltung internationaler Menschenrechte

Auch bezüglich der in Camp Delta inhaftierten Personen, auf die das humanitäre Völkerrecht keine Anwendung findet - Al Qaida-Angehörige, die in Drittstaaten als mutmaßliche Terroristen gefasst wurden - verlangt das Verhalten der US-Administration die Untersuchung, ob für diese der internationale Menschenrechtsschutz Geltung erlangt. Die amerikanische Regierung hat nämlich wiederholt betont, dass eines der Hauptregelwerke des internationalen Menschenrechtsschutzes, der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (im Folgenden IPbPR), dessen Vertragspartei die Vereinigten Staaten sind,⁴²⁵ nach ihrer rechtlichen Einschätzung keine extraterritoriale Geltung habe und daher für die auf Kuba inhaftierten Personen nicht zur Anwendung komme:

„The United States has maintained consistently that the Covenant [on Political and Civil Rights] does not apply outside the United States or its spe-

422 Zum IGH s. oben Fn. 407.

423 Vgl. *Stahn*, oben Fn. 202, 206 ff.; *Schäfer*, oben Fn. 23, 99 ff.; *Oeter*, oben Fn. 413, 448 ff.; *Goldman/Tittmore*, oben Fn. 310, 39; *Vierucci*, oben Fn. 343, 7; *Thürer*, oben Fn. 319, 2 ff.; *Borelli*, oben Fn. 206, 53 ff., dazu auch *Ipsen*, oben Fn. 96, 1220; s. dazu auch *Adam Roberts*, Transformative military occupation: Applying the laws of war and human rights, *AJIL*, 2006, 580, 590 ff.

424 S. *Ipsen*, a.a.O.

425 Die USA haben den Pakt am 5.10.1977 unterschrieben und am 8.6.1992 ratifiziert; eine aktuelle Liste der Vertragsstaaten in *United Nations*, Multilateral Treaty Framework: An Invitation to Universal Participation, 2005, 7.

DIE GEGENSÄTZLICHEN ANSICHTEN DER DISKURSTEILNEHMER ZUM
MENSCHENRECHTSSCHUTZ

*cial maritime and territorial jurisdiction, and that it does not apply to operations of the military during an international armed conflict.*⁴²⁶

Diese Argumentation wurde auch bereits in jenen gerichtlichen Verfahren virulent, in denen als „*unlawful combatants*“ in Guantánamo Inhaftierte eine Haftprüfung bei US-Gerichten beantragt hatten:

*„Habeas relief was not available for alleged violations of Convention Against Torture and International Covenant on Civil and Political Rights, because treaties were not privately enforceable and Congress had not enacted implementing legislation, and thus, nonresident aliens captured and held outside U.S. territory did not have standing to assert treaties as basis challenging confinement under habeas statute. [...] As a result the petitioners cannot rely on either the CAT or the ICCPR as a viable legal basis to support the issuance of a writ of habeas corpus. Accordingly the court find no viable theory based on United States treaties upon which a writ could be issued.“*⁴²⁷

Diese Bezugnahme auf die Begriffe des Territoriums und der Souveränität anstatt auf eine effektive Machtausübung und Kontrolle als Maßstab für die Gewährung von Rechten und Bejahung amerikanischer Jurisdiktion war schon in der Entscheidung *Johnson v. Eisentrager*⁴²⁸ des U.S. Supreme Court entscheidend. Darin ging es um deutsche Kriegsgefangene, die während des Zweiten Weltkrieges japanische Kräfte unterstützt hatten, in China gefasst worden waren und dort wegen Kriegsverbrechen von einer Militärkommission verurteilt und in ein Militärgefängnis in Deutschland verbracht wurden.⁴²⁹ Das höchste amerikanische Gericht verneinte die Jurisdiktion

426 *Department of Defense, Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism: Assessment of Legal, Historical, Policy, and Operational Considerations*, oben Fn. 17, 6.

427 *Khalid v. Bush*, oben Fn. 12.

428 *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763, 70 S.Ct. 936, 94 L.Ed. 1255 (1950). Die Entscheidung hatte aber insoweit keine Normen aus völkerrechtlichen Verträgen zum Gegenstand, als sich die Haftprüfung auf amerikanisches Verfassungsrecht stützte.

429 S. dazu *Stuckenberg*, oben Fn. 227, 315 f.; s. auch die Ausführungen zu der Entscheidung in *Khalid v. Bush*, a.a.O.; vgl. ebenso *Christian Tams*, Gerichtliche Kontrolle extraterritorialer Hoheitsakte: Zum Guantanamo-Urteil des US Supreme Court, *ARV*, 445, 451 ff.

amerikanischer Gerichte und lehnte damit den Haftprüfungsantrag (*writ of habeas corpus*) eines Gefangenen ab, weil es sich bei dem Betroffenen um einen feindlichen Ausländer handele, der sich nie in den USA aufgehalten habe, außerhalb US-amerikanischen Territoriums festgenommen und inhaftiert, dort angeklagt und verurteilt wurde und während der gesamten Zeit außerhalb der USA gefangen war.

Hintergrund für die Anführung dieser Entscheidung im Fall der Guantánamo-Häftlinge ist die territorialrechtlich diffizile Lage des Militärgefängnisses Camp Delta. Denn sein Standort in der Bucht Guantánamo auf Kuba liegt außerhalb des amerikanischen Staatsgebietes. Ein Pachtvertrag zwischen den USA und der Republik Kuba aus dem Jahre 1903 sieht lediglich die Nutzung der Landflächen als Kohle- und Marinestation vor.⁴³⁰ Während Kuba den Vereinigten Staaten vertraglich zwar die „*complete jurisdiction and control over and within said areas*“ für die Zeit der Pacht zugesteht, erkennen im Gegenzug die USA die „*continuance of the ultimate sovereignty of the Republic of Cuba*“ an.⁴³¹ Daran wird deutlich, dass Guantánamo kein Teil des souveränen Territoriums der USA ist, die Vereinigten Staaten aber die Hoheitsgewalt und Jurisdiktion ausüben. Territoriale Souveränität und Gebietshoheit fallen auseinander.⁴³²

Fraglich ist aber, ob allein die territoriale Zugehörigkeit eines Gebietes für die Anwendbarkeit des Menschenrechtsschutzes entscheidend sein kann. In diesem Zusammenhang führt die Bestimmung des Artikels 29 der Wiener Vertragsrechtskonvention⁴³³ insofern nicht zu mehr Erkenntnis, als der darin enthaltene Begriff des „*gesamten*

430 Vgl. Agreement for the Lease to the United States of Lands in Cuba for Coaling and Naval Stations, vom 16./23. Februar 2003, TS No. 418; vgl. insbesondere Art. II des Vertrages, wonach eine andere als die vertraglich vorgesehene Nutzung des Gebietes ausgeschlossen ist: „[...] *for use as coaling or naval stations only, and for no other purpose.*“.

431 Art. III des Pachtvertrages; dazu Schäfer, oben Fn. 23, 84; auch Schäfer, oben Fn. 409, 10 f. Nach dem Treaty of Relations zwischen den USA und Kuba vom 29. Mai 1934, TS No. 866, kann der Pachtvertrag nur durch Aufgabe des Gebietes oder im gegenseitigen Einvernehmen erfolgen. Die kubanische Regierung fordert hingegen seit 1959 die Rückgabe des Gebietes und erkennt die Wirksamkeit des Vertrages nicht mehr an.

432 S. Schäfer, oben Fn. 23, 84.

433 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, BGBl. 1985 II, 926, im Folgenden WVK.

Hoheitsgebietes“ zwar zunächst eine territoriale Begrenzung vermuten lässt, aber auch den Bezug auf die effektive Kontrolle eines Staates nicht ausschließt.⁴³⁴

Ebenso lässt Artikel 2 Abs. 1 IPbpR nach seinem Wortlaut eine unterschiedliche Interpretation bezüglich der Anwendbarkeitsproblematik zu:

*„Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.“*⁴³⁵

Die Verknüpfung von Territorium und Herrschaftsgewalt als Maßstab für die Anwendbarkeit der Konventionsrechte kann folglich kumulativ oder alternativ verstanden werden.⁴³⁶ Insbesondere eine teleologische Betrachtung nach dem umfassenden Schutzzweck der Konvention und der Vermeidung von Umgehungen könnte aber ein Verständnis nahe legen, wonach der Vertragsstaat die Paktrechte allen Personen gewährleisten muss, die sich in seinem Gebiet befinden *oder* unter seiner Herrschaftsgewalt stehen.⁴³⁷ In diesem Sinne hat das Human Rights Committee zum Beispiel im Fall *López Burgos v. Uruguay* entschieden:

„The Human Rights Committee further observes that although the arrest and initial detention and mistreatment of López Burgos allegedly took place on foreign territory, the Committee is not barred either by virtue of article 1 of the Optional Protocol ('... individuals subject to its jurisdiction ...') or by virtue of article 2 (1) of the Covenant ('... individuals within its territory and subject to its jurisdiction ...') from considering these allegations, together with the claim of subsequent abduction into Uruguayan territory, inasmuch as these acts were perpetrated by Uruguayan agents acting on foreign soil. [...] In line with this, it would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of

434 Dazu Ipsen, oben Fn. 96, 148 f.

435 Hervorhebungen durch Verfasser; vgl. zum IPbpR auch die deutsche Übersetzung der relevanten Passagen, wonach der Vertragsstaat die Paktrechte gegenüber „*allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen*“ anzuwenden hat.

436 Dazu Schäfer, oben Fn. 23, 85.

437 Ebd.

*another State, which violations it could not perpetrate on its own territory.*⁴³⁸

Entsprechend hat auch die Inter-American Commission on Human Rights zur der Problematik Stellung genommen:

*„In principle, the inquiry turns not on the presumed victim's nationality or presence within a particular geographic area, but on whether, under the specific circumstances, the State observed the rights of a person subject to its authority and control.“*⁴³⁹

Nach dieser Auslegung muss es wegen der Bedeutung der Menschenrechte für den Einzelnen entscheidend auf die Rechtsverletzung und das Verhältnis zwischen Individuum und dem verletzenden Staat ankommen, und es wird nicht als ausschlaggebend angesehen, an welchem geografischen Ort die Verletzung des Rechts stattgefunden hat. Daher haben auch der IGH und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hinsichtlich der Anwendbarkeit menschenrechtlicher Normen auf die Ausübung effektiver Kontrolle durch den Vertragsstaat über das Territorium, auf dem die Rechtsverletzung stattgefunden hat, abgestellt.⁴⁴⁰

Nach dieser Interpretation der einschlägigen positivrechtlichen Normen erlangen internationale Menschenrechtsabkommen auch extraterritoriale Geltung. Für diese die Effizienz der Menschenrechtsabkommen in den Vordergrund stellende Konnotation ist die *de facto*- und nicht die *de jure*-Souveränität eines Staates bezüglich eines Hoheitsgebietes entscheidend. Entsprechendes gilt für den völkergewohnheitsrechtlichen Schutz eines Mindeststandards an

438 Human Rights Committee, *López Burgos v. Uruguay*, No. 52/1979, U.N. Doc. CCPR/C/13/D/52/1979, para. 12.1 und 12.3.; s. dazu auch *Tams*, oben Fn. 429, 461.

439 Inter-American Commission on Human Rights zur American Declaration of the Rights and Duties of Man, in: *Coard et al. v. United States*, Case 10.951, Report N° 109/99, September 29, 1999, Inter-Am.C.H.R., *Annual Report of the IACHR 1999*, para. 37 (Hervorhebungen durch Verfasser); s. dazu etwa *Borelli*, oben Fn. 206, 56; auch *Schäfer*, oben Fn. 409, 47.

440 ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, oben Fn. 407, para. 111; EGMR, *Loizidou v. Turkey*, *ECHR Reports*, 1996-VI, para. 52.

Menschenrechten. Für die Bewertung staatlichen Verhaltens gegenüber Einzelpersonen wird daher im Folgenden auf die Ausübung von Herrschaftsgewalt abzustellen sein, wenn auf diese, wohl herrschende Auslegung Bezug genommen wird.

Im Fall des Militärgefängnisses Camp Delta in der Bucht von Guantánamo auf Kuba üben die Vereinigten Staaten von Amerika die effektive Kontrolle über die inhaftierten Personen aus.⁴⁴¹ Der internationale Menschenrechtsschutz wird daher auch für diese Situationen außerhalb amerikanischen Territoriums und insbesondere bezüglich derjenigen Personen geprüft, die keinen besonderen Schutz nach den Genfer Abkommen genießen.⁴⁴²

Begründung subjektiver Rechte durch internationale Menschenrechtsabkommen

Nur verwiesen werden kann an dieser Stelle auf den inneramerikanischen Streit um die Frage der Vollzugsfähigkeit (*self-executing*) und damit Begründbarkeit subjektiver Rechte durch internationale Menschenrechte. Während der Supreme Court traditionell das internationale Recht als Teil des US-Rechts betrachtet, hat die Kombination aus einer limitierenden Doktrin, dass völkerrechtliche Verträge grundsätzlich nicht *self-executing* seien, und der Zurückhaltung vieler Gerichte bei der Anwendung internationaler Menschenrechte als mögliche Beschränkung der amerikanischen Exekutive, häufig zu deren Nicht-Anwendung geführt.⁴⁴³ In Prozessen um die Gefangenen in Guantánamo wurde dementsprechend auch von unterinstanzlichen Gerichten der Rekurs der Kläger auf den internationalen Menschenrechtsschutz, etwa den des IPbPR, oder auf menschenrechtliche

441 S. dazu auch die entsprechenden Aussagen des United States District Court for the District of Columbia in der Entscheidung *In re Guantanamo Detainee Cases*, oben Fn. 61, 36: „*American authorities are in full control at Guantanamo Bay, their activities are immune from Cuban law, and there are few or no significant remnants of native Cuban culture or tradition remaining that can interfere with the implementation of an American system of justice*“.

442 Vgl. Schäfer, oben Fn. 23, 83 ff.; Schäfer, oben Fn. 409, 45 ff.; Borelli, oben Fn. 206; Goldman/Tittmore, oben Fn. 310, 40; Tams, oben Fn. 429, 458 ff.; Roberts, oben Fn. 278, 745.

443 Dazu Brooks, oben Fn. 359, 752; auch Ruth Wedgwood, *The Supreme Court and the Guantanamo Controversy*, 166 ff., im Internet unter http://media.hoover.org/documents/0817946225_159.pdf.

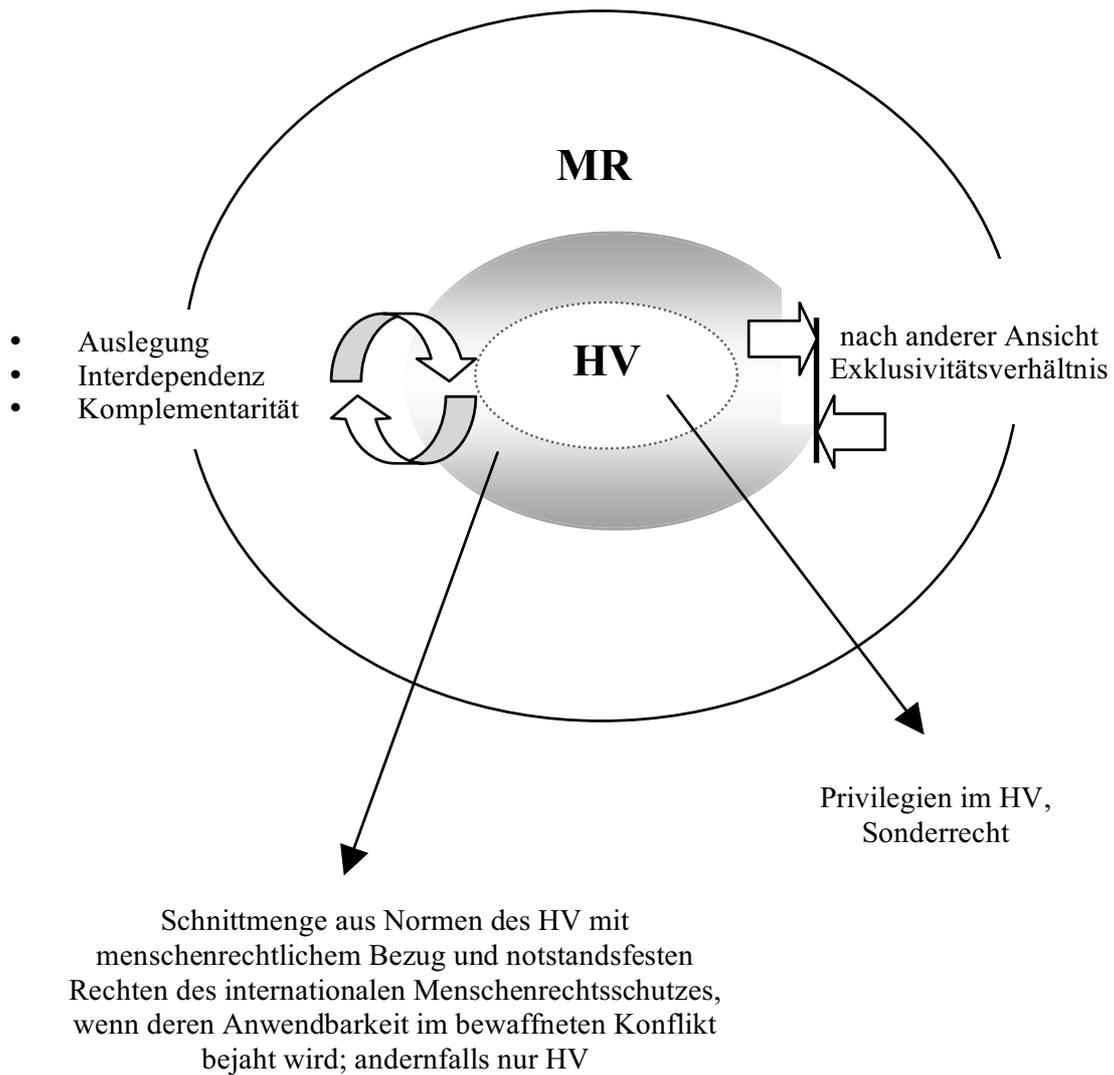
Normen im humanitären Völkerrecht mit der Begründung verweigert, diese seien „*not self-executing*“.⁴⁴⁴ Der Supreme Court hat dagegen in Fortführung seiner Rechtsprechungstradition die Anwendbarkeit subjektiver Mindestrechte, zumindest nach den Genfer Konventionen, für eine der Gefangenengruppen in Guantánamo bejaht. In Reaktion auf dieses Urteil wurde dem amerikanischen Präsidenten allerdings wiederum durch den US-Senat das Recht zugesprochen, die Auslegung und Anwendung der Genfer Konventionen im Fall Guantánamos vorzunehmen.⁴⁴⁵ Wie sich dieser Antagonismus zwischen Exekutive und Jurisdiktion weiter entwickeln wird, bleibt abzuwarten.

444 Vgl. *Khalid v. Bush*, oben Fn. 12, 326 ff.; zur Vollzugsfähigkeit der Genfer Konventionen s. auch *In re Guantanamo Detainee Cases*, oben Fn. 61, 68 ff.; auch *Hamdam v. Rumsfeld*, oben Fn. 321, 22 ff.

445 Das Urteil des Supreme Court betrifft die Überprüfung der oben bereits genannten Entscheidung *Hamdam v. Rumsfeld*. Für den Betroffenen, ein Al Qaida-Mitglied, das im Zuge der Kämpfe in Afghanistan gefangen genommen worden war, entschied das höchste amerikanische Gericht die Anwendbarkeit des Mindeststandards des gemeinsamen Artikels 3 der Genfer Konventionen, s. *Hamdam v. Rumsfeld*, 548 U.S. _ (2006), 62 ff.
Zur gesetzlich normierten Befugnis des US-Präsidenten zur Auslegung und Anwendung der Genfer Konventionen s. Military Commissions Act 2006, oben Fn. 13, Sec. 8 (a) (3) und auch unten in Teil 2 Fn. 7.

DIE GEGENSÄTZLICHEN ANSICHTEN DER DISKURSTEILNEHMER ZUM
MENSCHENRECHTSSCHUTZ

Abb. 5: Humanitäres Völkerrecht (HV) und Menschenrechte (MR)



1.2.4. Die Haftbedingungen und die Behandlung der Gefangenen in Guantánamo Bay

1.2.4.1 *Die Zulässigkeit der Inhaftierung*

Nachdem hinsichtlich des völkerrechtlichen Status der Gefangenen von Guantánamo und der (differenzierten) Anwendbarkeit völkerrechtlicher Regulative die jeweils argumentierten Auslegungen dargelegt wurden, gilt es die Vereinbarkeit der Behandlung der inhaftierten Personen durch die Vereinigten Staaten mit den entsprechend anzuwendenden Normen des Völkerrechts zu untersuchen. Dabei werden sowohl die nach verbreiteter Ansicht einschlägigen Regelungen der Genfer Abkommen, als auch die des internationalen Menschenrechtsschutzes herangezogen, um eine umfassende Bewertung und einen Vergleich mit den durch die US-Administration tatsächlich gewährten Rechten zu ermöglichen.

Grundlage der Inhaftierung nach amerikanischem Recht

Grundlage der Inhaftierung der Personen in dem Militärgefängnis Camp Delta in Guantánamo Bay ist nach amerikanischem Recht die Presidential Military Order vom 13. November 2001,⁴⁴⁶ eine Verordnung des amerikanischen Präsidenten *George W. Bush*, die auf dessen konstitutionelle Befugnis als Oberbefehlshaber der US-Streitkräfte zurückgeht. Nach der Military Order werden die Voraussetzungen einer Inhaftierung wie folgt beschrieben:

“(a) The term ‘individual subject to this order’ shall mean any individual who is not a United States citizen with respect to whom I determine from time to time in writing that:

446 Presidential Military Order, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism of November 13 2001, oben Fn. 15, im Folgenden Military Order oder MO.; s. dazu auch *Wieczorek*, oben Fn. 327, 334.

DIE GEGENSÄTZLICHEN ANSICHTEN DER DISKURSTEILNEHMER ZU DEN
HAFTBEDINGUNGEN

- (1) *there is reason to believe that such individual, at the relevant times,*
- (i) *is or was a member of the organization known as al Qaida;*
- (ii) *has engaged in, aided or abetted, or conspired to commit, acts of international terrorism, or acts in preparation therefor, that have caused, threaten to cause, or have as their aim to cause, injury to or adverse effects on the United States, its citizens, national security, foreign policy, or economy; or*
- (iii) *has knowingly harbored one or more individuals described in subparagraphs (i) or (ii) of subsection 2(a)(1) of this order; and*
- (2) *it is in the interest of the United States that such individual be subject to this order.*
- b) *It is the policy of the United States that the Secretary of Defense shall take all necessary measures to ensure that any individual subject to this order is detained in accordance with section 3 [...]*
- Any individual subject to this order shall be --*
- (a) *detained at an appropriate location designated by the Secretary of Defense outside or within the United States; [...]*⁴⁴⁷

Inhaftiert sind danach vor allem mutmaßliche Mitglieder der Terror-Organisation Al Qaida und Personen, die terroristische Gewalttaten mit Auswirkung auf die Vereinigten Staaten verübt oder geplant oder solchen Tätern Unterschlupf gewährt haben. In beiden Fällen darf es sich nicht um US-Bürger handeln. Die Inhaftierung muss darüber hinaus im Interesse der USA liegen. Dass der Wortlaut als Subjekt einer Inhaftierung zunächst keine Kämpfer aus dem Afghanistan-Krieg vermuten lässt, folgt aus den Einschätzungen der US-Administration, die den Kombattanten- und Kriegsgefangenstatus der Taliban oder der kämpfenden Al Qaida-Mitglieder nicht anerkennen.⁴⁴⁸ Nach Angaben des Department of Defense sind aber gerade auch diejenigen Personen, die am Konflikt in Afghanistan beteiligt waren, unter den Gefangenen:

*„Guantanamo detainees include many rank-and-file jihadists who took up arms against the U.S., as well as senior al Qaida operatives and leaders, and Taliban leaders. The type of enemy combatants captured during the course of hostilities include [...].“*⁴⁴⁹

447 Military Order, oben Fn. 15, Sec. 2 a), b) und Sec. 3 a) (Hervorhebungen durch Verfasser).

448 S. nur oben Fn. 241 und 245.

449 *Department of Defense, Fact Sheet - Guantanamo Detainees*, oben Fn. 38, 1.

Es ist daher davon auszugehen, dass die US-Administration auch die inhaftierten Taliban und Mitglieder von Al Qaida, die auf deren Seite in Afghanistan gekämpft haben, in Verbindung mit terroristischer Gewalt, insbesondere den Anschlägen vom 11.9.2001 sehen. Gegenstand etwaiger Gerichtsverfahren gegen die Häftlinge sollen aber nicht nur Akte des Terrorismus, sondern auch Kriegsverbrechen sein, was offenkundig zur Aburteilung auch der Taliban-Kämpfer dienen soll.⁴⁵⁰

Nach der obigen Darstellung zum Status der Häftlinge in Guantánamo befinden sich unter den Gefangenen sowohl (zum Teil der Vermutung nach) Kriegsgefangene als auch Zivilisten aus dem bewaffneten Konflikt zwischen den USA und Afghanistan sowie Personen, die als mutmaßliche Terroristen in Drittstaaten festgenommen wurden und in keiner Verbindung zu dem Konflikt stehen. Als Prüfungsmaßstab der Inhaftierung dienen daher die Genfer Abkommen (hier das III. und IV. Abkommen) und der internationale Menschenrechtsschutz, entweder komplementär zum humanitären Völkerrecht oder als alleinig anwendbares Regulativ.

Zulässigkeit der Inhaftierung nach den Genfer Konventionen

Der Gewahrsamstaat ist nach Artikel 21 Abs. 1 GK III berechtigt, Kriegsgefangene zu internieren. Wegen ihrer Verletzlichkeit stehen in Feindeshand gefallene Kombattanten aber unter einem besonderen

450 Beachte, dass in Reaktion auf die Entscheidung *Hamdam v. Rumsfeld*, oben Fn. 445, eine gesetzlich ausdrücklich Legitimierung des Verteidigungsministers zum Erlass der Prozessregeln für die Militärkommissionsverfahren durch den im Military Commissions Act 2006, oben Fn. 13, festgelegten Bedingungen erfolgt war. Dies hatte eine Novellierung der bestehenden Prozessregelungen im Januar 2007 zur Folge; vgl. dazu das Manual for Military Commissions auf der Internetseite des Pentagons unter <http://www.defenselink.mil/news/d20070118MCM.pdf>.

Die darin aufgeführten Delikte, welche durch die Militärkommissionen abgeurteilt werden sollen, betreffen sowohl Kriegsverbrechen, als auch terroristische Akte; vgl. Section 950v des Manuals for Military Commissions.

Zu den früheren Bestimmungen in der Military Commission Order No. 1 und Military Commission Instruction No. 2 s. *Department of Defense*, Military Commission Order No. 1, 21. März 2002, Sec. 3 B; abrufbar im Internet unter www.defenselink.mil/news/Mar2002/d20020321ord.pdf, und Military Commission Instruction No. 2, 30. April 2003, Sec. 6, im Internet unter <http://www.dod.mil/news/commissions.html>.

Schutz. So sind Kriegsgefangene nach Artikel 13 Abs. 1 GK III „*jederzeit mit Menschlichkeit zu behandeln*“; sie haben unter allen Umständen Anspruch auf Achtung ihrer Person und Ehre (Artikel 14 Abs. 1 GK III). Nach dem Mindestschutz des gemeinsamen Artikels 3 der Genfer Abkommen und Artikel 75 ZP I für alle in Feindeshand gefallene Personen genießen Kriegsgefangene den Schutz ihrer physischen Integrität und dürfen keiner Diskriminierung ausgesetzt werden; sie sind mit Würde zu behandeln. Auf Befragen hin sind Kriegsgefangene nur zur Nennung von Name, Dienstgrad, Geburtsdatum und Matrikelnummer verpflichtet.⁴⁵¹ Gemäß Artikel 25 Abs. 1 GK III sollen die Unterkunftsbedingungen im Falle einer Internierung „*ebenso günstig*“ sein, wie diejenigen der eigenen Truppen des Gewahrsamsstaates im gleichen Gebiet.⁴⁵² Die III. Genfer Konvention verfügt darüber hinaus über einen umfangreichen Katalog an Vorschriften, der die Internierung so menschenwürdig wie möglich machen soll.⁴⁵³

So soll den Kriegsgefangenen die Möglichkeit der Ausübung ihrer Religion gewährleistet werden;⁴⁵⁴ der Gewahrsamsstaat soll außerdem Tätigkeiten fördern, die der geistigen, erzieherischen und sportlichen Erholung dienen.⁴⁵⁵ Kriegsgefangenen muss ein Mindestmaß an Kontakt zur Außenwelt, insbesondere zu Familienangehörigen gewährt werden.⁴⁵⁶ Die Unterbringung in Strafanstalten ist grundsätzlich verboten,⁴⁵⁷ die Einschließung außer zum Schutz der Gesundheit ist nur aufgrund von Straf- und Disziplinarmaßnahmen bei Übertretung der Gesetze, Vorschriften und allgemeinen Dienstbefehle des Gewahrsamsstaates erlaubt.⁴⁵⁸ Als Disziplinarstrafe kann gemäß Artikel 89 Abs. 1 Ziff. 4 GK III der Arrest angeordnet werden, jedoch nicht länger als für dreißig Tage, Artikel 90 Abs. 1 GK III. Auch die Anordnung einer Untersuchungshaft ist möglich, sie ist

451 Artikel 17 Abs. 1 GK III.

452 Artikel 22 Abs. 1 GK III verlangt zusätzlich eine Internierung auf dem „*Festlande*“, womit eine Unterbringung auf Booten oder Pontons vermieden werden soll; vgl. Kommentar des IKRK zum Artikel 22 GK III, *Pictet (Ed.)*, oben Fn. 257, 182.

453 Vgl. insbesondere Abschnitt II Kapitel II bis einschließlich V des GK III.

454 Artikel 34 GK III.

455 Artikel 38 GK III.

456 S. Abschnitt V GK III.

457 Artikel 22 Abs. 1 GK III.

458 Artikel 21 Abs. 1 GK III.

aber auf ein absolutes Mindestmaß zu beschränken und darf die Dauer von vierzehn Tagen nicht überschreiten (Artikel 95 Abs. 2 GK III).⁴⁵⁹ Nach Beendigung der „aktiven Feindseligkeiten“ sind die Kriegsgefangenen „ohne Verzug freizulassen und heimzuschaffen“.⁴⁶⁰

Fraglich ist im Bezug auf letztere Bestimmung zunächst, ob die Kriegsgefangenen wegen Beendigung des bewaffneten Konfliktes in Afghanistan freizulassen wären und die andauernde Inhaftierung deswegen gegen Artikel 118 Abs. 1 GK III verstößt. Was unter „aktiven Feindseligkeiten“ zu verstehen ist, definiert das Abkommen nicht. Die Normgebung war aber vor allem von den Erfahrungen des Zweiten Weltkrieges beeinflusst, in dem noch lange nach Beendigung der Feindseligkeiten deutsche Soldaten in Kriegsgefangenschaft gehalten wurden.⁴⁶¹ Wegen der Eigenart der Kriegsgefangenschaft als „*painful situation*“ wird daher der Telos des Artikel 118 GK III als einer der wichtigsten Bestimmungen der III. Genfer Konvention dahin gehend verstanden, die Freilassung der Kriegsgefangenen „*as soon as possible*“ zu bewirken.⁴⁶² Der Abschluss eines Friedensvertrages oder Ähnlichem ist nicht maßgebend. Die Gefangenschaft muss daher schnellstmöglich beendet werden, wenn eine Gefahr für die Kriegsgefangenen ausgeschlossen und wegen Einstellung der Kämpfe nicht zu befürchten ist, dass diese erneut gegen den Gewahrsamsstaat die Waffen erheben.

Die in Guantánamo inhaftierten Taliban und kämpfenden Al Qaida-Mitglieder befinden sich seit den ersten Überstellungen Anfang 2002 bis heute in dem Militärgefängnis. Der Afghanistan-Krieg ist offiziell nie für beendet erklärt worden. Regelmäßige militärische Auseinandersetzungen finden jedoch nicht mehr statt, wenn auch noch im Jahr 2006 vereinzelt von Zusammenstößen des US-Militärs mit Taliban berichtet wurde.⁴⁶³ Die Verhältnisse in Afghanistan sind

459 Dazu Schäfer, oben Fn. 409, 38 ff.

460 Artikel 118 Abs. 1 GK III.

461 Pictet (Ed.), oben Fn. 257, 546 ff.

462 Ebd.; s. auch Joachim Hinz, Das Kriegsgefangenenrecht - Unter besonderer Berücksichtigung seiner Entwicklung durch das Genfer Abkommen vom 12. August 1949, 1955, 184, der darauf abstellt, dass die Einstellung des Waffenkampfes erfolgt ist und nach verständiger Würdigung der Lage nicht mehr mit einer Wiederaufnahme des Kampfes gerechnet werden kann.

463 Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung, 13.6.2006, S. 2 und 30.6.2006, S. 6.

seit den Petersberger Verhandlungen und der Etablierung der Karzai-Regierung insofern stabil,⁴⁶⁴ als alliierte Schutztruppen die Kontrolle über den Großteil des Landes innehaben.⁴⁶⁵ Die Herrschaft des Taliban-Regimes ist durch das militärische Eingreifen der Alliierten und die späteren Maßnahmen zur Stabilisierung Afghanistans beendet worden; die organisatorische Struktur der talibanischen Armee wurde weitgehend zerstört.⁴⁶⁶ Im Vergleichsfall des Irak-Krieges, der vom amerikanischen Präsidenten im Mai 2003 offiziell für beendet erklärt worden ist, finden gewaltsame Zusammenstöße mit aufständischen Irakern in größerem Ausmaß statt. Es spricht daher einiges dafür, im Fall Afghanistans von vereinzelt Gewalttaten zu sprechen, die nicht mehr mit der beherrschenden militärischen Organisation des früheren Konfliktgegners in Verbindung zu bringen sind.⁴⁶⁷ Eine für die Sicherheitslage bedeutsame Wiedereingliederung in etwaige Streitkräfte ist bei Freilassung der Kriegsgefangenen - nicht zuletzt wegen ihrer geringen Anzahl - eher nicht zu befürchten.

Es kann aber offen bleiben, ob die Taliban-Kämpfer und Mitglieder von Al Qaida, die auf deren Seite gekämpft haben, nach der Lage in Afghanistan als Kriegsgefangene nach den Vorschriften der III. Genfer Konvention wegen Beendigung der aktiven Feindseligkeiten grundsätzlich freizulassen wären, wenn eine fortdauernde Inhaftierung nach anderer Vorschrift zulässig ist.

464 Zur Konferenz auf dem Bonner Petersberg, in der die Bildung einer Übergangsregierung in Afghanistan beschlossen wurde, s. unter vielen *Süddeutsche Zeitung* vom 6.12.2001, S. 2.

465 So sprach der US-amerikanische Verteidigungsminister *Rumsfeld* bereits im Juli 2002 davon, dass die Sicherheitslage in Afghanistan sehr gut sei; vgl. *Department of Defense*, News Articles, 29.7.2002, http://www.defenselink.mil/news/Jun2002/n01282002_200201285.html. Und auch Präsident *Bush* hat schon früh seine Pläne konkretisiert, der neuen Regierung in Afghanistan bei der Etablierung eines eigenen Heeres zu helfen, was bei andauernden und weitreichenden aktiven Feindseligkeiten wohl nicht umsetzbar wäre, *Department of Defense*, News Articles, 28.1.2002, http://www.defenselink.mil/news/Jan2002/n01282002_200201285.html.

466 Das Regime der Taliban gilt seit der Einnahme von deren Hochburg Kandahar Anfang Dezember 2001 als gestürzt. Die Taliban hatten vor den herannahenden Oppositionstruppen kapituliert; vgl. dazu *Süddeutsche Zeitung*, 8.12.2001, S. 1.

467 S. zur Gefährdung der Nato-Sicherheitsgruppe Isaf durch terroristische Anschläge, insbesondere durch Selbstmordattentäter *Süddeutsche Zeitung*, 3.11.2003, S. 6.

Denn eine Ausnahme von der Pflicht zur Freilassung besteht nach Artikel 119 Abs. 5 GK III dann, wenn gegen einen Kriegsgefangenen wegen eines Verbrechens oder Vergehens eine Strafverfolgung eingeleitet ist. In diesem Fall kann der Gewahrsamsstaat den Kriegsgefangenen über das Ende der aktiven Feindseligkeiten bis zum Abschluss des Gerichtsverfahrens und gegebenenfalls bis zur Verbüßung der Strafe inhaftieren.⁴⁶⁸ Grundlage der Inhaftierung in Guantánamo ist nach der Military Order vom 13. November 2001 die begründete Vermutung, dass die betreffende Person Mitglied der Terror-Organisation Al Qaida ist oder einen terroristischen Akt begangen hat oder dessen Teilnehmer war. Nach dem konkreteren Manual for Military Commissions sollen neben Terror-Akten auch Kriegsverbrechen geahndet werden.⁴⁶⁹

Das amerikanische Tribunal zur Überprüfung des Status der Gefangenen (Combatant Status Review Tribunal) hat für 520 von 558 Gefangenen den Status des „*enemy combatant*“ bestätigt, der nach Auffassung der US-Administration für die andauernde Inhaftierung wegen des Verdachts der Begehung von Straftaten Voraussetzung ist. Klage wegen Kriegsverbrechen oder terroristischer Gewalt wurde bisher nur in wenigen Fällen erhoben, die Verfahren werden vor Militärkommissionen (Military Commissions) abgehalten.⁴⁷⁰

468 S. dazu etwa *Goldman/Tittmore*, oben Fn. 310, 46 ff.

469 Die neuen vom amerikanischen Verteidigungsminister *Robert M. Gates* erlassenen Prozessregeln sind als in dem Manual for Military Commissions als Rules for Military Commissions (R.M.C.), oben Fn. 450, im Januar 2007 veröffentlicht worden und ersetzen die in diesem Punkt gleichlautenden Regelungen der früheren Military Commission Order (MCO) No. 1 und Military Commission Instruction (MCI) No. 2.

470 Die restlichen 38 Personen, die nicht (mehr) als feindliche Kämpfer eingestuft worden sind, wurden freigelassen und in ihre Heimatländer überführt; s. dazu *Department of Defense*, Combatant Status Review Tribunal Summary, oben Fn. 34; vgl. dazu auch oben Fn. 355.

Nachdem die bereits eingeleiteten Verfahren im Dezember 2004 nach der Entscheidung *Hamdam v. Rumsfeld* (oben Fn. 321, 27 ff.) zunächst ausgesetzt worden waren, weil das entscheidende Bezirksgericht die Missachtung grundlegender Prozessrechte gerügt hatte, waren die Verfahren nach der Verwerfung dieser Entscheidung durch das Berufungsgericht im Juli 2005 wieder aufgenommen worden; dazu und zu den Anklagen im Einzelnen vgl. die Internetseite des Pentagon unter www.defenselink.mil/news/commissions.html. Die Verfahren wurden erneut unterbrochen, nachdem der Supreme Court in der Entscheidung *Hamdam v. Rumsfeld* die Prozessregeln endgültig für rechtswidrig erklärt hatte und sind seit 2007 wieder

Damit ist deutlich, dass die fortdauernde Inhaftierung gerade auch der Strafverfolgung dienen soll.⁴⁷¹ Es handelt sich bei den noch inhaftierten Personen somit nicht um gewöhnliche Kriegsgefangene, sondern um solche, die der Begehung von Kriegsverbrechen oder Terror-Akten beschuldigt werden und denen deswegen der Prozess gemacht werden soll.

Entsprechend hat auch der ehemalige Verteidigungsminister *Rumsfeld* die Häftlinge von Guantánamo als „*hard-core, well-trai-*

aufgenommen worden, nachdem die neuen Prozessregeln veröffentlicht wurden, vgl. oben Fn. 450 und 469.

471 AA *Schäfer*, oben Fn. 409, der auf die fehlende Einleitung von Strafverfahren entsprechend denen gegen amerikanische Terrorverdächtige, wie etwa *Richard Reid* und *Yaser Hamdi* abstellt, dabei jedoch die Erhebung einer Anklage maßgeblich macht. Es ist an dieser Stelle aber auch auf die missverständlichen Formulierungen der verschiedenen Rechtsgrundlagen für die Inhaftierung und Aburteilung hinzuweisen. Während Sec. 2 a) der Military Order für die Inhaftierung voraussetzt, dass „*reasons to believe*“ vorliegen, dass die betreffende Person Mitglied von Al Qaida ist oder an einer terroristischen Gewalttat beteiligt war, bestimmt Rule 101 der Rules for Military Commissions: „*These rules govern the procedures and punishments in all trials by military commissions of alien unlawful enemy combatants engaged in hostilities against the United States as defined in 10 U.S.C. § 948a(1) and (3) for violations of the law of war and other offenses triable by military commissions and, whenever expressly provided, preliminary, supplementary, and appellate procedures and activities.*“ Sec. 3 A. der Vorgängerregelung MCO No. 1 sah für die Jurisdiktion der Militärkommissionen vor, dass es sich um ein Individuum im Sinne der Military Order handelte „*and (2) alleged to have committed an offense in a charge that has been referred to the Commission by the Appointing Authority*“. In Sec. 950v der Rules for Military Commissions werden als zu verfolgende Straftaten Kriegsverbrechen und alle anderen Delikte bezeichnet, die von Militärkommissionen abgeurteilt werden können. Dazu gehören Delikte wie „*Murder of Protected Persons*“ und „*Attacking Civilians*“, Verbrechen wie „*Hijacking or Hazarding a Vessel or Aircraft*“ und „*Terrorism*“. In der Beschreibung der Aufgaben der Military Commissions durch das Pentagon ist hingegen lediglich zu lesen: „*Prosecute enemy combatants who violate the laws of war*“; vgl. *Department of Defense, Guantanamo Detainee Processes*, oben Fn. 355, 1. Diese Verkürzung ist wohl auf die amerikanische Haltung zurückzuführen, die einen bewaffneten Konflikt mit Al Qaida annimmt, an dem auch die Taliban teilgenommen haben und in dem jede feindliche Handlung eines „*enemy combatant*“ eine Verletzung des Kriegsrechts ist. Vgl. illustrativ dazu *Department of Defense, Fact Sheet - Guantanamo Detainees*, oben Fn. 38, 4: „*Detention of enemy combatants in wartime is not an act of punishment. It is a matter of security and necessity. It prevents enemy combatants from continuing to fight against the U.S. and its partners in the war on terror.*“ (Hervorhebung im Original).

ned terrorists“ und „among the most dangerous, best-trained, vicious killers on the face of the earth“ beschrieben.⁴⁷² Ob dagegen die USA insbesondere im Hinblick auf die lange Verfahrensdauer die positivrechtlichen Vorgaben der Genfer Konvention oder menschenrechtlicher Bestimmungen eingehalten haben, spielt für die Feststellung der Strafverfolgung zunächst keine Rolle und wird an späterer Stelle erörtert.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Taliban-Kämpfer und Al Qaida-Mitglieder, die auf deren Seite gekämpft haben, als Kriegsgefangene nach Artikel 21 Abs. 1 GK III interniert werden durften und diese Inhaftierung zum Zwecke der Strafverfolgung erfolgt ist, was eine prolongierte Gefangennahme gemäß Artikel 119 Abs. 5 GK III zulässig macht.

Verlängerte Haft zur Strafverfolgung nicht unreguliert

Die Möglichkeit des Gewahrsamsstaates, die in Haft geratenen Betroffenen eines bewaffneten Konfliktes strafrechtlich zu verfolgen und aus diesem Grund weiter zu inhaftieren, bedeutet jedoch nicht, dass diese Haft inner- und außerhalb des Systems der Genfer Abkommen unreguliert ist.

Nach Artikel 103 Abs. 1 GK III etwa darf ein Kriegsgefangener in Untersuchungshaft gehalten werden, wenn diese Maßnahme bei gleichen Vergehen auch für Angehörige der eigenen Streitkräfte vorgesehen ist oder die nationale Sicherheit es verlangt. Die Untersuchungshaft darf jedoch nicht länger als drei Monate andauern.⁴⁷³

472 Die Aussagen wurden anlässlich eines Besuchs von *Rumsfeld* in Guantánamo Bay und einer Sendung auf dem amerikanischen Fernsehsender NBC gemacht, vgl. *Department of Defense, News Articles*, 27.1.02, http://www.defense.gov/news/Jan2002/n01272002_200201271.html und NBC News, 20.1.2002, zu finden unter http://www.cooperativesearch.org/entity.jsp?entity=donald_rumsfeld; auch US-Präsident *Bush* hat die Bezeichnung „killer“ für die Gefangenen verwendet; vgl. *Süddeutsche Zeitung*, 29.1.2002, S. 8.

473 Die Begrenzung der Untersuchungshaft auf eine Höchstdauer war in den Vertragsverhandlungen zu den Genfer Abkommen sehr umstritten. Einige Delegationen vertraten die Ansicht, dass eine Verlängerung dieses Zeitraums für Kriegsgefangene möglich sein muss, die der Begehung von Kriegsverbrechen beschuldigt seien, um einen fairen Prozess gerade nach Beendigung der Feindseligkeiten zu gewährleisten. Dennoch ist die Inhaftierung bis zu drei Monaten als absolute Ausnahme festgelegt worden: „*The period of three*

Die Inhaftierung in dem Militärgefängnis Camp Delta in Guantánamo Bay erfolgte zumindest anfangs ausschließlich und findet mittlerweile zum Teil noch in Einzelhaft statt.⁴⁷⁴ Regelmäßig werden die Gefangenen durch das Militär und Geheimdienste verhört.⁴⁷⁵ Viele Privilegien, die das III. Genfer Abkommen für Kriegsgefangene vorsieht, werden ausdrücklich für die Häftlinge von Guantánamo ausgeschlossen.⁴⁷⁶ Die Haftbedingungen entsprechen daher nicht der mit Artikel 21 Abs. 1 GK III gemeinten üblichen Internie-

months is, moreover, a maximum which must only be reached in exceptional cases, for confinement awaiting hearing must remain only a security measure. 'This measure is therefore only justified if the law is obliged to make certain of the presence of the person accused for the purpose of investigation, questioning and confrontation.' “; vgl. *Pictet (Ed.)*, oben Fn. 257, 478 ff. und Fn. 2.

474 Vgl. nur *Human Rights Watch*, *Detainee Accounts*, oben Fn. 51, 2 ff.; *Amnesty International*, *United States of America, The threat of a bad example: Undermining international standards as „war on terror“ detentions continue*, oben Fn. 23, 15 ff. S. auch die Informationen des Pentagon, wonach die anfangs für alle bestandene Einzelhaft aufgehoben worden ist und die Gefangenen nun nach vier Kategorien abhängig von der Einhaltung der Gefängnisvorschriften und ihrem Sicherheitsrisiko in gemeinsamen Unterkünften oder weiter in isolierter Haft untergebracht sind. In Camp 4, ein Teil von Camp Delta, sind die Gefangenen zu zehnt inhaftiert und genießen Privilegien, wie etwa das Betreiben von Sport. In Camp 1 leben die Häftlinge in Einzelzellen, die sie nur zwei Mal pro Woche für 30 Minuten verlassen dürfen. Camp 1 besteht aus zehn Zellblöcken zu je 48 Einzelzellen, die aber nicht alle ausgefüllt sind. Das erst im Mai 2004 fertig gestellte Camp 5 ist ein Hochsicherheitstrakt, in dem bis zu 100 Personen untergebracht werden können und in dem sogenannte Level 4-Häftlinge und solche inhaftiert sind, von denen die „wertvollsten Geheimdienstinformationen“ zu erwarten sind. Hier werden die Gefangenen rund um die Uhr mit Kameras überwacht; Medien und andere Besucher haben keinen Zutritt. Vgl. *Department of Defense*, *News Article*, 16.2.2005, auf der Internetseite des Pentagon unter http://www.dod.mil/news/Feb2005/n02162005_2005021604.html.

475 Vgl. bereits *Department of Defense*, *Fact Sheet - Guantanamo Detainees*, oben Fn. 38, 3; *Human Rights Watch*, a.a.O.; *Amnesty International*, a.a.O.

476 S. *White House*, *Fact Sheet - Status of Detainees at Guantanamo*, 7.2.2002 oben Fn. 234, in dem es heißt: „*POW Privileges the Detainees will not receive. The detainees will receive much of the treatment normally afforded to POWs by the Third Geneva Convention. However, the detainees will not receive some of the specific privileges afforded to POWs, including:*

- *access to a canteen to purchase food, soap, and tobacco*
- *a monthly advance of pay*
- *the ability to have and consult personal financial accounts*
- *the ability to receive scientific equipment, musical instruments, or sports outfits“.*

rung von Kriegsgefangenen, sondern stellen als verschärfte Form der Haft für die Strafverfolgung eine mit der Untersuchungshaft im Sinne des Artikels 103 Abs. 1 GK III vergleichbare Situation dar.⁴⁷⁷ Eine solche Untersuchungshaft ist grundsätzlich zulässig, zumal die US-Regierung fortwährend die Gefahr der Häftlinge für die nationale Sicherheit betont.⁴⁷⁸ Die zulässige Höchstdauer der Untersuchungshaft von drei Monaten wurde aber im Fall der Gefangenen von Guantánamo überschritten. Geht man vom Kriegsgefangenenstatus des jeweiligen Häftlings aus, insbesondere bei Taliban-Kämpfern, widerspricht dieses Verhalten daher der Regelung des Artikels 103 Abs. 1 GK III.

Ist dagegen die IV. Genfer Konvention anwendbar - insbesondere bei afghanischen Al Qaida-Mitgliedern, die sich nicht an den Feindseligkeiten beteiligt haben und Taliban, welche die Kombattantenkriterien nicht erfüllen sollten - gilt folgendes: Zugunsten von Zivilpersonen in besetztem Gebiet gilt gemäß Artikel 49 Abs. 1 GK IV das Verbot von zwangsweisen Einzel- oder Massendeportationen nach dem Gebiet der Besatzungsmacht ohne Rücksicht auf ihren Beweggrund. Nach Artikel 76 Abs. 1 GK IV sollen die einer strafbaren Handlung beschuldigten geschützten Personen im besetzten Gebiet gefangen gehalten werden und gegebenenfalls dort ihre Strafe verbüßen.⁴⁷⁹ Danach wäre die Verlegung der festgenommenen Zivilpersonen nach Guantánamo Bay unzulässig gewesen. Dieses Ergebnis bedarf aber zweier Einschränkungen: Zum einen findet aus tatsächlichen Gründen die vierte Genfer Konvention zum Schutz der Zivilpersonen wegen der Staatsangehörigkeitsschwelle des Artikels

477 So etwa Schäfer, oben Fn. 409, 40; ähnlich Seidel, oben Fn. 233, 473.

478 Vgl. nur die Aussagen Rumsfelds, oben Fn. 472.

479 Trotz der deutschen Übersetzung der Vorschrift („*sollen im besetzten Gebiet gefangengehalten werden*“; Hervorhebung durch Verfasser) wird dabei angesichts des Deportationsverbotes in Artikel 49 Abs. 1 GK IV weitgehend von einer zwingenden Norm ausgegangen; vgl. Pictet (Ed.), oben Fn. 328, 363; Hans-Peter Gasser, in: Fleck, oben Fn. 237, 224; Schäfer, oben Fn. 409, 37. Beachte in diesem Zusammenhang auch Artikel 78 Abs. 1 GK IV, wonach die Besatzungsmacht bei zwingenden Sicherheitsinteressen Zivilpersonen internieren oder ihnen Zwangsaufenthalt auferlegen kann. Im Gegensatz zu Artikel 76 GK IV dient diese Norm präventiven Zwecken bei Gefahren, die von Zivilisten ausgehen. S. auch Artikel 42 Abs. 1 GK IV, der schon die Internierung oder den Zwangsaufenthalt für nach dem GK IV geschützten Personen aus Sicherheitsgründen erlaubt.

4 GK IV nur auf eine geringe Anzahl der betroffenen Personen Anwendung. Zum anderen erfahren die Privilegien dieses Abkommens eine weitgehende Beschränkungsmöglichkeit durch Artikel 5 GK IV für den Fall, dass eine Konfliktpartei den Verdacht hat, dass die Personen eine der Sicherheit des Staats abträgliche Tätigkeit entfalten - eine Annahme, welche die USA für jeden der Häftlinge geäußert hat.

Ergebnis: Inhaftierung in Guantánamo zur Strafverfolgung grundsätzlich zulässig

Es zeigt sich, dass die Inhaftierung der als Kriegsgefangene zu qualifizierenden Taliban- und Al Qaida-Kämpfer nach dem Regulativ der III. Genfer Konvention auch über das Ende der aktiven Feindseligkeiten im Afghanistan-Krieg zur Verfolgung von Vergehen oder Verbrechen grundsätzlich zulässig ist. Die Unterbringung der strafverfolgten Gefangenen in Untersuchungshaft über einen längeren Zeitraum als drei Monate verstößt aber gegen Artikel 103 Abs. 1 GK III, wenn man die Anwendbarkeit des Regulativs annimmt. Nach dieser Bestimmung ist für diejenigen Personen, die sich noch in solch verschärfter Haft befinden, dieser Zustand aufzuheben, was jedoch nicht bedeutet, dass der Gewahrsamsstaat davon abgehalten ist, die strafverfolgten Kriegsgefangenen separat zu inhaftieren.⁴⁸⁰

Bei den in Guantánamo inhaftierten Personen, die keine Kriegsgefangenen sind oder für die dieser Status gemäß Artikel 5 Abs. 2 GK III zumindest vermutet wird, ist zu differenzieren: Erfüllen diese Personen die Staatsangehörigkeitsvoraussetzung aus Artikel 4 GK IV, stehen sie unter dem Schutz der IV. Genfer Konvention für Zivilpersonen.⁴⁸¹ Einer Inhaftierung der als Zivilpersonen zu qualifizierenden Personen in Guantánamo zum Zwecke der Strafverfolgung stehen aber grundsätzlich keine Bestimmungen des (humanitären) Völkerrechts entgegen.⁴⁸²

480 Vgl. Pictet (Ed.), oben Fn. 257, 478 ff.: „It should be noted that there is nothing in the Convention to prevent them [prisoners of war accused of offences against the laws and customs of war] from being tried later or even, in the interim, from being placed in separate camps in order to preclude any possibility of their obtaining false evidence.“.

481 Vgl. oben Text zu den Fn. 397 ff.; dazu auch Schäfer, oben Fn. 409, 37.

482 AA Kurth, oben Fn. 305, 407, der die Verbringung der Gefangenen nach Kuba als völkerrechtswidrigen Akt bezeichnet. Beachte in diesem Zusam-

Ist dagegen auch das IV. Genfer Abkommen nicht anwendbar (bei Drittstaatenangehörigen unter den weiteren Voraussetzungen des Artikels 4 Abs. 2 GK IV und bei in Drittstaaten festgenommenen Terrorverdächtigen), genießen die betreffenden Zivilisten nach extensiver Auslegung des Genfer Regimes jedenfalls den Mindestschutz des gemeinsamen Artikels 3 der Genfer Abkommen und des Artikels 75 ZP I und zusätzlich oder ausschließlich die Protektion des internationalen Menschenrechtsschutzes.⁴⁸³

Weder der humanitär-völkerrechtliche Mindestschutz des gemeinsamen Artikels 3 der Genfer Konventionen und des Artikels 75 ZP I noch menschenrechtliche Schutzbestimmungen verbieten aber die Inhaftierung von Personen - auch ausländischen Staatsangehörigen - zum Zwecke der Strafverfolgung.⁴⁸⁴ Im Gegenteil sind die USA völkerrechtlich zur Ahndung terroristischer Gewalt - etwa nach der International Convention for the Supression of Terrorist Bombings - allgemein verpflichtet⁴⁸⁵ und hier konkret, weil den Inhaftierten von

menhang auch den Hinweis von Schäfer, oben Fn. 409, in Fn. 143, dass die Verlegung der Häftlinge nach Guantánamo im Hinblick auf entsprechende Äußerungen des Regierungschefs *Hamid Karzai* auch mit Zustimmung der afghanischen Interimsregierung erfolgt ist.

483 S. oben Text zu den Fn. 397 ff.

484 Dazu *Ipsen*, oben Fn. 96, 810 ff. und 1255; bedenklich erscheint in diesem Zusammenhang nur, dass die Inhaftierung von dem Terrorismus verdächtigen Personen nach der Überzeugung des US-Präsidenten stattfindet, wenn dieser Gründe hat zu glauben („*there is reason to believe*“), dass die betreffende Person eine der aufgeführten Straftaten begangen hat; vgl. Sec. 2 (a) (1) MO.

485 International Convention for the Supression of Terrorist Bombings, U.N. Doc. A/RES/52/164, vom 15.12.1997, in Kraft seit dem 23.5.2001, 145 Vertragsstaaten; die USA haben die Konvention am 12.1.1998 unterschrieben und am 26.6.2002 ratifiziert. Nach Artikel 4 der Konvention sind die Vertragsstaaten wie folgt verpflichtet: „*Each State Party shall adopt such measures as may be necessary: (a) To establish as criminal offences under its domestic law the offences set forth in article 2 [terrorist bombings] of this Convention; (b) to make those offences punishable by appropriate penalties which take into account the grave nature of those offences.*“ Und in Artikel 6 heißt es: „*1. Each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences set forth in article 2 when: (a) The offence is committed in the territory of that state; or (b) The offence is committed on board a vessel flying the flag of that state or an aircraft which is registered under the laws of that State at the time the offence is committed; or (c) The offence is committed by a national of that State. 2. A State Party may also establish its jurisdiction over any such offence when: (a) The offence is committed against a national of that State; or (b) The offence is committed against a State or government facility of that State abroad, including an embassy or other dip-*

Guantánamo neben der unrechtmäßigen Beteiligung an den Feindseligkeiten in Afghanistan vorgeworfen wird, Terrorakte mit Auswirkungen auf die Vereinigten Staaten verübt oder geplant zu haben.⁴⁸⁶

Es kann an dieser Stelle nicht im Einzelnen auf die Umstände eingegangen werden, unter denen Terrorverdächtige, die keine amerikanischen Staatsbürger sind und in Drittstaaten festgenommen wurden,⁴⁸⁷ nach Kuba verbracht worden sind. Ob und in welchem Ausmaß es neben Auslieferungen durch die Behörden des festnehmenden Staates an die USA auch zu Verschleppungen ohne Einverständnis des Aufenthalts- und/oder Heimatstaates wie im Fall des deutschen *el Masri* gekommen ist,⁴⁸⁸ ist unklar.⁴⁸⁹ Diese Frage betrifft

lomatic or consular premises of that state; or [...] (d) The offence is committed in an attempt to compel that state to do or abstain from doing any act [...].“

486 Die Konstellation des Vorwurfs der unrechtmäßigen Beteiligung an den Feindseligkeiten in Verbindung mit der Nicht-Anwendbarkeit des IV. Genfer Abkommens kann insbesondere bei Taliban-Kämpfern auftreten, welche die Kombattantenkriterien tatsächlich nicht erfüllt haben und auch nicht in den Genuss der Privilegien des GK IV kommen, weil sie nicht die afghanische Staatsangehörigkeit, sondern die eines Drittstaates mit normalen diplomatischen Beziehungen zu den USA besitzen.

487 Darunter sind etwa Personen, die in Bosnien-Herzegowina und in Gambia festgenommen worden sind; der mutmaßlich hochrangige Al Qaida-Terrorist und Jemenit *Ramsi Bin al-Schib* wurde in Pakistan von den dortigen Behörden verhaftet, vgl. oben Fn. 40.

488 *El Masri* wurde nach eigenen Angaben in Mazedonien von der CIA als Terrorverdächtiger entführt und nach Afghanistan verschleppt. Nachdem sich herausgestellt hatte, dass es sich um eine Namensverwechslung handelte, wurde *el Masri* wieder freigelassen; dazu unter vielen *Der Spiegel*, Heft 51/2005, S. 21 ff.

489 In den öffentlich bekannt gewordenen Fällen der Verhaftung der ranghohen Al Qaida-Mitglieder *Khalid Scheich Mohammed* und *Ramzi Bin al-Schib* durch pakistanische Behörden kam es zu offiziellen Auslieferungen an die USA. Es kann nur vermutet werden, dass sich beide Personen in Guantánamo befinden; s. dazu *Süddeutsche Zeitung* vom 16.9.2002, S. 1 und vom 3.3.2003, S. 5. Zu dem in Bremen aufgewachsenen Türken *Murat Kurnaz*, der ebenfalls in Pakistan verhaftet wurde s. oben Fn. 198.

Die zwei in Frankfurt a. M. verhafteten Terrorverdächtigen Jemeniten *Ali Hassan Sheik Al Mojad* und *Mohammed Moschen Jahja Sajji* waren nach einer Entscheidung des Frankfurter Oberlandesgerichts und der Zurückweisung einer dagegen gerichteten Beschwerde durch das Bundesverfassungsgericht an die USA ausgeliefert worden. Als Bedingung war aber gestellt worden, dass die Personen nicht zum Tode verurteilt und nicht vor ein Militärgericht gestellt werden dürften, was eine Unterbringung in Guantánamo ausschließen

primär das Verhältnis der betreffenden Staaten untereinander und im Besonderen das völkerrechtliche Interventionsverbot. Mangels gegenteiliger gesicherter Erkenntnisse muss aber vorliegend bei der Mehrzahl der Häftlinge von einer zulässigen Verhaftung und Auslieferung respektive Verbringung nach Guantánamo ausgegangen werden.

Im Ergebnis zeigt sich, dass weder die speziellen Regelungen des humanitären Völkerrechts noch andere Normen des Völkerrechts einer Inhaftierung von Kombattanten und Zivilisten im Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt in Afghanistan und dem „*Krieg gegen den Terrorismus*“ als solcher zum Zwecke der Strafverfolgung entgegen stehen. Keine zwingenden Normen des Völkerrechts widersprechen damit der Haft in dem Militärgefängnis Camp Delta in Guantánamo Bay, das der amerikanischen Jurisdiktion und *de facto*-Souveränität unterliegt, als solcher.

1.2.4.2 *Der Umgang mit den Gefangenen*

Nach Feststellung der grundsätzlichen Zulässigkeit der Inhaftierung zur Strafverfolgung ist fraglich, ob der tatsächliche Umgang mit den Gefangenen in dem Militärgefängnis Camp Delta einer Prüfung am Maßstab der einschlägigen Vorschriften des humanitären Völkerrechts und der internationalen Menschenrechte Stand hält.

würde; s. dazu etwa *Süddeutsche Zeitung*, 18.11.2003, S. 8; 14.11.2003, S. 8 und 15.1.2003, S. 2.

Zu dem Rechtshilfe- und Auslieferungsabkommen zwischen der EU und den USA vom 25.6.2003 zur Erleichterung der Übergabe von Terroristen s. *Süddeutsche Zeitung*, 7.6.2003, S. 7. Die Abkommen sind im Amtsblatt der EU veröffentlicht unter: Agreement between the European Union and the United States of America on Extradition und Agreement on Mutual Legal Assistance between the European Union and the United States of America, beide vom 25.6.2003, Amtsblatt der EU, L 181, 25 ff.; s. auch *White House*, Fact Sheet - Counterterrorism Cooperation, US-EU Summit, 25.6.2003, im Internet unter <http://www.state.gov/p/lnr/rls/gs/21922.hatm>.

1.2.4.2.1 *Das Gebot der menschlichen und Verbot der unmenschlichen Behandlung*

Als Ausdruck der Anerkennung der menschlichen Würde sind die Konfliktparteien verpflichtet,⁴⁹⁰ die von einem bewaffneten Konflikt betroffenen Personen menschlich zu behandeln. Das dritte Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen sieht vor:

*„Prisoners of war must at all times be humanely treated..“*⁴⁹¹

*„Prisoners of war are entitled in all circumstances to respect for their persons and their honour.“*⁴⁹²

Entsprechend legt Artikel 27 Abs. 1 des vierten Genfer Abkommens über den Schutz der Zivilpersonen fest:

„Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof and against insults and public curiosity.“

Ähnlich lautende Bestimmungen über das Gebot der Menschlichkeit und den Schutz der persönlichen Würde enthalten auch der gemeinsame Artikel 3 Abs. 1 der Genfer Konventionen und Artikel 75 Abs. 1 und 2 ZP I für alle von einem bewaffneten Konflikt betroffenen Personen, gleich ob sie besonderes privilegiert sind oder nicht.

Artikel 10 Abs. 1 IPbpR sieht neben dem allgemeinen Verbot unmenschlicher und erniedrigender Behandlung aus Artikel 7 des Paktes⁴⁹³ speziell für Personen in Gefangenschaft vor:

490 S. dazu *Pictet (Ed.)*, oben Fn. 328, 200.

491 Artikel 13 Abs. 1 GK III.

492 Artikel 14 Abs. 1 GK III.

493 Artikel 7 IPbpR: *„No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation.“*

*„All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person.“*⁴⁹⁴

Dementsprechend lautet Artikel XXV Abs. 3 AMRE:

„He [every individual who has been deprived of his liberty] also has the right to humane treatment during the time he is in custody.“

Definition der menschlichen respektive unmenschlichen Behandlung
Den Begriff der menschlichen Behandlung inhaltlich auszugestalten, stößt auf erhebliche Schwierigkeiten. Der IKRK-Kommentar zu den Genfer Abkommen etwa, der das Gebot der Menschlichkeit als „*leitmotiv*“ der vier Konventionen sieht, hält lediglich fest, dass es nutzlos und sogar gefährlich sei, alle Faktoren aufzulisten, die eine Behandlung „menschlich“ machen.⁴⁹⁵ Fest stünde nur, dass der Ausdruck der „*Behandlung*“ im weitesten Sinne zu verstehen ist und alle Aspekte des Lebens umfasst; außerdem sei eindeutig, dass die in Artikel 27 Abs. 1 S. 1 GK IV aufgeführten Pflichten des Schutzes der Person, der Ehre, der Familienrechte und der religiösen und sonstigen Gepflogenheiten zum Kernbestand der menschlichen Behandlung gehörten. Die in Absatz 2 Satz 2 desselben Artikels genannten Handlungen der Gewalttätigkeit, Einschüchterung und Beleidigung seien dagegen mit dem Gebot der Menschlichkeit inkompatibel.⁴⁹⁶ In ungewöhnlich allgemeiner Form beschreibt der IKRK-Kommentar das Menschlichkeitsgebot letztlich wie folgt:

*„The purpose of this Convention is simply to define the correct way to behave towards a human being who himself wishes to receive humane treatment and who may, therefore, also give it to his fellow human beings.“*⁴⁹⁷

Eine mehr schattierte Ausgestaltung hat das Menschlichkeitsgebot im Rahmen des IPbpr erfahren. Artikel 10 Abs. 1 des Paktes wird dahingehend interpretiert, dass die geschützte Person einen An-

494 Artikel 10 Abs. 1 IPbpr.

495 Vgl. *Pictet (Ed.)*, oben Fn. 328, 204 f.; so auch *Urner*, oben Fn. 411, 62 f., der das Gebot der Menschlichkeit vor allem als sittliche Pflicht versteht; auch *Hinz*, oben Fn. 462, 53 f.

496 S. *Pictet (Ed.)*, a.a.O.; festzuhalten ist auch, dass das Gebot der Menschlichkeit als „*general and absolute in character*“ verstanden wird.

497 Ebd.

spruch auf Respektierung ihrer physischen und moralischen Würde hat und materielle Konditionen und eine Behandlung erfahren muss, die dieser Würde und einer gewissen Sympathie gerecht werden.⁴⁹⁸ Als typische Verletzungen dieses Rechtes werden der Missbrauch, Restriktionen in der Kommunikation von Gefangenen nach Außen und mangelnder Zugang zu medizinischer Versorgung angesehen.⁴⁹⁹ Ein Minimumstandard im Rahmen einer Inhaftierung muss im Übrigen ohne Rücksicht auf finanzielle Ressourcen gewährleistet werden, um im Einklang mit der Norm stehen zu können:

*„As to the conditions of detention in general, the Committee observes that certain minimum standards regarding the conditions of detention must be observed regardless of a State party's level of development. These include [...] minimum floor space and cubic content of air for each prisoner, adequate sanitary facilities, clothing which shall be in no manner degrading or humiliating, provision of a separate bed, and provision of food of nutritional value.“*⁵⁰⁰

Für die Prüfung der Inhaftierung in Guantánamo an dem im humanitären Völkerrecht und dem internationalen Menschenrechtsschutz enthaltenen Menschlichkeitsgebot kann eine weitere Regelung des IPbpR, nämlich das Verbot unmenschlicher Behandlung nach Arti-

498 *Scott Carlson/Gregory Gisvold, Practical Guide to the International Covenant on Civil and Political Rights, 2003, 89; das Human Rights Committee hat außerdem folgende UN Standards zur Berücksichtigung im Rahmen des Artikel 10 Abs. 1 IPbpR aufgeführt: „the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (1957) [U.N. Doc. E/3048], the Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment (1988) [GA Res. 43/179; U.N. Doc. A/43/49], the Code of Conduct for Law Enforcement Officials (1978) [GA Res. 34/169; U.N. Doc. A/34/46] and the Principles of Medical Ethics relevant to the Role of Health Personnel, particularly Physicians, in the Protection of Prisoners and Detainees against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1982) [GA Res. 37/194; U.N. Doc. A/37/51].“; vgl. Human Rights Committee, General Comment No. 21 on Article 10, in: Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, oben Fn. 419, 153 f.*

499 *S. Human Rights Committee, General Comment No. 21 on Article 10, in: Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, oben Fn. 419, 153 f.*

500 *Human Rights Committee, Mukong v. Cameroon, No. 458/91, para. 9.3; dazu Sarah Joseph/Jenny Schultz/Melissa Castan, The International Covenant on Civil and Political Rights - Cases, Materials, and Commentary, 2000, 173.*

kel 7, zentral herangezogen werden, weil hier durch die Spruchpraxis des Human Right Committees eine hinreichende Konkretisierung erfolgt ist.

Das allgemeine Verbot „*grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung*“ („*cruel, inhuman or degrading treatment*“) aus Artikel 7 des Paktes steht in engem Zusammenhang mit dem speziellen Gebot der menschlichen und würdevollen Behandlung von gefangenen Personen nach dem oben aufgeführten Artikel 10.⁵⁰¹ Die Normen verhalten sich komplementär, wenn auch in der Spruchpraxis des Human Rights Committee die Schwelle einer Verletzung des Artikels 10 etwas niedriger zu sein scheint, als die des Artikels 7 IPbpR.⁵⁰² So mag eine Inhaftierung in einem überfüllten Gefängnis mit hohem Gewaltlevel unter den Gefangenen und unzureichenden hygienischen und medizinischen Standards sowie mangelnder Nahrungsversorgung eine Verletzung des Gebots menschlicher Behandlung von Gefangenen aus Artikel 10 Abs. 1 begründen, nicht notwendigerweise aber eine unmenschliche oder grausame Behandlung im Sinne des Artikels 7 des Paktes sein.⁵⁰³ Der Anwendungsbereich von Artikel 10 Abs. 1 IPbpR ist damit weiter; beide Vorschriften vereint aber der gemeinsame Kern der Anerkennung und unbedingten Achtung der menschlichen Würde.⁵⁰⁴ Auf Artikel 7 IPbpR nimmt im Übrigen auch die hier anwendbare Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading

501 Vgl. Human Rights Committee, a.a.O.: „*Article 10, paragraph 1, imposes on States parties a positive obligation towards persons who are particularly vulnerable because of their status as persons deprived of liberty, and complements for them the ban on torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment contained in article 7 of the Covenant.*“.

502 Vgl. *Manfred Nowak*, U.N. Covenant on Civil and Political Rights - CCPR Commentary, 2004, 172; s. aber auch den Hinweis von *Carlson/Gisvoldt*, oben Fn. 498, 89, dass die Trennlinie zwischen beiden Normen in der Rechtsprechung des Human Rights Committee zum Teil verschwimmt.

503 Ebd.

504 S. Human Rights Committee, General Comment No. 20 on Article 7, in: *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, oben Fn. 419, 150 f.: „*The aim of the provisions of article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights is to protect both the dignity and the physical and mental integrity of the individual.*“; vgl. auch den Wortlaut von Artikel 10 Abs. 1 IPbpR.

Treatment or Punishment⁵⁰⁵ (CAT) Bezug, deren Artikel 16 Abs. 1 die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, jede „*grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe*“ zu verhindern.⁵⁰⁶

Eine unmenschliche Behandlung im Sinne des Artikels 7 IPbpR schließt nicht nur physische, sondern auch psychische Misshandlungen von Personen ein.⁵⁰⁷ Eine unmenschliche oder grausame Behandlung ist eine Handlungsweise, die unterhalb der Schwelle zur Folter steht, weil ihr ein diese konstituierendes Element fehlt. Während Folter als öffentlicher Akt definiert wird, der intensive physische oder psychische Schmerzen oder Leiden zur Erzielung eines bestimmten Zweckes hervorruft, fehlt der unmenschlichen oder grausamen Behandlung das Element der Intention, der Erfüllung eines Zweckes und/oder die Intensität des hervorgerufenen Schmerzes/Leidens.⁵⁰⁸ Als „*cruel, inhuman treatment*“ im Sinne des IPbpR wurden bisher etwa angesehen: Schläge, der Entzug von Essen, Wasser und medizinischer Versorgung.⁵⁰⁹ Ebenso werden das Verharren in Stresspositionen, wie etwa langes, bewegungsloses Stehen oder Sitzen über einen Zeitraum von 35 Stunden,⁵¹⁰ sowie die Abschirmung von der Außenwelt, insbesondere von Familienangehörigen im Rahmen einer *incommunicado*-Haft, unter diesen Begriff subsumiert.⁵¹¹ Auch harsche Internierungsbedingungen wie das Festbinden der Häftlinge, das Verbinden der Augen, das Aussetzen

505 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, angenommen durch die Resolution der Generalversammlung 39/64 vom 10. Dezember 1984, *UNTS* Vol 1465, 85 ff. (s. auch Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, BGBl. 1990 II, 246), in Kraft getreten am 26. Juni 1987, 139 Vertragsparteien (Stand 2005), im Folgenden CAT; die USA haben die Konvention am 18.4.1988 unterzeichnet und am 24.10.1994 ratifiziert; vgl. dazu *United Nations*, Multilateral Treaty Framework: An Invitation to Universal Participation, oben Fn. 425, 19 ff.

506 Vgl. die ausdrückliche Bezugnahme auf Artikel 7 IPbpR in der Präambel der Konvention.

507 Human Rights Committee, a.a.O.: „*The prohibition in article 7 relates not only to acts that cause physical pain but also to acts that cause mental suffering to the victim.*“.

508 *Nowak*, oben Fn. 502, 161.

509 Vgl. *Nowak*, oben Fn. 502, 163 ff.

510 Human Rights Committee, *Soriano de Bouton v. Uruguay*, No. 37/1978, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1, 72 (1984).

511 Human Rights Committee, *Laureano v. Peru*, No. 540/1993, U.N. Doc. CCPR/C/56/D/540/1993, para. 8.5.

von Kälte, der Entzug von Tageslicht und die Unterbringung in sehr engen Zellen ohne Schlafgelegenheit erfüllen den Tatbestand.⁵¹²

Die unmenschliche oder grausame Behandlung erfasst in der Regel insbesondere solche Methoden, die von ihrer Intensität her (noch) keine Folter darstellen; demgegenüber steht die Erniedrigung einer Person („*degrading treatment*“) auf der untersten Stufe einer Verletzung des Artikels 7 IPbpR.⁵¹³ Sie umfasst vor allem eine Zurschaustellung der Missachtung des Opfers, welche die Würde der Person tangiert.⁵¹⁴ Das Human Rights Committee hat beispielsweise die wiederholte Einzelhaft,⁵¹⁵ das Verharren in einer bestimmten Position für längere Zeit, die Fesselung der nackten Person,⁵¹⁶ das Ausgießen von Urin über den Gefangenen und das Durchnässen seines Bettzeuges als erniedrigende Behandlung qualifiziert.⁵¹⁷ Die Grenzen zur grausamen und unmenschlichen Behandlung sind hier jedoch ebenso wie die zur Folter fließend und eine eindeutige Zuordnung nicht immer möglich.⁵¹⁸

Artikel 7 IPbpR gehört, im Gegensatz zu Artikel 10, gemäß Artikel 4 Abs. 2 des Paktes ausdrücklich zu den nicht-derogierbaren Rechten. Nach Ansicht des Human Rights Committee kann im Übrigen aber auch eine Aussetzung von Artikel 10 IPbpR - über den Wortlaut von Artikel 4 hinaus - durch eine Notstandssituation wegen dessen Bezuges und Verknüpfung zur menschlichen Würde nicht gerechtfertigt werden:

512 Human Rights Committee, *Buffo Carballal v. Uruguay*, No. 33/1978, U.N. Doc. CCPR/C/12/D/33/1978; *Massiotti v. Uruguay*, No. 25/1978; *Marais v. Madagascar*, No. 49/1979, U.N. Doc. CCPR/C/18/49/1979; dazu *Nowak*, oben Fn. 502, 163 ff.

513 Vgl. *Nowak*, a.a.O.

514 S. *Nowak*, a.a.O., mit Verweis auf eine Rechtsprechung des Österreichischen Verfassungsgerichts.

515 Human Rights Committee, *Conteris v. Uruguay*, No. 139/1983, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/40/40), 196 (1985).

516 Human Rights Committee, *Arzuaga Gilboa v. Uruguay*, 147/1983, CCPR/C/26/D/147/1983; dazu *Nowak*, oben Fn. 502, 166.

517 Human Rights Committee, *Francis v. Jamaica*, No. 320/1988, U.N. Doc. CCPR/C/54/D/606/1994, para. 12.4; *Young v. Jamaica*, No. 615/1995, U.N. Doc. CCPR/C/D/615/1995 para. 5.2; dazu *Nowak*, a.a.O.

518 Dazu *Nowak*, a.a.O., 162, mit dem Hinweis, dass insbesondere die Abgrenzung der Folter von der grausamen und unmenschlichen Behandlung schwierig ist und von Fall zu Fall entschieden werden muss, weil der Terminus des „intensiven Schmerzes“ von dem subjektiven Empfinden des Opfers abhängt.

DIE GEGENSÄTZLICHEN ANSICHTEN DER DISKURSTEILNEHMER ZU DEN
HAFTBEDINGUNGEN

„In those provisions of the Covenant that are not listed in article 4, paragraph 2, there are elements that in the Committee’s opinion cannot be made subject to lawful derogation under article 4. Some illustrative examples are presented below.

(a) All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person. Although this right, prescribed in article 10 of the Covenant, is not separately mentioned in the list of non-derogable rights in article 4, paragraph 2, the Committee believes that here the Covenant expresses a norm of general international law not subject to derogation. This is supported by the reference to the inherent dignity of the human person in the preamble to the Covenant and by the close connection between articles 7 and 10.“⁵¹⁹

Vorbehalt der USA zu Artikel 7 IPbpR

Im Rahmen der Vertragssystematik bedeutsam ist, dass die Vereinigten Staaten bei der Ratifizierung des IPbpR einen Vorbehalt zu Artikel 7 eingelegt haben, nach dem die USA nur im Rahmen ihres Verfassungsverständnisses an dessen Tatbestandsmerkmale gebunden sind:

„Reservations: [...] That the United States considers itself bound by article 7 to the extent that ‘cruel, inhuman or degrading treatment or punishment’ means the cruel and unusual treatment or punishment prohibited by the Fifth, Eighth, and/or Fourteenth Amendments to the Constitution of the United States.“⁵²⁰

519 Human Rights Committee, General Comment No. 29 on Article 4, in: Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, oben Fn. 419, 187 f.

520 Vorbehalt der Vereinigten Staaten von Amerika bei der Ratifizierung des IPbpR, abgedruckt in: *Liesbeth Lijnzaad*, Reservations to UN-Human Rights Treaties - Ratify and Ruin?, 1995, 277 f.; vgl. zur Entstehung des Vorbehalts *Henry Steiner/Philip Alston*, International Human Rights in Context, - Law, Politics, Morals, 2000, 1029 ff.; zur amerikanischen Rechtsprechung s. *Beth Stephens/Michael Ratner*, Human Rights Litigation in U.S. Courts, 1996 76 ff. Nur Botswana hat einen dementsprechenden Vorbehalt zu Artikel 7 IPbpR bei der Ratifikation des Paktes eingelegt. Der IPbpR selbst schweigt zum Thema der Vorbehalte, so dass grundsätzlich von deren Zulässigkeit auszugehen ist. Einen gleich lautenden Vorbehalt haben die USA zu Artikel 16 Abs. 1 CAT erhoben; dazu *Louis Henkin*, U.S. Ratification on Human Rights Conventions: The Ghost of Senator Bricker, *AJIL*, 1995, 341 ff.; auch *Louis Henkin*, International Human Rights Standards in National Law: The Jurisprudence of the United States, in: *Benedetto Conforti/Francesco Francioni (Ed.)*, Enforcing International Human Rights in Domestic Courts, 1997, 189 ff.

Hintergrund dieser Einschränkung war unter anderem die damalige Entscheidung des EGMR im Fall *Soering v. United Kingdom*,⁵²¹ in dem festgestellt wurde, dass längere Verzögerungen bei Todesstrafen wegen der psychischen Belastungen der Betroffenen eine grausame und unmenschliche Behandlung darstellen können.⁵²² Außerdem erlaubt der Vorbehalt die Ausübung physischer Strafen als solche, wie die Todesstrafe, Isolationshaft und ähnliche Praktiken, die in den USA üblich sind.⁵²³

Hinter dem Vorbehalt steht aber auch ein grundlegendes politisches Prinzip der Vereinigten Staaten, sich keinen internationalen Verpflichtungen zu unterwerfen, die unvereinbar mit der US-Verfassung sind und eine Änderung amerikanischen Rechts notwendig machen würden. Der als „*Ghost of Senator Bricker*“ beschriebene Gedanke geht auf den Versuch des US-Politikers in den fünfziger Jahren zurück, einen Zusatz zur amerikanischen Verfassung festzulegen, wonach „*[a] treaty shall become effective in the United States only through legislation which would be valid in the absence of the treaty*“.⁵²⁴ Zwar fand eine Verfassungsänderung damals nicht statt, ein diesem Prinzip folgender Vorbehalt findet sich aber regelmäßig zu internationalen Verträgen, welche Einfluss auf Rechtstradition der USA haben könnten.⁵²⁵

Obwohl die *Clinton*-Administration in den neunziger Jahren versucht war, die Einhaltung internationaler Menschenrechtsverpflichtungen durch eine jährliche Überprüfung und gegebenenfalls Anpassung aller Vorbehalte und Erklärungen zu betonen, ist es zu einer

Die Vorbehalte zu den Verträgen können auch auf der Internetseite der Vereinten Nationen eingesehen werden, <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/bible.org>.

521 EGMR, *Soering v. United Kingdom*, Ser. A, No. 161 (1989).

522 Dazu *Dinah Shelton*, *Issues Raised by the United States Reservations, Understandings, and Declarations*, in: *Hurst Hannum/Dana Fischer (Ed.)*, *U.S. Ratification of the International Covenants on Human Rights*, 1993, 273 f.

523 Vgl. *Shelton*, oben Fn. 522, 273 f.

524 S. *Henkin*, a.a.O., 348 ff. die USA haben die Verpflichtung aus Artikel 2 Abs. 2 IPbPR zur Implementierung der Paktrechte in das nationale Rechtssystem nie erfüllt, weil sie davon ausgehen, dass bestehendes US-Recht zur Erfüllung ausreicht. Dies ist konsequent, weil insbesondere im Hinblick auf Artikel 7 IPbPR

525 Ebd.

Aufhebung der genannten Verwahrung nie gekommen.⁵²⁶ Der *Bri-cker*-Doktrin entsprechend erkennen die Vereinigten Staaten generell und im Speziellen zugunsten der Häftlinge von Guantánamo auch keine Bindungswirkung von Völkergewohnheitsrecht zulasten der nationalen Gewalten an, da es sich dabei nicht um Bundesrecht handle:

*„The Department of Justice has concluded that customary international law cannot bind the Executive Branch under the Constitution, because it is not federal law. In particular, the Department of Justice has opined that ‘under clear Supreme Court precedent, any presidential decision in the current conflict concerning the detention and trial of al Qaeda or Taliban militia prisoners would constitute a »controlling« Executive act that would immediately and completely override any customary international law’.“*⁵²⁷

Im Zuge der inneramerikanischen Diskussionen über die Behandlung der Gefangenen von Guantánamo kam es Ende 2005 zu einer gesetzlichen Festlegung des Verbots von grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe von Personen, die unter der körperlichen Kontrolle der US-Regierung stehen. Der republikanische Senator *John McCain* hatte sich im Senat mit seiner Forderung gegen den Widerstand der Regierung und insbesondere des US-Präsidenten *George W. Bush* durchgesetzt.⁵²⁸ Die Selbstbindung an das Gebot der Menschlichkeit im Detainee Treatment Act of 2005,

526 S. *White House*, Executive Order 13107, Implementation of Human Rights Treaties, 10.12.1998, Sec. 1 und Sec. 4 (c) (vii): *„It shall be the policy and practice of the government of the United States, being committed to the protection and promotion of human rights and fundamental freedoms, fully to respect its obligations under the international human rights treaties to which it is a party, including the ICCPR, the CAT, and the CERD. [...] The principal functions of the Interagency Working Group shall include: coordinating and directing an annual review of United States reservations, declarations and understandings to human rights treaties, [...] in order to determine whether there should be consideration of any modification of relevant reservations, declarations, and understandings.“*

527 *Department of Defense*, Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism: Assessment of Legal, Historical, Policy, and Operational Considerations, oben Fn. 17, 3 f.; s. dazu auch *Department of Justice*, Memorandum for Alberto R. Gonzales, oben Fn. 11, abgedruckt in: *Greenberg/Dratel*, oben Fn. 1, 81, 111.

528 Vgl. dazu etwa *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 6.12.2005, S. 4.

der wortgleich im Military Commissions Act von 2006 bestätigt wurde, lautet wie folgt:

„SEC. 1003. PROHIBITION ON CRUEL, INHUMAN, OR DEGRADING TREATMENT, OR PUNISHMENT OF PERSONS UNDER CUSTODY OR CONTROL OF THE UNITED STATES GOVERNMENT. (a) IN GENERAL.- No individual in the custody or under the physical control of the United States Government, regardless of nationality or physical location, shall be subject to cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment.“⁵²⁹

Dass damit aber keine Änderung in der amerikanischen Außenpolitik, sondern nur die interne politische Auseinandersetzung beigelegt worden ist, zeigt folgende Erläuterung, die ebenfalls in den beiden aufgeführten Gesetzen identisch formuliert ist:

„(d) CRUEL, INHUMAN, OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT DEFINED.- In this section the term 'cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment' means the cruel, unusual, and inhumane treatment or punishment prohibited by the Fifth, Eighth, or Fourteenth Amendments to the Constitution of the United States, as defined in the United States Reservations, Declarations and Understandings to the United Nations Convention Against Torture and other Forms of Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, done at New York, December 10, 1984.“⁵³⁰

Mit der aufgeführten Statuierung des Verbots grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung soll ausdrücklich keine Alteration der völkervertragsrechtlichen Verpflichtungen der Vereinigten Staaten herbeigeführt werden. Vielmehr wird das Verbot weiterhin im Sinne des amerikanischen Verfassungsverständnisses interpretiert.

529 Detainee Treatment Act of 2005, H.R. 2863, oben Fn. 13, Sec. 1003; s. den wortgleichen Military Commissions Act 2006, oben Fn. 13, Sec. 8 (c) (1); s. auch Authorization Act for Fiscal Year 2006, H.R. 1815 Sec. 1075. Zum Military Commissions Act vgl. *Jack M. Beard*, The Geneva Boomerang: The Military Commissions Act of 2006 and U.S. Counterterrorism Operations, *AJIL*, 2007, 56 ff.; auch *Carlos Manuel Vasquez*, The Military Commissions Act, the Geneva Conventions, and the Courts: A Critical Guide, *AJIL*, 2007, 73 ff.; in dem Zusammenhang auch *Michael J. Matheson*, The Amendment of the War Crimes Act, *AJIL*, 2007, 48 ff.

530 Vgl. Detainee Treatment Act of 2005, Sec. 1003 und Military Commissions Act 2006, Sec. 8 (c) (1), beide oben Fn. 13.

Die Problematik der Interpretation von Artikel 7 IPbpR unter Berücksichtigung des amerikanischen Vorbehalts bleibt folglich bestehen.⁵³¹

531 Auch die jüngste Verfügung des amerikanischen Präsidenten aus dem Jahre 2007, die für zukünftige Verhöre von Terrorverdächtigen durch die CIA ein Folterverbot und die Anpassung der Verhörmethoden an den gemeinsamen Artikel 3 der Genfer Konventionen ausdrücklich vorsieht, ändert an dieser Rechtslage nichts, sondern ist vielmehr eine Fortführung der bisherigen Politik im Rahmen der *Bricker*-Doktrin. Denn darin wird wiederum statuiert, dass eine Vereinbarkeit von Verhörmethoden mit Artikel 3 der Genfer Konventionen gegeben ist, solange kein „*cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment*“ im Sinne der amerikanischen Verfassung vorliegt, ohne genau zu benennen, welche Verhörmethoden davon erfasst sind oder ob früher angewendete diese Voraussetzungen nicht erfüllen. Vgl. Executive Order: Interpretation of the Geneva Conventions Common Article 3 as Applied to a Program of Detention and Interrogation Operated by the Central Intelligence Agency, erlassen am 20. Juli 2007 vom amerikanischen Präsidenten *George W. Bush*, in der es unter Sec. 2 (c) und Sec. 3 (b) heißt: „(c) *“Cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment” means the cruel, unusual, and inhumane treatment or punishment prohibited by the Fifth, Eighth, and Fourteenth Amendments to the Constitution of the United States. [...] (b) I hereby determine that a program of detention and interrogation approved by the Director of the Central Intelligence Agency fully complies with the obligations of the United States under Common Article 3, provided that: (i) the conditions of confinement and interrogation practices of the program do not include: (A) torture, as defined in section 2340 of title 18, United States Code; (B) any of the acts prohibited by section 2441(d) of title 18, United States Code, including murder, torture, cruel or inhuman treatment, mutilation or maiming, intentionally causing serious bodily injury, rape, sexual assault or abuse, taking of hostages, or performing of biological experiments; (C) other acts of violence serious enough to be considered comparable to murder, torture, mutilation, and cruel or inhuman treatment, as defined in section 2441(d) of title 18, United States Code; (D) any other acts of cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment prohibited by the Military Commissions Act (subsection 6(c) of Public Law 109 366) and the Detainee Treatment Act of 2005 (section 1003 of Public Law 109 148 and section 1403 of Public Law 109 163); (E) willful and outrageous acts of personal abuse done for the purpose of humiliating or degrading the individual in a manner so serious that any reasonable person, considering the circumstances, would deem the acts to be beyond the bounds of human decency, such as sexual or sexually indecent acts undertaken for the purpose of humiliation, forcing the individual to perform sexual acts or to pose sexually, threatening the individual with sexual mutilation, or using the individual as a human shield; or (F) acts intended to denigrate the religion, religious practices, or religious objects of the individual;*“ gesamter Text auf der Internetseite des weißen Hauses unter <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2007/07/20070720-4.html>. Siehe in diesem Zusammenhang auch schon das Memorandum for Secretaries of the Military Departments vom 7. Juli 2006 des *Deputy Secretary of De-*

Der Vorbehalt könnte demnach zu einer anderen Auslegung der Tatbestandsmerkmale des Artikels 7 IPbpR führen. So sieht das Eighth Amendment der US-Verfassung lediglich das Verbot von „*cruel and unusual punishment*“ vor.⁵³² Es fehlen im Vergleich zu den Bestimmungen des IPbpR und der CAT die Begriffe der Unmenschlichkeit und Erniedrigung, und - noch viel wichtiger - es wird die grausame und unübliche Handlung nur im Rahmen einer „*Strafe*“, nicht aber im viel weiteren Verständnis der „*Behandlung*“ untersagt.⁵³³

Dass die Norm durch den amerikanischen Vorbehalt eine andere Konnotation erfährt, zeigt ein Blick auf die Rechtsprechung des Supreme Courts zum Verbot des „*cruel and unusual punishment*“, wonach es zwei Fallgruppen einer Verletzung gibt, die der exzessiven Gewaltanwendung („*excessive force*“) und die der unzulässigen Haftbedingungen („*conditions of confinement*“).⁵³⁴ Das Opfer einer exzessiven Gewaltanwendung muss demnach nachweisen, dass der Täter in böswilliger und sadistischer Weise („*maliciously and sadistically*“) mit dem Willen der Schadenszufügung gehandelt hat, und es wird die mutwillige und unnötige Bereitung von Schmerzen verlangt.⁵³⁵ Bedingungen der Haft sind solange nicht grausam und unüblich, bis es ernsthaft notwendig ist, verfassungsmäßigen Schutz auszuüben und sie eine bewusste Gleichgültigkeit gegenüber der

fense, Gordon England, in dem es heißt: „It is my understanding that, aside from the military commission procedures, existing DoD orders, policies, directives, execute orders, and doctrine comply with the standards of Common Article 3 [of the Geneva Conventions], and therefore, actions by DoD personnel that comply with such issuances would comply with the standards of Common Article 3.“; Text im Internet unter www.defenselink.mil/news/commissions.html.

532 Der XVIII. Zusatz zur amerikanischen Verfassung lautet *in toto*: „*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.*“. Die ersten zehn Zusätze zur Verfassung sind auch als „Bill of Rights“ bekannt.

533 Vgl. *Hannum/Fischer*, oben Fn. 520, 97.

534 Dazu *Department of Defense, Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism: Assessment of Legal, Historical, Policy, and Operational Considerations*, oben Fn. 17, 36.

535 *S. Porter v. Nussle*, 534 U.S. 516, 528 (2002), dazu *Department of Defense, a.a.O.*, und vgl. *Whitley v. Albers*, 475 U.S. 312, 319 (1986): „*After incarceration, only the 'unnecessary and wanton infliction of pain' . . . constitutes cruel and unusual punishment forbidden by the Eighth Amendment.*“.

Gesundheit und Sicherheit des Häftlings zum Ausdruck bringen.⁵³⁶ Die letztere, subjektive Voraussetzung verlangt eine Untersuchung des Tätervorsatzes dahingehend, ob es sich bei der Haftbedingung um eine Strafmaßnahme handeln soll, weil das Eighth Amendment, wie oben ausgeführt, nur grausame und unübliche *Strafen* verbietet.⁵³⁷ Maßgebliches Kriterium ist also, wie auch bei der exzessiven Gewaltanwendung, die Intention des Täters - in der Regel der Gefängniswärter. Geschah die Anwendung der Gewalt oder die Auferlegung einer bestimmten Haftbedingung im guten Glauben daran, die Gefängnisdisziplin aufrechtzuerhalten oder wiederherzustellen, fehlt es am konstituierenden subjektiven Element. Besonders Wert gelegt wird daher auf eine rechtfertigende Erfüllung der Pflichten des Handelnden.⁵³⁸

Insbesondere folgende Passage illustriert die Auslegung des einschlägigen Verfassungszusatzes durch den Supreme Court, wonach „*only those deprivations denying 'the minimal civilized measures of life's necessities' sufficiently grave to form the basis of an Eighth Amendment violation.*“⁵³⁹ Es genügt demnach nicht, wenn der Häftling nachweist, dass die Haftbedingungen restriktiv und sogar hart sind („*restrictive and even harsh*“), weil diese Konditionen „*are part of the penalty that criminal offenders pay for their offenses against society.*“⁵⁴⁰ Der Betroffene muss vielmehr den ernsthaften Entzug

536 *Farmer v. Brennan*, 511 U.S. 825 (1994): „*Prison officials have a duty under the Eighth Amendment to provide humane conditions of confinement. They must ensure that inmates receive adequate food, clothing, shelter, and medical care, and must protect prisoners from violence at the hands of other prisoners. However, a constitutional violation occurs only where the deprivation alleged is, objectively, 'sufficiently serious,' Wilson v. Seiter, 501 U.S. 294, 298, and the official has acted with 'deliberate indifference' to inmate health or safety.*“; vgl. dazu *Department of Defense*, a.a.O.

537 *Wilson v. Seiter*, 501 U.S. 294, 300 (1991).

538 *Whitley v. Albers*, oben Fn. 535, 319; in einer neueren Entscheidung zum Verbot grausamer und unüblicher Strafe war ein Häftling mit einem Gefängniswärter zunächst in eine verbale Auseinandersetzung und dann in eine Rangelerei geraten. Nach Überwältigung des Gefangenen wurde diesem das Hemd ausgezogen und an einen Pfosten gebunden, wo er sieben Stunden in der Sonne verbringen musste, ohne ausreichend Flüssigkeit zu erhalten. Die Maßnahme wurde als Verletzung des Eighth Amendment qualifiziert, weil es keine sicherheitsbezogene Notwendigkeit dafür gab; vgl. *Hope v. Pelzer*, 122 S.Ct. 2508, 2514 (2002).

539 *Wilson v. Seiter*, a.a.O., 347; vgl. auch *Department of Defense* a.a.O.

540 *Rhodes v. Chapman*, 452 U.S., 337, 347.

eines menschlichen Grundbedürfnisses belegen oder nachweisen, dass er einer aktuellen Gefahr ernsthaften Schadens ausgesetzt ist.⁵⁴¹

Zulässigkeit des amerikanischen Vorbehalts aus Sicht des Human Rights Committee

Dieser kursorische Überblick verdeutlicht die Schwierigkeiten, die bei der Auslegung des Verbots unmenschlicher, grausamer oder erniedrigender Behandlung oder Strafe nach Artikel 7 IPbpR unter zusätzlicher Berücksichtigung der Verfassungsbestimmungen der Vereinigten Staaten und deren Auslegung durch die amerikanische Judikative entstehen. Dass die Verwahrung, internationale Verpflichtungen nur im Rahmen nationalen Rechts einzuhalten, den Sinn und Zweck der Verpflichtung konterkarieren kann, hat daher viele Staaten dazu bewegt, gegen den amerikanischen Vorbehalt Widerspruch einzulegen.⁵⁴² Und das Human Rights Committee hat in allgemeiner Weise darauf hingewiesen, dass die Tatsache, dass der IPbpR keine Aussagen zu Vorbehalten trifft, nicht bedeutet, dass jeder Vorbehalt zulässig sei. Verwahrungen, die mit dem Sinn und Zweck des Paktes nicht vereinbar seien, insbesondere solche zu absoluten Normen, könnten nicht als kompatibel angesehen werden.⁵⁴³ Ziel des Menschenrechtsvertrages sei es gerade, die internationalen Verpflichtungen zu nationalisieren, um ihnen individuelle Anwendbarkeit zu verschaffen, wozu auch die Änderung nationalen Rechts notwendig sein könne:

„In an instrument which articulates very many civil and political rights, each of the many articles, and indeed their interplay, secures the objectives of the Covenant. The object and purpose of the Covenant is to create le-

541 *Farmer v. Brennan*, oben Fn. 536, 837.

542 Neun Staaten haben gegen den Vorbehalt der USA zu Artikel 7 IPbpR Widerspruch eingelegt, unter anderem mit dem Argument, dass ein Verweis auf nationales Recht nicht die internationalen Verpflichtungen eines Staates suspendieren kann; dazu *Kristina Ash*, U.S. Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: Credibility [sic] Maximization and Global Influence, 2005, 7 f., im Internet unter <http://www.law.northwestern.edu/journals/jihr/v3/7/Ash.pdf>.

543 Human Rights Committee, General Comment No. 24: Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant, in: *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, oben Fn. 419, 161 ff.

DIE GEGENSÄTZLICHEN ANSICHTEN DER DISKURSTEILNEHMER ZU DEN
HAFTBEDINGUNGEN

gally binding standards for human rights by defining certain civil and political rights and placing them in a framework of obligations which are legally binding for those States which ratify; and to provide an efficacious supervisory machinery for the obligations undertaken. [...]

The intention of the Covenant is that the rights contained therein should be ensured to all those under a State party's jurisdiction. To this end certain attendant requirements are likely to be necessary. Domestic laws may need to be altered properly to reflect the requirements of the Covenant; and mechanisms at the domestic level will be needed to allow the Covenant rights to be enforceable at the local level. Reservations often reveal a tendency of States not to want to change a particular law. And sometimes that tendency is elevated to a general policy. Of particular concern are widely formulated reservations which essentially render ineffective all Covenant rights which would require any change in national law to ensure compliance with Covenant obligations. No real international rights or obligations have thus been accepted. And when there is an absence of provisions to ensure that Covenant rights may be sued on in domestic courts, and, further, a failure to allow individual complaints to be brought to the Committee under the first Optional Protocol, all the essential elements of the Covenant guarantees have been removed.⁵⁴⁴

Die Ratifizierung eines internationalen Vertrages unter dem Vorbehalt nationalen Verstehens einer Norm ist danach weniger Ausdruck der Unterwerfung unter einen zwischenstaatlichen Konsens, sondern reflektiert mehr eine nach innen bereits bestehende Selbstbindung eines Staates. Weicht diese Bindung nach innen von der internationalen Verpflichtung ab, kann eine derartige Ratifizierung den Konsens insgesamt in Frage stellen. Hinzu kommt, dass es sich bei Menschenrechtsverträgen um besondere Bestimmungen handelt, welche die Verleihung von Rechten an Individuen zum Gegenstand haben und nicht bloßer Austausch gegenseitiger Verpflichtungen zwischen Völkerrechtssubjekten sind. In dieser entscheidenden Materie erweisen sich nach dem Human Rights Committee die üblichen Regeln zu Vorbehalten in Verträgen, insbesondere nach der Wiener Vertragsrechtskonvention, als ungeeignet, der sich stellenden Probleme Herr zu werden. Für das Prinzip zwischenstaatlicher Reziprozität sei an dieser Stelle kein Platz.⁵⁴⁵

544 Human Rights Committee, General Comment No. 24, a.a.O., 161 ff. (Hervorhebungen durch Verfasser).

545 Human Rights Committee, General Comment No. 24, oben Fn. 419, 161 ff.: „But the Committee believes that its provisions [of the Vienna Convention on the Law of Treaties] on the role of State objections in relation to reservations are inappropriate to address the problem of reservations to human rights

Weil gerade im Fall eines underogierbaren Rechts wie Artikel 7 IPbpR, von dem nicht im Notstandsfall abgewichen werden darf, der Vorbehalt einer Einschränkung im Rahmen des nationalen Rechts der internationalen Verpflichtung als solcher widersprechen könnte, hat das Human Rights Committee in seinen Ausführungen zu den US-amerikanischen Vorbehalten zum IPbpR im Ergebnis festgestellt:

„The Committee regrets the extent of the State party's reservations, declarations and understandings to the Covenant. It believes that, taken together, they intended to ensure that the United States has accepted only what is already the law of the United States. The Committee is also particularly concerned at reservations to article 6, paragraph 5, and article 7 of the Covenant, which it believes to be incompatible with the object and purpose of the Covenant.“⁵⁴⁶

Der Vorbehalt der Vereinigten Staaten von Amerika zu Artikel 7 IPbpR stellt unter Zugrundelegung der oben dargestellten Einschätzungen des Human Rights Committee wohl eine unzulässige Einschränkung der Bindung an die in dem Pakt festgelegten Pflichten dar. Die USA haben gleichwohl an ihren Verwahrungen immer festgehalten, so dass sich beide disparaten Wahrnehmungen der ameri-

treaties. Such treaties, and the Covenant specifically, are not a web of inter-State exchanges of mutual obligations. They concern the endowment of individuals with rights. The principle of inter-State reciprocity has no place, save perhaps in the limited context of reservations to declarations on the Committee's competence under article 41.“

546 Human Rights Committee, Concluding Observations of the Human Rights Committee: United States of America, 03/10/95, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.50; A/50/40, paras.266-304 (Hervorhebung durch Verfasser).

Eine entsprechende Erklärung hat das Committee against Torture im Hinblick auf den gleich lautenden Vorbehalt der USA zu Artikel 16 Abs. 1 CAT abgegeben: *„The Committee expressed concern over ,The reservation lodged to Article 16, in violation of the Convention, the effect of which is to limit the application of the Convention.“*; s. auch Amnesty International, News Release, 15. Mai 2000, AI INDEX: AMR 51/71/00: *„The Committee [against Torture] also recommended that the USA withdraw all 'reservations, interpretations and understandings' on which it conditioned its acceptance of the treaty. These included a reservation to Article 16, in which the USA agreed to be bound by the Convention only to the extent that it matches the ban on cruel punishment contained in the US Constitution.“*

kanischen Verpflichtungen weiterhin gegenüberstehen: die des nationalen, staatlichen Blickwinkels und die der internationalen Sicht (eines berufenen Überwachungsorgans).⁵⁴⁷

Es kann an dieser Stelle weder eine tiefer gehende Erörterung der Zulässigkeit von Vorbehalten zu völkerrechtlichen Verträgen noch eine intensive Auseinandersetzung mit dem amerikanischen Verfassungsrecht erfolgen. Für eine umfassende Prüfung der Vereinbarkeit des Umgangs mit den Gefangenen von Guantánamo und ihren Haftbedingungen mit dem Völkerrecht wird daher im Folgenden die Sichtweise des Human Rights Committee unter der Prämisse der uneingeschränkten Anwendbarkeit von Artikel 7 IPbpR (respektive Artikel 16 Abs. 1 CAT) zugrunde gelegt. Die Untersuchung erfolgt damit grundsätzlich aus der Perspektive des Völkerrechts, welche die Staatenverpflichtung aus dem Gesamtgefüge der Vertragsparteien und des Schutzzwecks der vereinbarten Normen hervorhebt, mit einer zusätzlichen, cursorischen Einschätzung des Sachverhalts aus Sicht des US-Rechts.

Unmenschliche, grausame oder erniedrigende Behandlung in Guantánamo?

Fraglich ist unter dieser Prämisse, ob die am Anfang der Arbeit (Punkt 1.1) festgestellten Verhaltensweisen gegenüber den inhaftierten Personen in Guantánamo eine unmenschliche, grausame oder erniedrigende Handlung im Sinne der oben gewählten Auslegung darstellen, wozu etwa Akte zählen, welche die physische und moralische Würde und Integrität der betroffenen Person missachten und ein Mindestmaß an körperlichen oder psychischen Schmerzen oder Leiden verursachen. Als an diesem Maßstab zu überprüfende Handlungen wurden in der Sachverhaltsdarstellung vor allem die vom amerikanischen Verteidigungsministerium zugelassenen Verhörtechniken

547 Hinzuweisen ist in dem Zusammenhang aber auch darauf, dass die Vereinigten Staaten keinen Vorbehalt zu Artikel 10 Abs. 1 IPbpR eingelegt haben, dessen Anwendungsbereich weiter definiert wird als der des Artikels 7 IPbpR. Grund des unterlassenen Vorbehalts ist womöglich, dass Artikel 10 IPbpR gemäß Artikel 4 des Paktes nicht zu den underogierbaren Rechten gehört; das Human Rights Committee nimmt die Unmöglichkeit der Suspendierung dieser Norm wegen deren Wichtigkeit und Bezug zur Menschenwürde über den Wortlaut von Artikel 4 IPbpR hinaus jedoch an; vgl. oben Fn. 519.

aufgeführt⁵⁴⁸ sowie bestätigte Haftbedingungen genannt,⁵⁴⁹ wohingegen darüber hinausgehende Vorwürfe körperlicher und psychischer Übergriffe nicht als mit letzter Sicherheit bestätigt angesehen werden können.

Viele der offiziell zulässigen Verhörtechniken könnten den Tatbestand der unmenschlichen, grausamen und erniedrigenden Behandlung erfüllen. So zielt etwa das Entfernen der Kleidung („*Removal of clothing*“) des Gefangenen während des Verhörs ausdrücklich darauf ab, ein Gefühl der Unsicherheit und Abhängigkeit zu erzeugen.⁵⁵⁰ Dem Abrasieren von Haaren und Bart („*Forced grooming*“) kann der Erzeugung eines emotionalen Zustandes der Subordination, des Ausgeliefertseins und der Hilflosigkeit zugesprochen werden; es demonstriert die Machtstellung der Verhörsperson und kann insbesondere vor dem Hintergrund der islamischen Glaubensstradition von den Betroffenen als psychisches Leid empfunden werden.

Auch durch die gezielte Erzeugung von Angst durch Ausnutzung persönlicher Phobien („*Exploiting individual phobias, e.g. dogs*“) wird versucht, die mentale Integrität des Betroffenen zu verletzen und dessen Willen zur Nichtaussage zu brechen.⁵⁵¹ Ebenso wird die physische Unverletzlichkeit durch die Anwendung von Stresspositionen, des Schlafentzuges, der Aussetzung extremer Hitze oder Kälte und des körperlichen Kontakts („*Stress positions, like standing*“, „*Sleep adjustment*“, „*Environmental Manipulation*“, „*Mild, non-injurious physical contact, e.g. grabbing, poking or light pushing*“) berührt. Der Körper der verhörten Person wird in einen Zustand der

548 Vgl. oben Text zu Fn. 87: „*Fear up harsh*“, „*Yelling*“, „*Deception*“, „*Stress positions, like standing*“, „*Isolation for up to 30 days*“, „*Deprivation of light, auditory stimuli*“, „*Hooding (transportation and questioning [sic])*“, „*20-interrogation*“, „*Removal of ALL comfort items, including religious items*“, „*Removal of clothing*“, „*Forced grooming*“, „*Exploiting individual phobias, e.g. dogs*“, „*Mild, non-injurious physical contact, e.g. grabbing, poking or light pushing*“, „*Environmental Manipulation*“, „*Sleep adjustment*“, „*False flag*“.

549 Etwa die Unterbringung in sehr engen Zellen und die Inhaftierung *incommunicado*, vgl. oben Fn. 61 f.

550 So ausdrücklich zu „*Removal of Clothing*“ in *Department of Defense, Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism: Assessment of Legal, Historical, Policy, and Operational Considerations*, oben Fn. 17, Appendix, S. 9 ff.

551 Vgl. ebd. die Techniken des „*Fear up harsh*“ und „*Increasing Anxiety by Use of Aversions*“ bzw. „*Exploiting individual phobias*“, die ausdrücklich dazu dienen, Angst und Unruhe zu erzeugen.

DIE GEGENSÄTZLICHEN ANSICHTEN DER DISKURSTEILNEHMER ZU DEN
HAFTBEDINGUNGEN

extremen Belastung und Ermüdung versetzt, um einen mentalen Widerstand aufzuheben oder zu verringern. In den Mittelpunkt der Verhöre rückt damit das Ergebnis der Vernehmung - eine, in der Erwartungshaltung der Verhörsperson liegende Aussage des Verhörten - um den Preis der physischen und psychischen Integrität des Betroffenen. In der Spruchpraxis des Human Rights Committee wurden daher das Aussetzen von Kälte,⁵⁵² der Zwang zum Verharren in Stresspositionen, das Festbinden und Verbinden der Augen als unmenschliche Behandlung angesehen:

„She [the author of the claim] states, inter alia, that once she was forced to stand for 3 hours with minor interruptions; that her wrists were bound with a strip of coarse which hurt her and that her eyes were continuously kept bandaged. [...] [S]he was allegedly kept sitting on a mattress, blindfolded, not allowed to move for many days. She was allowed to take a bath every 10 or 15 days. [...] The Human Rights Committee [...] is of the views that the facts as found by it [...] disclose violations of the Covenant, in particular of: Articles 7 and 10 (1), on the basis of evidence of inhuman and degrading treatment of Esther Soviano de Bouton“⁵⁵³

Auch bereits die Unterbringung in sehr engen Zellen ohne die Möglichkeit der körperlichen Betätigung und ohne Schutz vor Witterungsbedingungen widerspricht den Anforderungen an eine menschliche Mindestbehandlung von gefangenen Personen, wie sie das Human Rights Committee etwa im Fall *Marais v. Madagascar* statuiert hat:

„He [the author of the claim] was again in the basement of the prison [...] in a cell measuring 2m by 1m. Any communication at the political police prison was forbidden and the detainees were kept completely incommunicado. [...] The Committee is of the view that the communication discloses violations of the Covenant, in particular, of articles 7 and 10 (1), because of the inhuman conditions in which Dave Marais, Jr., has been held in prison in Madagascar incommunicado.“⁵⁵⁴

552 Human Rights Committee, *Victor Alfredo Polay Campos v. Peru*, No. 577/1994, U.N. Doc. CCPR/C/61/D/577/1994, para. 8.4 ff.; das HRC sah das Festhalten von *Campos* in einer sehr kalten Zelle, in der er bis zu 23 Stunden pro Tag verbrachte, als Verletzung von Artikel 10 Abs. 1 IPbPR an.

553 Human Rights Committee, *Soviano de Bouton v. Uruguay*, oben Fn. 510, para. 2.3.

554 Human Rights Committee, *Marais v. Madagascar*, oben Fn. 512, para. 8.9, 19; s. auch die Entscheidung *Campos v. Peru*, oben Fn. 552, para. 8.4 ff., in der die Unterbringung in einer Zelle 2 x 2m mit nicht mehr als 10 Minuten

Ebenfalls könnte bereits der Zustand der *indefinite detention* und die dadurch erzeugte Unsicherheit und emotionale Belastung des Gefangenen über das eigene Schicksal als unmenschlich angesehen werden. Das Festhalten der Personen *incommunicado* verstärkt die erwähnten psychologischen Effekte und wurde daher vom Human Rights Committee als Verstoß gegen das Menschlichkeitsgebot qualifiziert.⁵⁵⁵ Ein Indiz für eine vermehrte Resignation unter den Gefangenen ist deren Aufgabe des Lebenswillens und deren Wunsch zu sterben, wie er in den zahlreichen Suizidversuchen unter den betroffenen Personen gesehen werden kann.⁵⁵⁶

Im Ergebnis kann daher bereits in den als zulässig erklärten Verhörtechniken sowie den aufgeführten allgemeinen Haftbedingungen in Guantánamo insbesondere nach den Kriterien und Fallgruppen des Human Rights Committee eine unmenschliche, grausame und erniedrigende⁵⁵⁷ Behandlung gesehen werden,⁵⁵⁸ weil sie ein Min-

Sonnenlicht am Tag als Verletzung der Artikel 7 und 10 IPbPR qualifiziert wurde.

555 Human Rights Committee, *Laureano v. Peru*, oben Fn. 511, para. 8.9: „*With regard to the claim under article 7, the Committee recalls that Ms. Laureano disappeared and had no contact with her family or, on the basis of the information available to the Committee, with the outside world. In the circumstances, the Committee concludes that the abduction and disappearance of the victim and prevention of contact with her family and with the outside world constitute cruel and inhuman treatment, in violation of article 7, juncto article 2, paragraph 1, of the Covenant.*“.

556 Am 23. Juni 2003 waren 18 Selbstmordversuche unter den Gefangenen registriert worden; am 11.8.2003 wurden 29 Suizidversuche von amerikanischen Behörden eingeräumt und am 24.11.2003 gab das IKRK 32 Versuche der Selbsttötung in Guantánamo an; am 26.1.2005 wurde gemeldet, dass es einen kollektiven Selbstmordversuch von 23 Häftlingen gegeben habe; s. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 26.1.2005, S. 2; vgl. ebenso *Amnesty International*, United States of America, The threat of a bad example: Undermining international standards as „war on terror“ detentions continue, oben Fn. 23, 19; der ehemalige Häftling *Shah Mohammed Alihil* hat angegeben, selbst drei Selbstmordversuche unternommen und mindestens zwei weitere von anderen Gefangenen mitbekommen zu haben; vgl. *Human Rights Watch*, *Detainee Accounts*, oben Fn. 51, 22.

557 Die erniedrigende Behandlung der Gefangenen im Sinne der Missachtung des Opfers als Person, kann schon alleine deshalb bejaht werden, weil sie unterhalb der Schwelle der unmenschlichen und grausamen Behandlung steht und in dieser enthalten ist. Die Erniedrigung drückt sich aber vor allem in den Handlungsweisen aus, die das Opfer in den Zustand der Unsicherheit und

destmaß an körperlichen, und emotionalen Leiden verursachen. Die physische und insbesondere die moralische Würde und Integrität der Betroffenen wird mit den angewandten Methoden durchbrochen.

Ob dagegen bei Zugrundelegung eines rein nationalen, verfassungsbezogenen Maßstabs die strittigen Handlungsweisen als eine „*cruel and unusual punishment*“ zu subsumieren wären, erscheint fragwürdig und grenzwertig. Dazu müsste der Nachweis böswilliger und mutwilliger Schmerzzufügung geführt werden. Außerdem ist bei den Maßnahmen im Rahmen des Kriegs gegen den Terror immer auf die besondere Ausnahmesituation und die verfassungsmäßigen Befugnisse des Präsidenten hingewiesen worden:

„In order to respect the President’s inherent constitutional authority to manage a military campaign, 18 U.S.C. § 2340 A (the prohibition against torture) as well as any other potentially applicable statute must be construed as inapplicable to interrogation undertaken pursuant to his Commander-in-Chief authority.“⁵⁵⁹

Zwischenergebnis: Verstoß gegen Menschlichkeitsgebot nach internationalem Recht

Nach dem vorliegenden Auslegungsergebnis mit der Betonung auf uneingeschränkte völkervertragsrechtliche Pflichten und der Berücksichtigung bisheriger Entscheidungen internationaler Organe liegt damit eine unmenschliche, grausame und erniedrigende Behandlung vor. Auf die von der US-Administration dementierten Berichte der systematischen körperlichen Misshandlung der Gefangenen mit dem Ziel der Informationsgewinnung kommt es demnach nicht an. Diese würden wohl, ihre Wahrheit unterstellt, ebenfalls eine unmenschliche und grausame Behandlung darstellen, weil sie bereits eine höhere Schmerzintensität indizieren.

Scham versetzen, wie „*Deprivation of Clothing*“, „*Hooding*“ und „*Fear up harsh*“; vgl. zum Merkmal des „*degrading treatment*“ im Sinne des Artikels 7 IPbPR Nowak, oben Fn. 502, 165 f.

558 So wohl auch Schäfer, oben Fn. 23, 106; auch de Zayas, oben Fn. 23, 19 f., in Bezug auf die „*indefinite detention*“.

559 Department of Defense, Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism: Assessment of Legal, Historical, Policy, and Operational Considerations, oben Fn. 17, 23.

Sowohl die einzeln aufgeführten Bedingungen der Haft in Guantánamo Bay als auch die in Verhören zugelassenen Methoden zur Erlangung von Informationen durch körperliche und mentale Beeinflussung der Gefangenen halten der hier vorgenommenen Prüfung am Verbot der unmenschlichen, grausamen und erniedrigenden Behandlung und reziprok dem im humanitären Völkerrecht und internationalen Menschenrechtsschutz in den Artikeln 13 Abs. 1; 14 Abs. 1 GK III; 27 Abs. 1 GK IV sowie den Artikeln 7, 10 Abs. 1 IPbPR, XXV Abs. 3 AMRE und 16 Abs. 1 CAT zum Ausdruck kommenden Gebot der Menschlichkeit nicht Stand.⁵⁶⁰

1.2.4.2.2 *Verstoß gegen das Verbot der Folter?*

Die erlaubten Techniken für die Vernehmungen der Gefangenen von Guantánamo könnten auch den Tatbestand der Folter erfüllen. Folter ist sowohl im humanitären Völkerrecht, als auch nach internationalem Menschenrechtsschutz ohne Möglichkeit der Rechtfertigung verboten. In der III. Genfer Konvention zum Schutz der Kriegsgefangenen kommt das Folterverbot in Artikel 87 Abs. 3; Artikel 130 und speziell für Verhörssituationen in Artikel 17 Abs. 4 zum Ausdruck:

„No physical or mental torture, nor any other form of coercion, may be inflicted on prisoners of war to secure from them information of any kind whatever. Prisoners of war who refuse to answer may not be threatened, insulted, or exposed to unpleasant or disadvantageous treatment of any kind.“

Entsprechende Verbote enthalten hinsichtlich der Behandlung der Zivilpersonen die Artikel 32 und 147 GK IV. Außerdem ist das Folterverbot für alle von einem bewaffneten Konflikt betroffenen Per-

560 Einige der aufgeführten Maßnahmen mit religiösem Bezug (etwa das Rasieren der Bärte) können als erniedrigende Behandlung qualifiziert werden, andere (etwa das Verweigern einer Kopfbedeckung zum Beten) stellen zumindest eine Verletzung des Rechts auf freie Religionsausübung nach Artikel 34 GK III, Artikel 38 Ziff. 3; 93 Abs. 1 GK IV für die Personen dar, auf die diese Abkommen anwendbar sind.

DIE GEGENSÄTZLICHEN ANSICHTEN DER DISKURSTEILNEHMER ZU DEN
HAFTBEDINGUNGEN

sonen in dem gemeinsamen Artikel 3 Abs. 1 lit. a der Genfer Abkommen sowie in Artikel 75 Abs. 2 a) ii) ZP I statuiert.

Auch Artikel 7 IPbpR verbietet die Anwendung von Folter; wie in den aufgeführten Normen des humanitären Völkerrechts fehlt aber eine Definition des Begriffs in dem Menschenrechtspakt. Als Auslegungshilfe wird daher meist die hier ebenfalls anwendbare CAT herangezogen.⁵⁶¹ Artikel 1 Abs. 1 CAT legt den Begriff der Folter wie folgt fest:

„For the purposes of this Convention, the term 'torture' means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.“⁵⁶²

Erklärung der USA zur Folterdefinition der CAT

Die USA haben die Konvention unter Abgabe der Erklärung ratifiziert, dass:

„[I]n order to constitute torture, an act must be specifically intended to inflict severe physical or mental pain or suffering and that mental pain or suffering refers to prolonged mental harm caused by or resulting from (1) the intentional infliction or threatened infliction of severe physical pain or suffering; (2) the administration or application, or threatened administration or application, of mind altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or the personality; (3) the threat of imminent death; or (4) the threat that another person will imminently be subjected to death, severe physical pain or suffering or the administration or application of mind altering substances, or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or personality.“⁵⁶³

561 Vgl. Nowak, oben Fn. 502, 161; Joseph/Schultz/Castan, oben Fn. 500, 140 ff.

562 Die deutsche Übersetzung von „*severe pain or suffering whether physical or mental, is intentionally inflicted*“ lautet: „*vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zufügt*“; vgl. BGBl. 1990 II, S. 246.

563 Erklärung der Vereinigten Staaten zu Artikel 1 CAT; Vorbehalte und Erklärungen zur CAT einsehbar auf der Internetseite der UNO unter <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/bible.org>.

Nach amerikanischem Verständnis von Folter muss die in Frage stehende Handlung also mit direktem Vorsatz („*specifically intended*“) erfolgen. Dazu muss der Handelnde beabsichtigt haben, den verbotenen Akt auszuführen.⁵⁶⁴ Weil dieser Akt intensive physische oder mentale Schmerzen voraussetzt, muss es dem Täter gerade auf die Zufügung derartiger Schmerzen angekommen sein. Hat der Betroffene solche Schmerzen dagegen nur als logische Folge seiner Handlung angesehen, hatte er lediglich allgemeinen Vorsatz („*general intent*“).⁵⁶⁵

Weitere wichtige Erklärungen der USA zu Artikel 1 CAT lauten wie folgt: „*That with reference to article 1 of the Convention, the United States understands that 'sanctions' includes judicially-imposed sanctions and other enforcement actions authorized by United States law or by judicial interpretation of such law. Nonetheless, the United States understands that a State Party could not through its domestic sanctions defeat the object and purpose of the Convention to prohibit torture. [...] That with reference to article 1 of the Convention, the United States understands that the term 'acquiescence' requires that the public official, prior to the activity constituting torture, have awareness of such activity and thereafter breach his legal responsibility to intervene to prevent such activity. [...] That with reference to article 1 of the Convention, the United States understands that noncompliance with applicable legal procedural standards does not per se constitute torture.*“.

Die USA haben die Verpflichtung aus Artikel 2 CAT zur Implementierung der Konventionsrechte in das nationale Rechtssystem nie erfüllt, weil sie davon ausgehen, dass bestehendes US-Recht zur Erfüllung ausreicht. Dies ist vor dem Hintergrund der Erklärungen zur Folterdefinition konsequent, da diese das amerikanische Rechtsverständnis der relevanten Begriffe wiedergeben; vgl. dazu *Department of Defense, Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism: Assessment of Legal, Historical, Policy, and Operational Considerations*, oben Fn. 17, 5 ff.

Eine dem Vorbehalt zu Artikel 1 CAT entsprechende Verwahrung haben die Vereinigten Staaten zu Artikel 7 IPbPR nicht ausgesprochen. Nur der oben (Fn. 520) aufgeführte Vorbehalt zur grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe wurde hinsichtlich Artikel 7 IPbPR eingelegt.

Die neueste universelle Folterdefinition ist in Artikel 7 Abs. 2 (e) des Rome Statute of the International Criminal Court vom 17.7.1998, U.N.T.S. 2187, 3, enthalten: „*'Torture' means the intentional infliction of severe pain or suffering, whether physical or mental, upon a person in the custody or under the control of the accused; except that torture shall not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanctions.*“.

564 *United States v. Carter*, 530 U.S. 255, 269 (2000); dazu auch *Department of Defense*, a.a.O.

565 *United States v. Carter*, a.a.O.

Entscheidendes Kriterium der Folterdefinition ist aber sowohl nach internationalem als auch nach US-amerikanischem Verständnis der Begriff der „großen körperlichen oder seelischen Schmerzen oder Leiden“ („*severe physical or mental pain or suffering*“). Das Rechtsgutachten des Department of Defense zu der Befragung von Gefangenen im Krieg gegen den Terrorismus und ein entsprechendes Gutachten des Department of Justice gehen davon aus, dass nach amerikanischem Recht zur Erfüllung dieses Merkmals ein hoher Grad an Intensität erreicht werden muss, der es dem Opfer schwer macht, den Schmerz auszuhalten.⁵⁶⁶

Darüber hinaus muss im Falle der Zufügung psychischer Schmerzen ein dauerhaftes mentales Leiden („*prolonged mental harm*“) die Folge sein. Nach Auffassung des US-Verteidigungsministeriums sei dies in Auslegung einschlägigen amerikanischen Rechts nicht der Fall bei dem Druck und den Belastungen eines langen und intensiven Verhörs.⁵⁶⁷ Im Übrigen sei der Tatbestand nur erfüllt, wenn das Leiden durch eine der in der Erklärung aufgeführten Handlungsweisen zugefügt wurde. Wenn der Handelnde darüber hinaus guten Glaubens war, dass seine Tat keine dauerhaften seelischen Leiden verursacht, liegt nach dieser Interpretation keine Folter vor.⁵⁶⁸

Im Ergebnis umfasst der Folterbegriff, wie er von der Exekutive in den USA interpretiert wird, nur die extremsten Formen physischen oder psychischen Schmerzes.⁵⁶⁹ Dementsprechend hat die *Reagan-Administration* auch bei der Vorlage der CAT dem Senat folgende Erklärung beigefügt:

566 *Department of Defense*, Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism: Assessment of Legal, Historical, Policy, and Operational Considerations, oben Fn. 17, 10: „*Thus, the adjective 'severe' conveys that the pain or suffering must be of such a high level of intensity that the pain is difficult for the subject to endure.*“; mit demselben Ergebnis *Department of Justice*, Memorandum for Alberto R. Gonzales - Counsel to the President, Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A, oben Fn. 15, 2 ff.

567 *Department of Defense*, Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism: Assessment of Legal, Historical, Policy, and Operational Considerations, oben Fn. 17, 11 ff.

568 Ebd.

569 *Department of Justice*, Memorandum for Alberto R. Gonzales - Counsel to the President, oben Fn. 11, 16.

„The United States understands that, in order to constitute torture, an act must be a deliberate and calculated act of an extremely cruel and inhuman nature, specifically intended to inflict excruciating and agonizing physical or mental pain or suffering.“⁵⁷⁰

Das amerikanische Justizministerium geht in seinem Gutachten sogar so weit, dass Folter nur extreme Akte umfasst, deren Schmerzresultat für das Opfer nur schwer zu ertragen ist. Physische Schmerzen müssten von einer Intensität sein, die schwerwiegenden Verletzungen gleichkommen, wie Tod oder Organversagen:

„For the foregoing reasons, we conclude that torture as defined in and proscribed by Sections 2340-2340A [of title 18 of the United States Code], covers only extreme acts. Severe pain is generally of the kind difficult for the victim to endure. Where the pain is physical, it must be of an intensity akin to that which accompanies serious physical injury such as death or organ failure. Severe mental pain requires suffering not just at the moment of infliction but it also requires lasting psychological harm, such as seen in mental disorders like posttraumatic stress disorder.“⁵⁷¹

Von Seiten der US-Administration wurde später betont, dass diese Darstellung des US-amerikanischen Verständnisses von Folter nicht umgesetzt wurde, sondern lediglich theoretisch sei.⁵⁷² Und nach einer breiten Diskussion in der Öffentlichkeit über die amerikanische Folterauslegung hat ein zweites Gutachten des US-Justizministeriums von Ende 2004 die Ergebnisse des ersten abgeschwächt.⁵⁷³ Dennoch wird insgesamt deutlich, dass gerade unter Berücksichtigung der amerikanischen Rechtsprechung und der Auslegung durch die Exekutive die Schwelle für Folter in den USA hoch angesetzt wird.⁵⁷⁴

570 S. Treaty Doc. 100-20 (1988), 4 f.; abgedruckt in: *Department of Justice*, a.a.O.

571 *Department of Justice*, Memorandum for Alberto R. Gonzales - Counsel to the President, oben Fn. 11, 46; s. dazu auch *Amrit Singh*, *Secrets and Lies: Uncovering the Truth about Torture*, *International Civil Liberties Report*, 2004, 1, 2 ff.

572 Vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 24.6.2004, S. 1.

573 *Department of Defense*, Memorandum for James B. Comey - Deputy Attorney General, 30. Dezember 2004, im Internet unter <http://www.usdoj.gov/olc/dagmemo.pdf>.

574 Auch das zweite Gutachten des Department of Defense stellt mangels Definition des Begriffs „severe“ in 18 U.S.C. §§ 2340-2340A im Einklang mit der

DIE GEGENSÄTZLICHEN ANSICHTEN DER DISKURSTEILNEHMER ZU DEN
HAFTBEDINGUNGEN

Das Committee against Torture hat zu den Vorbehalten und Erklärungen der Vereinigten Staaten zu der CAT folgende Empfehlung ausgesprochen:

„[To] enact a federal crime of torture in terms consistent with Article 1 of the Convention and withdraw its reservations, interpretations and understandings relating to the Convention.“⁵⁷⁵

Erfüllung der Folterdefinition nach Artikel 1 Abs. 1 CAT

Ob die amerikanische Auslegung des Folterbegriffs von der Definition in der CAT und respektive der Auslegung des IPbpR differiert (und ob der amerikanische Vorbehalt zu der Konvention aus diesem Grund als unzulässig betrachtet werden kann), muss jedoch nur entschieden werden, wenn beide Interpretationen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Fraglich ist daher zunächst, ob die Behandlung der Gefangenen in Guantánamo, insbesondere die Anwendung der vom Pentagon erlaubten Verhörmethoden, den Tatbestand der Folter im Sinne des Artikels 1 Abs. 1 CAT und des Artikels 7 IPbpR darstellen.

Der Folterbegriff der aufgeführten Menschenrechtsverträge setzt voraus, dass die zugefügten seelischen oder physischen Schmerzen groß oder intensiv („severe“) sind. Die erlittenen Schmerzen müssen folglich eine gewisse Intensität erreichen, die in Abgrenzung zur grausamen und unmenschlichen Behandlung über ein Mindestmaß hinausgeht.⁵⁷⁶ Das Human Rights Committee hat etwa folgende Handlungen als Folter evaluiert: „systematic beatings“,⁵⁷⁷ „the use of the 'submarino' (putting the detainee's hooded head into foul wa-

Rechtsprechung in *FDIC v. Meyer*, 510 U.S. 471, 476 (1991) auf den herkömmlichen und natürlichen Wortgebrauch ab. Danach ist unter „severe“ zu verstehen: „extremely violent or intense“ und „Of circumstances [...]: Hard to sustain or endure“; vgl. *Department of Defense*, a.a.O., 5.

575 Committee against Torture, Report of the Committee against Torture, General Assembly, Official Records, 55th Session, Suppl. No. 44 (A/55/44), 32 ff.; s. auch schon *Amnesty International*, News Release, 15. Mai 2000, oben Fn. 546.

576 Vgl. *Nowak*, oben Fn. 502, 161 f.

577 Human Rights Committee, *Berterretche Acosta v. Uruguay*, No. 162/1983, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/44/40), 183 (1988), para. 5.

ter)“,⁵⁷⁸ „electric shocks to fingers, eyelid, nose and genitals when tied naked to a bedframe“,⁵⁷⁹ „burnings with cigarettes“,⁵⁸⁰ „extended hanging from hand and/or leg chains“,⁵⁸¹ „repeated immersions in a mixture of blood, urine, vomit, and excrement, standing“, „naked and handcuffed for great lengths“. ⁵⁸² In den Entscheidungen *Miango Muiyo v. Zaire* und *Kanana v. Zaire*⁵⁸³ befand das Committee verschiedene Kombinationen von Schlägen, Elektroschocks an den Genitalien, simulierte Exekutionen und der Entzug von Nahrung und Wasser als Folter. In den meisten Fällen haben diese Praktiken zu dauerhaften Schäden für die Gesundheit der Opfer geführt, was das Committee in seinen Entscheidungen berücksichtigt hat.⁵⁸⁴

In Bezug auf seelische Leiden, die den Grad der Folter erreichen, ist die inhaltliche Ausgestaltung des Folterbegriffs durch die zuständigen Organe weniger umfangreich und dezidiert. So hat das Human Rights Committee entschieden, dass die emotionale Belastung eines zum Tode Verurteilten, der über längere Zeit (mehrere Jahre) auf seine Hinrichtung warten muss (*death row phenomenon*), „nur“ eine grausame, unmenschliche und erniedrigende Behandlung darstellen

578 Human Rights Committee, *Grille Motta v. Uruguay*, No. 11/1977, U.N. Doc. CCPR/C/10/D/11/1977, para. 2; der Betroffene musste auch folgende Prozeduren erleiden: „the application of electric shocks,[...] insertion of bottles or barrels of automatic rifles into his anus and forcing him to remain standing, hooded and handcuffed and with a piece of wood thrust into his mouth, for several days and nights.“.

579 Human Rights Committee, *Rodriguez v. Uruguay*, No. 322/1983 U.N. Doc. CCPR/C/51/D/322/1988 (1994), para. 2.1.

580 Human Rights Committee, *Hiber Conteris v. Uruguay*, oben Fn. 515, para. 1.4.

581 Human Rights Committee, *Arzuaga Gilboa v. Uruguay*, oben Fn. 516, para. 4.3.

582 Human Rights Committee, *Hiber Conteris v. Uruguay*, oben Fn. 515, para. 1.4; Übersicht zu den als Folter anerkannten Methoden in: *Nowak*, oben Fn. 502, 161 f.; dazu auch *Joseph/Schultz/Castan*, oben Fn. 500, 140 ff.

583 Human Rights Committee, *Jean Miango Muiyo v. Zaire*, No. 194/1985 U.N. Doc. CCPR/C/OP/2, 219 (1990) und *Isidore Kanana Tshiongo a Minanga v. Zaire*, No. 366/1989; U.N. Doc. CCPR/C/49/D/366/1989, para. 2.1; dazu *Joseph/Schultz/Castan*, oben Fn. 500, 140 ff.

584 Vgl. etwa Human Rights Committee, *Sendic v. Uruguay*, No. 63/1979, U.N. Doc. CCPR/C/14/D/63/1979, para. 16.1; als Folge der Schläge durch Sicherheitskräfte erlitt das Opfer einen Leistenbruch; auch Human Rights Committee, *Cariboni v. Uruguay*, No. 159/1983, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2, 189 (1990), para. 2.4; hier hatte das Opfer in Folge der Verhöre zwei Herzanfälle erlitten.

kann, selbst dies aber auch nicht *per se* anzunehmen sei.⁵⁸⁵ In der Entscheidung *NG v. Canada*, in der es um die geplante Hinrichtung einer Person durch Vergasung ging, wurde eine Verletzung des Verbots grausamer, unmenschlicher und erniedrigender Behandlung angenommen, weil der Betroffene bei dieser Art der Exekution einen bis zu zehn minütigen Todeskampf erleiden würde und er davon auch Kenntnis hatte.⁵⁸⁶ Den Begriff der Folter hat das Committee in diesem Zusammenhang jedoch nicht erwähnt. Ausdrücklich bejaht wurde der Tatbestand dagegen bei akuten und extremen Angstzuständen, die etwa bei in Verhören simulierten Exekutionen und Amputationen („*simulated executions or amputations*“) hervorgerufen werden.⁵⁸⁷

Es ist zweifelhaft, ob die Anwendung der vom Pentagon erlaubten Techniken für Verhöre in Guantánamo abstrakt betrachtet die Schwelle großer Schmerzen oder Leiden erreicht. Die Aussetzung der Betroffenen großer Kälte oder Wärme („*Environmental Manipulation*“), lauter Musik oder Lichtentzug („*Deprivation of light, auditory stimuli*“) sowie der Entzug von Schlaf („*Sleep adjustment*“) beeinflussen den menschlichen Organismus negativ. Dass diese Methoden über den Grad physischer Unbehaglichkeit, des Unwohlseins oder gar geringer Leiden hinaus die Intensität großer Schmerzen erreichen, kann aber nicht *per se* angenommen werden. Auch das Verhören einer Person über viele Stunden („*20-interrogation*“) und leichter physischer Kontakt („*Mild, non-injurious physical contact, e.g. grabbing, poking or light pushing*“) verletzt zwar die körperliche Integrität und führt zu physischen Empfindungen wie Ermüdung, Erschöpfung und eventuell zu leichtem Schmerz, erreicht die Schwelle des völkerrechtlichen Folterbegriffs aber wohl nicht.

Ebenso kann das längere Verharren in Stresspositionen („*Stress positions, like standing*“) sicher zu Schmerzen beim Betreffenden führen, die auf die muskuläre Belastung des Körpers zurückgehen;

585 Human Rights Committee, *Barrett and Sutcliffe v. Jamaica*, No. 270, 271/1988, U.N. Doc. CCPR/C/44/D/271/1988 (1992), para. 8.4; auch *Francis v. Jamaica*, No. 606/1994, U.N. Doc. CCPR/C/54/D606/1994 (1995), para. 9.1; dazu *Joseph/Schultz/Castan*, a.a.O., 155 ff.

586 Human Rights Committee, *NG v. Canada*, No. 469/1991, para. 16.1 ff.

587 Vgl. etwa Human Rights Committee, *Miguel Angel Estrella v. Uruguay*, No. 74/1980, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/38/40), 150 (1983), para. 1.6.

dass solche Schmerzen *intensiv* sind, kann aber wohl nicht *per se* angenommen werden. So hat das Human Rights Committee im Fall *Massera v. Uruguay* den Zwang zu langem Stehen mit einer Kapuze über dem Kopf nur deswegen als Folter qualifiziert, weil der Betroffene die Balance verloren und sich beim Fall das Bein gebrochen hatte.⁵⁸⁸

Wie schwierig es grundsätzlich ist, die Grenzen der Folter festzulegen, zeigt auch deren disparate Interpretation durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und die Europäische Menschenrechtskommission. Im Gegensatz zu letzterer hatte der EGMR die als „*five techniques*“ bekannten Verhörmethoden britischer Sicherheitskräfte in Nordirland (*hooding, submitting them to continuous and monotonous noise, deprivation of sleep, deprivation of sufficient food and drink, making the detainees stand continuously against a wall in a spreadeagled and painful posture for prolonged periods of some hours*) nicht als Folter, sondern „nur“ als unmenschliche Behandlung eingestuft.⁵⁸⁹ Es handelt sich dabei gerade um solche Anwendungen, die auch für die Gefangenen von Guantánamo in Frage stehen. Der EGMR hatte die Intensität und Grausamkeit, die nach dem Wortsinn des Begriffs der Folter erforderlich ist, im Hinblick auf die genannten Methoden verneint und festgestellt, dass Folter ein darüber hinaus gehendes „*special stigma to deliberate*

588 Human Rights Committee, *Massera v. Uruguay*, No. 5/1977; U.N. Doc. CCPR/C/7/D/5/1977, para. 2; dazu Nowak, oben Fn. 502, 162.

589 Vgl. EGMR, *Ireland v. United Kingdom*, 18.1.1978, Series A, 25 (1978), para. 96; die Beschreibung der angewendeten „*five techniques*“ lautet wie folgt: „(a) wall-standing: forcing the detainees to remain for periods of some hours in a stress 'position', described by those who underwent it as being 'spreadeagled' against the wall, with their fingers put high above the head against the wall, the legs spread apart and the feet back, causing them to stand on their toes with the weight of the body mainly on the fingers; (b) hooding: putting a black or navy coloured bag over the detainees' heads and, at least initially, keeping it there all the time except during interrogation; (c) subjection to noise: pending their interrogations, holding the detainees in a room where there was a continuous loud and hissing noise; (d) deprivation of sleep: pending their interrogations, depriving the detainees of sleep; (e) deprivation of food and drink: subjecting the detainees to reduced diet during their stay at the centre and pending interrogations.“; dazu Nowak, oben Fn. 502, 160.

inhuman treatment causing very serious and cruel suffering“ impliziere.⁵⁹⁰

Eher noch als die physisch wirkenden Verhörtechniken, könnten jedoch die seelischen Beeinflussungen der Gefangenen von Guantánamo zur Erfüllung des Foltertatbestandes geführt haben. Das Anschreien des Verhörten („*Yelling*“), das Abdecken seines Kopfes („*Hooding (transportation and questioning [sic]*“), sein Ausziehen („*Removal of Clothing*“) und seine längere Isolation („*Isolation for up to 30 days*“) führen sicher zu seelischen Belastungen wie Unsicherheit, Nervosität und Hilflosigkeit. Ob diese Leiden aber intensiv sind und über die jeweilige Situation andauern, ist zweifelhaft. Mehr noch könnten die gezielte Erzeugung von Angst („*Fear up harsh*“) und Ausnutzung persönlicher Phobien („*Exploiting individual phobias, e.g. dogs*“) die Schwelle der Folter erreichen. Aber auch dass ein als bedrohlich empfundenen Übel, wie die Konfrontation mit einem Hund bei entsprechender phobischer Veranlagung, mit der Todesangst bei simulierten Exekutionen oder Amputationen vergleichbar ist, kann wohl nicht behauptet werden. So kann ebenfalls nicht angenommen werden, dass die Erhöhung des Angstlevels in einer Person *per se* zu *großen* oder *schweren* seelischen Leiden oder Schmerzen führt. Auch die generelle Situation der Häftlinge - die Gefangenschaft auf unbestimmte Zeit ohne Anklage und ausreichenden Kontakt zur Außenwelt - führt sicherlich zu einem Gefühl der Resignation, der Ungewissheit, der Unsicherheit und Hoffnungslosigkeit; ob damit automatisch ein intensives psychisches Leiden verbunden ist, muss aber bezweifelt werden.

Es wird deutlich, dass entsprechend der Bewertung körperlicher Schmerzen, auch die Einschätzung der erlittenen seelischen Leiden an die Grenze der Subjektivität stößt. Jeder Mensch hat ein anderes physisches und psychisches Schmerzempfinden und eine unterschiedliche Schmerztoleranz. Ob eine Leidzufügung als *intensiv* oder *groß* empfunden wird, hängt daher auch vom subjektiven Gefühl des Opfers ab und muss unter Abwägung aller Umstände für den Einzelfall entschieden werden.⁵⁹¹ So ist davon auszugehen, dass - wie

590 EGMR, *Ireland v. United Kingdom*, a.a.O., para. 167 mit Bezug auf Artikel 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention.

591 S. Nowak, oben Fn. 502, 161.

hier vertreten - die nach abstrakter Betrachtung die aufgeführten Verhörmethoden die Schwelle der völkerrechtlichen Folterdefinition nicht erreichen; es ist aber möglich, dass ihre Kombination und/oder wiederholte und dauerhafte sowie extensive Anwendung bei dem Betroffenen den Grad intensiver körperlicher, aber vor allem seelischer Leiden überschreitet.

In einigen Fällen wird von ehemaligen Gefangenen berichtet, dass sie über die Inhaftierung hinaus große körperliche und insbesondere seelische Schmerzen erleiden mussten und müssen.⁵⁹² In diesen Fällen, sollten sie sich nachhaltig als wahr erweisen, kann von der Erfüllung des Foltertatbestandes im Sinne der internationalen Normen gesprochen werden.⁵⁹³ Auch die auffällig hohe Rate an Suizidversuchen könnte ein Indiz für diesen Syllogismus sein. Die hier anhand der gesicherten Informationen vorgenommene abstrakte Betrachtung kann aber nicht zu einem entsprechenden pauschalen Schluss kommen.

Zwischenergebnis: Keine Folter im Sinne des Völkerrechts

Die zugelassenen Verhörmethoden zur Vernehmung der Gefangenen von Guantánamo stellen *per se* keine Folter im Sinne des Artikels 1 Abs. 1 CAT und Artikels 7 IPbPR und respektive des humanitär-völkerrechtlichen Folterverbots dar, weil sie die darin vorausgesetzte

592 Vgl. die Aussage des anonymen ehemaligen Häftlings A.: „[I]t has left its impressions on me: I feel terrified sometimes and see terrible nightmares. I dream I am in prison and then I shout and I wake up, and perspiration is running from my back. Therefore I visit a psychiatrist and take medicines, which is very expensive and I cannot afford it.“; auch Tarek Dergoul: „I get migraines, I'm depressed and I suffer from memory loss. There's stuff that happened, embedded in my head, that I can't remember.“; in: *Human Rights Watch, Detainee Accounts*, oben Fn. 51, 23 ff.; auch Jamal al-Harith, vor dem Committee on Legal Affairs and Human Rights der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, oben Fn. 50: „I have been left with intermittent significant pain in my knees which I believe arises from being repeatedly forced onto my knees and pressed downwards by guards during various other processes during my detention. These events happened almost every day. I am also suffering continuing pain in my right elbow. I am also concerned about the long-term psychological effects.“.

593 Weitere Voraussetzung ist zwar der Vorsatz der Täter und die Erfüllung eines bestimmten Zwecks (vgl. Artikel 1 Abs. 1 CAT); davon wird aber in der Regel auszugehen sein, weil die gezielte Anwendung der Verhörmethoden zur Informationsgewinnung diene.

Intensität der hervorgerufenen Schmerzen und Leiden nicht erreichen. Mangels gesicherter Informationen über eine dauerhafte und extensive sowie kombinierte Anwendung der Techniken mit der Folge intensiver Schmerzen für das Opfer kann nicht von systematischer Folter bei den Befragungen der Gefangenen von Guantánamo gesprochen werden. Die Erfüllung des Foltertatbestandes bleibt vielmehr der Prüfung des Einzelfalls vorbehalten.

Einer Entscheidung, ob die amerikanische Auslegung des Folterbegriffs wesentlich von der völkerrechtlichen abweicht und deshalb etwa der Vorbehalt der Vereinigten Staaten zu Artikel 1 CAT unzulässig sein könnte, bedarf es nicht, denn diese beschreibt eine noch höhere Schwelle zur Folter, die nur extreme Gewaltakte mit schwer auszuhaltenden Schmerzen für das Opfer umfasst.⁵⁹⁴ Beide Interpretationen führen damit zum selben Ergebnis der Verneinung von Folter.

Wie schon bei der Prüfung einer unmenschlichen, grausamen oder erniedrigenden Behandlung ist aber darauf hinzuweisen, dass von Folter gegen die Gefangenen von Guantánamo auszugehen sein könnte, wenn sich die von der US-Administration dementierten Berichte von Übergriffen mit Schlägen und Tritten, extremsten Stresspositionen und der Drohung mit Elektroschocks sowie Todesdrohungen bewahrheiten sollten.⁵⁹⁵ In diesen Fällen der Gewalt würden die damit verbundenen großen körperlichen und seelischen Schmerzen und Leiden beim Opfer die Erfüllung des Foltertatbestandes indizieren.⁵⁹⁶

594 Vgl. oben Text zu den Fn. 564 ff.

595 S. oben Text zu den Fn. 592 f.

596 Für den Fall, dass sich in diesen Fällen eine Differenz zum amerikanischen Verständnis der Folter ergeben sollte, ist hinsichtlich des Vorbehaltes der USA zu Artikel 1 CAT auf die Darstellung zu Artikel 7 IPbpR hinzuweisen. Wie schon bei dieser Verwahrung zum IPbpR kann bei der CAT insofern nichts anderes gelten, als ein Vorbehalt der Interpretation internationaler un-derogierbarer Menschenrechte auf nationaler Ebene die völkerrechtliche Verpflichtung konterkariert und dem Sinn und Zweck des Vertrages zuwider läuft.

1.2.4.3 *Ergebnis: Behandlung der Gefangenen
verstößt nach internationalem, jedoch nicht nach
amerikanischem Recht gegen Verbot der unmenschlichen
Behandlung*

Die Anwendung der vom Pentagon zugelassenen Verhörtechniken bei den Gefangenen von Guantánamo stellt nach der hier vorgenommenen Interpretation eine unmenschliche, grausame und erniedrigende Behandlung dar und verletzt das dem humanitären Völkerrecht und internationalen Menschenrechtsschutz inhärente Gebot der menschlichen Behandlung nach den Artikeln 13 Abs. 1, 14 Abs. 1 GK III, 27 Abs. 1 GK IV sowie den Artikeln 7, 10 Abs. 1 IPbpR, XXV Abs. 3 AMRE und 16 Abs. 1 CAT,⁵⁹⁷ wenn man von der uneingeschränkten Anwendbarkeit der aufgeführten Normen ausgeht und insbesondere die Spruchpraxis des Human Rights Committee zugrunde legt.

Aus dem amerikanischen Verfassungshorizont und insbesondere wenn man von der Wirksamkeit der Vorbehalte zu den relevanten Menschenrechtsverträgen ausgeht, ist dagegen vom gegenteiligen Ergebnis auszugehen.

Dass über eine unmenschliche, grausame und erniedrigende Behandlung hinaus eine Verletzung des Folterverbotes, wie es in den Artikeln 87 Abs. 3, 130 und 17 Abs. 4 GK III, Artikel 32 und 147 GK IV, dem gemeinsamen Artikel 3 Abs. 1 lit. a der Genfer Abkommen sowie in Artikel 75 Abs. 2 a) ii) ZP I und Artikel 7 IPbpR und Artikel 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 CAT zum Ausdruck kommt, vorliegt, kann weder *per se*, noch mangels von unabhängiger Seite bestätigter Informationen für den konkreten Fall festgestellt werden, weil der völkerrechtliche Folterbegriff eine bestimmte Intensität der erlittenen Leiden verlangt. Dieses Ergebnis könnte sich jedoch ändern, sollten sich Berichte ehemaliger Gefangener über schwere und gezielte körperliche und seelische Misshandlungen bestätigen; in

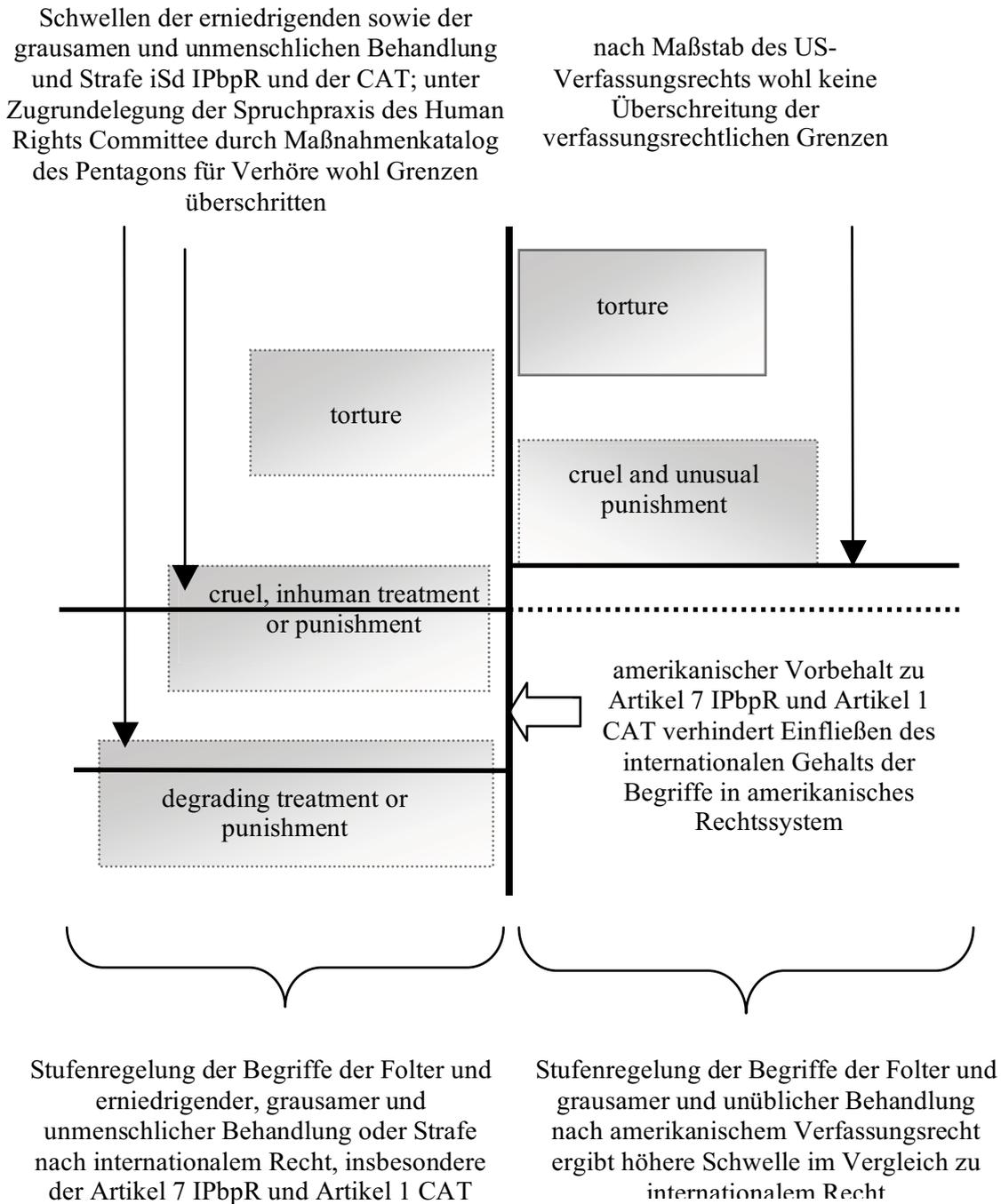
597 So wohl auch *Schäfer*, oben Fn. 23, 106; auch *de Zayas*, oben Fn. 23, 19 f.

DIE GEGENSÄTZLICHEN ANSICHTEN DER DISKURSTEILNEHMER ZU DEN
HAFTBEDINGUNGEN

diesen Fällen könnte auch von Folter Sinne der einschlägigen Normen des Völkerrechts auszugehen sein.⁵⁹⁸

598 Einen ähnlichen Schluss legt auch die Mitteilung einer Expertengruppe der UN-Menschenrechtskommission nahe, die in einer 18-monatigen Untersuchung die Verhältnisse in Guantánamo bewertet haben. In der Mitteilung heißt es, dass die versuchte Neudefinition des Folterbegriffs durch die US-Administration mit internationalem Recht nicht vereinbar sei und dass von Folter in Guantánamo auszugehen sei, wenn die erlittenen Schmerzen der Betroffenen im Einzelfall die Grenze der notwendigen Intensität überschritten hätten; vgl. dazu oben Fn. 23.

Abb. 6: Gegensätzliche Ansichten hinsichtlich der Zulässigkeit des Umgangs mit den Gefangenen von Guantánamo



1.2.4.4 *Der Zugang zu Gerichten*

Da der Schwerpunkt der Untersuchung auf der unmittelbaren Behandlung der Gefangen in Guantánamo liegt, wird an dieser Stelle keine ausführliche rechtliche Bewertung des tatsächlich gewährten Zugangs zu Gerichten, insbesondere zur Überprüfung der Haft (*habeas corpus*), erfolgen. Zusammenfassend kann aber darauf hingewiesen werden, dass im gesetzlichen Ausschluss eines Haftprüfungsrechts der Häftlinge durch den US-Kongress und eine entsprechende Militärverordnung des amerikanischen Präsidenten wohl ein Verstoß gegen Artikel 9 Abs. 4 IPbpR gesehen werden muss.⁵⁹⁹ Die Vereinigten Staaten haben diesbezüglich auch keinen Vorbehalt zu der Bestimmung eingelegt, der zu einer unmittelbaren Einschränkung führen könnte. Zu bedenken ist allerdings, dass die Genfer Konventionen kein ausdrückliches Recht auf Haftprüfung vorsehen und die von amerikanischer Seite argumentierte Verdrängung des internationalen Menschenrechtsschutzes durch das Konfliktrecht daher an dieser Stelle Relevanz entfaltet. Zu berücksichtigen ist auch, dass es sich bei Artikel 9 IPbpR um ein derogierbares Recht handelt und das Argument des Notstandes durch den Afghanistan-Konflikt und den *war against terrorism* im Raum bleibt.

599 Vgl. ausführlich zu der Thematik *George Fletcher*, Hamdam Confronts the Military Commissions Act of 2006, *CJTL*, 2007, 427 ff.; *Jeanine Bucherer*, Die Vereinbarkeit von Militärgerichten mit dem Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 8 Abs. 1 AMRK und Art. 14 Abs. 1 des UN-Paktes über bürgerliche und politische Rechte, 2005, 260 ff.; *Schäfer*, oben Fn. 409, 1 ff.; *Fitzpatrick*, oben Fn. 210, 345 ff.; *Frowein*, oben Fn. 239, 892 ff.; vgl. auch die zahlreichen Entscheidungen amerikanischer Gerichte, oben Fn. 12; zum Ausschluss des Klagerechts durch den amerikanischen Gesetzgeber siehe den als Detainee Treatment Act of 2005 bezeichneten Titel X des Department of Defense Appropriations Act 2006 vom 30.12.2005, oben Fn. 13; zu den Befugnissen des Präsidenten im Kampf gegen den Terrorismus und die Möglichkeit der Aburteilung von „*unlawful enemy combatants*“ in Militärkommissionsverfahren und den damit einhergehenden Ausschluss einer Berufung auf Rechte nach den Genfer Konventionen durch die Angeklagten vgl. den Military Commissions Act 2006, S.3930, vom 22. September 2006, oben Fn. 13.

1.2.5 Zusammenfassung der gegensätzlichen Ansichten zur Bewertung der Gefangenschaft auf Guantánamo nach geltendem Völkerrecht

Das Ergebnis der Gegenüberstellung der völkerrechtlichen Bewertungen der Gefangenschaft in dem amerikanischen Militärgefängnis Camp Delta (und dem früheren Camp X-Ray) in der Guantánamo Bucht auf Kuba stellt sich wie folgt dar:⁶⁰⁰

- 1.2.5.1. Die Vereinigten Staaten sehen sich mit der Terror-Organisation Al Qaida seit den Anschlägen des 11. Septembers 2001 im Zustand des bewaffneten Konfliktes im Sinne der Genfer Konventionen.⁶⁰¹ Die gegenteilige Auffassung sieht in den Terrorattacken dagegen „nur“ ein dem damals herrschenden Taliban-Regime und damit dem Staat Afghanistan zurechenbaren bewaffneten Angriff, gegen den sich die USA mit den Militärschlägen gegen das Land zu Recht verteidigt haben. Durch die überwiegende Anerkennung dieser Maßnahmen in der Staatengemeinschaft ist in diesem Zusammenhang eine Änderung der Zurechnungskriterien für die Verantwortlichkeit eines Staates für das Handeln Privater im Sinne der *Tadic*-Rechtsprechung festzustellen.⁶⁰²

600 Der vermittelte Diskurs um die Haft in Guantánamo und die Auslegungsergebnisse lassen sich im Übrigen auch auf andere, mit dem Gefängnis auf Kuba vergleichbaren Einrichtungen übertragen, falls sich die bestehenden Hinweise darauf bewahrheiten sollten. Denn in solchen Gefängnissen außerhalb amerikanischen Hoheitsgebietes sollen (nicht-amerikanische) Gefangene im Krieg gegen den Terrorismus unter der (zumindest zeitweisen) Hoheitsgewalt der Vereinigten Staaten inhaftiert und verhört werden. Guantánamo wäre daher für solche Einrichtungen ein Modellbeispiel.

601 Vgl. die Untersuchung oben in Punkt 1.2.1.1.

602 Vgl. die Untersuchung oben in Punkt 1.2.1.2.

- 1.2.5.2 In der rechtlichen Bewertung des Sachverhalts durch die Vereinigten Staaten werden die am umfassend verstandenen Krieg gegen den Terrorismus beteiligten Taliban und Al Qaida-Kämpfer nicht als Kombattanten und damit als Kriegsgefangene im Sinne der Genfer Konventionen anerkannt. Ihnen wird vielmehr der Status des „*unlawful combatant*“ zugesprochen. Der Schutz der Genfer Konventionen wird in dessen Folge nur den Taliban und lediglich aufgrund politischem Gestus gewährt.
- In einer anderen Einschätzung der Lage waren nach den verfügbaren Informationen und der Vermutungswirkung des Artikels 5 GK III die Taliban-Kämpfer und Mitglieder von Al Qaida, die auf deren Seite im Afghanistan-Krieg 2001/2002 gekämpft haben, Kombattanten des afghanischen Staates und sind nach ihrer Gefangennahme Kriegsgefangene im Sinne der III. Genfer Konvention. Mitglieder von Al Qaida, die nicht an den Feindseligkeiten teilgenommen haben, in Afghanistan verhaftet wurden und in Guantánamo inhaftiert sind, sind bei Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts und einer schutzzweckorientierten Auslegung grundsätzlich nach dem IV. Genfer Abkommen als Zivilpersonen geschützt, wenn sie die Staatsangehörigkeitsvoraussetzung von Artikel 4 GK IV erfüllen. Dies gilt auch für Taliban- und Al Qaida-Kämpfer, falls diese nicht die Kombattantenkriterien des Artikels 4 GK III erfüllen sollten und daher als „*unrechtmäßige Kämpfer*“ zu qualifizieren sind. Kommt danach die IV. Genfer Konvention nicht zur Anwendung, gilt jedenfalls der Mindestschutz des gemeinsamen Artikels 3 der Genfer Abkommen und der gewohnheitsrechtlich geltende Artikel 75 ZP I für alle von einem bewaffneten Konflikt betroffenen Personen. Ergänzend (für in Drittstaaten festgenommene, dem Terrorismus verdächtige Al

Qaida-Mitglieder ausschließlich) findet bei Verneinung einer Verdrängung durch das Konfliktrecht und bei Bejahung der extraterritorialen Anwendbarkeit der internationale Menschenrechtsschutz für die Gefangenen von Guantánamo Anwendung. Die seitens der USA mit dem Status des „*unlawful combatant*“ verbundene, weitgehende Rechtlosstellung wird damit vermieden.⁶⁰³

1.2.5.3 Die Inhaftierung der Personen in Guantánamo zum Zwecke der Strafverfolgung ist als solche eine grundsätzlich zulässige Maßnahme. Die USA verdächtigen die Gefangenen terroristischer Maßnahmen und sehen in der Inhaftierung eine notwendige Maßnahme zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus, in der sie sich durch die Wiedereingliederung ehemals inhaftierter Personen in kämpfende Taliban-Einheiten in Afghanistan und in das Terror-Netzwerk Al Qaida bestätigt sehen.⁶⁰⁴

Davon zu trennen ist die Frage nach den Haftbedingungen: Bestimmte Bedingungen der Haft in Guantánamo und der Umgang mit den Gefangenen in Verhören nach dem Maßnahmenkatalog des Pentagons sind mit dem Gebot der Menschlichkeit und respektive dem Verbot unmenschlicher, grausamer und erniedrigender Behandlung nicht vereinbar, wenn die uneingeschränkte Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts und internationaler Menschenrechtsabkommen unterstellt und zur inhaltlichen

603 Vgl. die Ergebnisse der Untersuchung zum Kombattantenstatus oben in Punkt 1.2.2.

604 So wurde nach jüngsten Berichten von 2007 von mindestens 30 ehemaligen Insassen bekannt, dass sie nach ihrer Freilassung aus Guantánamo in Kämpfe auf Seiten der Taliban in Afghanistan verwickelt waren oder Kontakt zu Al Qaida aufnahmen: „*These former detainees successfully lied to US officials, sometimes for over three years. Many detainees later identified as having returned to fight against the U.S. with terrorists falsely claimed to be farmers, truck drivers, cooks, small-scale merchants, or low-level combatants.*“; vgl. *Department of Defense, Ex-Guantanamo Detainees who have returned to the fight*, im Internet unter <http://www.defenselink.mil/news/d20070712/formergetmo.pdf>.

Ausgestaltung insbesondere die Spruchpraxis des Human Rights Committee zugrunde gelegt wird.⁶⁰⁵

Dagegen sind die strittigen Handlungen an einem rein internen, verfassungsmäßigen Maßstab, der auch wegen entsprechender Vorbehalte an die internationalen Verpflichtungen angelegt wird, in den USA bislang nicht als generelle Verstöße gegen die Grundsätze der amerikanischen Verfassung angesehen worden.

Die Anwendung der erlaubten Verhörmethoden kann nach den verfügbaren Informationen nicht *per se* als Folter deklariert werden, auch wenn die Prüfung des Einzelfalls und die Bestätigung weiter gehender Berichte zu einem anderen Ergebnis führen kann.⁶⁰⁶

Die oben genannten Ergebnisse lassen sich auch auf andere Gefängnisse übertragen, die im Ausland vom amerikanischen Geheimdienst betrieben wurden oder werden und deren Existenz lange Zeit geheim war.⁶⁰⁷

- 1.2.5.4 Den eingeschränkten Zugang der Gefangenen von Guantánamo zu ordentlichen US-Gerichten sehen die US-Regierung und der Kongress durch den *war against terrorism* und die Gefahren des internationalen Terrorismus gerechtfertigt.⁶⁰⁸ Nach gegenteiliger Auffassung unter Verweis auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen der USA kann in der amerikanischen Praxis aber ein Verstoß gegen das Recht auf Haftprüfung gemäß Artikel 9 Abs. 4 IPbpr gesehen werden. Ein einschränkender Vorbehalt der Vereinigten Staaten zu diesem Paktrecht existiert nämlich

605 Vgl. das Ergebnis der Untersuchung oben in Punkt 1.2.4.3.

606 Vgl. das Ergebnis der Untersuchung oben in Punkt 1.2.4.3.

607 Der amerikanische Präsident *Bush* hat die Existenz solcher Gefängnisse im September 2006 ausdrücklich eingeräumt, aber offen gelassen, wo sich diese genau befinden. Vermutet werden Lokalitäten in Osteuropa; vgl. dazu *Spiegel-Online*, 7.9.2006, im Internet unter <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,435604,00.html>.

608 Vgl. beispielhaft die Ausführungen in *Khalid v. Bush*, oben Fn. 12, 311 ff. sowie die Erwägungen zu den entsprechenden gesetzlichen Einschränkungen im Detainee Treatment Act of 2005 und im Military Commissions Act 2006, beide oben Fn. 13; dazu auch Fn. 25 mwN.

nicht, zu Bedenken ist jedoch, dass es sich grundsätzlich um ein derogierbares Recht handelt.

Als erste These ergibt sich aus den bisherigen Ergebnissen der Arbeit folgendes:

These 1:

Die beispiellosen Anschläge des 11. Septembers 2001 stellen eine Herausforderung für das Völkerrecht dar und verdeutlichen dessen partiellen Anachronismus, etwa im Rahmen des Konfliktrechts. Die daraus folgenden Schwierigkeiten in der eindeutigen Subsumierung des Sachverhalts in bestehende Kategorien sind ein Grund für die uneindeutigen Resolutionen des Sicherheitsrates und sind mitursächlich für die unterschiedlichen Ansichten und Bewertungen der Ereignisse, vor allem in der Frage des Selbstverteidigungsrechts gegen private Akteure, die staatengleiche Waffengewalt anwenden, der Völkerrechtssubjektivität globaler Terror-Organisationen, der Kriterien der Zurechnung privaten Verhaltens zu einem Staat und der Anwendbarkeit der Genfer Konventionen bei Terroristen und sogenannten „Gotteskriegern“. Das Völkerrecht, insbesondere das Völkervertragsrecht, stößt zudem an seine Grenzen, wenn im Rahmen der Beurteilung des Umgangs mit den Gefangenen von Guantánamo aufgrund differenter Positionen zur Anwendbarkeit, zu Vorbehalten und zur Auslegung relevanter Normen sich die gegenteiligen Auffassungen unvereinbar gegenüberstehen und eine Letztentscheidung und Sanktionierung nicht möglich ist.

Welche Bedeutung die bisherigen Ergebnisse der Arbeit für den universellen Diskurs um Menschenrechte und die Frage nach ihrer Begründung haben, wird im Folgenden erörtert werden.

Teil 2: Die Begründung von Menschenrechten

2.1 Verortung der bisherigen Ergebnisse im Menschenrechtsdiskurs sowie Versuch ihrer Zusammenführung

2.1.1. Ursache der gegensätzlichen rechtlichen Bewertung

Die vorangegangene Prüfung hat gezeigt, dass sich die gegensätzlichen rechtlichen Bewertungen der Ereignisse des 11. Septembers 2001 und des Afghanistan-Krieges durch die Diskursteilnehmer in einigen Punkten überschneiden, hinsichtlich der meisten Probleme aber stark unterscheiden oder diametral gegenüberstehen. Die Vereinigten Staaten von Amerika und Kontinentaleuropa als weltpolitisch wichtige Akteure zeigen sich in ihrem Ziel, den internationalen Terrorismus zu bekämpfen, zwar einig, argumentieren in Bezug auf die zulässigen Mittel aber in verschiedener Weise. Guantánamo wird von den meisten europäischen Staaten als „Fehler“ betrachtet,⁶⁰⁹ weil eine andere Interpretation der relevanten völkerrechtlichen

609 So wortgemäß etwa die spanische Außenministerin *Ana Palacio*, s. dazu *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 12.11.2003, S. 1; vgl. aber auch das Lob der belgischen Senatspräsidentin *Anne-Marie Lizin*, die nach einem Besuch des Gefangenenlagers als Mitglied einer OSZE-Delegation sich dahin gehend geäußert hatte, dass die Haftbedingungen besser seien als in belgischen Gefängnissen. Die OSZE hat sich später von den Äußerungen distanziert; s. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 10. März 2006, S. 7.

Normen und ihrer Anwendbarkeit als die der amerikanischen Administration vorgenommen wird; reziprok sehen die USA das Gefangenenlager und die dort stattfindenden Verhöre als „*notwendig*“ und mit ihren internationalen Verpflichtungen als vereinbar an.⁶¹⁰

In der bisherigen Analyse wurde deutlich, dass die verschiedenartigen Auslegungen entgegengesetzte Ergebnisse zur Folge haben, etwa die Frage der Erfüllung der Kombattantenkriterien oder das Problem der amerikanischen Vorbehalte zu den einschlägigen Menschenrechtsverträgen. Es musste auch zugestanden werden, dass - anders als in der wissenschaftlichen Literatur oft dargestellt - die meisten interpretatorischen Resultate der US-Administration vertretbar innerhalb der juristischen Argumentationssystematik sind. So ließ etwa die Einschätzung der erforderlichen Kombattantenkriterien in der Ordnung des Artikels 4 A GK III auch die Argumentation einer Nicht-Anwendung des Genfer Regimes für den „*unrechtmäßigen Kämpfer*“ zu, zumal eine entsprechende Position schon aus dem Entstehungsprozess der Abkommen bekannt⁶¹¹ und die Einordnung der fundamental-islamischen „*Gotteskrieger*“ in das bestehende (zum Teil anachronistische) System des humanitären Völkerrechts mit Schwierigkeiten verbunden ist. Die beispiellosen Anschläge des 11. Septembers 2001 rechtlich zu bewerten, hat sich insgesamt als eine Herausforderung dargestellt, der auch in der europäischen Wissenschaft mit einer neuen Diskussion um die Justierung des Selbstverteidigungsrechts gegen Private und der Völkerrechtssubjektivität von globalen Terror-Organisationen begegnet wurde.

Die Untersuchung hat verdeutlicht, dass die USA insgesamt ein anderes Konzept des Völkerrechts und darin enthaltener Grundprinzipien vertreten, die nicht erst für Guantánamo geschaffen wurden, sondern auf eine Rechtstradition hinweisen, die in einer Zurückhaltung hinsichtlich der Eingehung internationaler Verpflichtungen,⁶¹² in umfangreichen Vorbehalten zu ratifizierten völkerrechtlichen

610 Vgl. unter vielen *Süddeutsche Zeitung*, 3.12.2002, S. 1; vgl. auch *Steven Donald Smith*, *Guantanamo Detainees Being Held Legally*, *Official Says*, 15.2.2006, im Internet unter http://www.defenselink.mil/news/Feb2006/20060215_4217.html.

611 Vgl. dazu Teil 1 Punkt 1.2.1.4.

612 Dazu *Deller/Makhijani/Burroughs (Hrsg.)*, oben Fn. 148.

Verträgen⁶¹³ und deren Fähigkeit zur Begründung subjektiver Rechte sowie im generellen Schutz des nationalen Rechts vor einer Beeinflussung durch das Völkerrecht ihren Ausdruck findet.⁶¹⁴ Jüngstes Beispiel dieser Grundhaltung in Verbindung mit der traditionell starken Position des amerikanischen Präsidenten ist dessen gesetzlich normierte Befugnis zur Auslegung und Anwendung der Genfer Konventionen im Zusammenhang mit der Gefangenschaft auf Guantánamo durch den Military Commissions Act 2006, welcher auch die Zulässigkeit der Anklage von Gefangenen vor Militärkommissionen bestätigt, die in den USA eine Tradition haben.⁶¹⁵

Obwohl die dargestellten Einschätzungen der Diskursteilnehmer über den zulässigen Umgang mit den Gefangenen von Guantánamo auf identischen Begriffen und Konzepten basieren, die mit der Würde des Menschen zusammenhängen, sind sie inhaltlich sehr verschieden. So zeigte die Untersuchung, dass das im Völkerrecht

613 Vgl. nur den Vorbehalt zu Artikel 7 IPbpR, oben Fn. 520, die Erklärung zu Artikel 1 und den Vorbehalt zu Artikel 16 CAT, dazu oben Fn. 563 und Fn. 520.

614 Jüngstes Beispiel dieser Grundhaltung ist die gesetzlich normierte, ausdrückliche Versagung einer Berufung auf Rechte aus den Genfer Konventionen in Militärkommissionsverfahren durch die angeklagten „*unlawful combatants*“; vgl. Military Commissions Act 2006, oben Fn. 13, Sec. 4 (a) (1): „*GENEVA CONVENTIONS NOT ESTABLISHING SOURCE OF RIGHTS.- Nor alien enemy unlawful combatant subject to trial by military commission under this chapter may invoke the Geneva Conventions at the source of rights at his trial by military commission.*“. S. zu der Thematik auch bereits oben Teil 1 Punkt 1.2.3.; s. dazu auch *Tom Farer, The interplay of domestic politics, human rights, and U.S. foreign policy*, in: *Thomas Weiss/Margaret Crahan/John Gering, Wars on Terrorism and Iraq*, 2004, 29.

Aus dem Grund der zurückhaltenden Politik der USA bezogen auf das Völkerrecht war in der vorangegangenen Prüfung die Fokussierung und Unterscheidung zwischen geltendem Völkerrecht und den konkreten US-amerikanischen internationalen Verpflichtungen besonders wichtig, was vielfach in der wissenschaftlichen Literatur und der Presse vernachlässigt worden ist.

615 Vgl. Military Commissions Act 2006, oben Fn. 13, Sec. 8 (a) (3): „*INTERPRETATION BY THE PRESIDENT.- (A) As provided by the Constitution and by this section, the President has the authority for the United States to interpret the meaning and application of the Geneva Conventions and to promulgate higher standards and administrative regulations for violations of treaty obligations which are not grave breaches of the Geneva Conventions.*“. Zur Geschichte der Militärkommissionsverfahren in den USA vgl. etwa *Detlev F. Vagts, Military Commissions: A Concise History*, *AJIL*, 2007, 35 ff.

und auch in nationalen Rechtsordnungen vorhandene Gebot einer menschlichen Behandlung unterschiedlich interpretiert wird.

Die ungleichen Auslegungen der Frage, was eine menschliche Behandlung ist, sind wahrscheinlich nicht nur auf rein politische Erwägungen der Entscheidungsträger zurückzuführen, sondern korrespondieren womöglich mit dem jeweiligen Menschenbild und auch der jeweils unterschiedlich verstandenen kulturell determinierten und historisch gewachsenen Stellung des Menschen im Gefüge von Recht und Staat. Zwar darf bei einer Evaluierung der Ursachen für die Unterschiede auch die inneramerikanische Diskussion um Guantánamo und Kritik nicht unberücksichtigt bleiben, wie es reziprok durchaus Zustimmung zu dem harten Vorgehen in Staaten geben mag, die von offizieller Seite Kritik an dem Gefangenlager üben. Es wäre aber verkürzt, die Differenzen als autonome Entscheidungen Einzelner zu interpretieren, die völlig losgelöst von einem Reflex gesellschaftlicher Grundhaltungen entstanden sind.

Aufgrund der festgestellten Ungleichheiten ergibt sich - wie bei menschenrechtlichen Problemlagen allgemein - unweigerlich die Frage, ob trotz offenkundiger Differenzen in der Anwendung grundsätzlich von einem universell identischen Verständnis der gemeinsam verwendeten Begriffe und der Menschenrechte gesprochen werden kann. Fraglich ist damit letztlich, ob *ein* Verständnis zugrunde gelegt werden kann, das als Maßstab des „Menschlichen“ dient.

Die Interpretation der kodifizierten Regeln könnte vom nationalen und kulturellen Bild des Menschen derart abhängig sein, dass jeweils verschiedene Verständnisse „der Menschenrechte“ existieren. Anders wäre nicht zu erklären, dass die Vereinigten Staaten einen eigenen Menschenrechtsbericht verfassen, in dem nach ihren Maßstäben für das Jahr 2005 etwa China und Russland, der Iran, Nordkorea und der Sudan scharf kritisiert werden.⁶¹⁶ Im Gegenzug werden zum Beispiel im chinesischen Bericht wiederum den USA Menschen-

616 S. *Department of State*, 2005 Country Reports on Human Rights Practices, Bericht abrufbar auf der Internetseite des amerikanischen Außenministeriums unter <http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2005/index.htm>.

rechtsverletzungen vorgeworfen.⁶¹⁷ Die jeweilige (Miss-) Achtung der Menschenrechte wird dabei aus einem kulturell und gesellschaftlich determinierten Blickwinkel bewertet, und die gegenseitigen Vorwürfe sind trotz partieller Überschneidungen in der Regel nicht deckungsgleich: So werden von Seiten Chinas die hohe Mordrate und Lauschangriffe durch US-Behörden kritisiert; die Lage sei gekennzeichnet durch „*Missbrauch der Polizeigewalt, Fehlurteile und die höchste Quote von Menschen hinter Gittern.*“⁶¹⁸ Die Vereinigten Staaten kritisieren dagegen (vor allem in Bezug auf arabische Staaten) mangelnde demokratische Gepflogenheiten und ungenügende Religionsfreiheit.⁶¹⁹

Als zweite These der vorliegenden Arbeit ergibt sich daher:

These 2:

Die Ursachen der Differenzen in der Bewertung der mit der Gefangenschaft in Guantánamo zusammenhängenden rechtlichen Probleme - Selbstverteidigungsrecht gegen Private, Figur des „*unlawful combatant*“, zulässige Verhörmethoden bei mutmaßlichen Terroristen und menschenrechtlicher Mindeststandard – können nicht losgelöst von den zivilisatorisch determinierten Grundhaltungen und historisch gewachsenen gesellschaftlichen Wertungen, die ein jeweils eigenes Bild des Menschen beschreiben, untersucht werden.

617 Dazu *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 10.3.2006 S. 1 und 2.

618 Vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 10.3.2006 S. 1 und 2.

619 Ebd.

2.1.2 Bedeutung des Völkerrechts im Menschenrechtsdiskurs

Tatsächliche Möglichkeiten des Völkerrechts

Vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Menschenbilder und Grundhaltungen, welche die Interpretationen des Völkerrechts beeinflussen, stellt sich auch die Frage der Bedeutung des Völkerrechts im Diskurs um die Menschenrechte. Dabei muss das Völkerrecht aus einem möglichst objektiven und nüchternen Blickwinkel betrachtet werden, bei dem es nicht um einen etwaigen Anspruch, sondern um dessen tatsächliche Leistungsfähigkeit geht. Der alleinige Rekurs auf völkerrechtliche Normen bei menschenrechtlichen Problemlagen kann nur dann ausreichend sein, wenn dieser Rechtskreis die relevanten Fragen abschließend und zufrieden stellend beantworten kann.

Völkerrecht als konsensuelle Ordnung souveräner Einheiten

Durch die Verschiedenartigkeit der Auslegungen in der juristischen Bewertung der Gefangenschaft und der mit Guantánamo zusammenhängenden Ereignisse wurde zunächst der besondere konsensuelle Charakter der Völkerrechtsordnung hervorgehoben. Die staatliche Souveränität und die damit verbundene souveräne Gleichheit der völkerrechtlichen Vertragspartner zwingen den Beobachter mehr als im innerstaatlichen Bereich, verschiedene Rechtsauffassungen zunächst als gleichwertig zu betrachten. Ein obligatorisches System verbindlicher Interpretationsinstanzen, wie (meist) auf nationaler Ebene vorhanden, gibt es international (noch) nicht. Eine größere Bandbreite rational begründbarer Auslegungen des einschlägigen Rechts muss daher zunächst als zulässig betrachtet werden. Die Rechtsfindung im zwischenstaatlichen Diskurs findet noch mehr als auf nationaler Ebene durch argumentative Überzeugung und diplomatische Bemühungen statt und ist stärker von der Faktizität und dem Willen der rechtsanwendenden (Staaten-) Mehrheit abhängig. So konnte die Frage der völkerrechtlichen Zulässigkeit des Gefängnisses in Guantánamo und der etwaigen Verletzung von Menschen-

rechten bis heute nicht im Sinne einer bindenden Entscheidung geklärt werden, auch wenn die zum Teil von offizieller Seite geäußerte Kritik in der Weltgemeinschaft wohl spürbaren politischen Druck auf die USA erzeugt haben mag. Um die Schwächen eines solchen Systems zu umgehen, hat etwa die Europäische Union für ihre eigenen Belange ein institutionelles Gefüge geschaffen,⁶²⁰ das nur noch in seiner Genese auf dem Völkerrecht basiert und nach dessen Regeln funktioniert.

Die in der Arbeit vorgelegten Ergebnisse können nur die feststellbaren Mehr- oder Minderheitsmeinungen wiedergeben, die sich in den rechtsanwendenden Institutionen sowie der Rechtswissenschaft hinsichtlich der rechtlichen Probleme ergeben, sofern es überhaupt möglich ist, solche Mehr- oder Minderheiten im übernationalen Rechtskreis der Völker festzustellen. Zwar kann alles Recht als die Summe von majoritären und minoritären Evaluierungen einer vorhandenen (Rechts-) Größe gesehen werden und das, was als Recht erkannt wird, nur als die Darstellung einer Einschätzung durch ein (im Idealfall repräsentatives) Gremium (Judikative oder Legislative). Jedoch findet im Gegensatz zu den hier thematisierten Fragen auf nationaler Ebene meist eine klärende Entscheidung statt, die dem Rechtssubjekt Verbindlichkeit vermittelt, das Recht vollziehbar macht und eine unmittelbare Bestätigung der als richtig vereinbarten Regeln des Zusammenlebens darstellt.

Beim Völkerrecht ist im Unterschied zum nationalen Recht zu berücksichtigen, dass es sich um die Selbstbindung souveräner Einheiten handelt und dadurch Normurheber, Normadressat und Normanwender weit mehr kongruieren als auf staatlichem Level, was auch heißt, dass die Rechtswirklichkeit sich mehr der politischen Faktizität und des diplomatisch Machbaren unterordnen muss. Das Völkerrecht und *in concreto* die internationalen Menschenrechte spiegeln einen *consensus* der sich selbst adressierenden Rechtsanwender wider, das Rechtssubjekt ist dagegen abstrakt und allenfalls nur sehr mittelbar beteiligt. Auf nationaler Ebene wird das Recht im Sinne

620 Ein Parlament und auf europäischer Ebene letztentscheidende Gerichte.

rousseauistischer und lockianischer Staatstheorie aber häufig als der Konsens der Rechtssubjekte gedacht, die den Staat konstituieren und verpflichten und ihm den Auftrag zur Rechtsanwendung unter dem Vorbehalt der Einhaltung der Abwehrrechte übertragen, auch wenn es sich dabei um ein idealisiertes Verständnis handelt, weil die Menschen eine Ordnung immer schon vorfinden und diese nicht umfassend neu entscheiden, sondern nur weiterentwickeln können.

Völkerrecht und nationales Recht können selbstverständlich nicht genuin voneinander unterschieden werden, es sind zwangsläufig Interdependenzen und strukturelle Parallelen vorhanden. So ist die souveräne Handlungsfreiheit der Staaten im System des Völkerrechts auch faktisch nicht unbegrenzt und wird etwa durch die Möglichkeit der Zwangsausübung nach Beschluss des Sicherheitsrates bei Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des Artikels 39 der UN-Charta weitgehend wirksam eingeschränkt. Die Grenzen dieser Beschränkungsmöglichkeit werden aber gerade bei Menschenrechten deutlich. So war der Sicherheitsrat bei Menschenrechtsverletzungen mit Zwangsmaßnahmen bisher sehr zurückhaltend; eine Friedensbedrohung durch die Verletzung der Menschenrechte und damit die Zuständigkeit des Sicherheitsrates wurde bisher nur in schwersten Fällen angenommen.⁶²¹ Im Fall von „Guantánamo“ wäre ein Eingreifen wegen des Veto-Rechts der USA qua Natur illusorisch.

Mehrere Ebenen der Menschenrechtsdeutung

Bei der Bilanzierung der Menschenrechtssicherung durch internationale Institutionen wie des Sicherheitsrats geht es nicht um die Infragestellung des internationalen Menschenrechtsschutzes als notwendiges Instrument oder der Apologie von Verletzungen vereinbarter positivrechtlicher Normen. Vielmehr soll das internationale

621 *Matthias Pape*, Humanitäre Intervention, Zur Bedeutung der Menschenrechte in den Vereinten Nationen 1997, 258 ff.; in den wenigen Fällen der Entscheidung zur Maßnahmenergreifung in Somalia, Irak und Jugoslawien war parallele Voraussetzung, dass die vormalige Regierung ihre Autorität verloren bzw. eine entsprechende Anfrage an den Sicherheitsrat gerichtet oder ihre Billigung erklärt hatte. Ebenfalls die fehlende Gleichmäßigkeit der Entscheidungsfindung kritisierend *Heike Krieger*, Der Sicherheitsrat als Hüter der Menschenrechte: Grund und Grenzen seiner Kompetenz, *Die Friedenswarte*, 2006, Heft 1, 107, 119 ff.

Menschenrechtssystem ja die in der Regel (als Grundrechte) vorhandenen nationalen Menschenrechtskataloge der Vertragsstaaten verdoppeln und die Menschenrechte (zusätzlich) auf zwischenstaatlicher Ebene sichern. Die Existenz zweier menschenrechtlicher Ebenen bezogen auf ein und dasselbe Individuum im staatlichen und internationalen Gefüge kann aber, wie in der bisherigen Darstellung deutlich wurde, auch zu Problemen führen. Denn beide Ebenen können unterschiedlich ausgelegt werden, wobei die Interpretation in der Regel von der unteren Ebene ausgeht. Die inhaltliche Ausformung der Menschenrechtsnormen steht daher in jenen Bereichen im ständigen Konflikt mit der staatlichen Souveränität, wo andere Auslegungen rational möglich sind, Vakanzen bestehen und Gesetzesvorbehalte vorgesehen oder Vorbehalte eingelegt sind, wie im Fall der USA hinsichtlich der CAT und des IPbpR.

Die immanenten Schwächen des völkerrechtlichen Systems führen letztlich bei der Behandlung menschenrechtlicher Problematiken zu der oben bereits erwähnten Frage, in welchem Umfang und welcher inhaltlichen Ausgestaltung ein universeller Konsens der Menschenrechte - selbst im Rahmen der internationalen Abkommen - tatsächlich besteht. Der biforme (oder multiforme) Menschenrechtsschutz kann zu einer vorschnellen Annahme eines einheitlichen globalen Standards führen, der aus dem Horizont des jeweils *eigenen* Menschenrechtsverständnisses interpretiert wird. Gerade die vorangegangene Prüfung der Gefangenschaft in Guantánamo hat verdeutlicht, dass in manchen Fällen eine unterschiedliche Auslegung oder Konnotation eines Details entgegengesetzte Ergebnisse zur Folge haben kann, die das Schicksal des Rechtssubjektes bestimmen. Je größere (zum Teil systemimmanente) Vakanzen in den Verschriftlichungen der einzelnen Rechte bestehen, als desto interpretationsanfälliger können diese betrachtet werden. Im Fall des IPbpR mit 160 oder der CAT mit 139 Vertragsstaaten ist eine entsprechende Anzahl an Interpretationen zumindest vorstellbar.

Zwar darf nicht außer Acht gelassen werden, dass in den genannten Beispielen das Human Rights Committee respektive das Committee against Torture die Einhaltung der jeweiligen Pakt- bzw. Konventionsrechte überwacht. Ein von diesen Institutionen gefälltes Unwerturteil kann politischen Druck auf die Vertragsstaaten ausüben. Den Darlegungen dieser Institutionen sind die Staaten mit anderer Interpretation ihrer Verpflichtungen aber immer wieder argumentativ entgegengetreten. So haben etwa die USA die Kritik des Committee against Torture an dem Vorbehalt zu Artikel 16 CAT, wonach das Verbot unmenschlicher, grausamer und erniedrigender Behandlung im Sinne der amerikanischen Verfassung ausgelegt wird, mit dem Hinweis zurückgewiesen, das bestehende innerstaatliche Recht biete bereits umfassenden Schutz, ohne dass eine verbindliche Auflösung dieser Aporie stattgefunden hätte oder hätte können. Eine gewisse Effektivierung des IPbpR durch Zulassung von Individualbeschwerden (an deren Ende eine unverbindliche Entscheidung des Human Rights Committee steht) hat auch nur ein Teil der Vertragsstaaten durch Ratifizierung des Zusatzprotokolls zugelassen.⁶²²

Eine offenkundige qualitative Schwachstelle des internationalen Menschenrechtsschutzes zeigt sich demzufolge darin, dass sich einerseits der Sicherheitsrat als das internationale Organ mit Gewaltmonopol nur in bestimmten, als schwerste Menschenrechtsverletzungen wahrgenommenen Fällen für zuständig erklärt hat (zusätzlich zu den bekannten institutionellen Defiziten) und andererseits die bestehenden Menschenrechtsabkommen keinen hinreichenden Sanktionsmechanismus aufweisen. Das bestehende Völkerrecht und insbesondere der internationale Menschenrechtsschutz spiegelt womöglich den zur Zeit maximal erreichbaren diplomatischen Konsens wider und im zeitlichen Kontext stellt das System einen wohl vor 60

622 S. Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 16. Dezember 1966, 104 Vertragsstaaten, s. dazu *United Nations, Multilateral Treaty Framework: An Invitation to Universal Participation*, oben Fn. 425. Vgl. im Zusammenhang mit den Problemen der Umsetzung völkerrechtlicher Verträge auch *Sun Shiyuan, The International Covenant on Civil and Political Rights: One Covenant, Two Chinese Texts?*, *NJIL*, 2006, 187 ff., mit dem Hinweis, dass der von den Vereinten Nationen zu Grunde gelegte Text des von China unterzeichneten Paktes nicht mit dem authentischen chinesischen Dokument identisch ist.

Jahren nicht vorgestellten Fortschritt dar. Auch sind ein Mangel an Zwang und Vollstreckbarkeit nicht die einzigen Kriterien für die Geltung und Verbindlichkeit von Recht. Dennoch kann eine mangelnde tatsächliche Umsetzung von Recht immer auch dessen Normativität durch eine entgegenstehende Faktizität bedrohen, so dass eine Weiterentwicklung des völkerrechtlichen Systems und insbesondere der Menschenrechte durch Strategien für eine forlaufende Implementierung und tatsächliche Beachtung unabdingbar ist.

Auch und gerade über das völkerrechtliche Vertragssystem hinaus führt die unterschiedliche Anwendung und Interpretation dessen, was unter den Rechten des Menschen verstanden wird, zwangsläufig zu der Frage, ob die verschiedenen Verständnisse in den Zivilisationen einen tatsächlichen Konsens implizieren. Dies führt weiter zu der Frage, ob die von einer Seite als Verletzung empfundenen Handlungen auch innerhalb des jeweils ausführenden Rechtssystems als Verfehlungen wahrgenommen werden oder nicht.

Bei der Frage, ob sich im konkreten Fall Guantánamos die Vereinigten Staaten in ihren Handlungen mit dem Menschenrecht im Einklang stehend sehen, ist zu berücksichtigen, dass die USA mit den Erklärungen von 1776 als Geburtsort der verfassten Menschenrechte gelten. Ohne die Vereinigten Staaten wäre die Entwicklung der Menschenrechte im 20. Jahrhundert nicht vorstellbar, so dass das amerikanische Verhalten schon aus diesem Grund nicht vorschnell als Hypokrisie vorverurteilt werden kann. Auch haben die Vereinigten Staaten die Verteidigung dieser grundlegenden Rechte auf Freiheit und Selbstbestimmung immer wieder als Motivation für politische und militärische Maßnahmen kommuniziert. Im Menschenrechtsbericht des amerikanischen Außenministeriums für das Jahr 2005⁶²³ heißt es:

„The United States and other free nations have a duty to defend human rights and help spread democracy’s blessings. We must help countries develop the democratic institutions that will ensure human rights are re-

623 Oben Fn. 616, Vorwort der amerikanischen Außenministerin *Condoleezza Rice*; s. in diesem Zusammenhang auch *David Forsythe*, U.S. foreign policy and human rights in an era of insecurity – The Bush administration and human rights after September 11, in : *Weiss/Crahan/Goering*, oben Fn. 614, 77.

TEIL 2: DIE BEGRÜNDUNG DER MENSCHENRECHTE

spected over the long term. We must help fragile democracies deliver a better life for their citizens. [...] By defending and advancing human rights and democratic principles, we keep faith with our country's most cherished values and lay the foundation for lasting peace. Fulfilling the promise of the United Nations Universal Declaration of Human Rights and building vibrant democracies worldwide will take generations, but it is work of the utmost urgency that cannot be delayed.“

Ob die USA ihren eigenen Ansprüchen tatsächlich - auch und gerade in Guantánamo - gerecht werden, ist eine der entscheidenden Fragen des vorgelegten Sachverhalts. Ihre Beantwortung aus völkerrechtlicher Sicht wurde im ersten Teil dieser Arbeit versucht, wobei deutlich wurde, dass die Argumentation der Vereinigten Staaten unter anderem wegen deren Verwahrungen und Vorbehalte zu den relevanten internationalen Verträgen in vielen Fragen jedenfalls nicht irrational oder inkonsequent war, auch wenn die Argumente auf dieser Ebene nie losgelöst von den Parametern der internationalen Politik, des staatlichen Machtgefüges und der Frage nach der Auslegungshoheit betrachtet werden können.

Die Bearbeitung des Sachverhaltes auf der Ebene des positiven Völkerrechts war notwendiger erster Schritt, weil das Recht ein notwendiges Mittel zur Umsetzung vereinbarter Regeln zur Bewältigung des Zusammenlebens darstellt. So wurde zur Beurteilung der Frage von Menschenrechtsverletzungen durch die USA zunächst auf die völkerrechtlich als Rechte des Menschen kodifizierte Regelungen rekurriert. Diese rein juristische Betrachtung konnte die sich ergebenden Problemstellungen aber nicht zufrieden stellend auflösen. Denn eine juristische Vermittlung der opponierenden und jeweils für sich Richtigkeit beanspruchenden Auslegungen des Rechts schien angesichts der intransigenten Gegensätze von Interessen und Bedürfnissen, dem Verweis auf amerikanische Rechtstraditionen und dem Mangel an einer verbindlichen Entscheidung eines internationalen Rechtsprechungsorgans nicht möglich.

Von der völkerrechtlichen Bewertung dürfen aber nicht die Fragen nach der Herleitung und Begründbarkeit der angewandten Rechtsnormen von der Spezifität des völkerrechtlichen Systems getrennt werden. Vielmehr handelt es sich bei beiden Aspekten um *eine* rechtliche Prüfung der Zulässigkeit des Gefangenenlagers in Guantánamo, wenn im Anschluss an die sich ergebenden Probleme

und Aporien in Anwendung positiven Rechts nach der Bindungskraft des Völkerrechts und der Begründung und Existenz eines überpositiven Standards gefragt wird, um eine zufrieden stellende Lösung zu erreichen. Auch auf nationaler Ebene müssen nachvollziehbare Antworten zur Herkunft und Herleitung des positiven Rechts vorhanden sein - vor allem der höchsten Normen wie Grundrechte, an denen alles andere gemessen wird -, um einen dauerhaften Rechtsfrieden zu garantieren. Umso mehr dürfen im internationalen Gefüge sich überschneidender Kulturkreise und Rechtsvorstellungen diesbezüglich keine Vakanzen bestehen.

Universeller Maßstab und Dichotomie bei Menschenrechten?

Für den globalen Menschenrechtsdiskurs und die Frage nach der Bedeutung des Völkerrechts ist symptomatisch und entscheidend, dass Menschenrechtsverletzungen nicht nur in den Vereinigten Staaten, sondern in Staaten aller großen Kulturkreise gerügt werden.⁶²⁴ Neben dem amerikanischen⁶²⁵ Teil der Erde geraten immer wieder auch asiatische Staaten⁶²⁶, schwarz-afrikanische⁶²⁷ und arabische⁶²⁸ Länder und der west⁶²⁹- und osteuropäische⁶³⁰ Teil in die

624 Vgl. dazu *Amnesty International*, Jahresbericht 2004, abrufbar unter www2.amnesty.de/internet/deall.nsf/WjahresberichtAll?OpenView&Star=1&Count=200, mit Beispielen von China, USA, Ägypten, Sudan, Bolivien, der Russischen Föderation etc.

625 Neben den erwähnten Vorkommnissen in den USA, z.B. auch in Ecuador und Kolumbien; siehe Jahresbericht von *Amnesty International*, a.a.O.; vgl. auch die Bedeutung der „Impunidad“ (Straflosigkeit schwerer Menschenrechtsverletzungen durch die Möglichkeit der Verhängung von Ausnahmezuständen in der Verfassung, vergleichbar mit der Weimarer Reichsverfassung), dazu: *Kai Ambos*, Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen, zur „impunidad“ in südamerikanischen Ländern aus völkerstrafrechtlicher Sicht, 1997, 80 ff.

626 Insb. kommunistische (Nordkorea) oder post-kommunistische (China), aber auch demokratische Staaten (Thailand), vgl. Jahresbericht 2004 von *Amnesty International*, a.a.O.

627 Zum Beispiel im Sudan (insbesondere die Bombardierung von Dörfern im westsudanesischen Dafur durch Regierungsflugzeuge), in Somalia (vor allem die Klitorisbeschneidung von Frauen, exemplarisch für eine in vielen afrikanischen Staaten verbreitete Praxis), aber auch Südafrika (insbesondere Berichte über Gewaltanwendungen gegenüber Strafgefangenen), vgl. *Amnesty International*, a.a.O.; zur besonderen Menschenrechtssituation mit detaillierter Länderübersicht s. auch *James Lawrence*, Human Rights in Africa, 2004.

628 Zum Beispiel Ägypten, Iran und Saudi-Arabien, siehe *Amnesty International*, a.a.O.

Kritik.⁶³¹ Der Jahresbericht der Menschenrechtsorganisation Amnesty International 2003 führt 155 Staaten mit Ländern aller großen Kulturkreise auf, in denen Menschenrechte verletzt worden sein sollen.⁶³² Und im Jahresbericht 2004 des UN-Sonderberichterstatters

629 Zum Beispiel Großbritannien (hier insb. Haftbedingungen in Hochsicherheitsgefängnissen sowie Misshandlungen durch britische Militärsangehörige im Irak) und Nordirland (beispielsweise die Vorwürfe gegen die britische Regierung bzgl. der Ermordung des Menschenrechtsanwalts *Patrick Finucane*), *Amnesty International*, a.a.O.

630 Zum Beispiel Rumänien und Bosnien-Herzegowina, *Amnesty International*, a.a.O.

631 Vgl. *Amnesty International*, Jahresbericht 2003, in dem Menschenrechtsverletzungen in insgesamt 155 Staaten der Erde aufgeführt sind; abrufbar unter www2.amnesty.de/internet/deall.nsf/WjahresberichtAll?OpenView&Star=1&Count=200&Expand=2#2. Danach sollen in 132 Staaten Menschen von Sicherheitskräften, Polizisten oder anderen Staatsangehörigen gefoltert und misshandelt worden sein, in 63 Ländern wurden Menschen zum Tode verurteilt, in 28 Ländern wurden 1.146 Todesurteile ausgeführt. In 47 Ländern sollen Menschen Opfer staatlicher Morde geworden sein und in 28 Ländern „*verschwanden*“ Personen, gewaltlose politische Gefangene gab es in 44 Ländern. Im Jahr 2002 waren insgesamt 151 Staaten wegen Menschenrechtsverletzungen gerügt worden; vgl. auch dazu *James Watson*, *Theory and Reality in the International Protection of Human Rights*, 1999, 2 ff., der, Bezug nehmend auf *Prof. Rummel*, die Zahl der vom eigenen Staat getöteten Menschen vielfach höher sieht als die, der im Krieg gefallenen.

Für 2004 wurden folgende Übergriffe beschrieben, deren tatsächliche Anzahl nach Angaben von Amnesty International weitaus höher liegen wird: Inhaftierung ohne Anklage und Verfahren in 42 Staaten; politische Gefangene in mindestens 35 Staaten; mindestens 7.395 Menschen wurden in 64 Ländern zum Tode verurteilt (mehr als drei mal so viele wie in 2003); in 26 Staaten wurden Hinrichtungen vollstreckt; in 79 Staaten wurde das Recht auf freie Meinungsäußerung, das Versammlungsrecht und/oder die Pressefreiheit eingeschränkt oder aufgehoben; tausende Menschen in einer Vielzahl von Staaten bleiben „*verschwunden*“; in 104 Ländern wurden Menschen Opfer von Folter und Misshandlung durch Sicherheitskräfte, Polizeibeamte oder andere Staatsangestellte.

Im Jahresbericht der Organisation *Human Rights Watch* für das Jahr 2005 sind 63 Einzelstaaten (dazu zusätzlich die EU als eine Einheit) aus Afrika, Amerika, Asien, Europa und Zentralasien und dem Mittleren Osten und Nordafrika mit dokumentierten Menschenrechtsverletzungen aufgeführt; die fehlende Aufführung von Staaten und Menschenrechtsverletzungen ist nach eigenen Angaben auf mangelnde Kapazitäten der Organisation zurückzuführen; s. die Jahresberichte im Internet unter <http://www.hrw.org>.

632 Vgl. *Amnesty International*, Jahresbericht 2003, oben Fn. 631.

über Folter wurden 113 Staaten aufgeführt, in denen es Hinweise auf Verstöße allein gegen Artikel 7 IPbpR gibt.⁶³³

Kaum einer der gerügten Staaten bezeichnet seine Handlungen jedoch als mit den Menschenrechten im Widerspruch stehend - sei es aus ernsthafter Überzeugung oder politischem Kalkül. Folgt man der Darstellung von Menschenrechtsorganisationen wie der Nichtregierungsorganisationen Amnesty International und Human Rights Watch, die massive globale Menschenrechtsverletzungen anklagen, scheint jedoch eine Dichotomie zwischen menschenrechtstheoretischem Anspruch und praktischer Realität zu bestehen. Eine Diskrepanz setzt aber ein existentes, homogenes (Mindest-) Maß der Menschenrechte voraus. Der Feststellung einer globalen Dichotomie muss daher die Frage nach dem Vorhandensein und Inhalt *eines* verbindlichen und universellen Menschenrechtskataloges vorangehen. Nur eine Verständigung über die menschenrechtlichen Mindestanforderungen macht die Behauptung der Verletzung plausibel. Denn erst an einer feststehenden Größe können sich die tatsächlichen Handlungen messen und Verletzungen feststellen lassen. Die Definition des Menschenrechtes steht folglich vor der Untersuchung, ob man in den zitierten Handlungsweisen von Menschenrechtsverletzungen sprechen kann.

Damit wird deutlich, dass die Anwendung und Auslegung kodifizierten Rechts nur eine Dimension der Komplexität des Menschenrechts darstellt. Weil die juristische Beurteilung zum Teil widersprüchliche Ergebnisse und Aporien geliefert hat und eine vollständige Auflösung der sich stellenden Probleme im Sinne einer Annäherung oder Zusammenführung der gegensätzlichen Ansichten nicht leisten konnte, muss eine ganzheitliche Betrachtung auch die hinter dem „Fall Guantánamo“ stehende Problematik einbeziehen. Nachdem die gegensätzlichen, aber jeweils methodologisch zulässigen

633 Im Jahresbericht 2004 des UN-Sonderberichterstatters über Folter musste festgehalten werden, dass im Berichtszeitraum 154 Eingaben an 76 Staaten verschickt wurden sowie 71 Erinnerungen wegen Vorfällen in vorangegangenen Jahren und 369 dringende Appelle an 80 Regierungen in Angelegenheiten, in denen die Folterung oder grausame Behandlung von Individuen zu befürchten waren; vgl. *Commission on Human Rights, Civil and Political Rights Including the Questions of: Torture and Detention, Report of the Special Rapporteur*, 2004, oben Fn. 55, 5 ff.; der Bericht umfasst den Zeitraum vom 15.12.2002 bis 15.12.2003.

und rational nachvollziehbaren Auslegungen von Menschenrechten und Normen mit menschenrechtlichen Bezügen dargestellt wurden, muss die Frage nach dem gültigen Menschenrechtsstandard, dem Bestehen einer womöglich einzig richtigen Auslegung, näher beleuchtet werden. Was ist Abweichung von welchem Maß? Wo stellt eine Diskrepanz die zulässige Auslegung und wo unzulässige Abweichung dar? Und welche Gültigkeit hat ein Standard, der sich aus positivem Völkerrecht ergibt, falls eine als allgemeingültig angesehene Auslegung gefunden werden kann?

In einem ersten Schritt wird zur Beantwortung dieser Frage im Folgenden daher abstrakt untersucht, ob sich ein universeller Standard der Menschenrechte aus dem positiven (Völker-) Recht ergeben kann, ob also *in concreto* eine bestehende Kodifikation von Menschenrechten - eine vereinbarte oder überzeugende Auslegung vorausgesetzt - als solche den fraglichen Maßstab bilden könnte.

Die aufgeworfene Problematik lässt sich als These 3 der Arbeit festhalten:

These 3:

Für die Bewertung der Gefangenschaft auf Guantánamo ist die Feststellung eines universell geltenden, begründeten Menschenrechtsstandards die maßgebliche Voraussetzung, wenn man fern einer rein juristischen Argumentation, welche die systemimmanenten Schwächen des Völkerrechts berücksichtigen muss, bessere Argumente für die uneingeschränkte Anwendbarkeit der Menschenrechte finden will. Auf dem Wege der Frage nach der Existenz eines solchen Standards kann entschieden werden, ob die USA den so zu findenden Maßstäben gerecht werden und ihrem eigenen Anspruch genügen, der die Menschenrechte als Grundlage ihres politischen Handelns sieht.

2.1.2.1 *Universeller Menschenrechtsstandard
durch positives Völkerrecht?*

2.1.2.1.1 *Völkervertragsrecht*

Der Statuierung eines universellen Menschenrechts durch positives Völkerrecht stehen zwei Problemkomplexe entgegen: Erstens, Hindernisse bezüglich der Geltung, Anwendbarkeit und verschiedenen Auslegung relevanter Normen innerhalb des rechtlichen Systems und zweitens die Thematik des Begründungspotentials des Rechts als solchem.

Hohe Zustimmung zu Menschenrechtsverträgen mit vielen Vorbehalten

Drei der wichtigsten internationalen Menschenrechtsabkommen wurden jeweils von etwa drei Viertel der Staaten der Erde unterzeichnet und ratifiziert. An den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte⁶³⁴ (IPwskR) sind 157 Staaten vertraglich gebunden; der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte weist 160 und die Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 145 Vertragsstaaten auf. Die genannten Menschenrechtsabkommen haben damit eine für völkerrechtliche Verträge sehr hohe Zustimmung erfahren, wenn sich auch an das Kriegsrecht, in Gestalt der Genfer Konventionen als dessen Hauptregelwerk, mit 192 Ratifikationen noch mehr Staaten gebunden haben.⁶³⁵

634 Der IPwskR regelt etwa die Rechte auf Arbeit, gerechte Arbeitsbedingungen, soziale Sicherheit, angemessenen Lebensstandard und den Schutz der Familie, s. dazu auch schon oben Fn. 406.

635 Das I. Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen wurde immerhin noch von 163 Staaten ratifiziert; vgl. zum aktuellen Stand die IHL-Database des IKRK, oben in Fn. 104. Vgl. in diesem Zusammenhang auch allgemein zum kodifizierten Menschenrechtssystem *Thomas Buergenthal, The Evolving International Human Rights System, AJIL, 2006, 783 ff.*; grundlegend auch *Christian*

Weil 1994 zwar bereits 127 Staaten der Erde den IPbpR ratifiziert, aber auch schon 150 Vorbehalte zu dem Vertrag eingebracht hatten, hat das Human Rights Committee im selben Jahr seine Sorge über diesen Umstand zum Ausdruck gebracht.⁶³⁶ Denn weil die Vorbehalte der Staaten zum Teil die Gewährleistung einzelner Konventionsrechte ausschließen oder den Vorrang bestimmter nationaler Normen statuieren, sei die effektive Umsetzung der Konvention als solche gefährdet.⁶³⁷

Eine ähnliche Sorge könnte auch bezüglich anderer internationaler Menschenrechtsabkommen berechtigt sein: Bei Unterzeichnung des IPwskR oder späterem Beitritt dazu haben immerhin 42 Staaten ein oder mehrere Vorbehalte oder Erklärungen abgegeben; bei der CAT sind es 34 Vertragsstaaten.⁶³⁸

Dass die staatlichen Verwahrungen eine erhebliche Unsicherheit hinsichtlich des Umfangs oder der Anwendung einzelner Rechte oder der Verträge insgesamt bedeuten können, haben die Beispiele der amerikanischen Vorbehalte zum IPbpR und zur CAT gezeigt, die eine Interpretation entscheidender Bestimmungen im Sinne der nationalen Verfassung und damit den Vorrang des staatlichen Rechts beinhalten.⁶³⁹ Eine derartige Einschränkung stellt keine Ausnahme dar, was ähnliche Vorbehalte anderer Staaten, wie zum Beispiel von Botswana, Frankreich, Irland, Israel, Kuwait, Malta, Mexiko, den Niederlanden, der Republik von Korea, der Türkei und von Venezuela zeigen.⁶⁴⁰ Hinzu kommt, dass Verwahrungen sogar hinsichtlich

Tomuschat, Human Rights in a World-Wide Framework, Some Current Issues, *ZaöRV*, 1985, 547 ff.

636 Human Rights Committee, General Comment No. 24: Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocol thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant, in: *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, oben Fn. 419, 161.

637 Ebd.

638 Vgl. zum aktuellen Stand die Vertragsdatenbank der Vereinten Nationen unter <http://untreaty.un.org>.

639 Vgl. insbesondere oben Teil 1 Punkt 1.2.4.2.

640 Ein Vorbehalt Botswanas zu Artikel 7 IPbpR ist sogar fast wortgleich mit dem der USA: „*The Government of the Republic of Botswana considers itself bound by Article 1 of the Convention to the extent that 'torture' means the torture and inhuman or degrading punishment or other treatment prohibited by Section 7 of the Constitution of the Republic of Botswana.*“; Vorbehalte einsehbar in der Vertragsdatenbank der Vereinten Nationen oben Fn. 638.

der nicht-derogierbaren Rechte ausgesprochen wurden.⁶⁴¹ Und dass ein und dieselbe Norm auch innerhalb des jeweiligen Vertragssystems inhaltlich verschiedenen Verständnissen zugänglich sein kann, hat etwa die Qualifizierung der als „*fünf Techniken*“ bekannten Verhörmethoden britischer Sicherheitskräfte in den 1970er Jahren verdeutlicht, die durch die Europäische Menschenrechtskommission als Folter eingestuft, aber nach Auffassung des EGMR anders beurteilt wurden.⁶⁴² Und auch die Interpretation mehrdeutiger Anwendbarkeitsregeln menschenrechtlicher Verträge hat, am Beispiel des Artikels 2 Abs. 1 IPbpr,⁶⁴³ die Schwierigkeiten der Normauslegung entscheidender Bestimmungen gezeigt.

Verträge sind zunächst freiwillige Selbstbindung

Ein weit grundsätzlicheres Hindernis bei der eindeutigen Beschreibung universeller Menschenrechtsstandards innerhalb des positivrechtlichen Systems könnten die Eigenart des Völkervertragsrechts und die damit verbundenen und bekannten Schwächen des Systems darstellen. Ausgehend von der souveränen Gleichheit der Staaten sind menschenrechtliche Abkommen zunächst freiwillige vertragliche Vereinbarungen der unterzeichnenden Staaten. Zwar ist der jeweilige Vertragsinhalt Ausdruck einer gemeinsamen Überzeugung, in der die Überzeitlichkeit der Menschenrechte anklingt,⁶⁴⁴ dennoch ist der getroffene Konsens grundsätzlich von den Regeln des Vertragsrechts abhängig.

Die meisten multilateralen völkerrechtlichen Verträge bedürfen für ihre Geltung einer Mindestanzahl an Ratifikationen und zur Wirksamkeit für den einzelnen Staat ebenfalls einer entsprechenden Ratifizierung. Verträge können geändert und grundsätzlich auch

641 Vgl. die Vorbehalte Frankreichs, Israels, von Trinidad und Tobago sowie der USA zu Artikel 4 IPbpr; Artikel 6: Norwegen (zurückgenommen), Irland, USA; Artikel 7: USA, Botswana; Artikel 11: Kongo, Großbritannien (Jersey); Artikel 15: Argentinien, Italien, Deutschland, Trinidad und Tobago; Artikel 18 Mexiko; dazu *Lijnzaad*, oben Fn. 520, 292.

642 Dazu oben Fn. 589.

643 S. oben den Text zu den Fn. 435 ff.

644 Vgl. etwa die Präambel des IPbpr, in der von der Anerkennung der „*Gleichheit*“ und „*Unveräußerlichkeit*“ der Rechte des Menschen die Rede ist.

gekündigt werden.⁶⁴⁵ Selbst wenn man von der theoretischen Unkündbarkeit von Verträgen ausginge, wenn diese einen Mindeststandard an Menschenrechten kodifizieren, fehlte ein obligatorischer Mechanismus zur tatsächlichen Durchsetzung des Vertrages gegen den Willen des kündigenden Staates innerhalb dessen Staatsgebietes, und es ist nicht eindeutig vorhersehbar, wie die Staatengemeinschaft auf eine solche Situation reagieren würde.

Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, dass es eine lebendige Menschenrechtspraxis innerhalb der von den Vertragsparteien geschaffenen Institutionen wie etwa dem Menschenrechtsausschuss gibt, der dreimal im Jahr für drei Wochen tagt, in denen regelmäßige Berichte, gegenseitige Kontrolle und offene Kritik politischen Druck ausüben können.

Es gibt aber auch immer wieder unterschiedliche Auffassungen bezüglich der Umsetzung und der Begründung der durch internationale Abkommen geregelten subjektiven Rechte. So wird beispielsweise von der amerikanischen Regierung traditionell eine Eigenschaft des IPbPR als *self-executing* verneint, wie dies auch hinsichtlich der Gefangenen von Guantánamo geschehen ist.⁶⁴⁶

Hinzu kommt, dass die einzelnen in Menschenrechtsverträgen kodifizierten Rechte mit zum Teil umfangreichen Gesetzesvorbehalten versehen sind, welche die inhaltliche Ausformung des jeweiligen Rechtes in einem bestimmten Umfang vom Normadressaten selbst abhängig macht.⁶⁴⁷ Zum Beispiel kann das Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit nach Artikel 9 Abs. 1 IPbPR international nur in dem Sinn gewährleistet werden, dass eine Freiheitsentziehung

645 Streitig ist aber, ob Verträge, welche Normen des *ius cogens* zum Gegenstand haben und keine Beendigungsbestimmungen vorsehen, etwa gekündigt werden können; vgl. dazu *Ipsen*, oben Fn. 96, 196.

646 S. dazu bereits oben Text zu den Fn. 443 ff.

647 Vgl. dazu *Oeter*, oben Fn. 413, 435 ff., mit dem Hinweis, dass auf europäischer Ebene die erheblichen Spielräume der Staaten in der Normenkonkretisierung durch die „margin of appreciation“-Doktrin des EGMR abgesichert sind, die auch weitgehend vom Human Rights Committee übernommen wurde. Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Anja Jetschke*, *Weltkultur versus Partikularismus: Die Universalität der Menschenrechte im Lichte der Ratifikation von Menschenrechtsverträgen*, *Die Friedenswarte*, 2006, Heft 1, 25 ff., mit der Feststellung, dass trotz verbreitetem Ratifikationsstand eine zunehmende Diskrepanz zwischen kodifiziertem Menschenrechtsstandard und tatsächlicher Umsetzung zu verzeichnen ist.

grundsätzlich verboten ist, „*except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.*“ Selbstverständlich macht ein unbegrenztes Freiheitsrecht keinen Sinn, und eine gesetzliche Beschränkung entspricht der Praxis aller Staaten der Erde. So ist nicht zu leugnen, dass auch auf nationaler Ebene Grundrechte mit Einschränkungs vorbehalten ausgestattet werden, deren konkrete Ausgestaltung in der Regel erst durch eine differenzierte Rechtsprechung und öffentliche Diskurse Gestalt annimmt. Auf globaler Ebene finden diese kontrollierenden und meinungsbildenden Diskurse jedoch in weit geringerem Maße statt. Es ist daher auch ein notwendigerweise hinzunehmendes Merkmal des Völkerrechts und insbesondere des völkerrechtlichen Vertrages, „dass die Summe und Multiplizität der jeweiligen staatlichen Freiheitseinschränkungen kaum zu überblicken sein wird. So konnte man sich im Rahmen des IPbpR nur auf folgende Beschränkung der staatlichen souveränen Entscheidungsgewalt im Bereich des Freiheitsrechtes verständigen, nämlich, dass niemand alleine deshalb in Haft genommen werden kann, weil er eine vertragliche Verpflichtung nicht erfüllen kann.“⁶⁴⁸

Neben der regulären Möglichkeit der Ausformung und Konkretisierung der kodifizierten Normen durch die Vertragsstaaten ist auch auf die Notstandsregelungen in internationalen Menschenrechtsverträgen hinzuweisen, welche in Ausnahmesituationen eine erhebliche Abweichung vom vertraglichen Standard ermöglichen.⁶⁴⁹ Im Falle Guantánamos beispielsweise ist zwar von amerikanischer Seite nie eine förmliche Notifikation eines Notstandes, etwa wegen des Kriegseinsatzes in Afghanistan oder des umfassenden „*Krieges gegen den Terrorismus*“ erfolgt. Intern ließ die amerikanische Regierung jedoch kaum Zweifel daran, dass diese Umstände und die daraus folgenden Autoritäten und Pflichten des Präsidenten zur Sicherung der Vereinigten Staaten und des Lebens des amerikanischen Volkes eine Abweichung von bestehendem US-Recht und insbesondere solchem, das die Umsetzung der CAT darstellt, rechtfertigen

648 Vgl. Artikel 11 IPbpR.

649 S. dazu *Oeter*, oben Fn. 413, 435 ff.

würde.⁶⁵⁰ Als typische Notstandsgesetzgebung wurden im Übrigen im US Patriot Act von 2001 die Kompetenzen der Exekutive im Kampf gegen den internationalen Terrorismus erheblich ausgeweitet.⁶⁵¹

Es darf nicht außer Acht gelassen werden, dass auf der Ebene des völkerrechtlichen Vertragsrechts regelmäßig wichtige und vor allem politisch wirksame Kontrollmechanismen zur Einhaltung der vertraglichen Menschenrechte innerhalb der Vertragsparteien für diejenigen Staaten etabliert werden, welche die Einrichtung des jeweiligen Überwachungsorgans anerkannt haben. Problematisch ist allein, dass faktisch die Identität von Normadressat, Normanwender und Normurheber mit der Souveränität der Normanwendung - insbesondere der Schrankenfestlegung von Freiheitsrechten durch die nationale Gesetzgebung - synchronisiert. Die Festlegung der Normen impliziert abstrakt - besonders im Bereich der vertraglichen Menschenrechte - die Variabilität ein und derselben Vorschrift, die im Gegensatz zur staatlichen Ebene nicht chronologisch, sondern simultan erfolgen kann.

Trotz dieser systemimmanenten Schwierigkeiten innerhalb des jeweiligen vertraglichen Systems kann argumentiert werden, dass ein Mindestschutz an Menschenrechten durch die vertragliche Bindung der Mehrheit der Staaten an bestimmte Kernrechte wie den Schutz des Lebens, die körperliche Unversehrtheit und Freiheit nachweisbar sei. Denn nahezu jeder Staat der Erde habe sich durch seine Zustimmung vertraglich zur Einhaltung dieser Rechte verpflichtet; Einschränkungen dieser absoluten Rechte seien *qua definitione* unzulässig.

Dennoch soll es bei der vorgelegten Problemstellung nicht maßgeblich um den Nachweis eines universellen Konsenses innerhalb des Vertragssystems gehen, weil dieser zwar theoretisch möglich, nach dem System des konsensuellen Völker(vertrags)rechts und seinen Schwächen aber eben nicht zwangsläufig ist. So kann das Verhalten der Vereinigten Staaten in Guantánamo, wie in Teil 1 der

650 Vgl. *Department of Justice*, Memorandum for Alberto R. Gonzales – Counsel to the President, Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A, oben Fn. 15, 31 ff.

651 Vgl. *Brooks*, oben Fn. 359, 696 ff.; s. dazu etwa auch *Heinz/Schlitt/Würth*, oben Fn. 61, 21 f.

Arbeit gezeigt, unter Anwendung des positiven Völkerrechts als Rechtsverletzung interpretiert werden. Dargelegt wurde aber auch, dass sich die gegenteilige Ansicht gerade auf Argumente in Anwendung des Völkerrechts (Vorbehalte, alternative Auslegungen etc.) stützt.

Es ist daher fraglich, ob nicht eine über die Anwendung positiven Rechts hinausgehende universelle *Begründung* der positivierten Menschenrechte entscheidend ist und den geführten Diskurs ergänzen muss. In diesem Rahmen könnte eine Grundlage für die sich am konkreten Fall der vorangegangenen Prüfung gestellten Fragen geschaffen werden, von der aus möglicherweise zufriedenstellende Antworten fern zirkulärer Argumentation innerhalb des positiven Rechts gefunden werden können. So könnte etwa geklärt werden, ob trotz der Rechtsauffassung der Vereinigten Staaten, die ratifizierten Menschenrechtsverträge würden auf Guantánamo aus positivrechtlichen Gründen (Vorbehalte, mangelnde Umsetzungspflicht etc.) nicht gelten, eine universelle Geltung der Menschenrechte rational begründet werden kann, welche über die jeweilige vertragliche Verpflichtung hinaus besteht und deren Positivierung nur ein Ausdruck des gefundenen Ergebnisses ist. Sind bestimmte Rechte moralisch begründet und ist ein bestimmter Gehalt unabdingbar, können ihnen positivrechtlich zulässige Instrumente zu Zwecken eines Eingriffs in den Kerngehalt nicht entgegengehalten werden.

Dabei muss der Nachweis eines etwaigen universellen Konsenses, zum Beispiel über bestimmte Kernrechte, von der Begründung seiner Inhalte getrennt werden. Die Existenz eines Konsenses über ein Recht, zum Beispiel auf körperliche Unversehrtheit, genügt nicht zur Begründung dieses Rechts, und der mögliche Nichtnachweis des Konsenses bedeutet auch nicht, von der Nichtexistenz eines Rechtes auf körperliche Unversehrtheit ausgehen zu müssen.

Überpositive Begründbarkeit des Rechts

Die Problematik der Argumentation universeller Menschenrechte unter Hinweis auf die internationalen Abkommen führt damit zwangsläufig zur Frage nach der *Begründung* des Rechts als solchem und der Begründbarkeit seines Inhalts durch das Recht.

Denn Recht entsteht in der Regel als Übereinkunft mehrerer Individuen über ihre Lebenszusammenhänge. In der Einheitlichkeit der grotianischen Rechtslehre bildet ein System des natürlichen Privatrechts die Grundlage aller, auch der staatsrechtlichen und sogar zwischenstaatlichen Rechtsbeziehungen und zwar hauptsächlich durch die zentrale Figur des Vertrages und dessen „*autonom-schöpferische Kraft*“, durch den der Mensch seinen natürlichen Geselligkeitstrieb notwendig ausformt.⁶⁵² Recht ist nach dieser Vorstellung der Vertrag zweier oder mehr Menschen, einer Gesellschaft oder der staatlichen Entitäten, wobei das Zustandekommen des Vertrages nicht notwendigerweise gleichberechtigt erfolgen muss, sondern auch subordinatorisch und als Ausdruck faktischer Macht- und Gewaltbeziehungen geschehen kann. Daran wird im Übrigen auch deutlich, dass je größer diese Einheiten sind, es umso schwieriger werden kann, die inhaltliche Bestimmtheit des Konsenses festzulegen.

Ursprung des Rechts ist danach zwangsläufig eine menschliche Wertung, die im Idealfall ein Verträgen gleichberechtigter Einheiten verbindlich sichern soll und stets eine Überzeugung von der Richtigkeit des transportierten Inhalts des Normgebers impliziert.

In der kantischen Tradition ist dementsprechend das Wesen des Rechts die Befugnis, die dahinter stehende Übereinkunft (den Vertrag) oder allgemeine Moral erzwingen zu können.⁶⁵³ Dieser äußere Zwang effektiviert die Wirkung der Moral des inneren Selbstzwangs der Vernunft. Das (positive) Recht wäre danach folglich ein Instrument zur Durchsetzung der dahinter stehenden (vertraglich vereinbarten) Moralität. Diese Moralität ist hier im

652 Vgl. zur Rechtslehre von *Hugo Grotius* eingehend *Hasso Hofmann*, *Recht – Politik – Verfassung*, Studien zur Geschichte der politischen Philosophie, 1986, 74 ff.

653 S. dazu *Jan Schapp*, *Freiheit, Moral und Recht – Grundzüge einer Philosophie des Rechts*, 1994, 225 ff.

Sinne *Kants* als innere Sittlichkeit gemeint, die als innerer Selbstzwang das Motiv des Wollens ist - in Abgrenzung zur rechtlich erzwingbaren Pflicht von außen.⁶⁵⁴ Aus dem moralischen Gesetz entsteht die Moralität, die Legalität, das positive Recht, erst ermöglicht. Durch den inneren Zwang fühlt oder weiß sich der Mensch moralisch verpflichtet, was es ihm möglich macht, die in einer Gemeinschaft gültigen Gesetze immer wieder zu überprüfen und zu bestätigen oder zu kritisieren und als unmoralisch und damit rechtswidrig abzulehnen. Recht wird durch die dahinter stehende Moralität begründet, die damit eine mehr umfassende Begründung haben muss, als das Recht selbst. Recht wird gesetzt und hat den Anspruch der Verbindlichkeit aus der Moralität, nicht aus sich selbst heraus.⁶⁵⁵

Nach dieser Sichtweise kann der in Frage stehende universelle gültige Menschenrechtsstandard nicht allein mit Verweis auf die kodifizierten Normen der Menschenrechtsverträge begründet werden. Die Verbindlichkeit der Regelungen ergibt sich danach nämlich nicht aus der Tatsache der Kodifizierung, sondern der damit zum Ausdruck kommenden Moralität, wenn eine solche als universell begründet werden kann.

Reine (positive) Rechtslehre

Wird der Akt der Rechtsetzung dagegen auf den wertungsfreien Willkürakt beschränkt, folgt der Verbindlichkeitsanspruch des Rechts anderen Begründungsinhalten als das Durchzusetzende, er folgt aus sich selbst.⁶⁵⁶ Dann kann positives Recht, das gerade dispo-

654 Dazu *Rudolf Eisler*, Kant-Lexikon, 1979, 373 f., mit Verweis auf KpV 1. T. 1. B., 3. H. (II 93); dazu auch *Ernst Sandvoss*, Geschichte der Philosophie - Mittelalter, Neuzeit, Gegenwart, 2001, 281 ff.

655 Das bedeutet nicht, dass den positiven Gesetzen eine Verbindlichkeit abzuschreiben ist, im kantischen Sinne ist es aber eine bloß äußerliche Verbindlichkeit, die für eine Aussage über ihren Gerechtigkeitsgehalt nicht ausreicht; vgl. dazu etwa *Hasso Hofmann*, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 2003, 12 ff.; zur Gehorsamspflicht des Bürgers gegenüber dem Staat bei *Kant* s. etwa *Kenneth Westphal*, Metaphysische und pragmatische Prinzipien in Kants Lehre von der Gehorsamspflicht gegen den Staat, in: *Dieter Hüning/Burkhard Tuschling* (Hrsg.), Recht, Staat und Völkerrecht bei Immanuel Kant, 1998, 171 ff.

656 Vgl. *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1960, 196 ff.: *Daraus, daß etwas ist, kann nicht folgen, daß etwas sein soll; sowie daraus, daß etwas sein soll, nicht*

sitiv ist, eine höhere Verbindlichkeit nur in sich selbst begründen: Recht ist nach dieser Auffassung nicht Begründung des dahinter Stehenden, sondern Recht begründet sich auf sich selbst. Die höchste Norm des kohärenten normativen Systems hat demnach keinen anderen Inhalt, als das tatsächliche Wollen des Normgebers mit Sollen gleichzusetzen, die Befolgungswürdigkeit der Rechtsordnung soll damit nicht beantwortet werden; faktisch subjektivem Wollen, das heißt Willensakten, wird formal und ohne Wertung der Sinn von Sollen zugesprochen.⁶⁵⁷

Der Positivismus einer solchen „Reinen Rechtslehre“ verhindert aber die rationale Erkenntnis als Basis der Rechtsfindung und – anwendung und muss dort, wo keine weitere Begründung des positiven Rechts möglich oder nötig erscheint, auf intuitive Sittlichkeit zurückgreifen. Zwar würde der Schluss vom Sein auf das Sollen bekanntermaßen einen naturalistischen Fehlschluss und damit einen logischen Fehler produzieren, das heißt aber nicht, dass die Genese und faktischen Gründe für einen Imperativ als Überzeugung von der Richtig- und Notwendigkeit (Moralität) beschrieben werden können,⁶⁵⁸ eine Ableitung des positiven Rechts aus einer dahinter ste-

folgen kann, daß etwas ist. Der Geltungsgrund einer Norm kann nur die Geltung einer anderen Norm sein. Eine Norm, die den Geltungsgrund einer anderen Norm darstellt, wird figürlich als die höhere Norm im Verhältnis zu einer niederen Norm bezeichnet [Grundnorm]. [...] Aber die Suche nach dem Geltungsgrund einer Norm kann nicht, wie die Suche nach der Ursache einer Wirkung, ins Endlose gehen. Sie muß bei einer Norm enden, die als letzte, höchste vorausgesetzt wird. Als höchste Norm muß sie vorausgesetzt sein, da sie nicht von einer Autorität gesetzt sein kann, deren Kompetenz auf einer noch höheren Norm beruhen müßte. [...] Keiner positiven Rechtsordnung kann wegen des Inhalts ihrer Normen die Geltung abgesprochen werden. Das ist ein wesentliches Element des Rechtspositivismus; und gerade in ihrer Theorie der Grundnorm erweist sich die reine Rechtslehre als positivistische Rechtslehre. Sie beschreibt das positive Recht, das heißt jede im großen und ganzen wirksame Zwangsordnung, als eine objektiv gültige normative Ordnung und stellt fest, daß diese Deutung nur unter der Bedingung möglich ist, daß eine Grundnorm vorausgesetzt wird, derzufolge der subjektive Sinn der rechtsetzenden Akte auch ihr objektiver Sinn ist.“

657 Vgl. Hofmann, oben Fn. 655, 12 ff.

658 Ebd.; vgl. dazu auch Marco Haase, Grundnorm – Gemeinwille – Geist, Der Grund des Rechts nach Kelsen, Kant und Hegel, 2004, 187 ff.: „Seit Hume gilt die Trennung von Sein und Sollen als unhintergebares Lehrstück der Philosophie. Bereist die Wortfolge ‚Sein und Sollen‘ führt jedoch jeden in die Irre, der eine Brücke über diese Kluft sucht. Wenn das Sollen nicht aus dem Seienden abgeleitet werden kann, so gilt es ebendarum, die ‚kopernikanische

henden Moralität also möglich ist, wie etwa bei der kantischen doppelten Negation.⁶⁵⁹ In den radikaldemokratischen Ansätzen besitzt ohnehin erst das moderne, positive Recht zwingenden Charakter, dem die Funktion zukommt, eine durchschnittliche Regelakzeptanz zu sichern und die interessenorientiert handelnden Akteure in post-traditionalen Gesellschaftsstufen, in der Herrschaft staatlich organisiert ist, zur objektiv erwünschten Anpassung ihres Verhaltens zu bewegen.⁶⁶⁰ Der Rechtszwang ist ein Mittel, um die Moral als ein System kulturellen Wissens, das die Umsetzung in Handlung nicht gleichzeitig garantieren kann, auch bei Fehlen einer freiwilligen, auf Einsicht beruhenden Befolgung zur Geltung zu verhelfen (sei die Verpflichtung aus der Rechtsnorm in einem rechtsrealistischen Verständnis auch nur ein psychisches Faktum einer Vorstellung von Verbindlichkeit).⁶⁶¹

Moralität als Ursprung des Rechts

Die vorliegende Arbeit folgt daher der Auffassung, dass letztlich alles Recht aus Moralität folgt und somit seine Begründung im Menschlichen und Zwischenmenschlichen zu suchen ist. Für die Begründbarkeit des Rechts wird die Frage entscheidend sein, ob Moralität im Wege rationaler Erkenntnis aufzeigbar ist oder ob man mangels dieser Fähigkeit auf eine Empfindung von Moralität, zum Beispiel auch den „Glauben an Menschenrechte“ oder den Glauben an deren Richtigkeit, angewiesen bleibt.

Wende' zu vollziehen und das Seiende als Ausstrahlungen des Sollens zu erkennen. Nicht das Seiende geht dem Sollen vorher, sondern das Sollen erscheint im Seienden, das Sollen ist das Sein des Seienden. Das, was ist, ist dann der Ausdruck des Sollens. Wenn der Betrachter das Sollen sucht, so kann er es im Wesen, im An-sich der Dinge finden.“

659 Die Zwangsbegründung des Rechtszwanges als äußeren Zwang findet seinen Ansatz bei dem Rechtsprinzip, wonach eine Handlung dann recht ist, wenn „die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann.“ Ein dem entgegenstehender Widerstand bedeutet für die Freiheit ein Hindernis und ist daher – einfach negiert – unrecht. Nach einer zweiten Negation ist derjenige Zwang, der einem solchen Freiheitshindernis entgegensteht, wiederum recht; vgl. dazu umfassend *Annika Wernecke*, *Rechtsphilosophische Probleme der weltweiten Durchsetzung von Menschenrechten*, 2005, 88 ff.

660 Vgl. dazu *Jürgen Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992; dazu auch *Wernecke*, a.a.O., 94 ff.

661 S. zum Rechtsrealismus *Hofmann*, oben Fn. 655, 17.

Die hinter dem Recht stehende Moralität wird denklogisch nicht erst mit dem Recht begründet, sie liegt beim Akt der Rechtsetzung bereits vor.⁶⁶² Entscheidend ist daher immer, ob und wie diese Moralität rational begründet wird und ob etwa ein zwingendes Menschsein oder eine Gesetzmäßigkeit menschlicher Struktur und Interaktion dazu herangezogen werden können.⁶⁶³

Gerade im Mehrebenensystem aus nationalen Verfassungen und staatsübergreifendem Völkerrecht, dessen Kohärenz immer ein Problem war, zeigen sich die Schwierigkeiten des oben beschriebenen reinen Positivismus: Verschiedene Auslegungen verschiedener Normenwender beziehungsweise Interpreten des Rechts und eine abgestufte Verbindlichkeit lassen an einer objektiv gültigen normativen Ordnung wie auf staatlicher Ebene zweifeln, wenn nicht eine monistische Konstruktion des Systems vorausgesetzt wird.⁶⁶⁴ Eine autonome, höchste „Grundnorm“ im Sinne einer gedachten höchsten Autorität eines Verfassungsgebers, aus der sich alle anderen Normen ableiten lassen, wird real durch den Widerstreit verschiedener Souveränitäten und höchster (Verfassungs-) Normen konterkariert.

Im Falle von „Guantánamo“ würde eine rein positivistische Vorgehensweise zunächst das oben dargestellte Ergebnis bestätigen, wonach in der praktischen Rechtsanwendung in allen vom Gesetz nicht eindeutig geregelten Fällen (zum Beispiel Haftbedingungen für Terroristen als „*unlawful combatants*“) der Rechtsanwender nach seinen eigenen Vorstellungen und Wertungen (Rechtfertigung durch Krieg gegen Terrorismus), nach seinem Willensakt also, urteilen kann. Eine bloß positivistische Begründung des (Menschen-) Rechts impliziert aber auch die Ansicht, dass der gerechte oder richtige Inhalt eines Gesetzes nicht auf dem Wege reiner Erkenntnis zu fin-

662 Vgl. dazu *Martin Hilpert*, *Bewusstsein, Identität und Gewalt*, 2006, 81 ff.

663 S. dazu bereits die Zitierung von *Haase*, oben Fn. 658 und *Haase*, 433: „*Es gilt daher, Kelsens Zweifel, daß die Wirklichkeit sinnvoll geordnet sei, ernst zu nehmen. Doch dieser Zweifel kann nur dazu treiben, von neuem die Einheit des Geistes, seinen Ursprung, seine Mitte und seinen Zweck in den Erscheinungen des menschlichen Lebens zu suchen. Denn handelnd gehen wir immer schon davon aus, daß wir in einem Sinngefüge leben. Nur deshalb ist Handeln, nur deshalb ist Recht, nur deshalb ist Wissenschaft möglich.*“.

664 Vgl. *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1934, 138, für den die monistische Konstruktion für die Reine Rechtslehre eine „*erkenntnistheoretische Konsequenz*“ ist.

den ist.⁶⁶⁵ Menschenrechte sind nach rechtspositivistischer Deutung immer die aktuell kodifizierten Rechte, die dem Menschen zugesprochen werden, nicht mehr und nicht weniger.

Die vorliegende Prüfung kann daher nicht bei der Betrachtung des positiven Rechts stehen bleiben. Denn dort, wo der reine Rechtspositivismus durch Ablehnung einer Bewertung positiver Rechte ihre rationale Begründung verhindert oder eine wertende Gegenüberstellung verschiedener Begründungen ausschließt, muss er als unzureichend abgelehnt werden. Er argumentiert zirkulär, weil er sich aus sich selbst begründet, da die Norm, welche die Verbindlichkeit geschriebenen Rechts vorschreibt, in der rechtspositivistischen Argumentation bereits vorausgesetzt wird und somit unbegründet bleibt - die Vorstellung, dass Recht durch bloße Verschriftlichung begründet wäre, entspräche in diesem Zusammenhang einem logischen Zirkel und einem unzulässigen naturalistischen Fehlschluss. Auch als denkbare geschriebene Vorschrift, dass geschriebenes Recht nicht verbindlich sei, negiert sich der Positivismus letztlich selbst. Er ist widersprüchlich, indem er positive Normen, die immer eine verschriftlichte Wertung des Normgebers darstellen, gleichzeitig wertungsfrei stellt und verlangt, dass ihre Befolgungswürdigkeit nicht untersucht und deshalb keiner positiven Norm wegen ihren Inhalts ihre Geltung abgesprochen werden soll. Es muss folglich auf die *Begründung* der Menschenrechte zurückgegriffen werden, um Menschenrechte eventuell mit einem hinter dem Recht

665 Vgl. Kelsen, oben Fn. 664, 14 ff.: „Vom Standpunkt rationaler Erkenntnis aus gesehen, gibt es nur Interessen und damit Interessenskonflikte, deren Lösung durch eine Interessensordnung erfolgt, die entweder das eine Interesse gegen das andere, auf Kosten des anderen befriedigt oder aber einen Ausgleich, einen Kompromiß zwischen den gegensätzlichen Interessen stiftet. Daß nur die eine oder die andere Ordnung absoluten Wert habe, daß heißt aber ‚gerecht‘ sei, ist im Wege rationaler Erkenntnis nicht begründbar. Gäbe es eine Gerechtigkeit in dem Sinne, in dem man sich auf ihre Existenz zu berufen pflegt, wenn man gewisse Interessen gegen andere durchsetzen will, dann wäre das positive Recht völlig überflüssig und seine Existenz ganz unbegreiflich. [...] Sie [die Reine Rechtslehre] will das Recht darstellen, so wie es ist, ohne es als gerecht zu legitimieren oder als ungerecht zu disqualifizieren; sie fragt nach dem wirklichen und möglichen, nicht nach dem richtigen Recht.“; s. zu Kelsen auch Hofmann, oben Fn. 655, 15 f.; wie weit der Widerspruch des reinen Positivismus zur Begründungsmöglichkeit der Menschenrechte tatsächlich ist oder es Überschneidungen gibt, wird auch Gegenstand der weiteren Untersuchungen sein.

stehenden und mit dem Mittel des Rechts transportierten Phänomen, das mit dem Menschsein verknüpft ist, erklären zu können.⁶⁶⁶

Denn so wenig wie die Frage nach der Existenz eines bestimmten Menschenrechts mit dem Hinweis bejaht werden kann, es sei an diesem oder jenem Ort kodifiziert, kann auch dessen Verneinung nicht mit fehlender Positivierung begründet werden. Ergebnis des Gesagten ist daher die banale aber zum Teil im juristischen Diskurs übergangene Feststellung, dass Menschenrecht und positives Recht nicht verwechselt werden dürfen, was auch als - anders konnotierte - „*nomologische Differenz*“ beschrieben werden kann.⁶⁶⁷

Aus dem Gesagten ergibt sich folgende These 4 der Arbeit:

These 4:

Das was (im überpositiven Sinn) als Menschenrecht verstanden wird - und dem vom Wortsinn her eine Universalität schon anhaftet -, kann nicht mit dem positiven Recht, etwa mit dem Hinweis auf bestehendes Völkervertragsrecht, begründet werden. Das positive Recht ist allenfalls ein Indiz für eine universelle Moralität, die es näher zu untersuchen gilt und den widerstreitenden Indizien der „Menschenrechtsverletzungen“ gegenübergestellt werden muss.

Die in dieser These zum Ausdruck kommende Ablehnung eines reinen Rechtspositivismus rechtfertigt sich dadurch, dass die Behauptung einer Verletzung eines Menschenrechts durch Verweis auf eine kodifizierte Norm auf einen Fehlschluss innerhalb eines positiven rechtlichen Systems hinausläuft, wenn sie auf dieser Stufe stehen bleibt und keine Begründungsofferte für das verletzt geglaubte Menschenrecht liefert. Dies gilt gerade im Fall des Bestreitens der behaupteten Verletzung und des Verweises auf eine

666 S. nur unten unter Punkt 2.1.6 die Darstellung der Begründungen im Menschenrechtsdiskurs, außerdem unten in Teil 3 der Arbeit die Darstellung zu neuen Ansätzen, etwa von *Martin Hilpert*.

667 Zu diesem Begriff s. *Hofmann*, oben Fn. 655, 6, der den Ausdruck aber als Beschreibung der Verdopplung der Frage des „Rechts“ („Recht“ bzw. „recht“) in der kantischen Philosophie verwendet.

andere Auslegung oder der Nichtanwendbarkeit der relevanten Normen. Denn auch das Völkerrecht selbst nimmt die Unterscheidung zwischen Menschenrecht und Recht als Durchsetzungsmechanismus vor. So wird in der Präambel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von der Notwendigkeit gesprochen, „die Menschenrechte durch die Herrschaft des Rechts zu schützen“, um den Menschen den Aufstand gegen Unterdrückung als *ultima ratio* zu ersparen.⁶⁶⁸ Auch das Völkerrecht versteht sich demnach nicht als rein positivistisches Rechtssystem. Vielmehr wird quasi rechtspositivistisch, weil verschriftlicht, belegt, dass der Ansatz des Rechtspositivismus nicht genügt.

2.1.2.1.2 Völkergewohnheitsrecht

Auch die Betrachtung des (völkerrechtlichen) Gewohnheitsrechts entbehrt keiner Bemühung um Begründung seines Inhaltes. Die als eine von der Überzeugung getragene Übung bezeichnete Rechtsquelle kann zwar eine bestehende Moralität indizieren, obwohl beachtet werden muss, dass eine permanente Ablehnung einer gewohnheitsrechtlichen Norm durch eine der Einheiten, diese von der Adaption des Rechts befreit. Schon nach ihrer inhaltlichen Festlegung durch das Völkerrechtssystem selbst, handelt es sich aber selbst im Falle des als zwingend erachteten *ius cogens* - zu dem unter anderem ein Mindestschutz fundamentaler Menschenrechte gezählt wird - um Normen, die durch gegenläufige Normen derselben Art wieder abgelöst werden können.⁶⁶⁹

Theoretisch könnten daher gerade die als Abweichung vom Standard beschriebenen umfangreichen Systemverletzungen im positivrechtlichen Diskurs als *consuetudo* interpretiert werden. Kriterium gewohnheitsrechtlicher Normentstehung ist es nämlich, dass eine tatsächliche Rechtspraxis einer repräsentativen Anzahl von

668 S. Präambel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, oben Fn. 406, der trotz ursprünglichem Empfehlungscharakters gewohnheitsrechtlicher Status und damit Verbindlichkeit zugesprochen wird.

669 Vgl. Artikel 53 WVK; vgl. dazu und allgemein zum Völkergewohnheitsrecht Ipsen, oben Fn. 96, 159 und 195.

Staaten, die von einer entsprechenden rechtlichen Überzeugung getragen wird, grundsätzlich ohne weitere, vor allem inhaltliche Voraussetzung das betreffende Gewohnheitsrecht konstituiert. Vor dem Hintergrund der Ereignisse von Guantánamo wäre es daher nicht systemunzulässig, nach einer Änderung oder Einschränkung gewohnheitsrechtlicher Gewährleistungen für Individuen in Bezug auf deren potentielle Gefahr für eine Vielzahl anderer Menschen im Rahmen des Kampfes gegen den Terrorismus zu fragen, wenn sich eine entsprechende Staatenpraxis herausbilden würde. Dem könnten zwar wiederum völkergewohnheitsrechtliche Normen des *ius cogens* entgegenstehen, welche eine höhere Bestandsqualität aufweisen; die Unabdingbarkeit dieser Normen beruht aber auf der staatlichen Anerkennung als unabdingbar und bezieht sich nicht auf eine konsensunabhängige, höhere Wertordnung. Eine Änderung des Gehalts des derzeitigen *ius cogens* – etwa das Verbot des Völkermordes und das Gebot der Achtung elementarer Menschenrechte – wäre zwar politisch unwahrscheinlich, aber rechtstheoretisch nicht undenkbar.

Zusammenfassend beschreibt das Völkergewohnheits-*Recht* daher einen im Idealfall auf höhere Ebene gehobenen Konsens kleinerer Einheiten über die Richtigkeit eines Zustandes oder Verhaltens, der sich jedoch wieder ändern kann. Diese Übereinstimmung kann, muss aber nicht mit dem übereinstimmen, was überzeitliches und willkürfreies Recht genannt wird. Der bloße Verweis auf einen Konsens, der als Recht und damit als Umsetzungsmittel dahinter stehender Moralität fungiert, genügt daher auch hier zur Begründung seines Inhaltes nicht.⁶⁷⁰ Dies wäre die (positivistische) Begründung des Konsensinhaltes mit der Tatsache des Konsenses.⁶⁷¹

670 Vgl. zur „*nomologischen Differenz*“ bei Kant bereits Hofmann, oben Fn. 655, 13 f.

671 Die Begründung eines Rechts auf Leben mit dem Hinweis darauf, dass sich eine bestimmte Anzahl von Einheiten darauf verständigt hat, genügt zur Erklärung, warum ein Recht auf Leben gerechtfertigt ist genauso wenig, wie behauptet werden könnte, dass die Gewohnheit zu Foltern oder eine entsprechende Vereinbarung dazu das Recht auf Folter rational begründet.

2.1.2.2 *Begründung von Menschenrechten
entscheidend*

Zusammenfassend ergibt sich aus dem Gesagten, dass das Völkervertragsrecht und insbesondere die internationalen Menschenrechtspakte verbindliches Recht sind, weil die Vertragsparteien ihre Verbindlichkeit vereinbart haben. Die innerhalb des Vertragsrechts möglichen Vorbehalte, Verwahrungen, Auslegungs- und Einschränkungsmöglichkeiten statuerter Rechte hindern aber die volle Effektivität und volle Entfaltung der Verbindlichkeit. Ebenso steht eine mangelnde tatsächliche Umsetzung des Rechts seiner Effektivierung entgegen. Daher gilt es die Ursachen der Dichotomie zwischen theoretischem Anspruch und praktischer Implementierung zu ergründen und zu beseitigen.

Von der Frage der Verbindlichkeit des Völkerrechts streng zu unterscheiden ist aber die Begründung der statuierten Normen, und insbesondere der festgelegten Menschenrechte. Nach der hier vertretenen Auffassung kann diese Begründung nicht durch das positive Recht selbst erfolgen. Vielmehr müssen die mit dem Völkerrecht umgesetzten Werte eine eigenständige Begründung aufweisen, auf deren Verständigung es zur Vermeidung von zu großen Differenzen auch entscheidend ankommt.

Es ist äußerst zweifelhaft, allein mit dem Verweis auf die internationalen, positivrechtlichen Menschenrechtsverträge einen universeller Mindeststandard an Menschenrechten begründen zu wollen, weil, wie dargestellt wurde, völkerrechtliche Verträge zunächst eine freiwillige Selbstbindung souveräner Staaten darstellen und ein Mangel an einem wirksamen internationalen Durchsetzungsmechanismus der kodifizierten Rechte in den jeweiligen Staatsgebieten die normative Kraft der Rechte durch die Faktizität mangelnder Umsetzung in der Lebenswirklichkeit

gefährdet. Die Überzeugung von der Richtigkeit und Notwendigkeit der Menschenrechte und ihrer tatsächlichen Umsetzung wird nicht allein mit Hinweis auf eine bestehende Kodifizierung oder vertragliche Vereinbarung erfolgen können, sondern erfordert einen darüber hinaus gehenden Begründungsaufwand.

Dabei sind die Fortschritte, die mit den Instrumenten des Völkerrechts im Bereich der Sicherung der Menschenrechte in den letzten 60 Jahren erzielt wurden, enorm. Gleichwohl wäre es illusorisch, angesichts der kulturellen Unterschiede von einer vollständigen Deckungsgleichheit des Menschenbildes und bereits erreichten Gleichheit der Rechte des Menschen in den etwa 200 Staaten der Erde auszugehen. Ob zumindest annähernd eine gemeinsame Vorstellung der Menschenrechte in den Kulturen tatsächlich existiert, wird noch im Rahmen eines Vergleiches zu klären sein. Die Verbreitung der internationalen Menschenrechtspakte ist dafür lediglich ein Indiz; eine Sicherung der Menschenrechte mit völkerrechtlichen Instrumentarien wäre allerdings wohl auch nicht nötig, würden diese überall bereits beachtet.

Aus diesen Gründen ist für die vorliegende Arbeit entscheidend, dass mit positivem Recht als solchem die Existenz des mit dem Recht Kodifizierten nicht frei von zirkulärer Argumentation hergeleitet werden kann. Ist ein Menschenrecht (nur) existent, weil es kodifiziert ist, kann es kein Recht des Menschen sein, das ihm kraft seines Menschseins zukommt, also unabhängig von seiner Kodifizierung. Recht muss, weil es vom Menschen geschaffen ist, seinen Ursprung in dessen Moralität haben und kann nicht in sich selbst begründet sein.

Die vorliegende Arbeit zur Bewertung der Gefangenschaft in Guantánamo kommt daher im Ergebnis nicht ohne die zentrale Frage nach der (überpositiven) Begründung und Begründbarkeit von Menschenrechten aus. Begründung beschreibt dabei den Prozess, der auf Basis rationaler oder irrationaler Argumentationen zu rational motivierenden Verständigungsprozessen im Sinne *Jürgen Habermas*' (im Idealfall auf globaler Ebene) führen soll und somit zu einer Überzeugung und dem danach ausgerichteten Handeln bewegt. Alleine die Tatsache, dass ein Recht kodifiziert ist, wird niemanden von der Richtigkeit seines Inhaltes überzeugen. Die (überzeugende) Begrün-

dung ist daher für die Einhaltung der Menschenrechte entscheidend. Da die bisherigen Begründungsangebote offenbar unzureichend sind und eine universelle Verständigung noch nicht zufrieden stellend erzielen konnten, werden die derzeit kontroversen Auslegungen nur durch eine Weiterentwicklung des Rechts überwunden werden können, was nur mittels einer Weiterentwicklung der Begründung der Menschenrechte möglich ist. Nur die (bessere) Begründung der im Recht umgesetzten und fiktiv gedachten gemeinsamen Moralität der Menschen kann überzeugen.

Aus dem Gesagten lässt sich folgende These 5 der Arbeit aufstellen:

These 5:

Weil letztlich alles Recht aus Moralität folgt, ist deren rationale Begründung entscheidend, um nicht auf irrationale Empfindungen von Moralität oder ähnlichem angewiesen zu sein. Die hinter dem Recht stehende Moralität wird nicht erst mit dem Recht begründet, sie liegt beim Akt der Rechtsetzung bereits vor. Auch das Völkerrecht ist kein bloß positivistisches Rechtssystem, sondern verweist ausdrücklich, etwa in Präambeln internationaler Verträge,⁶⁷² auf die hinter dem Recht stehende Moralität. Jede umfassend gemeinte rechtliche Prüfung, welche die sichtbaren Differenzen auflösen will, muss auch die Frage nach der Herleitung und Begründung der angewandten Normen aufwerfen.

2.1.3 Entwicklung und Begründungen von Menschenrechten

Eine Annäherung an die Idee der Menschenrechte und ein Verständ-

672 S. dazu unten Punkt 2.1.3.4.

nis ihrer Begründung setzt eine zumindest kursorische Darstellung ihrer Entwicklung in der Menschheitsgeschichte voraus. Denn die kulturgeschichtliche Herkunft der Menschenrechte kann eine bedeutende Rolle in ihrer gegenwärtigen Auslegung und Akzeptanz spielen. Die Ideengeschichte der Menschenrechte zeichnet sich in ihrer Entwicklung besonders durch singuläre Ereignisse und Gedanken Einzelner aus. Kritik und Antikritik können vor dem Hintergrund der Historie der Idee besser verstanden werden. Der folgende geschichtliche Abriss soll daher zumindest die wichtigsten Facetten und exemplarischen Entwicklungsschritte der Menschenrechtsidee darstellen. Dabei werden auch die jeweiligen impliziten Begründungsmodelle deutlich, weil grundlegende Vorstellungen vom Menschen und menschlicher Beziehungen immer nur akzeptiert worden sind (und werden), wenn sie nachvollziehbar waren.

2.1.3.1 *Historische Entwicklung der Menschenrechtsidee aus europäisch-amerikanischem Blickwinkel*

Die historische Darstellung der Menschenrechte anachronistisch zu beginnen, ist ein bewusstes Vorgehen. Die Verschriftlichungen der Menschenrechte in Frankreich und Nordamerika gelten weithin als „Durchbruch“ der Rechte des Menschen und der Entwicklungszusammenhang zu den heutigen Menschenrechten ist signifikant.⁶⁷³

Beginnend mit der Virginia Bill of Rights vom 12. Juni 1776 stellen sich die amerikanischen Rechteerklärungen der nordamerikanischen Staaten vor allem als Ergebnis der Revolutionsgeschichte und Rechtfertigung der gewaltsamen Loslösung von England sowie als Grundlage der Staatsgründungen dar.⁶⁷⁴ Mit den nordamerikanischen

673 Vgl. etwa *Andreas Haratsch*, *Die Geschichte der Menschenrechte*, 2001, 31 ff.

674 Zur Geschichte der nordamerikanischen Menschenrechtserklärungen s. *Justus Hashagen*, *Zur Entstehungsgeschichte der nordamerikanischen Erklärungen der Menschenrechte*, in: *Roman Schnur (Hrsg.)*, *Zur Geschichte der Erklärung*

Erklärungen wurden aber nicht nur die entscheidenden Kodifizierungen der Menschenrechte erreicht. Weil es auf amerikanischem Boden nie eine absolutistische Herrschaft mit Staatspraxis gegeben hatte, so die Theorie verschiedener Historiker, konnten in genereller Rezeption des Naturrechts die natürlichen Rechte als reale Rechte empfunden werden.⁶⁷⁵ Positives Recht und Naturrecht wurden erstmals eng verknüpft, weil die Amerikaner den vorstaatlichen Naturzustand tatsächlich erlebt hatten und es sich nicht nur um eine Fiktion in europäischer Tradition handelte.⁶⁷⁶ Im Gegensatz zu Kontinentaleuropa, wo die souveräne Staatsgewalt zu einer scharfen Trennung von *ius positivum* und *ius naturale* geführt hatte, blieben natürliche oder göttliche, absolute Rechte keine Antinomie zum positiven Recht, wie am Wortlaut der Virginia Bill of Rights deutlich wird⁶⁷⁷:

„1. That all Men are by nature equally free and Independent, and have certain inherent Rights, of which, when they enter into a state or Society, they cannot, by any compact, deprive or divest their Posterity; namely the enjoyment of Life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and Safety.

2. That all power is vested in, and consequently derived from, the People; that all Magistrates are their Trustees and Servants, and at all times are amenable to them.“

Die amerikanischen Menschenrechtserklärungen waren etwas später auch Vorbild der französischen Déclaration des droits de l’homme et du citoyen vom 26. August 1789, die eine entsprechende inhaltliche Nähe aufweist. Der bis dahin weitgehend bestehende Gegensatz von gedachtem Naturrecht und positivem Recht wurde in der Deklaration aufgehoben:

der Menschenrechte, 1964, 129 ff.; s. auch *John Kukla (Ed.)*, *The Bill of Rights – A Lively Heritage*, 1987; auch *Judith Hilker*, *Grundrechte im deutschen Frühkonstitutionalismus*, 2005, 53 ff.

675 Vgl. *Gerhard Oestreich*, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß*, 1968, 58 f.; auch *Hashagen*, oben Fn. 674, 158; auch *Otto Vossler*, *Studien zur Erklärung der Menschenrechte*, in: *Schnur*, oben Fn. 674, 180 ff.

676 Ebd.

677 Zu den Wurzeln des nordamerikanischen Naturrechts in den seit Ende des Zeitalters der Religionskriege ausgebildeten europäischen Naturrechts s. *Hashagen*, a.a.O., 154 f.

„Article 1: Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

Article 2: Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.“

Die französische Déclaration und die nordamerikanischen Erklärungen sind auch deshalb für die modernen Menschenrechte so bedeutsam und gelten als richtungsweisender Fortschritt, weil es in der Retrospektive schwer ist, eine lineare Entwicklung in der Geschichte der Menschenrechtsidee auszumachen, die zwangsläufig in den genannten Kodifizierungen enden musste. Wenn dem Menschen Rechte zugesprochen wurden, waren meist die Diskrepanz und der Antagonismus zwischen Naturrecht und positivem Recht dominant; dass beide Komponenten erstmals in der Geschichte der Menschenrechte vereint wurden, ist auch den besonderen politischen Gegebenheiten zu verdanken.⁶⁷⁸

Naturrecht in der Antike

Bereits im 5. Jahrhundert v. Chr. legten die Sophisten der griechischen Antike den gedanklichen Grundstein für naturrechtliche Begründungsvorstellungen. Danach wurde menschliche Natur zum Bezugspunkt der Rechtsvorstellungen, und es gab ein natürliches Recht über dem positiven; das Naturrecht kreist seitdem um die Erkenntnis des menschlichen Wesens und die ihm gemäßen und für die soziale Gestaltung entscheidenden Prinzipien.⁶⁷⁹ *Alkidamas* (5. – 4. Jh. v. Chr.) sprach davon, dass Gott alle Menschen frei geschaffen und niemanden zum Sklaven gemacht habe.⁶⁸⁰ *Platon* (427 – 347 v. Chr.) und sein Lehrer *Sokrates* (469 – 399 v. Chr.) waren der Ansicht, dass nur jene Gesetze Verbindlichkeit erlangten, die sich als

678 Vgl. *Oestreich*, oben Fn. 675, 58 ff.; *Hashagen*, oben Fn. 674, 158 ff.; *Vossler*, oben Fn. 675, 180 ff.

679 S. *Oestreich*, oben Fn. 675, 15 ff.

680 Ebd.; s. auch *Haratsch*, oben Fn. 673, 9 ff.

Ergebnis der Vernunft erwiesen und dass sich der Mensch keiner Ordnung unterwerfen dürfe, die ihn sittlich erniedrige.⁶⁸¹

Diese sehr fortschrittlich anmutenden Gedanken müssen allerdings vor dem Hintergrund der vorrangigen Gemeinschaftsidee und des politischen Verbandes relativiert werden. So galt die Einsicht einer gottgeschaffenen Freiheit nur für eine gesellschaftliche Elite, und der Mensch und sein Recht waren im aristotelischen Sinne nur in der ethischen Wirklichkeit der Polis und ihrer Institutionen und damit im gesellschaftlichen Gefüge zu verstehen.⁶⁸²

Ein naturrechtlicher Individualismus lag den griechischen Denkern fern, wurde gar als Gefahr für die öffentliche Ordnung und die Gemeinschaft angesehen. Der Einzelne sei um des Ganzen willen geboren und nicht das Ganze um des Einzelnen willen; der Bürger sei daher in vollem Umfang in den Verband des (Stadt-) Staates integriert.⁶⁸³ Nach *Aristoteles*' (384 – 320 v. Chr.) These des „*zoon politikon*“⁶⁸⁴ ist der Mensch von Natur aus ein „*staatenbildendes Wesen*“ und auch der Staat gehört daher zu den „*naturgemäßen Gebilden*“.⁶⁸⁵ Die Fokussierung des Staates als allumfassendes Gebilde wurde derart verstanden, dass wer kein Teil des Staates sei, „*ein wildes Tier oder Gott*“ sein müsse.⁶⁸⁶ Das antike Naturrecht wurde letztlich auch zur Begründung der Sklaverei herangezogen, denn im aristotelischen Sinne waren die Menschen je nach ihrer Veranlagung „*von Natur teils Freie, teils Sklaven*“. Sklaven waren demnach durch ihre körperliche Überlegenheit und Defizite in der Vernunft für ihre Arbeit bestimmt, die für das politische Gemeinwesen mit seiner übergeordneten Aufgabe, das Leben und Gut der Bürger zu schützen und die

681 Vgl. *Oestreich*, a.a.O., 15 ff.

682 Ebd.

683 *Platon*; dazu *Haratsch*, a.a.O.

684 Vgl. dazu *Haratsch*, a.a.O.

685 *Aristoteles*, Politik I, Über die Hausverwaltung und die Herrschaft über die Sklaven, 1253a1, Übersetzung in: *Eckart Schütrumpf*, *Aristoteles Werke*, Bd. 9, 1991: „*Daraus geht nun klar hervor, daß der Staat zu den Dingen zu zählen ist, die von Natur sind, und daß der Mensch nach (der Bestimmung) der Natur ein Lebewesen ist, das zum staatlichen Verband gehört, und daß derjenige, der aufgrund seiner Natur, und nicht durch eine Schicksalsfügung, außerhalb des staatlichen Verbandes steht, entweder minderwertig – oder übermenschlich – ist [...]*“; dazu auch *Haratsch*, oben Fn. 673, 9 ff.

686 Ebd.

Entfaltung ihrer natürlichen Anlagen zu fördern, nicht nur nützlich war, sondern auch als gerecht galt.⁶⁸⁷

Ein vertieftes Gleichheitsverständnis tritt erst bei den Stoikern auf.⁶⁸⁸ Die Stoa entwickelte eine anthropologische und ethische Lehre der Gleichheit aller Menschen - auch der Sklaven - als vernunftbegabte Wesen.⁶⁸⁹ Sie geht zurück auf die Vorstellung eines Reiches der Vernunft, das neben dem realen Gemeinwesen existiert und an dem jeder Mensch als Teilhaber der Weltvernunft (*logos*) gleichberechtigt partizipiere. Der Humanitätsgedanke des Stoizismus mit Forderungen nach Gerechtigkeit und Menschenliebe für jeden ist von fundamentaler Bedeutung für das darauf folgende politische Denken, insbesondere im römischen Imperium, gewesen. Hier fanden die Grundlehren der griechischen Stoa eine Weiterbildung und Anwendung auf konkrete politische Probleme, vor allem durch die Vermittlungstätigkeit des Politikers und Juristen *Cicero* (106 – 43 v. Chr.). Nach seiner Ansicht stand der Mensch kraft seiner Natur mit dem ganzen Menschengeschlecht in einem Gleichheitsverhältnis; jeder Mensch habe dem in ihm liegenden Erkenntnistrieb, seiner Natur, zu folgen und sei Teil der vernunftbegabten ganzen Menschheit (*civitas maxima*).⁶⁹⁰ Für ihn war die *lex naturae* überzeitlich, überpositiv und universell und das mit ihr übereinstimmende wahre Gesetz war rechte Vernunft. *Ciceros* Gedanken wird ein starker Einfluss auf die europäischen Humanisten und das Naturrecht der frühen Neuzeit zugesprochen, und erfuhren als Neustoizismus eine säkulare Renaissance.⁶⁹¹ Im antiken Rom hat *Cicero* dazu beigetragen, dass der Stoizismus zur Religion der gebildeten staatstragenden Schichten wurde, deren Regierungsweise, etwa am Beispiel *Marc Aurels* (121 – 180 n. Chr.), als aufgeklärter Absolutismus bezeichnet

687 *Aristoteles*, a.a.O., 1252a25; vgl. dazu auch *Christoph Horn*, Menschenrechte bei Aristoteles?, in: *Klaus Girardet/Ulrich Nortmann (Hrsg.)*, Menschenrechte und europäische Identität – Die antiken Grundlagen, 2005, 105, 116 ff.

688 Die Philosophenschule der Stoa geht auf die Gründung durch *Zenon* aus dem zyprischen Kition um 300 v- Chr. in Athen zurück; vgl. dazu etwa *Karl-Wilhelm Welwei*, *Ius naturale* und *ius gentium* in der antiken Beurteilung von Sklaven und Freiheit, in: *Girardet/Nortmann*, oben Fn. 687, 81, 89 ff.

689 Dazu *Hasso Hofmann*, Zur Herkunft der Menschenrechtserklärungen, *JuS*, 1988, 841, 842 f.

690 *S. Oestreich*, oben Fn. 675, 17.

691 Ebd.; auch *Hofmann*, a.a.O.

werden kann.⁶⁹² Unter den Denkern der Zeit, wie *Seneca* (4 v. Chr. – 65 n. Chr.) oder *Epiktet* (50 – 138 n. Chr.), war die soziale Differenz zwischen Kaiser- und Sklaventum aufgehoben.⁶⁹³

Im Rückblick kann allerdings nicht davon gesprochen werden, dass die griechische oder römische Antike Menschenrechte gekannt hat. Den Gedanken von Freiheit und Gleichheit folgten keine Forderungen nach konkreten Grundrechten; die Lehren haben mehr das ethisch-gesellschaftliche Denken beeinflusst als die politisch-ökonomische Ordnung gestaltet.⁶⁹⁴

Einfluss des christlichen Menschenbildes

Maßgebliche Denkrichtung des darauf folgenden Jahrtausends wurde jedoch nicht die antike Philosophie, sondern das Christentum, das trotz der Einflüsse des Platonismus und Stoizismus vom frühchristlichen Menschenbild geprägt blieb. *Christus* verkündete die Gleichheit aller vor Gott. Die menschliche Würde, das Göttliche im Menschen, aus der sich Freiheit und Gleichheit ableiten ließen, wurde mit der Gottebenbildlichkeit des Menschen (*imago dei*) begründet; durch ihren göttlichen Ursprung war sie menschlicher Verfügungsgewalt entzogen.⁶⁹⁵

Das stoische Naturrecht hat die christlichen Lehren stark beeinflusst; an die Stelle der allumfassenden Weltvernunft trat im Christentum der persönliche Schöpfergott.⁶⁹⁶ Tiefergreifende Unterschiede zwischen stoisch-religiösem und christlich-religiösem Naturrecht wurden überdeckt, und mit der Übernahme der stoischen Tugendethik in die christliche Soziallehre und Anthropologie entstand eine Verbindung verschiedener Grundhaltungen.⁶⁹⁷ *Augustinus* (354 – 430 n. Chr.) vertrat in seiner stoisch geprägten Rechtslehre, dass

692 Vgl. *Oestreich*, a.a.O., 17.

693 Ebd.

694 Vgl. *Oestreich*, oben Fn. 675, 17.

695 Ebd.

696 S. *Haratsch*, oben Fn. 673, 12 f.

697 Anstelle der griechischen Logik und der römischen *ratio* trat mit dem Glauben an Gott etwas mit Irrationalem und Unlogischem behaftetes Denken in den Mittelpunkt; auch die Schaffung der Welt durch Gott aus dem Nichts und des Menschen nach seinem Ebenbild war der antiken Philosophie in der Form fremd; s. dazu *Ernst Sandvoss*, oben Fn. 654, 22 ff.; auch *Oestreich*, a.a.O., 20.

das irdische Gesetz nach Möglichkeit der göttlichen Vernunft entsprechen solle und dass „[i]n der Vernunft jedes Menschen, der bereits Freiheit des Willens besitzt“ ein Gesetz entstehe, „natürlich in das Herz eingeschrieben, wodurch er ermahnt wird, einem anderen nicht anzutun, was er selbst nicht erleiden möchte.“⁶⁹⁸ In der Zusammenschau haben Stoizismus und Christentum mit der Ermöglichung eines rationalen Systems überstaatlicher Rechte eine geistige Grundlage für die neuzeitlichen Menschenrechte geschaffen, auch wenn diese nicht als deren unmittelbares Produkt bezeichnet werden können.⁶⁹⁹

Der sittlich geordnete Kosmos in der mittelalterlichen Scholastik

Der Historiker *Gerhard Ritter* sieht daher auch die Bedeutung des christlichen Naturrechts der mittelalterlichen Scholastik, die hervorgegangen ist aus der Vermischung und Durchdringung stoischer und christlicher Ideen, vor allem in der Aufstellung einer sittlichen Norm, das heißt der Idee einer ewigen Rechtsordnung über dem Staat, der alle Machthaber zu dienen haben.⁷⁰⁰ Die Staatenwelt sollte zu einem von sittlichen Prinzipien geordneten Kosmos (*Ordo mundi*) werden, und wesentlicher Bestandteil dieser Ordnungsprinzipien war die sowohl in der stoischen Philosophie als auch dem christlichen Denken angelegte ursprüngliche Gleichheit und Freiheit des Menschen.⁷⁰¹

Im mittelalterlichen Antagonismus von *sacerdotium* und *imperium* mit gegenseitigen herrschaftsbeschränkenden Theorien erkennt der Historiker *Gerhard Oestreich* außerdem den Raum für die Entstehung freiheitlicher Entwicklungen.⁷⁰² Auch germanische Vorstellungen seien in die durch den Widerstreit geistlicher und fürstlicher Herrschaft geschaffene Lakune eingeströmt, so dass im mittelalterlichen Lehnstaat die tradierte politische Ethik der wechselseitigen Treue- und Schutzpflicht maßgeblich war. In einem komplexen System aus synallagmatischen Verpflichtungen schuldete der Un-

698 Zit. nach *Oestreich*, oben Fn. 675, 20.

699 Vgl. *Haratsch*, oben Fn. 673, 12 f.

700 S. *Gerhard Ritter*, Ursprung und Wesen der Menschenrechte, in: *Schnur*, oben Fn. 674, 205 ff.

701 S. *Ritter*, oben Fn. 700, 205 ff.

702 S. *Oestreich*, oben Fn. 675, 22 ff.

tertan Treue und Hilfe, konnte im Gegenzug aber auch die Erfüllung der Versprechen des Herrn, der wie alle herrschenden Gewalten (auch der König) unter dem Recht stand, und Schutz seiner Rechte verlangen.⁷⁰³ Kirchliche Theorien und die religiöse Legitimation der Adelherrschaft verstärkten jedoch die Ansicht, dass, weil jeder Herrscher als Beauftragter Gottes an das göttliche Recht gebunden war, ein Gehorsamsbruch ihm gegenüber deswegen auch eine Sünde darstellen müsse.⁷⁰⁴

Trennung von göttlichem und weltlichem Recht

In der menschenrechtshistorischen Darstellung *Oesterichs* nimmt *John of Salibury* (ca. 1115/20 – 1180), der eine strenge Unterscheidung der geistlichen und weltlichen Gewalt und die Bindung des weltlichen Herrschers an das Recht forderte, die stoisch-augustinische Naturrechtslehre wieder auf, stellt aber die menschliche Vernunft in den Mittelpunkt, welche das Wesen und Lebensprinzip des Menschen erkennen lasse.⁷⁰⁵ *Thomas von Aquin* (ca. 1224/25 – 1274) entwickelte die christlich-stoische Fürstenpädagogik des Feudalstaates weiter und fügte sie in ein politisch-theologisches System und einen rechtlichen Stufenaufbau ein. Der Mensch als das vernunftbegabte Wesen partizipiere durch die *lex naturalis* an der *lex aeterna* (göttliches ewiges Gesetz). Das *ius humanum* begründe sich in der natürlichen Vernunft, im Naturrecht, das wiederum seinen Ursprung im Schöpfergott finde.⁷⁰⁶ Wichen die menschlichen, positiven Gesetze (*ius positivum*) von der rechten Vernunft ab, waren sie ungerechte Gesetze und für das Gewissen nicht verbindlich, weil dieses die höchste moralische Instanz des Menschen sei. Die Vernunftbegabung ermögliche es dem Menschen, für sich selbst Ursache seines Wirkens zu sein, was eine Entsprechung zum göttlichen Wir-

703 S. *Oesterich*, a.a.O.; die allmähliche Auflösung des Lehnssystems durch Fehden, Machtstreben etc. bedeutete für den Menschen am Ende des Mittelalters auch den Verlust einer für absolut gehaltenen Weltordnung; Deutschland blieb formell bis zum Untergang des ersten deutschen Reiches (1806) ein Lehnsstaat; vgl. dazu *Sandvoss*, oben Fn. 654, 20.

704 Vgl. *Oesterich*, a.a.O.

705 S. *Oesterich*, oben Fn. 675, 22 ff.

706 Dazu *Wolfgang Schmale*, Archäologie der Grund- und Menschenrechte in der Frühen Neuzeit, 1997, 263.

ken beinhalte.⁷⁰⁷ Der Mensch sei Selbstzweck und nicht als Objekt fremden Zwecken unterworfen, und die Gottebenbildlichkeit impliziere seine besondere Würde (*dignitas humana*). Dass sich der thomistische Würdebegriff aber nicht mit dem westlichen der Neuzeit deckt, wird daran deutlich, dass der Mensch nach den Lehren *Thomas von Aquins* die Würde verfehlen oder verwirken konnte, wenn er von der Vernunftordnung abwich. In aristotelischer Tradition der Fokussierung des Staates und der Gemeinschaft war der Mensch außerdem auf das gemeine Wohl hingebunden und Freiheit nicht das eigentliche politische Ziel.⁷⁰⁸ Die von *Thomas* statuierte Gewissensfreiheit konnte das christlich-religiöse System aber nicht durchbrechen: Der zur Erkenntnis des wahren Glaubens begnadete Christ konnte zur Erfüllung des Glaubens gezwungen werden.⁷⁰⁹

Eine geistesgeschichtliche Wende wurde nach der Darstellung der Menschenrechtshistorie bei *Andreas Haratsch* durch *Johannes Duns Scotus* (ca. 1265/66 – 1308) herbeigeführt: Er betonte die Wertschätzung des Einzelnen, in dem er im Individuellen das Vollkommene und das wahre Ziel göttlicher Schöpfung erkannte.⁷¹⁰ Dennoch müsse diese Idee vor *Duns* voluntaristischem Topos relativiert werden, welches die Verbindung von ewiger Vernunft und göttlichem Gesetz durchtrennte, den Willen Gottes über die Vernunft und die Legitimität des Rechts auf seine, wie auch immer geartete Entscheidung stellte.⁷¹¹

Herrschaftsbeschränkung als Vorläufer für Grundrechte

Als historisch-politische Wurzeln der späteren Menschenrechte werden heute vielfach die in der Folgezeit durch das Ringen um Beschränkungen der zentralen Gewalt mit ihren steigenden Ansprüchen entstandenen ständischen Freiheitsrechte (*jura et libertates*) gesehen.⁷¹² Die philosophischen Vorleistungen der Antike führten zur Konkretisierung zahlreicher Naturrechtstheorien als Grundlage für Herrschaftsbegrenzungsverträge. Das bekannteste Traktat, die

707 *Thomas von Aquin*; dazu *Haratsch*, oben Fn. 673, 14 ff.

708 S. *Haratsch*, a.a.O..

709 Dazu *Oestreich*, oben Fn. 675, 23.

710 Vgl. *Haratsch*, a.a.O.

711 Ebd.

712 Vgl. nur *Oestreich*, oben Fn. 675, 25; *Haratsch*, oben Fn. 673, 18.

Magna Charta Libertatum von 1215, wird seinem Mythos aber nur bedingt gerecht. Nutznießer des Rechtsaktes waren zunächst die Barone, die vom König angemessene Rechte rückgewährt haben wollten und Garantien gegen den Missbrauch der königlichen Gerichtsbarkeit erhielten. Zwar beschreibt der viel zitierte Artikel 39 der Charta, dass kein freier Mann verhaftet, gefangen gehalten etc. werden kann, es sei denn aufgrund gesetzlichen Urteilsspruchs von seinesgleichen oder aufgrund des Landesrechts; diese Zusicherungen galten aber nur für die freien Personen des Lehensrechts.⁷¹³ Die Bedeutung der Charta wurde erst im 17. Jahrhundert durch die Kommentierung von *Sir Edward Coke* (1552 - 1634) erhöht, der behauptete, dass die Verbürgungen für alle freien Engländer gelten würden. Doch auch die bedeutenden Nachfolger der Charta, die englische *Petition of Rights* von 1628, die *Habeas-Corpus-Akte* (1679) und die *Bill of Rights* (1689) hatten ursprünglich nicht den Anspruch, die allgemeinen Grundlagen eines Gemeinwesens zu statuieren, sondern wollten nur ererbte Rechte und Freiheiten kodifizieren.⁷¹⁴

Aber auch schon vor der Magna Charta war es zu Aufzeichnungen von Rechten in Kontinentaleuropa gekommen. *Haratsch* etwa verweist auf die Ständeversammlung der Bischöfe, Magnaten und Bürger - die Cortes von León -, die sich 1188 in diesem spanischen Königreich die Freiheitsrechte aller Einwohner vom Monarchen *Alfons IX.* bestätigen ließ.⁷¹⁵ Dazu gehörten das Recht auf Wahrung des anerkannten Gewohnheitsrechts, das Recht des Angeklagten auf ein ordnungsgemäßes Verfahren und die Unverletzlichkeit von Leben und Ehre, Haus und Eigentum. Als voneinander unabhängige lokale Entwicklungen reihen sich in die Festlegungen korporativer Freiheitsrechte im Übergang vom personalen Lehnsstaat des Hoch- zum territorialen Ständestaat des Spätmittelalters auch die *Brabanter Joyeuse Entrée* von 1356 und der *Tübinger Vertrag* von 1514 ein. Im letzteren wurde das Recht, in Angelegenheiten von Ehre, Leib und Leben nur nach seinem Verschulden und mit einem Urteil bestraft zu werden, als ‚Grundrecht‘ bezeichnet, weil es jedem Bewohner

713 S. *Oestreich*, oben Fn. 675, 26 ff.

714 Vgl. *Haratsch*, oben Fn. 673, 19.

715 Ebd.

Württembergs zustehen sollte.⁷¹⁶ Individuelle Grundrechte im heutigen Sinn haben aber im realen Leben des Mittelalters nicht existiert, vielmehr handelte es sich bei den Verschriftlichungen um einen Schutz bestehender Rechte gegen die immer bedeutsamer werdende Gerichtsbarkeit des Stadtherrn. Die konkurrierenden Rechtssysteme der einzelnen politischen Verbände wiesen daher sehr verschiedene, aus Brauch, Gewohnheit und Gewährung entstandene Garantien gegen die sich ausdehnende städtische Obrigkeit auf.⁷¹⁷

Parallel zu den Kodifizierungstendenzen leistete die verstärkte Beschäftigung mit dem Naturrecht in dieser Zeit wichtige Vorarbeit für die Entwicklung der Menschenrechtsidee. *Wilhelm von Ockham* (1285 – 1249/50) erkannte in Eigentum und Freiheit von Gott und Natur gegebene Rechte, die untrennbar mit der Person verbunden seien. Und auch in den Ansichten *Nikolaus von Cues* (1401 – 1464) lebte der antike Stoizismus mit seinen freiheitlichen Elementen parallel zu weltlicher und kirchlicher Herrschaftsbeschränkung in der Hinsicht wieder auf, dass er jede Gewalt auf Übereinstimmung mit dem Naturrecht und dem *consensus omnium* begründete.⁷¹⁸

Die Einzelpersönlichkeit und dessen religiöse Selbstständigkeit wurde in der Reformation von *Martin Luther* (1483 – 1546) in den Mittelpunkt gerückt. Er sah zwar in der politischen Obrigkeit ein für die christliche Lebensführung notwendiges Organ, seine Zwei-Regimenten-Lehre schloss die Trennung von göttlichem Naturgesetz und weltlichem Naturrecht aber ein. Die menschliche Seele sei nach dem Willen Gottes nicht regierbar, wo die weltliche Gewalt eingreife, sei Widerstand geboten.⁷¹⁹ Gegen die Herleitung eines weltlichen Widerstandsrechtes, welches über Bitten und Eingaben hinausging, verwandte sich *Luther* jedoch ebenso, wie er sich gegen ein Analogon von christlichen Grundrechten (Brüderlichkeit, Gleichheit, Freiheit) und bürgerlichen Freiheiten stellte. Trotz der Anerkennung des Rechtsschutzes und der Rechte der Person und des Eigentums im

716 Vgl. *Haratsch*, oben Fn. 673, 19.

717 Vgl. *Oestreich*, a.a.O., 29 ff.

718 Vgl. *Oestreich*, oben Fn. 675, 29 ff.

719 Nach dem Willen Gottes solle die Seele von nichts regierbar sein, als von sich selbst alleine. Wo die weltliche Macht der Seele ein Gesetz geben wolle, greife sie in das göttliche Regiment ein und verführe die Seelen nur; vgl. zu *Luther* etwa *Oestreich*, oben Fn. 675, 31 ff.

deutschen Protestantismus, blieb dem Einzelnen ein Erfüllungsanspruch gegen die weltliche Macht letztlich verwehrt. Denn die strikte Trennung zwischen geistlichem und weltlichem Reich bedeutete auch die Zweiheit des Rechts, und kraft weltlichen Naturrechts war der Untertan der Obrigkeit Gehorsam schuldig.⁷²⁰

Frühneuzeitliche Naturrechtslehren

Bedeutsam für die Entwicklung der Menschenrechtsidee erscheinen die frühneuzeitlichen Naturrechtslehren, die zum Teil in Anlehnung an den Calvinismus mit der Natur des Menschen und aus dessen Vernunft argumentierten und daher aus heutiger Perspektive auch als „Vernunftrechtler“ bezeichnet werden.⁷²¹ *Haratsch* sieht in der Betonung der Menschenwürde die Grundlage für eine humanere Vorstellung eines Gemeinwesens.⁷²² *Giovanni Pico della Mirandola* (1463 – 1494) etwa sah den Menschen von Gott in die Mitte der Welt gestellt, er könne nach freiem Willen selbst seine Natur bestimmen. Die spanische Spätscholastik betonte unter dem Eindruck der Conquista mit dem Begründer der Schule von Salamanca, *Francisco de Vitoria* (1483 – 1546), die Gleichberechtigung aller Menschen ungeachtet ihrer Religion und sprach damit auch den amerikanischen Ureinwohnern natürliche Rechte zu.⁷²³ Durch Fortentwicklung von Naturrechtsideen des Mittelalters wurde versucht, die Glaubensunterschiede zu überbrücken und ein aus der Vernunft zu gewinnendes Naturrecht zu entwickeln.⁷²⁴ Für *Hugo Grotius* (1583 – 1645) war das natürliche Recht ein Gebot der Vernunft, das selbst von Gott nicht verändert werden konnte.⁷²⁵ Und *Hugo Donnellus* (1527 – 1591) lehrte, dass zum Recht an der eigenen Person die Rechte auf Leben, körperliche Unversehrtheit und Freiheit gehörten.⁷²⁶ In Betonung der Glaubens-, Gewissens- und Meinungsfreiheit wurde es auch als das natürliche Recht des Menschen angesehen, frei über alles zu urteilen und eigene Schlüsse zu ziehen, vgl.

720 Dazu *Oestreich*, a.a.O., 30 f.

721 S. *Hofmann*, oben Fn. 689, 843.

722 S. *Haratsch*, oben Fn. 673, 21 ff.

723 S. *Haratsch*, oben Fn. 673, 21 ff.

724 Ebd.

725 Vgl. *Haratsch*, a.a.O., 23 ff.

726 S. *Oestreich* oben Fn. 675, 47.

Baruch de Spinoza (1632 – 1677).⁷²⁷ Auch durch die Übertragung aller natürlichen Rechte auf die Gesellschaft durch einen Vertragsschluss könne dieses Recht (die *libertas philosophandi*) nicht abgetreten werden.⁷²⁸ So sieht *Oestreich* bei *Spinoza* den Grund, warum die Menschen aus dem Naturzustand in den *status civilis* treten würden, in der Gewährleistung des Friedens und der Sicherheit des Lebens, die für die freie Entfaltung notwendig seien.⁷²⁹

Die Durchsetzung menschenrechtlicher Ideale kann auch in der Gegenbewegung zur Machtfülle des absolutistischen Herrschers und der Begründung souveräner und von den Gesetzen losgelöster Staatsgewalt gesehen werden.⁷³⁰ Zwar sah *Jean Bodin* (1529 – 1596) den Souverän in seiner Aufgabe, Ordnung, Gerechtigkeit und soziale Lebensumstände effektiv durchzusetzen, an das Naturrecht gebunden. *Thomas Hobbes* (1588 – 1679) beschrieb die Übertragung der Staatsgewalt auf den Souverän dagegen durch einen Vertragsschluss der Menschen zugunsten Dritter, um den Naturzustand, in dem Krieg aller gegen alle herrsche, zu überwinden und Sicherheit zu erlangen.⁷³¹ Die natürlichen Rechte und Freiheiten würden bei diesem Akt

727 Vgl. dazu *Sandvoss*, oben Fn. 654, 197 ff.; zum *Tractatus Theologico-Politicus* und *Tractatus Politicus* s. auch *Carl Gebhardt*, Einleitung zu den beiden Traktaten, 1934, in: *Carl Gebhardt (Hrsg.), Spinoza Opera V.*, 1987, 223.

728 Dazu *Oestreich*, a.a.O., 47 f.

729 Ebd.

730 *S. Haratsch*, oben Fn. 673, 23 ff.; vgl. etwa *Thomas Hobbes*, *Philosophical Rudiments Concerning Government and Society*, 1651, in: *Howard Warrender (Ed.), Thomas Hobbes - De Cive*, 1983, 69: „*In the tenth place it is commanded by the Law of nature, That every man in dividing Right to others, shew himselfe equall to either party. By the foregoing Law we are forbidden to assume more Right by nature to our selves, than we grant to others. [...] The observance of this Precept is called EQUITY, the breach, Respect of Persons.*“ (Hervorhebung im Original).

731 *Thomas Hobbes*, *Leviathan*, 1651, abgedruckt in: *Richard Tuck (Ed.)*, 1991, 91 ff.: „*The RIGHT OF NATURE, which Writers commonly call Jus Naturale, is the Liberty each man hath, to use his own power, as he will himselfe, for the preservation of his own Nature; that is to say, of his own Life; and consequently of doing any thing, which in his own Judgement, and Reason hee shall conceive to be the aptest means thereto. By LIBERTY, is understood, according to the proper signification of the word, the absence of externall Impediments: which Impediments, may oft take away part of a mans power to do what hee would; but cannot hinder him from using the power left him, according as his judgement, and reason shall dictate to him. A LAW OF NATURE, (Lex Naturalis,) is a Precept, or generall Rule, found out by Reason, by which a man is forbidden to do, that, which is destructive for his life, or taketh*

unwiderruflich abgegeben und der Maßstab für Recht und Unrecht nunmehr in der Dezision des Souveräns liegen, des „sterblichen Gotts“.⁷³²

Insbesondere deutsche Naturrechtslehren traten dem mit ihrer Anthropologie entgegen. *Samuel Pufendorf* (1632 – 1694) bestimmte in seinem Werk *De jure naturae et gentium*,⁷³³ dass der Mensch als sittlich freies Wesen und Träger menschlicher Würde geboren werde. In der *libertas naturalis* liege auch die Würde der menschlichen Natur, ihr Vorrang gegenüber den übrigen Lebewesen. Die *dignitas humanae naturae* setze auch die Achtung der anderen voraus und die natürliche Freiheit (*aequalitas naturalis*) erfordere die Bindung an Pflichten und Rechte.⁷³⁴ Habe der Mensch im Naturzu-

away the means of preserving the same; and to omit, that, by which he thinketh it may be best preserved. [...] And because the condition of Man, (as hath been declared in the precedent Chapter) is a condition of Warre of every one against every one; in which case every one is governed by his own Reason; and there is nothing he can make use of, that may not be a help unto him, in preserving his lifes against his enemyes; It followeth, that in such a condition, every man has a Right to every thing; even to one anothers body. And therefore, as long as this naturall Right of every man to every thing endureth there can be no security to nay man [...] of living out the time, which Nature ordinarily alloweth men to live. [...] For the Lawes of Nature (as Justice, Equity, Modesty, Mercy and (in summe doing to others, as wee would be done to,) of themselves, without the terrour of some Power, to cause them to be observed, are contrary to our naturall Passions, that carry us to Partiality, Pride, Revenge, and the like, And Covenants, withput the Sword, are but Words, and of no strenght to secure a man at all.“ (Hervorhebungen im Original); vgl. dazu etwa Haratsch, a.a.O., 26.

732 *Thomas Hobbes*, oben Fn. 731, 239: „*To the care of the Sovereign, belongeth the making of Good Lawes. But what is a good Law? By a Good Law, I mean not a Just Law: for no Law can be Unjust. The Law is made by the Sovereign Power, and all that is done by such Power, is warranted, and owned by every one of the people; and that which every man will have so, no man can say is unjust.“*

733 *Samuel Pufendorf*, *De jure naturae et gentium*, 1672, 1684, in: *Wilhelm Schmidt-Biggemann (Hrsg.), Samuel Pufendorf – Gesammelte Werke*, Bd. 4, 1998.

734 *Samuel Pufendorf*, *De jure naturae et gentium libri octo*, in: *James Brown Scott (Ed.), The Classics of International Law*, 1934, 330: „*In addition to that love which every man cherishes for his life, his person, and his possessions, by which he cannot avoid repelling or fleeing before everything that tends to their destruction, there is to be observed, deep-seated in his soul, a most sensitive self-esteem; and if any one undertakes to impair this, he is rarely less and often more disturbed than if an injury were being offered his person and property. [...] For indeed the word 'man' is felt to have a certain dignity, and*

stand keinen Herrn außer Gott über sich, erfolge die Vereinigung aller Menschen zum *status civilis* auf vertraglicher Basis aufgrund des Angewiesenseins auf andere. Zwar sei der Regent in dem Staate durch das Naturrecht gebunden, *Pufendorf* sprach dem Untertan aber noch kein Widerstandsrecht zu.⁷³⁵ Für *Christian Thomasius* (1655 – 1728), der die Lehren *Pufendorfs* fortgesetzt hat, zielte das Naturrecht auf das Glück der Menschen. Auch er ging von einem Naturzustand aus, bezeichnete ihn aber als *confusum chaos*, in dessen Überwindung der Staat zwar erst das Gesetz als solches schaffe, in den der Einzelne bei seinem Eintritt aber gewisse ‚*Ur-rechte*‘ (*jura connata*) mitbringe, wie die persönliche Freiheit, die Glaubens- und Gewissensfreiheit.⁷³⁶ Ein Widerstandsrecht gegen den Regenten gestand aber auch *Thomasius* dem Untertan nicht ein.

Oestreich sieht die von *Thomasius* getrennte Rechts- und Morallehre durch *Christan Wolff* (1679 – 1754) vereinigt.⁷³⁷ Mit der Bestimmung der *persona moralis* arbeitete *Wolff* die Rechtsfähigkeit des Menschen heraus und sah die Ableitung der Menschenrechte in den menschlichen Handlungen und dem Wesen und der Natur des Menschen als Ansatz der Rechtsbeziehungen begründet.⁷³⁸ Das Naturgesetz finde seinen Ursprung unmittelbar in der Natur des Menschen, die allen gleich sei, das Gute bejahe und das Böse verabscheue.⁷³⁹ Zur angeborenen Pflicht in *Wolffs* Menschenbild gehörte

the last as well as the most telling reply with which the rude insults of other men is met, is, 'I am not a dog or a beast, but as much a man as you are.' [...] Now since human nature belongs equally to all men, and no one can live a social life with a person by whom he is not rated as at least a fellow man, it follows, as a precept of natural law, that 'Every man should esteem and treat another man as his equal by nature, or as much a man as he is himself.'“.

735 Dazu *Oestreich*, oben Fn. 675, 48 ff.

736 *Christian Thomasius*, Grund-Lehren des Natur- und Völker-Rechts, 1705, 5. Kap. § 12, 6. Kap. § 21, abgedruckt in: *Werner Schneiders* (Hrsg.), *Christian Thomasius – Ausgewählte Werke*, Bd. 18, 2003: „*Ein Exempel des angebohrnen Rechts ist die erste Freyheit und Gemeinschaft. Des angenommenen die Herrschafft und Eigenthum. [...] Die allgemeine Richtschnur aller Verrichtungen und der Grund-Satz des in weiten Verstande genommen Natur- und Völcker-Rechts ist: dasjenige muss man thun, was der Menschen Leben sehr lang und glücklich machet; und dasjenige muss man meiden, was das Leben unglücklich machet und den Todt befördert.*“.

737 Vgl. *Oestreich*, oben Fn. 675, 51.

738 Ebd.

739 *Christian Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, 1754, abgedruckt in: *Marcel Thomann* (Hrsg.), *Christian Wolff – Gesammelte Werke*, Bd. 19,

vor allem die Förderung der eigenen Vollkommenheit und des Fortschritts.⁷⁴⁰ Er unterschied auch die *jura acquisita*, die erworbenen Rechte, von den *jura connata* (die angeborenen Rechte), zu denen die Gleichheit, Freiheit und Gerechtigkeit aller zählten und zu deren Verteidigung ein *jus defensionis* gehörte.⁷⁴¹ Aus den Pflichten gegen sich selbst leitete *Wolff* Rechte zur Erhaltung und Vervollkommnung des Lebens ab, wie das Recht auf körperliche Integrität, Achtung von Ruf und Ehre, Nahrung, Bildung und Glückseligkeit.⁷⁴² Doch weil auch *Christian Wolff* den realen Menschen oft weit entfernt von „*Verstand und Tugend*“ sah, gestand er dem aufgeklärten Fürsten ein Recht auf Lenkung der Menschen zu; neben einem Katalog der Menschenrechte fand sich daher auch ein Rechtekatalog des Fürsten.⁷⁴³ Im aufgeklärten Absolutismus könne die Freiheit des Einzelnen eingeschränkt werden, aber nur zu allgemeinen Wohlfahrtszwecken, den Zwecken des Staates.⁷⁴⁴

Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, 1980, § 12 ff.: „*Da man alles dasjenige gut nennet, was den Menschen und seinen Zustand vollkommener macht; böse oder übel aber, was denselben unvollkommener macht; so sind diejenigen freyen Handlungen gut, die zur Vollkommenheit des Menschen und seines Zustandes behülflich sind; und folglich mit den natürlichen Handlungen, durch einerley Endzwecke bestimmt worden sind. Böse aber sind diejenigen, welche auf die Unvollkommenheit des Menschen und seines Zustandes abzielen; und folglich mit den natürlichen Handlungen nicht durch einerley Endzwecke, sondern durch verschiedene bestimmt werden. [...] Weil die Natur des Menschen so beschaffen ist, daß er das Gute begehret, das Böse aber verabscheuet; so sind die in sich guten, oder bösen Handlungen an und vor sich selbst begehrens- oder verabscheuungswürdig [...].*“

740 Vgl. etwa *Bénédict Winiger*, Das rationale Pflichtenrecht Christian Wolffs – Bedeutung und Funktion der transzendentalen, logischen und moralischen Wahrheit im systematischen und theistischen Naturrechts Wolffs, 1992, 185 ff.; *Haratsch*, oben Fn. 673, 28 ff.; *Oestreich*, oben Fn. 675, 51 f.

741 *Wolff*, a.a.O., § 74 ff.: „*Das angebohrne Recht (jus connatum) nennt man dasjenige, welches aus einer angebohrnen Verbindlichkeit entsteht. Es ist aber eine angebohrne Verbindlichkeit (obligatio connata) diejenige, welche aus der Natur und dem Wesen des Menschen nothwendig erfolget, und davon nicht getrennet werden mag. Da nun diese wegen der Unveränderlichkeit des Wesens und der Natur unveränderlich ist, davon sie gar nicht getrennt werden kann; so ist auch das angebohrne Recht so genau mit dem Menschen verbunden, daß es ihm nicht genommen werden kann; denn er hat dasselbe um seiner Verbindlichkeit ein Genüge zu leisten.*“

742 *S. Wolff*, oben Fn. 739, § 74 ff.

743 Vgl. *Wolff*, a.a.O., § 1042, „*Von den Majestätsrechten*“.

744 Dazu *Oestreich*, oben Fn. 675, 51 f.

Die europäische Aufklärung blieb letztlich auf dem Boden der antiständischen Monarchie und versuchte zugleich mit wissenschaftlicher Methodik und Rationalismus die Idee individueller Rechte zu verbreiten und unabänderliche Grundsätze einer Gesellschaft zu schaffen. Dabei waren auch die Gedanken *John Lockes* (1632 – 1704) maßgeblich, der der Auffassung war, dass sich die Menschen zu einem Staat zusammenschließen, um die natürlichen Rechte (Eigentum, Leben und Freiheit) zu schützen.⁷⁴⁵ Nach *Locke* verloren die Menschen, im Gegensatz zu *Hobbes*, ihre natürlichen Rechte mit dem Vertragsschluss nicht, weil die dem staatlichen Gesetzgeber übertragene Gewalt nicht größer sein könne, als die Gewalt im Naturzustand, in dem es keine willkürliche Gewalt gegen andere gebe.⁷⁴⁶ Die natürlichen Rechte begrenzen dagegen die staatliche Gewalt, bei Überschreitung falle die Macht an das Volk zurück.⁷⁴⁷

Auch die Ideen von *Jean-Jaques Rousseau* (1712 – 1778) waren für die Aufklärung von wesentlicher Bedeutung. Sein Naturzustand war idealisiert, die Menschen isoliert, unabhängig und niemandem Untertan.⁷⁴⁸ Zur Störung dieses Zustandes haben nach *Rousseau* unter anderem das Eigentum, die Obrigkeit und die Ausartung der Macht in Willkür beigetragen. Sie schufen Arme und Reiche, Herrschende und Beherrschte, Herren und Sklaven. Den Ausweg sah er im *contrat social*, der die natürliche Freiheit mit dem Maß an Gewalt in Einklang zu bringen versucht, die für die staatliche Ordnung unabdingbar ist.⁷⁴⁹ Durch diese Übereinkunft entstehe als öffentliche

745 *John Locke*, *Two Treatises of Government*, 1690, II § 87, abgedruckt in: *The Works of John Locke*, Vol. V, 1963; dazu *Haratsch*, oben Fn. 673, 28 ff.

746 *John Locke*, oben Fn. 745, II § 135: „[I]t [person or assembly which is legislator] can be no more than those persons had in a state of nature before they entered into society, and gave up to the community: for nobody can transfer to another more power than he has himself; and nobody has an absolute arbitrary power over himself, or any other, to destroy his own life, or take away the life or property of another.“.

747 *Locke*, a.a.O., II § 199 ff.

748 *Jean-Jaques Rousseau*, *Du Contrat Social ou Principes Du Droit Politique*, 1762, abgedruckt in: *Jose Medina/Claude Morali/Gerard Chomienne*, *Jean-Jaques Rousseau – Du Contrat Social*, 60: „Puisque aucun homme n’a une autorité naturelle sur son semblable, et puisque la force ne produit aucun droit, restent donc les conventions pour base de toute autorité légitime parmi les hommes.“.

749 Vgl. *Hans Joachim Störig*, *Kleine Weltgeschichte der Philosophie*, 1999, 425 ff.

Person eine seelische Gesamtkörperschaft, das Volk, als Souverän, dessen Willen man am besten durch Abstimmung ermittle.⁷⁵⁰

Entscheidende Kodifizierungen der Rechte des Menschen

Die entscheidenden Kodifizierungen und die maßgebliche Verbindung naturrechtlicher Vorstellungen mit positivem Recht gelangen mit den nordamerikanischen Rechteerklärungen, allen voran der Virginia Bill of Rights von 1776, und der aus der französischen Revolution hervorgegangenen Déclaration des droits de l'homme et du citoyen aus dem Jahr 1789. Besonders in der Déclaration sieht *Hasso Hofmann* in seiner Darstellung zur Herkunft der Menschenrechtserklärungen eine notwendig radikale, das heißt individualistische Konnotation, weil ihre politische Funktion in der Dekonstruktion der alten ständischen Ordnung lag und mit der Betonung des Gleichheitsgedankens eine egalitäre Staatsbürgergesellschaft zu etablieren versuchte.⁷⁵¹ Doch auch die amerikanischen Erklärungen wiesen wie die französische Déclaration als ein wesentliches Merkmal den Individualismus auf, wenn auch verschiedene, teilweise miteinander verflochtene Traditionen diesen jeweils beeinflusst haben. Im angloamerikanischen Raum war es die lockianische Verbindung der Naturzustandsautonomie des Menschen mit genossenschaftlichem Rechtsdenken, das heißt auf praktischen Erfahrungen basierende volkssouveräne Grundsätze menschlicher Verbände, in denen die quasi vertragliche Verbindung zwischen dem König und den Repräsentanten des Volkes zumindest Rechtsreflexe für die Untertanen erzeugte.⁷⁵² Den Individualismus der französischen Déclaration sieht *Hofmann* vor allem in der abstrakten aufkläreri-

750 Rousseau, oben Fn. 748, 82: „A l’instant, au lieu de la personne particulière de chaque contractant, cet acte d’association produit un corps moral et collectif, composé d’autant de membres que l’assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et sa ainsi volonté. Cette personne publique, qui se forme ainsi par l’union de toutes les autres, prenait autrefois le nom de Cité, et prend maintenant celui de République ou de corps politique, lequel est appelé par ses membres État quand il est passif, Souverain quand il est actif, Puissance en le comparant à ses semblables. A l’égard des associés, ils prennent collectivement le nom de Peuple, et s’appellent en particulier Citoyens, comme participant a l’autorité souveraine, et Sujets, comme soumis aux loi de l’État.“

751 Vgl. *Hofmann*, oben Fn. 689, 846 f.

752 Vgl. *Hofmann*, oben Fn. 689, 846 f.

schen Sozialphilosophie und deren methodischen Zergliederung der menschlichen Verbände in ihre kleinste Einheit, dem Individuum, fundiert. Diente diese Lehre zusammen mit der Figur des Herrschaftsvertrages zunächst der Begründung des fürstlichen Absolutismus, wurde der Mensch in der frühneuzeitlichen Lehre vom Naturzustand doch emanzipiert und als Eigentümer seiner selbst definiert.⁷⁵³

Die französische Revolution wiederum war von Bedeutung für den deutschen Idealismus und die Philosophie von *Immanuel Kant* (1724 – 1804).⁷⁵⁴ In *Kants* Denken rückte der Begriff der Freiheit („*Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür*“)⁷⁵⁵ in den Mittelpunkt. Freiheit war demnach ein „*angeborenes*“ und „*unveräußerliches Recht*“ (aber auch das einzige, alle anderen Rechte wurden durch einen rechtlichen Akt erworben) und kam dem Menschen kraft seines Menschseins zu, wenn diese Freiheit „*mit jedem anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen*“ konnte.⁷⁵⁶ Mit dem „*Grundgesetz der reinen praktischen Vernunft*“ als kategorischen Imperativ und obersten Sittengesetz sah *Kant* ein Begriffssystem der Sittenlehre, dass jedermann *a priori* in sich trage, so wie die Sittengesetze für jedermann gültig seien, weil der Mensch von Natur aus frei sei und praktische Vernunft habe.⁷⁵⁷ Diese vorgege-

753 Ebd.

754 Dazu *Haratsch*, oben Fn. 673, 33 ff.

755 *Immanuel Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797/98, 39; in: *Ernst Cassirer* (Hrsg.), *Immanuel Kants Werke*, Bd. VII, 1916.

756 Ebd.; dazu *Haratsch*, a.a.O.; auch *Margit Ruffing*, *Kant – Die Metaphysik der Sitten*, in: *Franco Volpi* (Hrsg.), *Großes Werklexikon der Philosophie*, Bd. 1, 1999, 803 f.

757 *Kant*, a.a.O., 16: „*Allein mit den Lehren der Sittlichkeit ist es anders bewandt. Sie gebieten für jedermann, ohne Rücksicht auf seine Neigungen zu nehmen: bloß weil und sofern er frei ist und praktische Vernunft hat. Die Belehrung in ihren Gesetzen ist nicht aus der Beobachtung seiner selbst und aus der Tierheit in ihm, nicht aus der Wahrnehmung des Weltlaufs geschöpft, von dem, was geschieht und wie gehandelt wird (obgleich das deutsche Wort Sitten ebenso wie das lateinische mores nur Manieren und Lebensart bedeutet), sondern die Vernunft gebietet, wie gehandelt werden soll, wenngleich noch kein Beispiel davon angetroffen würde, auch nimmt sie keine Rücksicht auf den Vorteil, der uns dadurch erwachsen kann, und den freilich nur die Erfahrung lehren könnte. [...] Wenn daher ein System der Erkenntnis a priori aus bloßen Begriffen Metaphysik heißt, so wird eine praktische Philosophie, welche nicht Natur, sondern die Freiheit der Willkür zum Objekte hat, eine Metaphysik der Sitten voraussetzen und bedürfen: d.i. eine solche zu haben ist*

bene Sittlichkeit des Menschen, die „*Metaphysik der Sitten*“, lasse sich empirisch nachweisen.⁷⁵⁸ Der Sittlichkeit zu folgen sei Freiheit und Pflicht, das heißt Selbstzwang im Sinne innerer Nötigung, des Einzelnen; Freiheit konnte deshalb auch bei *Kant* scheitern, wenn sie nicht die Sittlichkeit wählte. Freiheit war allein dann gegeben, wenn der Wille das Eine wählte, eine Wahlfreiheit, tun und lassen zu können, was einem beliebt, bedeutete dies nicht.⁷⁵⁹

Weil die natürliche Freiheit des Menschen schon immer durch die des anderen eingeschränkt sei, war für *Kant* mit dem Recht außerdem die Befugnis verbunden, die Einhaltung der Gesetze zu erzwingen.⁷⁶⁰

Den Begriff der Menschenwürde begründete *Kant* mit der Vernunftbegabung des Menschen und der Autonomie und dem inneren Wert, die der Mensch als Wesen, das als Zweck an sich selbst existiere, innehat.⁷⁶¹ Er verknüpfte zudem die Idee von Menschen-

selbst Pflicht, und jeder Mensch hat sie auch, obzwar gemeiniglich nur auf dunkle Art in sich, denn wie könnte er ohne Prinzipien a priori eine allgemeine Gesetzgebung in sich zu haben glauben?; dazu auch *Ruffing*, oben Fn. 756, 803 f.

758 *Kant*, oben Fn. 755, 16: „So wie es aber in einer *Metaphysik der Natur* auch Prinzipien der Anwendung jener allgemeinen obersten Grundsätze von einer Natur überhaupt auf Gegenstände der Erfahrung geben muß, so wird es auch eine *Metaphysik der Sitten* daran nicht können mangeln lassen, und wir werden oft die besondere Natur des Menschen, die nur durch Erfahrung erkannt wird, zum Gegenstande nehmen müssen, um an ihr die Folgerungen aus den allgemeinen moralischen Prinzipien zu zeigen, ohne daß jedoch dadurch der Reinigkeit der letzteren etwas benommen, noch ihr Ursprung a priori dadurch zweifelhaft gemacht wird.“; dazu auch *Ruffing*, a.a.O.

759 *Kant*, a.a.O., 188 ff.; dazu *Haase*, oben Fn. 658, 428.

760 *Kant*, oben Fn. 755, 32 f.

761 *Immanuel Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1786, in: *Ernst Cassirer* (Hrsg.), *Immanuel Kants Werke*, Bd. IV, 1913, 285 f.; *Kant* verbindet seine Idee der Menschenwürde mit seinen bekannten Imperativen (Formel eines Gebots als Vorstellung eines objektiven Prinzips, das für den Willen notwendig ist): „Der Wille wird als ein Vermögen gedacht, der Vorstellung gewisser Gesetze gemäß sich selbst zum Handeln zu bestimmen. Und ein solches Vermögen kann nur in vernünftigen Wesen anzutreffen sein. Nun ist das, was dem Willen zum objektiven Grunde seiner Selbstbestimmung dient, der Zweck, und dieser, wenn er durch die bloße Vernunft gegeben wird, muß für alle vernünftige Wesen gleich sein. Was dagegen bloß den Grund der Möglichkeit der Handlung enthält, deren Wirkung Zweck ist, heißt das Mittel. Der subjektive Grund des Begehrens ist die Triebfeder, der objektive des Wollens der Bewegungsgrund. [...] Die Zwecke, die sich ein vernünftiges Wesen als Wirkungen seiner Handlungen nach Belieben vorsetzt (materiale Zwecke) sind insgesamt

würde und Rechten des Menschen: Letztere stehen dem Menschen kraft seines Menschseins zu, und erstere besagt, worin sein Menschsein besteht.⁷⁶²

Institutionalisierung der Menschenrechte in der Moderne

Die fortschrittlichen Ideen der europäischen Aufklärung wurden allerdings später konterkariert durch die sozialen Disparitäten der industriellen Realität. Auch wenn allgemein angenommen wird, dass bürgerliche und politische Freiheiten vornehmlich mit liberaler Tradition und soziale und ökonomische Rechte mit sozialistischen Ideologien verbunden sind, zeigt nach Auffassung der Historikerin *Micheline Ishay* die Retrospektive jedoch, dass für viele sozialistische Denker beide Inhalte eng verknüpft waren.⁷⁶³ Im Kampf gegen die wirtschaftlichen Ungleichheiten sahen danach viele auch die Möglichkeit, politische Egalität (wieder-) herzustellen.

In Reaktion auf die Schrecken des Ersten Weltkrieges wurde die jahrhundertealte Idee eines Völkerbundes 1919 in den Bereich der Politik überführt.⁷⁶⁴ Die League of Nations oder Société des Nations sollte als ständige intergouvernementale Einrichtung nach den umfangreichen Verzichtserklärungen der souveränen Staaten bezüglich

nur relativ; denn nur bloß ihr Verhältnis auf ein besonders geartetes Begehungsvermögen des Subjekts gibt ihnen den Wert, der daher keine allgemeine für alle vernünftige Wesen, und auch nicht für jedes Wollen gültige und notwendige Prinzipien, d. i. praktische Gesetze, an die Hand geben kann. Daher sind alle diese relative Zwecke nur der Grund von hypothetischen Imperativen. Gesetzt aber, es gäbe etwas, dessen Dasein an sich selbst, ein Grund bestimmter Gesetze sein könnte, so würde in ihm und nur in ihm allein der Grund eines möglichen kategorischen Imperativs, d. i. praktischen Gesetzes, liegen. Nun sage ich: der Mensch und überhaupt jedes vernünftige Wesen, existiert als Zweck an sich selbst, nicht bloß als Mittel zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen, sondern muss in allen seinen, sowohl auf sich selbst, als auch auf andere vernünftige Wesen gerichteten Handlungen, jederzeit zugleich als Zweck betrachtet werden. [...] Der praktische Imperativ wird also folgender sein: Handle so, daß du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest.“

762 Vgl. Haratsch, oben Fn. 673, 33 ff.

763 S. *Micheline Ishay*, *The History of Human Rights – From Ancient Times to the Globalization Era*, 2004, 135 ff.

764 Dazu *Alfred Pfeil*, *Der Völkerbund, Literaturbericht und kritische Darstellung seiner Geschichte*, 1976, 35 ff.

des *ius ad bellum* die Wahrung des Weltfriedens überwachen und die Zusammenarbeit der Nationen fördern - ein bahnbrechendes Novum in der internationalen Politik.⁷⁶⁵ Durch ein Angriffsverbot sollte die durch zwischenstaatliche Konflikte entstandene massenhafte Vernichtung menschlichen Lebens zukünftig verhindert werden, auch wenn eine Verschriftlichung und konkrete Ausgestaltung von Menschenrechten nicht erfolgte.

Nach dem Nationalismus und dem Zweiten Weltkrieg in Europa kam der Durchbruch universell kodifizierter Menschenrechte mit der Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945, die den Schutz der Menschenrechte erstmals als Pflicht der Staatengemeinschaft erscheinen lässt.⁷⁶⁶ Trotz des Schocks durch den europäischen Faschismus, Rassismus und der ungeheuren Gewalt war die Universal Declaration of Human Rights (UDHR) vom 10. Dezember 1948⁷⁶⁷ aber noch als rechtlich unverbindlicher Appell ausgestaltet.

Die UDHR selbst ist naturrechtlich inspiriert,⁷⁶⁸ und vielfach wird bezüglich ihrer Entstehungsgeschichte, die von der amerikanischen Präsidentenwitwe *Eleanore Roosevelt* geprägt wurde,⁷⁶⁹ ihr westli-

765 Vgl. etwa die Präambel des Völkerbundes: „*The High Contracting Parties, In order to promote international co-operation and to achieve international peace and security, by the acceptance of obligations not to resort to war, by the prescription of open, just and honourable relations between nations, by the firm establishment of the understandings of international law as the actual rule of conduct among Governments, and by the maintenance of justice and a scrupulous respect for all treaty obligations in the dealings of organized peoples with one another, Agree to this Covenant of the League of Nations.*“; abgedruckt bei Pfeil, a.a.O., 46; vgl. in dem Zusammenhang auch Fritz Fellner, Vom Dreibund zum Völkerbund, Studien zur Geschichte der internationalen Politik 1882-1919, 1994.

766 Artikel 1 UN-Charta: „*The Purposes of the United Nations are: [...] 3. To achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion [...].*“.

767 Oben Fn. 406.

768 Dies ist etwa auf die aktiven Bemühungen zeitgenössischer Vertreter naturrechtlicher Theorien, wie des Neoscholastikers *Jaques Maritain*, zurückzuführen, Einfluss auf den Inhalt des Menschenrechtskatalogs zu nehmen. 22 von 26 in einem eigenen Katalog vorgeschlagenen Rechten *Maritains* finden sich in der UDHR wieder. S. dazu *Ludger Kühnhardt*, Die Universalität der Menschenrechte, 1987, 92.

769 *Eleanore Roosevelt* war Vorsitzende der sogenannten „nuclear“-Commission, und Vorsitzende der späteren Vollkommission; vgl. dazu *Karl-Heinz Sonne-*

cher Einfluss hervorgehoben. So gehe die Grundlage der Erklärung auf Entwürfe Frankreichs und Großbritanniens zurück;⁷⁷⁰ außerdem korreliere etwa die Schrankenbestimmung des Artikels 29 Abs. 2 gerade mit Werten und Prioritäten hochentwickelter Gesellschaften⁷⁷¹:

„In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.“

Bei der Verabschiedung der UDHR enthielten sich dementsprechend die ehemaligen Ostblockstaaten Sowjetunion, Ukraine, Weißrussland, Polen, Tschechoslowakei und Jugoslawien, denen die Erklärung bezüglich wirtschaftlicher und sozialer Rechte nicht weit genug ging, der Stimme. Besonders deutlich wurden die damaligen Widersprüche zwischen den Weltanschauungen des marxistisch-leninistischen Ostens und des liberal-individualistischen Westens in einem Ausspruch des britischen Vertreters *Lord Dukeston*, der sagte: *„We want free man, not well fat slaves.“*⁷⁷²

An der Entwicklung und Verabschiedung der UDHR waren nur zwei afrikanische Staaten der Subsahara beteiligt und in der 18-köpfigen Vollkommission waren mit Ägypten, Iran und dem Liba-

wald, Die Deklaration der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10.12.1948, in: Dokumente, Herausgegeben von der Forschungsstelle für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität Hamburg, Heft XVI, 1955, 13 ff.

770 Ebd.

771 Vgl. *Ann Elizabeth Mayer*, Islam and Human Rights – Tradition and Politics, 1991, 75; während die Schrankenbestimmung den Werten hochentwickelter Gesellschaften entspreche, seien es in Rechtssystemen mit starker traditioneller Ausrichtung exakt solche Bestimmungen, die zur blanken Negierung der Menschenrechte genutzt werden könnten.

772 Zitiert nach *Sonnewald*, oben Fn. 769, 17.

non lediglich drei islamische Länder vertreten,⁷⁷³ die aber kolonialgeschichtlich unter westlichem Einfluss standen.⁷⁷⁴

War die UDHR noch ohne rechtliche Bindung, wurde eine umfassende vertragliche Verpflichtungswirkung für die ratifizierenden Staaten erst 1966 mit den bereits aufgeführten internationalen Menschenrechtspakten, dem IPbpR und dem IPwskR, zu erreichen versucht. Hier perpetuierten und verstärkten sich im Übrigen die bereits bei Entstehung der UDHR erkennbaren Gegensätze zwischen West und Ost während des Kalten Krieges in der Weise, dass eine Einigung auf eine einheitliche Konvention mit bürgerlich-politischen *und* wirtschaftlich-sozialen Rechten nicht möglich war.

In den letzten 50 Jahren kam es neben den universellen Abkommen und Verträgen auch zu zahlreichen regionalen Menschenrechtskodifikationen, die sich allerdings in Herkunft (zum Beispiel internationale Organisationen oder Nichtregierungsorganisationen) und Bindungswirkung unterscheiden. Zu nennen sind hier etwa die African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights,⁷⁷⁵ die Asian Charter on Human Rights⁷⁷⁶ sowie die Bangkok Declaration⁷⁷⁷, is-

773 Die Mitglieder der Vollkommission waren: Ägypten, Australien, Belgien, Chile, China, Frankreich, Großbritannien, Indien, Iran, Jugoslawien, Libanon, Panama, Philippinen, Sowjetunion, Ukraine, Uruguay, USA und Weißrußland.

774 So waren in Ägypten bis 1957 britische Truppen stationiert, der Libanon erst 1941 aus Abhängigkeit als französisches Mandatsgebiet entlassen worden und der Iran wurde bis in die 1970er Jahre von den USA und Großbritannien politisch beeinflusst. Die Verfassung der UDHR fällt zudem in die Zeit vor der Islamisierungswelle auf der arabischen Halbinsel. Die UDHR wurde letztlich mit 48 Stimmen bei acht Enthaltungen von der Generalversammlung angenommen. Vgl. dazu *Sonnwald*, oben Fn. 769, 13 ff.; allgemein zur UDHR auch *Thomas Buergenthal*, Die Bedeutung der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte für den internationalen Menschenrechtsschutz, in: *Eckart Klein (Hrsg.)*, „Menschenrechte für alle“ – 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, 1999, 19 ff.

775 Die African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights (ACHPR) vom 27. Juni 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982); die ACHPR ist das Menschenrechtsdokument der Organization of African Unity (OAU), jetzt African Union (AU); die 53 Mitgliedstaaten der AU sind auch Vertragsstaaten der ACHPR; der AU gehören alle afrikanischen Staaten außer Marokko an und sie vertritt damit ca. 850 Millionen Menschen; Text des Dokuments unter <http://www.african-union.org>.

776 Die Asian Charter on Human Rights vom 30. März 1998 wurde unter der Federführung der Asian Human Rights Commission (AHR), einer Nichtregierungsorganisation, erarbeitet; Text unter <http://www.ahrchk.net>. Die Charta

lamische Kodifikationen, wie die Universal Islamic Declaration of Human Rights,⁷⁷⁸ die Arab Charter on Human Rights⁷⁷⁹, die Cairo Declaration on Human Rights in Islam⁷⁸⁰ und die Casablanca Declaration⁷⁸¹ sowie die American Convention on Human Rights⁷⁸² und die Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Europäische Menschenrechtskonvention).⁷⁸³

-
- ist mehr als politische Forderung der privaten und unabhängigen AHRC zu verstehen und wird daher im Folgenden nur eine untergeordnete Rolle spielen.
- 777 Die Bangkok Declaration wurde im Vorfeld der Wiener Menschenrechtskonferenz auf der Konferenz asiatischer Staaten vom 29.3. – 2.4.1993 verabschiedet und von 35 asiatischen Staaten unter Mitwirkung von Nichtregierungsorganisationen verabschiedet; Text der Erklärung abgedruckt als U.N. Doc. A/CONF.157/ASRM/8; A/CONF.157/PC/59.
- 778 Die Universal Islamic Declaration of Human Rights (UIDHR) vom 19. September 1981 wurde von der saudi-nahen Nichtregierungsorganisation Europäischer Islamrat (Islamic Council Europe) verabschiedet. Der Unterschied zur Asian Charter on Human Rights besteht darin, dass letztere als politische Forderung innerhalb des asiatischen Raumes an die jeweiligen Regierungen adressiert ist, während die UIDHR den Versuch einer Selbstbehauptung der Muslime in Europa darstellt.
- 779 Die Arab Charter on Human Rights vom 15. September 1994 (abgedruckt in: 18 *Hum. Rts. L.J.*, 151, 1997) ist das Menschenrechtsdokument der League of Arab States (LAS), deren 22 arabische Mitgliedstaaten das Dokument zwar angenommen, aber nicht ratifiziert haben; Text des Dokuments unter <http://www.arableagueonline.org>.
- 780 Die Cairo Declaration on Human Rights in Islam vom 5. August 1990, U.N. GAOR, World Conf. On Hum. Rts, 4th Sess., Agenda Item 5, U.N. Doc. A/CONF.157/PC/62/Add.18 (1993), wurde von 45 Außenministern der Organization of Islamic Conference (OIC) verkündet, der insgesamt 57 Staaten angehören; Text des Dokuments unter <http://www.oic-oci.org>.
- 781 Die Casablanca Declaration of the Arab Human Rights Movement wurde von der gleichnamigen Nichtregierungsorganisation am 25. April 1999 verabschiedet.
- 782 Die American Convention on Human Rights (ACHR) vom 22. November 1969, OAS Treaty Series No. 36, ist das Menschenrechtsdokument der Organization of American States (OAS) und wurde von 25 der insgesamt 34 Mitgliedstaaten ratifiziert; Vertragstext unter <http://www.cidh.oas.org>.
- 783 Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) wurde am 4. November 1950 unterzeichnet und von allen Mitgliedstaaten des Europarates ratifiziert; Vertragstext unter <http://www.coe.int>.

2.1.3.2 *Exkurs: Bedeutung der Strafe in Europa und Nordamerika*

Eng mit der Frage der Menschenrechte ist auch der Umgang mit Straftätern, Strafgefangenen und Strafverdächtigen verbunden, wie nicht zuletzt am Beispiel „Guantánamo“ deutlich wurde.

Trotz der gemeinsamen geistesgeschichtlichen Wurzeln haben sich die Strafsysteme im angloamerikanischen und im kontinentaleuropäischen Raum autonom entwickelt, so dass Unterschiede feststellbar sind.⁷⁸⁴ So ist ein im Vergleich zu vielen europäischen Staaten restriktiver Umgang mit Gefangenen in der amerikanischen Rechts-tradition verankert und üblich. Die Unterschiede lassen sich laut dem Rechtshistoriker *James Whitman* unter anderem mit der Verschiedenheit der Menschenwürdekonzptionen erklären: Während die Idee der Würde des Menschen in Europa von der Abschaffung der graduellen Unterschiede zwischen den Personen der aristokratisch-monarchischen Ordnung beeinflusst wurde, waren in den Vereinigten Staaten die gesellschaftlichen Voraussetzungen bekanntermaßen andere.⁷⁸⁵

Die Ungleichbehandlung und –bewertung von Personen höheren und niederen sozialen Status im europäischen *ancien régime* bezog sich nicht nur auf das tägliche Leben, sondern war auch im Strafsystem des 18. Jahrhunderts in Westeuropa existent.⁷⁸⁶ So waren für Angehörige unterer sozialer Schichten Körperstrafen wie Auspeitschungen oder Verstümmelungen und öffentliche Degradierungen vorgesehen, für Mitglieder des Adels und Funktions- und Würdenträger gab es dagegen das spezielle Regime der Festungshaft, der „bloßen“ Freiheitsentziehung.⁷⁸⁷ Und selbst Exekutionen wurden statusbezogen unterschiedlich ausgeführt: Während höhergestellte

784 Vgl. *Whitman*, oben Fn. 16, 17 ff.

785 Ebd.

786 Ebd.

787 Die Festungshaft wurde typischerweise in Klöstern und Festungen vollzogen und die Gefangenen behielten eine große Anzahl von Annehmlichkeiten, wie eigene Diener, Besuchsrechte und die Möglichkeit zu intellektuellen Aktivitäten; dazu *Whitman*, oben Fn. 16, 17 ff.

Menschen enthauptet wurden, war für Unterprivilegierte der Tod durch Hängen üblich.⁷⁸⁸

Mit der sozialen Egalisierung der Menschen in Europa, maßgeblich forciert durch die Französische Revolution, kam es zu einer sukzessiven Abschaffung der degradierenden und schmerzhaften Strafen für Angehörige unterer Schichten und einer Generalisierung der ehemals für den Adel vorgesehenen Bestrafungsformen, das ehemalige „*special regime*“ der Festungshaft wurde allgemeine Strafform.⁷⁸⁹

Die Geschichte der Strafmaßnahmen in den Vereinigten Staaten verlief dagegen anders. Anstatt Bestrafungsformen, wie sie in Kontinentaleuropa für Mitglieder des Adels vorgesehen waren, zu generalisieren, wurden sie im angloamerikanischen Raum abgeschafft, so dass *Whitman* für die Zeit nach 1750 von einer „*very different route*“ im Bereich des Pönalrechts ausgeht.⁷⁹⁰ Nach 1800 wurden amerikanische Strafanstalten gerade durch die Beibehaltung von Körperstrafen, sinnlose Zwangsarbeit und Degradierungsmaßnahmen bekannt, amerikanische Strafgefangene wurden als „*penal slaves*“ behandelt, und das Hängen blieb die übliche Form der Hinrichtung.⁷⁹¹ Die Auspeitschung als zulässige Strafe in Gefängnissen wurde in den USA formell nie abgeschafft, und bis in die 1970er Jahre war der technische Status der amerikanischen Strafgefangenen der von „*slaves to the state*“.⁷⁹²

788 Vgl. *Whitman*, a.a.O., 19 ff.

789 Vgl. weiterhin zur Bedeutung der Körperstrafe *Michel Foucault*, Überwachen und Strafen – Die Geburt des Gefängnisses, 1994, 63: „*Die peinliche Strafe ist auch als ein politisches Ritual zu verstehen. Sie gehört auf ihre Weise zu den Zeremonien, in denen sich die Macht manifestiert. Über den Schaden hinaus, den es möglicherweise anrichtet, auch über die Regel hinaus, die es verletzt, fügt das Vergehen im klassischen Recht demjenigen Unrecht zu, der das Gesetz zur Geltung bringt: ‚Selbst unter der Voraussetzung, daß keinem Individuum Unrecht geschehen ist, liegt immer dann, wenn etwas begangen worden ist, was das Gesetz verboten hat, ein Vergehen vor, das nach Wiedergutmachung verlangt, weil das Recht des Herrschers verletzt ist und seine Würde beleidigt ist.‘ Das Verbrechen greift über sein unmittelbares Opfer hinaus den Souverän an; es greift ihn persönlich an, da das Gesetz als Wille des Souveräns gilt; es greift ihn physisch an, da die Kraft des Gesetzes die Kraft des Fürsten ist.*“.

790 So *Whitman*, oben Fn. 16, 19 ff.

791 Ebd.

792 Ebd.

Die unterschiedlichen gesellschaftspolitischen Entwicklungen haben zu profunden Differenzen zwischen den Kontinenten geführt, die heute noch feststellbar sind. So wurde die Todesstrafe in den USA zu der Zeit wieder eingeführt und gesellschaftlich gefestigt, als sie in Europa endgültig abgeschafft wurde.⁷⁹³ Freiheitsstrafen sind in den Vereinigten Staaten heute wesentlich länger als in vielen europäischen Ländern, es gibt eine größere Bandbreite strafbarer Handlungen als etwa in Deutschland oder Frankreich, die Strafrahmen sind ungleich höher, und es gibt Strafen, welche auf die Erzeugung öffentlicher Degradierung und reziprok persönlicher Scham des Täters abzielen.⁷⁹⁴ Die Inhaftierungsrate in den USA ist eine der höchsten der Welt und ungefähr zehn Mal so hoch wie in Europa.⁷⁹⁵

Für bemerkenswert hält *Whitman* daher auch, dass statt der amerikanischen Figur des „outlaw“ in vielen Ländern Europas ein „*principle of approximation*“ vorherrschend sei, wonach sich Leben in Strafanstalten dem der Außenwelt so weit wie möglich angleichen sollte, zum Beispiel durch die Möglichkeit normaler Arbeit oder Ausbildung.⁷⁹⁶ Ziel einer für amerikanische Verhältnisse unüblichen Praxis, etwa der formellen Anrede der Insassen oder der generellen Abwesenheit von Degradierungsstrafen, sei es in Europa, Straftäter und Strafgefangene wie gewöhnliche Mitglieder der Gesellschaft zu behandeln.⁷⁹⁷

793 S. dazu *Donald Critchlow/Gary Nash (Ed.)*, *Encyclopedia of American History*, Vol. X – Contemporary United States 1969 to the Present, 2003, 55 f.; auch *Whitman*, a.a.O.; vgl. in dem Zusammenhang auch *William Bradford Reynolds*, *The Death Penalty Is Not Cruel and Unusual Punishment*, in: *Eugene Hickok (Ed.)*, *The Bill of Rights – Original Meaning and Current Understanding*, 1991, 323 ff.

794 Vgl. *James Whitman*, *Harsh Justice – Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, 2003, 19 ff.

795 So kommen auf 100.000 erwachsene Personen in den USA über 500 Gefängnisinsassen, während es zum Beispiel in Deutschland nur ca. 80 sind; vgl. dazu *Süddeutsche Zeitung*, 14.8.1998, S. 15.

796 Vgl. *Whitman*, oben Fn. 16, 19 ff. und 84 ff.; *Whitman* findet bemerkenswert, dass etwa deutsche Strafgefangene eine gewisse Privatsphäre genießen, das heißt, dass sie in der Regel eine Einzelzelle bewohnen, die sie mit persönlichen Gegenständen ausstatten können, dass selbst im Hochsicherheitstrakt die Türen keine permanenten Sichtfenster haben und dass die Wärter vor dem Eintritt anklopfen. Dies sei für amerikanischen Verhältnisse ebenso unvorstellbar, wie die Tatsache, dass in deutschen Hochsicherheitsgefängnissen die Zellentüren tagsüber unverschlossen sind.

797 Ebd. und *Whitman*, oben Fn. 794, 84 ff.

Aus der historischen Darstellung lässt sich im Zusammenhang mit den bisherigen Ergebnissen der Arbeit folgende These 6 formulieren:

These 6:

Die geschichtliche Entwicklung der Menschenrechtsidee aus europäisch-amerikanischem Blickwinkel zeigt, dass kodifizierte Rechte stets aus der Begründung von Moralität im jeweiligen historischen Kontext entstanden sind. Dabei sind Vorstellungen natürlicher Rechte und einer Würde des Menschen als maßgebliche Ideen zur Begründung der Menschenrechte Ausdruck eines jeweils sukzessiv entstandenen, gewachsenen Menschenbildes, dessen Ausprägungen daher nicht zwangsläufig kohärent sein müssen.

2.1.3.3 *Menschenrechte, Menschenwürde und Naturrecht – westliche Ideen?*

In den historischen Darstellungen werden wichtige Stufen in der Entwicklung der Menschenrechte und ihre Begründung heute vor allem in der europäischen und nordamerikanischen Geschichte und ihren Denkern gesehen, etwa dem rezipierten römisch-griechischen Stoizismus, mittelalterlicher Theologie und Herrschaftsbegrenzungsverträgen, der europäischen Aufklärung und den nordamerikanischen Kodifizierungen.⁷⁹⁸

Entscheidend ist aber, ob sich eine mit der Idee der Menschenrechte und Menschenwürde kommensurable Ethik nicht auch in anderen Kulturkreisen selbständig entwickelt hat, auch wenn die

798 S. dazu etwa *Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.)*, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 8, 1992, 242 f.; *Mayer*, oben Fn. 771, 43; zur Bedeutung der europäischen Aufklärung s. *Thomas Göller*, Die Philosophie der Menschenrechte in der europäischen Aufklärung – Locke, Rousseau, Kant, in: *Thomas Göller (Hrsg.)*, Philosophie der Menschenrechte – Methodologie, Geschichte, Kultureller Kontext, 1999; *Haratsch*, oben Fn. 673, 19 ff.

Herausgehobenheit der westlichen Denktradition in der Explizität und inhaltlichen Ausformung der Gedanken, etwa innerhalb der christlichen Theologie, und in ihrer subjektivistischen Akzentuierung liegen mag. Dann müssen die verschiedenen Konzepte gegenübergestellt und ihre Parallelen und Unterschiede untersucht werden. Es muss gefragt werden, warum die Menschenrechtsidee überwiegend mit der europäisch-amerikanischen Geschichte in Verbindung gebracht wird.

Ähnliche moralische Vorstellungen in anderen Kulturen können insbesondere dann ausgemacht werden, wenn man die Vorstellung subjektiver Rechte, die auch in westlicher Menschenrechtstradition nicht immer vorhanden war, bei einem Kulturvergleich zunächst außen vor lässt.⁷⁹⁹ In der konfuzianischen Ethik etwa findet sich im Programm der „*menschlichen Politik*“ (*reng zheng*) eine moralische Anthropologie, die auf dem Gedanken der Achtung des Menschen als moralisches Wesen begründet ist. Der Konfuzianer *Mengzi* (372 – 281 v. Chr.) spricht dem Menschen eine angeborene moralische Natur (*xing*) zu, die ihn zu rechtem Handeln befähigt, wenn er sie ungehindert entfalten kann und die über den politischen Würden stehen soll.⁸⁰⁰

Das vorkoloniale afrikanische Menschenbild ist kommunalistisch geprägt und sieht den Einzelnen in der Gruppe verankert. Nach der Darstellung *Uwe Tonndorfs* ist eine humanistische Tradition in Afrika gegeben, die Garantien innerhalb des Gemeinschaftssystems auf der Basis einer Ethik von Wohlfahrt und Harmonie gewährt und das kulturelle Geschehen umfassend prägt, wenn auch eine schriftliche und systematische Ausarbeitung fehlt.⁸⁰¹

799 Dazu *Heiner Roetz*, Menschenpflicht und Menschenrecht, Überlegungen zum europäischen Naturrecht und der konfuzianischen Ethik, in: *Konrad Wegmann/Wolfgang Ommerborn/Heiner Roetz (Hrsg.)*, Menschenrechte: Rechte und Pflichten in Ost und West, 2001, 6 ff.

800 Vgl. dazu *Roetz* a.a.O., 14; umfassend auch *Fung Yu-Lan*, A History of Chinese Philosophy, Vol. I – The Period of the Philosophers, 1952, 106 ff.; ein Überblick zur asiatischen Philosophie auch in *Oliver Leaman (Ed.)*, Encyclopedia of Asian Philosophy, 2001.

801 *Uwe Tonndorf*, Menschenrechte in Afrika: Konzeption, Verletzung und Rechtsschutz im Rahmen der OAU, 1997, 122; dazu auch *Jack Donnelly*, Human Rights in Theory and Practice, 2002, 53 ff.

Die islamische Rechtstradition sieht die natürliche Gleichheit und Einheit der Menschen auf einer theologischen Basis. Der Mensch als Teil der Schöpfung hat danach natürliche Eigenschaften, von denen eine den Glauben an Gott darstellt. Die *religio naturalis* (*din al-fitrah*) kommt jedem Menschen mit seiner Geburt unabhängig von religiösem oder kulturellem Kontext zu; sie definiert seine Menschlichkeit und verleiht ihm eine überzeitliche Würde.⁸⁰²

Werte wie Würde und die Vorstellung (wie auch immer gearteter) Rechte sind daher auch in anderen und nicht nur im westlichen Kulturkreis feststellbar. Der beispielhafte Überblick verdeutlicht, dass jede Gemeinschaft oder Gesellschaft zwangsläufig eine menschenbezogene Ethik aufweist, weil die Beziehung des Einzelnen zur Gemeinschaft und/oder zur Obrigkeit - eben ihre Gemeinschaftsbezogenheit - immer Gegenstand grundsätzlicher Überlegungen in den kulturellen Systemen ist und war. Festgehalten werden kann auch, dass sich Vorstellungen von Gleichheit und Würde der Menschen als ideengeschichtliche Basis der Menschenrechte nicht nur in der griechisch-römischen Antike entwickelt haben.

Übereinstimmung der kulturellen Vorstellungen von Würde und (natürlichen) Rechten?

Fraglich ist allein, ob die verschiedenen Vorstellungen Parallelen aufweisen oder sich gar überschneiden und ob die modernen universalen Kodifikationen eine mögliche Schnittmenge der verschiedenen Kulturkreise widerspiegeln können.

Wie die historische Darstellung der Menschenrechte gezeigt hat, werden die geistesgeschichtlichen Wurzeln der modernen Menschenrechte verkürzt vor allem im römisch-griechischen Stoizismus und der europäischen Aufklärung erkannt.⁸⁰³ Die universalen Kodifikationen beziehen sich auf Naturrecht und Menschenwürde,⁸⁰⁴ das heißt zwei in dieser Form wesentlich europäisch geprägte Begriffe. Inwiefern in die globalen Menschenrechtskataloge, die am vorläufigen Ende der europäisch-amerikanischen Entwicklung der Men-

802 A. Ezzati, *Islam and Natural Law*, 2002, 62 f.

803 S. etwa Ritter/*Gründer* (Hrsg.), oben Fn. 798, 242 f.; Mayer, oben Fn. 771, 43; Haratsch, oben Fn. 673, 19 ff.

804 Vgl. dazu unten Punkt 2.1.3.4.

schenrechtsidee gesehen werden, außerwestliche Vorstellungen impliziert sind, ob die oben beschriebene Herkunft der Menschenrechte in den anderen Kulturen akzeptiert wird und welche Folgen eine Berücksichtigung und Implementierung verschiedener Vorstellungen für das Verständnis der universellen Verträge hat, muss in einem nächsten Schritt geklärt werden. So wird nach der Darstellung des konventionellen Blickes auf den historischen Kontext die Beschreibung des *status quo* zentral sein, der aufzeigen soll, wie Menschenrechte in den verschiedenen Ländern und Kulturen der Erde heute verstanden werden.

Dabei wird die Einbeziehung naturrechtlicher Vorstellungen eine besondere Rolle spielen, weil die Darstellung der historischen Entwicklung der Menschenrechte ebenfalls gezeigt hat, dass vor allem theologisches oder säkulares Naturrecht zur Idee von überpositiven und überzeitlichen Rechten des Menschen beigetragen hat. Und es sind auch naturrechtliche Ansichten, die in den universellen Menschenrechtskodifikationen für Ansätze einer philosophischen Begründung herangezogen werden,⁸⁰⁵ wobei der Begriff „natürlich“ im Kontext des Naturrechts die Eigenschaften des Festgelegtseins, der Unveräußerlichkeit oder Unentrinnbarkeit von Eigenschaften und der Höherwertigkeit vor positivem Recht beschreibt. Die damit verbundenen Standards werden mit den höchsten Anforderungen an die Vernunft verbunden und gelten als objektiv in dem Sinne, dass ihre Nichteinhaltung oder Verletzung einen Fehler darstellen würde; ihre Einhaltung tendiert zum Wohl der Menschen, der Entfaltung ihres Potentials und dem der Gemeinschaften.⁸⁰⁶ Die klassische Deutung des Naturrechts ist die, dass es bestimmte Prinzipien für das menschliche Verhalten gibt, die es gilt, mit der Vernunft des Menschen zu entdecken und denen das von den Menschen erschaffene positive Recht folgen muss, um Gültigkeit zu erlangen. Das Naturrecht ist an einem ethischen Objektivismus orientiert, der im Gegensatz zum ethischen Subjektivismus an der Idee von absoluten Werten festhält.

805 Dazu unten Punkt 2.1.3.4.

806 Dazu *Ezzati*, oben Fn. 802, 13 f.

Die in der Neuzeit kommunizierte Ansicht, mittlerweile sei deutlich, dass allen Gesellschaften der Erde ein gleicher Grundbestand an absoluten Prinzipien zugrunde liege,⁸⁰⁷ führte zur Annahme global anerkannter Menschenrechte.⁸⁰⁸ Für die Überprüfung dieser Vorstellung wird entscheidend sein, welche Naturrechtsvorstellungen zur Begründung von Menschenrechten in den verschiedenen Kulturen vorhanden sind. Möglicherweise ist Naturrecht kein kohärentes philosophisches und rechtliches System,⁸⁰⁹ sondern es gibt verschiedene rechtliche und philosophische Konzeptionen, die unterschiedliche naturrechtliche Begründungen nutzen beziehungsweise ein Naturrecht mit unterschiedlichen Prämissen und Schlussfolgerungen begründen.

Bei Beispielen wie Guantánamo, bei dem selbst in Bezug auf das innerwestliche Verständnis historisch gewachsene, intransigente Unterschiede deutlich wurden, müssten dann die Differenzen in der Menschenrechtsauslegung zunächst mit einem unterschiedlichem Menschenbild erklärt werden. Erst in einem zweiten Schritt könnte versucht werden, die jeweilige Begründung der Menschenrechte in den Kulturen zu überprüfen und darzulegen, ob es überlegene Konzepte respektive unzureichende Argumentationen gibt.

Aus dem Gesagten ergibt sich folgende These 7 der Arbeit:

These 7:

Jede Gemeinschaft und Kultur hat zwangsläufig normative Vorstellungen von einem zwischenmenschlichen Umgang und daraus abgeleitet eine Ethik und ausformulierte Rechte. Obwohl Moralität inhaltlich unterschiedlich ausgefüllt wird, wird sie nicht nur in westlichen Kulturen mit der Würde des Menschen begründet.

807 Vgl. etwa *Ipsen*, oben Fn. 96, 812 ff., mit der daraus folgenden These des „völkerrechtlichen Menschenrechts-Mindeststandards“; ähnlich *Christian Tomuschat*, *Human Rights – Between Idealism and Realism*, 2003, 81 ff.

808 Ebd.

809 Ebd.

2.1.3.4 Begründungsansätze in internationalen Menschenrechtsabkommen

Auch die universellen Menschenrechtsabkommen selbst bleiben, wie bereits angedeutet, nicht auf der Stufe einer positivistischen Begründung der durch sie verfassten Menschenrechte stehen, sondern verweisen auf Ansätze philosophischer Herleitung.

Hinsichtlich des fast als Kreisquadratur erscheinenden Problems einer philosophischen Zugrundelegung der universell verfassten Menschenrechte ist dabei auf das Spannungsverhältnis mit der statuierten Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit - im rein subjektiv-rechtlichen Sinne, wie auch auf der Ebene der staatlichen Souveränität in der Anerkennung der verschiedenen Weltreligionen und des Säkularismus beziehungsweise des Atheismus - hinzuweisen.⁸¹⁰ So können säkulare und theologische Systeme der Begründung von Menschenrechten als oktroyierbare Dogmenphilosophie mit einer Neutralitätsforderung in Konflikt geraten, wenn sie nicht zwischen der Pluralität und den Formen religiös und säkular begründeter Rechte oder Würde vermitteln.

In den internationalen Menschenrechtsabkommen und –erklärungen wurde diese Schwierigkeit mit einer gewissen Vakanz und Vagheit der Formulierung zu lösen versucht, die dennoch nicht bloß als Unverbindlichkeit verstanden werden kann, sondern die auf ein Systemverständnis hindeutet. In der Präambel der Universal Declaration of Human Rights (UDHR) von 1948 heißt es:

„Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world, [...].“⁸¹¹

810 Vgl. etwa Artikel 18 der Universal Declaration of Human Rights (UDHR) und Artikel 18 IPbPR; dazu auch Rolf Gröschner/Claus Dierksmeier/Michael Henkel/ Alexander Wiehart, Rechts- und Staatsphilosophie – Ein dogmenphilosophischer Dialog, 2000, 125 f.

811 Hervorhebungen (auch im folgenden Zitat) durch Verfasser.

Und eine gewisse philosophische Programmatik wird - sogar in den Status einer Norm gehoben - in Artikel 1 angedeutet:

„Article 1. All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.“

Eine ähnliche Formulierung ist auch den gleichlautenden Präambeln des IPbpR, des IPwskR und der CAT zugrunde gelegt:

„Considering that, in accordance with the principles proclaimed in the Charter of the United Nations, recognition of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world,

Recognizing that those rights derive from the inherent dignity of the human person,“⁸¹²

Selbst die Charta der Vereinten Nationen, die keine materiellen menschenrechtlichen Bestimmungen enthält, wird durch die in den zitierten Abkommen angedeuteten Prinzipien fundiert:

„[T]o reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women [...].“⁸¹³

812 Hervorhebungen durch Verfasser; Entsprechende Formulierungen finden sich auch in der Präambel der International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination vom 7.3.1966, UNTS, Vol. 660, 195 (170 Vertragsstaaten): *„Considering that the Charter of the United Nations is based on the principles of the dignity and equality inherent in all human beings, [...] Considering that the Universal Declaration of Human Rights proclaims that all human beings are born free and equal in dignity and rights [...].“*; vgl. auch die Präambel der Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women vom 18.12.1979, UNTS, Vol. 1249, 13 (182 Vertragsstaaten): *„Noting that the Charter of the United Nations reaffirms faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person and in equal rights of men and women, Noting that the Universal Declaration of Human Rights affirms the principle of the inadmissibility of discrimination and proclaims that all human beings are born free and equal in dignity and rights [...].“*

813 Vgl. Präambel der Charta der Vereinten Nationen (Hervorhebungen durch Verfasser).

Die aufgeführten Kompromissformeln haben eine weite Verbreitung gefunden, der verwendete Duktus findet sich in den meisten internationalen Abkommen wieder. Die Formel lässt sich auf wenige Bestandteile reduzieren: die Anerkennung der Menschenwürde und die Unveräußerlichkeit angeborener Rechte. Dieses Bekenntnis zeigt bereits sehr deutlich seine philosophische Inspiration durch das Naturrecht.⁸¹⁴ Das Angeborenssein bestimmter Rechte, ihre Verknüpfung mit dem Menschsein und ihre Unveräußerlichkeit („*Anerkennung der angeborenen Würde und der gleichen und unveräußerlichen Rechte aller Mitglieder der Gemeinschaft der Menschen*“)⁸¹⁵ sowie die Anerkennung einer dem Menschen innewohnenden Würde und das Festgelegtsein sowie die Höherwertigkeit der Menschenrechte vor dem positiven Recht („*da es notwendig ist, die Menschenrechte durch die Herrschaft des Rechtes zu schützen*“)⁸¹⁶ sind die Systemkomponenten naturrechtlicher Vorstellungen.

Gleichzeitig lassen die Formulierungen eine weitere Ausdeutung darüber bewusst offen, aus welcher Richtung - theologisch oder säkular - eine Annäherung an das Naturrecht stattfindet. Eine Festlegung, etwa zugunsten eines von lateinamerikanischen Staaten bevorzugten Gottesbezuges, konnte mit der gewählten Formulierung vermieden werden.⁸¹⁷

Die Formulierung wird daher heute allgemein als Ausdruck eines „*overlapping consensus*“ beschrieben, der den kleinsten gemeinsamen Nenner durch Unterordnung weitergehender Divergenzen unter ein pragmatisches Ziel darstellt; zum Teil wird in dem Nichtgesagten

814 S. dazu bereits oben Fn. 768 ff.; vgl. auch *Ashild Samnøy*, Human Rights as International Consensus – The Making of the Universal Declaration of Human Rights 1946-1948, 1993, 98 ff.

815 So die deutsche Übersetzung der Präambel der UDHR.

816 Ebd.

817 Vgl. *Samnøy*, a.a.O., auch mit dem Hinweis, dass ein Entwurf die Formulierung „*endowed by nature with reason and conscience*“ enthielt, was von einigen Staaten sogar als Leugnung Gottes interpretiert wurde und daher in die jetzige Form abgeändert werden musste; dazu auch *Heiner Bielefeldt*, Ein „von allen Völkern und Nationen zu erreichendes Ideal“. Der Streit um die Universalität der Menschenrechte, in: *Amnesty International (Hrsg.)*, Menschenrechte im Umbruch: 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, 1998, 42 ff.

aber auch ein „*agree to disagree*“ gesehen.⁸¹⁸ Als Ausgangspunkt für eine universelle Begründung von Menschenrechten erscheint eine gemeinsame naturrechtliche Begründung jedenfalls zunächst sinnvoll, weil religiös oder philosophisch begründete Rechte und eine Würde in jedem Fall von Natur aus vorhanden wären. Der formulierte Begründungsansatz könnte daher auch die Anerkennung von Unterschiedlichkeit respektive die Akzeptanz einer nicht möglichen und auch nicht nötigen punktuellen Gleichheit im Detail oder in der zeitlichen Fortentwicklung bedeuten.

Entscheidend für den folgenden Kulturvergleich ist damit, ob der verschriftlichte Begründungskonsens zwischen den Staaten und Kulturen der Welt besteht und ob gegebenenfalls die jeweiligen (naturrechtlichen) Begründungen die Identität und Kohärenz der kodifizierten Menschenrechte nach sich ziehen.

Damit soll auch die Auseinandersetzung mit Problemen vorbereitet werden, welche mit den mit „Guantánamo“ verbundenen Fragestellungen des modernen internationalen Terrorismus koinzidieren, etwa ob bestimmte kulturelle Gegensätze zwischen Orient und Okzident sich zwangsläufig als Konfrontation äußern und sich in terroristischer oder militärischer Gewalt entladen müssen.

818 S. Samnoy, a.a.O.; zum Begriff des „*overlapping consensus*“ vgl. John Rawls, *Political Liberalism*, 1996, 133 ff., der diese Idee als Grundlage sozialer Einheit und Stabilität in einer pluralistischen Gesellschaft sieht, was einen politischen Liberalismus als Basis der Menschenrechtsabkommen nahe legt: „*The second stage of the exposition [...] considers how the well-ordered democratic society of justice as fairness may establish and preserve unity and stability given the reasonable pluralism characteristic of it. In such a society, a reasonable comprehensive doctrine cannot secure the basis of social unity, nor can it provide the content of public reason on fundamental political questions. Thus, to see how a well-ordered society can be unified and stable, we introduce another basic idea of political liberalism to go with the idea of a political conception of justice, namely, the idea of an overlapping consensus of reasonable comprehensive doctrines. In such a consensus, the reasonable doctrines endorse the political conception, each from its own point of view. Social unity is based on a consensus on the political conception; and stability is possible when the doctrines making up the consensus are affirmed by society’s politically active citizens and the requirements of justice are not too much in conflict with citizens’ essential interests as formed and encouraged by their social arrangements.*“.

Folgende These 8 lässt sich aus dem zur Begründung der Menschenrechte in internationalen Abkommen Gesagten hervorbringen:

These 8:

Für die Feststellung eines Konsenses über Menschenrechte, der ohne Verweis auf positives Recht und den damit verbundenen systematischen Schwächen auskommt, ist entscheidend, ob die in den internationalen Abkommen aufgeführte Begründung mit natürlichen Rechten und einer Würde des Menschen in den Kulturen identisch verstanden wird und eine gemeinsame Vorstellung der Menschenrechte in den Gesellschaften verwurzelt ist.

2.1.4. Die Idee der Menschenrechte im Kulturvergleich – Menschenbild und Begründung der Rechte des Menschen im kulturellen und zivilisatorischen Kontext

Sind die in den internationalen Menschenrechtsabkommen anklingenden Vorstellungen von Menschenwürde und unveräußerlichen Rechten als Begründung der Menschenrechte in den Moralvorstellungen der verschiedenen Länder und Kulturen der Erde verifizierbar und kann eine solche Moralität eine Kohärenz der Menschenrechte leisten?

Mit dieser Frage unvermeidlich verbunden ist letztlich die Untersuchung, wie Menschenrechte im jeweiligen Kontext verstanden werden und welches kulturell geprägte Bild vom Menschen besteht. Dabei wird auch entscheidend sein, wie sich mögliche Differenzen

in der Auslegung der Menschenrechte manifestieren und ob sie einer Konturierung entgegenstehen.

Der Schwerpunkt des Kulturvergleichs - der historische Bezüge zum Verständnis aktueller Denkstrukturen beinhaltet - wird auf der Darstellung subsahara-afrikanischer sowie konfuzianischer Ethik, islamischer Moral und sogenannter westlicher Vorstellungen liegen, unter Berücksichtigung einflussreicher politischer Ideologien, wie zum Beispiel des Marxismus-Leninismus oder weiterer religiöser Einflüsse, wie zum Beispiel des Buddhismus. Diese grobe Einteilung, die keinen Anspruch darauf erhebt, abschließend und umfassend zu sein, rechtfertigt sich zum einen dadurch, dass - in ihrer Genese und Bindungswirkung unterschiedliche - Menschenrechtskodifikationen den jeweiligen Kulturraum verbinden: Dies sind die bereits oben erwähnte African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights, die Asian Charter on Human Rights sowie die Bangkok Declaration, islamische Kodifikationen, wie die Universal Islamic Declaration of Human Rights, die Arab Charter on Human Rights, die Cairo Declaration on Human Rights in Islam und die Casablanca Declaration sowie Dokumente der westlichen Hemisphäre, wie die American Convention on Human Rights und die Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Europäische Menschenrechtskonvention).⁸¹⁹ Zum anderen scheint - trotz der zu berücksichtigenden horizontalen Permeabilität der Kulturen wie auch des Austausches im Zuge des Kolonialismus -⁸²⁰ ein afrikanisches Selbstverständnis und Menschenbild ebenso konturierbar wie ein spezifisches Bild vom Menschen im Islam nachzuweisen ist, der mit 1,2 Milliarden Gläubigen nicht nur zweitgrößte Religion der Erde ist, sondern auch eine allesdurchdringende geistige, sittlich-religiöse und kulturelle Kraft in den von Muslimen bewohnten Gebieten darstellt.⁸²¹ Ähnlich hat der Konfuzianismus in vielen asiatischen Ländern der Erde, etwa in China, Japan, Korea, Singapur und Vietnam Verbreitung gefunden und die Stellung des Einzelnen in der Gesellschaft mitbestimmt. Gegenübergestellt werden diese An-

819 Vgl. zu den Kodifikationen bereits oben die Fn. 775 ff.

820 Vgl. dazu *Sebastian Conrad/Shalini Randeria*, Geteilte Geschichten – Europa in einer postkolonialen Welt, in: *Sebastian Conrad/Shalini Randeria (Hrsg.)*, Jenseits des Eurozentrismus – Postkoloniale Perspektiven in den Geschichts- und Kulturwissenschaften, 2002, 9 ff.

821 S. *Kühnhardt*, oben Fn. 768, 139.

schauungen einem Menschenbild, das im Folgenden als westliches und vor allem als ein christlich-europäisch geprägtes verstanden wird und welches vom europäischen Kontinent ausgehend auch von entscheidendem Einfluss auf Amerika war und in seinen Umrissen in der Darstellung der geschichtlichen Entwicklung der Menschenrechtsidee deutlich geworden ist.⁸²²

Neben der Betrachtung der unterschiedlichen Menschenrechtskodifikationen wird im Vergleich auch und *gerade* das Selbstbild der Kulturen und das daraus entstandene Menschenbild maßgeblich sein, auch wenn dieses eine Idealisierung der Geschichte und Verdrängung negativer Elemente implizieren sollte, weil auch die auf diese Weise *ge-bildete* Stellung des Menschen und Begründung seiner Rechte die Rechts- und Lebenswirklichkeit in den Gesellschaften ausmacht. Einzugestehen ist allerdings auch, dass ein Kulturvergleich auf globaler Ebene notwendigerweise eine Grobzeichnung darstellt, was angesichts von Widersprüchen zwischen Traditionen und Modernisierung, etwa in der Suche nach eigenständigen Identitäten, und vor dem Hintergrund eines pluralen philosophischen und religiösen Angebots in einer Zeit der Globalisierung, die bereits zur Auflösung starrer Grenzen - möglicherweise in ihrer Abwehr aber auch zu einer Rekonzeptionalisierung und Rückbesinnung auf traditionelle Werte - geführt hat, verständlich ist. Daher wird eine zumindest exemplarische komparative Evaluierung der Normenwirklichkeit hinzutreten müssen.

Der Vergleich berücksichtigt auch die von dem Völkerrechtler *Christian Tomuschat* aufgestellten Kriterien für eine solche Untersuchung.⁸²³ Danach ist die Aussagekraft internationaler Abkommen begrenzt, weil sich auf der diplomatischen Ebene Vertreter nationaler Eliten begegnen, die nicht zwangsläufig die politischen Werte und Traditionen ihrer Heimatländer repräsentieren. Auch reflektieren nationale Verfassungstexte nicht immer die innere kulturelle Tradi-

822 Auch wenn in Nordamerika die Entfaltung der in ihrem Heimatland unterdrückten englischen Puritanern den amerikanischen Menschenrechten eine besondere Rolle gegeben haben mag; kritisch dazu *Hashagen*, oben Fn. 674, 129 ff.

823 Vgl. *Christian Tomuschat*, Is universality of human rights standards an outdated and utopian concept?, in: *Roland Bieber/Albert Bleckmann/Francesco Capotorti (Hrsg.)*, Das Europa der zweiten Generation – Gedächtnisschrift für Christoph Sasse, 1981, 587 ff.; dazu *Kühnhardt*, oben Fn. 768, 113 f.

tion und Identität eines Landes. Gerade in der Dritten Welt beruhen viele Verfassungen auf kolonialen Traditionen. Auch die Untersuchung nationaler Menschenrechtspraxis ist für sich genommen nicht ausreichend, weil diese starken Veränderungen unterworfen sein kann und eine historische Fokussierung kein Gesamtbild liefert, wie der Verweis auf die nationalsozialistische Herrschaft in Deutschland deutlich macht. Entscheidend ist es daher zu versuchen, die Parameter des inneren Wertesystems einer Kultur und die Wurzeln politischer Denktraditionen herauszuarbeiten, die das jeweilige Bild vom Menschen mitbestimmen.⁸²⁴

2.1.4.1 *Afrikanisches Menschenbild: Rekurs auf vorkoloniale Gesellschaftsformen zur Begründung neuer Menschenrechtsdimensionen*

Die Geschichte vorkolonialer afrikanischer Gesellschaften ist bislang nur unzureichend untersucht worden, was auch durch die überwiegende Tradition oraler Kommunikation historischer Ereignisse bedingt ist.⁸²⁵ Traditionelle afrikanische Rechtssysteme blieben mit der Ausnahme der Gesellschaften, die durch Eroberungen islamischem Recht unterworfen waren, weitgehend unverschriftlicht und sind durch eine Pluralität an Gesellschafts- und Herrschaftsformen geprägt - von akephalen Dorfgemeinschaften bis zu größeren, zentralisierten Reichen. Die Autorität der größeren Systeme war zumeist aber begrenzt, und im Mittelpunkt der Sozialstruktur standen kleine Einheiten, wie die Familie, der Clan und die substistenzwirtschaftliche Dorfgemeinschaft, die in ihren Eigenschaften Parallelen aufweisen. Dominierend war in religiöser Hinsicht im vorkolonialen Afrika ein Animismus (Glaube an die Beseeltheit der Natur und Naturkräfte und Unsterblichkeit der Seele), der die kausal-ontologische Interde-

824 Vgl. *Tomuschat*, oben Fn. 823, 587 ff.; vgl. in diesem Zusammenhang zur Verbindung der Disziplinen der Psychoanalyse, der Ethnologie und der Sozialforschung *Mario Erdheim*, *Psychoanalyse und Unbewußtheit in der Kultur – Aufsätze 1980-1987*, 1988.

825 Vgl. *Tonndorf*, oben Fn. 801, 119 ff.; auch *Kühnhardt*, oben Fn. 768, 212.

pendenz der Beziehungen im Kosmos implizierte und keine Trennung von Politik und Religion kannte, weil sich sichtbare und unsichtbare Welt in Permanenz bedingten.⁸²⁶ Als primäres Ziel der damaligen Gemeinschaft, das von einem Gefühl der Unsicherheit außerhalb der vertrauten Gruppe getragen wurde, war das Überleben in einer als feindlich erlebten Umwelt (Auseinandersetzungen mit anderen Stämmen, Überfälle, Sklaverei etc.) definiert, was zu gesellschaftlichen Grundnormen führte: Gruppendenken, Konsens und Gemeineigentum. Konflikte zwischen den als integrativer Bestandteil der Gruppe und Umwelt verstandenen Einzelnen wurden durch Auflösung des gestörten Verhältnisses, Weiterentwicklung sozialer Normen und Identitätsstiftung zu befrieden versucht. Die Durchsetzung abstrakter Normen galt in dem durch Gemeinschaftsloyalität und Selbstlosigkeit geprägten System als sekundär. Die Hierarchie dieser auf Ausgleich und Gemeinschaftlichkeit gerichteten Entitäten war aber dennoch in einem kastenähnlichen System der Diversität und Subordination aufgebaut.⁸²⁷

Rekurs auf vorkoloniale Werte im afrikanischen Menschenbild

Die afrikanische Menschenrechtskonzeption, vergegenständlicht etwa in der African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights (ACHPR), wird in Tradierung vorkolonialer Strukturen und Wurzeln heute allgemein als kommunalistisch beschrieben. Die Attribute dieses Konzepts werden mit Gemeinschaftlichkeit, Harmonie, Wohlfahrt, Kollektivität, Reziprozität und der Orientierung an Gemeinwohlinteressen charakterisiert. Dabei wird aber zum Teil auch argumentiert, den vorkolonialen Gesellschaften habe das Bewusstsein von individuellen und gegen die Gemeinschaft gerichteten Rechten gefehlt; ein individualistisches Menschenbild sei in Afrika wegen der Untrennbarkeit des Einzelnen von der Gruppe nicht anwendbar. Die Sozialstruktur bedinge ein vorrangiges Verständnis von Leistungs- statt Abwehrrechten, nach dem etwa die soziale Fürsorge eine Pflicht des Einzelnen und/oder der Gemeinschaft und nicht nur

826 Bénézet Bujo, zit. nach Tonndorf, a.a.O.

827 S. Tonndorf, oben Fn. 801, 119 ff.

Gefälligkeitsgestus sei und gerade die Zugehörigkeit zur Gemeinschaft die Identität ausmache und den Menschen davor bewahre, zum „ungebundenen Ich“ zu werden.⁸²⁸

Die Darstellungen der Herrschaftsbeziehungen in der vorkolonialen afrikanischen Gesellschaft sind ambivalent: Einerseits sei das Verhältnis zwischen Herrscher und Beherrschten durch gegenseitige Pflichten gekennzeichnet, wie die Verantwortlichkeit des nicht-autokratischen Oberhauptes, dessen Herrschaftsbegrenzung und –kontrolle und die Teilnahme des Einzelnen an der Willensbildung zum Beispiel durch Absetzung des Herrschers bei Machtmiss-

828 So *Youngindra Khushalani*, Human Rights in Asia and Africa, *HRLJ*, 1983, 403 ff.; *Jossiah Cobbah*, African Values and the Human Rights Debate: An African Perspective, *HRQ*, 1987, 309 ff.; dazu *Tonndorf*, a.a.O., 125 ff. mwN; zur Bedeutung der Familie in der Sozialstruktur s. *Lakshman Marasinghe*, Traditional Conceptions of Human Rightst in Africa, in: *Claude Welch/Ronald Meltzer (Ed.)*, Human Rights and Development in Africa, 1984, 34 ff.; zur Bedeutung des Einzelnen in der vorkolonialen afrikanischen Gesellschaft vgl. auch *Bénézet Bujo*, Wider den Universalanspruch westlicher Moral – Grundlagen afrikanischer Ethik, 2000, 123: „*Hier ist eine subjektorientierte Denkform leitend. Sie sucht jenes normative Selbstbewußtsein zu ergründen, dessen privilegierter hermeneutischer Ort der transzendenzverwiesene Selbstvollzug ist.*’ *Selbst diese viel dynamischere Definition der Person unterscheidet sich doch beträchtlich vom Personenverständnis im afrikanischen Kontext, denn auch sie geht von der Seinsphilosophie aus. Es muß nämlich daran erinnert werden, daß die afrikanische Ethik die Person weder als Selbstvollzug noch als Seinsakt definiert, sondern sie umschreibt sie als Werdeprozeß im Zuge der gegenseitigen Verwiesenheit von Individuum und Gemeinschaft, wobei letztere nicht nur die Verstorbenen, sondern durchaus auch Gott mit einschließt. Dies bedeutet letzten Endes, daß erst eine aktive Teilnahme am Gemeinschaftsleben das Individuum zur Person macht. Daraus folgt, daß nicht die Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft schon die Identität ausmacht, sondern erst das gemeinsame Handeln macht den Menschen zum Menschen und bewahrt ihn davor, zum ‚ungebundenen Ich‘ zu werden.*“; s. auch die Ausführungen des als „*Vater der [Banjul] Charta*“ bezeichneten *Keba Mbaye*, *Les Droits de l’Homme en Afrique*, 1992, 54: „*Le droit dans l’Afrique précoloniale, et singulièrement le droit des droits de l’homme, était auréolé de moralité et de religiosité. Il reposait essentiellement sur la notion de solidarité au sein de l’entité communautaire. [...] Le droit africain en général est un droit de groupe. [...] Selon la conception européenne, les droits de l’homme sont un ensemble de principes et de règles mis entre les mains de l’individu essentiellement pour lui permettre de se défendre contre le groupe ou l’entité qui le représente. Cette conception ne se retrouve pas dans l’Afrique traditionnelle. En Afrique, l’individu se soumet volontiers à la prédominance de l’archétype du totem, de l’ancêtre commun ou du génie protecteur.*“.

brauch.⁸²⁹ Andererseits können überlieferte Freiheiten und Privilegien nicht im modernen Sinne subjektiver oder absoluter Rechte verstanden werden. Zudem sind aus traditionellen afrikanischen Gesellschaften nach heutigem Verständnis zahlreiche Verletzungen grundlegender Menschenrechte bekannt, die eine generelle Subordination von Leib und Leben unter eine magische Ordnung vermuten lassen: Menschenopfer, Folter, gewaltsame Initiationsriten und rituelle Tötungen sowie Massenhinrichtungen.⁸³⁰

Es ist insgesamt sehr ungewiss, ob die Existenz von Menschenrechten oder eine dementsprechende Ethik im vorkolonialen Afrika belegt werden kann. Als sicher gilt vielmehr, dass dem Überleben des Kollektivs entscheidende Bedeutung zukam. Gewährte Freiheiten standen dem Einzelnen dagegen nicht freiraumsichernd und abwehrend gegen die Gemeinschaft zu, sondern sie waren veräußerlich, konnten entzogen werden und gingen mit dem Ausscheiden aus der Gruppe verloren. Frauen, Kinder, Sklaven und Fremde hatten weniger Rechte, bei Männern gab es eine auf das Alter bezogene Abstufung.⁸³¹ Rechte und Freiheiten waren ein Verdienst des Einzelnen durch Erfüllung der Verpflichtungen gegenüber der Gemeinschaft (oder den Ahnen) und die Bedeutung des Einzelnen wurde durch seinen Beitrag für das Gemeinwohl bestimmt, was zu der heute verbreiteten Annahme führt, dass das Bild des Individuums im vorkolonialen Afrika weitgehend eine „*anachronistic abstraction*“

829 Vgl. Darstellung bei *Tonndorf*, oben Fn. 801, 125 ff. mit Verweis auf das Beispiel der Ashanti, die dem Herrscher bei der Amtseinführung einen Eid auf das Gemeinwohl abverlangt haben sollen; s. auch *Kerstin Ebock*, Der Schutz grundlegender Menschenrechte durch kollektive Zwangsmaßnahmen der Staatengemeinschaft: vom Interventionsverbot zur Pflicht zur humanitären Intervention?, 2000, 189 f.

830 Vgl. *Tonndorf*, a.a.O. mwN.

831 S. *Tonndorf*, a.a.O., 130 ff.; auch *Kühnhardt*, oben Fn. 768, 212; *Donnelly*, oben Fn. 801, 53 f.; am Beispiel Tansanias erläuternd vgl. *Julius Nyerere*, Afrikanischer Sozialismus, 1979, 41 f.: „*Der erste [der Hauptfaktoren, die die traditionale Gesellschaft hinderten, sich voll zu entfalten] bestand darin, daß – obwohl jedes Individuum mit seinem Nächsten durch menschlichen Respekt verbunden war – menschliche Ungleichheit in den meisten Teilen Tansanias hingenommen wurde. Obwohl wir diese Tatsache verbergen möchten, und obwohl unsere Kritiker sich oft übertrieben darüber äußerten, ist es wahr, daß die Frauen in der traditionellen Gesellschaft einen Platz eingenommen hatten, der nicht nur anders, sondern auch bis zu einem gewissen Maße inferior war.*“.

sei.⁸³² So lange die überwiegend autarke und isolierte Gesellschaft funktioniere, entstünde kein Bewusstsein einer Einbindung in die Menschheit und auch keine Idee des autonomen Einzelnen und seiner universellen menschlichen Natur.⁸³³

Will man aus der partiellen Widersprüchlichkeit der Darstellungen afrikanischer Geschichte einige sichere und permanente Werte und Grundhaltungen aus den kulturellen und historischen Erfahrungen indizieren, so gehören dazu der Supernaturalismus im Sinne ontologischer, religiöser und spiritueller Wahrnehmung des Lebens und der Natur des Menschen sowie ein das Gemeinwohl zentrierender Kommunalismus. Zu den aktuell diskutierten Themen zählen außerdem die Auseinandersetzung mit traditionellen hierarchischen und autoritären politischen Systemen aber mit auch demokratischen Strukturen im kommunalistischen Rahmen sowie die Verknüpfung von Ethnizität und Natur mit Entwicklung und Fortschritt.⁸³⁴

Betonung der Gruppenrechte und Abwehr rein individualistischer Konnotation

Aus der Extrahierung eines idealtypischen historischen Menschen- und Gesellschaftsbildes wird heute in Afrika, als Gegenpol zu einem liberalen Verständnis, die primäre Inhaberschaft der Menschenrechte zugunsten der Gemeinschaft statt dem Individuum konstruiert. Die Rechte *der* Menschen sind Funktion *in* der Gruppe, es gibt nicht zuvorderst einen externalisierten Adressaten.⁸³⁵ Und die Rechte *auf* wirtschaftliche, soziale und kulturelle Teilhabe sind mindestens äquivalent zu bürgerlichen und politischen Rechten. Gleichheit und Menschenrecht sind moralisch und religiös gefestigt, was aber auch bedeutet, „[que] *l'individu se soumet volontiers à la prédominance de l'archétype du totem, de l'ancêtre commun ou du génie protecteur.*“⁸³⁶ Die Person ist weder Selbstvollzug noch Seinsakt, sondern

832 Vgl. Jack Donnelly, The “Right to Development“: How Not to Link Human Rights and Development; in Welch/Meltzer (Ed.), oben Fn. 828, 261 ff.

833 S. Donnelly, oben Fn. 832, 261 ff.; dazu auch Tonndorf, oben Fn. 801, 130 ff.; Ebock, oben Fn. 829, 189 f.

834 Vgl. etwa Paul Biya, Pour le Liberalisme Communautaire, 1986, 33 ff., 44 ff.; dazu auch Tonndorf, a.a.O., 187 ff.; Robert Audi (Ed.), The Cambridge Dictionary of Philosophy, 1999, 14.

835 S. Tonndorf, a.a.O., 130 ff.; dazu auch Kühnhardt, oben Fn. 768, 221.

836 Mbaye, oben Fn. 828, 54.

Werdeprozess im Zuge der gegenseitigen Verwiesenheit von Individuum und Gemeinschaft.⁸³⁷

Diese moderne afrikanische Menschenrechtskonzeption - kommunalistische Tradition bedingt Vorrang von Leistungsrechten, Mensch als Werdeprozess und nicht Selbstvollzug bedingt Vorrang und Rechte *der* Gemeinschaft⁸³⁸ - wird zum Teil als anachronistische Konstruktion nach einem nicht nachweisbaren Mythos kritisiert.⁸³⁹ So sei der vorkoloniale Kommunalismus in Wirklichkeit nicht mit einer Idee der Gleichheit der Menschen und irgendwie gearteter Rechte verbunden gewesen; vielmehr habe vielfach eine Ständeordnung mit klaren Hierarchien und gewaltsamen Riten das Leben bestimmt.⁸⁴⁰ Die herangezogenen Strukturelemente vorkolonialer Gesellschaften seien darüber hinaus keine kulturelle Spezifität Afrikas, sondern überkulturelle, soziologische Konstanten und universelle Entwicklungsstufen sozialer Organisation.⁸⁴¹ Die räumliche und kulturelle Isolation des Typus der „geschlossenen Gesellschaft“ bedinge die Geborgenheit des Einzelnen, die Rollenzuweisung durch die Gruppe und die kommunalistische Sozialstruktur.⁸⁴² Die Öffnung dieser Gesellschaftsform durch Mobilität und Handel und der Kontakt zu anderen Kulturen destabilisiere die „geschlossene Gesellschaft“ und führe zu einem Grundgefühl der Unsicherheit, der Konfrontation des Einzelnen mit seiner persönlichen Verantwortlichkeit und letztlich zu inneren Spannungen und Reaktionen gegen den möglichen Zusammenbruch - darunter auch die Abwehr fremder (universalistischer) Werte und die Bewahrung der kulturellen Essenz.⁸⁴³

837 S. Bujo, oben Fn. 828, 123; auch Nyerere, oben Fn. 831, 69: „Denn der Mensch lebt in der Gesellschaft. Er findet seine Bedeutung für sich und seine Mitmenschen nur als Mitglied dieser Gesellschaft. Daher muß man, wenn man von der Entwicklung des Menschen spricht und für die Entwicklung des Menschen arbeitet, auch die Entwicklung einer Gesellschaft befürworten, die dem Menschen dient, die sein Wohlbefinden erhöht und seine Würde bewahrt.“.

838 Vgl. Mbaye, oben Fn. 828, 54; Bujo, oben Fn. 828, 123.

839 Ebd.

840 S. Tonndorf, oben Fn. 801, 122.

841 Ebd.; auch Ebock, oben Fn. 829, 192.

842 Begriff der „geschlossenen Gesellschaft“ von Karl Popper, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. 1 – Der Zauber Platons, 1992.

843 Popper, a.a.O., 205 ff.: „Im folgenden wird die magische, stammesgebundene oder kollektivistische Gesellschaft auch die geschlossene Gesellschaft genannt werden; die Gesellschaftsordnung aber, in der sich die Individuen persönli-

Die Konstruktion eines afrikanischen menschenrechtlichen Gegenmodells zu dem als „*idéologie commune de l'individualisme*“ bezeichneten westlichen Topos wird heute als Wiederhall europäischer Geistesgeschichte in Anwendung rousseauistischer Ideen gesehen, welche die Idealisierung des Naturzustandes, die Kritik an der Selbstsucht durch Herausbildung individueller Identität und das Bedürfnis nach Staatlichkeit und Rechtsordnung beinhalte.⁸⁴⁴ In der Auseinandersetzung mit dem universellen Anspruch westlicher Menschenrechte zeige sich das grundsätzliche Dilemma im Antagonismus von Kolonialismus und afrikanischer Selbstbestimmung, nämlich der Adaption westlicher Rechts- und Moralvorstellungen der europäischen Aufklärung im Kampf für die afrikanische Unabhängigkeit bei gleichzeitiger Etikettierung mit der eigenen kulturel-

chen Entscheidungen gegenüberstehen, nennen wir die offene Gesellschaft. Eine geschlossene Gesellschaft in ihrer besten Form kann gut mit einem Organismus verglichen werden. Die sogenannte biologische oder Organismus-Theorie, die den Staat als Lebewesen betrachtet, ist auf sie weitgehend anwendbar. [...] Nichts im Organismus entspricht einem der wichtigsten Kennzeichen der offenen Gesellschaft, dem Wettstreit ihrer Mitglieder um die Stellung, die sie in ihr einnehmen sollen; [...] In der geschlossenen Gesellschaft jedoch gibt es kaum solche Bestrebungen. Ihre Institutionen, die Kasten eingeschlossen, sind sakrosankt - tabu. [...] Diese Last, dieses Unbehagen, diese inneren Spannungen [Resultat der Revolution des Übergangs von der geschlossenen zur offenen Gesellschaftsordnung] sind eine Folge des Zusammenbruchs der geschlossenen Gesellschaftsordnung. Sie wird auch heute noch gefühlt (und in Deutschland gerne mit dem Hegelianisch-sentimentalen Namen »Selbstentfremdung des Menschen« belegt). Es ist eine Last, die von allen getragen werden muß, die in einer offenen und teilweise abstrakten Gesellschaft leben und die sich bemühen müssen, vernünftig zu handeln, zumindest einige ihrer emotionalen und natürlichen sozialen Bedürfnisse unbefriedigt zu lassen und für sich und für andere verantwortlich zu sein. Wir müssen, glaube ich, diese inneren Spannungen diese Last auf uns nehmen, als einen Preis, den wir zahlen müssen für jede neue Erkenntnis, für jeden weiteren Schritt zur Vernunft, zur Zusammenarbeit, zur gegenseitigen Hilfe; für die Verlängerung des durchschnittlichen Lebensalters; und für den Bevölkerungszuwachs. Es ist der Preis für die Humanität.“. Interessant in diesem Zusammenhang sind auch die Ausführungen zur „abstrakten Gesellschaft“: „Eine Folge des Verlustes des organischen Charakters ist diese: Eine offene Gesellschaft kann sich allmählich in eine sogenannte »abstrakte Gesellschaft« verwandeln, wie ich mich ausdrücken möchte. Sie kann den Charakter einer konkreten Gruppe von Menschen oder eines Systems solcher Gruppen in beträchtlichem Ausmaß verlieren.“; insgesamt dazu Tonndorf, a.a.O.

844 S. Tonndorf, oben Fn. 801, 130 ff. mwN; ähnlich Kühnhardt, oben Fn. 768, 222.

len Identität und der Abwehr der westlichen Traditionen.⁸⁴⁵ Die Richtung der dabei neu entstehenden Grundhaltung würde dabei vor allem durch Verbindung rousseauistischer Zivilisationskritik mit den Ideen von *Karl Marx* von der Beseitigung der besitzbürgerlichen, entarteten Gesellschaft hin zum Naturzustand durch eine Erziehungsdiktatur oder zur kommunistischen Gesellschaft durch die Diktatur des Proletariats gehen.⁸⁴⁶ Vorgeworfen wird afrikanischen Autoren⁸⁴⁷ vor allem, dass durch die Konstruktion eines spezifisch afrikanischen Menschenbildes als Apologie geschlossener Gesellschaftsformen die eigene Vergangenheit idealisiert und negative Elemente ausgeblendet werden.⁸⁴⁸

Für die vorliegende Arbeit ist jedoch weniger entscheidend, ob das afrikanische Menschenbild eine anachronistische Konstruktion oder die authentische Rezeption traditioneller Werte darstellt. Maßgeblich ist vielmehr, dass jedes Selbst-Bild einer Kultur und ihrer Werte die aktuelle und damit authentische Identität sein kann.⁸⁴⁹ Die Begründung rechtlicher Normen wird in Afrika im Wesentlichen von vier gesellschaftspolitischen Grundhaltungen beeinflusst.⁸⁵⁰ Traditionalisten wollen das vorkoloniale Erbe bewahren und stellen den sozialen Zusammenhalt in den Vordergrund; Menschenrechte werden primär als Gruppenrechte verstanden, und für den Einzelnen wird die Bedeutung der Pflichten betont. Dem gegenüber stehen Neo-Marxisten, welche im Kampf gegen den internationalen Imperialismus unter Aufgabe vorkolonialer Strukturen neue Gesellschaftsmodelle, vor allem die Diktatur des proletarischen Volkes, propagieren. Re-

845 Vgl. etwa *Nyerere*, oben Fn. 831, 42: „Dieses ist das Ziel des Sozialismus in Tansania: Eine Gesellschaft zu bauen, in der alle Mitglieder gleiche Rechte und gleiche Chancen haben; in der alle in Frieden mit ihren Nachbarn leben können ohne Unrecht zu erleiden oder zu schaffen und ohne ausgebeutet zu werden und ohne auszubeuten; eine Gesellschaft, in der alle an einem allmählich wachsenden Lebensstandard teilhaben, ehe irgendein Individuum in Luxus lebt. Um eine solche Nation zu schaffen, müssen wir auf der festen Grundlage der drei Prinzipien der *ujamaa*-Familie [Grundsätze der traditionellen afrikanischen Familie] aufbauen.“

846 S. *Tonndorf*, a.a.O.; ähnlich *Kühnhardt*, a.a.O., 222.

847 Wie zum Beispiel *Kéba Mbaye* und *Kwasi Wiredu*.

848 Vgl. etwa *Tonndorf*, a.a.O., 128 ff.

849 Jede Identität ist ein durch Menschen geschaffenes Selbst-Bild und trägt zur Ausformung der Normenwirklichkeit und –begründung, also der konkreten Rechtsmodelle bei.

850 Darstellung angelehnt an die Übersicht bei *Tonndorf*, oben Fn. 801, 128 ff.

formistische Ansätze dagegen suchen die Verbindung des kulturellen Erbes kommunalistischer Werte mit einem westlichen Staatsmodell und dem „westlichen“ Menschenrechtskonzept. Durch eine breite demokratische Bewegung müssten Menschenrechte (endlich) durchgesetzt werden, wobei die Rechte der ersten und der zweiten Generation (politische und bürgerliche sowie wirtschaftliche, soziale und kulturelle) als grundsätzlich gleichrangig angesehen werden.⁸⁵¹ Diametral dazu haben autokratische Strömungen, die den Staat als Substitut für die weggefallene lokale Gemeinschaft und als legitimen Vertreter der Interessen der afrikanischen Völker sehen, bereits zur Entstehung afrikanischer Entwicklungsdiktaturen beigetragen. Die Denkstrukturen in Afrika hätten sich nur wenig verändert, und die Bürger legten an den Staat einen ähnlichen Maßstab wie an traditionelle Gemeinschaften, welche ein Gleichgewicht an Rechten und Pflichten zu erzielen suchten.⁸⁵²

Für ein umfassendes Verständnis der afrikanischen Identität und des afrikanischen Menschenrechtskonzepts ist neben der dargestellten Rezeption der historischen Werte und Wurzeln und ihrer Implementierung in aktuelle gesellschaftspolitische Ideologien auch die selbst wahrgenommene Stellung Afrikas in der Welt maßgeblich, welche unter anderem von der jüngeren kolonialen Geschichte des Kontinents geprägt ist. Afrika ist eine dauerhaft wirtschaftlich unterentwickelte Region der Erde: Die Länder südlich der Sahara stellen die Mehrzahl der ärmsten Länder der Welt, das durchschnittliche Tageseinkommen liegt bei 60 amerikanischen Cent.⁸⁵³ Die Ursache für seinen Entwicklungsstand wird insbesondere von afrikanischen

851 Vgl. zu den Menschenrechtsgenerationen etwa *Ipsen*, oben Fn. 96, 788 f.; besonders zu den sozialen und wirtschaftlichen Rechten *Eibe Riedel*, *Theorie der Menschenrechtsstandards*, 1986.

852 S. *Tonnendorf*, a.a.O., 139 ff.

853 Damit muss fast die Hälfte der rund 600 Millionen Menschen südlich der Sahara mit weniger als einem Dollar pro Tag auskommen. Das durchschnittliche Tageseinkommen ist sogar von 62 Cent (1990) auf 60 Cent im Jahr 2001 gefallen, ebenso wie der Anteil Afrikas am Welthandel von 6 % in 1980 auf 2 % in 2002. Die Schulden der subsahara-afrikanischen Länder liegen derzeit bei rund 210 Milliarden Dollar; vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 23.9.2005, S. 16; 11.6.2005, S. 6; 5.7.2005, S. 12; 17.6.2005, S. 1. Bei der Beurteilung der heutigen Situation Afrikas spielt der Kolonialismus bei vielen Autoren noch eine wichtige Rolle, vgl. nur die Übersicht bei *Tonnendorf*, a.a.O., 174 ff.

Autoren in der kolonialen und nachkolonialen Ausbeutung des Kontinents gesehen; die primäre Verantwortung für die zerstörten sozio-ökonomischen Strukturen und die politische und ökonomische Abhängigkeit wird externen Faktoren und vor allem den ehemaligen Kolonialmächten zugeschrieben.⁸⁵⁴

Aus der unterprivilegierten Stellung des afrikanischen Kontinents und der wirtschaftlichen und sozialen Differenz zu den Industriestaaten wird von vielen afrikanischen Autoren gefolgert, dass sich deren universal gedachtes Konzept der Menschenrechte nicht auf die afrikanischen Staaten anwenden lasse,⁸⁵⁵ vielmehr wird als Gegenmodell zum westlichen Menschenrechtstopos, das wesentlich von den ehemaligen Kolonialmächten Frankreich und Großbritannien beeinflusst ist, eine neue Kategorie der Menschenrechte normiert: Gegen den Missbrauch durch das Ausland und die strukturelle Abhängigkeit Afrikas müsse den Völkern ein Rechtsanspruch auf Entwicklung zugesprochen werden; nur dann ließen sich auch wirtschaftliche, soziale und kulturelle sowie bürgerliche und politische Rechte voll verwirklichen.⁸⁵⁶ In der Formulierung der „*Rechte der*

854 Vgl. etwa *Benoît Ngom*, *Les Droits de l'Homme et l'Afrique*, 1984, 37 f.: „*Le continent est, ainsi, le réceptacle de toutes les querelles doctrinales au niveau international et le champ clos des affrontements indirects des superpuissances et des anciennes métropoles coloniales. [...] Pour les tenants de cette approche [de théorie développementaliste], les violations des droits de l'homme en Afrique auraient pur cause essentielle le sous-développement économique; lequel est une conséquence de la colonisation. Donc, il incomberait aux puissances et peuples colonisateurs d'assumer leur héritage historique; en venant en aide aux nations hier dominées, et aujourd'hui déshéritées.*“; ähnlich *Julius Nyerere*, in: *Asit Datta (Hrsg.), Julius Nyerere - Reden und Schriften aus drei Jahrzehnten*, 2001, 141 ff.; dazu auch *Tonndorf*, oben Fn. 801, 174 ff.

855 Vgl. nur beispielhaft *Issa Shivji*, *The Concept of Human Rights in Africa*, 1989; Überblick in *Tonndorf*, a.a.O., 155 ff.

856 Illustrativ zur Verknüpfung des wirtschaftsimperialistischer mit einem menschenrechtsimperialistischen Vorwurf *Issac Nguéma*, *Perspektiven der Menschenrechte in Afrika – Die Wurzeln einer ständigen Herausforderung*, *EuGRZ*, 1990, 301 ff., wonach: „[...] *die Politik der Förderung der Menschenrechte in Afrika ein Importprodukt ist, das dazu bestimmt ist, die Willkür und Diktatur einiger afrikanischer Staatschefs zu bekämpfen, eine Theorie der Menschenrechte also, deren Ausgangspunkt in jedem Fall bei den westlichen Nationen liegt, die darauf aus sind, in aller Ruhe die Rohstoffe auszubeuten und andererseits neue Märkte zu erobern.*“; dazu auch *Ebock*, oben Fn. 829, 191; s. auch den Vorwurf von *Asmaron Legesse*, bei der Menschenrechtsbe-

Völker“ als dritte Generation von Menschenrechten ist daher vor allem auch der Versuch zu sehen, den politischen Forderungen der Dritten Welt den Status einklagbarer Rechte zu geben.⁸⁵⁷

Bis auf die Traditionalisten, die sich kaum mit diesem Ansatz beschäftigen, werden diese „*Solidaritätsrechte*“ in den Diskurs der drei anderen politischen Strömungen in Afrika eingebettet.⁸⁵⁸ Die neo-marxistische Argumentation sieht in den Rechten der Völker gerade die Basis, um sich aus dem vom Kapitalismus und Imperialismus dominierten globalen Machtsystem zu befreien. Reformen erkennen dagegen in der dritten Generation der Menschenrechte eine Ambivalenz, die nur durch eine gerechte Verteilung der Ressourcen und politischen Teilhabe nach innen und der Inanspruchnahme praktischer Solidarität gegenüber der internationalen Staatengemeinschaft nach außen zu erfüllen sei. Autokratische Ansätze gehen dahin, durch Geltendmachung der Rechte der Völker durch die afrikanischen Staaten als ihre legitimen Vertreter, die sozio-ökonomische Grundlage für die spätere Verwirklichung der Menschenrechte und die Selbstbestimmung des Einzelnen schaffen zu können.

Manifestation des afrikanischen Menschenbildes in der Normenwirklichkeit

In der Gesamtschau kann in der sogenannten „*Afrikanisierung der Menschenrechte*“ der Versuch einer sozialen Selbstdefinition der afrikanischen Völker gesehen werden, der für die funktionelle Übernahme traditioneller Sozial- und Normstrukturen und ihre Verwirklichung in moderner Staatlichkeit plädiert.⁸⁵⁹ Weil die Genese eines

wegung handele es sich um ein „*instrument of cultural imperialism*“; zit. nach Kühnhardt, oben Fn. 768, 223.

857 Vgl. etwa Nyerere, oben Fn. 831, 71: „*Um dieses [Einigkeit und soziale Gerechtigkeit in der Welt] zu erreichen, muß eine wirtschaftliche Entwicklung und eine gerechte Verteilung des Wohlstandes stattfinden. Die armen Staaten, die armen Zonen und die armen Völker müssen Möglichkeiten bekommen, die sie in den Stand versetzen, ihre Produktion zu erhöhen; durch gerechte Verteilung müssen sie die Möglichkeit haben, den Verbrauch der Güter zu erhöhen, die für ihre Würde und ihre Freiheit notwendig sind.*“.

858 Vgl. Darstellung bei Tonndorf, a.a.O., 154 ff.

859 Dazu Tonndorf, oben Fn. 801, 154 ff.; vgl. in diesem Zusammenhang auch Bonny Ibhawoh, *Restraining Universalism: Africanist Perspectives on Cultural Relativism in the Human Rights Discourse*, in: *Tiyambe Zeleza/Philip*

kulturellen Selbstbildes und das aus einer Gesellschaft heraus entstehende Bild vom Menschen für die vorliegende Arbeit wertneutral ist und jede kulturelle Identität als authentisch und zunächst legitim betrachtet wird, kommt es im Folgenden entscheidend darauf an, wie sich der Menschenrechtstopos in der Normenwirklichkeit konkretisiert hat.

Als Gegenstand dieser Untersuchung bieten sich zum einen nationale Verfassungen afrikanischer Staaten und zum anderen die bereits angeführte African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights (ACHPR) als regionale Menschenrechtskodifikation an. Bereits in der Präambel der letzteren wird das eigene kulturelle Erbe und der afrikanische Humanismus als Antipode zu anderen, vor allem westlichen Konzepten, deutlich akzentuiert:

*„Taking into consideration the virtues of their historical tradition and the values of African civilization which should inspire and characterize their reflection on the concept of human and peoples' rights;“*⁸⁶⁰

Auffällig ist im materiellrechtlichen Teil der Charta zunächst die Hervorhebung der Menschenpflichten: Die Überschrift des ersten Teil lautet *„Rights and Duties“* und die Pflichten, denen ein eigenes Kapitel (*„Chapter II – Duties“*) gewidmet ist, bestehen etwa in der Pflicht der Gemeinschaftsbezogenheit des persönlichen Handelns, des Dienstes für den Staat und seines Schutzes sowie der Stärkung afrikanischer Werte und Einheit.⁸⁶¹

McConnaughay (Ed.), Human Rights, the Rule of Law, and Development in Africa, 2004, 21 ff.

860 Hervorhebung durch Verfasser.

861 S. ACHPR: *„Chapter II – Duties Article 27 1. Every individual shall have duties towards his family and society, the State and other legally recognized communities and the international community. 2. The rights and freedoms of each individual shall be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest. Article 28 Every individual shall have the duty to respect and consider his fellow beings without discrimination, and to maintain relations aimed at promoting, safeguarding and reinforcing mutual respect and tolerance. Article 29 The individual shall also have the duty: 1. to preserve the harmonious development of the family and to work for the cohesion and respect of the family; to respect his parents at all times, to maintain them in case of need; 2. To serve his national community by placing his physical and intellectual abilities at its service; 3. Not to compromise the security of the State whose national or resident he is; 4. To*

Weiterhin ist signifikant, dass es keine Hierarchie zwischen den bürgerlichen und politischen, den sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Rechten und denjenigen der Völker zu geben scheint; alle drei Generationen sind in „*Chapter I – Human and Peoples’ Rights*“ zusammengefasst. Zudem verpflichtet Artikel 1 ACHPR ausdrücklich dazu, dass die Vertragsparteien „*to the present Charter shall recognize the rights, duties and freedoms enshrined in this Chapter and shall undertake to adopt legislative or other measures to give effect to them.*“ Eine Besonderheit im Vergleich zu westlichen regionalen Menschenrechtskodifikationen, aber auch zu internationalen, wie beispielsweise der UDHR, ist auch, dass die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen (Leistungs-) Rechte nicht bloß programmatisch umschrieben, sondern als unmittelbar einklagbare Rechte ausgestaltet sind, etwa das Recht auf Arbeit und gleiche Entlohnung, das Recht auf Gesundheit und auf Ausbildung.⁸⁶² Die Gleichheit der Völker, das Recht auf Selbstbestimmung, auf natürliche Ressourcen, auf Entwicklung und das Recht auf Frieden und Sicherheit sowie eine zufriedenstellende Umwelt als Rechte der Völker in der

preserve and strengthen social and national solidarity, particularly when the latter is threatened; 5. To preserve and strengthen the national independence and the territorial integrity of his country and to contribute to its defence in accordance with the law; 6. To work to the best of his abilities and competence, and to pay taxes imposed by law in the interest of the society; 7. to preserve and strengthen positive African cultural values in his relations with other members of the society, in the spirit of tolerance, dialogue and consultation and, in general, to contribute to the promotion of the moral well being of society; 8. To contribute to the best of his abilities, at all times and at all levels, to the promotion and achievement of African unity.“

862 Vgl. ACHPR: „*Article 15 Every individual shall have the right to work under equitable and satisfactory conditions, and shall receive equal pay for equal work. Article 16 1. Every individual shall have the right to enjoy the best attainable state of physical and mental health. 2. States Parties to the present Charter shall take the necessary measures to protect the health of their people and to ensure that they receive medical attention when they are sick. Article 17 1. Every individual shall have the right to education. 2. Every individual may freely, take part in the cultural life of his community. 3. The promotion and protection of morals and traditional values recognized by the community shall be the duty of the State.“*; vgl. dazu Tonndorf, oben Fn. 801, 279 ff.; auch *Messelech Worku*, Entwicklungstendenzen des regionalen Menschenrechtsschutzes – Die Afrikanische Charta der Rechte des Menschen und der Völker, 2000, 60 ff., der die sozialen Rechte auf Bildung und Gesundheitsfürsorge allerdings nur als programmatische Staatsziele versteht; s. auch *Mbaye*, oben Fn. 828, 182.

ACHPR neben denen des Individuums sind darüber hinaus eine in dieser Form weltweit einzigartige Positivierung.

Die ACHPR bekennt sich ausdrücklich zu einer Idee von Rechten des Menschen, die aus seinen Eigenschaften und Merkmalen („*attributes*“) folgen, führt den Respekt der menschlichen Würde als ein subjektives Recht auf und betont die traditionelle Bedeutung dieser Werte in Afrika:

„Recognizing on the one hand, that fundamental human rights stem from the attributes of human beings which justifies their national and international protection and on the other hand that the reality and respect of peoples rights should necessarily guarantee human rights; [...]

Firmly convinced of their duty to promote and protect human and people's rights and freedoms taking into account the importance traditionally attached to these rights and freedoms in Africa; [...]

Every individual shall have the right to the respect of the dignity inherent in a human being and to the recognition of his legal status.“⁸⁶³

Für die Anerkennung grundlegender Menschenrechte und einer menschlichen Würde sprechen auch die Bekenntnisse in vielen Verfassungsdokumenten. Entsprechende Erwähnung findet die Menschenwürde zum Beispiel in der Verfassung Angolas,⁸⁶⁴ des Tschad,⁸⁶⁵ des Sudans,⁸⁶⁶ Ghanas,⁸⁶⁷ Sambias⁸⁶⁸ und Tansanias⁸⁶⁹. Die Verfassungspräambel der Republik des Kongo spricht von „*the sacred character of the human person*“, die Präambel der mosambikanischen Verfassung von „*the dignity of all Mozambicans*“ und die äthiopische Verfassung sieht „*the right to his [everyone's] human dignity*“ vor. In einigen Dokumenten erhält der Würdebegriff jedoch (auch) eine vom subjektivierten Verständnis abweichende Konnotation: Artikel 8 Abs. 2 der Verfassung Tansanias erwähnt die

863 Vgl. Präambel und Artikel 5 der ACHPR.

864 Vgl. Artikel 2 und 20.

865 S. Präambel der Verfassung des Tschad.

866 Vgl. etwa Präambel und Artikel 15 der Interimsverfassung des teilautonomen Südsudans von 2005 im Gegensatz zur Verfassung der Republik Sudan aus dem Jahr 1998, die keine derartige Bestimmung enthält.

867 Artikel 15 Abs. 1: „*The dignity of all persons shall be inviolable.*“.

868 Vgl. Präambel der Verfassung Sambias: „*PLEDGE to ourselves that we shall ensure that the State shall respect the rights and dignity of the human family, [...]*“; (Hervorhebung im Original).

869 S. Artikel 9 lit. (a) und Artikel 12 Abs. 2.

„*national dignity*“ und Artikel 65 Abs. 1 der mosambikanischen Verfassung führt die Würde der „*African peoples*“ auf. Artikel 17 Abs. 2 lit. b) der Verfassung Nigerias stellt die Würde in den sozialen Gesamtkontext:

„In furtherance of the social order [...] the sanctity of the human person shall be recognised and human dignity shall be maintained and enhanced;“

Dass die afrikanischen Gesellschaften Anspruch auf eine eigene Interpretation der Menschenrechte erheben, wird auch deutlich an der Präambel des mosambikanischen Verfassungsdokuments:

„The fundamental rights and freedoms enshrined in the Constitution are the achievements of the Mozambican people's struggle to build a society of social justice, where the equality of citizens and the rule of law are the pillars of democracy.“

Einige Dokumente führen den Begriff der Würde jedoch überhaupt nicht auf, etwa die Verfassung des Niger und die des Senegals. In letzterer findet sich stattdessen „nur“ die Hervorhebung kultureller und kommunalistischer Werte:

*„Deeply attached to their fundamental cultural values which constitute the cement of national unity;
Convinced of the will of all citizens, both men and women, to embrace a common destiny through solidarity, work and patriotic commitment;“⁸⁷⁰*

Trotz dieser Ausnahmen ist insgesamt jedoch nach rein formalen Maßstäben die Anerkennung der Menschenwürde und naturgegebenen Menschenrechte wegen ihrer Betonung in der ACHPR und den meisten afrikanischen Verfassungen zu konstatieren, womit diese den universellen Abkommen und anderen regionalen Verträgen entsprechen.⁸⁷¹

Einige Unterschiede in Bezug auf die individualrechtlichen Normen der ACHPR zu anderen, vergleichbaren Kodifikationen sind

870 Vgl. Präambel der senegalesischen Verfassung.

871 Zur begrenzten Aussagekraft der Verfassungsdokumente für das innere Wertesystem einer Gesellschaft oder Kultur vgl. *Tomuschat*, oben Fn. 823, 587 ff.

dagegen beispielsweise die fehlende Erwähnung der freien Wahl des Ehepartners (Artikel 12 AMRK; Artikel 8 EMRK) und des Rechts auf Schutz der Privatsphäre (Artikel 8 EMRK; Artikel 11 AMRK). Beides lässt sich mit dem Einfluss afrikanischer Traditionen erklären: In den meisten afrikanischen Gesellschaften besteht noch heute kein einheitliches Heiratsalter, Kindesheiraten sind in ländlichen Gebieten nicht unüblich; und eine Privatsphäre gab es in den traditionellen Gemeinschaften, in denen sich das Individuum durch die Gruppe identifizierte, nicht.⁸⁷²

Am deutlichsten hervorzuheben sind aber die im Vergleich zu anderen Menschenrechtskodifikationen sehr umfangreichen Schranken der ACHPR, die es dem nationalen Gesetzgeber ermöglichen, den Normbereich zu reduzieren. Diese „*clawback clauses*“ unterscheiden sich zum Beispiel von Notstandsklauseln, welche die ACHPR bemerkenswerterweise nicht enthält, dadurch, dass die Einschränkungsmöglichkeiten eben nicht nur für eine Ausnahmesituation konzipiert sind. Die Schrankenregelungen der ACHPR ermöglichen den Staaten, folgende Rechte von vornherein und permanent einzuschränken und damit nach ihren Vorstellungen auszugestalten: Eingriffe in das Recht auf Freiheit und Sicherheit aus Artikel 6 sind einem einfachen Gesetzesvorbehalt und Willkürverbot unterstellt; die Gewissens- und Religionsfreiheit (Artikel 8) wird „*subject to law and order*“ und die Meinungsfreiheit innerhalb der gesetzlichen Grenzen (Artikel 9: „*[...] within the law.*“) gewährleistet; die Ausübung der Vereinigungsfreiheit (Artikel 10: „*[...] abides by the law.*“), der Freizügigkeit (Artikel 12: „*[...] abides by the law.*“) und das Recht zur Partizipation an der Regierung (Artikel 13: „*[...] in accordance with the provisions of the law.*“) setzen die Einhaltung der Gesetze voraus, und das Recht auf Eigentum nach Artikel 14 kann „*in accordance with the provisions of appropriate laws*“ eingeschränkt werden. Über die auf die einzelnen Rechte bezogenen Schranken hinaus bestimmt Artikel 27 Abs. 2 ACHPR in allgemeiner Form, dass „*[t]he rights and freedoms of each individual shall*

872 Dazu *Worku*, oben Fn. 862, 64 f.

be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest.“

Der maßgebliche Unterschied der Schrankenregelungen der Banjul Charta zu ähnlichen in anderen Menschenrechtskodifikationen besteht dabei in Folgendem: Die entsprechenden Klauseln sind unter Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe allgemein formuliert („*necessary*“; „*appropriate*“) und bestimmen keine erforderlichen Eingriffszwecke, so dass den Regierungen ein weiter Ermessensspielraum bleibt.⁸⁷³ Dezierte Schranken-Schranken, wie sie etwa im IPbpR oder der EMRK (vgl. Artikel 5 – 11) enthalten sind und die eine Einschränkung beispielsweise nur hinsichtlich des in einer demokratischen Gesellschaft Notwendigen zulassen, sieht die ACHPR nicht vor. Die Ausgestaltung der einzelnen Rechte ist damit faktisch in weitem Umfang dem nationalen Recht ausgeliefert, was vor dem Hintergrund besonders deutlich wird, dass die Begrenzung der gewährten Garantien ursprünglich nur im Rahmen der „*berechtigten Anforderungen des Allgemeinwohls in einer demokratischen Gesellschaft*“ möglich sein sollte (so der Entwurf), dass für die Endfassung dieser Passus aber gestrichen wurde.⁸⁷⁴

Die einzelstaatlichen Rechtssysteme in Afrika, die eine Ausfüllung der Individualrechte somit weitgehend autonom gestalten können, betonen in Anlehnung der kommunalistischen Traditionen ursprünglicher Gemeinschaften vor allem das Gemeinwohl. Beispielsweise legt Kapitel II der nigerianischen Verfassung in elf Artikeln die allgemeinen Staatsziele fest - die Grundrechte folgen erst später im vierten Kapitel - und bestimmt unter anderem die Nutzbarmachung der Ressourcen für den gemeinen Wohlstand, die Förderung einer ausbalancierten ökonomischen Entwicklung mit folgender Absicht:

*„[To] control the national economy in such manner as to secure the maximum welfare, freedom and happiness of every citizen on the basis of social justice and equality of status and opportunity;
[...] that the material resources of the nation are harnessed and distributed*

873 Vgl. dazu *Worku*, oben Fn. 862, 67 f.; *Tonndorf*, oben Fn. 801, 283 ff.

874 S. *Tonndorf*, a.a.O., 253.

*as best as possible to serve the common good;*⁸⁷⁵

Ein weiteres Beispiel dafür, dass nationale afrikanische Verfassungen offenbar einen grundsätzlichen Vorrang gemeinschaftlicher Ziele zum Selbstverständnis machen, ist das sudanesisches Verfassungsdokument, das in den ersten 19 Artikeln die Grundziele der sozialen Gerechtigkeit und gegenseitigen Hilfe sowie die Bedeutung der Familie festlegt und die Moral und Einheit der Gesellschaft definiert, um erst im Anschluss die Individualrechte (14 Artikel) zu bestimmen.⁸⁷⁶ Einen ähnlichen Aufbau findet man auch etwa auch in den Verfassungen Angolas,⁸⁷⁷ Mosambiks⁸⁷⁸ und Tansanias,⁸⁷⁹ und die Betonung des Gemeinwohls als wichtiges Staatsziel ist in weiteren Verfassungsdokumenten, etwa denen Äthiopiens⁸⁸⁰ und Ghanas⁸⁸¹, zu finden. Und dass den Menschenpflichten besondere Be-

875 Artikel 16 Abs. 1 (b) und Abs. 2 (b) der Constitution of the Federal Republic of Nigeria 1999.

876 S. vor allem die Artikel 11, 15 und 16 der Verfassung des Sudans von 1998; vgl. dazu *Siddig Hussein*, Sudan – In the Shadows of Civil War and Politicization of Islam, in: *Abdullahi Ahmed An-Na'im (Ed.)*, Human Rights under African Constitutions – Realizing the Promise for Ourselves, 2003, 342 ff.; zur politischen Situation des Sudans s. auch *James Lawrence (Ed.)*, oben Fn. 627, 187 ff.

877 Constitutional Law of the Republic of Angola, 1992.

878 Constitution of Mozambique, 1990.

879 Constitution of the United Republic of Tanzania, 1997; hier besonders deutlich Artikel 8 (1) (b): „[T]he primary objective of the Government shall be the welfare of the people;“.

880 Ethiopian Constitution, 1994: „Article 89 Economic Objectives 1. The State shall have the responsibility to devise the means to make all Ethiopians beneficiaries of the accumulated knowledge and wealth of the country. 2. The state shall have the duty to give equal opportunity to all Ethiopians for the improvement of their economic conditions and to promote a just distribution of wealth. [...] 5. The State shall have the responsibility to control land and natural resources in the name of the people and utilize them for their common good and development.“.

881 The Constitution of the Republic of Ghana, 1992; vgl. insbesondere Artikel 1 Abs. 1 und 36 Abs. 1: „The Sovereignty of Ghana resides in the people of Ghana in whose name and for whose welfare the powers of government are to be exercised in the manner and within the limits laid down in this Constitution. [...]

The State shall take all necessary action to ensure that the national economy is managed in such a manner as to maximize the rate of economic development and to secure the maximum welfare, freedom and happiness of

deutung zugemessen wird, zeigen die Verfassungen des Tschad⁸⁸² und Kongos,⁸⁸³ die je ein eigenes Kapitel mit 10 Artikeln dafür vorsehen, sowie die Verfassungen Ghanas⁸⁸⁴, Mosambiks⁸⁸⁵ und des Niger⁸⁸⁶. Die Verbindlichkeit sozialer, wirtschaftlicher und kultureller Rechte wird unter anderen in den Verfassungen Äthiopiens, des Senegals und Mosambiks hervorgehoben, welche diesen Menschenrechten der zweiten Generation zum Teil ein eigenes Kapitel widmen.⁸⁸⁷ Die oben beschriebenen (afrikanischen) Rechte der Völker als dritte Generation von Menschenrechten werden in verschiedener Form beispielsweise im äthiopischen,⁸⁸⁸ kongolesischen,⁸⁸⁹ ghanaischen,⁸⁹⁰ tansanischen⁸⁹¹ und mosambikanischen⁸⁹² Verfassungsdokument hervorgehoben.

every person in Ghana and to provide adequate means of livelihood and suitable employment and public assistance to the needy.“.

- 882 Constitution de la République du Tchad, 1996, s. zum Beispiel Artikel 52 und 53: „*Tout citoyen a le devoir de respecter et de protéger l'environnement. [...] Chaque citoyen participe en fonction de ses revenus et de sa fortune aux charges publiques.“.*
- 883 Constitution of Congo (Republik Kongo), 1992, s. hier insbesondere Artikel 56 Abs. 1: „*Every individual shall have duties toward the family and the society, toward the State and other legally recognized units, and toward the international community.“.*
- 884 Illustrativ Artikel 41 der ghanaischen Verfassung, oben Fn. 1992: „*The exercise and enjoyment of rights and freedoms is inseparable from the performance of duties and obligations, and accordingly, it shall be the duty of every citizen - (a) to promote the prestige and good name of Ghana and respect the symbols of the nation; (b) to uphold and defend this Constitution and the law; (c) to foster national unity and live in harmony with others;“.*
- 885 Vgl. Kapitel 2 von Teil 2 der Constitution of Mozambique von 1990; in der Verfassung Mosambiks ist das Wort „*social*“ insgesamt 44 Mal enthalten, etwa im Kontext von „*social community*“, „*social justice*“ oder „*social well-being*“.
- 886 Constitution of the Fifth Republic of Ghana, 1999, Title 1.
- 887 S. etwa Kapitel 3 von Teil 2 Constitution of Mozambique von 1990; s. auch Artikel 41 der äthiopischen und Artikel 8 der senegalesischen Verfassung.
- 888 S. Artikel 43 („*The Right to Development*“) und Artikel 44 („*Right to the Protection of the Environment*“).
- 889 Vgl. Artikel 53 ff.: „*Article 53 [Right to Peace] The Congolese people shall have the right to peace. Article 54 [Right to Resources] The Congolese People shall have the inalienable imprescriptible right to possess their riches and natural resources. Article 55 [Right to Development] The Congolese People shall have the right to economic, cultural, and social development.“.*
- 890 Zum Beispiel Artikel 37 Abs. 2 lit. s(a); vgl. auch die Präambel der Verfassung Ghanas: „*IN EXERCISE of our natural and inalienable right to establish a framework of government [...]“;* (Hervorhebung im Original).

Die Betonung des Gemeinwohls, kollektiver Rechte und der Rechte der zweiten Generation in den nationalen afrikanischen Verfassungen bedeutet nicht, dass individuelle Rechte gar nicht gewährt würden. Dies ist formal schon deswegen nicht der Fall, weil viele englischsprachige Staaten dem Vorbild der nigerianischen Unabhängigkeitsverfassung von 1960 mit ihrer angelsächsischen Diktion gefolgt sind und sich ehemalige französische Kolonien auf die „*Déclaration des droits de l’homme*“ berufen,⁸⁹³ was allerdings auch die Zerrissenheit Afrikas in der Emanzipierung von den ehemaligen „Herrschern“ illuminiert.

Nur in wenigen Fällen reflektiert eine ungefilterte Übernahme der Verfassungstexte aber die innere kulturelle Tradition und Identität. So ist deutlich geworden, dass eine intensive Interaktion und Reziprozität individueller Rechte mit denen der Gemeinschaft vorgesehen ist. Ob die Möglichkeit, einmal gewährte Rechte zum Wohl der Gesellschaft wieder einzuschränken oder im Notstandsfall auszusetzen, unmittelbar mit der traditionellen zentralen Stellung der Gruppe in Afrika zu erklären ist, ist allerdings schwer einzuschätzen.

De facto enthält eine Vielzahl afrikanischer Verfassungen jedenfalls umfangreiche Möglichkeiten, die Rechtsgarantien erheblich zu reduzieren, nicht nur im Rahmen der erwähnten „*clawback clauses*“, sondern ausdrücklich auch für Fälle des Notstands. So kann etwa nach Artikel 131 der sudanesischen Verfassung der „*state of emergency*“ erklärt werden, wie im Jahr 1999 geschehen, mit der in Artikel 132 beschriebenen Folge „*to suspend part or all the provisions provided for in the constitutional freedoms, sanctities and rights Chapter.*“ Und ironischerweise sah der im Jahr 1997 aufgehobene Defense of the Sudan Act (1939) für den Notstand exakt die Möglichkeiten vor, welche von der amerikanischen Regierung im Fall „Guantánamo“ angewendet werden: Das Erlassen von Richtlinien zur Aburteilung jedweder Personen durch ein Militärgericht und die Suspendierung jeden Gesetzes und darunter von Teilen der Strafprozessordnung, welche die Verhaftung und Inhaftierung zum Gegen-

891 S. etwa Artikel 9 lit. (i) und Artikel 146 Abs. 2 lit. (c).

892 In der mosambikanischen Verfassung findet der Begriff des „*development*“ 20 Mal Erwähnung.

893 Dazu Kühnhardt, oben Fn. 768, 114.

tand haben.⁸⁹⁴ Eine der sudanesischen Verfassung ähnliche Möglichkeit der ausdrücklichen Suspendierung der Grundrechte und – freiheiten ohne Ausschluss underogierbarer Rechte findet sich zum Beispiel auch in der äthiopischen⁸⁹⁵ und mosambikanischen⁸⁹⁶ Verfassung; viele andere Verfassungsdokumente enthalten gar keine explizite Regelung der Folgen für die Grundrechtsgewährungen im Falle einer Notstandsproklamation.⁸⁹⁷

Bedeutung des afrikanischen Gewohnheitsrechts

Neben dem *de jure* vorgesehenen Spielraum in der Einschränkung individueller Rechte muss ein weiterer Aspekt berücksichtigt werden, der deutlich macht, dass die Aussagekraft vieler afrikanischer Verfassungsdokumente begrenzt ist: Die oben beschriebene „*organische Solidarität*“ - die Bestimmung des Einzelnen und seines Wesens durch die Zugehörigkeit zur familiären oder ethnischen Gruppe - und das daraus entstandene System der hierarchisierten Gesellschaft haben heute noch große Bedeutung in den gesellschaftlichen Strukturen Afrikas und bestehen außerhalb der verfassungsmäßigen Staatsorganisation und des Einflusses der Staatsgewalt.⁸⁹⁸ Daher besteht ein Spannungsfeld zwischen den verschiedenen sozialen Ordnungssystemen mit der Folge akkumulierter innerstaatlicher Konflikte. Die zentrale staatliche Gewalt und die nationale Verfassungs- und Rechtsordnung hat keine Wirkung auf geschlossene Chief- und Clan-Strukturen, welche in der Regel kein positives Recht, sondern nur Gewohnheitsrecht kennen.⁸⁹⁹ Der Durchsetzung der Verfassungsinhalte mangelt es darüber hinaus oftmals an der

894 S. dazu *Hussein*, oben 876, 362 ff.

895 Vgl. Artikel 94 Abs. 4 lit. (b); der Notstand kann für einen Zeitraum von bis zu zehn Monaten erklärt werden.

896 S. Artikel 106 Abs. 1: „*Individual freedoms and guarantees may only be temporarily limited or suspended in the event of declaration of a state of war, a state of siege, or a state of emergency.*“.

897 Vgl. Artikel 109 der kongolesischen, Artikel 69 der senegalesischen und Artikel 54 der Verfassung des Niger; vgl. zur Notstandsproklamation in Kamerun im Jahr 1992 und der Kritik des Human Rights Committee an den systematischen Gewalttaten der Sicherheitskräfte Human Rights Committee, Comments on Cameroon, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.33 (1994).

898 Dazu *Worku*, oben Fn. 862, 49.

899 Ebd.

notwendigen Infrastruktur und einer durch die Mehrheit des Volkes getragenen affirmativen Legitimität der übernommenen kolonialen Rechtsordnung.

Vielerorts begünstigen die Verwurzelung in Traditionen, hierarchische Strukturen und afrikanisches Gewohnheitsrecht mit seiner mythischen Universalordnung andere Lebenssituationen als die verfassungsmäßige Ordnung vorgibt oder formal zulässt. So sind viele Staaten, bedingt durch eine zentrale Stellung des Präsidenten, autoritär regiert in dem Sinne, dass sie eine oder mehrere der folgenden Merkmale erfüllen: starker Einfluss der Exekutive auf die anderen Gewalten, langjährige Präsidentschaften, Inhaftierung von Oppositionellen, zum Teil massive Gewalt durch die Sicherheitskräfte sowie Fehlen freier Wahlen. Zu solchen Staaten zählen oder zählten jedenfalls bis vor kurzem Angola, Burkina Faso, Burundi, der Tschad, die Demokratische Republik Kongo, Elfenbeinküste, Äquatorialguinea, Eritrea, Guinea, Ruanda und der Sudan.⁹⁰⁰ Länder, aus denen von sehr harschen und teilweise lebensbedrohenden Haftbedingungen berichtet wird, sind: Benin, Burundi, Kamerun, der Tschad, Elfenbeinküste, Äquatorialguinea, Eritrea, Kenia, Mosambik, Nigeria, Ruanda, der Sudan, Sambia und Simbabwe.⁹⁰¹

Gewohnheitsrechtlich beeinflusst sind auch Institutionen wie die Ehe, die nicht nur als Vereinigung zweier Individuen, sondern primär als Verbindung zweier Familien betrachtet wird.⁹⁰² Dass traditionelles Gewohnheitsrecht oft die Benachteiligung bestimmter Gesellschaftsgruppen beinhaltet, zeigt die Aufzählung der Staaten, in denen die Genitalbeschneidung bei Frauen verbreitet ist. Dazu gehören Benin, Burkina Faso, Zentralafrika, der Tschad, Elfenbeinküste, Dschibuti, Eritrea, Äthiopien, Eritrea, Gambia, Ghana, Guinea, Gui-

900 Vgl. Länderübersicht bei *Lawrence*, oben Fn. 627; vgl. zu den einzelnen Staaten auch *Human Rights Watch*, World Report 2006, 73 ff., im Internet abrufbar unter <http://www.hrw.org>.

901 S. *Lawrence*, oben Fn. 627; die genaue Einschätzung der Lage wird durch die mangelnde (Selbst-) Einbindung afrikanischer Staaten in das internationale Menschenrechtssystem erschwert, so waren im Jahr 2000 von 38 Staaten, deren Initial Reports zum Committee against Torture überfällig waren - zum Teil seit über zehn Jahren -, die Hälfte Länder Afrikas; vgl. Committee against Torture, Report of the Committee against Torture, oben Fn. 575, 6.

902 Vgl. *Klaus Wähler*, Rechtsordnungen Afrikas und Madagaskars, in: *Günther Grassmann/René David*, Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, 1988, 628.

nea-Bissau, Kenia, Liberia, Mali, Nigeria, der Senegal, Sierra-Leone, Somalia, Sudan und Tansania. Von Gewalt gegen Frauen, ihrer Diskriminierung sowie von Kinderarbeit als verbreitetem Problem wird aus einer ähnlich hohen Anzahl an Staaten berichtet.⁹⁰³ Eine gewohnheitsrechtliche determinierte Praxis der Ungleichbehandlung von Frauen in afrikanischen Gesellschaften bezieht sich häufig auf familiäre, finanzielle Aspekte und Angelegenheiten des Eigentums und besteht etwa darin, dass weiblichen Nachkommen kein Recht auf das Erbe des Vaters zugestanden wird; Ehefrauen kommt ein Nachlass nur zu, wenn der verstorbene Ehemann dies bestimmt hatte, andernfalls erbt allein der älteste Sohn.⁹⁰⁴ Die mindere Stellung der Frau wird auch deutlich an Praktiken, welche vorsehen, dass junge Mädchen zum Ausgleich der Verfehlungen der Vorfahren einem Fetischpriester zu dienen haben.⁹⁰⁵ Ein familiäres Netzwerk führt auch dazu, dass junge Frauen aus ländlichen Regionen unter sehr schlechten Bedingungen bei Mitgliedern der Oberschicht dienen müssen und dort zum Teil sexuellem Missbrauch ausgeliefert sind. Rituelle Praktiken sehen vor, dass Frauen unter schmerzhaften Umständen ihre Jungfräulichkeit beweisen müssen. Frauen, die der Hexerei verdächtigt werden, müssen damit rechnen, von der lokalen Gemeinschaft ausgestoßen zu werden; auch sind schmerzhaftes Witwenrituale in ländlichen Regionen üblich.⁹⁰⁶ Eine sogar positivrechtlich determinierte, mindere Stellung der Frau gegenüber dem Mann verdeutlichen vor allem Vorschriften über die Staatsbürgerschaft.⁹⁰⁷ Darüber hinaus ist in einigen Ländern Afrikas die Bildungssituation der Frauen wesentlich schlechter als die der Männer. In Ghana bei-

903 Gewalt an und Diskriminierung von Frauen in: Burkina Faso, Kamerun, Zentralafrika, der Tschad, Demokratische Republik Kongo, Republik Kongo, Elfenbeinküste, Dschibuti, Äquatorialguinea, Eritrea, Gambia, Guinea, Guinea-Bissau, Somalia, Togo und Sambia.; Kinderarbeit: Der Tschad, Demokratische Republik Kongo, Republik Kongo, Äquatorialguinea, Guinea-Bissau, Liberia, Mali, Nigeria, Senegal, Sierra Leone, Sudan; vgl. *Lawrence*, a.a.O.; s zu den einzelnen Staaten auch *Human Rights Watch*, a.a.O.

904 Dazu *Onkemetse Tshosa*, *National Law and International Human Rights Law – Cases of Botswana, Namibia and Zimbabwe*, 2001, 137 ff., 189 ff. und 232 ff.

905 Dazu *Nana Busia*, Ghana – Competing Visions of Liberal Democracy and Socialism, in: *An-Na'im (Ed.)*, oben Fn. 876, 87 ff.

906 Vgl. *Busia*, oben Fn. 905, 87 ff.

907 So hängt die Erlangung der Staatsbürgerschaft Simbabwe allein von der des Kindsvaters ab; s. dazu *Tshosa*, oben Fn. 904, 233.

spielsweise sind fast 50 Prozent der Frauen Analphabeten im Unterschied zu 30 Prozent der Männer. Der Anteil der Mädchen, die eine Grundschule besuchen, liegt bei nur 50 Prozent, im höheren Schullevel sogar nur bei 20 Prozent; die Abbruchrate der Mädchen ist zudem höher, als die der Jungen.⁹⁰⁸

Eigene afrikanische Wirklichkeit und afrikanisches Menschenbild

Im Ergebnis erscheint es schwierig, ein eindeutiges Urteil über das afrikanische Menschenbild und die Verwurzelung der Menschenrechtsidee in den afrikanischen Gesellschaften zu treffen.

Auch unter Berücksichtigung einer (vor allem wirtschaftlich) unterprivilegierten Stellung Afrikas als zentrales Argument der Befürworter einer (eigenen) Rechtedimension der afrikanischen Gemeinschaften zur Teilhabe an dem globalen Wohlstand und der Entwicklung und trotz der kolonialen Geschichte darf für die Bewertung der Normenwirklichkeit nicht vernachlässigt werden, dass in vielen afrikanischen Staaten durch die politischen Eliten verursachter Raubbau nach innen, verfassungsrechtlich durch die „*clawback clauses*“ begünstigte autokratische Strukturen, die verbreitete Korruption und gewaltsame ethnische Konflikte wirtschaftliche Defizite bedingen und die Verwirklichung der Forderungen selbst vereiteln.⁹⁰⁹

908 S. *Busia*, a.a.O., 89 f.

909 Vgl. etwa das Beispiel der Demokratischen Republik Kongo, des ehemaligen Zaires, dass nach der Entlassung aus der belgischen Kolonialherrschaft vom Industrialisierungsgrad her mit Brasilien vergleichbar war. Der Unterricht war kostenlos, es gab Straßen, Eisenbahnlinien und die florierende Wirtschaft basierte auf Bergbau und exportorientierter Landwirtschaft. Die diktatorische und korrupte Herrschaft von *Joseoh-Desiré Mobutu* und *Laurent-Désiré Kabilas* und der Bürgerkrieg führten aber zu stetem wirtschaftlichem Zerfall. So wurde etwa das ergiebigste Kupferfeld der Welt mit einem Potential von 90 Milliarden Dollar für 15 Millionen Dollar an einen amerikanischen Bergbaukonzern veräußert, der Erlös wurde an die Präsidenten-Familie *Kabila* ausgezahlt. Und als für einen der größten je gefundenen Diamanten eine Exportgenehmigung beantragt wurde, wurde der Diamant beschlagnahmt und persönliches Eigentum *Kabilas*; vgl. *Thomas Scheen*, Kongo: Für ein Trinkgeld zu haben, *Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung*, 30.7.2006, S. 6.

Nach dem Korruptionsindex der Organisation Transparency International (TI) für das Jahr 2000 lagen fast alle afrikanischen Länder am Listenende, das heißt war hier die Korruption am weitesten verbreitet; vgl. *Süddeutsche Zeitung*, 14.9.2000, S. 26.

Deutlich geworden ist dennoch, dass die afrikanischen Völker eine eigene Auslegung der Menschenrechte für sich in Anspruch nehmen, welche die Interdependenz der Rechte des Einzelnen mit denen der Gemeinschaft, die Wertlegung auf Leistungsrechte und die Rechte der Völker impliziert und sich gerade durch die Abgrenzung zu einem von westlichen Regierungen propagierten universellen Menschenrechtstopos konstituieren, das als „*kulturimperialistische, neokoloniale Fremdbestimmung*“⁹¹⁰ abgelehnt wird:

*„How can we guarantee a non-recurrence of the imperialism of the European nations taking over the laudable concept of human rights? How can we protect the contents of the concept from becoming mere enumerations of culturally deductive principles of Europeans?“*⁹¹¹

*„Therefore the new perspective [on human rights in Africa] must distance itself openly from imperialist ideology of human rights at the international level and cultural-chauvinist/developmentalist ideology of the compradorial classes, at the national level.“*⁹¹²

Im Denkmodell des Naturzustandes als ein wichtiger Ansatz in der europäischen Philosophiegeschichte, in dem Gewalt und Unsicherheit durch Staatlichkeit beendet wird, sehen afrikanische Autoren einen Widerspruch zum afrikanischen Animismus: Während in Europa traditionell der Staat im Vordergrund stehe, sei es in Afrika der Mensch.⁹¹³ Der gesamte Ansatz europäischer Menschenrechte im

910 Vgl. Tonndorf, oben Fn. 801, 112.

911 Kofi Quashigah, *The Philosophical Basis of Human Rights and its Relation to Africa: A Critique*, JHRLP, 1992, 22, 38; dazu Tonndorf, a.a.O..

912 Shivji, oben Fn. 855, 70.

913 Vgl. Isaac Nguéma, *Discussion on „The Universality of Human Rights, a challenge for tomorrow’s world“*, in: *Universality of Human Rights in a Pluralistic World*, 1990, 128 ff.: *„Conversely the idea of the State – which has, as it were, taken over from God, and uses the law to impose its own authority – is central to the Western world-view, which is, of course, essentially a Christian one. [...] Man is central to the ‘animist’ vision: it does not exclude God, but sees God as co-existing with his creation, the ‘animist’ God being an immanent divinity; similarly the State is not absent, but its functions are distributed among the various members of the community (blacksmith, weaver, farmer, jeweller, cobbler, woodcutter, hunter etc.) Within this ‘animist’ universe, neither God nor the State imposes law from above. [...] The main point on which Africa disagrees with the West is definition of the human person, whom*

Sinne der durch staatliches Recht vermittelten (Abwehr-) Rechte des Individuums gegen eben diesen Staat basiere auf einer atomisierten Gesellschaft mit endemischen Konflikten. Diese spezifisch westliche, sozio-kulturell gewachsene Ausrichtung setze das Bewusstsein des Getrenntseins und von Einzelinteressen in der Gemeinschaft voraus, was eben keine universelle anthropologische Konstante sei.⁹¹⁴ Weil aber gerade dies im Westen mythologisiert werde, würden andere Denkmuster nicht akzeptiert:

„Like the Christian God, the Western State is transcendent and omnipotent, and refuses to tolerate other 'divinities', be they clans, castes, tribes or ethnic groups.“⁹¹⁵

„The new conceptualisation [of human rights in Africa] must clearly break from both the metaphysics of natural law as well as the logical formalism and legalism of positive law. It must be rooted in the perspective of class struggle. This means, first, that counter-posed to the individualist/liberal paradigm must be the collectivist/revolutionary conception. The right-holder, if you like, is not exclusively an autonomous individual but a collective: a people, a nation, a nationality, a national group, an interest/social group, a cultural/oppressed minority, etc.“⁹¹⁶

Afrika ist ein zwischen Tradition und Moderne und zwischen Ablehnung und Adaption des kolonialen Erbes zerrissener Kontinent, in dem die ökonomische Not und viele Bürgerkriege mit zahlreichen Verletzungen an Leben und Körper, bis hin zum Genozid,⁹¹⁷ beherrschende, existentielle Probleme darstellen. Daneben muss bezweifelt werden, ob eine durch die europäisch-amerikanische Geschichte

Western society seems to regard only as an instrument for economic production.“

914 In dem Sinne etwa *Nyerere*, oben Fn. 831, 68 ff.; dazu auch *Tonndorf*, a.a.O., 115 ff.

915 *Nguéma*, oben Fn. 913, 128 ff.

916 *Shivji*, oben Fn. 855, 71.

917 Zum Hutsu-Tutsi-Konflikt, der 1994 in Ruanda 800.000 Menschenleben kostete, und zum Krieg im Kongo mit 3,8 Millionen Toten s. *Hans Christoph Buch*, Kollateralschaden Kongo – Eine afrikanische Tragödie, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 6.6.2005, S. 29; zum Bürgerkrieg in Somalia vgl. *Süddeutsche Zeitung* vom 17.9.1994, S. 9, zur aktuellen Entwicklung *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 7.1.2005, S. 3; zu den Bürgerkriegen im Sudan, Liberia, Kongo und zu Unruhen in Togo vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3.1.2005, S. 10; 9.11.2005, S. 6; 31.10.2005, S. 7 und 29.4.2005, S. 4.

geprägte abstrakte Idee angeborener und unveräußerlicher Rechte besonders in jenen, von perpetuierten Traditionen beeinflussten Bevölkerungsteilen verwurzelt ist. Afrikanisches Gewohnheitsrecht, Rituale, Stammeshierarchien und die Geschichte der vorkolonialen Gesellschaften, in denen es keinen Sinn und Zweck für Rechte des Einzelnen gegen die Gemeinschaft gab, sprechen gegen eine solche Einschätzung.

Es kann dahinstehen, ob sich das afrikanische Menschenbild als Apologie geschlossener Gesellschaftsformen und Versuch einer strukturellen Rückkehr zu diesen sowie einer Immunisierung gegen die als kulturfremde und neokoloniale Einmischung empfundenen Einflüsse darstellt.⁹¹⁸ Und es macht keinen Unterschied, ob sich etwa die dritte Generation der Menschenrechte (der Völker) tatsächlich als Tradierung afrikanischer Wurzeln begründen lässt oder in taktischer Abwehr wirtschaftlicher Hegemonialstellung westlicher Staaten entstanden ist, denn das Modell wird im Rahmen afrikanischer Tradition konstituiert, es ist Bestandteil afrikanischen Selbstverständnisses und damit (afrikanisches) Menschenrecht.

Ein afrikanisches Selbstbild und Bild des Menschen, das historisch und überzeitlich (zum Beispiel animistisch oder mit *eigenem* Würdebegriff) begründet wird, ist somit jedenfalls konturierbar und von Einfluss auf die Entstehung neuer und die Auslegung bestehender Generationen von Menschenrechten, was - aus rein völkerrechtlicher Sicht - im Aushandeln eines universellen Standards berücksichtigt werden muss. Ob vor diesem Hintergrund ein Dokument wie die Universal Declaration of Human Rights als Maßstab dienen kann, muss bezweifelt werden, waren doch mit Äthiopien und Liberia gerade einmal zwei subsahara-afrikanische Staaten an deren Entwurf und Verabschiedung beteiligt.⁹¹⁹

918 So *Tonndorf*, oben Fn. 801, 158 f.

919 Nur ein weiterer dritter Staat des afrikanischen Kontinents war an der Entstehung der UDHR noch beteiligt: Ägypten; s. dazu *Worku*, oben Fn. 862, 53.

2.1.4.2 *Konfuzianische Tradition und politische Determinanten im asiatischen Kulturkreis*

Anders als in den frühen afrikanischen, gab es in der chinesischen und anderen asiatischen Gesellschaften eine dezidierte und umfassende Ordnungslehre. Der Konfuzianismus - primär als Summe verschiedener konfuzianischer Schulen verstanden - war zwar nicht die einzige Lehre, die das frühe China beeinflusste, er war aber über zweitausend Jahre lang (ca. 200 v. Chr. bis 1911 n. Chr.) Staatsideologie und hat damit Moral, Rechtsordnung und gesellschaftliches Leben maßgeblich beeinflusst.⁹²⁰ Von China breitete sich der Konfuzianismus auch auf viele andere asiatische Staaten wie Korea, Japan, Vietnam und Singapur aus.

Die umfassende intellektuelle Tradition der auf den Philosophen und Politiker *Konfuzius* (ca. 551 bis 479 v. Chr.) zurückgehenden, in China als „*Schule oder Lehre der Gelehrten*“ (*ju-chia*) bezeichneten Konfuzianismus, entstand im historischen Umfeld politischer, zum Teil militärisch ausgetragener Machtkämpfe und dem daraus resultierenden, inneren Unfrieden.⁹²¹ Die entscheidende politische und philosophische Frage der Zeit war daher, wie aus dem Chaos ein geordnetes System entstehen könnte, das dem menschlichen Leben einen Sinn geben würde. Im Zentrum der Lehre von *Konfuzius* zur Lösung der Probleme stand ein Ordnungsdenken, das die Hebung der öffentlichen Moral durch Ausbildung und Entwicklung des menschlichen Charakters auszeichnete.⁹²² Das daraus entstandene konfuzianische Gemeinschaftsmodell fokussierte die persönlichen Beziehungen, die durch die Akzeptanz einer gemeinsamen Kultur und Identifizierung mit ihr getragen und zusammengehalten werden

920 Vgl. *Babetta von Albertini Mason*, Menschenrechte aus westlicher und asiatischer Sicht – Zu den Grundwerten der liberalen Demokratie, 2004, 117.

921 S. von *Albertini Mason*, a.a.O., 120 ff.; auch *Yu-Lan*, oben Fn. 800, 8 ff.

922 Von *Albertini Mason*, a.a.O., *Yu-Lan*, a.a.O., 70: „*Confucius laid emphasis on the importance of man's possessing the quality of genuineness or truth, and hated all emptiness and falseness. He esteemed the 'basic stuff' and its accompanying quality of straightforwardness or uprightness (chih), concerning which the Lun Yü contains many passages. This Confucius says: 'Man's life is to be upright (chih). If one makes crooked this life, one is lucky to escape (disaster).'*“.

sollten. Ein transzendental-ontologischer Einheitsgedanke - die kosmologische Verknüpfung von Himmel und Mensch - ermöglichte dabei den Anspruch auf eine, in ihrer Finalität als Vervollkommnung der menschlichen Natur gedachten, universal gültigen, irdischen Ordnung. Die organische Entität und Zirkularität von Selbstvervollkommnung und der familiären, staatlichen und weltlichen Ordnung offenbarte sich in einer Tugendlehre, deren Axiom die Menschlichkeit (*jen*) oder „*Liebe zu anderen*“ war und in der die Kultivierung der eigenen Person der Ausgangspunkt für das Ordnen von Familie und Staat und letztlich der ganzen Welt darstellte.⁹²³

Konfuzianische Sittlichkeit und die Legitimierung von Herrschaft

Vom Ausgangspunkt der Familie als wichtigster sozialer Einheit des Konfuzianismus entwickelte *Konfuzius* ein *Sozialmodell* der „*fünf sittlichen Beziehungen*“, welches die Relation von Herrscher zu Beherrschtem, Vater zu Sohn, Ehemann zu Ehefrau, älterem zu jüngerem Bruder und Freund zu Freund impliziert. Welche innere Ordnung die Verhältnisse aufweisen, ist zwischen einer streng hierarchischen Sichtweise und einer die Gegenseitigkeit betonenden Auslegung umstritten.⁹²⁴ Während letztere als tiefere Bedeutung der konfuzianischen Aufzeichnungen die Reziprozität der Verantwortung in den Mittelpunkt stellt, sieht die erstere das Erreichen der sozialen Harmonie in der Erfüllung der individuellen Rolle jedes Einzelnen als Beitrag zur Ordnung der ganzen Gesellschaft, was nur durch ein Netzwerk an Pflichten und einem Subordinationsverständnis - die höher stehenden Personen haben mehr Rechte, die inferioren Personen mehr Pflichten - zu erzielen sei.

In der Legitimierung von Herrschaftsgewalt im frühen China spielt die kosmologische Idee des „*Mandats des Himmels*“ (*tianming*) eine zentrale Rolle, welche in dem vom Himmel wegen seiner Tugendhaftigkeit ausgewählten König das beispielhafte Wesen mit natürlicher Begabung zur Führung sieht, der aber gebunden ist durch den Willen des Himmels, welcher sich nach *Mengzi* (auch *Menzius* oder

923 Dazu *Kühnhardt*, oben Fn. 768, 197 ff.; von *Albertini Mason*, oben Fn. 920, 120 ff.

924 Vgl. dazu *Robert Weatherley*, *The Discourse of Human Rights in China – Historical and Ideological Perspectives*, 1999, 39 f.; von *Albertini Mason*, a.a.O.

Meng Tzu, ca. 372 – 281 v. Chr.) im Willen des Volkes manifestiert.⁹²⁵ Daher verliert der schlechte Herrscher, der zum bloßen Tyrannen wird, auch seine Stellung und kann vom Volk abgesetzt werden.

Hervorzuheben ist auch, dass die konfuzianische Ethik die „*natürliche Gleichheit aller Menschen*“ wegen ihrer gemeinsamen menschlichen Natur anerkennt, deren wichtigster Aspekt der urteilende Verstand ist, der jedem Menschen die Fähigkeit verleiht, zwischen Richtig und Falsch zu unterscheiden.⁹²⁶ Selbstkenntnis erwirbt der Mensch, der sich vor allem durch seine einzigartige Fähigkeit zu moralischem Verhalten auszeichnet, durch Differenzierung von anderen Lebewesen sowie durch die Identifizierung mit anderen Menschen.⁹²⁷ Trotz seiner natürlichen Egalität ist die moralische Begabung des Menschen als Potential zu verstehen, dessen Perfektionierung nur wenigen gelungen sei - hypostasiert durch das Ideal des konfuzianischen Edelmanns (*chün-tzu*) -, was zur Annahme ethischer und moralischer Ungleichheit der Menschen führte und mögli-

925 Dazu Kühnhardt, oben Fn. 768, 197 ff.; von Albertini Mason, a.a.O., 133 ff.; Yu-Lan, oben Fn. 800, 117: „*In Mencius's ideal government, as here described, the ruler of the empire must be a Sage. When this Sage becomes old, he must before his death select a Sage who is younger than himself, and try him out by first making him his assistant. When he has proved his worth, he must present him to Heaven, so as to indicate that this is a succession authorized by himself. Then when the older Sage dies, the younger one replaces him as Emperor. Yet Heaven's Will is unfathomable, and actually it is only the will of the people which can be known. Therefore if the people really turn to this younger Sage, this is an indication that Heaven has given him the empire. In other words presenting him to Heaven really means presenting him to the people.*“.

926 Vgl. Weatherley, oben Fn. 924, 40; von Albertini Mason, oben Fn. 920, 120 ff.; Roetz, oben Fn. 799, 14 f.; Yu-Lan, oben Fn. 800, 117, Mengzi zitierend: „*The feeling of commiseration is the beginning of human-heartedness (jen). The feeling of shame and dislike is the beginning of righteousness (i). The feeling of modesty and yielding is the beginning of propriety (li). The sense of right and wrong is the beginning of wisdom (chih). Man has this four beginnings just as he has his four limbs. [...] Since all men have these four beginnings in themselves, let them know to give them their full development and completion, and the result will be like fire that begins to burn, or of a spring which has begun to find vent.*“; zur moralischen Autonomie des Einzelnen s. auch Irene Bloom, Moral Autonomy in Confucian Tradition, in: William Kirby (Ed.), Realms of Freedom in Modern China, 2004, 28 ff.

927 S. von Albertini Mason, oben Fn. 920, 137.

cher Ausgangspunkt für ökonomische und politische Vorrechte war.⁹²⁸

Die persönliche Vervollkommnung des Menschen ist nach dem mengzischen Konfuzianismus eingebettet in eine Transzendentalphilosophie, welche die Ausbildung des eigenen Altruismus und damit der Menschlichkeit („*work of love as a method*“)⁹²⁹ als Voraussetzung der Auflösung der Trennung zwischen dem Selbst und den Anderen sieht, der Verschmelzung des Einen mit Allem als Erfüllung der ursprünglichen Einheit der Singularität mit dem Universum. In der Herstellung der Dreieinheit von Himmel und Erde mit und durch den Menschen in deren Zentrum wird die Menschheit von dem Edlen (*junzi*), dem idealen Herrscher, vertreten.⁹³⁰ Es obliegt daher nicht der gesamten Menschheit die zentrale Stellung in der Welt zu besetzen, sondern diese ist dem Sohn des Himmels (*tian zi*) vorbehalten, er „*bewahrt die Mitte*“.⁹³¹ Auf der Ebene der Ordnung der Welt ist die Menschheit auf den „*Ein-Mensch*“ und somit auf eine Person konzentriert.

Die starke Verbreitung des Konfuzianismus forderte auch Gegenbewegungen heraus, die sich besonders in der Kritik der Mohisten, Taoisten und Legalisten zusammenfassen lassen. Während die von *Mo Tzu* (ca. 479 – 381 v. Chr.) beeinflussten Mohisten die Lehren *Konfuzius'* als zu passiv kritisierten und eine allumfassende Liebe, politischen Einsatz sowie utilitaristische Ideen propagierten, betonten die Taoisten die Rückkehr zur Natur als vollkommenen Zustand und sahen im Nicht-Handeln und der politischen Inaktivität ein Ideal zur Erreichung individueller Autonomie und Freiheit, welches impli-

928 Vgl. von *Albertini Mason*, a.a.O., 139, mit folgendem Konfuzius-Zitat: „[B]y nature, men are nearly alike, by practice, they get to be wide apart.“; den Rang eines konfuzianischen Edelmanns konnte dabei erreichen, wer durch „*self-cultivation and inner enlightenment*“ sein Potential (über das grundsätzlich jeder Mensch verfügte) vervollkommnete. Dazu waren pausenlose Anstrengungen und stetiges Lernen und Umsetzung des Gelernten nötig.

929 Dazu *Yu-Lan*, oben Fn. 800, 130.

930 Vgl. *Hans-Georg Möller*, Die Präsenz des Menschen in der antiken chinesischen Philosophie, in: *Walter Schweidler*, Menschenrechte und kulturelle Identität, in: *Walter Schweidler (Hrsg.)*, Menschenrechte und Gemeinwohl – westlicher und östlicher Weg? Philosophisch-politische Grenzerkundungen zwischen ostasiatischen und westlichen Kulturen, 1998, 170 f.; auch von *Albertini Mason*, a.a.O., 135 ff.

931 Dazu *Möller*, oben Fn. 930, 170 f.

zit die konfuzianische Regierungslehre angriff.⁹³² Fern solcher anthropologischer Vorstellungen war die Schule der Legalisten vor allem von realpolitischen Theorien und Methoden der totalen Staatsorganisation und –lenkung gekennzeichnet. Das Aufkommen dieser herrschaftsorientierten Doktrin fällt in die Zeit des Zusammenbruchs des Feudalsystems, welches durch zahlreiche und begrenzte Territorien und personalisierte Regierungen geprägt gewesen war und durch neues Staatsdenken ersetzt werden musste.⁹³³ Zur Aufrechterhaltung der politischen Ordnung wurde hier besonders die im konfuzianischen Denken angelegte Unterscheidung zwischen Herrscher und Beherrschten betont.⁹³⁴

Verbindung des konfuzianischen mit dem legalistischen Denken

Aus den verschiedenen philosophischen Angeboten des frühen China hat vor allem die Synthese der kontradiktorischen Systeme des Konfuzianismus und des Legalismus das chinesische Rechtssystem nachhaltig beeinflusst. Beiden Lehren liegt die Finalität einer geordneten Gesellschaft zugrunde. Während jedoch das konfuzianische Rechtsdenken die Anwendung von Gewalt hinter die Vorbildfunktion des Herrschers stellte - Recht ist allenfalls sekundäres Mittel zum Zweck -, sahen die Legalisten den pragmatischen und plausiblen Weg zur Wiederherstellung des Friedens gerade in der Anwendung des (Straf-) Gesetzes und appellierten weniger an die Moral als an die Furcht des Menschen.⁹³⁵ Absolute Macht des Kaisers in einem zentralisierten Staat und rücksichtslose Vollziehung des Gesetzes sind die wesentlichen Elemente legalistischer Theorie. Trotz einer kurzen Periode der strikten Umsetzung dieser Vorstellungen wurde der Konfuzianismus später zur Staatsideologie, allerdings verbunden mit legalistischen Konzepten und Mechanismen der Staatsführung.

932 Vgl. von *Albertini Mason*, oben Fn. 920, 140 ff.; *Yu-Lan*, oben Fn. 800, 76 ff.

933 Dazu von *Albertini Mason*, a.a.O., 145 ff.

934 Vgl. *Möller*, a.a.O.

935 Von *Albertini Mason*, a.a.O.; *Yu-Lan*, a.a.O., 321: „*The intelligent ruler unifies measures and weights, sets up different standards, and steadfastly maintains them. Therefore his decrees are promulgated and the people follow them. Laws are the model for the empire and the representative standards for all affairs. Officials are those on whom the people depend on their lives (i.e., they have power of life and death over the people). Therefore the government of the intelligent ruler carries out punishment according to the law.*“.

Die daraus folgende Politisierung des Konfuzianismus veränderte die „*fünf sittlichen Beziehungen*“ in der Weise, dass weit mehr die durch Hierarchisierung erreichte, soziale Stabilität anstatt das Wohlergehen des Individuums in den Vordergrund rückte.⁹³⁶

Die chinesische Philosophie stand auch unter einem nicht unerheblichen Einfluss des Buddhismus mit seinen Vorstellungen von Reinkarnation und Karma als Interdependenz, in denen die vergangenen Taten des Menschen die späteren Existenzen beeinflussen.⁹³⁷ Die buddhistischen Einflüsse wurden mit (neo-) taoistischer Tradition - für die der Gedanke der Einheit von individuellem, sozialem, politischen und kosmologischem Körper und eine metaphysische Beziehung von Nichtseiendem und Seiendem zentral ist⁹³⁸ - verknüpft, so dass beide Strömungen zeitweise als ein singulärer intellektueller Trend betrachtet wurden.⁹³⁹ Damit wurde insbesondere die Idee der Nicht-Existenz, des Nicht-Seins, als der Evolution vorangegangener Zustand verbreitet. Würde der Mensch seinen Geist in diesen originären Zustand der Leere versetzen, würden alle heterodoxen Gedanken verschwinden.⁹⁴⁰ Die Verbindung mit der buddhistischen Lehre wurde auch durch die im Konfuzianismus zum Teil verbreitete Vorstellung von der Unsterblichkeit der Seele und eines, graduell differenten Erleuchtungsprozesses begünstigt. Ignoranz und selbstsüchtige Liebe würden den Menschen von seiner Natur entfernen und den Kreislauf der Transmigration aufrechterhalten.⁹⁴¹

936 S. von *Albertini Mason*, oben Fn. 920, 147 ff.

937 Dazu *Fung Yu-Lan*, *A History of Chinese Philosophy*, Vol. II - The Period of Classical Learning, 1953, 237 ff.

938 Vgl. dazu *Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.)*, *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 10, 1998, 890 ff.; auch *Yu-Lan*, oben Fn. 800, 178: „*Thus understood, Tao, since it is the first principle of all things, cannot be itself be a 'thing' in the way that Heaven and Earth and 'the ten thousand things' are things. Objects can be said to be Being [...], but Tao is not an object, and so may be only be spoken of as Non-being [...]. At the same time, however, Tao is what has brought the universe into being, and hence in one way it may also be said to be Being. For this reason Tao is spoken of as both Being and Non-being. Non-being refers to its essence; Being to its function.*“.

939 Dazu *Yu-Lan*, oben Fn. 937, 240 ff.

940 Ebd.

941 S. *Yu-Lan*, a.a.O., 285 f.; zur gegenwärtigen Bedeutung des Buddhismus, der die Kulturrevolution überlebt hat und heute als Basis etwa in Meditationsbewegungen wie der Falun Gong Verbreitung findet, s. *Robert Weller*, *Worship, Teachings, and State Power in China and Taiwan*, in: *Kirby (Ed.)*, oben Fn. 926, 296 ff.

Idee der Menschenrechte im Konfuzianismus

Die Frage nach der Existenz von Menschenrechten - vor allem im Sinne bürgerlicher und politischer Ausrichtung - oder entsprechenden Ansätzen im frühen Konfuzianismus wird in der sinologischen Literatur weitgehend verneint.⁹⁴² Die Notwendigkeit der Herstellung des inneren Friedens, integriert in das Vorbild einer Ständeordnung, lasse keinen Raum für die Idee der Durchsetzung individueller Rechte.⁹⁴³ Daher gebe es auch keine Rechtstradition im Konfuzianismus, Recht sei in der Regel nur auf die Autorität und Macht des Herrschers bezogen worden und habe mit der Garantie der Interessen des Einzelnen nichts zu tun. Tatsächlich gab es im konfuzianischen Vokabular keinen Begriff des „Rechts“. Die Idee eines Rechts auf Privateigentum zum Beispiel ist in China vor der Neuzeit (vor 1840) nie entstanden,⁹⁴⁴ und der Begriff der „Menschen-Rechte“ musste im 19. Jahrhundert in den ostasiatischen Staaten durch die Zusammensetzung chinesischer Schriftzeichen zu neuen Komposita erst in den Sprachgebrauch eingeführt werden (chinesisch: *renquan*).⁹⁴⁵

Von dieser Thematik zu trennen und umstritten ist dagegen die Frage, ob die Idee der Menschenrechte mit den Werten des Konfuzianismus vereinbart werden kann, was vor allem deswegen relevant ist, da nach Ende des Kalten Krieges die zunehmende Diskreditierung des Marxismus auch zu einer Wiederentdeckung der konfuzianischen Lehre geführt hat.⁹⁴⁶ Gegen eine Übertragbarkeit wird angeführt, dem konfuzianischen Denken fehle eine abstrakte Interpretation des Begriffes „Mensch“, der nicht als freies und selbstbestimmtes Subjekt, sondern immer nur in der konkreten Rolle innerhalb der Gesellschaft verstanden werde. Auch sei die Idee gleicher Rechte nicht mit der Vorstellung von der moralischen Hierarchie der Men-

942 Vgl. *Weatherley*, oben Fn. 924, 37 f.; *Yihong Mao*, Rechte und Wert – Menschenrechte und die traditionelle konfuzianische Kultur, in: *Schweidler* (Hrsg.), oben Fn. 930, 182 ff.; differenzierend *Roetz*, oben Fn. 799, 16 ff., der zwar keine Vorstellung subjektiver Rechte, aber eine Entwicklung in Richtung auf die Anerkennung von Rechten im mengzischen Konfuzianismus sieht.

943 Vgl. *Weatherley*, a.a.O.; *Mao*, a.a.O.

944 S. *Weatherley*, oben Fn. 924, 37 f.; *Mao*, oben Fn. 942, 182 ff.

945 Vgl. *Theodore de Bary*, Neukonfuzianismus und Menschenrechte, in: *Wegmann/Ommerborn/Roetz* (Hrsg.), oben Fn. 799, 51.

946 S. *von Albertini Mason*, oben Fn. 920, 147 ff.

schen vereinbar, welche die unterschiedliche Rolle in der Gesellschaft bedingte und die Subordination persönlicher Interessen unter die des Kollektivs einschloss; die Betonung privater Belange wäre in diesem System als selbstsüchtig und unmoralisch missbilligt worden.⁹⁴⁷ Für eine Vereinbarkeit der Menschenrechtsidee mit der konfuzianischen Denkweise wird argumentiert, dass eine konfuzianische Ausgestaltung der Menschenrechte zwar nicht völlig deckungsgleich mit dem als westlich-liberal empfundenen, universalen Modellangebot ausfallen würde, aber dennoch „*viel Raum*“ für eine starke Regierung mit einer starken Verpflichtung zu den Menschenrechten implizieren würde.⁹⁴⁸

Die Ursache dieser sehr kontrastreichen Uneinigkeit in der Beurteilung des konfuzianischen Menschenbildes liegt möglicherweise an dem scheinbaren Widerspruch innerhalb der konfuzianisch geprägten chinesischen Kultur. Elemente wie Mitmenschlichkeit, Werte des Menschen und geistige Freiheit werden betont, aber gleichsam wird eine individuelle Selbstbestimmung und persönliche Freiheit unterdrückt, gar „*vernichtet*“.⁹⁴⁹

Diese vermeintliche Aporie entsteht aber gerade erst in der Gegenüberstellung der verschiedenen Menschenbilder. Im Konfuzianismus sind Menschlichkeit und Menschenbild eingebettet in eine ontologische, kosmische Ordnung, die für alles Seiende in der Welt bestimmend ist und deren Sinnbild es ist, der Natur des Menschen zu folgen, die von der höchsten lenkenden Ordnungsmacht *Tian* (der Himmel) aufgetragen ist.⁹⁵⁰ Weil der Mensch Teil des Kosmos, sein Wesen von den natürlichen Weltgesetzen bestimmt und die menschliche Gesellschaft ein Abbild der kosmischen Ordnung ist, wird der Mensch als Teil der Gesellschaft verstanden. Wegen der Unveränderlichkeit der kosmischen Ordnung, deren zentrales Element die Mitmenschlichkeit ist, sind auch der ewige Wert und die Würde des Menschen darin verankert und werden bestimmt aus der Erfahrung seiner tugendgeleiteten Integration in die Gesellschaft.⁹⁵¹ Einem

947 S. *Weatherley*, a.a.O.

948 S. *von Albertini Mason*, oben Fn. 920, 155 mwN.

949 Vgl. *Mao*, oben Fn. 942, 178 ff.

950 Ebd.

951 Die dabei maßgeblichen fünf Tugenden sind: Menschenliebe, Rechtschaffenheit, Sittlichkeit, Weisheit und Treue; vgl. dazu *Mao*, a.a.O., 178 ff.

individualistischen Verständnis, gleicher vorstaatlicher und unveräußerlicher Personenrechte („*Die Menschen werden frei und gleich an Rechten geboren und bleiben es*“)⁹⁵², in dem der Einzelne souverän und letztlich nur seinem Gewissen gegenüber verantwortlich ist, entspricht diese Sichtweise nicht. Die konfuzianische Ethik ist auf die Mit-Menschlichkeit des Individuums ausgerichtet, das Wesen des Menschen besteht in seiner Bestimmung in der menschlichen Gesellschaft und sein Verhalten ist erst „wert“ mit der Anerkennung des Kollektivs.⁹⁵³ Das Grundmuster der menschlichen Beziehungen wird im Sinne einer sittlichen Ordnung verstanden, in der das Wesen des Menschen erst zum Ausdruck kommt, und die durch eine „*Selbstbeschränkung und Rückkehr zur Sitte*“ (*Ke ji fu li*) im faktischen Leben, anstatt einer Entfaltung der individuellen Persönlichkeit gekennzeichnet ist. Aufgrund einer solchen Wertvorstellung gelten Würde und Rechte des Kollektivs höher als die Würde des einzelnen Menschen, das Nationalbewusstsein ist wichtiger als die Freiheit des Individuums.⁹⁵⁴

In der konfuzianischen Gesellschaft wird es daher auch als „*furchtbares Schicksal*“ gesehen, sich aus der Masse herauszulösen, da der Mensch mit der gesellschaftlichen Beziehungslosigkeit auch eine personale Würde verliert.⁹⁵⁵ Freiheit und Würde setzen im konfuzianischen Denken - ähnlich antiker Philosophie - neben einer hohen moralischen Haltung eine bestimmte sittliche Ordnung voraus, müssen aber in Synkrise mit einem präsenten elitären Führungs- und Konformitätsanspruch⁹⁵⁶ gesehen werden. Durch den systematischen Zusammenhang von Familie, Sitte und Ordnung geht die Existenz des Menschen als individuelles Wesen gleich zu einer gesellschaftlichen Existenz über. Die Entfaltung des Einzelnen, seine Selbstverwirklichung wird als Werdensprozess hin zu einer moralischen Persönlichkeit und letztlich als Dienst an der Gesellschaft gesehen; die danach erworbene Stellung ist gleichzeitiger Maßstab

952 Vgl. die Déclaration des droits de l'homme et du citoyen vom 26. August 1789.

953 *Xun Zi* (313 – 238 v. Chr.), zit. nach *Mao*, a.a.O., 180 f.

954 *S. Mao*, oben Fn. 942, 180 f.

955 Ebd.; dazu auch *Kühnhardt*, oben Fn. 768, 198 f.

956 Vgl. dazu *Mab Huang*, *Human Rights in a Revolutionary Society: The Case of the People's Republic of China*, in: *Adamantia Pollis/Peter Schwab (Ed.)*, *Human Rights. Cultural and Ideological Perspectives*, 1979, 64.

des Erfolges. In diesem Sinne ist es nicht verwunderlich, dass der aktuelle Neu-Konfuzianismus den modernen Menschen durch Sinn- und Wertverlust in seiner Existenz bedroht sieht und daher eine „*Vernunft der Moral*“ propagiert.⁹⁵⁷

Einfluss des Kommunismus in konfuzianisch geprägten Ländern

Das heutige, von der holistischen konfuzianischen Tradition beeinflusste Menschenbild in asiatischen Staaten kann selbstverständlich nicht losgelöst von den politischen Einflüssen der Neuzeit interpretiert werden. Während in den westlich orientierten asiatischen Staaten wie Japan - das japanische Rechtssystem enthält neben Gewohnheitsrecht vor allem Elemente deutschen und französischen Rechts und der angloamerikanischen Rechtspraxis⁹⁵⁸ - oder Südkorea die konfuzianische Tradition zwar weiterhin an der Betonung der Pflichten als unablösbares Gegenstück der Rechte erkennbar ist,⁹⁵⁹ werden die Unterschiede zu einer westlich-liberalen Menschenrechtskonnotation jedoch vor allem an den Beispielen Chinas, Nordkoreas und Vietnams und dem Einfluss durch den Sozialismus, Kommunismus und Marxismus-Leninismus deutlich, auf deren nähere Untersuchung daher im Folgenden der Schwerpunkt liegt.

Im bevölkerungsreichsten Staat der Erde kam es nach der Machtübernahme der kommunistischen Partei im Jahr 1949 unter der Dominanz *Mao Tse-tungs* zu einer Alteration neokonfuzianischer Ideen und ihrer Verbindung mit dem Marxismus. Obwohl der dreißig Jahre lang als Parteivorsitzender wirkende politische Führer, der das Land nach Jahrzehnten innerer Unruhen und auswärtiger Besetzung einigen konnte, sich *expressis verbis* gegen das Konfuzianertum aussprach, ist seine Nähe zum konfuzianischen Denken dennoch nicht zu leugnen: Der Vorrang von Sittlichkeit und Moral gegenüber Recht und Gesetz, die Diktatur des Proletariats und der Geist der Selbstlosigkeit als einzig absolute Prinzipien menschlichen Handelns

957 S. *Mao*, oben Fn. 942, 178 ff.

958 Vgl. dazu *Ian Neary*, *Human Rights in Japan, South Korea and Taiwan*, 2002, 21; zum japanischen Menschenrechtsverständnis zwischen Identitätswahrung und Orientierung am Westen s. auch *Kühnhardt*, oben Fn. 768, 160 ff.

959 S. „*Chapter III: Rights and Duties of the People*“ der Constitution of Japan von 1946 und „*Chapter II Rights and Duties of the Citizens*“ der Verfassung Südkoreas aus dem Jahre 1948.

und der Kampf gegen jeden Eigennutz sind Beispiele der Synkrise von im Konfuzianismus angelegter Ideen mit dem Marxismus.⁹⁶⁰ Die konfuzianische Tradition nutzend wurde so der Machtanspruch des Marxismus begründet, wobei jedoch die (zumindest sittliche) Anforderung an die Selbstbegrenzung des Herrschers verloren ging und im faktischen Totalitarismus *Maos* endete.⁹⁶¹

In dem Zusammenhang wird argumentiert, dass das Bewusstsein von individuellen Rechten im tradierten konfuzianischen Sittenkodex und durch die kommunistische Ideologie „*doppelt gefesselt und abgestumpft*“ worden ist.⁹⁶² Diese Sichtweise lässt sich vor allem mit der marxistisch-leninistischen Leitideologie des Kommunismus erklären: Das Menschenrechtsverständnis steht hier in schroffer Abwendung von der personalen Menschenrechtstradition des westlichen Europas und Nordamerikas.⁹⁶³ So sieht *Karl Marx* in der Verfassungsentwicklung Frankreichs und der Vereinigten Staaten mit

960 S. *Mao*, oben Fn. 942, 184 f.; *Oskar Weggel*, Naturrecht und Rechtspositivismus im modernen chinesischen Verständnis, in: *Schweidler*, oben Fn. 930, 254 ff.; s. auch die Darstellung bei *Weatherley*, oben Fn. 924, 5; vgl. in diesem Zusammenhang auch *Arlen Meliksetov/Alexander Pantsov*, The Stalinization of the People's Republic of China, in: *Kirby*, oben Fn. 926, 198 ff.

961 Vgl. dazu etwa *Stuart Schram*, The Thought of Mao Tse-Tung, 1989, 93: „*Mao declared that the new regime he was about to set up could be called a 'people's democratic autocracy' just as well a 'people's democratic dictatorship'. Too much should not be made of this terminological difference, for tuts'ai was sometimes used in past years, when Marxist expressions did not yet all have standard equivalents in Chinese, as a translation for 'dictatorship'. Non the less, to the extent that it carries an aura of old-fashioned Chinese-style autocracy, this term in fact sums up rather well the essence of Mao's approach to political leadership. On the one hand, he promoted grass-roots participatory democracy on a larger scale than any other revolutionary leader of modern times. [...] But at the same time he regarded the promotion of democracy as feasible only within the framework of a 'strong state'. [...] Unfortunately, his idea of a strong state was something very like an autocracy, in which he, as the historic leader of the Chinese revolution, remained in the last analysis the arbiter as to what political tendencies were legitimate, and which were not.*“; s. auch 196 f.: „*Mao talked of devising a 'Chinese Road to Socialism'; Teng prefers to speak of building 'Socialism with Chinese Characteristics'. The logic of these two enterprises is in some ways significantly different, but in each case involves both using Marxism to guide the revolution in China, and at the same time adapting it to the circumstances, and to the culture, of the Chinese people.*“; vgl. auch *Jianfei Xin*, *Mao Zedong's World View – From Youth to Yanan*, 1998.

962 Dazu *Mao*, a.a.O.; ähnlich *Kühnhardt*, oben Fn. 768, 208.

963 S. *Kühnhardt*, a.a.O.

ihrer Konzentration auf die Entwicklung der Menschenrechtsidee die Konsequenz des Übergangs von der Feudalordnung zur bürgerlichen Gesellschaft.⁹⁶⁴ Trotz des anzuerkennenden Fortschritts gegenüber dem feudalen System hätten die Menschen- und Bürgerrechte den Menschen von seinen Verpflichtungen gegenüber der Gemeinschaft und dem Gemeinwesen gelöst und das Band zwischen dem Individuum und der es tragenden Gesellschaft getrennt. In der liberalen Idee der Menschenrechte sieht *Marx* daher nichts anderes als die Manifestation eines egoistischen Aneignungstriebes.⁹⁶⁵

Auch wenn diese Positionen später in einem Prozess der marxistischen Neuinterpretation der Menschenrechte umgeformt wurden und zu einer kommunistischen Definition und Ausprägung der Rechte des Menschen geführt haben,⁹⁶⁶ in der diese nicht aus überpositiven, metaphysischen Normen derivierten, sondern aus dem objektiven Recht und der ökonomischen Struktur abgeleitet und untrennbar mit Grundpflichten verbunden wurden, bleibt vor allem in der chinesischen Dopplung von Marxismus und Konfuzianismus die Grundidee, dass der Einzelne auf die Selbstbestimmung seiner individuellen Würde zugunsten der Gemeinschaft verzichten soll. Verdeutlicht

964 *Karl Marx, Zur Judenfrage, in: Arnold Ruge/Karl Marx, Deutsch-Französische Jahrbücher, 1844, repr. 1973, 316 ff.: „Vor allem konstatieren wir die Tatsache, daß die sogenannten Menschenrechte, die droits de l’homme im Unterschied von den droits du citoyen, nichts anderes sind als die Rechte des Mitglieds der bürgerlichen Gesellschaft, d.h. des egoistischen Menschen, des vom Menschen und vom Gemeinwesen getrennten Menschen. [...] Jene individuelle Freiheit [Menschenrecht des Privateigentums], wie diese Nutzenanwendung derselben, bilden die Grundlage der bürgerlichen Gesellschaft. Sie läßt jeden Menschen im andern Menschen nicht die Verwirklichung, sondern vielmehr die Schranke seiner Freiheit finden. [...] Keines der sogenannten Menschenrechte geht also über den egoistischen Menschen hinaus, über den Menschen, wie er Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft, nämlich auf sich, auf sein Privatinteresse und seine Privatwillkür zurückgezogenes und vom Gemeinwesen abgesondertes Individuum ist.“*

965 Dazu *Kühnhardt*, oben Fn. 768, 208; Die Gegensätze zwischen den Weltanschauungen des marxistisch-leninistischen Ostens und des liberal-individualistischen Westens haben sich später besonders bei der Entwicklung der internationalen Menschenrechtskodifikationen gezeigt; vgl. dazu bereits oben Text zu Fn. 772 f.

966 Den Sinn und Zweck der Rechte des Einzelnen erkennt das marxistisch-leninistische Menschenbild -vereinfacht gesprochen - grundsätzlich in ihrem Gebrauch für die Höherentwicklung der sozialistischen Gesellschaft; vgl. dazu *Haratsch*, oben Fn. 673, 44 ff.

wird diese Idee auch dadurch, dass selbst der Begriff der Demokratie im kulturellen Kontext Chinas als Subordination des Einzelnen unter die jeweilige Organisation und der Inferioren unter die superioren gesellschaftlichen Ebenen verstanden wird - die konfuzianische Tradition fortführend verstanden auch die Kommunisten ihre Volksrepublik als „*nicht hinterfragbare hierarchische Ordnung*“.⁹⁶⁷

Manifestation von konfuzianischem und kommunistischem Denken im heutigen Recht

Der konfuzianisch-marxistische Impetus ist in den Verfassungen der entsprechenden Länder deutlich erkennbar. So sind in dem chinesischen Dokument die ersten 32 Artikel dem Staat und der Gemeinschaft gewidmet.⁹⁶⁸ Der alles umfassende Staat sorgt für die Einheit und Dignität des verfassungsmäßigen sozialistischen Rechtssystems, über dem kein Individuum stehen darf, er erhöht die Arbeitsproduktivität und forciert die ökonomische Entwicklung „*by enhancing the enthusiasm of the working people*“, er schützt das kollektive Eigentum und übernimmt die Wirtschaftsplanung, er ist für die sozialistische Erziehung und Erhöhung des wissenschaftlichen und kulturellen Levels verantwortlich, er fördert die Natur- und Sozialwissenschaften, hat die Aufgabe der Gesundheits- und Krankenversorgung, der Entwicklung von Kunst und Literatur sowie der Familienplanung und er verstärkt „*the building of socialist spiritual civilization*“.⁹⁶⁹

Die nach der Auflistung der umfangreichen Aufgaben des Staates in Kapitel II der chinesischen Verfassung folgenden Grundrechte werden bezeichnenderweise niemals autonom und losgelöst von den sich ergebenden Grundpflichten verstanden:

„Article 33. All persons holding the nationality of the People's Republic of China are citizens of the People's Republic of China. All citizens of the People's Republic of China are equal before the law. Every citizen enjoys the rights and at the same time must perform the duties prescribed by the Constitution and the law.“⁹⁷⁰

967 S. Mao, oben Fn. 942, 184 f.

968 Vgl. Constitution of the People's Republic of China von 1982.

969 Vgl. Artikel 5, 12, 14, 15, 19 bis 22, 24 und 25.

970 Hervorhebung durch Verfasser.

Interessanterweise enthält die chinesische Verfassung kein ausdrückliches Recht auf Leben; zwar schützt Artikel 38 die Unverletzlichkeit der Würde, als damit zusammenhängende Verletzungen werden aber nur die Beleidigung, Verleumdung, falsche Beschuldigung und die Konspiration aufgeführt.⁹⁷¹

Die Bürgerpflichten setzen sich aus einer Vielzahl an Normen zusammen, vor allem aus der Pflicht zu arbeiten, sich zu bilden, die Einheit des Landes zu wahren, die Verfassung, das Recht und die soziale Ethik einzuhalten, die Sicherheit, Ehre und die Interessen des Heimatlandes zu schützen und es gegen feindliche Aggression zu verteidigen.⁹⁷² Die demokratiekonstituierenden Grundrechte werden dagegen ohne nähere Ausgestaltung und Schrankenregelung in einem Satz festgehalten:

„Article 35. Citizens of the People's Republic of China enjoy freedom of speech, of the press, of assembly, of association, of procession and of demonstration.“

An Bedeutung gewinnt vor diesem Hintergrund vor allem Artikel 51 der chinesischen Verfassung, der die Schranken aller Freiheiten allgemein mit den Interessen des Staates, der Gesellschaft und des Kollektivs und den Freiheiten anderer begründet:

971 Artikel 38 der chinesischen Verfassung: *„The personal dignity of citizens of the People's Republic of China is inviolable. Insult, libel, false charge or frame-up directed against citizens by any means is prohibited.“*

972 Vgl. Artikel 42, 46, 52 bis 55 der chinesischen Verfassung; vgl. in diesem Zusammenhang zur Bedeutung des Vaterlandes als zu schützendes Ganzes ein Interview mit *Zhang Qingli*, Chef der chinesischen Kommunistischen Partei in Tibet, zur Rolle des *Dalai Lama*: *„Er [der Dalai Lama] hat später viele schlechte Dinge getan, die mit der Rolle eines Religionsführers nicht in Einklang stehen. Der Kernpunkt ist: Jeder muss sein Vaterland lieben. Wie kann es sein, dass er nicht einmal sein Vaterland liebt? Wir haben ein Sprichwort: ‚Ein Hund findet seine eigene Hütte nicht dreckig, ein Sohn würde seine Mutter nie als hässlich bezeichnen‘ [...] Tibet ist die Heimat des 14. Dalai Lama, China sein Vaterland. Er hat sein Vaterland betrogen. In den fünfziger Jahren rebellierte er, in den späten Achtzigern entfachte er Unruhen in Lhasa. Das war gegen Volk, Regierung, die Gesellschaft gerichtet.“*; s. *Der Spiegel*, Heft 33/2006, S. 115.

„The exercise by citizens of the People's Republic of China of their freedoms and rights may not infringe upon the interests of the state, of society and of the collective, or upon the lawful freedoms and rights of other citizens.“

Die konfuzianisch-marxistische Höherwertigkeit des Ganzen gegenüber dem Einzelnen wird an dieser Stelle besonders deutlich, da die Norm eine Autorisierung impliziert, mit der letztlich jede individuelle Freiheit zugunsten des „collective good“ reduziert oder zurückgenommen werden kann, was auch als „imposing restraints from 'Above'“ im doppeldeutigen Sinne beschrieben und als Konterkarierung der Idee der individuellen Freiheiten kritisiert worden ist.⁹⁷³ Diese Beschränkung der Freiheit des Einzelnen im Kontext des Machtanspruchs und Konformitätsverlangens der das Ganze vertretenden Führung wird im chinesischen Strafrecht plastisch. So kann die ausdrücklich nur für die „most heinous crimes“ vorgesehene Todesstrafe⁹⁷⁴ für Straftaten der Gefährdung der nationalen Sicherheit,⁹⁷⁵ der öffentlichen Sicherheit,⁹⁷⁶ der Schädigung der sozialistischen Marktwirtschaftsordnung,⁹⁷⁷ Straftaten gegen das Eigentum oder Vermögen,⁹⁷⁸ Straftaten, die die Ordnung der gesellschaftlichen

973 So *Weatherley*, oben Fn. 924, 103; zur Kritik an dem mangelhaften Willen zur institutionellen Sicherung der Freiheitsrechte vgl. auch *Kühnhardt*, oben Fn. 768, 208.

974 Vgl. dazu *Astrid Maier*, Die Todesstrafe in der VR China, 2005, 72 ff.; auch nach der Strafrechtsreform aus dem Jahre 1997 kann für 70 Straftaten die Todesstrafe verhängt werden, das sind 16 % aller im Strafgesetzbuch normierten Straftaten.

975 Zu den Straftaten zählen etwa der Landesverrat, die Staatsspaltung, Planung etc. einer bewaffneten Rebellion und das Überlaufen zum Feind, aber auch Diebstahl oder Verrat von Staatsgeheimnissen; hinzutreten müssen jeweils besonders verwerfliche Tatumstände bzw. eine schwerwiegende Gefährdung der nationalen Sicherheit; vgl. *Maier*, a.a.O., 131 f.

976 Dazu zählen die Brandstiftung, Beschädigung von Verkehrsmitteln, rechtswidrige Lagerung von Feuerwaffen und Raub von Feuerwaffen oder Munition aus staatlichen Institutionen, wenn schwerwiegende Tatumstände bzw. Folgen hinzutreten; s. *Maier*, a.a.O., 133 f.

977 Dies sind etwa Straftaten des Schmuggels von Waren und Gegenständen, Geldfälschung, Kreditbetrug, Fälschung oder Verkauf gefälschter Mehrwertsteuerquittungen, wenn es sich jeweils um schwerwiegende Tatumstände oder eine große Wertsumme handelt; s. *Maier*, oben Fn. 974, 135 f.

978 Dies sind der Raub unter Anwendung von Gewalt oder Nötigung, wenn dazu in einen Privathaushalt eingedrungen wird, der Raub in einem öffentlichen Verkehrsmittel oder Geld- bzw. Kreditinstitut stattfindet; mehrmalige Begehung des Raubes oder Raub einer hohen Wertsumme, fälschliches Auftreten

Verwaltung beeinträchtigen,⁹⁷⁹ Straftaten der Gefährdung von Interessen der Landesverteidigung⁹⁸⁰ sowie der Verletzung von Dienstpflichten durch Militärpersonen⁹⁸¹ und Straftaten der Amtsunterschlagung und Bestechung⁹⁸² verhängt werden. China ist mit durchschnittlich 2.500 offiziellen Hinrichtungen im Jahr der Staat mit den meisten Vollstreckungen der Kapitalstrafe in der Welt.⁹⁸³

Einem dem chinesischen Recht und *in concreto* der Verfassung ähnlichen Duktus und Aufbau folgt auch das vietnamesische Dokument, in dem in den ersten 48 Artikeln die primären Aufgaben des zentral stehenden Staates und die Rechte und Pflichten des Volkes festgelegt sind, von der Pflicht zur Teilnahme in staatlichen und sozialen Angelegenheiten, der Errichtung einer sozialistischen Marktökonomie, des Schutzes und der Förderung der Landeskultur, der Literatur, Kunst und Wissenschaft, der sozialistischen Erziehung bis hin zur sportlichen Betätigung.⁹⁸⁴

als Angehöriger der Polizei oder des Militärs bei Begehung des Raubes oder Begehung mit einer Schusswaffe; mit dem Tode kann auch der Diebstahl bestraft werden, wenn er in einem Geld- oder Kreditinstitut stattfindet und eine hohe Wertsumme gestohlen wird oder der Diebstahl an wertvollen Kulturgütern vollzogen wird; s. *Maier*, a.a.O., 139.

979 Dazu zählen die Weitervermittlung krimineller Methoden an andere, Diebstahl bzw. Raub antiker Kulturrelikte, Schmuggel, Handel, Transport oder Herstellung von Drogen (ab einer Menge von 1.000 g Opium, 50 g Heroin oder Methamphetamin oder einer großen Menge einer anderen Droge), Organisation von Prostitution oder Nötigung zur Prostitution, bei schwerwiegenden Tatumständen; dazu *Maier*, a.a.O., 140.

980 Dies sind die vorsätzliche Beschädigung von Waffen und militärischen Einrichtungen oder die Belieferung der Streitkräfte mit qualitativ ungenügender Ausrüstung, wenn es sich um schwerwiegende Tatumstände handelt; dazu *Maier*, a.a.O., 142.

981 Das sind zum Beispiel die Befehlsverweigerung in Kriegszeiten, Überlaufen zum Feind an der Front, Desertation auf dem Schlachtfeld, wenn dadurch schwere Verluste erlitten werden bzw. eine Kollaboration mit dem Feind erfolgt; Übersicht in *Maier*, a.a.O., 143.

982 Die Wertsumme muss bei der Amtsunterschlagung oder Bestechlichkeit 100.000 Yuan (ca. 10.000 €) betragen und es müssen schwerwiegende Tatumstände vorliegen; vgl. *Maier* a.a.O., 142.

983 Vgl. *Maier*, oben Fn. 974, 75 ff.

984 S. beispielhaft Artikel 41 der Constitution of the Socialist Republic of Vietnam von 1992 (Hervorhebungen durch Verfasser): „(1) *The State and society shall develop a system of physical culture and sports that is national, scientific and popular.* (2) *The State exercises overall management for the development of physical culture and sports.*“; zu den anderen genannten staatlichen Aufgaben s. Artikel 11, 15, 31, 32 und 37.

Bemerkenswerterweise wird in der Rangfolge der sich an die Aufzählung der Staatsaufgaben anschließenden Grundrechte und –pflichten zunächst die Gleichheit der Menschen, die Untrennbarkeit der Rechte von den Pflichten, das Wahlrecht, der Zugang zur Daseinsvorsorge, der Schutz der Familie und die Förderung junger Menschen betont, bevor die etwa im IPbpR voranstehenden, liberalen Freiheitsrechte auf Leben, körperliche Unversehrtheit und Freiheit - in der Norm des Artikels 71 zusammengefasst - zum Ausdruck kommen.⁹⁸⁵

Nur ein Beispiel des der chinesischen Verfassung ähnlichen Impetus des Vorrangs des Ganzen, realisiert durch die Rücknahmemöglichkeit der zuvor gewährten individuellen Freiheit, wird durch Artikel 33 Satz 2 der vietnamesischen Verfassung in Bezug auf die Medienfreiheit verdeutlicht:

„The State shall promote information work, the press, radio, television, cinema, publishing, libraries and other means of mass communication. All activities in the fields of culture and information that are detrimental to the national interests and which undermine the fine personality, morality, and way of life of the Vietnamese people shall be strictly banned.“

Einen noch stärkeren Einfluss durch den Sozialismus, neben der vom langjährigen Staatspräsidenten *Kim Il Sung* entwickelten „*immortal Juche idea*“ als nationalistische Weiterentwicklung marxistisch-leninistischer Ideologie mit zentraler Stellung des Volkes und seiner Unabhängigkeit, weist allerdings die nordkoreanische Verfassung auf.⁹⁸⁶ Der kollektivistische Gedanke tritt hier ostentativ in Artikel 63 hervor:

„In the DPRK [Democratic People’s Republik of Korea] the rights and duties of citizens are based on the collectivist principle, One for all and all for one.“

985 S. Artikel 71 und vgl. insgesamt „*Chapter V Fundamental Rights and Duties of the Citizen*“ der vietnamesischen Verfassung, hier insbesondere die Artikel 51 bis 54, 61, 64 und 66.

986 S. Präambel und Artikel 3 der Socialist Constitution of the Democratic People's Republic of Korea, 1998.

Konkretisiert wird die Betonung dieses Gemeinsinns unter anderem in der Bedeutung der Arbeit als „*noble duty and honor of a citizen*“ als Beitrag jedes Einzelnen für die Gemeinschaft - sogar die tägliche Arbeitszeit ist in der Verfassung auf acht Stunden festgelegt - und der Pflicht zur Wahrung der gesellschaftlichen Einheit:

„Citizens shall firmly safeguard the political and ideological unity and solidarity of the people.

Citizens must value organizations and collectives, and must demonstrate the spirit of devoting themselves to the work for the society and the people.“⁹⁸⁷

Letztlich wird die Gewährung der bürgerlichen Rechte *expressis verbis* durch Artikel 64 Abs. 2 der nordkoreanischen Verfassung in Abhängigkeit zur Entwicklung des sozialen Systems gesetzt:

„In the DPRK the rights and freedom of citizens shall be amplified with the consolidation and development of the social system.“

Es wird deutlich, dass die zitierten Passagen nicht die Idee angebotener und überstaatlicher Rechte implizieren. Die Grundrechte sind keine metaphysische Größe, sondern in marxistischem Sinne der ökonomischen Struktur geschuldet und in konfuzianischer Tradition dem Wohl der Allgemeinheit und den staatlichen Interessen untergeordnet. Die Rechte der Gruppe haben Priorität vor den Rechten des Individuums, und die Rechte der Gruppe der Arbeiter haben besondere Bedeutung.⁹⁸⁸ Dieses Denken wird unter anderem von einem Strafsystem unterstützt, welches eine Bandbreite von „*Straftaten gegen die Revolution*“, wie Verrat oder das Empfangen ausländischer Radio- und Fernsehsendungen enthält und in dem selbst unpolitische Delikte politisch interpretiert werden können.⁹⁸⁹

Die nordkoreanische *Juche*-Ideologie sieht den Menschen als soziales Wesen, das mit Unabhängigkeit, Kreativität und Klassenbe-

987 Artikel 81 der nordkoreanischen Verfassung; zu der voranstehenden Zitierung s. Artikel 30 und 83.

988 Vgl. dazu *Sung-Chul Choi*, *Human Rights and North Korea*, 1999, 141 ff.

989 *Choi*, a.a.O., 141 ff. und 200 ff.

wusstsein sein Leben kultiviert.⁹⁹⁰ Obwohl in diesem Denken die arbeitenden Massen die wahren Herren der Welt sind, wird die Entwicklung der Gesellschaft nur mit dem richtigen Führer gelingen, und die Führung der Menschen obliegt der Partei und dem „großen Führer“.⁹⁹¹

Veränderung des marxistisch-konfuzianischen Menschenbildes in der Gegenwart?

Während Nordkorea politisch und ökonomisch in der Welt isoliert ist, stellt sich bezüglich Vietnams und vor allem Chinas vor dem Hintergrund der geschichtlichen Entwicklung mit der Dominanz zweier kollektivistischer Systeme die Frage, ob und wie sich das Menschenbild in der jüngeren Zeit aufgrund der marktwirtschaftlichen Öffnung verändert hat und verändern wird.

In den 1980er und 1990er Jahren der sukzessiven Emanzipation von einer streng marxistischen Ideologie gewinnen hier auch allgemeine, entideologisierte Gedanken über Menschenrechte an Bedeutung. Vor allem wird die Idee von den (Menschen-) Rechten als „interests“ vertreten, aber selbst in der demokratischen Bewegung Chinas werden Menschenrechte nicht als unbegrenzt und absolut, sondern als Variablen der geschichtlichen Entwicklung gekennzeichnet; die Rechte des Menschen bestünden nur in Relation zur dem den Menschen jeweils umgebenden Umfeld.⁹⁹² Die „due rights“

990 S. Choi, oben Fn. 988, 141 ff.

991 Vgl. dazu die Präambel der nordkoreanischen Verfassung; s. in diesem Zusammenhang auch die 1974 aufgestellten „Ten Great Principles of Unique Ideology“: „(3) We should make absolute the authority of Great Leader Comrade Kim Il-Sung. [...] (5) In the implementation of the instructions of Great Leader Comrade Kim Il-Sung, we should thoroughly uphold the principle of unconditionality. [...] (7) we should learn from Great Leader Comrade Kim Il-Sung and thereby possess a communist attitude and revolutionary and collective methodology.“; abgedruckt in Choi, a.a.O., 152 f.

992 S. Wie Jingsheng, Human Rights, Equality, and Democracy, in: James Seymour (Ed.), The Fifth Modernization – China’s Human Rights Movement, 1978-1979, 1980, 142: „At the same time human rights only exist in relation to other things, for people do not live in a vacuum but are surrounded by other things and relate, directly or indirectly, to their environment. Thus human rights are limited and relative rather than unlimited and absolute. This limitation constantly grows and changes with the development of the history of mankind and with man’s quest to tame and control his surroundings. Human rights in everyday life have to be gradually achieved. There is no such

begründeten sich demnach weniger in einer transzendentalen Quelle, sondern mehr in den sozialen Praktiken und entstammten der konkreten Reflexion der Rechtsprinzipien und anderer sozialer Regulierungsmechanismen. Zur Bestimmung der Normen, welche die Menschen „führen“ sollten, sei daher eine Betrachtung der aktuellen, den sozialen Praktiken impliziten Grundlagen notwendig, die auf einen Ausgleich und eine Harmonie der Interessen ausgerichtet sind.⁹⁹³

Es ist möglich, dass sich die Unterschiede zwischen den sozialen Strukturen Chinas und des „Westens“ in der Suche nach einer optimalen Balance zwischen Separation und Verbindung als Grundlage von Harmonie darstellen. Eine zu starke Gewichtung der Separation führe demzufolge zu Atomismus oder Individualismus; eine zu große Bedeutung der Verbindung führe zu Einheitsdenken.⁹⁹⁴ In dieser Gegenüberstellung sind im Westen Wettbewerb und Konflikt überentwickelt, während es in China traditionell wenig Sinn für Opposition und Separation gibt.

Trotz des festgestellten Einheits- und Gemeinschaftsdenkens offenbart sich auch und gerade in dem von Nationalismus begleiteten enormen wirtschaftlichen Auftrieb Chinas in der jüngsten Zeit eine psychologische Ambivalenz: Zum einen zieht sich durch die chinesische Geistesgeschichte ein roter Faden der offiziellen Verdammung des Ichs (so wurde *Konfuzius* wegen vier hervorragender Eigenschaften gerühmt, darunter die „ohne ich“ (*wu wo*) zu sein).⁹⁹⁵ Kollektivismus wurde seit jeher als grundlegendes ethisches Prinzip propagiert, auf das die Gesellschaft hinzulenken sei. Auf der anderen Seite ist trotz der Dominanz des Gesellschaftlichen in der chinesischen Kultur schon immer auch eine Zentrierung und Bejahung des Ichs feststellbar gewesen, die sogar zu der Aussage geführt hat, dass der wahre Mittelpunkt des chinesischen Denkens - möglicherweise gerade wegen der öffentlichen Oppression - die eigene Person sei.⁹⁹⁶ Ein Indiz dafür ist die Tatsache, dass die chinesische Zivilisation als

thing as 'ultimately achieving' human rights.“; dazu auch *Weatherley*, oben Fn. 924, 136.

993 Vgl. *Stephen Angle*, *Human Rights and Chinese Thought – A Cross-Cultural Inquiry*, 2002, 216 ff. mwN.

994 So *Xia Yong*, zitiert nach *Angle*, oben Fn. 993, 233.

995 Vgl. *Harro von Senger*, *Der Menschenrechtsgedanke im Lichte chinesischer Werte*, in: *Schweidler*, oben Fn. 930, 287 ff.

996 S. *von Senger*, oben Fn. 995, 287 ff.

eine der wenigen der Welt eine positive Einstellung zur List entwickelt hat. Ein und dasselbe Schriftzeichen kann „Weisheit“, als auch „List“ bedeuten.⁹⁹⁷ So wird die Wertschätzung der List etwa in dem populären „Katalog der 36 Strategeme“ dokumentiert, der eine Sammlung beispielhafter Geschichten beinhaltet, in denen einzelne Personen - zum Teil entgegen der gesellschaftlichen Normen - zu einem individuellen Vorteil gelangen.⁹⁹⁸

Spannungsverhältnis zwischen harmonischer Einheit und individueller Freiheit

Diese Ambivalenz im Individuellen korrespondiert womöglich mit der staatlichen Wirklichkeit Chinas in Vergangenheit und Gegenwart, in welcher der Konfuzianismus als Selbstbild und Ideal zwar propagiert wurde, in der Realität aber häufig totalitärer und willkürlicher Legalismus die konfuzianische Selbstbeschränkung des Herrschers konterkariert hat.

Es verwundert daher nicht, dass die begrenzten Ansätze einer Selbst-Verwirklichung und der gemeinschaftsautonomen Befriedigung persönlicher Bedürfnisse oder offiziell verbotener Religionsausübung, wie der der Falun Gong, in der chinesischen Kultur nur in einem sublimen Milieu des nichtöffentlichen Bereiches stattgefunden haben und stattfinden. Es gibt keine Tradition der Einforderung individueller Rechte gegenüber dem Staat, die Flucht ins Recht gilt als „*normwidriges Verhalten*“, weil ein „*anständiger*“ Mensch eine freundschaftliche und harmonische Lösung sucht und nicht vor Gericht geht.⁹⁹⁹ Vor allem bürgerliche und politische Rechte wurden nie systematisch formuliert oder gar institutionalisiert.¹⁰⁰⁰ Bedeutsam ist daher, dass die enorme ökonomische Entwicklung Chinas und die damit notwendige Öffnung für äußere, vor allem westliche Einflüsse bislang nicht mit einem wahrnehmbaren, breiten Forderungsdenken

997 Ebd.

998 So beispielsweise die Geschichte eines Mädchens, welches sich als Mann verkleidet Zugang zu einer Schulausbildung verschaffte, die im alten China den Frauen vorenthalten war; dazu *von Senger*, a.a.O.

999 S. *Weggel*, oben Fn. 960, 258.

1000 Vgl. *Huang*, oben Fn. 956, 64.

nach liberalen Freiheitsrechten einhergegangen ist.¹⁰⁰¹ Möglicherweise ist zwar weit mehr als in anderen Kulturräumen eine Anpassung an Wertvorstellungen mit dem wirtschaftlichen Wandel Chinas vorstellbar, diese kann aber naturgemäß nur als Weiterentwicklung der überkommenen, jahrtausendealten Ideale des Konfuzianismus geschehen, so dass immer eine chinesische Ausprägung des Bildes vom Menschen und seinen Rechten zu erwarten sein wird. Ein grundsätzlicher Unterschied zwischen der chinesischen Menschenrechtsvorstellung und westlich-liberalem Denken mag demnach darin liegen, dass nach letzterem *der Einzelne* der Inhaber der Menschenrechte ist, der beschränkt wird durch die gleichberechtigten Interessen der anderen, die durch den Staat vertreten werden, wohingegen nach konfuzianischer Tradition *der Staat*, in Funktion des Vertreters der Gemeinschaft, als Inhaber der (Menschen-) Rechte auftritt, der zum Ausgleich der Interessen und zur Herstellung der großen Harmonie und Einheit die Rechte je nach Situation gewährt, weil Einheit eine gewisse Gleichheit der Gedanken und Interessen verlangt.¹⁰⁰²

Wenn aus der traditionellen Bedeutung des Konfuzianismus für viele asiatische Staaten - insbesondere der dem Westen grundsätzlich kritisch gegenüberstehenden und sozialistisch beeinflussten - trotz der Abwesenheit und teilweise antipathischen Haltung gegenüber der Idee der Rechte eine moderne Menschenrechtskonzeption zu extrahieren ist, so ist dabei auch deutlich, dass es sich um eine eigene Interpretation handelt, in welcher der Vorrang der „*collective interests*“ vor den Interessen des Einzelnen - versinnbildlicht durch die Norm des Artikels 51 der chinesischen Verfassung - betont wird. Die Unterschiede dieses Konzepts zu einem westlich-liberalen Verständnis, in dem vom Ansatz her der grundsätzlich freie Mensch die Schranken seiner Freiheit in der gleichberechtigten Freiheit der an-

1001 Zu Ansätzen von Unmutsäußerungen bei Bauern und Arbeitern, die aber weitgehend ökonomischer Unzufriedenheit zuzusprechen sind, vgl. *Jean Oi*, *Realms of Freedom in Post-Mao China*, in: *Kirby (Ed.)*, oben Fn. 926, 266 ff.

1002 *S. Angle*, oben Fn. 993, 235; zwar haben in der jüngsten Zeit auch chinesische Wissenschaftler auf die unauflösbare Verknüpfung von Rechten mit der menschlichen Natur und die Bedeutung von der Gemeinschaft autonomer, individueller Rechte hingewiesen, dennoch sind diese „*recent 'non-official' views*“ nur vereinzelt anzutreffen und können daher nicht als repräsentativ bezeichnet werden; vgl. *Weatherley*, oben Fn. 924, 147 ff.

deren findet, werden dabei im internationalen, politischen Diskurs bei gleichzeitigem Misstrauen gegenüber dem als westlich dominiert verstandenen, internationalen Standard immer wieder betont, was nicht zuletzt die jüngste öffentliche Verurteilung der USA wegen Menschenrechtsverletzungen *durch* die chinesische Regierung zeigt.¹⁰⁰³

Die Bangkok Declaration, welche auch von den oben untersuchten Staaten verabschiedet wurde, verdeutlicht diesen Anspruch auf Anerkennung des eigenen, von äußeren Einflüssen befreiten und kulturell gewachsenen Menschen(rechts)bildes:

„Recognizing that the promotion of human rights should be encouraged by cooperation and consensus, and not through confrontation and the imposition of incompatible values, [...]

5. Emphasize the principles of respect for national sovereignty and territorial integrity as well as non-interference in the internal affairs of States, and the non-use of human rights as an instrument of political pressure; [...]

8. Recognize while human rights are universal in nature, they must be considered in the context of a dynamic and evolving process of international norm-setting, bearing in mind the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds; [...]

*10. Reaffirm the interdependence and indivisibility of economic, social, cultural, civil and political rights, and the need to give equal emphasis to all categories of human rights;*¹⁰⁰⁴

2.1.4.3 Menschenbild im Islam: Theozentrisches System zwischen Tradition und Moderne

Der Islam ist als eine das gesellschaftliche Leben durchdringende Religion in 100 Staaten der Erde vertreten; Muslime stellen in 40

1003 Vgl. oben Fn. 617.

1004 Hervorhebungen durch Verfasser; vgl. zur Bangkok Declaration und den „Asian Values“ auch *Miao-ling Hasenkamp*, *Universalization of Human Rights? The Effectiveness of Western Human Rights Policies towards Developing Countries after the Cold War – With Case Studies on China*, 2004, 155 ff.; die oben angeführte Asian Charter on Human Rights ist in diesem Zusammenhang nur von untergeordneter Bedeutung, da sie als politische Forderung einer Nichtregierungsorganisation formuliert ist.

Staaten die Bevölkerungsmehrheit. Dabei stellt der Islam nicht nur eine religiöse und rechtliche Ordnung dar, sondern ist in vielen Ländern der muslimischen Welt vor allem eine legitimitätsstiftende Institution.¹⁰⁰⁵ Denn seit circa 623 n. Chr., seit der vom Propheten *Mohammed* gestifteten Stadtordnung von Medina, ist der Islam eine politische Religion.¹⁰⁰⁶

Die geografische Verbreitung des Islams konzentriert sich vor allem auf Nordafrika mit Teilen Ostafrikas, die arabische Halbinsel, auf Teile Südosteuropas und auf Gebiete Zentralasiens von Kasachstan bis Afghanistan, das südasiatische Indien sowie auf das südostasiatische Indonesien, den mit über 200 Millionen Einwohnern bevölkerungsreichsten muslimischen Staat.

Der Islam wird in verschiedenen Varianten verstanden, gelehrt und gelebt. Seine Interpretation bezieht sich jedoch immer auf den Koran und den Propheten *Mohammed* und weist daher grundlegende gemeinsame Strukturen auf, anhand derer die nun folgende, verallgemeinernde Darstellung dem Wesen der meisten Richtungen des Islams gerecht werden kann.

Anders als in den beiden vorangegangenen Kulturkreisen nimmt im islamischen Denken eine religiöse Vorstellung der Natur des Menschen eine explizite und zentrale Stellung ein. Im Islam ist der Mensch Teil der Schöpfung mit natürlichen Eigenschaften, von denen der Glaube an ein göttliches Wesen eine vorherrschende ist. Die Muslime und die gesamte Menschheit vereint in dieser Hinsicht eine angeborene, universelle und überzeitliche menschliche (Glaubens-) Natur, die *din al-fitrah* oder *religio naturalis*, unterhalb derer die verschiedenen religiösen Traditionen der Geschichte anerkannt sind.¹⁰⁰⁷ Die *din al-fitrah* definiert seine Menschlichkeit und verleiht dem Menschen eine besondere Würde. Sie ermöglicht ihm eine Mitgliedschaft in der religiösen Gemeinschaft der Menschen; der Islam nennt diese *din al-fitrah* den „Islam“. Während die Religionen der menschlichen Geschichte der Ur-Religion entstammen und sich ihre Unterschiede in den verschiedenen Interpretationen, historischen

1005 Vgl. *Mashood Baderin*, *International Human Rights and Islamic Law*, 2003, 30.

1006 S. *Bassam Tibi*, *Der wahre Imam – Der Islam von Mohammed bis zur Gegenwart*, 1996, 23 ff.

1007 Vgl. *Ezzati*, oben Fn. 802, 62.

Entwicklungen und dem jeweiligen kulturellen Kontext erklären, vereint die Menschheit nach der islamischen Vorstellung eben die gemeinsame natürliche Religion.

Die Grundlage der religiösen Natur des Menschen besteht demnach in dessen natürlichem Bedürfnis, seinen Schöpfer zu kennen und in seinem Glauben an Gott. Die Aufgaben und Eigenschaften eines daraus gewonnenen natürlichen Rechts liegen in der Befreiung des Menschen von jeder Form der Sklaverei, Unterdrückung und Autorität außerhalb der Gottes, der Sicherung der Gleichheit und Einheit der Menschen auf einer theologischen Basis und der Freiheit von der Last der Sünde - der Mensch ist auf der Welt zur, durch ihn selbst zu erreichenden Läuterung und Erlösung.¹⁰⁰⁸ Nach der holistischen Vorstellung des islamischen Glaubens ist ein falsch handelnder Mensch vor allem ungerecht zu sich selbst: Wer ein Verbrechen gegen einen anderen Menschen begeht, verletzt die natürliche Ordnung, die göttliche Schöpfung und richtet das Verbrechen damit letztlich gegen seine eigene Person.

Diese Programmatik offenbart den Kern des Islams als „*mono-doctrinal religious system*“: die göttliche Einheit und Harmonie.¹⁰⁰⁹ So sah der Gelehrte *Al-Shahristani* (1076-1153 n. Chr.)¹⁰¹⁰ die Richtung der Weltordnung zum Guten ausgerichtet, weil sie vom Ursprung her gut sei. Das Böse sei zufällig in die Welt getreten und Ausdruck des Verlustes des wahren und perfekten Glaubens. Dieses Denken dient auch der Ableitung des islamischen Menschenrechtskonzeptes, nach dem die göttliche Einheit zur Einheit der gesamten Schöpfung, der Menschlichkeit und des Menschen geführt hat und folglich auch zur Universalität der Rechte des Menschen.

Göttliche Herkunft allen Rechts

Die Hauptmerkmale des Islams und des islamischen Rechts stellen sich vor dem Hintergrund des Gesagten wie folgt dar: Im Islam ist Gott (*Allah*) die höchste legitimierende Instanz; um seinen Willen in

1008 Dazu *Ezzati*, a.a.O., 65 f.

1009 Ebd.

1010 *Al-Shahristani* (auch *Abul-Fath*) wurde im Iran geboren und war einer der bekanntesten sunnitischen Religionshistoriker.

Bezug auf das Recht zu erfahren und zu verwirklichen, sind die textlichen Quellen des Korans (*Qur'an*) und die islamischen Traditionen sowie die sekundären Quellen des Konsenses und des vernünftigen menschlichen Intellekts heranzuziehen, womit im Islam die göttliche Ordnung des Rechts im Vordergrund steht.¹⁰¹¹

Grundlage des islamischen Rechts ist zum einen die *Shari'ah* (zu folgendem Pfad, richtiger Pfad)¹⁰¹² als Quelle des Rechts, die sich auf das im Koran enthaltene und daraus extrahierte Recht sowie die authentischen Traditionen des Propheten *Mohammed* (*Sunnah*) bezieht. Zum anderen beschreibt *Fiqh* (Verstehen)¹⁰¹³ die Methodik des islamischen Rechts und die Anwendung der *Shari'ah*, welche sich im Kontext von Zeit und Umständen verändern kann. *Qur'an* und *Sunnah* als Ursprung allen Rechts sind göttlich; der *Qur'an* wird als exakte Wiedergabe der Worte *Allahs* verstanden, aufgedeckt durch

1011 Vgl. *Suliaman al Hageel*, *Human Rights in Islam and the Refutation of the Misconceived Allegations Associated with these Rights*, 1999, 42 ff.; auch *Ezzati*, oben Fn. 802, 89; vgl. dazu auch *Birgit Krawietz*, *Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam*, 2002; s. dazu auch *Adel Omar Sherif*, *Generalities on Criminal Procedure under Islamic Shari'a*, in: *Muhammad Abdel Haleem/Adel Omar Sherif/Kate Daniels (Ed.)*, *Criminal Justice in Islam – Judicial Procedure in the Shari'a*, 2003, 5 ff.: „*In Islam, all rights are viewed as bestowed by God (Allah), and may be divided into two categories: 'Rights of God' and 'Rights of Worshipers'.* Whether a right falls within the former, rather than the latter, category depends on the extent to which that right is related to the public interests of society. Rights granted in the public interest are considered Rights of God, while rights bestowed to protect private interests are deemed Rights of Worshipers. [...] The distinction between Rights of God and Rights of Worshipers is reflected in criminal justice under Islamic Shari'a, in that crimes in general are defined as acts that injure either the Rights of God or the Rights of Worshipers, or both. A crime results from an infringement of a Right of God, or a Right of Worshipers, or both at the same time.“.

1012 S. auch Definition in *Nabil Osman (Hrsg.)*, *Kleines Lexikon deutscher Wörter arabischer Herkunft*, 2002, 110: „*Scheria, auch Scharia, die; - [arab. sari'a]: das kanonische Recht des Islam, d.h. die Gesamtheit von Allahs Geboten, die sich auf das ‚forum externum‘ der Betätigungen eines Menschen beziehen, während ahlaq »Ethik« sich mit dem ‚forum internum‘ befaßt, dem inneren Bewußtsein, den Motiven und Vorhaben des Herzens.“.*

1013 Vgl. *Osman*, a.a.O., 52: „*Fikh, das; - [arab. fiqh: Verstehen, Einsicht, Vernünftigkeit]: Fähigkeit, auf eigener Meinung begründete Rechtsentscheidungen zu treffen, wenn bei auftretenden Gesetzesfragen die religiöse Überlieferung des Islam versagte und Präzedenzfälle fehlten. Seit dem Abschluß der großen juristischen Systeme bezeichnet Fikh gewöhnlich die Rechtswissenschaft im allgemeinen.“.*

den Propheten *Mohammed*.¹⁰¹⁴ Aus den über 6.000 *Suren* (Verse) des Korans extrahieren muslimische Rechtsgelehrte 350 bis 500 Verse als solche, die rechtliche Bedeutungen enthalten und deren Summe damit als „*Grundnorm*“ bezeichnet werden kann.¹⁰¹⁵

Die Entwicklung des Rechts aus dieser Grundnorm zur *Fiqh* konzentrierte sich auf vier etablierte Rechtsschulen, die alle den Koran als primäre Rechtsquelle anerkannten, aber verschiedene Interpretationen seiner Verse lieferten.¹⁰¹⁶ Seit dem 10. Jahrhundert n. Chr. verbreitete sich die Ansicht, dass diese Schulen alle möglichen rechtlichen Fragestellungen umfassend beantwortet hätten und alle Grundlagen des materiellen Rechts ausgeformt worden seien. Dies führte im 13. Jahrhundert n. Chr. zu einem „*closing the gate of legal reasoning*“.¹⁰¹⁷ Das islamische Recht beschränkte sich fortan überwiegend auf die Applikation der rechtlichen Erkenntnisse der Rechtsgelehrten aus den etablierten Schulen, es kam zu einem „*slowdown*“ in der Rechtsfindung. Die Gruppe der Interpreten der *Shari'ah* trennt sich demzufolge heute in Traditionalisten, auch „*hardliner*“ oder „*conservatives*“ genannt, und liberale und moderate „*evolutionists*“, welche den Zustand des „*closing gate*“ kritisieren.¹⁰¹⁸

Kritik und Abwehr laizistischer Rechtsphilosophie

Unter Hinweis auf ihre eigene Rechtstradition des nur religiös begründbaren Rechts begegnen viele muslimische Gesellschaften den internationalen Menschenrechtskodifikationen mit Vorbehalten und kritischer Distanz,¹⁰¹⁹ die zum Teil auch in politisch motivierte, schroffe Ablehnung umschlägt:

1014 S. *Baderin*, oben Fn. 1005, 34 f.

1015 Ebd.

1016 S. dazu etwa *Wael Hallaq*, *The Origins and Evolution of Islamic Law*, 2005, 167 ff.

1017 Vgl. *Baderin*, oben Fn. 1005, 38.

1018 Vgl. *Baderin*, oben Fn. 1005, 38; dazu auch *Ahmed Moussalli*, *Moderate and Radical Islamic Fundamentalism – The Quest for Modernity, Legitimacy, and the Islamic State*, 1999, 20 f.

1019 *Ezzati*, oben Fn. 802, 189; *Baderin*, a.a.O., 45.

„What they call human rights is nothing but a collection of corrupt rules worked out by Zionists to destroy all true religions.“¹⁰²⁰

Doch auch abseits solcher Polemik sind erhebliche Bedenken feststellbar, weniger hinsichtlich der abstrakten Fragen der Universalität, Absolutheit, natürlicher Rechte und moralischer Standards des internationalen Menschenrechtsanspruchs, als auf die säkulare Grundlage der Menschenrechte bezogen. In der zentralen Stellung der Religiosität für Muslime stellt das islamische spirituelle Wertesystem eine über Jahrhunderte gewachsene Basis allen Denkens dar. Da die Ursprünge des (internationalen) Konzepts der Menschenrechte jedoch mehrheitlich in der griechisch-römischen Naturrechtsdoktrin des Stoizismus, der christlichen Theologie und europäischen Aufklärung verortet werden, sind die modernen Menschenrechte der UDHR in den Augen vieler Muslime ein Produkt des westlichen (laizistischen) Liberalismus und Individualismus, welche vor allem die Werte von individueller Freiheit und Toleranz propagierten.¹⁰²¹

Im dem so wahrgenommenen westlichen Individualismus wiederum wird eine Gefahr für ein traditionelles Fundament islamischer Gesellschaften erkannt: der Interdependenz von Gemeinschaft und Einzelnen, getragen und ausbalanciert durch den Glauben zur Befreiung von Exzess und Übel mit dem Ziel der Rückkehr zu einem natürlichen Zustand im Sinne *Allahs*. Westlicher Liberalismus wird zudem in vielen muslimischen Nationen als permissives und lenitives System mit Potential zur Aufweichung der moralischen Werte gesehen, die in der *Shari'ah* behandelt werden.¹⁰²² Selbst junge Muslime, die in westlichen Ländern aufgewachsen sind, wollen demnach vielfach lieber nach den Vorgaben der *Shari'ah* als nach den hiesigen Gesetzen leben.¹⁰²³ Auch die Aussagen des iranischen Prä-

1020 *Ayatolah Khomeini* zitiert nach *Mayer*, oben Fn. 771, 34.

1021 *S. Ezzati*, oben Fn. 802, 191 ff.; *Baderin*, oben Fn. 1005, 38; *Mayer*, oben Fn. 711, 43; vgl. in diesem Zusammenhang auch *Manfred Nowak*, Introduction to the International Human Rights Regime, 2003, 1: „What are human rights? [...] The only universally recognized value system under present international law comprising elements of liberalism, democracy, popular participation, social justice the rule of law and good governance.“ (Hervorhebung durch Verfasser).

1022 Vgl. *Ezzati*, oben Fn. 802, 191 ff.

1023 In einer Umfrage britischer Muslime zwischen 18 und 24 gab rund ein Drittel der Befragten an, lieber nach der *Shari'ah* als nach britischem Gesetz leben zu

sidenten *Mahmud Ahmadedschad* in einem Brief an den US-Präsidenten *George W. Bush* im Mai 2006 über das Scheitern des Liberalismus sowie ein Zitat des ehemaligen iranischen Staatspräsidenten und derzeitigen Obersten Rechtsgelehrten *Ali Khamene'i* verdeutlichen die ablehnende Haltung gegenüber den als westlich verstandenen Prinzipien :

*„Der Liberalismus und die Demokratien nach westlichem Muster waren nicht in der Lage, die Ideale der Menschheit zu verwirklichen. Heute sind diese beiden Konzepte gescheitert. Die Einsichtigen hören schon, wie die Ideologie und das Gedankengut liberaler demokratischer Systeme zerbrechen und untergehen.“*¹⁰²⁴

*„When we want to find out what is right and what is wrong, we do not go to the United Nations; we go to the Holy Koran. [...] For us the Universal Declaration of Human Rights is nothing but a collection of mumbo-jumbo by disciples of Satan.“*¹⁰²⁵

Der Vorwurf und das Empfinden vieler Muslime geht heute dahin, dass der Islam und das islamische Recht bei der Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes nicht hinreichend berücksichtigt wurden und werden.¹⁰²⁶ Die islamische Kultur scheine in Zeiten des technischen und ökonomischen Vorsprungs des Westens und seiner Dominanz in Wissenschaft und Forschung nur wenig „lehren“ zu können.¹⁰²⁷ Und tatsächlich sind zum Beispiel Fragen

wollen und ebenfalls ein Drittel stimmte zu, dass die Anschläge vom Juli 2005 in London wegen des britischen Engagements im Krieg gegen den Terror gerechtfertigt seien. Insgesamt gaben 81 % der Muslime in Großbritannien an, sich zuerst als Muslim zu fühlen und sich erst danach mit dem Aufenthaltsstaat zu identifizieren; vgl. *Der Spiegel*, Heft 33/2006, S. 98.

1024 Auf die Frage, wie diese Passage zu verstehen ist, antwortete *Ahmadedschad* in einem Interview in: *Der Spiegel*, Heft 22/2006, S. 28: „Schauen Sie, für das palästinensische Problem haben Sie zum Beispiel Tausende Definitionen, und auch die Demokratie wird in jeder Ausprägung bei Ihnen anders definiert. Wenn ein Phänomen abhängig ist von der Meinung vieler Einzelner, die das Phänomen beliebig deuten dürfen, dann ist das nicht sinnvoll, damit kann man die Weltprobleme nicht lösen. Man braucht einen neuen Weg. Wir sind natürlich dafür, dass der freie Wille des Volkes herrscht, aber wir brauchen nachhaltige Prinzipien, die alle akzeptieren – zum Beispiel Gerechtigkeit. Darin sind sich der Iran und der Westen einig.“

1025 *Ali Khamene'i*, zitiert nach Mayer, oben Fn. 771, 34.

1026 Vgl. Mayer, a.a.O., 45 ff.

1027 Ebd.

der islamischen Rechtskultur nur gelegentlicher Gegenstand von Vergleichen, Analogien und Beispielen in der wissenschaftlichen Disziplin der internationalen Menschenrechte. So ist etwa weitgehend unberücksichtigt, dass der Individualismus kein etablierter Bestandteil muslimischer Gesellschaften oder der islamischen Kultur ist, in welcher der Einzelne im sozialen Kontext situiert wird als Teil der Familie oder der Gemeinschaft; es gibt kein Beispiel einer Denkschule im Islam, die den Individualismus und die Selbstbestimmung als besonderen Wert vertreten hätte. Daher wird teilweise davon ausgegangen, dass gar kein intellektuelles Klima vorhanden sei, welches einen Vorrang des Schutzes individueller Rechte und Freiheiten propagieren könnte.¹⁰²⁸

Hinzu kommt, dass die menschliche Vernunft, die in der europäischen Aufklärung und ihrer Menschenrechtsidee hervorgehoben wird, in der orthodoxen Tradition des sunnitischen Islams mit Misstrauen betrachtet wird. Zwar gab es auch rationalistische Strömungen in der islamischen Philosophie, wie etwa die Schule der *mu'tazila*, deren Einfluss ihren Zenith im 9. Jahrhundert n. Chr. erreichte, die aber später immer weiter in die Defensive im Spannungsfeld mit dem dominanten gottbezogenen Voluntarismus geriet - islamische Philosophen, wie *al-Farabi* (ca. 870 bis 950 n. Chr.) oder *Ibn Rush* (1126 bis 1198 n. Chr.), die in ihrer Tendenz eine Überlegenheit der *ratio* gegenüber der *religio* propagierten, mussten immer den Vorwurf der Häresie fürchten.¹⁰²⁹ Stattdessen setzte sich die Ansicht durch, dass der Wille *Allahs* als gerecht akzeptiert werden müsse und die Gläubigen keine Vernunftsentscheidung an seine Stelle setzen dürften. Keine menschliche *ratio* dürfe sich ein Urteil über den im Koran offenbarten göttlichen Willen anmaßen und eigenes Recht an seine Stelle setzen. Die Priorität der *Shari'ah* ist danach durch ihre göttliche Inspiration begründet, der Mensch könne sich nicht über die vom Propheten *Mohammed* vermittelte göttliche Gerechtigkeit stellen, was beispielsweise von *Ayatollah Khomeini* in dem Sinne perpetuiert wurde, dass der Mensch keine natürlichen Rechte habe, sondern allein dem Willen Gottes Folge leisten müsse.¹⁰³⁰

1028 So Mayer, , oben Fn. 771, 48; ähnlich Ezzati, oben Fn. 802, 199 ff.

1029 S. Mayer, a.a.O..

1030 *Ayatollah Khomeini*, zitiert in: *Farhang Rajaei*, Islamic Values and World View – Khomeyni on Man, the State and International Politics Vol. XIII,

Die Hegemonie dieses religiösen Voluntarismus war auch für die Beziehung von Herrscher zu Beherrschtem entscheidend. So wurde betont, dass die perfekte Balance in der muslimischen Gesellschaft durch Beachtung der sich aus dem göttlichen Gesetzen ergebenden *Pflichten* zu erreichen sei, wohingegen die *Rechte* des Menschen unterevaluiert blieben. Weil der Wille Gottes *ipso facto* gerecht sei, entstehe die ideale Gerechtigkeit auch nur durch die Befolgung des islamischen Rechts durch Herrscher und Beherrschten.¹⁰³¹ Das islamische Recht, deren primäres Ziel im Wohl der *umma* (islamischen Gemeinschaft) lag, war traditioneller Weise nicht mit Themen der Restriktion oppressiver Herrschaftsgewalt oder ihres Machtmissbrauchs befasst, weil allein die Einhaltung islamischen Rechts entscheidend und bereits gerecht war, worüber ohnehin nicht der beherrschte Mensch urteilen konnte. Weil die religiöse und politische Autorität des Imam (arab. für „Anführer“) nicht getrennt war und außer *Allah* niemand über ihm stand, waren die islamischen Imame *de facto* Souveräne, welche die eigene Willkür als göttliches Gesetz propagierten.¹⁰³² So gab es auch keine Entsprechung des Terminus „Recht“ im Koran, die heutige Übersetzung *haqq* hat darin die verschiedenen Bedeutungen „wahr“, „gerecht“, „korrekt“ oder „Pflicht“ angenommen.¹⁰³³ Mit der Ausnahme des Eigentumsschutzes bestand mangels Vorgabe durch die *Shari'ah* daher keine Notwendigkeit der Auseinandersetzung mit Abwehrrechten des Einzelnen gegen die Gesellschaft, was in der jüngsten Vergangenheit wie folgt formuliert wurde:

„Obeying the rules and regulations of the Islamic government is a religious obligation and their violation is sin.“

„Man is only endowed with the right to possess his own wealth; if it is acquired lawfully. [...] In short, man has no rights to legislation. Whatever law he formulates will be nothing but an academic exercise. Reason dic-

1983, 43; dazu auch Mayer, oben Fn. 771, 49; ebenso Kühnhardt, oben Fn. 768, 149; zu den gegensätzlichen Ansichten der Denkschulen bezüglich der Bedeutung des menschlichen Verstandes als Grundlage von Moral und Recht s. auch Moussalli, oben Fn. 1018, 23 ff.

1031 Vgl. Mayer, a.a.O.

1032 S. Tibi, oben Fn. 1006, 28 ff.

1033 S. Al Hageel, oben Fn. 1011, 23; auch dazu Ezzati, oben Fn. 802, 194.

*tates that man is subject to no one's command except that of God who possessed the universe and the creatures within it.*¹⁰³⁴

Idee der Menschenrechte im Islam

Das Gesagte bedeutet jedoch nicht *per se*, dass kein Konzept der Menschenrechte in traditionellen islamischen Werten inhaltlich auszumachen wäre. So sind zahlreiche humanistische und demokratische Strömungen im Islam verifizierbar, die das Potential der Integration in eine moderne Idee der Rechte des Menschen bereithalten. Fraglich ist alleine, ob die Unterschiede aus der (bewussten) Abgrenzung zu dem als westlich empfundenen internationalen Konzept überbrückbar sind.

Eine erste Hürde stellen dabei die verschiedenen Ansätze der Menschenrechtsbegründung dar. Während Muslime dazu tendieren, Menschenrechte zu befolgen, weil sie im islamischen Recht als religiöse Pflichten gefordert werden, ist das Menschenrechtsverständnis in der europäischen Tradition mit einem laizistischen, individualistischen und liberalen Anspruch verbunden. Dies ist ein Gegensatz, weil europäisch die Forderung eines ethischen Absolutismus (absolute Rechte des Menschen) auf der Basis eines philosophischen Relativismus¹⁰³⁵ (weil säkular) fundiert wird,¹⁰³⁶ während muslimisch absolute Werte nur religiös begründet werden dürfen. Absolute Werte sind im Islam nur als von *Allah* geboten vorstellbar, das Außenvorlassen des Göttlichen und die Begründung des Absoluten mithilfe menschlicher Vernunft bedeutet die Negierung der menschlichen (Glaubens-) Natur und kommt daher der Häresie gleich.¹⁰³⁷

1034 *Ayatollah Khomeini* in *Rajaei*, a.a.O., 54; vgl. in diesem Zusammenhang auch *Kühnhardt*, a.a.O., 151.

1035 Genau genommen ist die europäische Menschenrechtsbegründung bis zur Erreichung eines globalen Konsens an Grundrechten eine Aporie, weil inmitten eines faktisch vorhandenen und notgedrungen geduldeten Pluralismus bzw. Relativismus eine Absolutheit beansprucht wird, was logisch unzulässig ist, obwohl das europäische Naturrecht über die Vernunftbegabung des Menschen dessen Würde erkennt und mit der Annahme angeborener Freiheit absolute Werte begründet. Vgl. dazu: *Hilpert*, oben Fn. 662, 228 f.

1036 *S. Ezzati*, oben Fn. 802, 196, auch *al Hageel*, oben Fn. 1011, 92 ff.

1037 Vgl. bereits oben Text zu den Fn. 421 ff.; in dem Zusammenhang auch *Ayaan Hirsi Ali*, *My View of Islam*, 2007, im Internet unter http://www.aei.org/publications/filter.all.pubID.26595/pub_detail.asp.

So kann sich die religiöse Neutralität in der UDHR, welche nicht zuletzt wegen mangelnder Einbindung muslimischer Staaten in den Entstehungsprozess insgesamt reserviert betrachtet wird,¹⁰³⁸ beispielsweise auch nicht in das islamische Konzept absoluter und überzeitlicher Werte einfügen, die eine solide spirituelle Grundlage aufweisen und damit vor Ambivalenz und Kommutation geschützt werden. Der Unterschied offenbart sich etwa in der Erklärung des europäischen Islamrates zur UDHR, der als Gegenstück zur UDHR verstandenen Universal Islamic Declaration of Human Rights (UIDHR), und in deren Vorwort und Präambel es heißt:

„Human rights in Islam are firmly rooted in the belief that God, and God alone, is the Law Giver and the Source of all human rights. [...].

Therefore we, as Muslims, [...] who believe that rationality by itself without the light of revelation from God can neither be a sure guide in the affairs of mankind nor provide spiritual nourishment to the human soul, and, knowing that the teachings of Islam represent the quintessence of Divine guidance in its final and perfect form, feel duty-bound to remind man of the high status and dignity bestowed on him by God;¹⁰³⁹

Die Kritik an den internationalen Menschenrechtskodifikationen wie der UDHR geht überwiegend dahin, dass diese eine deskriptive Ethik anbieten würden, innerhalb derer Recht sei, was die meisten Menschen - manifestiert als Kompromiss auf zwischenstaatlicher Ebene - darunter verstehen würden. Dieser „demoskopische“ Ansatz biete keine solide Grundlage für ethische Werte, was zur Folge hätte, dass säkulare Gesellschaften mehr als andere unter einer moralischen Insuffizienz zu leiden hätten, die sich aus den Unterschieden zwischen idealer Ethik und den Gewohnheiten und der Praxis ergebe.¹⁰⁴⁰

1038 In der Vollkommission zur Entwicklung der UDHR waren zwar mit Ägypten, Libanon und Iran drei islamische Staaten in der 18-köpfigen Kommission vertreten, zu bedenken ist aber, dass die Länder lange unter westlichem Einfluss standen; vgl. dazu bereits oben Fn. 165 f.; allgemein zur UDHR auch *Thomas Buergenthal*, oben Fn. 774, 19 ff.

1039 S. Vorwort und Präambel der UIDHR (oben Fn. 778); zur göttlichen Herkunft der Menschenrechte auch *al Hageel*, oben Fn. 1011, 46 f. und 59 f.

1040 Vgl. nur *al Hageel*, oben Fn. 1011, 92 ff.; dazu auch *Ezzati*, oben Fn. 802, 196; zur Antipathie gegenüber säkularen Staaten und der wahrgenommenen Bedrohung durch den Westen vgl. nur *Abul Mawdudi*, *Islam Today*, 1989, 41

Zudem gebe es eine theoretische Differenz zwischen Recht und Ethik; während Ersteres die Summe der Regeln enthalte, die zur Etablierung und Aufrechterhaltung einer Ordnung notwendig seien, komme der Ethik mehr die Aufgabe zu, freiwillige Verhaltensnormen in der Erfüllung eines (Selbst-) Anspruchs zur Erlangung persönlichen Glücks zu umschreiben.¹⁰⁴¹ Dieser Vorwurf, der seinen konkreten Gehalt in der Überbetonung der Rechte und Vernachlässigung von Pflichten im westlichen Menschenrechtskonzept findet, resultiert aus der untrennbaren Einheit von Ethik und Recht im Islam. Muslime kennen danach keinen Konflikt zwischen diesen beiden Komponenten, die *Shari'ah* etwa ist vor allem eine Sammlung von Legalpraktiken mit rechtlich-moralischer Bindungswirkung.¹⁰⁴²

In der Gesamtschau lässt sich jede Kritik an den westlichen Menschenrechten in der Regel auf zwei wesentliche Aspekte reduzieren: das Unverständnis darüber, dass diese auf einem säkularen *modus operandi* basieren und dennoch als ethisch universell präsentiert werden sowie die sich daraus ergebende Frage, wie es universelles absolutes Recht in einer säkularen relativistischen Realität geben kann.¹⁰⁴³ Denn die zeitgenössische islamische Rechtslehre, die zum

f.: „*In all the Muslim countries, we witness organised attempts to de-Islamise the people. Education has been designed as to eliminate Islamic values, vitiate the morals of the new generation and alienate it from its culture and traditions. Attempts are also being made to promote amongst the masses new cultural values that are bound to corrupt their morals. Western thought and disciplines are being introduced and encouraged. All that these policies and efforts can achieve is to reduce the Muslims to characterless people; they cannot, even at their best succeed in persuading the Muslims to give up Islam and deliberately accept a secular state.*“.

1041 Vgl. *al Hageel*, a.a.O.

1042 S. *Ezzati* oben Fn. 802, 197; s. auch *Moussalli*, oben Fn. 1018, 26, bezugnehmend auf *Muhammad Iqbal*: „*Religion is not a partial issue, mere feeling or mere action; rather it is an expression of complete humanity. In Islam, the ideal and the real are not two separate or opposite forces, and Islam bridges the gap between the two. The ideal must eventually absorb the real. Shari'ati further defines Islam as a profound spiritual, idealistic, intelligible, and logical interpretation of the universe that is fully attuned to earthly realities and divinity.*“.

1043 S. *Ezzati*, oben Fn. 802, 197; s. auch die unterschwellige Kritik gegen den wahrgenommenen Dominanzanspruch des westlichen Menschenrechtskonzepts in der Rede des saudischen Außenministers *Prince Saud Al Faisal* vor dem Weltkongress für Menschenrechte in Wien im Jahr 1993: „*The rights and freedoms guaranteed by Islam for human beings had not been established as moral preaching; rather, they had been prescribed as legislative instructions*

großen Teil noch von den orthodoxen Einflüssen des göttlichen Voluntarismus und der Überlegenheit der göttlichen Offenbarung geprägt ist, macht in der (westlichen) Entwicklung der Menschenrechtsidee vor allem zwei Grundpfeiler aus: das säkulare Naturrecht - wenn auch mit Transformationen aus dem Religiösen - und den aufgeklärten säkularen Rationalismus. Das Produkt dieses doppelten Säkularismus und Materialismus wird im heutigen, westlichen Liberalismus und Individualismus erkannt, deren Hauptmerkmal der Anthropologismus sei. Das wahrgenommene anthropozentrische System des Westens steht aber dem Theozentrismus des Islam diametral gegenüber, in dem *Allah* und nicht der Mensch den Mittelpunkt der Welt bildet.¹⁰⁴⁴ Die daraus folgende Unauflöslichkeit der Verbindung des Menschen und seines Rechtes mit deren göttlichen Ursprung dominiert die islamischen Menschenrechtskodifikationen und wird durch folgende Beispiele deutlich:

„Believing that fundamental rights and universal freedoms in Islam are an integral part of the Islamic religion and that no one as a matter of principle has the right to suspend them in whole or in part or violate or ignore them in as much as they are binding divine commandments, which are contained in the Revealed Books of God and were sent through the last of His Prophets to complete the preceding divine messages thereby making their observance an act of worship and their neglect or violation an abominable sin, and accordingly every person is individually responsible -

protected by all legislative provisions necessary to ensure enactment and implementation These rights and freedoms had also been coupled with prescribed duties. The comprehensive and total view of Islamic values to human rights and supreme position of human beings in Islam undoubtedly stress the foremost importance given by Islamic thought for the fostering and encouraging respect to human rights.“; Rede abgedruckt in al Hageel, oben Fn. 1011, 165 ff.

1044 Vgl. die Gegenüberstellung beider Systeme durch den früheren Minister für Justiz und religiöse Angelegenheiten in Pakistan *A.K. Brohi*, zitiert in *Mayer*, oben Fn. 771, 60: *„The Western man’s perspective may by and large be called anthropocentric in the sense that there man is regarded as the starting point of all thinking and action. The perspective of Islam, on the other hand, is theocentric, that is, God-consciousness, the Absolute here is paramount; man is here only to serve His Maker. [In the West] rights of man are seen in a setting which has no reference to his relationship with God – they are somehow supposed to be his inalienable birthrights. [...] Each time the assertion of human rights is made, it is done only to secure their recognition from some secular authority such as the state or some such regal power.“.*

TEIL 2: DIE BEGRÜNDUNG DER MENSCHENRECHTE

*and the Ummah collectively responsible - for their safeguard.*¹⁰⁴⁵

*„Given the Arab nation's belief in human dignity since God honoured it by making the Arab World the cradle of religions and the birthplace of civilizations which confirmed its right to a life of dignity based on freedom, justice and peace, [...].“*¹⁰⁴⁶

*„WHEREAS Allah (God) has given mankind through His revelations in the Holy Qur'an and the Sunnah of His Blessed Prophet Muhammad an abiding legal and moral framework within which to establish and regulate human institutions and relationships;“*¹⁰⁴⁷

Ähnlich zu anderen monotheistischen Religionen stellt auch der Islam einen sozialen und individuellen Kodex für das Leben dar, in dem der Einzelne besondere Verantwortungen gegenüber der Gemeinschaft hat und ohne deren Erfüllung sein individuelles Potential nicht realisiert werden kann.¹⁰⁴⁸ Öffentliches und privates Leben sind nicht separabel, Individuum und Gemeinschaft können nicht voneinander getrennt werden. So kann wahre Erfüllung im Islam nur durch das Bemühen für die Gesellschaft erreicht werden, deren Bestandteile durch das Verhältnis der Inklusivität und Komprehension gekennzeichnet sind; *„[h]e who starts the day without caring about the affairs of the community is not a Muslim.“*¹⁰⁴⁹ Und es ist in diesem Kontext wiederum die Betonung der Menschen-Pflichten, die diesem Holismus seinen Ausdruck zu verleihen versucht:

*„Therefore we, as Muslims, [...] who believe that by the terms of our primeval covenant with God our duties and obligations have priority over our rights, and that each one of us is under a bounden duty to spread the teachings of Islam by word, deed, and indeed in all gentle ways, and to make them effective not only in our individual lives but also in the society around us;“*¹⁰⁵⁰

1045 S. Präambel der Cairo Declaration (dazu oben Fn. 780).

1046 S. Präambel der Arab Charter on Human Rights (s. oben Fn. 779).

1047 Vgl. Präambel der UIDHR (Hervorhebung im Original).

1048 *Ezzati*, oben Fn. 802, 199.

1049 Englische Übersetzung eines Zitats *Mohammeds*, abgedruckt in: *Ezzati*, a.a.O., 201.

1050 Vgl. Präambel der UIDHR (Hervorhebung durch Verfasser).

GUANTÁNAMO IM MENSCHENRECHTSDISKURS: MENSCHENRECHTE IM
KULTURVERGLEICH

„All human beings are God’s subjects, and the most loved by him are those who are most useful to the rest of His subjects, and no one has superiority over another except on the basis of piety and good deeds. [...]

Every human being has the right to enjoy his legal capacity in terms of both obligation and commitment.“¹⁰⁵¹

Es wird daher deutlich, dass auch der Islam ein eigenständiges Menschenrechtskonzept für sich in Anspruch nimmt, das sich aus der zentralen Beziehung des Menschen zu Gott ergeben muss. Die göttliche Herkunft aller Lebenswirklichkeit ist gleichzeitig das Potential für Konflikte mit laizistischen Systemen ethischen Absolutismus, wie es in der als westlich dominiert angesehenen Auslegung der universellen Menschenrechte erkannt wird. Zu klären bleibt, inwieweit sich dieser abstrakte Antagonismus und damit vor allem der Gottesbezug im Islam in der Normenwirklichkeit manifestiert haben.

Islamische Interpretation der Rechte des Menschen

Bereits das Konzept der Freiheit, welches in der europäischen Menschenrechtsphilosophie (vgl. etwa *Kant*) eine zentrale Rolle spielt, findet hinsichtlich der religiösen Ausgangslage des Islams eine eigenständige und zum Westen abgegrenzte Interpretation. In allgemeiner Form heißt es beispielsweise:

*„The Western emphasis on freedom from restraint is alien to Islam. While in the liberal tradition freedom signifies the ability to act, in Islam it is the ability to exist. Existence, which is a reflection of the Supreme Being itself, is paramount. In Islam human beings are created in the image of God. They are God’s representatives (*Khalifah*) on earth, empowered by the Divine Being to govern themselves, and they seek perfection by following the perfected. Human beings have certain God-granted rights, and right by definition is the exercise of power. And the reflection of God, who is com-*

1051 S. Artikel 1 lit. (b) und Artikel 8 der Cairo Declaration (Hervorhebung durch Verfasser).

TEIL 2: DIE BEGRÜNDUNG DER MENSCHENRECHTE

*plete freedom and complete necessity, the human being participates in both freedom and necessity. Personal freedom lies in surrender to the Divine Will, and this must be sought within oneself. It cannot be realized through liberation from external sources of restraint. The salvation of the individual lies in the recognition of the link between Divine freedom and political freedom. The freedom of the individual is the supreme end, not only a means to an end; but its limit is the freedom of the community.*¹⁰⁵²

Die Unterschiede zwischen der Annäherung an die Menschenrechte durch den islamischen Orient und den Okzident manifestieren sich zum Beispiel in ihren jeweiligen Schrankenbestimmungen. So entspricht darin die UIDHR scheinbar dem Wortlaut internationaler Menschenrechtskodifikationen, wenn sie in Artikel I das Verbot der Verletzung oder Tötung eines Menschen ausspricht, „*except under the authority of the Law.*“ Auch das Recht auf Freiheit darf nur durch das Gesetz beschränkt werden und die Glaubens-, Gedanken- und Redefreiheit werden jeder Person gewährleistet, „*so long as he remains within the limits prescribed by the Law.*“¹⁰⁵³ Mit dem Begriff „*Law*“ meint die Kodifikation aber das islamische Recht, wie die ihr beigefügten Erklärungen zeigen:

„[T]he term 'Law' denotes the Shari'ah, i.e. the totality of ordinances derived from the Qur'an and the Sunnah and any other laws that are deduced from these two sources by methods considered valid in Islamic jurisprudence.“¹⁰⁵⁴

Weit direkter noch tritt die Bedeutung der *Shari'ah* als Beschränkung der eingeräumten Rechte in der Cairo Declaration hervor:

*„Wishing to contribute to the efforts of mankind to assert human rights, to protect man from exploitation and persecution, and to affirm his freedom and right to a dignified life in accordance with the Islamic Shari'ah.
Article 2 (a) Life is a God-given gift and the right to life is guaranteed to every human being. It is the duty of individuals, societies and states to protect this right from any violation, and it is prohibited to take away life except for a Shari'ah-prescribed reason. [...]
(d) Safety from bodily harm is a guaranteed right. It is the duty of the state*

1052 *Abdul Aziz Said, Human Rights in Islamic Perspectives, in: Pollis/Schwab (Ed.), oben Fn. 956, 91 f. (Hervorhebung im Original).*

1053 *Vgl. Artikel II lit. a) und XII lit. a) der UIDHR.*

1054 *Vgl. „Explanatory Notes“ zur UIDHR, Nr. 1 lit. b).*

GUANTÁNAMO IM MENSCHENRECHTSDISKURS: MENSCHENRECHTE IM
KULTURVERGLEICH

to safeguard it, and it is prohibited to breach it without a Shari'ah-prescribed reason.

*Article 25 The Islamic Shari'ah is the only source of reference for the explanation or clarification to any of the articles of this Declaration.*¹⁰⁵⁵

Diese Beispiele zeigen, dass während die Restriktionen der Menschenrechte in internationalen Kodifikationen in der Regel in Hinblick auf das Willkürverbot, den Gesetzesvorbehalt und das in demokratischen Gesellschaften Notwendige überprüfbar sind,¹⁰⁵⁶ sich die Rechtfertigung von Eingriffen nach dem muslimischen Verständnis im Koran findet, denn die politische Autorität selbst schuldet wiederum eine Rechtfertigung gegenüber Gott.¹⁰⁵⁷

Im Völkerrecht ist aber keine Theorie existent, die eine Beschränkung der Menschenrechte durch Verweis auf eine bestimmte Religion zulassen würde. Es kommt daher bei dem Systemvergleich entscheidend darauf an, welchen konkreten Gehalt die Schranken der Rechte durch das islamische Recht in der Lebenswirklichkeit erfahren, was am folgenden Beispiel erörtert werden soll. Artikel 2 Abs. 1 und 2 des IPbPR etwa verlangt die Gewährleistung aller Konventionsrechte *„without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status“* vor allem durch legislative

1055 Vgl. Präambel und die aufgeführten Artikel 2 und 25 der Cairo Declaration; s. auch deren Artikel 19 lit. d) (*„There shall be no crime or punishment except as provided for in the Shari'ah.“*) und Artikel 22 lit. a) (*„Everyone shall have the right to express his opinion freely in such manner as would not be contrary to the principles of the Shari'ah.“*).

1056 Vgl. etwa Artikel 29 Abs. 2 UDHR: *„In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.“*; vgl. dazu Mayer, oben Fn. 771, 75, mit dem Hinweis auf die in der Passage zum Ausdruck kommende westliche Herkunft der UDHR. Die Schrankenbestimmung korreliert mit Werten und Prioritäten hochentwickelter Gesellschaften, während in Rechtssystemen mit starker traditioneller Ausrichtung es exakt solche Bestimmungen sein können, die zur blanken Negierung der Menschenrechte genutzt werden.

1057 S. dazu Baderin, oben Fn. 1005, 45 mit dem Hinweis, dass tatsächlich im Koran Rechtfertigungsklauseln fast jedem Verbot, das auf menschliche Beziehungen verweist, beigelegt sind.

Maßnahmen („*legislative measures*“). Im Islam aber kommt der gesetzgebenden Macht des Staates nur eine beschränkte Rolle zu, sie wird begrenzt durch den sakrosankten *Qur'an* und die *Sunnah* - Ausdruck des ultimativen Gesetzgebers in der Person Gottes.¹⁰⁵⁸ Dies war zum Beispiel auch der Anlass für den Sudan, sich im Rahmen des IPbPR gegen die Abschaffung der Todesstrafe zu entscheiden:

„*The Sudanese parliament had decided against abolition of the death penalty. The jurisprudential argument for its continued existence was that the death penalty was mandatory for certain offences under Islamic law.*“¹⁰⁵⁹

Diese allumfassende Rückbindung des weltlichen Rechts an das Recht göttlichen Ursprungs tritt in vielen islamischen Verfassungen deutlich hervor, zum Beispiel in der des Jemens, des Omans, Mauretaniens, Katars, Saudi-Arabiens, des Sudans und Syriens, welche das islamische Recht zur Hauptquelle alles anderen Rechts und der Gesetzgebung erklären.¹⁰⁶⁰ Sie tritt aber besonders im iranischen Verfassungsdokument in Erscheinung, welches die Rechte der Frauen schützt, „*in conformity with Islamic criteria*“, die Pressefrei-

1058 Baderin, oben Fn. 1005, 52.

1059 Human Rights Committee, Summary Record of the 1629th Meeting: Sudan, 31.10.1997, U.N. Doc. CCPR/C/SR.1629, para. 15; dazu Baderin, a.a.O.

1060 S. Verfassung des Jemens aus dem Jahre 1991, Artikel 3: „*Islamic jurisprudence is the main source of legislation.*“; ähnlich auch die syrische Verfassung von 1973, in deren Artikel 3 Abs. 2 die islamische Jurisprudenz zu *einer* Hauptquelle des Rechts erklärt wird. S. auch die Hervorhebung des Islam als vorrangige Rechtsquelle in der Präambel der Verfassung Mauretaniens aus dem Jahre 1991 („*the precepts of Islam, the sole source of law*“; zum Militärputsch in Mauretanien im August 2005 vgl. in diesem Zusammenhang *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 4.8.2005, S. 5. In Artikel 2 der Verfassung des Omans von 1996 heißt es: „*The religion of the State is Islam and the Islamic Shariah is the basis of legislation.*“. Und Artikel 1 der Constitution of Qatar von 2003 lautet: „*Its [Qatars] religion is Islam and the Islamic Shariah shall be a main source of its legislations. Its political system is democratic. The Arabic Language shall be its official language. The People of Qatar are part of the Arab nation.*“. Vgl. auch Artikel 48 der saudi-arabischen Verfassung aus dem Jahre 1992: „*The courts will apply the rules of the Islamic Shari'ah in the cases that are brought before them, in accordance with what is indicated in the Book and the Sunnah, and statutes decreed by the Ruler which do not contradict the Book or the Sunnah.*“. Artikel 65 der sudanesischen Verfassung lautet: „*Islamic law and the consensus of the nation, by referendum, Constitution and custom shall be the sources of legislation.*“.

heit garantiert, „*except when it is detrimental to the fundamental principles of Islam*“, die Vereinigungsfreiheit festhält, „*provided they do not violate the principles [...] the criteria of Islam, or the basis of the Islamic Republic*“ und das Recht sich zu versammeln betont, „*provided [...] that they [public gatherings and marches] are not detrimental to the fundamental principles of Islam*“.¹⁰⁶¹ Letztlich ist der Schutz des Lebens und sogar der Würde des Menschen in der iranischen Verfassung nur relativ gewährt und abhängig von den jeweiligen gesetzlichen Einschränkungen, („*Article 22 The dignity, life, [...] are inviolate, except in cases sanctioned by law.*“), wobei alle Gesetze wiederum ihre Inferiorität im islamischen Recht finden:

*„All civil, penal financial, economic, administrative, cultural, military, political, and other laws and regulations must be based on Islamic criteria. This principle applies absolutely and generally to all articles of the Constitution as well as to all other laws and regulations, and the wise persons of the Guardian Council are judges in this matter.“*¹⁰⁶²

Der Vorrang des islamischen Rechts ist überdies in vielen Verfassungen muslimischer Länder auch institutionell abgesichert. Im iranischen Rechtssystem beispielsweise muss jeder Gesetzentwurf dem sogenannten „*Guardian Council*“ („Wächterrat“) zur Zustimmung vorgelegt werden, einem Gremium aus sechs Klerikern und sechs Juristen, die das Gesetz auf seine Vereinbarkeit mit der Verfassung und den „*criteria of Islam*“ prüfen.¹⁰⁶³ In Mauretanien fällt eine ähnliche Aufgabe dem beratenden „*High Islamic Council*“ zu, während Artikel 46 der saudischen Verfassung im Bereich der Rechtsprechung bestimmt, dass „*[t]here is no control over judges in the dispensation of their judgements except in the case of the Islamic Shari'ah.*“ Darüber hinaus bestimmen verschiedene Revisionsklauseln ein Verbot der Verfassungsänderung hinsichtlich der Bestimmungen mit Bezug zum islamischen Recht, wie etwa Artikel 106 der marokkanischen Verfassung, der festlegt, dass keine „*prescriptions*

1061 Vgl. die Verfassung des Iran von 1979, Artikel 21, 24, 26 und 27.

1062 Artikel 4 der iranischen Verfassung. Die Begriffe „Islam“ oder „islamisch“ sind in der Verfassung Irans 200 Mal enthalten, die Ausdrücke „Religion“ oder „religiös“ finden 37 Mal Erwähnung.

1063 Vgl. Artikel 91 und 94 der iranischen Verfassung.

*related to the religion of Islam may be subject to a constitutional revision.*¹⁰⁶⁴ In der Verfassung Saudi-Arabiens werden gar der Koran und die *Sunnah* selbst zur Verfassung des Staates erklärt; religiöses und weltliches Recht sind damit eins:

„Article 1 The Kingdom of Saudi Arabia is a sovereign Arab Islamic state with Islam as its religion; God's Book and the Sunnah of His Prophet, God's prayers and peace be upon him, are its constitution, Arabic is its language and Riyadh is its capital.“¹⁰⁶⁵

Und der Anspruch auf eine eigenständige islamische Prägung allen Rechts, auch der Rechte des Menschen, im Sinne des über allem stehenden *islamischen Rechts* wird sehr deutlich in Artikel 26 der saudischen Verfassung:

„The state protects human rights in accordance with the Islamic Shari'ah.“

Rechte der Frau im Islam

Im Spannungsfeld zwischen der „*Islamic Shari'ah*“ oder den „*Islamic criteria*“ als Basis des islamischen Menschenbildes und dem eines westlich-säkularen Verständnisses haben sich schon immer die Gegensätze vor allem in den Rechten der Frauen extensiviert. Zwar folgt in dieser Hinsicht die Cairo Declaration in etwa der Forderung des Artikels 3 des IPbPR („*to ensure the equal right of men and women*“) und statuiert in ihrem Artikel 6:

„(a) Woman is equal to man in human dignity, and has rights to enjoy as well as duties to perform; she has her own civil entity and financial independence, and the right to retain her name and lineage.“

1064 S. auch Artikel 177 Abs. 5 der iranischen Verfassung: *„The contents of the articles of the Constitution related to the Islamic character of the political system; the basis of all the rules and regulations according to Islamic criteria; the religious footing; the objectives of the Islamic Republic of Iran; [...] official religion of Iran and the religious school are unalterable.“*

1065 Hervorhebung durch Verfasser.

Dennoch entspräche eine undifferenzierte Übertragung des westlichen Verständnisses der Gleichberechtigung von Mann und Frau nicht den Realitäten in vielen islamischen Gesellschaften. So wurde etwa argumentiert, der entscheidende Unterschied liege darin, dass Frauen und Männer im Islam als gleich, aber nicht als gleichbedeutend oder identisch angesehen werden („*equal but not equivalent*“).¹⁰⁶⁶ Das bedeutet, dass jedem Geschlecht traditionell eine unterschiedliche Rolle zugesprochen wird, insbesondere in der Familie. Eine weit verbreitete Befürchtung in islamischen Staaten ist daher, dass die Forderung nach Gleichberechtigung mit einer Transformation der tradierten Aufgaben und Funktionen einhergeht, was sich beispielsweise im anschließenden lit. (b) des oben zitierten Artikels 6 der Cairo Declaration deutlich manifestiert hat:

„(b) *The husband is responsible for the support and welfare of the family.*“

Maßgeblich und streitig ist die Frage, ob die traditionelle Rollenverteilung im Islam in Wahrheit zu einer Ungleichheit von Mann und Frau führt, ob also die gesellschaftlichen Konventionen eine Beschränkung der Frauen impliziert, welche die Grenze der Freiwilligkeit und Selbstbestimmung überschreitet. Dafür sprechen zum einen die vielen Vorbehalte muslimischer Staaten gegen die Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women,¹⁰⁶⁷ welche eine Gleichstellung in allen Aspekten des gesellschaftlichen Lebens zu erreichen versucht. Von den 22 muslimischen Ländern, die Vorbehalte zu der Konvention angebracht haben, waren es alleine 13 mit ausdrücklichem Verweis auf die *Shari'ah* (Ägypten, Bahrain, Bangladesch, Irak, Kuwait, Libyen, Malaysia, Malediven, Mauretanien, Marokko, Syrien und die Vereinigten Arabischen Emirate), meist mit der ähnlichen Formel, dass eine Bindung an die Bestimmungen der Konvention erfolgt, „*provided that such compliance does not run counter to the Islamic Sharia.*“¹⁰⁶⁸

1066 Baderin, oben Fn. 1005, 60.

1067 S. oben Fn. 812; Vorbehalte einsehbar auf der Internetseite der Vereinten Nationen unter <http://untreaty.un.org>.

1068 So der ägyptische Vorbehalt zu Artikel 2 der Konvention. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist aber auch, dass die USA ebenfalls die unterzeich-

Dabei geht es im Rahmen der Auseinandersetzung um die Stellung der Frau im Islam vor allem um die Interpretation der Koranstellen 2:228 und 4:34:¹⁰⁶⁹

„[A]nd women have rights equal to what is incumbent upon them according to what is just, although men are one degree above them. Allah is Mighty, Wise.“

„Men are in charge of women, because Allah has made some of them excel the others, and because they spend some of their wealth. Hence righteous women are obedient, guarding the unseen which Allah has guarded. And those of them that you fear might rebel, admonish them and abandon them in their beds and beat them. Should they obey you, do not seek a way of harming them; for Allah is Sublime and Great!“¹⁰⁷⁰

Die verschiedenen Auslegungen dieser Versstellen gehen dahin, entweder eine grundsätzliche Höherstellung des Mannes gegenüber der Frau, also einen höheren „Grad“ („*degree*“) des männlichen Geschlechts anzunehmen oder ihre Aussagen weiter zu attribuieren und darin „nur“ ein „*degree of responsibility*“ oder „*degree of advantage*“ zu erkennen.¹⁰⁷¹ Die Frage, ob die Gleichberechtigung von

nete Women’s Convention noch nicht ratifiziert haben aus dem Grund, dass diese das Potential habe, auch „*non-invidious gender distinctions*“ zu verbieten; dazu *Baderin*, oben Fn. 1005, 137.

1069 Die erste Ziffer der Koranangaben bezieht sich jeweils auf die Sure, die zweite auf den Vers, also hier Sure 2, Vers 228 und Sure 4, Vers 34.

1070 Englische Übersetzung der Koranverse in: *Majid Fakhry*, *An Interpretation of the Qur’an – English Translation of the Meanings*, 2002 (Hervorhebungen durch Verfasser); dazu auch *Baderin*, a.a.O., 134 ff.; eine deutsche Übersetzung der Verse lautet wie folgt, Vers 2:228: „Und den (Frauen) stehen die gleichen Rechte zu wie sie (die Männer) zur gütigen Ausübung über sie haben. Doch die Männer stehen eine Stufe über ihnen. Und Allah ist Allmächtig, Allweise.“, und Vers 4:34: „Die Männer stehen den Frauen in Verantwortung vor, weil Allah die einen vor den anderen ausgezeichnet hat und weil sie von ihrem Vermögen hingeben. Darum sind tugendhafte Frauen die Gehorsamen und diejenigen, die (ihrer Gatten) Geheimnisse mit Allahs Hilfe wahren. Und jene, deren Widerspenstigkeit ihr befürchtet: ermahnt sie, meidet sie im Ehebett und schlägt sie! Wenn sie euch dann gehorchen, so sucht gegen sie keine Ausrede. Wahrlich, Allah ist Erhaben und Groß.“.

1071 Zu den verschiedenen Interpretationen s. *Baderin*, a.a.O.; eine gleichberechtigte Auslegung vertretend *Samia Osman*, *Die Stellung der Frau im Islam und im Okzident*, in: *Stefan Batzli/Fridolin Kissling/Rudolf Zihlmann*, *Menschenbilder – Menschenrechte, Islam und Okzident: Kulturen im Konflikt*, 1994, 55; auch *Zineb Miadi*, *Gleiche Rechte für Mann und Frau im Koran*, in: *Batzli/Kissling/Zihlmann*, a.a.O., 97 ff.

Mann und Frau mit der *Shari'ah* vereinbar ist, wird dementsprechend unterschiedlich beantwortet: Konservative Kleriker halten die Gleichstellung der Geschlechter mit dem islamischen Recht für unvereinbar; was nach der *Shari'ah* ungleich behandelt werden muss, dürfe nicht gleich behandelt werden.¹⁰⁷² Dagegen wird jedoch im oben genannten Sinne der nur höheren Verantwortung des Mannes argumentiert, dass der Koran an keiner Stelle ausdrücklich erkläre, dass der Mann eine absolute Autorität gegenüber der Frau inne habe, beide Geschlechter seien daher auch nach islamischem Recht gleich.¹⁰⁷³ Berücksichtigt werden muss dabei wiederum, dass der Begriff der „Gleichheit“ im Islam eine andere Konnotation als ein westliches, egalitäres Verständnis implizieren kann. So werden die Unterscheidungen zwischen Männern und Frauen im islamischen Recht, etwa in der Erbrechtspraxis, häufig als Teil der natürlichen Ordnung der Dinge gesehen, was dazu führt, dass eine faktische Ungleichbehandlung nicht als solche erkannt wird.

Deutlich ist jedenfalls, dass das Maß der Gleichbehandlung von Mann und Frau vom Grad des Einflusses der *Shari'ah* und einer konservativen Auslegung des Korans in der jeweiligen muslimischen Gesellschaft abhängig ist. Daher müssen auch die Gleichheitssätze in den islamischen Menschenrechtskodifikationen (zum Beispiel Artikel III lit. (a) der UIDHR: „*All persons are equal before the Law and are entitled to equal opportunities and protection of the Law*“; wobei: „*'Law' denotes the Shari'ah*“) differenziert betrachtet werden. So betont die UIDHR die spezifische Rollenverteilung in Anlehnung an eine traditionelle Auslegung des Korans und lässt dabei trotz

1072 Zu dem Streit vgl. Mayer, oben Fn. 771, 94 und Baderin, a.a.O.; vgl. auch die Aussagen des deutschen Muslimen Murad Hofmann, der die Gleichheit der Geschlechter, aber die Unterschiede in den Rollen hervorhebt: „*[Der Islam] hält an der Ehe fest und strukturiert sie unter Berücksichtigung objektiver Rollenunterschiede zwischen Man und Frau. Für ihn sind Mann und Frau von gleicher Würde, aber unterschiedlichen Aufgaben; von gleichem Wert, aber unterschiedlichen Fähigkeiten; von gleicher Stellung vor Gott, aber unterschiedlichen Rollen im Leben. Die Frage, ob dies modisch ist oder nicht, spielt für die Beurteilung keine Rolle. Der Islam ist keine Modebewegung. Er kann warten.*“; zitiert nach Gudrun Krämer, Gottes Staat als Republik – Reflexionen zeitgenössischer Muslime zu Islam, Menschenrechten und Demokratie, 1999, 162.

1073 Vgl. Mayer, oben Fn. 771, 94; Baderin, oben Fn. 1005, 137.

TEIL 2: DIE BEGRÜNDUNG DER MENSCHENRECHTE

einer positiven Formulierung der Rechte verheirateter Frauen eine grundsätzliche Verschiedenstellung von Mann und Frau vermuten:

„(a) Every person is entitled to marry, to found a family and to bring up children in conformity with his religion, traditions and culture. Every spouse is entitled to such rights and privileges and carries such obligations as are stipulated by the Law. [...]

(h) Within the family, men and women are to share in their obligations and responsibilities according to their sex, their natural endowments, talents and inclinations, bearing in mind their common responsibilities toward their progeny and their relatives.“¹⁰⁷⁴

„Every married woman is entitled to: a) live in the house in which her husband lives;

b) receive the means necessary for maintaining a standard of living which is not inferior to that of her spouse, and, in the event of divorce, receive during the statutory period of waiting (iddah) means of maintenance commensurate with her husband's resources, for herself as well as for the children she nurses or keeps, irrespective of her own financial status, earnings, or property that she may hold in her own rights;

c) seek and obtain dissolution of marriage (Khul'a) in accordance with the terms of the Law. This right is in addition to her right to seek divorce through the courts.

d) inherit from her husband, her parents, her children and other relatives according to the Law;

e) strict confidentiality from her spouse, or ex-spouse if divorced, with regard to any information that he may have obtained about her, the disclosure of which could prove detrimental to her interests. A similar responsibility rests upon her in respect of her spouse or ex-spouse.“¹⁰⁷⁵

1074 Artikel XIX lit. (a) und (h) UIDHR.

1075 Artikel XX UIDHR. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang auch Artikel 6 der jordanischen Verfassung von 1952 ohne ausdrückliches Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes: *„Jordanians shall be equal before the law. There shall be no discrimination between them as regards to their rights and duties on grounds of race, language or religion.“*.

In vielen islamischen Gesellschaften ist auch heute noch eine strenge geschlechtliche Segregation feststellbar. Dies kann dazu führen, dass selbst innerhalb einer Familie, männliche Familienmitglieder nicht unangekündigt in die Bereiche der Frauen eintreten dürfen, so dass diese die Möglichkeit haben, sich angemessen zu kleiden - eine Folge der Pflicht der Frau, anstößiges Verhalten zu unterlassen.¹⁰⁷⁶ Ähnliche geschlechtsspezifische Praktiken hat auch das Human Rights Committee zum Beispiel im Iran und im Sudan festgestellt und zum Anlass genommen, darin eine Verletzung des Artikels 3 des IPbpR durch den jeweiligen Vertragsstaat zu konstatieren:

„The Committee observes that the persistence and extent of discrimination against women is incompatible with the provisions of article 3 of the Covenant and refers, in particular, to the punishment and harassment of women who do not conform with a strict dress code; the need for women to obtain their husband's permission to leave home; their exclusion from the magistracy; discriminatory treatment in respect of the payment of compensation to the families of murder victims, depending on the victim's gender and in respect of the inheritance rights of women; prohibition against the practice of sports in public; and segregation from men in public transportation.“¹⁰⁷⁷

Es ist auch der hohe Stellenwert der Familie in vielen islamischen Gesellschaften, der die Stellung der Frau in der Familie fixiert und im Aufbrechen der traditionellen Rollenverteilung vielfach eine Auflösung der „*basic unit*“,¹⁰⁷⁸ „*foundation*“¹⁰⁷⁹ oder des „*kernel*“¹⁰⁸⁰

1076 Dazu Mayer, oben Fn. 771, 69.

1077 Human Rights Committee, Concluding observations of the Human Rights Committee: Iran, 3. August 1993 U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.25, para. 13; vgl. auch Human Rights Committee, Concluding observations of the Human Rights Committee: Sudan, 19. November 1997, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.85, para. 22: *„The Committee expresses concern at official enforcement of strict dress requirements for women in public places, under the guise of public order and morality, and at inhuman punishment imposed for breaches of such requirements. Restrictions on the liberty of women under the Personal Status of Muslims Act, 1992 are matters of concern under articles 3, 9 and 12 of the Covenant.“*

1078 S. Artikel 38 lit. (a) der Arab Charter on Human Rights.

1079 Vgl. Artikel 21 der Verfassung Katar: *„The family shall be the foundation of the society. Its pillars shall be religion, morals and love for the nation. The law shall organise means of protecting the family, supporting its principles,*

der islamischen Gesellschaft befürchten lässt. Die Frau findet demnach in ihrer spezifischen Aufgabe in der Familie ihre Bestimmung für sich und die Gemeinschaft:

„The family is the fundamental unit of society and the main center for the growth and edification of human being. Compatibility with respect to belief and ideal, which provides the primary basis for man's development and growth, is the main consideration in the establishment of a family. It is the duty of the Islamic government to provide the necessary facilities for the attainment of this goal. This view of the family unit delivers woman from being regarded as an object or instrument in the service of promoting consumerism and exploitation. Not only does woman recover thereby her momentous and precious function of motherhood, rearing of ideologically committed human beings, she also assumes a pioneering social role and becomes the fellow struggler of man in all vital areas of life. Given the weighty responsibilities that woman thus assumes, she is accorded in Islam great value and nobility.“¹⁰⁸¹

Diesem Verständnis trägt auch Artikel 21 der iranischen Verfassung Rechnung, der bestimmt, dass *„[t]he government must ensure the rights of women in all respects, in conformity with Islamic criteria.“* Die Vorschrift ist unter anderem ein Ergebnis der Islamisierung, die eine seit dem späten 19. Jahrhundert einsetzende Bewegung in muslimischen Eliten, die Frauenrechte zu stärken und den Status der Frau in der vormodernen *Shari'ah* zu reformieren, stoppte, reversierte und den Feminismus als unvereinbar mit einem treuen und gewissenhaften Verständnis des Islams erklärte.¹⁰⁸² Die traditionelle, gewissermaßen vormoderne Ausgestaltung der *Shari'ah* verlangt von Frauen beispielsweise eine monogame Lebensweise, während es Männern gestattet ist, bis zu vier Frauen gleichzeitig zu haben; außerdem ist oft die Kindesverheiratung erlaubt, was dazu führt, dass Frauen in jungen Jahren, zum Beispiel im Iran und Saudi Ara-

bolstering its ties, preserving ideals of matrimony, childhood and the elderly.“

1080 S. Artikel 9 der Verfassung Saudi-Arabiens: *„The family is the kernel of Saudi society, and its members shall be brought up on the basis of the Islamic faith, and loyalty and obedience to God, His Messenger, and to guardians; respect for and implementation of the law, and love of and pride in the homeland and its glorious history as the Islamic faith stipulates.“*

1081 S. Präambel der Verfassung des Iran.

1082 S. Mayer, oben Fn. 771, 112 mwN.

bien ab dem neunten Lebensjahr, und gegen ihren Willen verheiratet werden. Frauen schulden gegenüber ihrem Ehemann Treue und Ergebenheit, dem es erlaubt ist, seine Frau innerhalb des Hauses zu halten und sie bei Ungehorsam zu bestrafen. Männer können sich wesentlich leichter von ihrer Frau scheiden lassen und nach der Trennung kommt ihnen das Sorgerecht für die gemeinsamen Kinder zu, sobald diese das Kindesalter überschritten haben.¹⁰⁸³

In den letzten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts hat in den muslimischen Staaten mit der Islamisierungsbewegung eine Reaktivierung von Facetten dieses überlieferten vormodernen Frauenbildes im Islam stattgefunden. Konservative Muslime propagieren seitdem etwa, dass Frauen nicht außerhalb des Hauses arbeiten sollten oder nur Arbeit annehmen dürften, bei der kein Kontakt mit Männern möglich ist. Viele sprechen für die sexuelle Segregation in der Erziehung, dass Frauen zum Beispiel nur für sie angemessene Studienfächer belegen sollten. Konservative Kräfte sprechen sich daher auch gegen ein Engagement von Frauen in der Politik aus: Sie sollten nicht Auto fahren und keine Sportveranstaltungen besuchen. Hinzu kommt, dass viele Kleriker die Abtreibung als mit dem Islamischen Recht ebenso unvereinbar halten, wie den Gebrauch von Verhütungsmitteln.¹⁰⁸⁴ Und muslimische Feministen werden häufig als „*oriental occidentals*“ oder als sykophantische Unterstützer des westlichen kulturellen Imperialismus denunziert, welche das Ziel verfolgten, die Prinzipien der *Shari'ah* im Namen einer aufgeklärten Interpretation des Islams zu zerstören.¹⁰⁸⁵ Das dem Mann vorbehalten-

1083 S. Mayer, oben Fn. 771, 112.

1084 S. Khawar Mumtaz/Farida Shaheed, *Women of Pakistan – Two Steps Forward, One Step Back?*, 1987, 86 ff.

1085 Vgl. Abul Mawdudi, *Purdah and the Status of Woman in Islam*, 1972, 74 f., mit den folgenden, zu der Überschrift „*Oriental 'Occidentals'*“ formulierten Ausführungen: „*They sincerely believe that the real aim of education for the woman is to enable her to earn her living and to acquire the arts of appearing attractive to the male Her real position in the family according to them is that like the man she should also be an earning member so as to subscribe fully her share to the common family budget. [...] She should warm up people by her sweet musical words, she should send them to ecstasy by her rhythmic movements, and she should dance them to the highest pitch of pleasure and excitement. [...] She should take part in physical exercises and sports, compete in swimming, jumping and race contests, and set new records in long distance flights. In short, she should do anything and everything outside the house, and concern herself less with what is inside the house. [...] It leads to*

tene Recht der Polygamie wurde dagegen auch in der jüngeren Zeit mit Verweis auf einen entsprechenden Koranvers mit den Argumenten der demografischen Notwendigkeit, den Fällen von Unfruchtbarkeit oder chronischer Krankheit der Frau und der generell höheren sexuellen Bedürfnisse des Mannes begründet.¹⁰⁸⁶ Auch wenn viele muslimische Juristen die Polygamie als Ausnahme zur Regel der Monogamie beschreiben, würden viele zögern, Erstere zum Verbot zu erklären.

Im Ergebnis muss bezweifelt werden, dass das Bild der Frau in traditionell ausgerichteten muslimischen Gesellschaften die volle Egalität mit dem Mann beinhaltet und dass der Frau identische Rechte und Freiheiten zugesprochen werden.¹⁰⁸⁷ Für die Ungleichheit der Geschlechter spricht vor allem die im Islam übliche wortwörtliche Auslegung des Korans¹⁰⁸⁸ und der Rekurs auf Aspekte der

wordly prosperity and all the moral concepts that run counter to it are devoid of sense and meaningless. [...] These people are indeed true followers of the Western creed.“

1086 Vgl. Baderin, oben Fn. 1005, 138 mwN; vgl. auch den Koranvers 4:3: „If you fear that you cannot deal justly with the orphans, then marry such of the women as appeal to you, *two three or four*;“ (Hervorhebung durch Verfasser), Übersetzung bei Fakhry, oben Fn. 1070; s. auch die deutsche Übersetzung: „Und wenn ihr fürchtet, ihr würdet nicht gerecht gegen die Waisen handeln, dann heiratet Frauen, die euch genehm dünken, zwei oder drei oder vier;“; vgl. in dem Zusammenhang auch die Feststellung der Unvereinbarkeit der Polygamie mit dem Gleichheitsgebot aus Artikel 3 IPbpR; Human Rights Committee, General Comment No. 28: Article 3 (The equality of rights between men and women), in: *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, oben Fn. 419, 182.

1087 So Mayer, oben Fn. 771, 136; ähnlich Baderin, a.a.O., 61.

1088 So wird aus den Koranversen 2,229, 4,11 4,34 und 33, 53 in etwa abgeleitet, dass Frauen im Gegensatz zum Mann kein Recht auf Scheidung haben, Frauen nur die Hälfte von dem erben, was Männer erben, Frauen nicht als Imame dienen dürfen, Männer ihre Frauen körperlich züchtigen dürfen, wenn sie sich dem Geschlechtsverkehr verweigern und eine Frau nicht die Haustüre öffnen darf, wenn ihr Mann nicht zu Hause ist; vgl. auch Vers 33, 33 bis 34: „O Frauen des Propheten, ihr seid nicht wie andere Frauen! Wenn ihr rechtschaffen seid, dann seid nicht geziert im Reden, damit nicht der, in dessen Herzen Krankheit ist, Erwartungen hege, sondern redet in geziemenden Worten. Und bleibt in euren Häusern und prunkt nicht wie in den Zeiten der Unwissenheit, und verrichtet das Gebet und zahlet die Zakat, und gehorchet Allah und Seinem Gesandten. Allah wünscht nur Unreinheit von euch zu nehmen, ihr Angehörigen des Hauses, und euch rein und lauter zu machen.“; vgl.

vormodernen *Shari'ah* sowie ihre Assimilation an moderne Lebenssachverhalte. Deutlich ist in jedem Fall, dass beim Begriff der Gleichheit im Islam und im westlichen Verständnis von zwei verschiedenen Bedeutungen ausgegangen werden muss.

Glaubensfreiheit im Islam

Eine weitere Dichotomie zwischen dem theozentrischen islamischen Menschenbild und dem säkularer Kulturen besteht womöglich in Bezug auf die Glaubensfreiheit und die Behandlung Anders- oder Nichtgläubiger.

Nach der *Shari'ah* standen Christen und Juden traditionell der Status von *dhimmis* zu, das heißt die Ausübung ihrer Religion wurde mit Einschränkungen toleriert, je nach Auslegung des islamischen Rechts wurden sie aber vom Militärdienst und von Regierungsämtern ausgeschlossen.¹⁰⁸⁹ Nicht-Muslime, die keinen christlichen oder jüdischen Glauben hatten, mussten dagegen theoretisch als Polytheisten oder Ungläubige behandelt werden: Sie hatten sich zum Islam zu bekennen oder mussten exekutiert werden.¹⁰⁹⁰ Mit der

dazu *Mark Gabriel*, *Islam und Terrorismus – Was der Koran wirklich über Christentum, Gewalt und die Ziele des Djihad lehrt*, 2004, 64 ff.

Zu den strittigen Koranversen gehört außerdem Vers 4:15: „*Und wenn welche von euren Frauen Unziemliches begehen, dann ruft vier von euch als Zeugen gegen sie auf; bezeugen sie es, dann schließet sie in die Häuser ein, bis der Tod sie ereilt oder Allah ihnen einen Ausweg eröffnet.*“ S. auch Vers 4:34: „*Die Männer sind die Verantwortlichen über die Frauen, weil Allah die einen vor den andern ausgezeichnet hat und weil sie von ihrem Vermögen hingeben. Darum sind tugendhafte Frauen die Gehorsamen und die (ihrer Gatten) Geheimnisse mit Allahs Hilfe wahren. Und jene, von denen ihr Widerspenstigkeit befürchtet, ermahnt sie, laßt sie allein in den Betten und straft sie. Wenn sie euch dann gehorchen, so sucht keine Ausrede gegen sie; Allah ist hoch erhaben, groß.*“.

1089 S. dazu *Mayer*, oben Fn. 771, 148 ff.; auch *Muddathir Abd al-Rahim*, *Human Rights and the World's Major Religions – Vol. 3: The Islamic Traditions*, 2005, 52 ff.

1090 Ebd.; der Koran enthält mehrere Verse, in denen der Vorzug der Gläubigen gegenüber den Ungläubigen betont wird; als ein Aufruf zum *Djihad* wird vor allem Vers 4, 89 interpretiert: „*Jene, die den Islam ablehnen, müssen getötet werden. Wenn sie sich (vom Islam) abkehren, ergreift sie und tötet sie, wo immer ihr sie findet.*“; zitiert nach *Gabriel*, a.a.O., 55; s. auch zum Beispiel in Sure 4 die folgenden Verse „*84. Kämpfe darum für Allahs Sache - du wirst für keinen verantwortlich gemacht als für dich selbst - und sporne die Gläubigen an. Vielleicht wird Allah den Krieg der Ungläubigen aufhalten; und Allah ist*

ostwärtigen Expansion des Islams gelang es den Muslimen allerdings mit dem Hinduismus und anderen polytheistischen Religionen in der Praxis zu koexistieren. Streng verboten war jedoch, vom Islam zu konvertieren. Nach der mittelalterlichen Auslegung des Korans wurde Apostasie in der Regel mit dem Tod bestraft; zwar wurde den Abtrünnigen die Gelegenheit geboten zum Glauben zurückzukehren, weigerten sie sich jedoch, wurden sie exekutiert, wenn es sich um Männer handelte, Frauen wurden bis zur Bekehrung inhaftiert.¹⁰⁹¹

Ein Zeugnis des traditionellen Apostasieverbotes findet sich noch in der Entstehungsgeschichte des Artikels 18 IPbPR. Während darin zwar „[the] freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice“ statuiert wird, musste die Passage „this right includes freedom to change [one’s] religion or belief“ im Entwurfstext aufgrund des Widerstandes muslimischer Länder wieder gestrichen werden.¹⁰⁹² Dementsprechend ist auch in der arabischen Version der UIDHR - anders als in der neutraleren englischen - die Religionsfreiheit zurückhaltend formuliert und wird nur im Rahmen des islamischen Rechts gewährt, ein ausdrückliches Recht zur Konvertierung fehlt:

„Everyone may think, believe and express his ideas and beliefs without interference or opposition from anyone as long as he obeys the limits set by the shari’ah. It is not permitted to spread falsehood or disseminate that

stärker im Krieg und strenger im Strafen. [...] 101. Und wenn ihr durch das Land zieht, dann soll es keine Sünde für euch sein, wenn ihr das Gebet verkürzt, so ihr fürchtet, die Ungläubigen würden euch bedrängen. Wahrlich, die Ungläubigen sind euch ein offenkundiger Feind.“; [...] 140. Und Er hat euch schon in dem Buch offenbart: wenn ihr hört, daß die Zeichen Allahs geleugnet und verspottet werden, dann sitzet nicht bei ihnen (den Spöttern), bis sie zu einem anderen Gespräch übergehen; ihr wäret sonst wie sie. Wahrlich, Allah wird die Heuchler und die Ungläubigen allzumal in der Hölle versammeln; [...] 144. O die ihr glaubt, nehmt euch keine Ungläubigen zu Freunden vor den Gläubigen. Wollt ihr wohl Allah einen offenkundigen Beweis gegen euch selbst geben?“; vgl. auch Vers 8, 39: „Und kämpfet wider sie, bis keine Verfolgung mehr ist und aller Glaube auf Allah gerichtet ist. Stehen sie jedoch ab, dann, wahrlich, sieht Allah sehr wohl, was sie tun.“; auch die Verse 43:36 und 43:37: „Wer sich von Gott abwendet, wird Satan als Begleiter bekommen. Satan bringt die Ungläubigen vom Weg ab, jedoch meinen sie, sie seien recht begleitet.“, Übersetzung in Joachim Wildeis, Der Koran, Gott und ich – Alle Verse des Korans, thematisch gegliedert und kritisch untersucht, 2004, 188.

1091 Vgl. Mayer, oben Fn. 771, 163 f.

1092 Vgl. Baderin, oben Fn. 1005, 118 f.

which involves encouraging abomination or forsaking the Islamic community.“¹⁰⁹³

Und in der Cairo Declaration sind folgende Bestimmungen mit Bezügen zur Glaubens- und Gewissensfreiheit erwähnenswert:

„Article 10 Islam is the religion of unspoiled nature. It is prohibited to exercise any form of compulsion on man or to exploit his poverty or ignorance in order to convert him to another religion or to atheism.

Article 22 (a) Everyone shall have the right to express his opinion freely in such manner as would not be contrary to the principles of the Shari'ah. (b) Everyone shall have the right to advocate what is right, and propagate what is good, and warn against what is wrong and evil according to the norms of Islamic Shari'ah.“

Auch wenn der überwiegende Teil der muslimischen Rechtsgelehrten heute in Betonung des Koranverses 2:256 („*There is no compulsion in religion*“) annimmt, dass niemand zur Konvertierung zum Islam gedrängt werden darf - eine Mindermeinung rekuriert auf den Unterschied zwischen den „*people of the book*“ (also zum Beispiel Christen und Juden) und Polytheisten, die keiner „*heavenly religion*“ folgen -, sind dennoch Schwierigkeiten im Umgang mit Nicht-Muslimen und vor allem mit Atheisten in einigen muslimischen Gesellschaften feststellbar.¹⁰⁹⁴ Die zentrale Stellung des Islams als Staatsreligion und ideologisches Fundament der Gesellschaft, wie sie in den meisten islamischen Verfassungen ostentativ zum Ausdruck kommt,¹⁰⁹⁵ erschwert bei Dominanz konservativer klerikaler Strö-

1093 Übersetzung der arabischen Version von Artikel 12 lit. (a) UIDHR in Mayer, a.a.O., 173; vgl. auch die englische Version: „*Every person has the right to express his thoughts and beliefs so long as he remains within the limits prescribed by the Law. No one, however, is entitled to disseminate falsehood or to circulate reports which may outrage public decency, or to indulge in slander, innuendo or to cast defamatory aspersions on other persons.*“.

1094 Vgl. Mayer, oben Fn. 771, 163 ff.

1095 Vgl. nur Artikel 2 und Artikel 12 der Verfassung des Iran: „*The Islamic Republic is a system based on belief in: 1) the One God (as stated in the phrase 'There is no god except Allah') [...]. The official religion of Iran is Islam and the Twelver Ja'fari school, and this principle will remain eternally immutable.*“; s. auch die gleichlautenden Artikel 2 der jordanischen,

mungen häufig die Anerkennung der Gleichberechtigung anderer Glaubensrichtungen. Nicht-Muslime müssen in einigen traditionell ausgerichteten muslimischen Gesellschaften mit Restriktionen rechnen, die wiederum eine Ungleichbehandlung zwischen den Geschlechtern aufweisen. So kann nach islamischem Recht ein Muslim zwar eine Nicht-Muslimin heiraten, die monotheistischen Glaubens ist, eine Muslimin darf jedoch keine Ehe mit einem Nicht-Muslimen eingehen.¹⁰⁹⁶ Bei gemischten Ehen zwischen einem Muslimen und einer Nicht-Muslimin hat das Ehepaar keine Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der Religion des Kindes. Außerdem ist die nicht-muslimische Frau in der *hadana* (Personenfürsorge) unterprivilegiert, das Kind kann ihr weggenommen werden, sobald es ein Alter mit kognitiver Fähigkeit zur Auseinandersetzung mit Glaubensfragen erreicht.¹⁰⁹⁷ Auch wäre eine atheistische politische Partei in traditionellen muslimischen Ländern nicht vorstellbar, weil der überwiegende Teil der Gesellschaft die islamische Religion als Wahrheit akzeptiert hat und eine solche Vereinigung damit außerhalb des gesellschaftlichen Konsenses stünde und die Einheit der Gemein-

omanischen und libyischen Verfassung: „*Islam is the religion of the State [...]*.“, auch Artikel 6 der Verfassung Marokkos: „*Islam shall be the state religion.*“; Artikel 1 der Verfassung Katars: „*Islam is the State’s religion [...]*.“; ebenfalls Artikel 1 der Verfassung Saudi-Arabiens: „*The Kingdom of Saudi Arabia is a sovereign Arab Islamic state with Islam as its religion*.“

1096 Dazu *Sami Aldeeb Abu-Sahlieh*, Muslims and Human Rights: Challenges and Perspectives; in: *Wolfgang Schmale (Ed.)*, Human Rights and Cultural Diversity, 1993, 243 f.; vlg. in diesem Zusammenhang den Koranvers 2:221, Übersetzung von *Fakhry*, oben Fn. 1070: „*Do not marry unbelieving women [polytheists] until they believe. A believing slave-girl is certainly better than an unbelieving woman, even if the latter pleases you. And do not give your women [believing women] in marriage to polytheists until they believe. A believing slave is certainly better than a polytheist, even if the latter pleases you. Those [the polytheists] call to the Fire and Allah calls to Paradise and Forgiveness by His Leave; and He makes clear His Revelations to mankind so that may be mindful.*“. Beachte, dass obwohl das Eheverbot bei Religionsverschiedenheit für Männer fast identisch formuliert ist wie das für Frauen, dürfen Männer nach der traditionellen Auslegung Nicht-Musliminnen heiraten, dazu *Ansgar Marx*, Familie und Recht im Islam – zwischen Tradition und Moderne, 2005, im Internet unter <http://www.fh-wolfenbuettel.de/cms/de/afb/download/berichtmarx-islam-2005.pdf>; zur Bedeutung der Religionszugehörigkeit für Frauen in muslimischen Gesellschaften s. auch *Mayer*, oben Fn. 771, 166 ff.

1097 Ebd.

schaft gefährden würde.¹⁰⁹⁸ In einigen muslimischen Ländern ist daher auch Voraussetzung für eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst die Religiosität des Betroffenen, wie es etwa Artikel 18 der sudanesischen Verfassung bestimmt:

„Religiousness: Those in service in the State and public life shall envisage the dedication thereof for the worship of God, wherein muslims stick to the scripture and tradition, and all shall maintain religious motivation and give due regard to such spirit in plans, laws, policies and official business in the political economic, social and cultural fields in order to prompt public life towards its objectives, and adjust them towards justice and uprightness to be directed towards the grace of God in The Hereafter.“

Am stärksten scheint der Konflikt zwischen *Shari'ah* und Glaubensfreiheit aber, wie bereits oben erwähnt, traditionell in der Frage der Apostasie zu sein, also der Konvertierung vom Islam, die nach hergebrachter Auslegung des islamischen Rechts mit Verweis auf eine überlieferte *Sunnah* mit dem Tod bestraft wird.¹⁰⁹⁹ Auch wenn die Strafe für Apostasie heute diskutiert und verschiedentlich festgelegt wird, wird an dieser Stelle die gordische Verknüpfung von Religion und Staat besonders deutlich: So definieren zeitgenössische Juristen die Konvertierung vom Islam auch als Rebellion gegen den Staat („*politico-religious rebellion*“), als Kollaboration mit gegen den Islamischen Staat gerichteten Kräften.¹¹⁰⁰

Bemerkenswert ist im Ergebnis jedenfalls, dass in einigen Verfassungen islamischer Staaten entweder gar kein explizites Recht zur Freiheit des Glaubens enthalten ist oder dieses zumindest keine über das allgemeine Diskriminierungsverbot hinausgehende Erwähnung findet.¹¹⁰¹ Eine islamische Verfassung, die ein ausdrückliches Recht zur Konvertierung vom Islam, also der Staatsreligion, beinhalten würde, gibt es nicht. Und zum Teil beschränkt sich die Anerkennung

1098 Dazu *Ahmad Moussalli*, oben Fn. 1018, 86.

1099 Die Todesstrafe für Apostasie geht zurück auf folgende Überlieferung des Propheten *Mohammeds*: „*Anyone who changes his religion, kill him.*“; dazu *Baderin*, oben Fn. 1005, 124.

1100 Vgl. etwa *M. Hamidullah*, zitiert nach *Baderin*, oben Fn. 1005, 124.

1101 Vgl. etwa die Verfassungen Katars und Saudi-Arabiens.

anderer Glaubensrichtungen explizit auf die „*heavenly religions*“, wie zum Beispiel der Artikel 13 der iranischen Verfassung illustriert:

*„Zoroastrian, Jewish, and Christian Iranians are the only recognized religious minorities, who, within the limits of the law, are free to perform their religious rites and ceremonies, and to act according to their own canon in matters of personal affairs and religious education.“*¹¹⁰²

Meinungsfreiheit im Islam

In engem Zusammenhang mit der Religionsfreiheit steht auch die Bedeutung der Meinungsfreiheit im Islam. Obwohl im Koran die „*klare Rede*“ als angeborenes Recht des Menschen deklariert wird,¹¹⁰³ finden sich gleichzeitig moralische und rechtliche Beschränkungen im islamischen Recht, die etwa durch den Rekurs auf folgende Koranverse verifiziert werden:

*„God loves not the public utterance of evil speech.“*¹¹⁰⁴

*„Those who love [to see] scandal broadcasted among the believers will have a grievous penalty in this life and in the hereafter.“*¹¹⁰⁵

Während die moralischen Grenzen der Meinungsfreiheit im Verbot die Unwahrheit zu sagen oder die Schwäche eines anderen zur

1102 Vgl. aber in diesem Zusammenhang auch den Koranvers 5, 51, nach dessen Wortlaut sich Muslime keine Juden und Christen zu Freunden machen sollen: „*O die ihr glaubt! Nehmet nicht die Juden und die Christen zu Freunden. Sie sind Freunde gegeneinander. Und wer von euch sie zu Freunden nimmt, der gehört fürwahr zu ihnen. Wahrlich, Allah weist nicht dem Volk der Ungerechten den Weg.*“.

Die Rechte von Nicht-Muslimen im Iran werden in Artikel 14 der iranischen Verfassung festgelegt: „*In accordance with the sacred verse 'God does not forbid you to deal kindly and justly with those who have not fought against you because of your religion and who have not expelled you from your homes' [60:8], the government of the Islamic Republic of Iran and all Muslims are duty-bound to treat non-Muslims in conformity with ethical norms and the principles of Islamic justice and equity, and to respect their human rights. This principle applies to all who refrain from engaging in conspiracy or activity against Islam and the Islamic Republic of Iran.*“.

1103 Vgl. die Koranverse 55:1-4; dazu Baderin oben 1005, 127.

1104 Vgl. die Übersetzung des Koranverses 4:148 bei Baderin, a.a.O.

1105 Koranvers 24:19, Übersetzung bei Baderin, a.a.O.

Schau zu stellen, gesehen werden, haben eine höhere, rechtliche Bindungswirkung vor allem die Verbote der falschen Beschuldigung, Beleidigung, aufrührerischen Rede und Blasphemie.

Insbesondere letzteres Vergehen wurde im Rahmen der Affäre um den Schriftsteller *Salman Rushdie* in den 1980er Jahren zu einem Exempel der Kontroverse zwischen der Meinungsfreiheit und ihrer religiös determinierten Beschränkungen im Islam. Damals wurde *Rushdie* von dem iranischen Staatsoberhaupt *Ayatollah Khomeini* wegen Blasphemie in einer *Fatwa* zum Tode verurteilt und wurden alle Moslems in der Welt zur Vollstreckung aufgerufen; im Jahr 2003 wurde das Todesurteil erneuert und die Belohnung auf drei Millionen US-Dollar erhöht.¹¹⁰⁶

Und im Jahr 2006 waren es in einer dänischen Zeitung abgebildete Karikaturen des Propheten *Mohammed*, die zu gewaltsamen Protesten in muslimischen Ländern führten und erneut die kulturellen Unterschiede zwischen Orient und Okzident in der Bewertung der Meinungs- und Pressefreiheit und der Bedeutung des Glaubens in der Gesellschaft verdeutlichten. Nach dem Koran sind Abbildungen des Propheten *Mohammeds* nicht erlaubt.¹¹⁰⁷

Islamisches Bestrafungssystem

Besonders der Fall *Rushdie* veranschaulicht nicht nur den Einfluss des Glaubens auf die Meinungsfreiheit im Islam, sondern auch die Differenzen zwischen erlaubten Strafmaßnahmen nach den internationalen Menschenrechtskodifikationen und traditionellem islamischen Recht. So erlaubt Artikel 6 Abs. 2 des IPbpR die Todesstrafe nur für die „*most serious crimes*“, und obwohl der Pakt keine Definition für diese Delikte bereithält, hat das Human Rights Committee in seiner Spruchpraxis bereits eine Vielzahl von Straftaten aus dieser Kategorie ausgeschlossen. Die islamischen Staaten, die üblicherweise zu den nicht-abolitionistischen Ländern gehören und auf die Abschaffung der Todesstrafe bislang verzichtet haben, sehen sich

1106 Vgl. *Die Tageszeitung*, 17.2.2003, S. 11.

1107 Vgl. dazu und zum sogenannten Karikaturen-Streit etwa *Die Zeit* unter http://www.zeit.de/2006/06/D_8_anemark_neu; vgl. dazu auch etwa *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 20.3.2006, S. 42 und 27.2.2006, S. 5.

häufig mit dem traditionellen islamischen Recht konfrontiert, nach dem die Todesstrafe neben Tötungsdelikten unter anderem auch für Apostasie, bewaffneten Raubüberfall und Ehebruch zulässig ist.¹¹⁰⁸ Für alle drei Straftaten hat das Human Rights Committee jedoch bereits festgestellt, dass sie mangels Schwere der Tat nach dem IPbpR keine zur Bestrafung mit dem Tode bewerteten Deliktarten darstellen können.¹¹⁰⁹

Und ähnlich muss auch trotz der begrifflichen Similarität des Folterverbotes nach Artikel 7 des IPbpR mit entsprechenden Verboten nach islamischen Menschenrechtskodifikationen - etwa nach Artikel 20 der Cairo Declaration, Artikel VII UIDHR und Artikel 13 lit. (a) der Arab Charter on Human Rights - eine Identität ihres Gehalts und Verständnisses bei konservativer Anwendung der *Shari'ah* bezweifelt werden. Denn obwohl Folter nach der *Sunnah* verboten ist und muslimische Juristen darin übereinstimmen, dass eine grausame Behandlung von Kriminellen in Verhören nicht mit dem islamischen Recht vereinbar wäre,¹¹¹⁰ gehören Steinigungen, Amputationen, Auspeitschung und andere Körperstrafen zu den tradierten Strafen des islamischen Rechts, deren fortdauernde Anwendung das Human Rights Committee in einigen muslimischen Ländern festgestellt hat.¹¹¹¹

Dabei sind die genannten Bestrafungsformen Teil eines traditionellen Strafsystems des islamischen Rechts, das neben den *qisâs* und *ta'zirîr* als variable Strafen für bestimmte Vergehen unter der Disposition des Opfers oder des Richters aus den *hudûd* (auch *hadd*) als

1108 Abgeschafft wurde die Todesstrafe bisher nur in Aserbaidshan und der Türkei; vgl. dazu *Baderin*, oben Fn. 1005, 69 f.

1109 Human Rights Committee, Concluding Observations on Republic of Korea (1992), U.N. Doc. A/47/40, 122, para. 9; Concluding Observations on Sudan (1997), oben Fn. 1077, para. 8; Concluding Observations on the Islamic Republic of Iran (1993), oben Fn. 1077, para. 8; vgl. dazu *Baderin*, a.a.O.

1110 So wird von *Mohammed* folgender Ausspruch überliefert: „*God will torture, in the hereafter, those who torture people in this life*“; dazu *Baderin*, a.a.O., 76.

1111 Vgl. Human Rights Committee, Concluding Observations on Sudan (1997), oben Fn. 1077, para. 9; Concluding Observations on Islamic Republic of Iran (1993), oben Fn. 1077, para. 11 und Concluding Observations on Libya (1994), U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.45, para. 9.

textlich belegte, obligatorische Strafen besteht,¹¹¹² die seit ihrer Katalogisierung im islamischen Recht für sechs Verbrechen fixiert sind: Diebstahl wird danach mit der Amputation der Hand bestraft (*sariqah*),¹¹¹³ die Todesstrafe, Kreuzigung oder Kreuzamputation von Hand und Fuß sind für Rebellion (*baghye*)¹¹¹⁴ oder bewaffneten Raubüberfall vorgesehen (*hirâbah*),¹¹¹⁵ mit der Steinigung zu Tode wird Ehebruch¹¹¹⁶ und mit 100 Hieben der Geschlechtsverkehr von

1112 Vgl. *Yahaya Bambale*, Crimes and punishments under Islamic law, 2003, 26 ff.: „In Islamic Law, Hudud expresses the correction specified by the law in account of the right of Allah [...] The punishments in Hudud are not subject to any amendment, alteration or commutation, substitution, change or waiver (whatsoever the case may be) by the judge, ruler or any person in authority. In simple term, they are not compoundable by way of pardon or amicable settlement by the fact of change in tim, place and situation; nor has anyone the prerogative to waive the punishment.“; vgl. auch *Saeed Hasan Ibrahim*, Basic Principles of Criminal Procedure under Islamic Shari’a, in: *Abdel Haleem/Sherif/Daniels* (Ed.), oben Fn. 1011, 17 ff.: „In crimes of hudud, there is absolutely no room for any amnesty or intercession, whether from the aggrieved party or the head of state; nor does the judge have the power to award this to anyone. Should he do so, it will be null and void and will have no effect on either the crime or its punishment.“.

1113 Vgl. als textliche Quelle im Koran dazu Vers 5:38: „Der Dieb und die Diebin - schneidet ihnen die Hände ab, als Vergeltung für das, was sie begangen, und als abschreckende Strafe von Allah. Und Allah ist allmächtig, allweise.“; dazu *Bambale*, a.a.O., 58.

1114 Vgl. als Grundlage dazu die Koranverse 16:90 und 49:9 „[U]nd Er verbietet das Schändliche, das offenbar Schlechte und die Übertretung. Er ermahnt euch, auf daß ihr es beherzigt.“; „Wenn zwei Parteien der Gläubigen miteinander streiten, dann stiftet Frieden unter ihnen; wenn aber eine von ihnen sich gegen die andere vergeht, so bekämpft die Partei, die sich verging, bis sie zu Allahs Befehl zurückkehrt. Kehrt sie zurück, dann stiftet Frieden zwischen ihnen nach Gerechtigkeit, und handelt billig. Wahrlich, Allah liebt die billig Handelnden.“; vom Propheten Mohammed wird außerdem folgender Satz überliefert „Cut off the head of any man who goes out and causes division among my people“; dazu *Bambale*, a.a.O., 84.

1115 Die Grundlage für die Strafe wird im Koranvers Vers 5:33 gesehen: „The punishment of those who wage war against Allah and His Messenger, and strive with might and main mischief through the land is: execution, or crucifixion or the cutting off of hands and feet from opposite sides or exile from the land: that is their disgrace in this world, and a heavy punishment is theirs in the Hereafter.“; dazu *Bambale*, a.a.O., 79; auch *al Hageel*, oben Fn. 1011, 121 ff.

1116 Die textlichen Quellen im Koran ist hierzu 17:32, 25:68, 23:1 bis 11: „Und nahet nicht dem Ehebruch; siehe, das ist eine Schändlichkeit und ein übler Weg.“; „Und die, welche keinen andern Gott anrufen neben Allah, noch das Leben töten, das Allah unverletzlich gemacht hat, es sei denn nach Recht, noch Ehebruch begehen - und wer das tut, der soll Strafe erleiden.“; „Erfolg

unverheirateten Personen (*zinâ*) bestraft,¹¹¹⁷ der Tod wird für Apostasie (*riddah*) verhängt,¹¹¹⁸ und 80 Hiebe sind die Strafe für die falsche Beschuldigung der Unkeuschheit (*qadhf*)¹¹¹⁹ sowie 40 oder 80 Hiebe sind als Strafmaß für Berauschung (*sharb al-khamr*) vorgesehen.¹¹²⁰

Während die ersten vier Strafformen unter islamischen Juristen weitgehend konsentiert werden, gibt es Differenzen bezüglich der Delikte der Berauschung und der Apostasie. Ein Teil der Lehre bezweifelt, dass die Herbeiführung des Rausches ein *hudûd*-Vergehen

fürwahr krönt die Gläubigen, die sich demütigen in ihren Gebeten und die sich fernhalten von allem Eiteln, und die nach Reinheit streben und die ihre Sinnlichkeit im Zaum halten - es sei denn mit ihren Gattinnen oder denen, die ihre Rechte besitzt, denn dann sind sie nicht zu tadeln; die aber darüber hinaus Gelüste tragen, die sind die Übertreter -, und die ihre Treue und ihre Verträge wahren und die streng auf ihre Gebete achten. Das sind die Erben, die das Paradies ererben werden. Ewig werden sie darin weilen.“.

1117 Vgl. Koranvers 24:2: „Weib und Mann, die des Ehebruchs schuldig sind, geißelt beide mit einhundert Streichen. Und laßt nicht Mitleid mit den beiden euch überwältigen vor dem Gesetze Allahs, so ihr an Allah und an den Jüngsten Tag glaubt. Und eine Anzahl der Gläubigen soll ihrer Strafe beiwohnen.“; dazu *Bambale*, oben Fn. 1112, 33 ff.

1118 Vgl. als Quellen dazu die Verse 16:106 und 5:36 bis 37: „Wer Allah verleugnet, nachdem er geglaubt - den allein ausgenommen, der gezwungen wird, indes sein Herz im Glauben Frieden findet - jene aber, die ihre Brust dem Unglauben öffnen, auf ihnen ist Allahs Zorn; und ihnen wird eine strenge Strafe. Wahrlich, die Ungläubigen - hätten sie auch alles, was auf der Erde ist, und dann nochmals so viel, um sich damit von der Strafe loszukaufen am Tage der Auferstehung, es würde doch nicht von ihnen angenommen werden; und ihnen wird eine schmerzliche Strafe.“; „Sie möchten wohl dem Feuer entrinnen, doch sie werden nicht daraus entrinnen können, und ihre Pein wird immerwährend sein.“.

1119 Vgl. hierzu den Koranvers 24:4: „Und diejenigen, die züchtige Frauen verleumden, jedoch nicht vier Zeugen beibringen - geißelt sie mit achtzig Streichen und lasset ihre Aussage niemals gelten, denn sie sind es, die ruchlose Frevler sind, [...]“; dazu *Bambale*, a.a.O.

1120 Dazu *Baderin*, oben Fn. 1005, 79; bereits *Joseph Schacht*, G. Bergsträsser's Grundzüge des islamischen Rechts, 1935, 99 ff.; auch *al Hageel*, oben Fn. 1011, 121 ff. mit Hinweis auf die Grundlagen für die Strafen in den Versen 5:90-91: „O ye who believe! Intoxicants, and gambling, sacrificing to stones, and divination by arrowa, are abomination of Satan's work: eschew such abomomination that ye may proper. Satan's plan is but to excite enmity and hatred between you, with intoxicants and gambling and hinder you from the remembrance of Allah, and from prayer, will you not then abstain?“. Der Begriff *hadd* steht in der arabischen Sprache für Restriktion, Verbot oder auch die Grenze zwischen zwei Dingen, in der Jurisprudenz bedeutet er die von *Allah* festgelegten Strafen.

darstellt und innerhalb der Gruppe, die an dieser Klassifizierung festhält, ist die Anzahl der Hiebe umstritten.¹¹²¹ Einige Juristen argumentieren auch, dass Apostasie kein *hudûd*-typisches Delikt und daher nicht mit dem Tode zu bestrafen sei, weil der Prophet *Mohammed* die Todesstrafe nie alleine für die Abkehr vom islamischen Glauben ausgesprochen habe; die Höchststrafe sei daher nur vertretbar, wenn die Apostasie mit einer Auflehnung gegen den islamischen Staat verbunden sei.¹¹²²

Die Anwendung der *hudûd*-Strafen scheint heute wohl vor allem vom Islamisierungsgrad der jeweiligen muslimischen Gesellschaft abzuhängen - im traditionellen Nigeria etwa haben seit dem Jahr 2000 die *Shari'ah*-Gerichte die Jurisdiktion über das islamische Strafrecht¹¹²³ -, wobei eine Verurteilung ohnehin grundsätzlich verlangt, dass keine Zweifel hinsichtlich der Schuld des Täters bestehen.¹¹²⁴ Im Allgemeinen stimmen viele muslimische Rechtslehrer jedenfalls darin überein, dass die Bestrafungen zwar hart seien, aber eine wichtige Abschreckungsfunktion einnehmen würden.¹¹²⁵ Mehr noch als dieser Aspekt wird aber der göttliche Ursprung der *hudûd* als Ge- und Verbote der *Shari'ah* betont; während in westlichen Zivilisationen Gedanken wie der der Resozialisierung eine wichtige Rolle im Strafsystem einnehmen würden, sei es im Islam der Glaube an die göttliche Offenbarung im Koran und der *Sunnah* des Propheten *Mohammed*.¹¹²⁶ Die *hudûd*-Strafen werden danach als die Rechte Gottes (*huqûq Allah*) angesehen und sind Sanktionen für die Verletzung göttlicher Gebote, welche öffentliche Interessen beschützen. Dementsprechend gehen kontemporäre islamische Wissenschaftler auch davon aus, dass „in all Muslim societies, the possibility of human judgement regarding the appropriateness or cruelty of a punishment decreed by God is simply out of the question“ und dass „[n]either Islamic re-interpretation nor cross-cultural dialogue is likely to lead to the[ir] total abolition [...] as a matter of Islamic

1121 Dazu *Baderin*, a.a.O.

1122 S. *Baderin*, oben Fn. 1005, 80 f.; auch *Mayer*, oben Fn. 771, 80.

1123 Vgl. *Human Rights Watch*, World Report 2005, 51; Bericht im Internet unter Jahresberichte im Internet unter <http://www.hrw.org>.

1124 Vgl. *Bambale*, oben Fn. 1112, 27.

1125 Vgl. etwa *al Hageel*, a.a.O., 121 ff.; *Bambale*, a.a.O., 107 ff.; dazu auch *Baderin*, a.a.O.

1126 S. *Bambale*, oben Fn. 1112, 27; *Baderin*, oben Fn. 1005, 79 mwN.

law.“¹¹²⁷ Für die Richtigkeit dieser These sprechen ostentative Apologien der *hudûd*-Strafen in der muslimischen, wissenschaftlichen Literatur, die gerade davon ausgehen, dass „*Huduud is meant for the respect and protection of human rights, while the call for suspension of the application of Islamic Shari'a is an implicit invitation for violation of human rights*“ und die den Telos der Bestrafungen wie folgt kennzeichnen:

- „1. *It is the best way for controlling crimes.*
2. *Whenever crimes are eradicated, security, tranquillity will then follow.*
3. *In the absence of crimes and criminals, people will direct their efforts to production instead of mischief and aggression.*
4. *Prosperity and welfare will be the result. This is a godd proof that the implementation of Huduud is better for the people of the land than to have rain for forty days.*
5. *Absence of turmoil and troubles.*
- [...]
7. *The implementation of Huduud deemed to be worship of Allah by complying with His commands and judging by His judgment. This worship is the end for which mankind and jinns have been created.*¹¹²⁸

In allgemeiner Form hat auch der zeitgenössische Theologe *Ayatollah Mesbah Yazdi* zur Bedeutung individueller Interessen und Belange im Verhältnis zur Vervollkommnung der Gemeinschaft und der Erfüllung göttlicher Vorgaben Stellung bezogen. Die Notwendigkeit zur Aufopferung des Einzelnen (notfalls mit dem Leben) zugunsten des Ganzen sowie deren Kompensation ließen sich dabei nicht immer rationell und materiell, aber religiös erklären:

1127 Vgl. *Abdullahi Ahmed An-Na'im*, Towards a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights: The Meaning of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment, in: *Abdullahi Ahmed An-Na'im (Ed.)*, Human Rights in Cross-Cultural Perspectives: A Quest for Consensus, 1992, 35 f.; dazu auch *Baderin*, a.a.O., 84; auch *Ibrahim*, oben Fn. 1112, 17 ff.: „*Crimes affecting the Rights of God are those that endanger higher values and welfare, and which are prescribed by the Qur'an, which ordains that one's life should be based upon them. Their real damage affects the community as a whole, and the benefit of the imposition of their penalties is returned to the whole community.*“.

1128 *Al Hageel*, oben Fn. 1011, 121 und 139 f.; *al Hageel* ist Professor für Erziehung an der Imam Muhammad Bin Saud Islamic University.

„Natürlich muß der Wille des Individuums dem Wohl der Gemeinschaft weichen [...]. Aber auf Grund einer göttlichen Weltanschauung kann gesagt werden, daß [...] diese Aufopferungen den weisen göttlichen Willen erforderlich machen, der den Menschen zukommt, um eine immer höhere Stufe der Vollkommenheit und Glückseligkeit zu erreichen. [...] In Wirklichkeit opfert es [das Individuum] einen kurzlebigen Genuß seiner ewigen Zufriedenheit. [...] Kurz: Auf dem Grund einer göttlichen Sichtweise muß gesagt werden, daß das primäre Recht des Menschen bezüglich der Ermächtigung gottgegebener Gaben – selbst seiner Körperteile und Gliedmaßen – für die Vollendung der Lebewesen und zur Verwirklichung ihrer immer höheren Vollkommenheit vom göttlichen Willen herrührt. Sobald es zu einer Komprimierung in der Entwicklung verschiedener Spezies kommt, müssen unvollkommenere Lebewesen den vollkommeneren geopfert werden, z.B. die Pflanzen und Tiere der Nutzung durch den Menschen. In gleicher Weise muß die Aufopferung einiger weniger geschehen, wenn die Verwirklichung der Vollkommenheit aller Menschen einer Gemeinschaft von der Aufopferung einiger Individuen abhängt.“¹¹²⁹

Erfüllung der göttlichen Ordnung als zentrales Element im islamischen Menschenbild

Es wurden in diesem Kapitel deutliche Konturen eines eigenständigen islamischen Menschenbildes aufgezeigt, das gerade durch die Gegenüberstellung mit dem als westlich empfundenen internationalen Standard deutlich wurde: Nicht der Mensch, sondern Gott steht im Mittelpunkt allen Denkens und alles gesellschaftliche Leben ist nach diesem theozentrischen System in der Interferenz von Tradition und Moderne ausgerichtet.

In einigen muslimischen Verfassungen fehlt in dieser Konsequenz daher eine dezidierte Aufzählung individueller Rechte, in vielen anderen wird die Rückbindung an islamisches Recht betont, und es wird dessen Superiorität als göttliches Recht vor dem weltlichen deutlich.¹¹³⁰ Gerade in traditionell ausgerichteten muslimischen Ge-

1129 *Ayatollah Mesbah Yazdi*, Die Grundlagen der Menschenrechte aus der Sicht des Westens und des Islam, in: *Batzli/Kissling/Zihlmann*, oben Fn. 1071, 225 ff.

1130 Vgl. etwa die Verfassung Libyens, die nur das Recht auf Gleichheit, auf Eigentum und freie Meinung im Rahmen der öffentlichen Interesssen und der Prinzipien der Revolution erwähnt. Die Verfassung Saudi-Arabiens sieht neben der Garantie des Privateigentums und dem Schutz vor willkürlicher Inhaftierung vor allem folgende, knappe Gewährleistung der Menschenrechte im

sellschaften wird eine individualistische und liberale Konnotation der Menschenrechte als diametral zur göttlichen Ordnung ausgelegt, in der die Erfüllung der einheitlichen moralisch-rechtlichen Gesetze das Fundament für die Anforderungen des Einzelnen an den Glauben und den islamischen Staat darstellt, und eine etwaige Öffnung gegenüber westlichen Einflüssen wird als Gefahr für den Zusammenhalt der die Gemeinschaft konstituierenden Einheiten empfunden,¹¹³¹ wobei der Rekurs auf das islamische Recht häufig nur den Grat zwischen Systemen klerikaler Tradition und säkularer Anthropologie hervorhebt. Die Menschenrechte im Islam müssen islamisch konstituiert werden, weil es keine allgemeingültigen Normen geben kann, die nicht göttlichen Ursprungs sind, und somit ist für Muslime auch der Anspruch selbstverständlich und nachvollziehbar, dass die Idee der Menschenrechte und der Menschenwürde gerade aus dem Islam folge.¹¹³²

bereits oben erwähnten Artikel 26 vor: *„The state protects human rights in accordance with the Islamic Shari'ah.“*

Vor dem Hintergrund der nationalen muslimischen Verfassungen verliert im Übrigen auch die Arab Charter on Human Rights als säkularste islamische Menschenrechtskodifikation an Bedeutung, weil die Beschränkung der aufgeführten Rechte auf nationaler Ebene erfolgt und nach Artikel 4 lit. (a) zulässig ist *„where such is provided by law and deemed necessary to protect the national security and economy, public order, health or morals or the rights and freedoms of others.“*

1131 S. dazu etwa Rais Siddiqi, *Islam – Faith, State and Law*, 2005, 119: *„The Western-educated elites, who took over power at the end of the Western dominance in most of the Muslim countries, introduced political, economic [sic] social and educational systems modelled on those of the West, but they failed to overcome the problems of their societies. [...] It has dawned upon the Muslims that the blind following of the Western culture is the main cause of their degeneration. To put it more precisely, this degeneration is due to the fact that they have been kept too far from their glorious tradition. This has made the Muslim society rootless.“*

1132 Vgl. nur Präambel der Cairo Declaration, oben Text zu Fn. 1045; ähnlich Siddiqi, a.a.O., 43, 50 und 58: *„Islam has played a pioneering role in the evolution of human civilisation in the sense that it was the first to rise above the considerations of race, colour, language and ationality [sic] – problems that still afflict humanity – and did not just give a call but actually established a world brotherhood, based on its lofty ideals.“*; *„Islam has made unique contributions to human civilisation; and among theses is the concept of dignity of man.“*; *„The principle of equality and brotherhood, justice and freedom which the Holy Prophet (peace be upon him) defined as integral elements of faith have engendered a righteous character and a noble spirit in society.“*; vgl. in dem Zusammenhang auch Muhammad Ibrahim Surty, *The Ethical*

2.1.4.4 *Universelles Menschenbild, universelle Menschenrechte?*

Die Gegenüberstellung der kulturellen Verständnisse des Menschen und seiner Stellung in der Gemeinschaft hat vor allem tiefgreifende *Differenzen* zwischen den verschiedenen Menschenbildern der Erde offenbart. Die Menschenbilder sind für die Menschenrechte aber grundlegend, denn die Rechte des Menschen sind selbst zunächst ein Menschenbild, insoweit sie noch nicht positives Recht geworden sind und damit judikativ veräußerlicht und verselbständigt wurden. Das jeweilige Bild vom Menschen impliziert zwangsläufig eine Vorstellung vom horizontalen Verhältnis der Individuen zueinander und ihrem vertikalen zur Gemeinschaft und damit von Rechten des Einzelnen, auch wenn dies einzelne Rechte des Individuums gerade ausschließt. In Frage steht daher vorliegend auch nicht die Berechtigung der festgestellten Menschenbilder, sondern alleine das Vorhandensein einer konsensfähigen und damit universellen Schnittmenge.

Code and Organised Procedure of Early Islamic Law Courts, with Reference to al-Khassafs *Dab al-Qadi*, in: *Abdel Haleem/Sherif/Daniels (Ed.)*, oben Fn. 1011, 163: „*In the Qur'an, the theme of justice is all embracing, free from any restriction, and universal. It is all embracing because it governs a person's life - both private and public - and insists that there should be no deviation from the path of justice in either the minor or major affairs of life. It is free from any restriction because it does not discriminate on the grounds of race, rank, colour, nationality, status or religion. All humans are the servants of God, and as such all should be treated equally in courts of law, and all are accountable for their deeds. It is universal because it is applicable to all who accepts its authority.*“.

Vgl. in dem Zusammenhang auch *Bassam Tibi*, Die Krise des modernen Islams – Eine vorindustrielle Kultur im wissenschaftlich-technischen Zeitalter, 1991, 242 ff., mit dem Hinweis auf den Gelehrten *Muhammad al-Ghazali*, der bewiesen haben will, dass die Menschenrechte der UDHR nichts anderes als die Empfehlungen des Propheten *Mohammed* sind.

Vorstellungen von Rechten des Menschen zwangsläufig in jeder Kultur vorhanden

Dass jede Kultur eine Vorstellung von Rechten des Menschen impliziert, wird vor allem dann deutlich, wenn darin nicht im engeren Sinne nur eine Abwehrberechtigung des Individuums gegen das Ganze verstanden wird.¹¹³³ So wurden Traditionen festgestellt, in denen ein solches Verhältnis unbekannt war.¹¹³⁴ Genauso kann aber auch ein Leistungsaustausch zwischen dem Einzelnen und der Gemeinschaft und sogar eine Leistung unter den Gemeinschaften als primär gültiges Menschenrecht in den Kulturen der Erde erkannt werden. Doch selbst im Rahmen der Kulturen, die dem Menschen eine Abwehrposition gegen die Gemeinschaft beziehungsweise den Staat als wesentlich zugestehen, besteht eine hohe inhaltliche Variabilität im Verständnis dieser Rechte, weil sie unterschiedlich begründet werden und damit auch die Begründungen der Rechteüberschreitung im kulturellen Kontext verschieden sind.

So ist im Islam aufgrund der Begründung der Würde des Menschen und seiner Rechte nach dem göttlichen Willen und dessen Offenbarung im Koran weltlich das zugelassen, was religiös erlaubt sein kann. In der konkreten Normenwirklichkeit hat dies, wie gezeigt, zu einer Überlappung von Moral und Recht geführt, die auf die Erfüllung religiöser Vorgaben, etwa der *Shari'ah*, ausgerichtet ist.

Das konfuzianisch geprägte Denken vieler asiatischer Staaten kennzeichnet sich durch ein transzendentalphilosophisches Harmoniestreben, in der die Rücknahme des Ichs und die Superiorität des Ganzen vor dem Einzelnen traditionell entscheidend sind, was die Anerkennung von Autorität begünstigt und zur Folge hat, dass der Staat als Vertreter der Gemeinschaft als Inhaber der Rechte auftritt, weil Einheit eine gewisse Gleichheit der Gedanken und Interessen verlangt. Normenwirklich wird dies, wie dargelegt, durch einen handlungsfreien Staat, der bei gegen die Gemeinschaft gerichteten oder als solchen empfundenen Verstößen sehr restriktiv agieren kann, was anhand des chinesischen Strafrechts deutlich wurde.

Der Rekurs auf Elemente vorkolonialer Machtstrukturen hat in Afrika zu einem kommunalistischen Denken geführt, das die Gemein-

1133 Vgl. dazu *Tibi*, oben Fn. 1132, 240 ff.

1134 Vgl. Text zu den Fn. 826 ff., 942 ff. und 1040 ff.

schaft und Leistungsrechte sowie Menschenpflichten in den Vordergrund stellt und die Forderung nach einer neuen Menschenrechtsgeneration der Völker aufkommen lässt. Bezeichnend sind in der Beurteilung der Verfassungswirklichkeit vor allem die „*clawback clauses*“, welche die Rücknahme gewährter Rechte erleichtern, außerdem sind animistische und gewohnheitsrechtliche Einflüsse weiterhin feststellbar, die unter anderem hierarchische Strukturen und rituelle Handlungen bedingen.

Den drei genannten Menschenbildern ist gemeinsam, dass sie ihre Autonomie betonen und sich in mehr oder weniger schroffer Abgrenzung zu einem westlichen, individualistisch-liberalen Bild vom Menschen sehen. Aus der jeweiligen Position heraus wird dieses etwa als säkularer und ethischer Voluntarismus oder als Ausdruck einer atomisierten Gesellschaft abgelehnt. Deutlich ist auch, dass die verschiedenen menschenrechtlichen (Gegen-) Konzepte die Universalität der Menschenrechte in der Regel nicht in Frage stellen wollen. Aus chinesischer Sicht ist das chinesische Menschenrechtskonzept richtig und universell, genauso wie die islamischen Menschenrechte wegen ihrer göttlichen Herkunft universell sein müssen. Zweifel an der Universalität der Menschenrechte entstehen dagegen erst in der Zusammenschau und dem Nebeneinander der verschiedenen Konzepte.

Zweifel an einem universell gleichen Standard von Menschenrechten

Zweifel an der Existenz eines universell deckungsgleichen Standards von Menschenrechten kommen daher insbesondere dann auf, wenn nicht am formalen Wortlaut der internationalen Abkommen festgehalten, sondern die jeweils kulturell geltende Ausgestaltung der Rechte des Menschen evaluiert wird. Doch auch in die globalen Menschenrechtsverträge können die kulturellen Interpretationen durch die Möglichkeit von Vorbehalten und der staatlichen Souveränität der Rechtebeschränkung einstrahlen. Dass „die Menschen-

rechte“ überhaupt einer positivrechtlichen internationalen Absicherung benötigen, indiziert, dass ein (annähernd) identischer Gehalt und eine entsprechende Gewährleistung universell betrachtet in den Kulturen nicht verwurzelt sind. Und der Grund dafür, dass die Staaten bislang keine Sicherungsmechanismen für die Einhaltung der internationalen Abkommen akzeptieren, die staatlichen Institutionen vergleichbar sind, liegt an der unterschiedlichen Auslegung der Menschenrechte, die zur Wahrung der kulturellen Identität und Souveränität nicht aufgegeben werden soll.

Die Argumente gegen ein universelles Verständnis der Menschenrechte sind vor allem aus phänomenologischer Sicht etwa das Gegenüberstehen von „*Ich- und Wir-Kulturen*“,¹¹³⁵ die heterogene Verfassungs- und Normenwirklichkeit der Staaten der Erde und verwurzelte Traditionen und Rituale, welche dem als universell kommunizierten westlichen Standard diametral entgegenstehen. Es muss die Frage gestellt werden, welches als Menschenrechtsverletzung wahrgenommene Verhalten die Diskrepanz welchen und wessen Standards zur Realität darstellt oder inwiefern dieses den Grad der Unterschiedlichkeit der Menschenrechtsinterpretationen versinnbildlicht. Schon die Opposition verschiedener Dimensionen von Menschenrechten, wie eine individualistische Konnotation liberaler Rechte, die Betonung wirtschaftlicher und sozialer Sicherheit und Versorgung oder die Hervorhebung der Rechte der Völker auf Teilhabe an Entwicklung und Wohlstand,¹¹³⁶ die nicht in ein einheitliches Dokument integriert werden konnten und von denen die verschiedenen Kulturen und Zivilisationen die jeweils eigene Interpretation als die wichtigere betrachten und die restlichen in den Hintergrund treten oder gar nicht gelten lassen, verdeutlicht die Uneinigkeit zum Thema Menschenrecht auf der Welt.

1135 Vgl. zu dem Begriff *Johan Galtung*, Die Zukunft der Menschenrechte – Vision: Verständigung zwischen den Kulturen, 2000, 80.

1136 Vgl. dazu auch *Tibi*, oben Fn. 1132, 260, mit dem Hinweis, dass es sich bei den individuellen und kollektiven Rechten um zwei grundverschiedene Arten von Rechten handelt. Während individuelle Rechte als - meist vorgegebene - Rechte interpretiert werden, die dem Individuum einen Anspruch gegenüber Staat und Gesellschaft verleihen, geht es bei den kollektiven Rechten um normative Ansprüche auf gerechte Ressourcenverteilung und weltweite soziale Gerechtigkeit.

Nach der Menschenrechtskonzeption der Vereinten Nationen gelten aber alle Menschenrechte als gleichwertig:

*„All human rights are universal, indivisible and interdependent and inter-related. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis.“*¹¹³⁷

Dabei muss sich die Debatte um die Universalität der Menschenrechte der Westen mit dem Vorwurf auseinandersetzen, dass ihr Menschenrechtsverständnis überwiegend auf die Aussagen der UDHR beschränkt ist, die in einer Epoche entstand, als die westlichen Staaten die Vereinten Nationen und deren Menschenrechtskonzeption weitgehend dominierten.¹¹³⁸ In einer „*KirchturmspERSpektive der eigenen Kultur*“, so die Kritik, gehe man von einer fiktiven Welt ohne UNO aus, in der einzelne Kulturblöcke ohne übergreifendes Diskussionsforum aufeinanderprallten und in der dem Westen die Mission aufgebürdet sei, unkundigen fremden Zivilisationen gegenüber die westliche Menschenrechtskonzeption und Universalität zu begründen.¹¹³⁹ Tatsächlich wird von vielen westlichen Autoren die These vertreten, dass es im Grunde keine kulturellen Unterschiede gebe, sondern es sich bei den Menschenrechtskonzepten um gesellschaftliche Entwicklungsstufen handele, bei der eine zunehmende Individualisierung in den Kulturen eine allmähliche Annäherung an die westlichen Menschenrechte mit sich bringe.¹¹⁴⁰

1137 Vgl. Vienna Declaration and Programme of Action, 25. Juni 1993 (Hervorhebung durch Verfasser); dazu von Senger, oben Fn. 995, 268 ff.

1138 So von Senger, a.a.O.

1139 Dazu Otfried Höffe, Vernunft und Recht – Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs, 1998, 14; von Senger, a.a.O.; vgl. in dem Zusammenhang auch vgl. dazu auch Adamantia Pollis/Peter Schwab, Human Rights: A Western Construct with Limited Applicability, in: Pollis/Schwab, oben Fn. 956, 4: „Thus to argue that human rights has a standing which is universal in character is to contradict historical reality. What ought to be admitted by those who argue universality is that human rights as a western concept based on natural right should become the standard upon which all nations ought to agree, recognizing however, that this is only one particular value system.“ (Hervorhebung im Original).

1140 S. beispielhaft Ebock, oben Fn. 829, 192 f.

Kritisiert und als typisch europäisches Denken bezeichnet wird darüber hinaus, dass von einem Bestand an Kern-Fundamentalrechten, wie dem Recht auf Leben und den Verboten von Folter, Sklaverei und willkürlicher Freiheitsentziehung, ausgegangen und der Rest als mehr oder weniger disponibel qualifiziert wird. Denn gerade dies widerspreche der (oben zitierten) Menschenrechtskonzeption der Vereinten Nationen, welche die Gleichwertigkeit aller Rechte verlange.¹¹⁴¹ Die Manifestation eines solchen Selektivismus könne anhand der EMRK indiziert werden, die nur 17 von 25 der in der UDHR aufgeführten Menschenrechte und damit ein Drittel weniger als die universale Erklärung enthält. So fehlen im Vergleich zur UDHR in der Europäischen Menschenrechtskonvention tatsächlich etwa das Recht auf soziale Sicherheit („*Everyone [...] has the right to social security*“), das Recht auf Arbeit („*Everyone has the right to work*“), auf Freizeit und Erholung, auf einen bestimmten Lebensstandard, auf Bildung und auf Teilnahme am kulturellen Leben, auch wenn die erwähnte Kritik angesichts der Europäischen Sozialcharta relativiert werden muss, deren Bestimmungen allerdings zum Teil deutlich schwächer im Sinne von Zielvorgaben formuliert und nicht als subjektive Rechte ausgestaltet sind (vgl. etwa Artikel 1- The right to work: „*[T]he Contracting Parties undertake: to accept as one of their primary aims and responsibilities the achievement and maintenance of as high and stable a level of employment as possible*“).¹¹⁴² Aus Sicht der UDHR, so die Kritik weiter, könne die EMRK in Anbetracht der Unterschiede daher auch als Wiedergabe eines regionalen und partiellen und nicht eines universellen Verständnisses der Menschenrechte gesehen werden.¹¹⁴³

Die Problematik eines universellen Menschenrechtsverständnis hinsichtlich der unterschiedlichen Menschenrechtshorizonte verdeutlicht auch eine Diskussion zwischen dem deutschen Außenminister *Hans-Dietrich Genscher* und seinem iranischen Amtskollegen *Velayati* anlässlich eines Besuches in Teheran 1984 im Rahmen der als „*kritischen Dialoges*“ bekannten Annäherung beider Länder. Als

1141 Vgl. von Senger, oben Fn. 995, 263 ff.

1142 Zur Kritik s. von Senger, oben Fn. 995, 271 f.; vgl. zu den aufgeführten Rechten in der UDHR deren Artikel 23 bis 28; s. auch die Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, BGBl. 1964 II, 1261, 27 Vertragsstaaten; dazu auch Ipsen, oben Fn. 96, 698.

1143 So von Senger, a.a.O.

Genscher sich besorgt zeigt über die Geltung der Menschenrechte und insbesondere die Situation der politisch, das heißt vor allem religiös Verfolgter, wird ihm eine deutliche Antwort geliefert: Der Islam habe eine andere Auffassung der Menschenrechte. Der Dialog steht vor allem im Zusammenhang mit der seinerzeitigen Aussage des iranischen Staatsoberhauptes *Ayatollah Khomeini* über das islamische Recht zur (schmerzhaften) Umerziehung Ungläubiger.¹¹⁴⁴ So antwortet *Velayati* später dann auch auf die erneut geäußerte Sorge des deutschen Außenministers über die Menschenrechtssituation nur „auf der Grundlage des islamischen Rechts“.¹¹⁴⁵

In ähnlicher Weise verlief ein Gespräch zwischen dem deutschen Bundespräsidenten *Roman Herzog* und dem chinesischen Ministerpräsidenten *Li Peng* 1996 in China, bei dem letzterer konstatierte, dass ein Chaos ausbrechen würde, sollte China die Freizügigkeit nach westlichem Vorbild gewährleisten. *Herzog* betonte, dass es einen universell gültigen Kern an Menschenrechten gebe, der weltweit geachtet und „auch in China“ gelten müsse. Auch wenn die Verwirklichung dieses Kernbestands „langen Atem“ erfordere, halte die deutsche Politik daran „unverrückbar“ fest; dies entspreche dem deutschen Selbstverständnis und gründe in unverhandelbaren christlich-philosophischen Wertvorstellungen. Die lakonische Antwort *Li Pengs* lautete: „Die Bibel gilt nicht in China“.¹¹⁴⁶ *Herzog* hatte nicht

1144 Vgl. *Süddeutsche Zeitung*, 13.12.1984, S. 6.

1145 Dialog zitiert nach *Helmut Quaritsch*, Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band V, Allgemeine Grundrechtslehren, 1992 § 120, Fn. 58; dazu auch *Die Welt*, 29.11.1988, S. 10; vgl. auch *Helmut Quaritsch*, Recht auf Asyl – Studien zu einem mißdeuteten Grundrecht, 1985, 84 f.

1146 Vgl. zu dem Dialog der beiden Staatsoberhäupter *Der Spiegel*, Heft 48/1996, S. 16; dazu auch *von Senger*, oben Fn. 995, 279 ff.; in dem Zusammenhang auch *Heiner Roetz*, The Intercultural Debate on Human Rights and the case of China, in: *Ludger Kühnhardt/Mamoru Takayama* (Hrsg.), Menschenrechte, Kulturen und Gewalt, 2005, 49, der die Kritik am westlichen Menschenrechtskonzept aus asiatischer Sicht in der Degradierung individueller Freiheit als kulturrelativen Wert bei gleichzeitiger Aufwertung kollektiver Interessen und allgemeinen Wohlstands charakterisiert und die dabei entstandene Verknüpfung ökonomischen Liberalismus mit politischer, illiberaler Autorität hervorhebt.

Ein ähnlich ergebnisloser Dialog ereignete sich im September 2006 beim Staatsbesuch des chinesischen Ministerpräsidenten *Wen Jiabao* in Deutschland. Die deutsche Bundeskanzlerin *Angela Merkel* forderte die Einhaltung der Menschenrechte, die „unveräußerlich seien und überall gelten“ würden.

bedacht, dass China keine Überschneidungen mit dem sich gleichenden „*altgriechisch-altrömisch-altjüdisch-christlich-germanischen Erbe*“ Europas und Amerikas kennt, sondern ein eigenes, tausende Jahre altes geistig-kulturelles Fundament besitzt.¹¹⁴⁷ China könnte einem von der geografischen Ausdehnung vergleichbaren, erweiterten Europa außerdem - überspitzt betrachtet - vorhalten, dass seine Menschenrechtsbilanz der letzten 100 Jahre kaum besser ausfallen würde als die des fernöstlichen Staates.¹¹⁴⁸

Im Guantánamo-Diskurs werden differente Menschenbilder deutlich

Die Problematik der kulturellen Unterschiede in der Bewertung der Menschenrechte wurde auch im Rahmen der Bewertung der Gefangenschaft in Guantánamo und der damit zusammenhängenden Thematik des internationalen Terrorismus virulent, weil hier verschiedene Menschenbilder ostentativ aufeinanderprallen. So ist es aus der Sicht radikaler Islamisten legitim „*Ungläubige*“, Zugehörige der „*westlich-imperialistischen Gesellschaft*“ und „*Feinde im Krieg*“ zu töten:

„People who do not understand the sense of the legal evidence have already denied this and said that women, elderly, and children were among the victims of the operations in America. They say, 'Islam forbids the shedding of their blood, so how can the operations be legally permissible?' We say that the prohibition against the blood of women, children, and the elderly is not an absolute prohibition. Rather, there are special conditions in which it is permissible to kill them if they are among the people of war, and these conditions exist in specific circumstances. [...] Are Muslims not permitted to respond in the same way and kill those among the Americans who are like the Muslims they are killing? Certainly! By Allah, it is truly a right for Muslims.“¹¹⁴⁹

Jiabao versicherte im Gegenzug, der Schutz der Menschenrechte sei von großem Wert und würde in der chinesischen Verfassung garantiert; vgl. dazu etwa *Süddeutsche Zeitung*, 15.9.2006, S. 1 und S. 5.

1147 Vgl. von Senger oben Fn. 995, 271 f.

1148 Vgl. die entsprechende Fragestellung von *Helwig Schmidt-Glintzer*, *China: Vielvölkerreich und Einheitsstaat*, 1997, 7; dazu auch von Senger, a.a.O.

1149 Vgl. das Statement von Al Qaida vom 24. April 2002 zu den Terroranschlägen des 11. Septembers 2001, oben Fn. 123: „*First: It is allowed for Muslims to kill protected ones among unbelievers as an act of reciprocity. If the unbelievers have targeted Muslim women, children, and elderly, it is permissible for Muslims to respond in kind and kill those similar to those whom the unbelievers killed. As Allah almighty says, 'You may transgress against those who*

Auf der anderen Seite wurde die Behandlung der Gefangen in Guantánamo mit der sicherheitspolitischen Notwendigkeit des „*Kampfes gegen den internationalen Terrorismus*“ gerechtfertigt und auch gegenüber innerwestlichem Widerstand verteidigt. So wird der Status der in Guantánamo inhaftierten Taliban-Kämpfer und Al Qaida-Mitglieder, die als konkrete Bedrohung für die amerikanische Bevölkerung betrachtet werden, durch eine interessenorientierte Interpretation der relevanten Normen so auszulegen versucht, dass der Umfang der Rechte möglichst gering bleibt.¹¹⁵⁰

have transgressed against you just as they have transgressed against you.’ There currently exists an extermination effort against the Islamic peoples that has America’s blessing, not just by virtue of its effective cooperation, but by America’s activity. The best witness to this is what is happening with the full knowledge of the world in the Palestinian cities of Jenin, Nablus, Ramallah, and elsewhere. Every day, all can follow the atrocious slaughter going on there with American support that is aimed at children, women, and the elderly. [...]

Third: It is allowed for Muslims to kill protected ones among unbelievers on the condition that the protected ones have assisted in combat, whether in deed, word, mind, or any other form of assistance, according to the prophetic command. This is what happened at the time of Abu Dawud and others who were involved in the murder of Duraid Ibn al-Samma. When he was 120 years old he went out with the Hawazin tribe to advise them. They consulted him on battle procedure and he went from being a protected one to being a target because of his advice regarding the war against Islam. [...]

Sixth: It is allowed for Muslims to kill protected ones among unbelievers when the enemy is shielded by their women or children. If it is not possible to engage in battle and hold back their evil from the land of Islam, it is the consensus that it is permissible for them to kill the human shields.

Seventh: It is allowed for Muslims to kill protected ones among unbelievers if the people of a treaty violate their treaty and the leader must kill them in order to teach them a lesson. This is just as the Prophet did among the Bani Qariza.“

Vgl. weitergehend zur Ideologie radikal-islamischer Gruppierungen und der Rechtfertigung der Tötung „Ungläubiger“ *LeVine*, oben Fn. 141, zum speziellen Fall der Al Qaeda siehe *Wiktorowicz/Kaltner*, oben Fn. 123.

Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Ankündigung neuer Terror-Attacken durch das ranghohe Al Qaida-Mitglied *Aiman al-Sawahiri* anlässlich des fünften Jahrestages der Anschläge des 11. Septembers 2001 und seiner Rechtfertigung, der Westen gebe durch sein Verhalten dazu den Anlass und das Recht; vgl. dazu *Der Tagesspiegel*, 12.11.2006, S. 1.

1150 Vgl. oben vor allem Punkt 1.2.1.4.

Dabei sehen sich alle Akteure im Einklang mit ihrem Menschenbild und den davon getragenen Rechten des Menschen. So ist, wie dargestellt wurde, ein restriktiver Umgang mit Gefangenen in der amerikanischen Rechtstradition verankert und üblich, wobei die Ursache für die Unterschiede zu vielen europäischen Staaten unter anderem in der Verschiedenartigkeit der Menschenwürdekonzptionen gesehen wird.¹¹⁵¹ Beeinflusst von der Figur des „outlaw“ sind längere und härtere Strafen als in Europa sowie Degradierungsmaßnahmen für Straftäter in den USA traditionell gefestigt.¹¹⁵²

Dennoch ist es aus amerikanischer Sicht selbstverständlich, dass das Grundkonzept des 8. Zusatzes zur amerikanischen Verfassung, welcher „*cruel and unusual punishments*“ verbietet, die Menschenwürde darstellt.¹¹⁵³ Die amerikanischen Haftbedingungen, Verhörmethoden und der Umgang mit Gefangenen, etwa denen in Guantánamo, sind nach Ansicht der amerikanischen Regierung daher gerade mit dem amerikanischen Menschenwürdekonzption vereinbar, weil der Passus des „*cruel and unusual punishments*“ im 8. Verfassungszusatz historisch tatsächlich eine andere inhaltliche Ausgestaltung erfahren hat als die Auslegung von „*cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*“ aus Artikel 7 des IPbpR durch das Human Rights Committee.

Vorstellungen von Würde und natürlichen Rechten im kulturellen Kontext

Auch die Begründung der Rechte des Menschen aus einer gemeinsamen Vorstellung der Würde des Menschen und einer wie auch immer determinierten angeborenen Verknüpfung mit seiner Natur als Ansatz für universelle Menschenrechte begegnet Zweifeln, weniger weil entsprechende Ansätze nicht vorhanden wären, sondern weil wegen der dargestellten Variabilität ihrer Herleitung der konkrete Gehalt der Menschenwürde und der Rechte des Menschen stark

1151 Vgl. oben Punkt 2.1.3.2 (Text zu den Fn. 784 ff.).

1152 S. *Whitman*, oben Fn. 16, 18 ff.

1153 So Chief Justice *Warren* im Fall *Trop v. Dulles*: „*The basic concept underlying the Eighth Amendment is nothing less than the dignity of man. While the State has the power to punish, the Amendment stands to assure that this power be exercised within the limits of civilized standards.*“; dazu *Hannum/Fischer*, oben Fn. 522, 97.

different ist. So wird selbst die gemeinsame Überzeugung einer angeborenen Würde des Menschen als möglicher Ausgangspunkt eines Menschenrechtstopos vor dem Hintergrund relativiert, dass zum Beispiel im traditionellen Islam die dem Menschen von Gott verliehene Würde nur potentiell bei allen Menschen gleich ausgeprägt ist und einen unterschiedlichen Grad erreichen kann, abhängig davon, ob man sich seiner durch den göttlichen Schöpfungsakt vorgegebenen Anlage entsprechend verhaltend für den Islam als „*einzig wahre Religion*“ entscheidet.¹¹⁵⁴ Im konfuzianischen Denken wiederum wird die Würde des Menschen durch seine Stellung in der Gemeinschaft, deren Gemeinwohl er grundsätzlich untergeordnet ist, und seinen Beitrag für diese bestimmt. Selbst die Menschenwürde vermag folglich nicht in allen Zivilisationen inhaltlich als gleichbleibende und angeborene Größe den äquivalenten Wert aller Mitglieder des menschlichen Geschlechts zu bestimmen. Es kann aber kein universelles Menschenrechtsverständnis bestehen, wenn die Zivilisationen der Erde bereits unter den Begriffen der „*inherent dignity*“ und unter „*equal and inalienable rights*“ - anders als der Wortlaut der UDHR annehmen lässt - Verschiedenes wahrnehmen. Dann handelt es sich vielmehr um ein „Miss-Verständnis“, eine begriffliche Identität zur Beschreibung unterschiedlich angewendeter Ideen.

Das bisher zum Vergleich der Kulturen Gesagte lässt sich in folgender These 9 zusammenfassen:

These 9:

Der Kulturvergleich macht deutlich, dass unterschiedliche Menschenbilder und Begründungen des Rechts zu ganz verschiedenen Menschenrechtsvorstellungen führen. Die dabei festgestellten Differenzen zeigen, dass eine übereinstimmende Auffassung von Rechten des Menschen und ihrer Herkunft nicht vorhanden ist. Vielmehr suggerieren überkulturell gebrauchte unbestimmte Begriffe, wie etwa die der Würde und Achtung des Menschen, das

1154 Vgl. *Alexandra Petersohn*, Islamisches Menschenrechtsverständnis unter Berücksichtigung der Vorbehalte muslimischer Staaten zu den UN-Menschenrechtsverträgen, 1999, 144 f.

Bestehen eines kongruenten Bildes vom Menschen und seiner Rechte, ohne dass deren konkrete Begründung und inhaltliche Ausfüllung berücksichtigt würde.

2.1.4.4.1 *Bisher übliche Vorstellung universeller „Kern-Menschenrechte“*

Die überwiegende Meinung in der Menschenrechtsforschung und vor allem der Völkerrechtslehre geht heute trotz anerkannter Unterschiede dahin, dass wenigstens ein Nukleus an Menschenrechten in den verschiedenen Kulturen und Zivilisationen identisch sei.¹¹⁵⁵ Zumindest ein Minimalstandard von grundlegenden Rechten würde danach die Basis des durch die internationalen Abkommen suggerierten Konsenses darstellen. Dazu werden etwa das Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit und Sicherheit der Person gezählt.¹¹⁵⁶

Eine Begründung durch eine dezidierte und differenzierte Auseinandersetzung mit den verschiedenen kulturellen Vorstellungen bleiben die Vertreter einer solchen Annahme aber meist schuldig.¹¹⁵⁷

1155 Vgl. nur *Ipsen*, oben Fn. 96, 812 f., mit dem Begriff des „*völkerrechtlichen Menschenrechts-Mindeststandard*“; ähnlich *Tomuschat*, oben Fn. 807, 81 ff.; ähnlich auch *Pape*, oben Fn. 621, 68 ff.; s. auch *Quaritsch*, oben Fn. 1145, § 120, 32, der im fremdenrechtlichen Mindeststandard des Völkergewohnheitsrechts einen Abwehranspruch gegen willkürliche Eingriffe in Leben, Gesundheit, Freiheit und Eigentum erkennt; auch *Eibe Riedel*, *Die Universalität der Menschenrechte*, 2003, 113 ff. und 162 ff.; auch *Nowak*, oben Fn. 1021, 1: „*These existential rights, which are essentially a manifestation of human dignity, provide the nucleus around which a number of other rights have been created [...].*“

1156 Vgl. *Ipsen*, a.a.O.; bezogen auf das Recht auf Leben auch *Ebock*, oben Fn. 829, 210.

1157 S. nur *Nowak*, oben Fn. 1021, 1, der statuiert, die Menschenrechte seien „*the only universally recognized system of values*“, welches „*provides a loosely knit network of minimum standards and procedural rules for human relations*“; auch *Ipsen*, a.a.O.; vgl. auch die Darstellung von *Ibrahima Fall*, *Universality and Relativity of Human Rights from the Perspective of the World Conference*, in: *Daniel Warner (Ed.), Human Rights and Humanitarian Law - The Quest for Universality*, 1997, 86, die alleine im Ergebnis der Wiener Konfe-

Ohne Nachweis bleibt die These der kulturellen Verwurzelung der „Mindestrechte“ jedoch eine Vermutung, erst recht wenn sie durch die bloße Signatur der jeweiligen Staaten in den Menschenrechtsabkommen als indiziert angesehen wird.¹¹⁵⁸ Eine Herleitung der universellen Menschenrechte bleibt oft genug im Diffusen, Begründung wird häufig mit Anspruch verwechselt.¹¹⁵⁹ Zum Teil wird auch unterstellt, dass zumindest eine universelle Anerkennung der Menschenwürde feststellbar sei.¹¹⁶⁰ Wie gezeigt wurde, muss dies aber

renz von 1993 und den gefundenen Formulierungen (vgl. oben Fn. 1137) die Bestätigung für die Universalität der Menschenrechte sieht: „*While particularities are to be taken into account, as has always been the case, the outcome at Vienna has left no doubt about the universality of human rights, in particular the universal validity and applicability of the international standards.*“; vgl. auch Riedel, a.a.O., 139 ff., der die Tatsache der Verbreitung der *Shari'ah* in islamischen Ländern als einen Kontrapunkt zum Universalismus der Menschenrechte mit der vagen Hoffnung auszuräumen versucht, dass moderate Autoren versuchen werden, die Regelungen der *Shari'ah* an „*Menschenrechtskonzepte*“ anzupassen.

1158 Vgl. Pape, oben Fn. 621, 68 ff., mit dem Argument, dass jedenfalls von den UNO-Menschenrechtspakten von 1966 nicht mehr von „westlichen“ Konzepten gesprochen werden könne; Pape übersieht, dass zu den Pakten über 150 Vorbehalte eingelegt worden sind und dass die Ausarbeitung eines rechtlichen Konsenses auf diplomatischer Ebene nicht die tatsächliche Verwurzelung der Menschenrechte in den Kulturen wiedergeben muss; ähnlich bezogen auf die Menschenwürde Norman Weiß, Die Entwicklung der Menschenrechtsidee, heutige Ausformung der Menschenrechte und Fragen ihrer universellen Geltung, in: Jana Hasse/Erwin Müller/Patricia Schneider (Hrsg.), Menschenrechte – Bilanz und Perspektiven, 2002, 68 ff.

1159 Vgl. etwa Bielefeldt, oben Fn. 817, 31; exemplarisch zeigt schon der Titel des Beitrags die Gefahr der Ebenenverschiebung: „*Ein ,von allen Völkern und Nationen zu erreichendes Ideal'. Der Streit um die Universalität der Menschenrechte.*“ (Hervorhebungen durch Verfasser).

1160 Vgl. Markus Kotzur, Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes - Das Beispiel der Präambel des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, 2001, 228 f.: „*Wie bereits gezeigt, werden die Würdekonzepte nicht innerhalb eines Staates, einer Gesellschaft oder einer Kultur, sondern im globalen Austausch entwickelt. Universalität, nicht Partikularität ist kennzeichnend für sie. Daher löst die Idee der Menschenwürde das überkommene Prinzip der Nationalität, den mit der Nation verbundenen Ausschließlichkeitsgedanken ab. [...] Doch die in der Menschenwürde gründenden Rechte differenzieren gerade nicht nach der Staatsangehörigkeit, sondern begünstigen das Individuum als solches kraft seines Menschseins. Heute hat aufgrund des Menschenwürdeprinzips jeder Staat letztlich das Recht (gar die Pflicht), wenigstens gegen fundamentale Menschenrechtsverletzungen einzuschreiten. [...] Darüber hinaus ist die Menschenwürde eine Größe, die Werteverwirklichung nicht an eine bestimmte Religion, an eine bestimmte Weltanschauung, an ein bestimmtes kulturelles Vorverständnis bindet. Sie ist*

nicht einmal die Identität des Würdebegriffs bedeuten, erst recht kein gleiches Verständnis der Rechte des Menschen.¹¹⁶¹

Häufig kommt es auch zu einer Verschiebung von Ebenen, in der die theoretische Universalität der Menschenrechte nach einem bestimmten Begründungsmodell mit der tatsächlichen Anerkennung konkreter Rechte in den verschiedenen Kulturkreisen gleichgesetzt wird; bemüht wird dazu unter anderem das Argument, es seien vor allem autoritäre Regime, welche die Universalität der Menschenrechte in Frage stellen.¹¹⁶² Vereinfacht wird ebenfalls argumentiert, die Verletzung der Normen sei gerade ihre Bestätigung.¹¹⁶³ Und auch die Annahme, dass die überwiegende Mehrheit der Staaten an „*der Menschenrechtsidee*“ festhielte,¹¹⁶⁴ könnte nur dann von Bedeutung sein, wenn ausschließlich *eine* Idee denkbar wäre.

Auch wenn, wie vertreten wird, die Universalität der Menschenrechte darin gesehen werden sollte, dass in keinem Land der Erde es

per definitionem übernational, überreligiös, überkulturell und daher universell.“; ähnlich auch Ebock, oben Fn. 829, 206; aus der Würde die Universalität folgernd Jose Ayala-Lasso, The Universality of human rights, in: Warner (Ed.), oben Fn. 1157, 93 ff.; ähnlich Weiß, oben Fn. 1158, 68 ff., der aus der Menschenwürde universell geltende Rechte folgert: „*Gewisse menschenrechtliche Mindeststandards sind allerdings unabhängig von vertraglichen Bindungen zu wahren. Seit dem Zweiten Weltkrieg hat sich eine Anzahl völkergewohnheitsrechtlicher Normen entwickelt, die zwingend für jeden Staat gelten. Dazu zählen jedenfalls das Genozidverbot, das Verbot der Sklaverei, das Folterverbot, das Verbot der Hinrichtung ohne faires Gerichtsverfahren, das Verbot vollständiger Rechtsverweigerung und das Verbot rassistischer Diskriminierung. Hierbei handelt es sich um aus der Menschenwürde fließende Mindestgarantien, den anderen als Mensch zu achten.*“.

1161 So auch Ebock, a.a.O.; ebenfalls an einem universellen Normkonsens zweifelnd Johannes Schwartländer, Vernünftige Begründung als Angebot?, in: Johannes Schwartländer (Hrsg.), Menschenrechte, Aspekte ihrer Begründung und Verwirklichung, 1978, 221 ff.

1162 Vgl. Bielefeldt, oben 817, 35, mit der Frage, was es für eine ‚Kultur‘ sei, die mit Panzern gegen demonstrierende Studenten durchgesetzt werden müsse; zwar impliziert die Frage das authentische Unverständnis über das Vorgehen der chinesischen Regierung im Jahr 1989, aus der Kultur Chinas lässt sich, wie oben gezeigt, der autoritäre Anspruch und seine Tradition aber verstehen; ähnlich Kotzur, a.a.O., 328, der eine weltweit anerkannte moralische Autorität des Bekenntnisses zu den Menschenrechten unterstellt und in der „*Flucht in offensichtlich ungläubwürdigen Beteuerungen*“ menschenrechtsverletzender Regime gerade ihre Bestätigung; auch Pape, oben Fn. 621, 71 ff.

1163 Vgl. Pape, a.a.O., auch mit Verweis auf Tomuschat.

1164 So Pape a.a.O.

der öffentlichen Gewalt gestattet sei, *willkürlich* über das Leben, die Freiheit und die körperliche Integrität zu verfügen,¹¹⁶⁵ stellt sich die Frage, welchen tatsächlichen Gehalt ein solches „Kern-Recht“ haben würde. Das Nebeneinander der verschiedenen Rechtsordnungen ergibt gerade eine Willkürlichkeit hinsichtlich der Gewährung der genannten Rechte. Denn deren Beschränkungen sind willkürlich, weil sie Ausdruck der von der jeweiligen Gemeinschaft getragenen, geschichtlich entstandenen sittlich-moralischen Ordnung sind.

2.1.4.4.2 *Tatsächliche Gewährleistung von „Kern-Menschenrechten“ auf universeller Ebene*

Kann dennoch und trotz der im Vergleich der kulturell determinierten Menschenbilder festgestellten Unterschiede ein zu extrahierender gemeinsamer Nukleus von Menschenrechten - gewährleistet und gesichert durch staatliche Institutionen und getragen von einer Überzeugung und Moralität in der Bevölkerung - in den verschiedenen Gesellschaften der Erde heute als verwurzelt gelten?

Ein universelles Recht auf Leben?

Bei der Frage nach einem universell anerkannten Recht auf Leben muss selbstverständlich zunächst die Bedeutung und Verbreitung der Todesstrafe berücksichtigt werden. Die Todesstrafe ist in 74 Staaten der Erde existent, etwa 2.000 Menschen in 22 Ländern werden pro Jahr offiziell hingerichtet, es gibt über 5.000 Verurteilungen zum Tode in 53 Staaten und 20.000 Personen, die aktuell in der sogenannten Todeszelle auf ihre Hinrichtung warten?¹¹⁶⁶

Von einem Recht auf Leben als ein universell anerkanntes Mindestmensenrecht kann angesichts der simultanen Ächtung und

1165 So *Tomuschat*, oben Fn. 807, 81.

1166 Vgl. die Angaben der Menschenrechtsorganisation Amnesty International, in: *Spiegel-Online*, 20.4.2006, im Internet unter <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,grossbild-612576-412078,00.html>.

Existenz der Todesstrafe jedenfalls nicht in dem Sinne gesprochen werden, dass ein Anspruch besteht, das begonnene Leben ohne staatlichen Eingriff zu Ende zu führen und eines natürlichen Todes zu sterben. Von einem Recht am Leben *zu bleiben* also, kann phänomenologisch keine Rede sein.

Sind zumindest die Gründe, die zu einer Verurteilung zum Tode und der Beendigung des Lebens durch den Staat führen, auf der Welt vergleichbar?

Wie der Vergleich der Menschenbilder gezeigt hat, sind die Verstöße des Menschen, die den Anspruch auf Leben verwirken, kulturell geprägt und zum Teil derart verschieden, dass von einem Konsens über die Schwere des jeweiligen Verbrechens nicht ausgegangen werden kann. So löste die Verhängung der Todesstrafe gegen einen vom Islam zum Christentum konvertierten Afghanen im März 2006 im Westen Empörung aus,¹¹⁶⁷ ist aber als Apostasie in der Tradition der *hudûd*-Strafen im islamischen Recht verwurzelt. Ebenso wurde die geplante Steinigung einer Muslimin wegen Ehebruchs in Nigeria im Jahr 2002 in nicht-islamischen Ländern mit Unverständnis aufgenommen, ist aber als Bestandteil der *Shari'ah* die göttlich vorgesehene Strafe für dieses Verhalten.¹¹⁶⁸ Im Iran gab es in 2001 zwei bestätigte Fälle von Steinigungen, und sogar in Afghanistan wurde 2005 drei Jahre nach dem Fall des Taliban-Regimes eine Person wegen Ehebruchs gesteinigt; selbst in der säkularen Türkei war 2004 in einer Reform des Strafgesetzes vorgesehen, Ehebruch immerhin mit Freiheitsstrafe zu ahnden, was nur durch diplomatischen Druck aus der Europäischen Union und im Hinblick auf einen möglichen Beitritt der Türkei verhindert werden konnte.¹¹⁶⁹ Ebenfalls am Beispiel der Türkei mussten in der jüngsten Geschichte die kulturell verwurzelten Unterschiede in der Betrachtung der sexuellen Selbstbestimmung und der familiären Bindung eingestanden werden, welche in Form von Ehrenmorden, Jungfräulichkeitstests und

1167 S. dazu etwa *Der Tagesspiegel* vom 23.3.2006, S. 2; auch *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 22.3.2006, S. 10.

1168 Vgl. dazu *Süddeutsche Zeitung*, 10.9.2006, S. 11; die Steinigung wird auch beispielsweise in Pakistan für Ehebruch verhängt und in Nigeria für Homosexualität; s. dazu *Human Rights Watch*, World Report 2006, oben Fn. 900, 121 und 296.

1169 S. dazu *Süddeutsche Zeitung*, 27.9.2004, S. 4.

Zwangsverheiratungen vor allem in Einwanderungsländern wie Deutschland mit den dortigen Werten kollidieren und oft erst dadurch kontrovers diskutiert werden.¹¹⁷⁰

Wie die Beispiele zeigen, macht besonders die religiös determinierte Sittlichkeit des traditionellen islamischen Rechts die Annahme einer Äquivalenz in der Schwere der Vergehen, welche mit dem Tode bestraft werden, unmöglich. So muss etwa auch die Akzeptanz der Homosexualität in westlichen Staaten mit ihrer Bestrafung zum Tode im Iran, Jemen, Sudan und in Saudi-Arabien verglichen werden.¹¹⁷¹ Dabei ist allgemein anzumerken, dass in den letzten Jahren die Tendenz dahin geht, dass arabische Länder - und gerade solche mit europäisch beeinflussten Rechtssystemen - immer mehr eine Gesetzgebung implementieren, die den Anordnungen des Islamischen Rechts genügt, ein Trend, der von einem großen Teil der muslimischen Bevölkerung unterstützt zu werden scheint und der von dem Ruf nach einem auf der *Shari'ah* basierenden islamischen Staat begleitet wird.¹¹⁷²

Auch muss die Bedeutung der Todesstrafe in China erwähnt werden, das mit 1770 offiziell bestätigten Hinrichtungen im Jahr 2005 weltweit die meisten Vollstreckungen der Kapitalstrafe vorgenom-

1170 Vgl. zu der Thematik etwa *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 12.1.2006, S. 9; s. in diesem Zusammenhang auch den Fall der deutsch-türkischen Frauenrechtlerin und Anwältin *Seyran Ates*, die von einem muslimischen Ehemann, dessen Frau *Ates* vertrat, bedroht worden war, nachdem dieser vor ihren Augen bereits seine Frau zusammengeschlagen hatte; dazu *Der Tagesspiegel*, 12. September 2006, S. 2.

1171 Stand 2004, vgl. dazu etwa *Süddeutsche Zeitung* vom 23.2.2004, S. 11; s. auch zum Fall zweier Personen aus Bangladesch, deren Asylantrag in Australien angenommen wurde, weil ihnen in ihrer Heimat wegen Homosexualität die Steinigung drohte *Süddeutsche Zeitung* vom 10.12.2003, S. 7; die textliche Basis im Koran dafür sind die Verse 7:80 bis 84 und 4:16: „Und (Wir entsandten) Lot, da er zu seinem Volke sprach: «Wollt ihr eine Schandtat begehen, wie sie keiner in der Welt vor euch je begangen hat? Ihr naht Männern in Begierde anstatt Frauen. Ja, ihr seid ein ausschweifendes Volk.» Da war die Antwort seines Volkes nichts anderes, als daß sie sprachen: «Treibt sie hinaus aus eurer Stadt, denn sie sind Leute, die sich reinsprechen möchten.» Sodann erretteten Wir ihn und die Seinen, ausgenommen sein Weib; sie gehörte zu denen, die zurückblieben.“; „Und wenn zwei Personen unter euch solches [Unziemliches] begehen, dann bestrafet sie beide. Wenn sie dann bereuen und sich bessern, so laßt sie für sich; wahrlich, Allah ist allverzeihend, barmherzig.“.

1172 Vgl. *Sherif*, oben Fn. 1011, 11.

men hat, die im chinesischen Strafrecht für 70 Verbrechen verhängt werden kann. Darunter befinden sich, wie beschrieben, auch gewaltlose Delikte gegen das Eigentum oder Vermögen, die Amtsunteruschlagung oder Bestechung und Straftaten, welche die Ordnung der gesellschaftlichen Verwaltung beeinträchtigen.¹¹⁷³ Drogenbesitz und die Organisation von Prostitution können als gemeinschaftschädliche Straftaten ebenso mit dem Tode geahndet werden, wie die Desertation. In China wurden 2002 am Anti-Drogen-Tag 82 Exekutionen an Drogenkriminellen vorgenommen.¹¹⁷⁴

Ebenfalls im Jahr 2002 wurden durch einen öffentlich gewordenen Fall die unterschiedliche strafrechtliche Beurteilung von Drogenbesitz zwischen vielen asiatischen und westlichen Staaten deutlich, als eine in Singapur lebende Deutsche wegen dieses Verbrechens zum Tode verurteilt werden sollte.¹¹⁷⁵ In dem asiatischen Land wird der Besitz von mehr als 15 Gramm Heroin mit dem Tode bestraft, weswegen ein australischer Staatsbürger im Jahr 2005 dort hingerichtet wurde.¹¹⁷⁶

Kann angesichts des Gesagten zumindest von einem universell anerkannten Recht ausgegangen werden, nicht ohne persönliche Schuld durch staatlichen Eingriff zu sterben? Bleibt also der Mensch vor einer Beendigung des Lebens durch den Staat geschützt, wenn er die jeweils geltenden Strafgesetze einhält?

Auch diese Frage muss mit Verweis auf die allgemeine Wehrpflicht in vielen Staaten der Erde und der völkerrechtlich zulässigen Möglichkeit militärischer Einsätze verneint werden. So können Kriege ohne die Tötung von Zivilisten nicht geführt werden, und die im Zuge der mit dem Völkerrecht im Einklang stehenden Angriffe

1173 S. dazu bereits oben die Fn. 974 ff.; vgl. die Angaben von Amnesty International, in: *Spiegel-Online*, oben Fn. 1166; vgl. auch den alten Artikel 103 des chinesischen Strafgesetzbuches, der pauschal die Verhängung der Todesstrafe für den Abschnitt bezüglich „konterrevolutionärer Straftaten“ ermöglichte: „If any crime of counterrevolution mentioned above in this Chapter, except those mentioned in Articles 98, 99 and 102, causes especially serious harm to the state and the people and the circumstances are especially flagrant, the death penalty may be imposed.“; s. dazu das Strafgesetzbuch der Volksrepublik China in der bis 1996 gültigen Fassung.

1174 Vgl. *Süddeutsche Zeitung* vom 27.6.2002.

1175 S. dazu *Süddeutsche Zeitung*, 12.4.2002, S. 12.

1176 S. *Süddeutsche Zeitung*, 3.12.2005, S. 9.

geschehenen Tötungen von Zivilpersonen in Afghanistan wurden dementsprechend auch nicht als Menschenrechtsverletzungen, *in concreto* als Verletzung des Rechts auf Leben, diskutiert.

In Deutschland war die bewusste Tötung von Zivilpersonen im Falle terroristischer Bedrohung in einer geplanten Fassung des Luftsicherheitsgesetzes vorgesehen, wurde aber durch Entscheid des Bundesverfassungsgerichts Anfang 2006 verworfen.¹¹⁷⁷ Nach dem Gesetzesentwurf sollte der Staat ermächtigt werden, Passagiere eines Passagierflugzeuges, die sich keines Vergehens oder Verbrechens schuldig gemacht hatten, durch einen gezielten Abschuss zu töten, wenn die Gefahr bestünde, dass andere Zivilisten mit dem Leben bedroht seien.

Zu bedenken ist in dem Zusammenhang auch, dass ca. 500.000 Menschen jedes Jahr durch Waffengewalt sterben, dennoch ist in den allermeisten Staaten der Erde der Besitz von Waffen erlaubt.¹¹⁷⁸ Das Lebensrecht wird außerdem in Bezug auf die Themen der Euthanasie und der Legalisierung von Schwangerschaftsabbrüchen in den Staaten der Erde unterschiedlich interpretiert. Auch eine weltweite Ächtung von Atomkriegen gibt es nicht.¹¹⁷⁹

Ein universelles Recht auf körperliche Unversehrtheit?

Ähnlich verhält es sich mit einem Recht auf körperliche Unversehrtheit respektive einem universell gültigen Folterverbot als eines der möglichen „Kern-Menschenrechte“. Gegen ein solches spricht schon die Existenz der Körperstrafen im traditionellen islamischen Recht. Zwar würden viele Muslime das Verbot von Folter als religiösen Imperativ bejahen, gleichzeitig aber die *hudûd*-Strafen als notwendiges Mittel zur Wiederherstellung der göttlichen Ordnung und letzt-

1177 S. dazu oben Fn. 27.

1178 Vgl. *Amnesty International*, amnesty international: Zahlen und Fakten, 2005, im Internet unter: <http://www2.amnesty.de/internet/aiallgem.nsf/AlleDok/6FF6C7D22235AB65C12568FE0037BEB1?Open>; vgl. in diesem Zusammenhang auch das im Jahr 2005 gescheiterte Referendum in Brasilien, wonach ein Verbot des freien Verkauf von Waffen eingeführt werden sowie der Besitz zukünftig auf Sicherheitskräfte eingeschränkt werden sollte; in Brasilien sterben pro Jahr ca. 36.000 Menschen durch Schusswaffen, dennoch stimmten 64 % der Wähler gegen ein Verbot; s. dazu *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 25.10.2005, S. 6.

1179 Vgl. dazu von Senger, oben Fn. 995, 274 f.

lich der Einhaltung der Menschenrechte verteidigen, diese also nicht als Folter definieren. Dagegen ist eine Akzeptanz von Amputationen, Steinigung und Auspeitschungen als zulässiges Strafmittel in anderen Gesellschaften kaum vorstellbar. So wurde die Verurteilung eines jungen Mannes zu 500 Peitschenhieben und sechs Monaten Haft in Saudi-Arabien Anfang 2006 wegen eines gotteslästerlichen Kniefalls in Europa zwar mit Unverständnis aufgenommen, entspricht nach der traditionellen Auslegung des sunnitischen Islam aber der für Blasphemie vorgesehenen Strafe.¹¹⁸⁰ Allein dieser Fall demonstriert, dass es keinen universellen Konsens darüber gibt, dass der menschliche Körper eine Tabusphäre für staatliche Eingriffe darstellt.

Aber auch in Deutschland wurde im Jahr 2003 im Rahmen des Falls *Jakob von Metzler* kontrovers diskutiert, ob die polizeiliche Anwendung (der Androhung) von Folter zum Schutz des Lebens des entführten Kindes zulässig sein sollte.¹¹⁸¹

Die Unterschiede hinsichtlich eines Schutzes der Unversehrtheit des Körpers müssen jedoch nicht einmal am Beispiel intendierter physischer Einwirkungen verdeutlicht werden; so gibt es zahllose differente Handhabungen von atomaren, biologischen, chemischen oder mechanischen Gefahren für die Gesundheit des Menschen durch technische Anlagen (oder indirekt durch Umweltverschmutzung und Zerstörung natürlicher Lebensgrundlagen), deren Betrieb in einem Staat zulässig und in einem anderen verboten sein kann.

Universelles Recht auf Freiheit?

Noch weit mehr unmöglich scheint die inhaltliche Konkretisierung eines etwaigen universellen Rechts auf Freiheit im internationalen Vergleich angesichts der Multiplizität und Heterogenität von Freiheitseinschränkungen (nicht einmal notwendigerweise des Freiheitsentzuges). Denn wie im Vergleich der verschiedenen Menschenbilder deutlich wurde, wird die Freiheit des Einzelnen im Rahmen des jeweiligen zivilisatorischen Rahmens gewährt, das Individuum darf

1180 Vgl. dazu *sueddeutsche.de* vom 13.4.2006 unter <http://www.sueddeutsche.de/panorama/artikel/881/73808/print.html>.

1181 Dazu oben Fn. 25.

so frei oder unfrei handeln, wie es seine kulturell geprägte Stellung in der Gesellschaft zulässt.

So konstatierte der ehemalige iranische Staatspräsident *Mohammad Chatami* in einer Rede vor dem Berliner Wissenschaftskolleg im Jahr 2005, die Freiheit lasse sich auch aus der islamischen Tradition ableiten, und nur von dort könne sie kommen, wenn sie in islamischen Gesellschaften Bestand haben wolle. Die Grenzen der Freiheit seien jedoch dort, wo das „*natürliche*“ Menschenrecht in zufällige, historisch bedingte Ansprüche umschlage, wozu *Chatami* explizit Homosexualität zählte.¹¹⁸² Letzteres steht in weiten Teilen der arabischen Welt und in fast allen afrikanischen Staaten unter Strafe, in einigen arabischen Staaten, wie bereits erwähnt, sogar unter Todesstrafe.¹¹⁸³

Das Beispiel zeigt und bestätigt die Ergebnisse des Kulturvergleichs, dass wegen unterschiedlicher Ideen von der Herkunft natürlicher Rechte des Menschen, im Islam etwa der des Willen *Allahs*, auch von grundlegend verschiedenen Vorstellungen von Freiheit auszugehen ist: So ist der muslimische Mensch eingebunden in die göttlichen und sakrosankten Vorgaben von Moral und Recht. Das Freiheitskonzept wird in dieser Folge von zeitgenössischen Muslimen sogar als „*entirely opposed to that of the post-war generation in the West*“ bezeichnet.¹¹⁸⁴ Freiheitsstrafen für Küssen in der Öffentlichkeit, sexuell anstößige Handlungen wie anzügliches Kleiden oder das Zusammenleben unverheirateter Paare, wie es ein Gesetzesent-

1182 Dazu *Süddeutsche Zeitung*, 23.11.2005, S. 14.

1183 Vgl. oben Fn. 1171.

1184 So der muslimische Gelehrte *Muhammad Salim al-Awwa* in dessen Stellungnahme zur kanonischen Strafe für illegalen Geschlechtsverkehr (*zina*): „*In view of modern ideas concerning personal freedom, and in particular sexual freedom, the Islamic treatment of the offence of zina appears very unusual. Here it would be well to recall that the Islamic concept of personal freedom is entirely opposed to that of the post-war generation in the West. Personal freedom, according to the Islamic concept, is permissible only in respect to matters not regulated by the injunctions and prohibitions laid down in the Qur'an and the Sunna, which are expressions of the Divine Will. By contrast, the imposition of such limitation by the supreme Authority is completely absent from the contemporary Western image of the relationship between law, society, and the individual. This different sense of the source of authority may explain many of the differences between the Islamic and Western legal systems.*“; zitiert nach Krämer, oben Fn. 1072, 152.

wurf in Indonesien von Anfang 2006 vorsieht,¹¹⁸⁵ sind nur einige exemplarische Belege für diese These. Ebenso können die kulturellen Differenzen um den Freiheitsbegriff nicht übersehen werden, die im Zusammenhang mit den *Mohammed*-Karikaturen Anfang 2006 zu Tage getreten sind. Wegen der Abbildung entsprechender Zeichnungen in einer dänischen Zeitung gab es in zahlreichen muslimischen Ländern gewaltsame Massenproteste. Auf die Zeichner wurde ein Kopfgeld ausgesetzt, und in Pakistan kam es zur symbolischen Hängung europäischer Politiker.¹¹⁸⁶ In Syrien, im Jemen und in Algerien wurden Journalisten wegen der Veröffentlichung von Karikaturen verhaftet, und in Malaysia, Marokko, Jordanien und Indonesien wurden die Zeitungen verboten, welche die Zeichnungen nachgedruckt hatten. In Nigeria starben 130 Menschen bei Zusammenstößen von Christen und Muslimen im Streit um die *Mohammed*-Abbildungen.¹¹⁸⁷ Im September 2006 war es dann eine Rede von Papst Benedikt XVI., die massenhafte Proteste in der muslimischen Welt auslöste. Der Papst hatte ein historisches Zitat angeführt, welches den Islam als gewalthaltig kritisierte.¹¹⁸⁸ Die Empörung darüber entlud

1185 S. dazu etwa *Berliner Zeitung*, 23.4.2006.

1186 S. *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 18.2.2006, S. 5.
Die Abbildung der Karikaturen in deutschen Zeitungen waren auch Motiv oder jedenfalls Anlass für die in Deutschland im Juli 2006 von zwei Libanesen versuchten Anschläge mit Kofferbomben in Zügen; vgl. dazu *Spiegel-Online*, 2.9.2006, <http://www.spiegel.de/panorama/0,1518,434812,00.html>.

1187 Vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 24.2.2006, S. 5.

1188 Der entscheidende Auszug aus der Regensburger Rede des Papstes lautet: „*In dieser Vorlesung möchte ich nur einen - im Aufbau des Dialogs eher marginalen - Punkt berühren, der mich im Zusammenhang des Themas Glaube und Vernunft fasziniert hat und der mir nur als Ausgangspunkt für meine Überlegungen zu diesem Thema dient. In der von Professor Khoury herausgegebenen siebten Gesprächsrunde kommt der Kaiser [Manuel II. Palaeologos] auf das Thema des Dschihad (heiliger Krieg) zu sprechen. Der Kaiser wusste sicher, dass in Sure 2, 256 steht: Kein Zwang in Glaubenssachen - es ist eine der frühen Suren aus der Zeit, wie uns die Kenner sagen, in der Mohammed selbst noch machtlos und bedroht war. Aber der Kaiser kannte natürlich auch die im Koran niedergelegten - später entstandenen - Bestimmungen über den heiligen Krieg. Ohne sich auf Einzelheiten wie die unterschiedliche Behandlung von 'Schriftbesitzern' und 'Ungläubigen' einzulassen, wendet er sich in erstaunlich schroffer Form ganz einfach mit der zentralen Frage nach dem Verhältnis von Religion und Gewalt überhaupt an seinen Gesprächspartner. Er sagt: 'Zeig mir doch, was Mohammed Neues gebracht hat, und da wirst du nur Schlechtes und Inhumanes finden wie dies, dass er vorgeschrieben hat, den Glauben, den er predigte, durch das Schwert zu verbreiten'. Der Kaiser*

sich zum Teil in Gewalt, so verbrannten Demonstranten Abbilder des Papstes und deutsche Fahnen, es gab Brandanschläge auf Kirchen und in Katar musste ein einflussreicher islamischer Geistlicher eigens den Angriff auf Kirchen über das Fernsehen verbieten.¹¹⁸⁹

Der Mensch ist integriert in das jeweilige sittlich-normative System seiner Gemeinschaft, die seine Freiheit bestimmt. Dies kann die weitgehende Individualisierung der Gesellschaft und Betonung der persönlichen Entfaltung des Einzelnen sowie die ideelle Teilhabe aller am politischen Prozess bedeuten, wie es in vielen westlichen Staaten der Fall ist, aber auch die gegenteilige Rücknahme des Ichs als moralisches Ideal und den restriktiven Umgang mit individueller Sexualität, Meinung etc., wie es in anderen Kulturkreisen praktiziert wird. Die mangelnde Vergleichbarkeit der die Freiheit beschränkenden Faktoren, göttlicher Wille, säkulare Vernunft, kosmologische Ordnung usw., stehen einer abstrakten Kalkulierbarkeit entgegen.

Auch das Bestehen eines weltweit identischen Verständnisses der Gleichheit der Menschen muss, in Anbetracht des Festhaltens an der traditionellen Rollenverteilung vor allem in islamischen und afrikanischen Gesellschaften und dem Versuch ihrer Aufhebung in vielen westlichen Zivilisationen, bezweifelt werden. Daneben kann die Festlegung einer Staatsreligion mit der Folge einer Schlechterstellung Anders- oder Nichtgläubiger und der Bestrafung von Apostasie, die in traditionellen islamischen Gesellschaften vollzogen wird, nicht zum Einklang mit einer liberalen Auslegung der Glaubens- und Gewissensfreiheit führen.

begründet dann eingehend, warum Glaubensverbreitung durch Gewalt widersinnig ist. Sie steht im Widerspruch zum Wesen Gottes und zum Wesen der Seele. 'Gott hat kein Gefallen am Blut, und nicht vernunftgemäß zu handeln, ist dem Wesen Gottes zuwider. Der Glaube ist Frucht der Seele, nicht des Körpers. Wer also jemanden zum Glauben führen will, braucht die Fähigkeit zur guten Rede und ein rechtes Denken, nicht aber Gewalt und Drohung... Um eine vernünftige Seele zu überzeugen, braucht man nicht seinen Arm, nicht Schlagwerkzeuge noch sonst eines der Mittel, durch die man jemanden mit dem Tod bedrohen kann...!'; Auszüge der Rede abgedruckt in Frankfurter Allgemeine Zeitung, 13.9.2006, S. 8.

1189 Vgl. dazu *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 18.9.2006, S. 5; auch *Der Spiegel*, Heft 38/2006, S. 68 ff.

2.1.4.5 *Ergebnis: Kulturell gegensätzliche
Menschenbilder widersprechen Annahme eines
universellen Konsenses über Menschenrechte*

Angesichts der weitreichenden und multiplen Einschränkungen der Freiheit der Person, der körperlichen Unversehrtheit und der Eingriffe in das menschliche Leben durch die souveränen Staaten kann von einem universellen Menschenbild und (Mindest-) Standard an Menschenrechten phänomenologisch nicht gesprochen werden. Für eine den Unterschieden gerecht werdende Betrachtung sollten die Menschenrechte vom Blickwinkel ihrer Beschränkungen beurteilt werden. Denn die genannten Rechte werden im jeweiligen kulturellen Kontext allenfalls *wahrgenommen*. Ihre Beschränkungen haben aber eine inhaltliche Aushöhlung zur Folge, die an einem zur universellen Gewährleistung notwendigen Mindestgehalt und Maß an Berechenbarkeit zweifeln lassen. Die menschliche Existenz und die körperliche Sphäre des Menschen werden in jeder Zivilisation der Erde formal anerkannt, und ihr faktischer Entzug beziehungsweise der Eingriff in sie oder ihre Einschränkung geschieht dabei nach unterschiedlichen kulturell bedingten Wertemaßstäben. Auch die Fähigkeit des Menschen zu einem nach eigenem Willensentschluss gerichteten Handeln wird in allen Menschenrechtskonzepten in irgendeiner Form registriert, aber gleichwohl wird daraus nicht in jeder Gesellschaft geschlussfolgert, dass das Individuum sein Handeln auch nach seinem Wollen ausrichten dürfe.

Weder ein universell geltender, unbedingter Schutz des Lebens noch der körperlichen Unversehrtheit kann in den verschiedenen Menschenrechtsvorstellungen festgestellt werden, und überall in der Welt darf der Mensch nur so sein und so handeln, wie es die ihn integrierende Gesellschaft mit Rekurs auf religiöse oder weltliche Maßstäbe und Normen erlaubt.¹¹⁹⁰

1190 Betrachtet man alleine die historische Entwicklung der europäisch-amerikanischen Menschenrechtsidee, in der sich über viele Jahrhunderte die Abwehrrechte des Einzelnen erst sukzessive herausgebildet haben, kann es nicht verwundern, dass nur 60 Jahre nach Gründung der Vereinten Nationen, welche die institutionellen Voraussetzungen für einen globalen Menschenrechtsdis-

Die Entstehung eines universellen Menschenrechtsverständnisses erschweren auch exogene Faktoren wie die Geschichte des Kolonialismus, die europäisch-amerikanische Herkunft kodifizierter Menschenrechte und deren Einfluss auf die Universalisierung der Rechte des Menschen sowie die aktuelle politische und ökonomische Dominanz des Westens, weil andere Zivilisationen in ihrer Ablehnung des zum Teil als westlichen Kulturimperialismus empfundenen Menschenrechtstopos mit Verweis auf eine eigene Interpretation einen Weg der Selbstbehauptung zu finden suchen.

Für den konkreten Fall Guantánamos bedeutet dieses Ergebnis eine Bestätigung der *These 2* der Arbeit, wonach die gegensätzlichen Bewertungen der relevanten Probleme, insbesondere des Umgangs mit den Gefangenen, Ausdruck kulturell determinierter Menschenbilder sind. Der um Guantánamo geführte Diskurs ist letztlich nur ein Abbild des Diskurses um Menschenrechte und der Menschenbilder allgemein, die den verschiedenen Konzepten zugrunde liegen, wobei *in concreto* selbst die im innerwestlichen Verständnis trotz gemeinsamer Wurzeln vorhandenen Differenzen zu Tage treten. So wurde ermittelt, dass die Differenzen bei der Auslegung konkreter Normen und deren Tatbestandsvoraussetzungen, wie etwa die des (*unlawful*) *combatant*, des *humane treatment* oder des *cruel, inhuman or degrading treatment* ihre Ursache in der jeweilig einfließenden Rechtstradition haben, die immer auch ein spezifisches Menschenbild impliziert.

Solange kein universell anerkanntes Menschenbild als Grundlage des positiven Völkerrechts festgestellt werden kann, kann die Bewertung des Sachverhalts nur innerhalb dieses positivrechtlichen Systems erfolgen. Dort, wo dieses an seine Grenzen stößt - verschiedene Auslegung einschlägiger Normen, Vorbehalte zu den relevanten Verträgen und Vorschriften, fehlende Letztentscheidung - fehlt damit die Grundlage weitergehender Argumentation. Die Behauptung der Verletzung eines feststehenden Mindeststandards wird folglich unplausibel. Deshalb muss jede umfassend gemeinte rechtli-

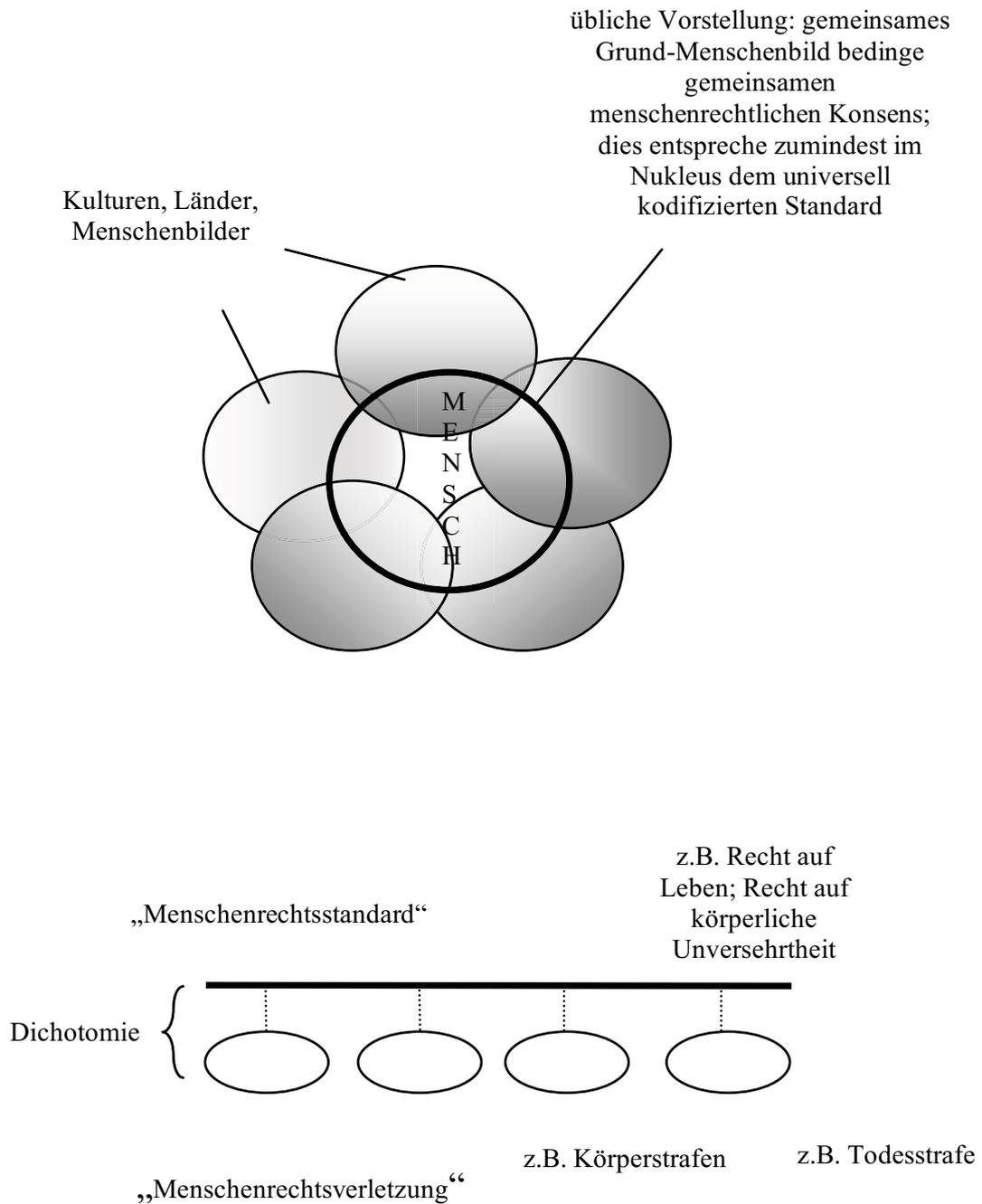
kurs geschaffen hat, eine universelle Auslegung der Menschenrechte durch die formal gefundenen Kompromisse nicht in den Kulturen und *in concreto* den rund 200 Staaten und 2.000 Ethnien auf der Welt verwurzelt ist und sich die Differenzen nicht aufgelöst haben.

che Prüfung, welche die Divergenzen lösen will, auch die Frage nach der Herleitung und Begründung der angewandten Normen aufwerfen.

Der aktuelle Menschenrechtsdiskurs weist folglich eine Aporie auf, die darin besteht, dass die tatsächlichen Unterschiede der verschiedenen Menschenbilder ignoriert und zugleich jede Abweichung von den als universellen Konsens behaupteten Menschenrechten als Verletzung wahrgenommen werden, ohne dass eine Differenzierung möglich wäre, die eine Auflösung der Widersprüche und eine Verbesserung der Situation, beispielsweise in Guantánamo, erreichen könnte. Die internationalen Menschenrechte formulieren einen Anspruch, der von einem globalen und einheitlichen Verständnis über Kern-Menschenrechte ausgeht, der in dieser Form in und zwischen den Kulturen jedoch nicht vorhanden und nicht nachweisbar ist. Daher ist es derzeit nicht möglich, den Diskurs auf einer übergeordneten Ebene zu führen, auf der eine echte Verständigung geschehen könnte.

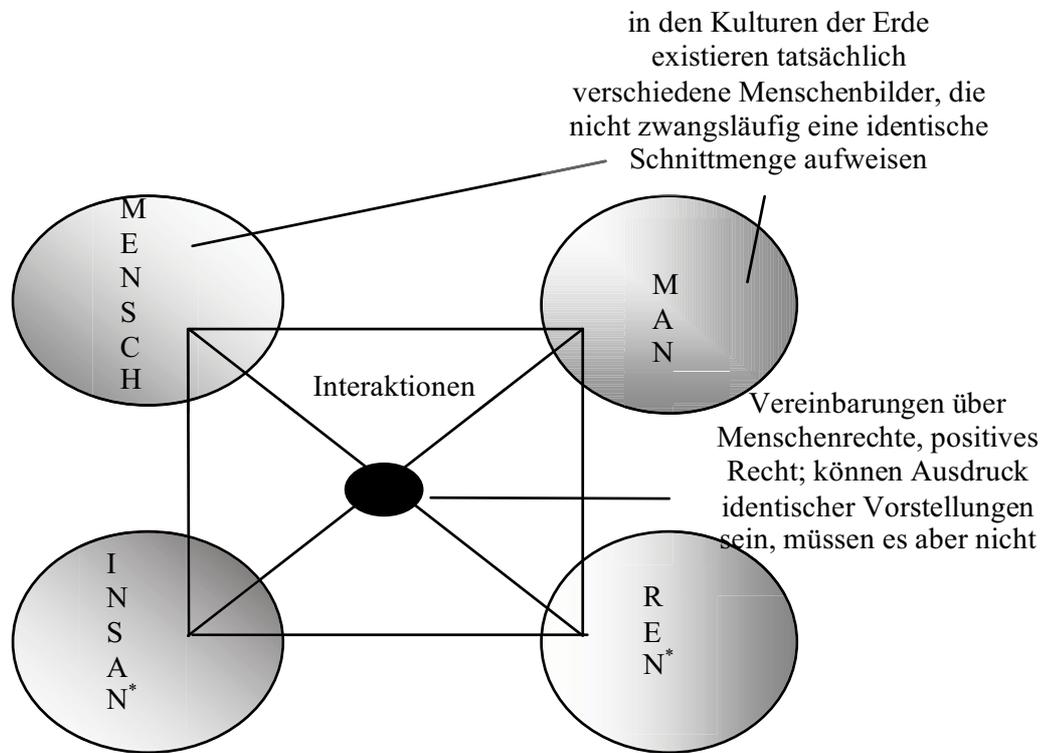
GUANTÁNAMO IM MENSCHENRECHTSDISKURS: MENSCHENRECHTE IM
KULTURVERGLEICH

Abb. 7: Übliche Vorstellung des Völkerrechts von einem (Grund-)
Konsens über Menschenrechte in den Kulturen

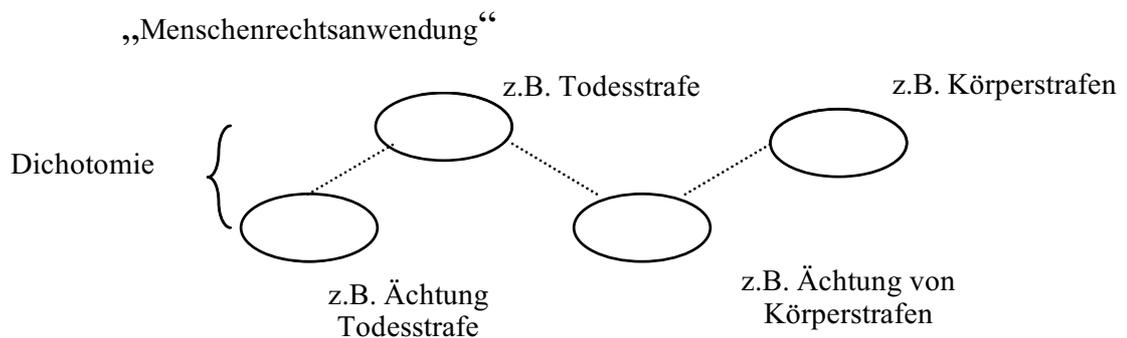


TEIL 2: DIE BEGRÜNDUNG DER MENSCHENRECHTE

Abb. 8: Realer Menschenrechtsdiskurs: Nebeneinander verschiedener Menschenbilder



*Die Worte *insan* und *ren* stehen für arabisch bzw. chinesisches „Mensch“



2.1.5. Ansätze zur Überwindung der Aporie

Der Vergleich der Menschenrechtsvorstellungen in den verschiedenen Kulturen der Erde hat gezeigt, dass ein Widerspruch zwischen dem universellen Anspruch der international für gültig angenommenen Menschenrechte und der kulturellen Interpretation, Wirklichkeit und Rechtspraxis besteht. Dieser bisher nicht überwundene Antagonismus kann angesichts des 11. Septembers 2001 und seiner Folgeprobleme nicht mehr länger als Ausdruck menschlicher Vielfalt und politischer Pluralität in einer globalisierten Welt hingenommen werden. Die Gegensätze der Menschenbilder sind hier gewalthaltig zu Tage getreten und tun es immer noch. Die Weiterentwicklung der Menschenrechte beziehungsweise ihre bessere Begründung ist heute eine sicherheitspolitische Notwendigkeit und eine Voraussetzung für jede Zukunftsgestaltung.

Natur und Würde des Menschen als Begründung der Menschenrechte

Ideen einer Natur und Würde des Menschen können in den meisten Staaten und Kulturen der Erde festgestellt werden. Dies bedeutet aber nicht schlusslogisch auch die universelle Existenz eines universellen Menschenrechtskonzepts, erst recht keines, das der Tradition des europäischen Vernunfts- und Naturrechts entspricht.

Schon der Würdebegriff wird, wie dargelegt, vom jeweiligen kulturellen Standpunkt aus unterschiedlich interpretiert. Dort, wo die Würde Ausgangs- und/oder thematischer Verknüpfungspunkt mit der Idee der Menschenrechte ist, führt dies in der Regel auch zu einem eigenständigen Verständnis der Rechte des mit Würde versehenen Menschen.

Wird beispielsweise die Würde des Menschen im Islam von *Allah*

verliehen, der Urheber allen Lebens ist, und liegt die Verwirklichung des Menschen demgemäß in der Erfüllung der schöpferischen Vorgaben, werden die islamischen Menschenrechte von den Vorstellungen über diese Vorgaben bestimmt (*„Demnach sind sämtliche Rechte und Pflichten - moralische wie rechtliche - auf den weisen göttlichen Willen zurückzuführen, von dem die Verwirklichung des wirklichen Wohls - dem materiellen wie geistigen, im Diesseits wie im Jenseits - abhängt.“*)¹¹⁹¹. Und bestimmt sich der Wert des Menschen im konfuzianischen Denken durch seinen Beitrag für die Gemeinschaft zur Herstellung einer ganzheitlichen Harmonie - einer Art Würdeleistung, die durch die Sitte des *„ohne ich-Sein“* gefördert wird -, dann begründet sich das daran orientierte Menschenrechtskonzept aus der Betonung kollektiver Interessen und öffentlicher Moral *zuungunsten* individueller Freiheiten.

Auch aus der Anerkennung einer Dignität des Menschen folgt denklogisch keineswegs die Anerkennung bestimmter Rechte. Selbst die europäische Menschenrechtstradition ist sich dieser Differenzierung bewusst: Während die Würde in der Regel die Herausgehobenheit des Menschen rechtfertigen will, werden die Menschenrechte hier von der Anerkennung einer Position des Individuums gegen den Staat abgeleitet, was ein ganz anderes und ungleich jüngerer Konzept darstellt.¹¹⁹²

1191 *Ayatollah Mebah Yazdi*, in: *Batzli/Kissling/Zihlmann*, oben Fn. 1071, 227; vgl. in diesem Zusammenhang auch die Präambel der Cairo Declaration mit der folgenden Zielbestimmung: *„Wishing to contribute to the efforts of mankind to assert human rights, to protect man from exploitation and persecution, and to affirm his freedom and right to a dignified life in accordance with the Islamic Shari'ah.“* (Hervorhebungen durch Verfasser).

1192 Grundlegend dazu *Jack Donnelly*, *Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights*, *APSR*, 1982, 303 ff.; auch abgedruckt in: *Philip Alston (Ed.)*, *Human Rights Law*, 1996, 147 ff.: *„A concern for human dignity is central to non-Western cultural traditions, whereas human rights, in the sense in which Westerners understand that term – namely, rights (entitlements) held simply by virtue of being a human being are quite foreign to, for example, Islamic, Africa, Chinese, and Indian approaches to human dignity. Human rights are but one way that has been devised to realize and to protect human dignity. [...] If we are to try to assess whether human rights is a better way to approach human dignity and organize a society, we need to ask, 'Better for what?' This is a question of means, not ends. Human rights are not ends in themselves; or rather they are not entirely ends in themselves. Among other things, as we have seen, they are means to realize human dignity. To the extent that they have instrumental*

So wie aber die Würde des Menschen kulturell verschiedentlich bestimmt ist, werden auch Vorstellungen von angeborenen und unveräußerlichen, also *natürlichen* Rechten vom jeweiligen Standpunkt unterschiedlich interpretiert: Wird - vereinfacht dargestellt - im Islam die Natur des Menschen vor allem durch seinen Glauben an Gott bestimmt, ist es im asiatischen Konfuzianismus das Streben nach der Harmonie des Ganzen, zu dem der Einzelne seinen Beitrag leistet. Im afrikanischen Ideal findet der Mensch seine Bestimmung in und durch Gemeinschaft, wohingegen westliche Staaten vor allem seine Selbstentfaltung betonen und daher den Freiheitsbegriff als natürliches Recht in den Mittelpunkt stellen. Selbstverständlich gibt es inhaltliche Überschneidungen und Parallelen in den verschiedenen Menschenbildern der Erde, ihr Vergleich hat aber vor allem tiefgreifende Differenzen offenbart, die sich in den kulturellen Traditionen, der Normenwirklichkeit und dem gesellschaftlichen Alltag manifestieren.

In besonderem Maße erschüttert wurde und wird die Vorstellung eines als sicher geglaubten Konsenses über den Gehalt der Menschenwürde und der natürlichen Rechte des Menschen durch die politischen Herausforderungen der Gegenwart, etwa die „*new wars*“, den Nahostkonflikt, den Atomstreit mit dem Iran und den Karikaturenstreit, in denen die verdeckten Differenzen und Unvereinbarkeiten offenbar werden. Die modernen Phänomene des globalen Terrorismus und der genannten Konflikte fokussieren nicht nur eine Intensivierung kultureller Abgrenzung, sondern sie sind selbst die Folge erheblicher normativer Differenzen beziehungsweise eines jeweils ganz anderen Menschenbilds. Nicht die Globalisierung hat die Unterschiede hervorgebracht, sondern die vorhandenen Gegensätze wurden durch die Vermischung der Kulturen manifest. Daher werden auch bereits bekannte Vorwürfe, wie den des Euro- und Ethnozentrismus eines Universalismusanspruchs individualistischer Menschenrechtsauslegung,¹¹⁹³ immer wieder laut.

value we can, in principle at least, assess their merits largely empirically. I would suggest that for most of the goals of the developing countries, as defined by these countries themselves, human rights are as effective or more effective than either traditional approaches or modern non-human rights strategies.“; vgl. dazu auch Tibi, oben Fn. 1132, 259 f.

1193 Vgl. zu dem Vorwurf *Hofmann*, oben Fn. 655, 44.

Beachtung tatsächlich vorhandener Gegensätze

Eine wesentliche Ursache für die Vielstimmigkeit im Menschenrechtsdiskurs und der immer wieder neuen Feststellung einer Dichotomie von suggeriertem Konsens auf internationaler Ebene und der Menschenrechtswirklichkeit kann daher dort gefunden werden, wo Gegensätze übergangen werden und dadurch die verschiedenen Vorstellungen von Würde und natürlichen Rechten unerkannt und unvereinbar bleiben. Vorschnell wird „die Menschenwürde“ oder werden „die Menschenrechte“ als *ein* allgemeingültiges Konzept angenommen und ein universeller Konsens über ihren Kerngehalt unterstellt. Ein universell unterstelltes Menschenwürdekonzep, aus dem *ein* bestimmtes Menschenbild resultiere, wird als „*normativer Hintergrund*“ und Ausgangspunkt zur Ableitung „*der Menschenrechte*“ herangezogen.¹¹⁹⁴ Dies ist für sich alleine aber nicht fruchtbar, weil die kulturell unterschiedliche Ausgestaltung der Würde nicht ignoriert werden kann, die Anerkennung *einer* Würde nicht zwangsläufig die Ableitung identischer Rechte zur Folge hat und die Bindungswirkung des positiven (Völker-) Rechts die feststellbaren Unterschiede nicht überbrücken kann.

Wo die Unbestimmtheit des Begriffs der Würde und Natur des Menschen nicht hinreichend inhaltlich ausgefüllt werden konnte und wo die Begründungsangebote der Menschenrechte Zweifel offen

1194 Vgl. etwa Kotzur, oben Fn. 1160, 228 f.: „Darüber hinaus ist die Menschenwürde eine Größe, die Werteverwirklichung nicht an eine bestimmte Religion, an eine bestimmte Weltanschauung, an ein bestimmtes kulturelles Vorverständnis bindet. Sie ist per definitionem übernational, überreligiös, überkulturell und daher universell. [...] Die Achtung vor der Würde des Menschen wird Inhalt eines subjektiven Individualrechts und ist für die gesamte Staatengemeinschaft verbindliche Verpflichtung. Mehr noch: Die Menschenwürde und das daraus resultierende Menschenbild sind der ‚normative Hintergrund‘ für die Balance zwischen Freiheit und Gleichheit, zwischen Freiheit und (Bürger-)Verantwortung, um die jeder Verfassungsstaat und jede verfaßte Gesellschaft ringen müssen.“; ähnlich Weiß, oben Fn. 1158, 68: „Erstens sind die Menschenrechte Ausdruck der Anerkennung der jedem Individuum innewohnenden Menschenwürde. [...] Menschenrechte beruhen auf der Menschenwürde des Individuums, sind wie ausgeführt vorstaatlicher Qualität und stehen daher nicht zur Disposition des Staates.“.

lassen, wird aber eine Verwurzelung der Ideen scheitern.¹¹⁹⁵ So ist der Verweis auf die allgemein gehaltenen Begriffe der Menschenwürde („*inherent dignity of the human person*“) und auf naturrechtliche Vorstellungen („*equal and inalienable rights*“)¹¹⁹⁶ in den internationalen Abkommen womöglich zu vage - auch wenn dies die bisherige Grenze des diplomatisch Machbaren darstellen sollte -, was daher kommen mag, dass das Konzept schon vor der Entstehung der globalen Menschenrechtsverträge deutlich formulierten Zweifeln ausgesetzt war.¹¹⁹⁷ Ohne eine nachvollziehbare Begründung der menschlichen Würde und natürlicher Rechte, welche die verschiedenen Vorstellungen einbezieht, aber auch ihre Vor- und Nachteile erklären und Argumente für und wider einer Auslegung liefern kann, wird die Überzeugung der Menschen von einer Idee nicht erreicht werden.

Wohl kaum eine Kultur und Zivilisation kann von sich behaupten, dass sie eine lange Tradition der Menschenrechte aufweist, die den Menschenrechten etwa vor 300 Jahren denselben Gehalt und dieselbe Gültigkeit verliehen hat, wie sie heute als selbstverständlich angesehen wird. Vielmehr verfügt jede Kultur über ihre eigene Men-

1195 Exemplarisch dazu *Ayala-Lasso*, oben Fn. 1160, 93 ff., der die Universalität der Menschenrechte als vorstaatliches Recht mit der Menschenwürde begründet. Seine Ausführungen würde wohl jeder Staat der Erde unterstützen, wie gezeigt wurde, sind die allgemein gehaltenen Begriffe aber Ausgangspunkt kulturell verschiedener Interpretationen der Würde und Rechte des Menschen, die zum Teil diametral sind; vgl. *Ayala-Lasso*: „*The central point of our debate is the human being whose human rights should be, and must be, protected, wherever he or she lives. It is not because of someone’s order or superior decision that human rights are universal. They are universal in light of the equal dignity of all human beings, in which they have their primary source. [...] [W]e should identify the hard core of the universality of human rights as having the following components: i) every human being is a subject of human rights regardless of whether domestic law confirms these rights or not – the universal character of human rights stem from human dignity [...].*“.

1196 Vgl. etwa die Präambeln der UDHR, des IPbpR und des IPwskR.

1197 Dazu unten Text zu den Fn. 1198 ff. und insbesondere Fn. 1255 ff. Zum Beispiel wird eingewandt, dass dort, wo die Menschenwürde ohne weiteres nur postuliert wird, sie den Gehalt metaphysischer Begründung nicht übersteigt, vgl. dazu *Peter Prechtl/Franz-Peter Burkard (Hrsg.)*, Metzler Philosophie Lexikon, 1999, 671 ff.; auch *Allesandro Pinzani*, Sind Menschenrechte ein „blanker Unsinn“?, in: *Benita von Behr/Lara Huber/Andrea Kimmi/Manfred Wolff (Hrsg.)*, Perspektiven der Menschenrechte, 5 ff.; auch *Gröschner/Dierksmeier/Henkel/Wiehar*, oben Fn. 810, 125 ff.

schenrechtstradition, und letztlich stellen die Bemühungen auf internationaler Ebene zwangsläufig ein Bemühen um Angleichung der verschiedenen Topoi der in einer jeweils unterschiedlichen Entwicklung stehenden Kulturen dar. Daher ist zwar ein Denken über Menschenrechte überall feststellbar, entscheidend sind aber die Inhalte, deren Verschiedenheit selbst einen gemeinsam geschützten Kern nicht vorhanden sein lässt. Ohne Zweifel findet heute ein globaler Menschenrechtsdiskurs - zu dem auch der Fall Guantánamo zählt - statt, zu einer weitgehenden oder selbst minimalen Übereinstimmung aller Beteiligten hat dies aber, wie gezeigt, nicht geführt.

Die politische und intellektuelle Herausforderung ist letztlich, einen wirklichen Konsens auf der Basis eines Dialoges, der die bestehenden Differenzen zunächst akzeptiert und begriffliche Konturlosigkeiten vermeidet, trotz der historischen Lasten der Kolonialgeschichte und des faktischen Ungleichgewichts in der Weltpolitik und der Ressourcenverteilung und der damit verbundenen gegenseitigen Ressentiments dauerhaft mit den Konzepten von Menschenwürde und natürlichen Menschenrechten zu erreichen. Zur Klärung der offenen Fragen müssen die vorhandene Kritik und die bestehenden Zweifel an der Begründung von Menschenwürde und Menschenrechte ernst genommen und eventuelle Schwächen näher beleuchtet werden, und es müssen neue Ansätze und Begründungsangebote Berücksichtigung finden, die möglicherweise zu neuen Verständigungsprozessen führen. Denn wie für jedes konkrete menschenrechtliche Problem ist auch für Guantánamo die jeweilige *Begründung* der Rechte des Menschen und seiner Einschränkungen entscheidend.

Aus den bisherigen Ergebnissen lassen sich die folgenden Thesen 10 und 11 der Arbeit formulieren:

These 10:

Die Leistungsfähigkeit des Völkerrechts als konsensuelles System kollidiert mit der Suggestion eines universellen menschenrechtlichen Mindeststandards. Denn der Vergleich der kulturellen Traditionen und ihrer tatsächlichen Lebenswirklichkeiten zeigt, dass

die Annahme der Verwurzelung einer universell identischen Idee der Menschenrechte bislang nicht real ist. Selbst die als ethische Forderung in den verschiedenen Kulturen feststellbare Menschenwürde gewinnt ihren konkreten Gehalt erst im Rahmen der zum Teil diametral entgegengesetzten Systeme aus Ich- und Wir-Kulturen, der theozentrischen und säkularen Fundamente gesellschaftlicher Strukturen und der gegensätzlichen menschenbezogenen Traditionen und Rituale.

These 11:

Die historischen Lasten der Kolonialgeschichte, die politische Realität hegemonialer Strukturen und das globale wirtschaftliche und kulturelle Ungleichgewicht machen einen Konsens über das, was Menschenrechte sind, schwer, weil sich die als unterlegen empfundenen Kulturen gerade in der Abgrenzung zum als westlich determiniert angesehenen Standard durch den Rekurs auf eigene, traditionelle Systeme behaupten wollen.

2.1.6. Begründung von Menschenrechten mit Vorstellungen der Würde und der natürlichen Rechte

2.1.6.1 *Naturrecht und Würdevorstellungen als ethischer Objektivismus und seine bedeutenden Herausforderungen*

Die Begründungsangebote für die Idee der Menschenrechte sind ebenso vielfältig wie ihre antithetischen Gegenstücke. Wie jedoch die Darstellung der historischen Entwicklung der Menschenrechte in Europa und Nordamerika illustriert hat und wie auch im Überblick der menschenrechtlichen Systeme anderer Kulturen offenbar wurde, spielen theologische und säkulare naturrechtliche Vorstellungen eine besondere Rolle, und sie wurden daher auch Grundlage der internationalen Abkommen und der Charta der Vereinten Nationen mit ihrem Anspruch, überpositive und überzeitliche Rechte zu kodifizieren.¹¹⁹⁸ Mit den konkret verwendeten Formulierungen der „*inherent dignity*“ respektive „*dignity and worth of the human person*“¹¹⁹⁹ und „*equal and inalienable rights*“ wird auf verschieden denkbare, kom-

1198 Dies ist im Fall der UDHR auch auf die aktiven Bemühungen zeitgenössischer Vertreter naturrechtlicher Theorien, wie etwa des Neoscholastikers *Jaques Maritain*, zurückzuführen, von dem 22 von 26 in einem eigenen Katalog vorgeschlagenen Rechten in der UDHR wiederzufinden sind; vgl. dazu bereits oben Fn. 768.

1199 Vgl. zu der Präambelbestimmung der UN-Charta *Klaus Dicke*, The Founding Function of Human Dignity in the Universal Declaration of Human Rights, in: *David Kretzmer/Eckart Klein (Ed.)*, The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse, 2002, 115 ff., der in der Verbindung der Begriffe „*worth*“ und „*dignity*“ einen Kompromiss zwischen einem angloamerikanischen und kontinentaleuropäischen Konzept sieht.

plexe Systeme verwiesen,¹²⁰⁰ von denen es zunächst gilt, ihre gemeinsame Grundlage zu abstrahieren.

Der Begriff „natürlich“ wird in diesem Kontext des Naturrechts häufig mit den Attributen des Festgelegtseins und der Unveräußerlichkeit menschlicher Merkmale sowie dem Vorrang der daraus abgeleiteten Normen vor positivem Recht beschrieben.¹²⁰¹ Besonders im rechtsphilosophischen Diskurs des Naturrechts wird die Differenzierung von Recht und Sittlichkeit betont.¹²⁰² Das Naturrecht ist dabei orientiert, bestimmte Prinzipien für das menschliche Verhalten aufzuzeigen, denen das von den Menschen erschaffene positive Recht für seine Gültigkeit folgen muss. Über die Feststellung einer vorgegebenen Struktur des Menschen als Teil der Natur und (natur-)gesetzmäßigen Verhaltens tendiert das System des Naturrechts zur Betonung abstrakter und absoluter Prinzipien wie Gleichheit, Gerechtigkeit und Freiheit und impliziert damit eine imperative Komponente.¹²⁰³ Es ist im Gegensatz zum ethischen Subjektivismus auf die Absolutheit bestimmter Werte ausgerichtet und damit auch als ethischer Objektivismus beschreibbar.

Dem ähnlich wird durch Verwendung des Begriffs der Würde häufig versucht, ein inneres Wesensmerkmal des Menschen zu beschreiben, das ihn von anderen Lebewesen abhebt.¹²⁰⁴ Im Kontext der

1200 Im Entwurfstext der UDHR mit der Formulierung „*all human beings are by nature free and equal*“ wurde auf Druck der chinesischen Delegation die Worte „*by nature*“ gestrichen, weil darin ein zu deutlicher Bezug zum Naturrecht der französischen Aufklärung gesehen wurde. Die verwendete Formel soll nach *Dicke*, a.a.O., die anti-metaphysische Kritik des Positivismus am Naturrecht im 19. Jahrhundert berücksichtigen und die historische Bandbreite und Dynamik des menschlichen Lebens mit dem Respekt für die Unbedingtheit der menschlichen Existenz verbinden.

1201 Dazu *Ezzati*, oben Fn. 802, 13 f., s. dazu auch bereits oben Text zu den Fn. 797 ff.; vgl. dazu auch *Eberhard Schockenhoff*, *Naturrecht und Menschenwürde – Universale Ethik in einer geschichtlichen Welt*, 1996, 21.

1202 Dazu *Schockenhoff*, oben Fn. 1201, 20 ff.

1203 Mithilfe des Naturrechts als transzendente Projektion der empirischen menschlichen Natur wurden aber auch Sklaverei, autoritäre Überordnung und das Recht zum Krieg begründet; vgl. dazu *Hans-Ludwig Schreiber*, *Die Würde des Menschen – eine rechtliche Fiktion?*, in: *Norbert Elsner/Hans-Ludwig Schreiber*, *Was ist der Mensch?*, 2002, 236.

1204 S. dazu *Malte Hossenfelder*, *Menschenwürde und Menschenrecht*, in: *Studia Philosophica Vol. 63/2004*, *Menschenwürde / La dignité de l'être humain*, 22 ff., auch mit dem Verweis auf *Kant*, bei dem die Würde des Menschen auf der Fähigkeit zur moralischen Selbstgesetzgebung.

Menschenrechte, die als Anwendung der natürlichen Rechte vor allem Ausdruck der Relationen der Menschen untereinander sind, wird mit der Würde des Menschen in der Regel beansprucht, den Rechten des Menschen fundierend voranzugehen und deren Ursprung zu sein.¹²⁰⁵

Als Begründung der Menschenwürde ergeben sich systematisch gesehen zum einen ontologische Herangehensweisen, welche eine herausgehobene Stellung des Menschen durch seine Vernunftbestimmung und Freiheit oder seiner Gottesebenbildlichkeit betonen. Zum anderen versucht eine anthropologische Annäherung ohne metaphysischen oder theologischen Rückgriff auszukommen und etwa durch eine schützenswerte Selbstbestimmungsmöglichkeit des Menschen dessen Würde zu begründen. Die ethisch-normative Betrachtung, in der die Funktion der Würde hervorgehoben wird, durch Verweis auf bestimmte Wesenseigenschaften ein bestimmtes sittliches Verhalten zu fordern, behandelt vor allem die Probleme eines solchen Schlusses (Sein-Sollen-Übergang).¹²⁰⁶ Als den Begründungsmodellen gemeinsam wird im Konzept der Menschenwürde in der Regel der Versuch gesehen, im Menschsein eine Unantastbarkeit zu deuten, eine Entzogenheit des Selbstseins gegenüber jeglicher Handlungsmächtigkeit.¹²⁰⁷ Der Würdebegriff zielt daher auf einen objektiven und absoluten Wert, der Grundlage ethisch objektiver Prinzipien, wie der Menschenrechte, sein kann.

Die in der Menschenrechtsdebatte und insbesondere der Völkerrechtslehre kommunizierte Ansicht, mittlerweile liege allen Gesellschaften der Erde ein gleicher Grundbestand an absoluten Prinzipien zugrunde, führte zur Idee universal gültiger Menschenrechte.¹²⁰⁸

Die Annahme universal geltender Menschenrechte als ethisch objektiv verstandene Werte wurde jedoch auch immer wieder bezweifelt, weshalb im Folgenden die Begründungen des ethischen Objek-

1205 Hierzu vgl. *Precht/Burkard (Hrsg.)*, oben Fn. 1197, 671 f.; auch *Ulrich Weiß*, Menschenwürde/Menschenrechte: Normative Grundorientierung für eine globale Politik?, in: *Wilhelm Lütterfelds/Thomas Mohrs (Hrsg.)*, Eine Welt – eine Moral?, 1997, 220 ff.

1206 Dazu *Precht/Burkard (Hrsg.)*, oben Fn. 1197, 671 ff.

1207 Ebd.; auch dazu *Georg Lohmann*, Unantastbare Menschenwürde und unverfügbare menschliche Natur, in: *Studia Philosophica Vol. 63/2004*, oben Fn. 596, 55 ff.

1208 S. *Ezzati*, oben Fn. 802, 14.

tivismus im Allgemeinen und der Vorstellungen natürlicher Rechte und der Würde des Menschen im Konkreten dargestellt werden.

2.1.6.1.1 *Emotivismus*

Unter dem Eindruck zweier Weltkriege, des Faschismus, der möglichen Ausrottung der Menschheit durch Atomkriege und der Bedrohung der natürlichen Lebensgrundlagen durch Umweltverschmutzungen waren im 20. Jahrhundert neben einer Wiederentdeckung naturrechtlicher Ideen und der Betonung der Menschenwürde auch philosophische Tendenzen zu verzeichnen, welche die menschliche Vernunft in Zweifel ziehen. Zwar führte besonders der Nationalsozialismus zu einer verbreiteten Abkehr vom Rechtspositivismus hin zum Naturrecht und Rechtsrelativismus.¹²⁰⁹ Jedoch wurden in der analytischen Philosophie moralische Forderungen auch als emotionale Ausdrücke ohne absoluten Wahr- oder Falschheitsgehalt kritisiert.¹²¹⁰ Die paradoxe Interaktion von Verstand und Unverstand und

1209 Vgl. etwa *Gustav Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, 1946, in: *Arthur Kaufmann (Hrsg.)*, Gustav Radbruch – Gesamtausgabe, Rechtsphilosophie III, 1990, 88: „*Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung ‚Gesetz ist Gesetz‘ den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts. Dabei ist der Positivismus gar nicht in der Lage, aus eigener Kraft die Geltung von Gesetzen zu begründen. Er glaubt, die Geltung eines Gesetzes schon damit erwiesen zu haben, daß es die Macht besessen hat, sich durchzusetzen. Aber auf Macht läßt sich vielleicht ein Müssen, aber niemals ein Sollen und Gelten gründen. Dieses läßt sich vielmehr nur gründen auf einen Wert, der dem Gesetz innewohnt.*“; zum Positivismus s. etwa *Brian Bix*, Legal Positivism, in: *Martin Golding/William Edmundson (Ed.)*, *Philosophy of Law and Legal theory*, 2005, 29.

1210 S. etwa *Alfred J. Ayer*, *Language, Truth and Logic*, 1936, 158: „*We begin by admitting that the fundamental ethical concepts are unanalysable, inasmuch as there is no criterion by which one can test the validity of the judgements in which they occur. So far we are in agreement with the absolutists. But, unlike the absolutists, we are able to give an explanation of this fact about ethical concepts. We say that the reason why they are unanalysable is that they are mere pseudo-concepts. The presence of an ethical symbol in a proposition adds nothing to its factual content. [...] What we have just been saying about the symbol ‚wrong‘ applies to all normative ethical symbols. Sometimes they occur in sentences which simply express ethical feeling about a certain type of*

die irrationalen Bestandteile menschlichen Verhaltens wurden beim Emotivismus gegen die Überhöhung und Überbetonung des Vernunftrechts in den Mittelpunkt der Untersuchungen gerückt.¹²¹¹ Als Ursache unvernünftiger Handlungen wurde etwa angeführt, der Mensch handle grundsätzlich emotional, impulsiv und weniger kalkuliert, er sei getrieben von Instinkten, die eine möglichst hohe Befriedigung der vorhandenen Bedürfnisse fordern.¹²¹² Die mangelnde Analysierbarkeit der vom Menschen aufgestellten oder durch ihn entdeckten ethischen Fundamentalnormen sowie die fehlende Überprüfbarkeit ihrer Gültigkeit würden sich daher aus ihrer Eigenschaft als emotionale Ausdrücke ergeben.¹²¹³

Dem folgend müssten im emotivistischen Diskurs auch Menschenrechte als moralische Forderungen mit ethisch objektivem Anspruch als rational nicht begründbar angesehen werden. Als Abbild emotio-

action, or situation, without making any statement of fact. But in every case which one would commonly be said to be making an ethical judgement, the function of the relevant ethical word is purely 'emotive.' It is used to express feeling about certain objects, but not to make any assertion about them.“.

1211 Kurze Übersicht dazu etwa in Precht/Burkard (Hrsg.), oben Fn. 1197, 623 f.

1212 So Bertrand Russel unter den Eindrücken des Ersten Weltkrieges, in: Grundlagen für eine soziale Umgestaltung, 1921, 5 ff.: „Jedes menschliche Tun entspringt aus zwei Quellen, dem triebhaften Impuls und dem bewußten Wollen. Welch große Rolle das bewußte Wollen spielt ist immer genugsam erkannt worden. Wenn sich die Menschen nicht völlig befriedigt fühlen und wenn sie im Augenblick nicht fähig sind, sich das zu verschaffen, was ihnen Befriedigung geben könnte, so stellen sie sich durch ihre Einbildungskraft die Dinge vor, durch die glücklich zu werden sie glauben. Jedes Wollen umschließt eine Zeitspanne zwischen dem Bewußtwerden eines Bedürfnisses und der Gelegenheit seiner Befriedigung. [...] Aber das Wollen beherrscht nur einen Teil der menschlichen Tätigkeit und nicht einmal den wichtigsten, sondern nur den bewußtesten und sichtbarsten Teil und den, der am meisten zivilisiert ist. In dem ganzen mehr instinktiven Teil unserer Natur werden wir durch triebhafte Impulse und nicht durch ein auf ein bestimmtes Ziel gerichtetes Wollen zu gewissen Arten von Tätigkeit veranlaßt. [...] Wenn ein Impuls keine Befriedigung findet in dem Augenblick des seines Entstehens, so erwächst ein Verlangen nach den Folgen, die das Gehenlassen des Impulses erwarten ließ. Ist ein Teil der zu erwartenden Folgen zweifellos unangenehm, so entsteht ein Zwiespalt zwischen Überlegung und triebhaftem Impuls. Ist der Impuls schwach, so wird die Überlegung siegen. Das nennen wir dann vernunftmäßiges Handeln. Ist der Impuls stark, so wird entweder die Überlegung zerstört, und die unangenehmen Folgen werden vergessen, oder wenn es sich um Menschen herrischer Veranlagung handelt, werden die Folgen unbekümmert aufgenommen.“.

1213 Vgl. Ayer, a.a.O., 158.

naler Impulse und Empfindungen könnte ihr Wahr- oder Falschheitsgehalt ebenso wenig wie ihre ethische Negierung bewiesen werden.

2.1.6.1.2 *Utilitarismus*

Eine intellektuelle Herausforderung hat das Naturrecht auch durch den Utilitarismus erfahren, der die Richtigkeit einer Handlung nach der Nützlichkeit ihrer Folgen beurteilt.¹²¹⁴ Die Doktrin des größtmöglichen Wohlbefindens der größtmöglichen Anzahl von Menschen unterstellt ein menschliches Streben nach Lust und der Vermeidung von Unlust und geht von einem epikureischen Bild des Menschen und psychologischem Hedonismus und Eudämonismus, also des Glücks als Sinnerfüllung menschlichen Daseins, aus.¹²¹⁵ Naturrecht und natürliche Rechte werden als unwirkliche metaphysische Phänomene kritisiert,¹²¹⁶ obwohl ein selbst eingestandenes Dilemma der Utilitaristen in der Unfähigkeit besteht, eine universelle

1214 S. dazu *Precht/Burkard (Hrsg.)*, oben Fn. 1197, 623 f.

1215 Vgl. zum Begriff des Utilitarismus und dem als sein Begründer geltenden *Jeremy Bentham (1748 – 1832)* *Joachim Ritter/Karlfried Gründer/Gottfried Gabriel (Hrsg.)*, *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 11, 2001, 503 ff.; auch *Fritz Heinemann*, *Ethik*, in: *Fritz Heinemann (Hrsg.)*, *Die Philosophie im XX. Jahrhundert, Eine enzyklopädische Darstellung ihrer Geschichte, Disziplinen und Aufgaben*, 1959, 450.

1216 S. *David Hume*, *A Treatise on Human Nature*, 1739-40, in: *T.H. Green/T.H. Grose (Ed.)*, *The Philosophical Works of David Hume*, Vol. II, Book III – Of Morals, 1874, 250: „*Mean while it may be not be amiss to observe from these definitions of natural and unnatural, that nothing can be more unphilosophical than those systems, which assert, that virtue is the same with what is natural, and vice with what is unnatural. For in the first sense of the word, Nature, as opposed to miracles, both vice and virtue are equally natural; and in the second sense, as oppos'd to what is unusual, perhaps virtue will be found to be the most unnatural. At least it must be own'd, that heroic virtue, being as unusual, is as little natural as the most brutal barbarity. As to the third sense of the word, 'tis certain, that both vice and virtue are equally artificial, and out of nature. [...] 'Tis impossible, therefore, that the character of natural and unnatural can ever, in any sense, mark the boundaries of vice and virtue. Thus we are still brought back to our first position, that virtue is distinguished by the pleasure, and vice by the pain, that any action, sentiment or character gives us by the mere view and contemplation.*“.

menschliche Natur vollständig leugnen zu können, da er selbst das Streben nach Lust als Natur des Menschen versteht.¹²¹⁷ Der Kritik, dass die Maximierung des Gesamtnutzens nicht zur ausreichenden Berücksichtigung des Gerechtigkeitsprinzips führe, versuchten dagegen zeitgenössische Theoretiker wie *John Rawls* gegenüberzutreten, der seine Gesellschaftsvertragstheorie der Gerechtigkeit als Fairness als eine Weiterentwicklung des Utilitarismus im kantischen Geist sieht.¹²¹⁸

Im klassischen utilitaristischen Sinne wären Menschenrechte als Handlungsform rational begründet, wenn durch ihre Befolgung quantitativ oder qualitativ ein Gewinn an Zufriedenheit und Glück bei den betreffenden Personen feststellbar wäre. Andererseits wäre jedoch auch eine Verletzung von Menschenrechten erlaubt, wenn sich damit eine Besserstellung der Mehrheit verbindet und die kollektive Glücksbilanz erhöht, was deutlich macht, dass ohne ein Korrektiv (z.B. durch Gerechtigkeit) der Utilitarismus eine Form des Kollektivegoismus darstellt.¹²¹⁹ Daher wird der in einer solchen Sichtweise zum Ausdruck kommende Anthropozentrismus und der vom Einfluss des Utilitarismus insgesamt begünstigte Hedonismus in westlichen Gesellschaften von anderen, insbesondere nicht-säkularen Kulturen, sehr distanziert betrachtet, weil aus ihrem Blickwinkel darin das Potential zur Relativierung der religiösen Werte, wie etwa Rücknahme und Verzicht, befürchtet werden muss.¹²²⁰

1217 Vgl. auch die bekannte Kritik *G.E. Moores* an dem Utilitaristen *John Stuart Mill*, wonach das von jedem erstrebte und erwünschte Gute als natürliche Qualität definiert werde. *Moore* sieht darin einen Definitionsfehlschluss (naturalistischer Fehlschluss), da die Frage der Beurteilung des Wertes „Wünschenswertes“ durch das Aufzeigen des Wünschbaren beantwortet wird; dazu S. dazu *Prechtl/Burkard (Hrsg.)*, oben Fn. 1197, 623 f.

1218 S. *Ritter/Gründer/Gabriel*, a.a.O.; die Einstellung *Rawls* zum klassischen Utilitarismus im Sinne der größten Summe der Befriedigung für die Gesamtheit der Mitglieder einer Gesellschaft und einem Utilitarismus im Sinne eines Durchschnittsnutzens wird am deutlichsten in *John Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1975, 40 ff.

1219 Vgl. *Otfried Höffe*, *Einführung in die utilitaristische Ethik*, 1992, 45.

1220 So wird etwa die weitgehend freizügige Befriedigung sexueller Lust, zum Beispiel durch außerehelichen Geschlechtsverkehr, in westlichen Staaten vom Islam äußerst kritisch beurteilt; vgl. dazu *M.A. Khan*, *Islamic Jurisprudence – Islamic Laws in the Modern World*, 1996, 47: „*During the modern days adultery is deemed to be an evil act but it is not regarded as an offence until it is committed by force. It means that a man who makes a sexual intercourse with a woman by force without her consent is liable to punishment. But sexual*

2.1.6.1.3 *Liberalismus und Individualismus*

Ähnlich verhält es sich mit dem Liberalismus, der nach überspitzter Ansicht das Naturrecht auf eine Regel reduziert zu haben scheint, wonach alle Freiheiten persönlich sind, außer der Freiheit der Respektierung persönlicher Werte, welche universell ist.¹²²¹

Der Liberalismus setzte sich ideengeschichtlich nach dem Zerfall des mittelalterlichen Weltbildes in der Reformation durch, in einer Zeit, in der der Mensch radikal auf sich verwiesen war und sich als Subjekt in der Herstellung seiner Welt behaupten musste.¹²²² Im liberalen Denken ist der Anspruch auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ethisch absolut, und das Individuum gilt als autonomes Subjekt. Daraus folgt beispielsweise für *Hobbes*, dass auch politische Herrschaft Zustimmung aller autonomen Subjekte bedarf.¹²²³

Mit den Grundpfeilern der Toleranz, des Pluralismus und der Unantastbarkeit individueller Freiheiten bildet der Liberalismus den Kern der Selbstbeschreibung westlicher Demokratien.¹²²⁴ In der vergleichenden Menschenbilddarstellung wurde deutlich, dass der Liberalismus zusammen mit dem Individualismus, der allgemein die persönliche Freiheit vor die gesellschaftliche Bindung stellt und die Gleichheit der Individuen vor die Einordnung in das Ganze betont,¹²²⁵ von Kulturen stark kritisiert wird, die kollektivistisch oder theozentrisch ausgerichtet sind.

intercourse with mutual consent is no offence. This way of thinking is entirely against Islamic Law which treats adultery as punishable in all cases. [...] The Islamic Law looks to adultery with a different angle pointing out that if people are left free to enjoy sex at their will the whole structure of man's culture and civilization will come to the ground.“.

1221 Vgl. *Ezzati*, oben Fn. 802, 43 f.

1222 Vgl. dazu *Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.)*, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 5, 1980, 255 ff.

1223 Ebd.

1224 S. dazu *Precht/Burkard (Hrsg.)*, oben Fn. 1197, 328 f.

1225 Hierzu *Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.)*, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 4, 1976, 290 f.

Anknüpfungspunkte und Parallelen dazu finden sich auch in der systematisch-kritischen Interpretation des Individualismus durch den Solidarismus und Universalismus, wonach die individualistische Gesellschaft zu einem System utilitaristischen Interessens austausches ohne innere Einheit wird.¹²²⁶ Insbesondere die festgestellte ostentative Abwehr von Liberalismus und Individualismus in einigen islamischen Staaten wird sich in der allgemeinen Kritik an der reinen Form des Individualismus als unbegrenzte Freiheit des Einzelnen bestätigt fühlen, die sie als Konterkarierung der Idee universeller moralischer Prinzipien und damit auch der Vorstellung eines Naturrechts sieht.¹²²⁷

2.1.6.1.4 Empirismus

Auch der Empirismus wurde, obwohl er zunächst nur eine wissenschaftliche Methode beschreibt, Wissen zu erlangen, als Herausforderung naturrechtlicher und ethisch objektiver Vorstellungen erfahren und häufig als indirekte Negierung der Prinzipien vorgegebener Werte und Abgrenzbarkeit von Richtig und Falsch in anti-metaphysischem beziehungsweise agnostischem Sinne gesehen. Im Empirismus wird unterstellt, dass das Erkenntnisobjekt dem Objekt passiv gegenübersteht und alles Wissen seinen Ursprung in der Erfahrung hat. Erfahrung wird demnach als die Gesamtheit des noch unstrukturi-

1226 Ebd.; zur Entstehung eines sozialen Rechts als Antwort auf einen übertriebenen Individualismus vgl. *Gustav Radbruch, Der Mensch im Recht, 1957, 37: „Das soziale Recht beruht vielmehr auf einer Strukturwandlung alles Rechtsdenkens, auf einem neuen Begriff vom Menschen: soziales Recht ist ein Recht, das nicht auf das individualitätslose, seiner Eigenart entkleidete, auf das als vereinzelt gedachte, seiner Vergesellschaftung enthobene Individuum zugeschnitten ist, sondern auf den konkreten und vergesellschafteten Menschen. Erst indem das Recht sich auf ein solches Bild vom Menschen umstellt, treten die Unterschiede sozialer Machtstellung und sozialer Ohnmachtstellung, deren Berücksichtigung jenen augenfälligeren Eindruck des sozialen Rechts bestimmt, überhaupt in den Gesichtskreis des Rechts. Dagegen war die überkommene individualistische Rechtsordnung orientiert an dem als individualitätslos und isoliert gedachten Individuum. Sie wollte vor lauter Bäumen den Wald – vor lauter Individuen ihre gesellschaftliche Verbundenheit nicht sehen.“.*

1227 Vgl. zu einer solchen Kritik *Ezzati*, oben Fn. 802, 50 f.

riert Gegebenen näher bestimmt, das sich erst im Erkennen zu einer stabilen und erkennbaren Wirklichkeit formt, was schließlich das konkrete sinnliche Empfinden des Einzelsubjekts zur Folge hat.¹²²⁸

Der Empirismus in der Ethik nimmt die Kriterien der Beobachtung des menschlichen Verhaltens und der Erfahrung als Basis für moralische Prinzipien an und setzt in der Regel eine Kontinuität zwischen wissenschaftlicher Methodik und der Methodik ethischer Theorien voraus.¹²²⁹ Moralischer Empirismus versucht etwa den Ursprung der menschlichen Ideen von Moralität zu erklären und psychologische und praktische Erklärungen für die vom Menschen akzeptierten Normen und damit auch von Rechten des Menschen zu liefern. Weil als universelle Erfahrungen Freude und Schmerz typischerweise als wichtigste Parameter in der Frage nach Werten gelten, waren es gerade utilitaristische Strömungen, welche die empirische Quantifizierbarkeit von Moralität anboten.¹²³⁰

Neben den oben erwähnten Einwänden zum Utilitarismus geht die Kritik am Empirismus dahin, dass Empirisches nicht mit Sinnlichem identisch und Theoretisches als vermeintliches Gegenstück nicht mit Rationalem gleichzusetzen ist und sich so das Verhältnis von Empirischem und Theoretischem nicht auf das von Sinnlichem und Rationalem reduziert. Empirisches Wissen ist nicht mit Sinnlichem identisch, weil es zwar durch Sinneseindrücke entsteht, immer aber auch eine rationale Verarbeitung impliziert. Jedes Wissen hat die logische Form von Aussagen und kann nicht außerhalb der Sphäre des Denkens und rationaler Erkenntnis existieren.¹²³¹ Ein radikaler Empirismus gilt daher als gescheitert, weil Erfahrung und Induktion alleine keine gültigen Schlussfolgerungen bieten können. Dazu benötigt es Erklärung und deduktive Methodik, welche sich wiederum auf allgemeingültige Gesetze berufen müssen.¹²³² Denn Wahrnehmung und somit auch Erfahrung entsteht nicht direkt durch Sinneseindrücke,

1228 Dazu *Prechtl/Burkard (Hrsg.)*, oben Fn. 1197, 131; als Empirist wandte sich etwa *John Locke* gegen die Annahme angeborener Ideen, die nicht aus der Erfahrung stammen, das heißt solcher, die der Seele *a priori* angehören.

1229 S. *Dan Garrett/Edward Barbanell (Ed.)*, *Encyclopedia of Empiricism*, 1997, 269 ff.

1230 Ebd.

1231 Vgl. *Georg Klaus/Manfred Buhr (Hrsg.)*, *Philosophisches Wörterbuch*, 1974, 311 ff.

1232 S. *Ezzati*, oben Fn. 802, 45 f.

sondern durch die Transformation der Sinneseindrücke in vorgestellte Bedeutungen.¹²³³

Auch eine in der ethischen Diskussion denkbare empirische Argumentation, wonach aus der Tatsache, dass die Menschen nach einem bestimmten Gut streben, abgeleitet werden kann, dass dieses Gut erstrebenswert ist, führt danach zu einem Fehlschluss. Es fehlt durch die mangelnde Differenzierung von empirisch nachweisbar „erstrebt“ und „erstrebenswert“ eine Begründung dafür, dass das, wonach eine mögliche Mehrheit strebt, tatsächlich auch ein erstrebenswertes Gut darstellen soll.¹²³⁴ Die empirische Methode benötigt daher deduktive Voraussetzungen, um generalisieren und zu einer Schlussfolgerung kommen zu können. Eine induktive Bestätigung einer Theorie erlaubt im Grunde nicht die deduktiv gültige Annahme, dass sie wahr sein muss, gleich wie oft etwas geschieht. Moderne wissenschaftliche Erklärungen beinhalten aber notwendig nomologische und deduktive Prämissen.¹²³⁵

Im empirischen Diskurs werden traditionell religiöse Fragen aufgrund ihrer fehlenden Verifizier- oder Falsifizierbarkeit als bedeutungslos eingestuft.¹²³⁶ Wiederum müssen sich daher besonders religiöse Kulturen und vor allem solche, die ihren religiös-moralischen Kodex in den weltlich-normativen übertragen, vom Empirismus bedroht fühlen.

1233 Vgl. dazu *Hilpert*, oben Fn. 662, 35 ff.

1234 S. *Precht/Burkard (Hrsg.)*, oben Fn. 1197, 177.

1235 S. dazu *Ezzati*, oben Fn. 802, 45 f., mit dem Verweis auf das bekannte Argument: Alle Menschen sind sterblich (Hauptprämisse); Sokrates ist ein Mensch (Nebenprämisse); daher ist Sokrates sterblich (Konklusion). Die Prämissen beinhalten logischerweise ihre Konklusion und die Hauptprämisse ist ein allgemeingültiges Gesetz, daher nomologisch.

1236 Vgl. zu dieser Aussage des logischen Positivismus etwa *Garrett/Barbanell (Ed.)*, oben Fn. 1229, 371 f., auch *Jan Rohls*, *Geschichte der Ethik*, 1991, 445 ff.; s. auch bereits *David Hume*, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, 1748, in: *T.H. Green/T.H. Grose (Ed.)*, *The Philosophical Works of David Hume*, Vol. IV, 1875, 114 ff.: „*The religious hypothesis, therefore, must be considered only as a particular method of accounting for the visible phaenomena of the uiniverse: But no just reasoner will ever presume to infer from it any single fact, and alter or add to the phaenomena, in any single particular. [...] No new fact can ever be inferred from the religious hypothesis; no event forseen or foretold; no reward or punishment expected or dreaded, beyond what is already known by practice or observation.*“.

2.1.6.1.5 *Ethischer und kultureller Relativismus*

Eine ostentative Infragestellung vorgegebener absoluter Normen stellt der ethische Relativismus mit seiner Idee der Gleichberechtigung moralischer Anschauungen dar, dessen modernes Nebenprodukt der Kulturrelativismus ist. Keine Norm könne absolute Gültigkeit beanspruchen, weil die Verbindlichkeit moralischer Normen von ihrer faktischen Anerkennung abhinge und daher nicht über die kulturelle und geschichtliche Faktizität hinausgehen könne.¹²³⁷

Kultureller Relativismus ist oft von einem Ethos des Respekts vor anderen Kulturen geleitet und wird häufig mit Kulturpluralismus verwechselt.¹²³⁸ Die Vorstellung der Unbegründbarkeit von Wert-

1237 S. dazu etwa *Richard Rorty*, *Objectivity, relativism, and truth*, 1991, 21 ff.; dazu auch *Precht/Burkard (Hrsg.)*, oben Fn. 1197, 505. Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Josef Kohler*, *Aus Kultur und Leben*, 1904.

1238 Kultureller Pluralismus ist zwar als die Vielheit der Kulturen beschreibende und im Gegensatz zum kulturellen Evolutionismus, welcher immanente evolutionäre Prinzipien voraussetzt, stehende Komponente des kulturellen Relativismus. Letzterem wird aber häufig als zweite Komponente eine kulturelle Milieutheorie zugesprochen, wonach die Menschen viele und bedeutsame intrakulturelle Ähnlichkeiten und interkulturelle Unterschiede aufweisen. Die Disparitäten werden auf bei Geburt beginnende Einflüsse des jeweiligen kulturellen Milieus auf die Psyche begründet, so dass letztlich sogar die menschliche Erkenntnisfähigkeit kulturell relativiert wird; s. dazu *Margaret Mead*, *Geschlecht und Temperament in primitiven Gesellschaften*, 1959, 121: „*Wir sind gezwungen anzunehmen, daß die menschliche Natur äußerst plastisch ist und auf verschiedene Kulturbedingungen entsprechend reagiert. Individuelle Unterschiede zwischen Menschen verschiedener Kulturmilieus beruhen fast ausschließlich auf verschiedenen Umweltbedingungen, vor allem auch der frühesten Kindheit. Die Kräfte, durch die Kinder bei den Arapesh [Stammesgesellschaft in Neu-Guinea] zu typischen Arapesh-Menschen heranwachsen, sind rein gesellschaftliche Kräfte, und jede Diskussion über etwaige Abweichungen kann nur vor diesem gesellschaftlichen Hintergrund geführt werden.*“; vgl. auch zu den Arbeiten von *Ruth Benedict*, der amerikanischen Anthropologin, *Virginia Young*, *Ruth Benedict: Beyond Relativity, Beyond Pattern*, 2005; vgl. *Ritter/Gründer (Hrsg.)*, oben Fn. 1225, 1332 f. Insgesamt dazu auch *Tibi*, oben Fn. 1132, 250 ff.; s. auch *Pablo Iannone*, *Dictionary of World Philosophy*, 2001, 182 ff.; zur Kritik am Relativismus s. *Frits Staal*, *Beyond Relativism*, in: *Yoav Ariel/Shlomo Biderman/Ornan Rotem*, *Relativism and Beyond*, 1998, 37; vgl. auch *Fernando Tesón*, *International Human Rights and Cultural Relativism*, *VJIL*, 1985, 869, abgedruckt in: *Alston (Ed.)*, oben Fn. 1192; *Walter Schweidler*,

vorstellungen führte zwangsläufig zur Idee der Gleichwertigkeit aller Normativen. Relativismus impliziert damit letztlich kognitiven und ethischen Nihilismus, also die Annahme, dass moralischen Urteilen kein Erkenntnischarakter zugesprochen werden kann und damit absolut gedachte moralische und normative Werte zu negieren sind. Diesem Gedanken steht auch der oben bereits aufgeführte Emotivismus nahe, welcher in moralischen Forderungen mehr emotionale Ausdrücke und Affekte bezogen auf die Wahrnehmung von richtig und falsch, anstatt kognitiver Leistungen erkennt.

In Konsequenz der Aussagen des ethischen und kulturellen Relativismus dürften Menschenrechte keine universale Geltung beanspruchen, weil der ethische Relativismus die Existenz allgemeingültiger sittlicher Normen im Grundsatz leugnet und der kulturelle Relativismus die kulturübergreifende Verbindlichkeit sittlicher Normen zurückweist.¹²³⁹ Im Relativismus der Metaethik, also dem neutralen, sprachanalytischen Ethik-Diskurs, wird bereits davon ausgegangen, dass es keine kulturübergreifende Methode gibt, welche die Gültigkeit eines Moralsystems einer Kultur gegenüber einer anderen nachweisen könnte.¹²⁴⁰

Die Kritik am Kulturrelativismus sieht die Lossagung von einer Urteilsverantwortung durch die Inbeziehungsetzung der relevanten Begriffe zur jeweiligen Kultur als weder nützlich noch schlüssig an.¹²⁴¹ Das Prinzip der Menschlichkeit oder der Menschenrechte kulturell relativ zu denken, würde notwendig eine Toleranz auch gegenüber Kulturen implizieren, die intolerant sind und diese Werte verneinen oder gar bekämpfen, was sich letztlich als existenzbedrohend herausstellen würde. Als widersprüchlich wird der kulturelle Relativismus daher vor allem deswegen angesehen, weil er es für möglich hält, dass zwei sich inhaltlich widersprechende moralische Urteile zugleich richtig sein können.¹²⁴² Darüber hinaus ist er auch logisch paradox, weil er letztlich unterstellt, dass es keine absolute

Menschenrechte und kulturelle Identität, in: *Schweidler (Hrsg.)*, oben Fn. 930, 15 ff.

1239 Dazu *Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.)*, Historisches Wörterbuch der Philosophie, oben Fn. 798, 614 ff.

1240 Vgl. dazu etwa *Otfried Höffe*, Lexikon der Ethik, 2002, 215 ff.

1241 Vgl. zur Relativismuskritik etwa *Precht/Burkard (Hrsg.)*, oben Fn. 1197, 505 mwN.

1242 Vgl. dazu etwa *Djavid Salehi*, Kritik des Ethischen Relativismus, 1999, 54 ff.

Wahrheit gebe und dies die absolute Wahrheit sei. Einem emotivistisch gedachten Relativismus wird zudem entgegengehalten, dass selbst wenn moralische Imperative nicht rein kognitiv und Ausdruck emotionaler Ablehnung sein sollten, dies nicht bedeutet, dass dieser Emotionalismus nicht überkulturell sein und als Rechtfertigung für eine Bewertung von Moralität dienen kann.¹²⁴³

Die Differenzierung von Kulturrelativismus und Kulturpluralismus veranschaulicht, dass ethischer Anti-Relativismus nicht zwangsläufig zu kulturellem Absolutismus führen muss. Wenn ethische Prinzipien zum Beispiel aus der überzeitlichen Natur des Menschen folgen, schließt dies nicht die Akzeptanz kultureller Werte aus, die aus der jeweiligen Kultur stammen, welche unvermeidbar zeitbedingt ist.¹²⁴⁴ In der Gegenüberstellung der kulturell gewachsenen Menschenbilder wurde dennoch offenbar, dass diese Unterscheidung *de facto* nicht real wird, dass also die in den Kulturen vorhandene Sittlichkeit in der Regel nicht kulturell relativ oder pluralistisch gedacht wird, sondern einen jeweils absoluten und universellen Anspruch verfolgt. Erkennbar wurde auch, dass die universellen Menschenrechte und ihre Auslegung häufig als Ethnozentrismus, also die Verabsolutierung der Werte eines Kulturkreises, kritisiert werden. Der Menschenrechtsdiskurs wird daher tatsächlich immer wieder von kulturrelativistischen Elementen dominiert, weil viele Kulturen sich in Abgrenzung und Abwehr des empfundenen Ethnozentrismus auf eigene kulturelle Werte berufen.

2.1.6.1.6 (Rechts-) Positivismus

Der Positivismus als Oberbegriff zum bereits an anderer Stelle erwähnten Rechtspositivismus stellt einen erkenntnistheoretischen Grundsatz des Faktischen und Nützlichen als programmatische For-

1243 Vgl. dazu *Ezzati*, oben Fn. 802, 47 ff.

1244 Ebd.

derung an die Philosophie, wobei nützlich nur die an Tatsachen orientierte Wissenschaft ist, Faktisches also den Bestimmungsgrad für Nützlichendes abgibt.¹²⁴⁵ Objektivität und ihre Erlangung am Maßstab der Fähigkeit des Menschen, seine Einbildungskraft den Tatsachen unterzuordnen, steht im Zentrum positivistischer Programmatik. Jede Wissenschaft hat sich an streng naturwissenschaftlicher Methodik zu orientieren und jede Erkenntnis muss intersubjektiv verständlich formuliert und nachprüfbar sein. Wirklichkeitserkenntnis durch reines Denken ist unmöglich, weil sie allein auf der Wahrnehmung unserer Sinne basiert, auch wenn - eben nicht rein sensualistisch - die Synthetisierung des Faktischen mit allgemeinen Erklärungen und Theorien als Ziel der Wissenschaft anerkannt ist.¹²⁴⁶

Nach dem Neopositivismus oder Logischen Positivismus lassen sich alle Aussagen für die Beschreibung von Wahrheit und Falschheit in zwei Kategorien einteilen: Logik und Fakten. Moralische Beurteilungen lassen sich in diese Systematik jedoch nicht einordnen. Sie sind keine logischen Wahrheiten, weil sie nicht mehr aussagen, als in der Ausgangsaussage enthalten ist und daher einer Tautologie nahe kommen. Auch können sie keine Fakten darstellen, da

1245 Dazu *Prechtl/Burkard (Hrsg.)*, oben Fn. 1197, 456 f.; vgl. grundlegend dazu vor allem den als Begründer des Positivismus beschriebenen *Auguste Comte*, Rede über den Geist des Positivismus, 1844, in: *Irving Fetscher*, *Auguste Comte – Rede über den Geist des Positivismus*, 1956, 93: „Die einzig wesentliche Eigenschaft des neuen philosophischen Geistes, die noch nicht unmittelbar durch das Wort positiv angegeben worden ist, besteht in seiner notwendigen Tendenz überall das Relative an die Stelle des Absoluten zu setzen. [...] Man begreift in der Tat, daß die absolute Natur der alten Lehren, mochten sie nun theologisch oder metaphysisch sein, notwendig jede von ihnen dazu zwangen, allen anderen gegenüber sich negativ zu verhalten, bei Strafe selbst zu einem absurden Eklektizismus zu entarten. Im Gegensatz dazu ist die neue Philosophie auf Grund ihres relativen Wesens stets in der Lage, den eigentümlichen Wert der ihr am meisten entgegengesetzten Theorien zu verstehen, ohne doch jemals bis zu einer grundlosen Konzession zu gehen, die die Klarheit ihrer Ansichten oder die Entschiedenheit ihrer Entschlüsse verfälschen könnte. [...] Wenn man nach der Hauptquelle einer solchen Weise des Philosophierens sucht, wird man bald erkennen, daß ihr wesentlicher Ursprung wirklich mit den ersten praktischen Übungen der menschlichen Vernunft zusammenfällt: denn die gesamten in dieser Rede gegebenen Erklärungen beweisen deutlich, daß ihre Haupteigenschaften im Grunde dieselben sind, wie die des allgemeinen gesunden Menschenverstandes.“

1246 Vgl. *Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.)*, *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 7, 1989, 1118 ff.

sie letztlich nicht verifizierbar sind.¹²⁴⁷ In entsprechender Schlussfolgerung werden auch alle Fragen der Metaphysik im positivistischen Diskurs als nicht lösbare Scheinprobleme diskreditiert, die es zu eliminieren gilt.

In der Sein-Sollen Dichotomie, also der Trennung des Normativen vom Faktischen, stimmt der Logische Positivismus mit dem Rechtspositivismus überein.¹²⁴⁸ Gerade nach letzterem wird zur Erlangung von Rechtssicherheit die Begründbarkeit einer Normlogik außerhalb des positiven Rechts verneint; Normen seien weder wahr noch unwahr, sondern gültig oder ungültig.¹²⁴⁹ Weder Naturrecht noch Moral könnten absolute Norm- und Wertmaßstäbe liefern, und daher könne im rechtlichen System „*jeder beliebige Inhalt Recht sein*“.¹²⁵⁰ Die Menschenrechte könnten danach logisch aus der (hypothetischen) Grundnorm ableitbar sein, eine überpositive Begründung darüber hinaus wäre aber irrelevant, weil ihre Negierung bei systemlogischer Ableitung ebenso Gültigkeit hätte.

Kritik am allgemeinen Positivismus lässt sich zum einen von einer hermeneutisch-relativistischen Position her ausmachen, nach der die

1247 S. *Ezzati*, oben Fn. 802, 54 ff.; vgl. in diesem Zusammenhang vor allem *Ludwig Wittgenstein*, *Tractatus logico-philosophicus*, 1984, 83: „6.4 Alle Sätze sind gleichwertig. 6.41 der Sinn der Welt muß außerhalb ihrer liegen. In der Welt ist alles, wie es ist, und geschieht alles, wie es geschieht; es gibt in ihr keinen Wert – und wenn es ihn gäbe, so hätte er keinen Wert. Wenn es einen Wert gibt, der Wert hat, so muß er außerhalb alles Geschehens und So-Seins liegen. Denn alles Geschehen und So-Sein ist zufällig. Was es nichtzufällig macht, kann nicht in der Welt liegen, denn sonst wäre es wieder zufällig. Es muss außerhalb der Welt liegen. 6.42 Darum kann es auch keine Sätze der Ethik geben. Sätze können nichts Höheres ausdrücken. 6.421 Es ist klar, daß sich die Ethik nicht aussprechen läßt. Die Ethik ist transzendental (Ethik und Ästhetik sind Eins.) [...] 6.53 Die richtige Methode der Philosophie wäre eigentlich die: Nichts zu sagen, als was sich sagen läßt, also Sätze der Naturwissenschaft – also etwas, was mit Philosophie nichts zu tun hat -, und dann immer, wenn ein anderer etwas Metaphysisches sagen wollte, ihm nachzuweisen, daß er gewissen Zeichen in seinen Sätzen keine Bedeutung gegeben hat. Diese Methode wäre für den anderen unbefriedigend – er hätte nicht das Gefühl, daß wir ihn Philosophie lehrten – aber sie wäre die einzig streng richtige.“

1248 Dazu *Edgar Morscher*, *Die Sein-Sollen-Dichotomie im Logischen Positivismus und im Rechtspositivismus*, in: *Clemens Jabloner/Friedrich Stadler* (Hrsg.), *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre*, 2001, 47 ff.

1249 S. *Kelsen*, oben Fn. 656, 19.

1250 *Kelsen* oben Fn. 656, 201.

Welt nicht die Gesamtheit der Dinge, sondern die ihrer Bedeutungen ist.¹²⁵¹ Die „Be-Deutung“ macht aus den Dingen, was sie sind, wobei Fakten nicht von ihrem Betrachter und seinem Kontext separiert werden können. Zum anderen wird von der Seite einer kritischen Theorie der Gesellschaft der Positivismus als universaler Triumph formalisierter Vernunft in den gesellschaftspolitischen Feldern angegriffen, der sich in zweckrationaler Weise auf das Registrieren von Fakten und die Regulierung des Zweck-Mittel-Verhältnisses reduziere.¹²⁵² Ideen von Glück, Freiheit, Gerechtigkeit und Solidarität würden dabei entsubstantialisiert, womit ein auf dem gewonnenen Erklärungswissen aufbauendes Selbstverständnis verhindert werde.

In der Darstellung des globalen Menschenrechtsdiskurses wurde erkennbar, dass ein überpositiver Rekurs des Rechts und vor allem der Menschenrechte in den meisten Kulturen stattfindet, weshalb auch die Kodifizierungen der internationalen Menschenrechte die Ideen angeborener Rechte und Würde des Menschen zu ihrem Fundament gemacht haben. Trotz des darin enthaltenen Bemühens um einen (minimalen) ethischen Objektivismus bei gleichzeitiger Vermeidung eines rein positiven Rechtssystems, dessen Inhalt nicht an absoluten Wertmaßstäben messbar wäre, konnte tatsächlich aber nur ein faktischer ethischer Pluralismus festgestellt werden. Dieser konnte jedoch keineswegs als ein ethischer Föderalismus gedeutet werden,¹²⁵³ welcher die Integration absoluter (Kern-) Prinzipien in die jeweilige kulturelle Tradition ermöglicht hätte. Daher bleibt im Menschenrechtsdiskurs zumeist nur ein rechtspositivistisches Argument übrig, wenn zur versuchten Überwindung der faktischen Differenzen einseitig auf die positiven Normen verwiesen wird. Es zeigte

1251 Vgl. zur Kritik am Positivismus etwa *Ritter/Gründer*, oben Fn. 1246, 1118 ff.

1252 S. *Ritter/Gründer (Hrsg.)*, a.a.O.; s. vor allem die umfassende Kritik am Positivismus bei *Max Horkheimer*, *Zur Kritik der instrumentellen Vernunft*, 1986, 64: „Die positivistische Philosophie, die das Werkzeug ‚Wissenschaft‘ als den automatischen Verfechter des Fortschritts ansieht, ist so irreführend wie andere Glorifikationen der Technik. Die ökonomische Technokratie erwartet alles von der Emanzipation der materiellen Produktionsmittel. Platon wollte die Philosophen zu den Herren machen; die Technokraten wollen die Ingenieure zum Aufsichtsrat der Gesellschaft machen. Positivismus ist philosophische Technokratie. Er nennt als Vorbedingung, Mitglied in den Gremien der Gesellschaft zu werden, einen ausschließlichen Glauben an die Mathematik.“

1253 Vgl. zu dem Begriff des ethischen Föderalismus *Salehi*, oben Fn. 1242, 121 ff.

sich, dass dort, wo die Begründung uneindeutig bleibt und daher verschiedene moralische Systeme, die sich jeweils für objektiv halten, einfließen können, sich der Universalanspruch in seiner Pluralisierung selber aufhebt.¹²⁵⁴ Aus diesem Grunde ist in den Debatten um Menschenrechte fortlaufend eine Dichotomie zwischen dem pathetisch behaupteten oder auch bloß beiläufig als selbstverständlich angenommenen, allgemein anerkannten Menschenrechtsverständnis und einer faktisch pluralistischen Begründungsreduzierung auf positives Recht feststellbar.

2.1.6.2 *Das Konzept der Begründung natürlicher Rechte und einer Würde des Menschen und seine Kritik*

Die vorangegangene, cursorische Diskursdarstellung hat demonstriert, dass die Philosophie eines ethischen Objektivismus als abstrakte Ebene zur Idee angeborener, absoluter Rechte und Würde des Menschen von verschiedenen Positionen¹²⁵⁵ herausgefordert wird.

1254 Vgl. in diesem Zusammenhang *Wilhelm Lütterfelds*, Sind Universalität und Kontingenz der Moral miteinander verträglich?, in: *Lütterfelds/Mohrs (Hrsg.)*, oben Fn. 1205, 187.

1255 In Ergänzung der Auflistung der wichtigsten philosophischen Strömungen sind an dieser Stelle noch zwei weitere erwähnenswert. So sei der Existentialismus hinzugefügt, der in Abkehr von traditionellen essentialistischen Systemen die konkrete Welt- und Selbsterfahrung des Subjekts in den Mittelpunkt stellt. Der Mensch wird als Verhältnis zu sich selbst verstanden, das frei zur Selbstbestimmung ist und über die Wirklichkeit seiner Möglichkeiten, das Seinkönnen, selbst entscheiden muss. In Loslösung von der anfänglichen theologischen Ausrichtung der Existentialphilosophie wird der Existentialismus später zu einer ontologischen Auslegung und phänomenologischen Beschreibung der menschlichen Existenz, welche als normativ unbestimmt und der Essenz vorangehend verstanden wird. Der Mensch ist danach frei von jeder teleologischen Inanspruchnahme und entwirft sich selbst über das Gegebene hinaus auf die Zukunft hin und ist daher durch seine unabsehbaren Möglichkeiten mitbestimmt. Die Seinsverfassung des Menschen ist Freiheit, weil er das, was er durch seinen Entwurf ist, erst aus sich machen muss. Diesem Gedanken stehen auch moderne Richtungen in der Soziologie und Psychologie nahe, welche den Menschen ohne Instinkte und überzeitliche Natur als ein „*blankes Blatt Papier*“ sehen, das erst im Kontext der Gesellschaft, in welcher der Mensch

Diese Ergänzungen oder grundlegenden Zweifel am ethischen Objektivismus sind und waren wiederum Ansatzpunkt für Kritik.

Die Einwände gegen die Vorstellung der Existenz ethisch objektiver Werte wie etwa den Menschenrechten betrifft auch ihre konkrete Fundierung durch die naturrechtliche Idee angeborener Rechte und einer Würde des Menschen. Ihr konkreter Begründungsgehalt sowie die daran geäußerte Kritik müssen zum besseren Verständnis im Folgenden weiter fokussiert werden.

Es kann und soll an dieser Stelle jedoch nicht die unüberschaubare Vielzahl dezidierter philosophischer Ansätze zur Begründung von natürlichen Rechten und angeborener Würde des Menschen als ob-

aufwächst, beschrieben wird. Ebenso wie diese Sichtweise negiert der Existentialismus eine menschliche Natur, mit der seine Freiheit, sich selbst und seine Essenz zu definieren, nicht komplett wäre. In der Möglichkeit des Selbstentwurfes durch eigene Entscheidungen wird die besondere Würde des Menschen gesehen. Weil jeder Entwurf ein einmaliges Ereignis und sein Erscheinen ein unersetzbarer Seinsbestand ist, liegt die Achtung der Menschenwürde in dem Bedingungen-Wollen, unter denen sich jeder frei entwerfen kann unter der Rücksicht der Begrenzung durch die Freiheit der anderen; vgl. zum Existentialismus vor allem *Jean-Paul Sartre*, *Das Sein und das Nichts – Versuch einer phänomenologischen Ontologie*, 1985; *Jean-Paul Sartre*, *Ist der Existentialismus ein Humanismus?*, 1947; *Sören Kierkegaard*, *Der Begriff Angst*, 1844, in: *Sören Kierkegaard - Gesammelte Werke*, Abt. 11/12, 1952; dazu auch *Joakim Garff*, *Sören Kierkegaard*, 2004, 316 ff.; auch *Ornam Rotem*, *Doubt, Despair and Ataraxia: A very Philosophical Interpretation of Kierkegaard's 'Christianity'*, in: *Ariel/Biderman/Rotem*, oben Fn. 1238, 225; *Precht/Burkard (Hrsg.)*, oben Fn. 1197, 169 ff.; auch *Joachim Ritter (Hrsg.)*, *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 2, 1972, 850 f.; *Ezzati*, oben Fn. 802, 51 f.

Der Sozialdarwinismus, der in der Mitte des 19. Jahrhunderts zu einer Animalisierung des Menschenbilds und in weiterer Folge der Selektionstheorien zur Eugenik und zum Rassismus der Nationalsozialisten geführt hat, stand dem Konzept des Menschen als ethische und spirituelle Einheit mit eigenem Wert entgegen. Die Idee natürlicher Selektion verdrängte sowohl theologische, als auch säkulare Naturrechtsvorstellungen. Die undifferenzierte Übertragung biologischer Erkenntnisse auf sozio-politische und sogar ethische Wissenschaftsbereiche im Sozialdarwinismus ist nicht zuletzt wegen der Erfahrung des Dritten Reiches diskreditiert. Aber auch die übergeordnete Kategorie der Evolutionstheorie ist in der heutigen Zeit in seiner Absolutheit erheblicher Kritik ausgesetzt. So werden neodarwinistische Theorien, wonach unterlegene Organismen zum Aussterben verurteilt sind, als nicht haltbar kritisiert, weil viele molekulare Veränderungen ohnehin evolutionsneutral seien und dem überwiegenden Teil der Gene eines Organismus kann gar keine erkennbare Funktion zugesprochen werden könne; vgl. dazu *Iannone*, oben Fn. 1238, 205; *Ezzati*, oben Fn. 802, 51 f.

jektive Werte dargestellt werden, auch weil dem programmatischen Ansatz in den internationalen Abkommen eine weitergehende Festlegung fehlt. Daher wird vorliegend nur auf die Systematik des Konzeptes und seiner inhaltlichen Probleme hingewiesen.

Begründungsmodelle für natürliche Rechte und einer Würde des Menschen

Der Begriff der Natur im Naturrecht, abgeleitet vom lateinischen *natura* (eigentlich *nasci*, geboren werden, entstehen) und griechischen *physis* (ähnlich wie Schöpfung, Welt),¹²⁵⁶ bezieht sich auf die Annahme eines apriorisch Vorhandenen und schlechthin Daseienden im Menschen. Rückfragen zu der Natur des Menschen seien daher zwar zulässig, zu einer solchen als Axiom aber letztlich nicht sinnvoll.¹²⁵⁷

Die Begründung naturrechtlicher Vorstellungen kann zum einen theologisch erfolgen, indem die menschliche Natur als Teil der göttlichen Schöpfungsordnung oder als mythologisch-metaphysische Offenbarung der menschlichen Geschöpflichkeit verstanden wird.¹²⁵⁸ In der Philosophie umschreibt die Naturrechtslehre zum anderen vor allem die ethisch-rationale Erkenntnis menschlicher Vernünftigkeit und argumentiert in der Begründung weitgehend anthropologisch und vernunftrechtlich.¹²⁵⁹

Dementsprechend erfolgt auch die Fundierung der (natürlichen) Menschenwürde als inneres Wesensmerkmal des Menschen: Wie bereits oben skizziert, nimmt darin der Mensch eine herausragende Stellung ein, sei es aufgrund seiner Vernunftbestimmung und Freiheit, sei es theologisch und damit transzendental verankert durch die Bestimmung durch Gott respektive seiner Widerspiegelung im Men-

1256 Vgl. *Johannes Schnarrer*, Norm und Naturrecht verstehen – Eine Studie zu Herausforderungen der Fundamentelethik, 1999, 47.

1257 Ebd.

1258 Dazu *Precht/Burkard (Hrsg.)*, oben Fn. 1197, 393; *Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.)*, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 6, 1984, 559 ff.; auch *Schockenhoff*, oben Fn. 1201, 30 ff.; ebenso *Schnarrer*, a.a.O., 58 ff.; s. auch *Ana Iltis*, An Assessment of the Requirements of the Study of Natural Law, in: *Mark Cherry (Ed.)*, Natural Law and the Possibility of a Global Ethics, 2004, 116 ff.

1259 *S. Ritter/Gründer (Hrsg.)*, a.a.O.

schen.¹²⁶⁰ Der im engeren Sinn anthropologische Ansatz versucht aus den Grundlagen des Menschseins die Unantastbarkeit seiner Verwirklichungsbedingungen mit dem Begriff der Würde zu umfassen. Ethisch-normative Annäherungen betonen in dem Diskurs besonders die sich daraus ergebende Schwierigkeit, den Übergang von deskriptiven Wesensbestimmungen des Menschen zu einer Forderung sittlichen Verhaltens zu erreichen.¹²⁶¹

Zweifel an der Begründbarkeit

Die Zweifel an diesen Vorstellungen von natürlichen Rechten und der Würde des Menschen äußern sich zum Beispiel dahingehend, dass die Unterstellung unveränderlicher Prinzipien nicht dem dynamischen Charakter der Wirklichkeit entspreche, außerdem sei der inhärente Universalitätsanspruch über die kulturellen Grenzen hinweg unhaltbar.¹²⁶² Hinzu kommt von theologischer Seite der Vorwurf, Normen aus einer Natur des Menschen ableiten zu können, sei Ausdruck menschlicher Hybris.¹²⁶³ Zentral besteht die Kritik aber vor allem in dem bereits angedeuteten systematischen Problem, wie natürliche Rechte und eine Würde sich ontologisch beziehungsweise anthropologisch begründen und wie sich aus einer solchen Begründung ethisch-normative Aussagen treffen lassen.¹²⁶⁴ Die bekannte Kritik besagt, dass ein naturalistischer Fehlschluss vorliegt, wenn aus deskriptiven Aussagen normative abgeleitet werden. Zudem liege eine zirkuläre Begründung darin, dass die Inhalte eines naturgemäßen Lebens als zunächst anthropologische Beschreibungen auf den Begriff „Natur“ übertragen, um anschließend als normative Konsequenzen deduziert zu werden.¹²⁶⁵ Der Naturbegriff diene dabei als leere Formel, die mit alternierenden anthropologischen, metaphy-

1260 Vgl. *Precht/Burkard (Hrsg.)*, oben Fn. 1197, 673.

1261 Ebd.

1262 Vgl. *Friedrich Lohmann*, *Zwischen Naturrecht und Partikularismus – Grundlegung christlicher Ethik mit Blick auf die Debatte um eine universale Begründbarkeit der Menschenrechte*, 2002, 408 f.; auch *Schnarrer*, oben Fn. 1256, 174 ff.

1263 *S. Lohmann*, a.a.O.

1264 Vgl. *Lohmann*, a.a.O., 408 f.; auch *Schnarrer*, a.a.O., 270 ff.

1265 Dazu *Schockenhoff*, oben Fn. 1201, 190 ff.

sischen und ähnlichen Inhalten gefüllt würde, um mit der gefolgerten ethischen Dignität ihre beliebige Postulierung zu verschleiern.¹²⁶⁶

Dementsprechend wird zum Teil auch vertreten, den Begriff der Würde zukünftig entweder zu vermeiden, weil er für die Begründung der Menschenrechte überflüssig sei.¹²⁶⁷ Andernfalls müsse ihm, da er in der Ableitung nirgendwo Verwendung finde, eine möglichst eindeutige Interpretation gegeben werden, um den logischen Zirkel zu vermeiden, dass Würde zur Ableitung der Menschenrechte dient, wegen ihrer Unbestimmtheit aber oft gerade durch den Besitz dieser Rechte definiert wird.¹²⁶⁸

Mangels überzeugender inhaltlicher Umrissenheit steht daher im Menschenrechtsdiskurs heute immer noch die Forderung im Raum, den genaueren Status des Begriffs der Würde und die Begründung seiner normativen Kraft zu klären.¹²⁶⁹ Wenn etwa im kantischen Sinne rationale Handlungsfähigkeit Würde sei und Würde ihrerseits den Besitz von Rechten begründe, müsse Würde einen eigenen Inhalt haben. Sei ein solcher Inhalt nicht nachweisbar, liege es nahe, Würde als den Besitz entweder von rationaler Handlungsfähigkeit oder von Rechten zu definieren. Ohne weitere Klärung bestünde hier die Gefahr, dass der Begriff der Würde lediglich die Funktion erfülle, die Illusion eines begründeten Übergangs vom Sein (rationaler Handlungsfähigkeit) zum Sollen (den moralischen Pflichten) rhetorisch herzustellen.¹²⁷⁰

Ohne inhaltliche Beschreibung des mit natürlichen Rechten und Würde konkret Gemeinten sind diese Begriffe folglich nur Hilfskonstruktionen, mit denen die jeweils eigene Vorstellung der Menschenrechte als unveräußerlich und überall geltend behauptet wird, mit denen aber kein überzeugender Nachweis möglich ist, warum andere, möglicherweise inhaltlich diametrale Vorstellungen der Rechte des Menschen nicht denselben Anspruch verdienen.

1266 Vgl. vor allem *Kelsen*, oben Fn. 656, 226; auch *Schockenhoff*, a.a.O., 190 ff.

1267 Vgl. *Hossenfelder*, oben Fn. 1204, 32.

1268 Ebd.

1269 S. *Jürgen Mittelstraß* (Hrsg.), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftsgeschichte*, Bd. 4, 1996, 784 ff.

1270 Ebd.

In der kontemporären Diskussion um Menschenrechte werden Positionen vertreten, die sowohl von ihrer nachgewiesenen Existenz, als auch aufgrund der Unsicherheiten bezüglich ihrer Herleitung und ihren Inhalts von ihrer Unbegründbarkeit ausgehen. So hält der Friedens- und Gewaltforscher *Johan Galtung* die Menschenrechte für theologisch und philosophisch nicht begründbar.¹²⁷¹ Auch hält er die Schlussfolgerung für möglich, dass es angesichts der weltweiten Kriegserfahrungen und völkerrechtlich zum Teil zulässigen Kriegsführung etwas Natürliches sei, im Krieg umzukommen und daher Krieg als eine Art Naturgesetz und nicht als pathologische, unterentwickelte Form der Konfliktbewältigung bezeichnet werden könne.¹²⁷² Andere, wie der deutsche Philosoph *Jürgen Habermas*, sehen die Notwendigkeit der Begründung der Menschenrechte innerhalb des jeweiligen demokratischen Diskurses eines Staates als Grundrechte an; eine religiöse oder metaphysische Fundierung wird als überflüssig und widersprüchlich erkannt.¹²⁷³

Weil diese Positionen den Erfordernissen der aktuellen kulturübergreifenden Debatten nicht genügen und sie auch selbst Ausdruck des Begründungsdefizits sind, ist es notwendig, die sich mit der Begründung befassende Wissenschaft fortzuentwickeln und moderne (auch interdisziplinäre) Ansätze und Theorien zu untersuchen, welche die Herausforderungen des ethischen Objektivismus berücksichtigen, die Begriffe der Würde und Natur inhaltlich ausfüllen und das Religiöse weltanschaulich neutral einzubinden vermögen. Ohne diese Anstrengungen sind die unterschiedlichen Grundannahmen nicht vermittelbar und die Gegensätze bleiben unüberbrückbar, weil in der kontroversen Diskussion jene Kategorien und überzeugenden Argumente fehlen, die für den Vergleich und die Weiterentwicklung unterschiedlicher Menschenrechtsvorstellungen notwendig sind. Ohne bessere Begründung der Menschenrechte werden die weltweit gängigen Begriffe der natürlichen Rechte und der Würde des Menschen weiter aus Sicht des jeweiligen Menschenbildes ausgefüllt, und es bleibt bei dem durch die begriffliche Übereinstimmung sug

1271 Vgl. *Galtung*, oben Fn. 1135, 8 ff. und 158; *Galtung* nimmt sogar an, dass die Begründung der Menschenrechte zu ihrem Missbrauch führen müsse.

1272 Ebd.

1273 *Jürgen Habermas*, Zur Legitimation durch Menschenrechte, in: Die postkoloniale Konstellation – Politische Essays, 183; dazu auch *Wernecke*, oben Fn. 659, 82 ff.

GUANTÁNAMO IM MENSCHENRECHTSDISKURS: NEUAUSRICHTUNG DES
DIALOGS

gerierten Konsens, der real überhaupt nicht vorhanden ist. Der Kampf um den Schutz universeller Menschenrechte muss daher auf einem weiterentwickelten Niveau geführt werden.

2.2 Mögliche Ausrichtung des Menschenrechtsdiskurses und denkbarer Ansatz zur Begründung von Menschenrechten

Der aufgrund der Begründungsproblematik notwendige Menschenrechtsdiskurs muss auch und gerade disziplinübergreifende Erkenntnisse heranziehen und in Bezug auf Menschenrechte deuten. So werden im Folgenden etwa die Gewaltforschungen von *Johan Galtung*¹²⁷⁴ und *Martin Hilpert* berücksichtigt sowie insbesondere dessen identitäts- und gesellschaftstheoretischen Ausführungen unter Zugrundelegung empirischen Wissens.¹²⁷⁵

Denn ein verbesserter Ansatz zur Begründung von Menschenrechten muss anthropologische Konstanten unterstellen, die einerseits die empirisch aufzeigbare Unterschiedlichkeit erklären können und andererseits eine Verständigung untereinander erlauben. Beide Vorgaben sind denklogische Voraussetzungen für internationale Vereinbarungen im Allgemeinen und für die Begründung von Menschenrechten im Besonderen. Denn so wie alles Recht aus Moralität entsteht - der im Menschen angelegten Fähigkeit des impulsiven Wertens (in Abgrenzung zur weiterentwickelten systematisierten Ethik)¹²⁷⁶ - und immer nur im Rekurs auf Moralität aktuell begründet werden kann, so können nach *Hilpert* nur die anthropologischen Voraussetzungen für die faktisch unterschiedliche Identitätsentwicklung Kriterium und Argument für die Weiterentwicklung der mit dem jeweiligen Selbstverständnis verbundenen Menschenbilder

1274 S. etwa *Johan Galtung*, *Die Zukunft der Menschenrechte – Vision: Verständigung zwischen den Kulturen*, oben Fn. 1135; auch *Johan Galtung*, *Menschenrechte – anders gesehen*, 1994; in dem Zusammenhang auch *Johan Galtung*, *Pax Pacifica – Terrorism, the Pacific Hemisphere, Globalisation and Peace Studies*, 2005.

1275 Vgl. *Martin Hilpert*, *Theorien schulischer Gewalt*, 2003; *Martin Hilpert*, *Bewußtsein, Identität und Gewalt*, oben Fn. 662.

1276 Vgl. zum Begriff der Moralität oben Fn. 654.

und Rechtspositionen sein.¹²⁷⁷ Entscheidend wird sein, diese Voraussetzungen, etwa das im Menschen angelegte spontane Werten, seine Fähigkeit zur Moralität, zu systematisieren, um das aus der Moralität entstehende Recht argumentativ bewerten zu können.

Bedürfnisse des Menschen

Ein möglicher Ansatz zu einem neuen Verständnis der Menschenrechte in dem genannten Sinn kann bei *Galtung* gefunden werden. *Galtung* stellt die individuellen und gesellschaftlichen Bedürfnisse des Menschen in den Mittelpunkt.¹²⁷⁸ Danach bestimmt die jeweilige Kultur und Lebenswelt die Ausformung der im Menschen „angesiedelten“ Bedürfnisse:¹²⁷⁹ Das materielle Bedürfnis nach Nahrung kann beispielsweise zunächst nur in der Weise befriedigt werden, wie es die unmittelbaren geografischen Gegebenheiten erlauben, Kleidung muss nur derart beschaffen sein, wie es die meteorologischen Umstände und die Nützlichkeit erfordern. Ideelle Bedürfnisse, beispielsweise nach moralischen Werten, werden zwangsläufig innerhalb der jeweils vorhandenen Gemeinschaften und des für sie geltenden Weltbildes artikuliert. So kann ein Bedürfnis nach Selbstbestimmung auf verschiedene Weise umgesetzt werden, zum Beispiel durch die tendenzielle Loslösung von einer Gemeinschaft und Individualisierung oder gerade durch die Einbindung des Einzelnen in die Gruppe und der Betonung seines Beitrages für diese.

Nach *Galtung* entwickeln und verändern sich Bedürfnisse individuell biografisch und allgemein geschichtlich, sie korrespondieren aber immer mit dem Potentiellen des Menschen, mit dem aktuell jeweils Möglichen.¹²⁸⁰

Weil *Galtung* in der Befriedigung dieser Bedürfnisse ein Recht des Menschen sieht, ist für ihn die Unterbindung der Bedürfnisbefriedigung Gewalt. Für ihn sind neben der physischen Gewalt und unmit-

1277 S. *Hilpert*, oben Fn. 662, 9, so lassen sich aus den Wirkzusammenhängen des menschlichen Geschehens wie auch aus dem vom Menschen Gewollten, welches Regeln folgen muss, damit überleben möglich ist, womöglich eine zeitunabhängige Gesetzmäßigkeit ermitteln und ein Gesamtverständnis aufzeigen.

1278 *Johan Galtung*, Menschenrechte – anders gesehen, a.a.O., 91 ff.

1279 Vgl. *Galtung*, Menschenrechte – anders gesehen, oben Fn. 1274, 91 ff.

1280 Dazu *Hilpert*, oben Fn. 662, 53 ff.

telbaren Unterdrückung insbesondere strukturelle Gegebenheiten gewalthaltig, wenn sie die Entfaltung menschlicher Bedürfnisse und vor allem ihre Befriedigung unterbinden, etwa durch ungleiche Besitzverhältnisse oder auch durch ein ungerechtes Rechtssystem. Menschliche Bedürfnisse können nach *Galtung* aber auch durch kulturelle und gesellschaftliche Werte und Vorgaben unterdrückt werden und dabei besonders subtil und nachhaltig wirken. Dieser unbegründbaren strukturellen Gewalt müsse legitimierte strukturelle Gewalt des Staates entgegengesetzt werden, welche die Unterdrückung von Bedürfnissen unterbinde und im Gegenzug ihre Entwicklung und Erfüllung in der Lebenswelt fördere.¹²⁸¹ *Galtung* legitimiert dementsprechend die staatliche Gewalt, wenn sie mit ihren systemischen Voraussetzungen die Befriedigung der Bedürfnisse der Menschen ermöglicht und ihre Weiterentwicklung gewährleistet. Für ihn sind deshalb die Menschenrechte unverzichtbar, weil sie den jeweiligen Stand der sich ständig weiter entwickelnden menschlichen Bedürfnisse festschreiben und rechtlich absichern sollen.

Bedürfnisse entwickeln sich innerhalb einer Kultur

Bedürfnisse entstehen innerhalb der jeweiligen Kultur. Sie sind laut *Galtung* als das Ergebnis einer konkreten gesellschaftlichen und historischen Entwicklung zu verstehen. Die Forderung nach systematischer struktureller Gewalt des Staates oder Gemeinwesens zur Gewährleistung der Erfüllung der bestehenden Bedürfnisse, deren Unterbindung unbegründbare Gewalt wäre, ist folglich nur eine konkrete kulturelle und historisch gewachsene Wertvorstellung.¹²⁸² Daher lässt sich die Entstehung der verschiedenen Menschenrechtsgenerationen und Menschenrechtsvorstellungen auch aus der geschichtlich sich wandelnden jeweiligen Bedürfnissituation der Menschen erklären, der ersten Generation als Herausforderung der Aristokratie durch die Bourgeoisie, der zweiten Generation als Herausforderung der Bourgeoisie durch die Bauern und Arbeiter und der weiteren Generationen als Herausforderung der Technokratie und

1281 Vgl. *Galtung*, Menschenrechte – anders gesehen, a.a.O., 91 ff. und 105 ff.; allgemein zum Begriff der strukturellen Gewalt *Johan Galtung*, Strukturelle Gewalt – Beiträge zur Friedens- und Konfliktforschung, 1975.

1282 S. *Galtung*, Menschenrechte – anders gesehen, oben Fn. 1274, 13 ff., 27 ff. und 78 ff.; auch *Galtung*, oben Fn. 1135, 36; dazu *Hilpert*, a.a.O.

des Westens durch Völker anderer Kulturen und Interessenvertreter der Natur und Minoritäten.¹²⁸³

Dementsprechend anerkennt *Galtung* lediglich Bedürfnisse, die in einer konkreten Gesellschaft zu einer bestimmten Zeit als Rechte beziehungsweise als artikulierte Forderung nach einem bestimmten Menschenrecht darstellbar sind. Auch die Gewährung von Menschenrechten selbst ist danach ein solches Bedürfnis und der konkrete Gehalt der gewährten Menschenrechte und ihre jeweilige Ausformung sind Ausdruck der gesellschaftlich manifest gewordenen Bedürfnisse.¹²⁸⁴

Für *Galtung* sind Menschenrechte also Bedürfnisse des Menschen. Sie entstehen aus dem zwischenmenschlichen Diskurs und der daraus folgenden Identität, die Wertvorstellungen und schließlich die Ausbildung gesellschaftlicher Institutionen einschließlich des Rechts zur Folge haben.

Bedürfnisse und Recht

Die Position *Galtungs* wird von den bisherigen Ergebnissen der vorliegenden Arbeit weitgehend bestätigt. Wie die kulturvergleichende Darstellung nachgewiesen hat, entsteht Moralität und das mit ihr umgesetzte Recht immer in menschlichen Gemeinschaften. Denn Menschen leben sozial und unmittelbar Bezug nehmend auf das interaktionell hervorgebrachte Selbst- und Weltbild.¹²⁸⁵ Auch die jeweiligen Vorstellungen von den Rechten des Menschen sind demnach in den Gemeinschaften historisch gewachsen und sind Ausdruck der Bedürfnissituation, wie sie in der Gemeinschaft interaktionell ausgehandelt worden ist.

Die in den Gemeinschaften entstandenen Wertvorstellungen, Normen und Rechte sind die Folge menschlicher Bedürfnisse, die in Sitte und Tradition übergegangen sind beziehungsweise kanonisiert oder institutionalisiert wurden, und dieses faktisch Normative wie-

1283 S. *Galtung*, Menschenrechte – anders gesehen, oben Fn. 1274, 223 ff.

1284 Vgl. *Galtung*, a.a.O., 111; *Galtung*, oben Fn. 1135, 66 ff.; dazu *Hilpert*, oben Fn. 662, 53 ff.

1285 S. *Hilpert*, oben Fn. 662, 53 ff.

derum ist Thema und Gegenstand der individuellen Identität. Ist beispielsweise im Islam der Glaube das gesellschaftsbildende Fundament, dann sind die menschlichen Bedürfnisse, etwa auf Wohlergehen oder Freiheit, danach ausgerichtet: So darf der muslimische Mensch nur Nahrungsmittel zu sich nehmen, die religiös erlaubt sind und seine Freiheit verwirklicht er in seinem Glauben an Gott und im Rahmen der göttlichen Vorgaben. Reziprok werden die menschlichen Bedürfnisse in säkularen westlichen Gesellschaften in anderer Form befriedigt; die menschliche Suche nach Sinnhaftem etwa wird durch die Freiheit zu Glauben oder nicht zu Glauben umgesetzt, der Glaubensfreiheit.

Moralische Vorstellungen und das sie umsetzende Recht in den Kulturen sind also immer Ausdruck des Wertesystems, welches Ergebnis der historischen Entwicklung und der aktuellen Verhandlung in der jeweiligen konkreten Gemeinschaft ist.

Grenzen des Bedürfnisansatzes

Nach *Galtung* entwickeln und verändern sich die gesellschaftlich entstandenen Bedürfnisse und daraus abgeleiteten Normen ständig und sind daher unterschiedlich. In dieser Schlussfolge lässt er im internationalen Diskurs alle artikulierten menschenrechtsrelevanten Bedürfnisse zu.¹²⁸⁶ Bedürfnisse sind nach *Galtung* ohnehin individuell, subtil und semantisch nur schwer fassbar. Daher sollte nach ihm das Interesse der Menschenrechtsdebatte nicht der Positivierung jedes denkbaren Menschenrechts gelten, sondern der Frage, wie bisher entwickelte Menschenrechte zu den historisch unterschiedlich gewachsenen Kulturen, Gesellschaften und Ländern passen.¹²⁸⁷

In der Konsequenz muss *Galtung* alle in Kulturen manifest gewordenen Bedürfnisse anerkennen. Die sich aus den unterschiedlichen Bedürfnissen der verschiedenen Gemeinschaften ergebenden Differenzen und Widersprüche vermag er nicht aufzulösen. *Hilpert* kritisiert deshalb, dass Konflikte, die aus der ungleichen Entwicklung von Bedürfnissen beziehungsweise aus den damit einhergehenden differenten Wertvorstellungen hervorgehen und gegebenenfalls bis

1286 Vgl. *Galtung*, Menschenrechte – anders gesehen, oben Fn. 1274, 149 ff.; dazu *Hilpert*, a.a.O.

1287 S. *Galtung*, a.a.O.

hin zu Kriegen und Terrorismus führen, mit *Galtung* nicht beurteilt werden können.¹²⁸⁸ Dazu fehlt bei *Galtung* eine Bedürfniskonstante oder eine hinter den unterschiedlichen Bedürfnissen stehenden überzeitlichen Größe, mittels derer die Abwägung sich gegenseitig ausschließender Bedürfnisse möglich wäre. Daher kann bei *Galtung* nicht kulturvergleichend entschieden werden, welche Form der Bedürfnisbefriedigung durch Menschenrechte einer anderen überlegen ist, weil die Bedürfnisse bei ihm Ausdruck der jeweiligen gesellschaftlichen Situation sind. In dieser Konsequenz streitet *Galtung* letztlich auch eine philosophische oder theologische Begründbarkeit von Menschenrechten ab.¹²⁸⁹

Die im Kulturvergleich der vorliegenden Arbeit dargestellten verschiedenen Vorstellungen von Menschenrechten sind demnach nicht nur auf dem Verhandlungswege nicht ausreichend angleichbar - dies wird seit Jahrzehnten vergeblich versucht -, sondern nach *Galtung* entziehen sie sich dem so genannten vernünftigen Diskurs grundsätzlich, weil sie als empirisch wirksam gewordene Bedürfnisse sich selbst begründen und nach *Galtung*, der alle gleichermaßen gelten lässt, gar nicht wertend verglichen werden dürfen. Zur Lösung der eklatanten humanitären und politischen Probleme, die sich aus den unterschiedlichen Menschenrechtskonzepten ergeben, kann *Galtung* deshalb nichts beitragen. Denn dazu müsste er eine hinter den Bedürfnissen stehende Konstante anerkennen, die in den Bedürfnissen unterschiedlich zum Ausdruck kommt und die Entwicklung gemeinsamer Werte erst möglich macht.

Suche nach anthropologischer Konstanten, die in Bedürfnissen zum Ausdruck kommen

Die Begründung von Menschenrechten bedarf einer über die sich ändernden Bedürfnisse des Menschen hinausgehenden Suche nach einer anthropologischen Konstante, die sich in den Bedürfnissen manifestiert.

1288 Vgl. *Hilpert*, oben Fn. 662, 53 ff.

1289 S. dazu bereits oben Fn. 1271.

Ohne ein Gemeinsames, aus dem sich die unterschiedlichen Vorstellungen ergeben haben müssen, wäre keine Verständigung möglich, wären weder politische Gremien noch die Vermischung unterschiedlicher Kulturen begründbar - genauso kann umgekehrt nach *Hilpert* eine Weiterentwicklung der Menschenrechte zu allgemein anerkannten Rechten nur mittels der Rückführung der jeweiligen Werte auf ursprünglich Gemeintes erfolgen, weil sich alle Bedürfnisse und Menschenrechtsvorstellungen aus dem gemeinsamen Menschlichen ergeben haben müssen und eine Annäherung nur über Gemeinsames gelingen kann.

Wie bereits erläutert, entsteht auch Recht und Menschenrecht aus dem anthropologisch konstanten Bedürfnis nach Moralität, der Neigung nach sinnhafter Inbeziehungsetzung des menschlichen Zusammenlebens, das allen Menschen gemeinsam ist. So wie sich jedes Recht nur im Verweis auf Moralität begründen und weiter entwickeln kann, so müssen sich auch die unterschiedlichen und sich teilweise gegenseitig widersprechenden Vorstellungen von Menschenrechten an dem messen lassen, was sie hervorgebracht hat.¹²⁹⁰ Alles Recht, auch Menschenrecht, muss, weil es vom Menschen erdacht oder gedacht wird, für seine Deutung und Erklärung aus dem Menschlichen abgeleitet werden, was anthropologische Kenntnisse voraussetzt. Zwar darf aus einem bestimmten Sein, aus einem bestimmten Menschenbild, nicht auf ein bestimmtes Sollen, auf die allgemeine Verbindlichkeit eines Menschenbilds respektive einer bestimmten Menschenrechtskonzeption, geschlossen werden, weil dies ein naturalistischer Fehlschluss wäre.¹²⁹¹ Aber die unterschiedlichen empirischen Phänomene der Moralität basieren gleichwohl auf dem gemeinsamen Bedürfnis aller Menschen nach Moralität, nach verantwortbaren sozialen Bezügen und Sinnhaft-Wertendem. Alles Sollen kann nur aus dem Sein heraus erklärt werden, weil der Selbstvollzug des Seins, die immer neue Entwicklung und Befriedigung dem Menschen gemäßer Bedürfnisse, zugleich die Intention jeder menschlichen Moralität und damit sein Sollen ist.¹²⁹² Wird Moralität als innere Sittlichkeit des Menschen, die sein Handeln

1290 Vgl. dazu *Hilpert*, oben Fn. 662, 9 ff.

1291 Dazu *Hilpert*, a.a.O., 207 ff.; auch bereits oben Text zu den Fn. 658 und 1264 f.

1292 Ebd.

bestimmt, durch die - noch zu spezifizierenden - anthropologischen Parameter des Mensch-Seins determiniert, ist ein Rekurs auf die sich daraus ergebenden Bedingungen des menschlich Normativen zulässig (Sollen-Sein-Rekurs) und ihre verschiedenen Ausprägungen sind wertend vergleichbar. Dabei muss berücksichtigt werden, dass es auf das, was Moralität hervorbringt, also die eigentliche Intention des Menschen ankommt, und nicht auf die konkrete empirische Ausprägung, so wie es nicht auf die Formulierung eines konkreten Menschenrechts, sondern auf das damit Gemeinte ankommt, dass das Moralitätsempfinden auslöste und die konkreten Menschenrechtsvorstellungen hervorbrachte.¹²⁹³

Der interkulturelle Dialog und internationale Menschenrechtsdiskurs muss folglich nicht nur das mit den verschiedenen gesellschaftlichen und kulturellen Vorstellungen und den tatsächlich vorhandenen rechtlichen oder religiösen Normen vordergründig Gemeinte, sondern mehr noch das damit Intendierte thematisieren. Erst über den Rekurs auf allgemeine anthropologisch konstante Bedürfnisse, welche die jeweilige konkrete kulturelle Überformung real erst möglich machten, sind Gemeinsamkeiten erkennbar und kann eine Einigung zu konkreten positivrechtlichen Normen gelingen.

Bisherige Menschenrechtsbegründung zirkulär

Die Analyse hat gezeigt, dass es nicht ausreicht, *die* Menschenrechte als *eine* natürliche, feststehende und überzeitliche Größe zu postulieren, die überall gelten müsste. Denn eine Dialektik, die Zweifel offen lässt oder zirkulär argumentiert, wird von den Menschen als solche erkannt, nicht akzeptiert und als oktroyiert abgelehnt. Auf dieser

1293 So reicht innerhalb einer Gemeinschaft, wie zum Beispiel in Deutschland, in der Regel ein Moralitätsempfinden aus, damit der Einzelne die Geltung der Grundrechte akzeptiert und der Rechtsfriede gewahrt bleibt, ohne dass der Einzelne durch eine philosophische Begründung der Menschenrechte und ihrer Überzeitlichkeit überzeugt werden müsste. Im interkulturellen Diskurs dagegen, in dem verschiedene Menschenbilder und die Differenzen zwischen den jeweilig akzeptierten Rechten des Menschen offenbar werden, müssen Argumente gefunden werden, welche einen wertenden Vergleich zulassen. Dies ist möglich, wenn man das Intendierte betrachtet und die Frage nach der besseren Umsetzung stellt.
Zur entscheidenden Bedeutung des mit dem Gesprochenen eigentlich Gemeinten vgl. *Hilpert*, a.a.O., 15 ff.

Ebene behauptet daher auch jede Kultur, ihr Menschenrechtskonzept sei universell oder würde jedenfalls ihren eigenen Bedürfnissen am besten gerecht.

Diejenigen Menschenrechte, die auf der europäisch-amerikanischen Geschichte basieren und heute zum großen Teil als universelle Menschenrechte verstanden werden, sind das Ergebnis einer historischen Entwicklung und wurden in einem gesellschaftlich-historischen Kontext ausgehandelt und immer wieder verbessert und aktualisiert. Sie sind nur *ein* Modell, um die Bedürfnisse der Menschen in ihrer Beziehung untereinander und zur ganzen Gemeinschaft in Einklang zu bringen. Sie können daher nicht als Entdeckung *der* natürlichen Rechte des Menschen kommuniziert werden, ohne dass eine wissenschaftliche Argumentation ihre Vorzugswürdigkeit gegenüber anderen Verständnissen empirisch belegt.

In dieser Konsequenz können Menschenrechtsstreitfragen wie der Fall Guantánamos bislang nicht befriedigend bewertet und aufgelöst werden. Die Beurteilung bleibt bisher in einem positivrechtlichen System verhaftet, welches zudem nicht Ausdruck eines wirklichen Konsenses der Beteiligten sein kann, weil es als rechtliches Instrument zu viele Vakanzen bereit hält und als moralischer Anspruch keine Verwurzelung in den Kulturen widerspiegelt.

Dagegen kann eine neue Einigung, die auch institutionell und positivrechtlich abgesichert und vor allem gelebt werden müsste, erreicht werden, wenn durch Annäherung die Entwicklung gemeinsamer neuer Wertvorstellungen gelingt, die bisherige gegensätzliche Identitätskonzepte zugleich berücksichtigen und überwinden. Erst eine solche neu geschaffene Basis eines gemeinsamen Verständnisses von Menschenrechten würde eine grundlegende institutionelle Reform, wie der Übertragung der nationalen Kompetenzen im Bereich der Menschenrechte an eine internationale Ebene nach dem Vorbild der Europäischen Gemeinschaften ermöglichen, was heute bloße Utopie ist.

Auf Grundlage der bisherigen Ergebnisse lässt sich These 12 der Arbeit formulieren:

These 12:

Die Rechte des Menschen sind Ausdruck seiner Stellung und Interaktion mit den anderen Individuen und dem Ganzen in der jeweiligen Gemeinschaft anhand der jeweils relevanten Kriterien des menschlichen Lebens in der konkreten Lebenswelt, seiner Daseinsbewältigung und Bedürfnissituation. Nicht die Rechte des Menschen selbst, die Ausdruck von Moralität und der interaktionell ausgehandelten Bedürfnissituation sind und die sich im jeweiligen historischen und kulturellen Kontext verändern, können angeboren und überpositiv sein, sondern nur das dahinter Stehende und anthropologisch Konstante, das empirisch nachgewiesen werden muss. Statt der Annahme *eines* (wahrhaften) Menschenrechts, das als natürlich und angeboren angesehen wird, müssen die universellen Rechte des Menschen Ergebnis eines Konsenses sein, der im interkulturellen Dialog reflexiv das mit den rechtlichen und religiösen Normen Gemeinte, das hinter den menschlichen Bedürfnissen stehende Konstante und die Zusammenhänge menschlicher Interaktion thematisiert. Anhand der so gefundenen Ergebnisse könnten die Begriffe der natürlichen Rechte und der Würde des Menschen inhaltlich ausgefüllt werden.

TEIL 2: DIE BEGRÜNDUNG DER MENSCHENRECHTE

Teil 3: Ausblick

3.1 Mögliche Grundlage für den Diskurs um Menschenrechte und deren Begründung

Die bisherigen Ergebnisse der Arbeit stellen hergebrachte Vorstellungen zum Teil in Frage und zeigen Aporien auf. Es werden die derzeit üblichen Begründungsmodelle für Menschenrechte als unzureichend kritisiert und eine Weiterentwicklung der auf sie bezogenen Wissenschaft gefordert. Die aufgrund der Sachlage unvermeidbare Dekonstruktion bestehender Modelle und Ansichten zu den internationalen Menschenrechten zielte allein darauf ab, den Aufbau und die Zusammenhänge des bisher Konstruierten und seiner Mängel zu verdeutlichen und somit ein modernes und verbessertes Verständnis und Rechtssystem zu ermöglichen. Die Resultate der Arbeit können somit als Ansatzpunkt für einen neuen Dialog um Menschenrechte aufgefasst werden, der trotz der anerkannten kulturellen Unterschiede um den Konsens über die Gemeinsamkeiten bemüht ist. Dieser Konsens kann der Verschriftlichung universeller Menschenrechte dienen.

Um eine denkbare Richtung dieser Entwicklung aufzuweisen und das Gemeinte zu verdeutlichen, wird nachstehend ein Ausblick erfolgen, der die Möglichkeiten zur Begründung von Menschenrechten auf der Basis der Ergebnisse der vorliegenden Dissertation konkretisiert. Auf dieser Grundlage könnte der Diskurs um Menschenrechte und ihre Begründung neu angestoßen werden.

Dabei muss in dem folgenden Ausblick zwangsläufig auf einer der bisherigen Begrifflichkeit übergeordneten Meta-Ebene argumentiert werden, weil die in der Arbeit vorgelegten Ergebnisse eine Analyse lebensweltlich gewordener menschlicher Erscheinungen sind - positives Recht, Moralität in den Kulturen etc., die als empirisch feststellbare *Wirkung* verstanden werden müssen - und bislang die *Ursa-*

che, das womöglich dahinter stehende überzeitliche, empirisch ermittelbare Apriorische nicht ausreichend behandelt worden ist.¹²⁹⁴

3.1.1. Anthropologische Konstanten ermöglichen Gemeinsamkeit

Wie nachgewiesen wurde, sind Menschenrechte bisher mit der jeweiligen Auffassung von Recht begründet worden, die sich aus der kulturellen Entwicklung ergeben hatte. Die geschichtlich sich verändernden Menschenbilder und das daraus folgende Recht sind jedoch naturgemäß selbstverfangen, das heißt sie gelten in einer Gemeinschaft als begründet, weil sie Teil des gemeinsamen Selbstverständnisses sind. Nach *Martin Hilpert* sind die bei Menschenrechten derzeit bestehenden verschiedenen Rechtstraditionen wie unterschiedliche Identitäten aufzufassen, die sich wegen ihrer Selbstverfangenheit nicht direkt angleichen können, sondern nur mittels gemeinsamer „Identitätserweiterungen“ eine Annäherung erreichen.¹²⁹⁵

Neue Ansätze der Begründung von Menschenrechten müssen deshalb an empirisch nachweisbaren anthropologischen Konstanten orientiert sein, die einerseits die aufgezeigte kulturelle Unterschiedlichkeit erklären und andererseits eine Vermittlung untereinander erlauben, weil jede Kultur durch Menschen entstand, das heißt aus den gleichen Voraussetzungen hervorgegangen ist, und somit eine Angleichung durch die Rückbesinnung auf menschliche Bedürfnisse beziehungsweise auf das ursprünglich mit der jeweiligen Moral-, Ethik- und Rechtsauffassung Gemeinte erreichbar ist.¹²⁹⁶ Dies ist denklogisch zwingend, weil ohne die Annahme, dass alle Menschen

1294 Vgl. dazu *Martin Hilpert*, oben Fn. 662, 8 ff.

1295 Jede direkte verbale Konfrontation diametral unterschiedlicher Ansätze führt zum gegenseitigen Missverstehen, dies wird durch die tagespolitische Erfahrung immer wieder bewiesen, und der von Diskursethikern geforderte „vernünftige Diskurs“ oder „gewaltfreie Diskurs“ ist lebensweltlich gar nicht möglich, beziehungsweise diese Vorstellungen sind selbst Teil einer europäischen Tradition und Verfangenheit, die den tatsächlichen Gegebenheiten nicht gerecht wird; vgl. dazu *Hilpert*, oben Fn. 662, 15 ff.; s. auch 49 ff.

1296 S. *Hilpert*, a.a.O., 16 f. und 72.

letztlich gleiche Intentionen haben (wie zum Beispiel Sinnhaftigkeit und Daseinsbewältigung, was in der Alltäglichkeit des Menschen jeweils nachweisbar ist), jeder Dialog der unterschiedlichen Kulturen, jede Postulierung eines Menschenrechts und sogar jedes Zusammenleben illusorisch wäre und die Gewissheit, dass Menschen gleiche Intentionen haben, die sich lediglich historisch zu anderen Wertvorstellungen und Institutionen entwickelten, grundsätzlich die Möglichkeit einer Überwindung gegensätzlicher Rechtsauffassungen mittels des Rückgriffs auf das eigentlich Gewollte erlaubt.

3.1.2. Potentielles, Bewusstsein und Identität beim Menschen

Das Potentielle des Menschen

Für die Klärung der bei der Entstehung von Gemeinschaften und der für sie charakteristischen Rechtsauffassungen wirksamen Zusammenhänge ist das von *Galtung* in den Menschenrechtsdiskurs eingeführte Potentielle entscheidend, wie es etwa von *Hilpert* definiert wird als „*das für Menschen Mögliche und das mit dem Möglichen eigentlich Gewollte, das nur innerhalb der tatsächlichen Lebenswelt entwickelt und Realität werden kann.*“¹²⁹⁷ Potentielles ist damit das im Menschen Angelegte, Verfügbare und seine tatsächliche Seinsmöglichkeit. Die Umsetzung des Potentiellen kann nur in der jeweils vorgefundenen Lebenswelt geschehen. Die Vielfältigkeit dieser Lebenswelten auf der Erde und alle damit verbundenen Phänomene des Menschlichen, seien es individuelle Biografien oder die Geschichte einer ganzen Kultur, sind die Folge des menschlichen Potentiellen, weil alles Menschliche nur durch Aktivierung und die kumulierende Umsetzung des individuellen Potentiellen entstehen kann.¹²⁹⁸

Das Individuum wird bestimmt durch die Umsetzungsmöglichkeiten des im Menschen angelegten Potentiellen in der jeweils mit anderen erzeugten Gemeinschaft und ihren Interaktionen. Die dabei

1297 Vgl. *Hilpert*, oben Fn. 662, 26.

1298 Dazu *Hilpert*, a.a.O., 13 ff. und 203 ff.

wirksamen Zusammenhänge sind durch die hirnhysiologischen Voraussetzungen für die Entstehung von Bewusstsein bestimmt, weil es außerhalb dessen nichts geben kann. Nur Individuen können Welt mittels ihres Bewusstseins wahrnehmen, die Bedeutung des Wahrgenommenen interaktiv verhandeln und entscheiden und so nach und nach eine Lebenswelt hervorbringen, auf die sie einwirken.¹²⁹⁹ Dieses menschliche Handeln hinterlässt Spuren, identische Muster, die jenseits der Verfangenheit in die Wertvorstellungen einer bestimmten Kultur Aufschluss über das mit der geschichtlich entstandenen Kultur ursprünglich beziehungsweise eigentlich Gewollte geben.

Beispiele für die lebensweltliche Umsetzung des Potentiellen

Das Vorhandensein eines Potentiellen des Menschen und dessen lebensweltliche Umsetzung sind alltäglich erfahrbar. So wird beispielsweise die im Menschen angelegte Intention des Sprechens durch das Erlernen einer bestimmten Muttersprache in der jeweiligen Sprachgemeinschaft Realität und von diesem Ausgangspunkt ist eine Weiterentwicklung der sprachlichen Fähigkeiten möglich.¹³⁰⁰ Ebenso

1299 Bei der Suche nach diesen identischen Mustern in der menschlichen Lebenswelt und den jeweiligen Gemeinschaften spielt das Alltägliche, das Alltagsdenken, Alltagsbewusstsein und Alltagshandeln, die entscheidende Rolle, weil nur dieses die Anhaltspunkte für die Themen des menschlichen Bewusstseins liefern kann und nicht festgelegte Vorannahmen, Denkmodelle oder fiktive Zustände. Im Alltäglichen wird die Systematik der Umsetzung des individuellen Potentiellen deutlich, wenn die hinter den jeweiligen kulturellen und geschichtlichen Erscheinungen und Moden stehenden Intentionen erfasst werden. So sind bei dem Phänomen der Identifikation mit Markenprodukten nicht die Marken entscheidend, weil sich Moden ändern, sondern die eigentlich intendierte Suche nach Zugehörigkeit und Selbstverständnis, die mit bestimmten Handlungen und Gefühlen deutlich wird; vgl. *Hilpert*, a.a.O., 13 ff. und 203 ff.

1300 Die Umsetzung der Sprachfähigkeit erfolgt in der konkreten Lebenswelt, das heißt der Mensch spricht arabisch, deutsch etc. Würde eine Sprachgemeinschaft nur wenige Wörter und Laute kennen, würde sich die Umsetzung des Potentiellen dem anpassen, wobei im Vergleich klar wäre, dass der Mensch mehr kann; das Mehr-Können würde bedeuten, dass das Individuum seine sprachlichen Fähigkeiten in der beschriebenen Sprachgemeinschaft womöglich weiterentwickelt. Daher ist auch nicht an der sich ständig verändernden Sprache und ihren Begriffen festzuhalten, die nur Ausdruck der die Interaktion ermöglichenden Kommunikation sind. So konnte gezeigt werden, dass die Begriffe „Menschenrechte“ und „Menschenwürde“ weitgehend europäisch geprägt sind und in dieser Tradition einen bestimmten Inhalt aufweisen. Dennoch sind ähnliche Konzepte mit anderen oder identischen Bezeichnungen

hat jeder Mensch das apriorische Potential zu lieben und zu hassen. Die lebensweltliche Umsetzung bestimmt, ob ein Individuum in der Tendenz ein liebevoller oder hasserfüllter Mensch wird, was entscheidend von den Umsetzungs-*Möglichkeiten* und der Interaktion mit anderen abhängt.

Auch die Fähigkeit des Menschen zum religiösen Glauben kann und wird nur in der jeweilig erfahrbaren familiären und gemeinschaftlichen Lebenswelt umgesetzt werden; nur der darin ausgeübte Glaube kann zunächst angenommen, bezweifelt, weiterentwickelt oder negiert werden. In jedem Fall steuern die vorhandenen Umsetzungsbedingungen der jeweiligen Lebenswelt die menschliche Interaktion und individuelle Identität, durch sie wird die Ausgestaltung des Potentiellen in konkrete Identität veranlasst.¹³⁰¹

Daraus folgt, dass nicht die in der Lebenswelt vordergründig vorhandenen Menschenbilder oder Vorstellungen der Moralität und des Rechts entscheidend sind, sondern die dahinter stehenden Intentionen des Menschen, die sie hervorgebracht haben. Nicht die Umsetzungsform oder das real Umgesetzte des Potentiellen, sondern das Potentielle selbst ist maßgeblich, ist die überzeitliche Konstante und der Ausgangspunkt für die sich ändernden zeitlichen Umsetzungsformen des Potentiellen.¹³⁰² Dementsprechend ist auch die konkrete Identität eines Menschen über eine bestimmte Nationalität oder Religion nur vordergründig und zeitlich.

Nach *Hilpert* ist jedoch das überkulturell verbindende, potentielle Gemeinsame und das gemeinsam eigentlich Gewollte in der kulturell tatsächlich erfolgten Ausformung des Potentiellen in der jeweils konkret erreichten Identität nicht mehr bewusst und muss deshalb erst rekonstruiert werden:

auch in anderen Kulturen vorhanden, welche jeweils die Beziehung des Einzelnen zur Gemeinschaft festlegen. Die mittlerweile auf internationaler Ebene erfolgte Verständigung auf die oben genannten Begriffe hat dabei eine inhaltliche Identität suggeriert, die es so nicht gibt. Entscheidend ist für die vorliegende Untersuchung daher nur noch das identische Muster, die menschliche Intention der Suche nach Inbeziehungsetzung des Individuums zu seinem Umfeld und seiner Stellung in der Lebenswirklichkeit.

1301 Vgl. *Hilpert*, oben Fn. 662, 26 f.

1302 Ebd.

„Das, was lebensweltlich geschieht, muß zwar im individuellen Potentiellen angelegt sein, jedoch beeinflussen die äußeren Vorgaben die tatsächliche Umsetzung und interaktionelle Entwicklung. Dies bedeutet, daß dem Menschen seine eigenen Motive verborgen bleiben, er verfangen ist, weil das von ihm Gewollte, die Entwicklung des Potentiellen, durch die konkreten Formen der Umsetzung des Potentiellen, die sich durch Lebensweltliches biographisch ergaben und individuell gewählt wurden, ihm selbst verstellt bleiben.“¹³⁰³

Dieser Zusammenhang ist auch im Menschenrechtsdiskurs wesentlich. Eine unmittelbare Einigung über gegensätzliche Vorstellungen kann es wegen der unvermeidbaren Verfangenheit innerhalb der jeweiligen Identität nicht geben, wohl aber eine Verständigung über das mit den unterschiedlichen Auffassungen eigentlich Beabsichtigte.¹³⁰⁴

Bewusstsein

Wie bereits angedeutet, sind neben dem Potentiellen, das Voraussetzung für Bedürfnisse respektive für die gesellschaftliche und individuelle Entfaltung unterschiedlicher Menschenbilder und Rechtsauffassungen ist, die Bedingungen für die Entstehung von Bewusstsein maßgebend. Der für die Beschreibung des Menschlichen zentrale Aspekt des Bewusstseins wird etwa bei *Hilpert* wie folgt beschrieben:

„Bewußtsein nimmt das Selbst als in einer Welt seiend wahr. [...] Welt wird als Lebenswelt erfahren und individuell muss jedes Phänomen dieser Perspektive als symbolischer Wert zugeordnet werden. Nicht die Sinneseindrücke entscheiden, sondern die symbolische Bedeutung, die sie für das Individuum repräsentieren – maßgeblich ist nicht das Wahrzunehmende, sondern der Wahrnehmende bzw. das von ihm Wahrgenommene.“¹³⁰⁵

1303 Vgl. *Hilpert*, oben Fn. 662, 26 f.

1304 So war im bisherigen Diskurs eine Verständigung zwischen kommunalistischem, theozentrischem und liberal-individualistischem Menschenbild nicht möglich, weil die vordergründigen Widersprüche nicht durch die Frage nach und entsprechende Auseinandersetzung mit dem jeweils Beabsichtigten aufgelöst wurden.

1305 *Hilpert*, a.a.O., 32.

Diese Aussage bedeutet, dass die Welt des Menschen ausnahmslos im menschlichen Bewusstsein existiert und jeder Mensch zunächst für sich lebt, was als Singularität des menschlichen Lebens bezeichnet werden kann. Das Erfahrungs- und Wahrnehmbare einschließlich der zwischenmenschlichen Interaktionen wird durch die Verarbeitung im jeweiligen Bewusstsein individuell in eine Bedeutung transformiert.¹³⁰⁶

Das Bewusstsein ist die einzige Verbindung des Individuums zur Welt, und durch dieses kann das Potentielle in der Lebenswelt umgesetzt werden und dieser interaktionelle Prozess wird von den Umsetzungsbedingungen der vorgefundenen Lebenswelt reguliert. Lebenswelt bedeutet dabei die in dem jeweiligen menschlichen Gehirn individuell erstellte Wirklichkeit, denn die Realität kann nur fiktiv über die synoptischen Verbindungen jedes einzelnen Menschen hergestellt werden, was nicht bedeutet, dass nicht interaktionell Gemeinschaften erzeugt werden, von denen die Lebenswelt beeinflusst wird.¹³⁰⁷

Übertragen auf den Menschenrechtsdiskurs bedeutet dies, dass Begriffe wie „Rechte und Würde des Menschen“ nur im menschlichen Bewusstsein als Vorstellung und Gedachtes existieren und darüber hinaus keine Relevanz haben, wobei die Vorstellung ihres Inhaltes Ausdruck des interaktiv Vereinbarten ist, dass von jedem Menschen nur individuell verstanden und nur in der Gemeinschaft, in der die Interaktion stattfindet, gegenseitig versichert und erlebt werden kann. Zwar findet auf internationaler diplomatischer Ebene ein Diskurs über Menschenrechte statt, die grundlegenden Differenzen bleiben aber dabei in der Regel verdeckt. Die Umsetzung des gedanklich (und/oder vermeintlich) Vereinbarten, sein Erleben, findet ohnehin in der jeweils souveränen Gemeinschaft statt, durch die Individuen, die nicht an dem diplomatischen Diskurs teilhaben oder diesen als authentisch und für sie als verbindlich Vereinbartes wahrnehmen. Menschenbilder, die auch hinter den Konzepten der Menschenrechte stehen, wurden zu allen Zeiten entwickelt, um ein Ge-

1306 Der Mensch kann letztlich auch als „Autist“ gedacht werden, dessen Lebenswelt tatsächlich lediglich aus Vorstellungen über die Welt besteht, die seinem hirnhysiologisch bedingten neurogenen Zustand entsprechen; vgl. dazu *Hilpert*, a.a.O., 13 ff. und 32 f.

1307 Ebd.

samtverständnis zu ermöglichen. Sie wurden angenommen, wenn sie im jeweiligen Kontext glaubwürdig begründet waren. Weil das in religiöse Vorstellungen eingebettete Bild des Menschen als von Gott beseelten Wesens, das lange Zeit im europäischen Denken vorherrschte, in sich schlüssig war, wurde es akzeptiert. Dementsprechend werden auch die religiös determinierten Menschenbilder der Gegenwart, vor allem im Islam, ebenfalls als unumstößliche Wirklichkeit wahrgenommen. Die verbreitete dualistische Vorstellung der Gegensätzlichkeit von Vernunft und Glauben in der westlichen Welt, die Annahme, dass Religiöses unvernünftig und daher unverständlich ist, macht daher, wie in der kulturvergleichenden Darstellung deutlich wurde, eine Interaktion zwischen religiösen und säkularen Menschenbildern schwierig und eine Verständigung nahezu unmöglich.

Bewusstsein ist selbstorganisiert

Das Bewusstsein des Menschen muss selbstorganisiert sein, weil die wahrnehmbaren Phänomene im menschlichen Bewusstsein durch die Zuweisung bestimmter Bedeutungen verarbeitet werden, das heißt die Welt des Menschen entsteht in ihm selbst, und deshalb ist eine unmittelbare Wahrnehmung von Welt nicht möglich.¹³⁰⁸ Diese Annahme wurde durch die Hirnforschung inzwischen bestätigt.¹³⁰⁹ Die Sinnesreize rufen ein individuelles sinnhaftes Erleben hervor und aktivieren Potentielles individuell und situativ.¹³¹⁰ Potentielles muss im Menschen vorhanden sein. So werden beispielsweise Gefühle nicht durch die Sinneseindrücke, etwa die Farbpunkte eines Gesichts erzeugt, sondern der Sinneseindruck löst mit seiner im Bewusstsein stattfindenden Transformation des Potentiellen in eine bestimmte lebensweltliche Bedeutung eine Vorstellung aus, die das entspre-

1308 Ebd.

1309 Vgl. in diesem Zusammenhang neueste Erkenntnisse der Neurobiologie und Psychologie, nach der ein Moralinstinkt in jedem Menschen von Geburt an vorhanden ist; zusammenfassend *Der Spiegel*, Heft 31/2007, S. 108 ff.; dazu auch *Hilpert*, oben Fn. 662, 32 und 133 ff.

1310 So erkennt das Kleinkind seine Mutter, weil es die Erwartung einer Mutter hat, es erlernt eine Sprache, weil die Sprachmöglichkeit in ihm angelegt ist. Ohne die jeweilige Erwartung würde das Kind allein durch die Sinnesreize, etwa den optischen Sinneseindruck der Mutter, das Wahrzunehmende nicht erkennen; vgl. dazu *Hilpert* Bezug nehmend auf *Steven Pinker*, a.a.O., 39 ff.

chende Gefühl hervorbringt, beispielsweise Zuneigung beim Erkennen einer Person, die förderlich gewirkt hat. Gefühle werden auch nicht erlernt, beeinflusst werden kann nur die Beurteilung lebensweltlicher Situationen, das heißt Gefühle sind indirekt über die Veränderung der Wahrnehmung steuerbar.

Das Leben des Menschen hat also einen programmatischen Rahmen innerhalb dessen alles erlebt wird. So wird auch das Lernen selbst oder seine Voraussetzung nicht erlernt, sondern die Fähigkeit für Erfahrung durch Wahrnehmung ist im Menschen angelegt und kann allenfalls besser eingeübt werden.¹³¹¹ Andere Theorien, welche die Voraussetzungen für Lernen als erlernt ansehen, argumentieren zirkulär.¹³¹² Etwas Entstehendes (Fähigkeit für Lernen) kann nicht zugleich schon vorhanden sein (Lernfähigkeit erlernen). Genauso entsteht die Sexualität des Menschen nicht durch die Wahrnehmung des anderen Geschlechts, sie könnte als solche gar nicht erlernt werden, sondern ist apriorisch vorhanden und will lebensweltlich konkret sinnhaft erfahren werden – erlernt wird lediglich die Umsetzungsvariante des Potentiellen, die lebensweltlich gelebte Sexualität, nicht aber die diesbezügliche Intention des Potentiellen, das Bedürfnis nach Sexualität selbst.

Anthropologisch konstantes Apriorisches

Das im Menschen wirksame Apriorische ist anthropologisch konstant und bei jedem Individuum vorhanden.¹³¹³ Nur starke mentale oder organische Beeinträchtigungen können die hirnorganisch intendierte *Umsetzung* der fortlaufend stattfindenden Aktualisierung des Potentiellen im Lebensweltlichen unterbrechen respektive durch Als-ob-Erlebnisse ohne Wirklichkeitswahrnehmung verhindern.¹³¹⁴ Das Bewusstsein und der Mensch im Ganzen sind kein „*blankes Blatt Papier*“,¹³¹⁵ das beschrieben werden kann, sondern es folgt einer das menschliche Bewusstsein erst konstituierenden Gesetzmäßigkeit.

1311 Vgl. *Hilpert*, oben Fn. 662, 63 ff.

1312 Ebd.

1313 S. *Hilpert*, a.a.O., 26 ff. und 203 ff.

1314 Abseits solcher Einschränkungen ist es alleine die Bewusstlosigkeit, welche die bewusstseinskonstitutive Intention der fortlaufenden Aktualisierung des Potentiellen verhindert; vgl. *Hilpert*, oben Fn. 662, 23.

1315 Dazu schon oben Fn. 1255.

Das bei *Hilpert* zentrale Bewusstsein hat die sinnhafte Wahrnehmung der Welt zum Inhalt. Bewusstsein intendiert den Vollzug des Potentiellen in der Lebenswelt und fordert die Angleichung, wenn das aktuell wahrgenommene Leben mit dem Potentiellen, mit dem vom Menschen Gewollten, nicht übereinstimmt.¹³¹⁶ Dabei ist das Streben des Menschen nach Sinnhaftem bewusstseinskonstitutiv, der Mensch erwartet in der Lebenswelt Kausalität und eine der Handlungsabsicht als Ursache zugrunde liegende Handlungswirkung.

Diese Erkenntnisse sind gerade für den Menschenrechtsdiskurs von großer Bedeutung, weil sie die Wirkzusammenhänge des interaktionellen Geschehens nachvollziehbar machen. So ist jede Wahrnehmung der Welt eine Sinnkonstruktion, die Aufschluss über die Welt und das jeweilige Selbst inmitten der Welt geben soll. Der Sinn der Existenz des Menschen wird als Bestandteil der jeweiligen Lebenswelt gedacht und kann lebensweltlich in vielfacher Weise empfunden und konkret ausgefüllt werden. Der Sinn kann zum Beispiel als Mitglied einer Gemeinschaft und einer darin ausfüllenden Funktion erfahren werden. Er kann aber auch im Verlust, in der rationalen Negierung eines Sinns, als Zweifeln erfahren werden, was mit ent-

1316 Das Streben des Menschen nach Sinnhaftem ist bewusstseinskonstitutiv, der Mensch erwartet in der Lebenswelt Kausalität und eine der Handlungsabsicht als Ursache zugrunde liegende Handlungswirkung. Jede Wahrnehmung der Welt ist eine Sinnkonstruktion, die Aufschluss über die Welt und das jeweilige Selbst inmitten der Welt geben soll. Der Sinn der Existenz des Menschen wird als Bestandteil der jeweiligen Lebenswelt gedacht und kann lebensweltlich in vielfacher Weise empfunden und konkret ausgefüllt werden. Der Sinn kann etwa als Gewissheit erlebt werden, zum Beispiel als Mitglied der jeweiligen Gemeinschaft und einer darin ausfüllenden Funktion. Er kann aber auch im Verlust, in der rationalen Negierung eines Sinns, als Zweifeln erfahren werden, was mit entsprechenden Empfindungen der Sinnlosigkeit, der Entfremdung etc. einhergeht. Als fiktiv hinter dem empfundenen Mangel unterstellten Sinn beweist aber auch das Erleben der Sinnlosigkeit die Ausrichtung auf die Wahrnehmung von Sinnhaftem. Wird, vereinfacht betrachtet, im Islam der Sinn menschlichen Lebens in der Erfüllung der göttlichen Vorgaben für das Leben gesehen und in afrikanischen Menschenbild der Beitrag des Einzelnen zur Gemeinschaft hervorgehoben, ist es in westlichen säkularen Gesellschaften eine die individuelle Entfaltung betonende Haltung, die aber zum Teil mit hedonistischen Formen des Lebens einhergeht und dann vielfach als Sinnverlust kritisiert wird. Das Streben nach Sinnhaftem ist hier konkret und allgemein immer eine Voraussetzung für die Möglichkeit der Entstehung des menschlichen Bewusstseins, es ist bewusstseinskonstitutiv und deshalb unauflösbar mit dem menschlichen Bewusstsein verbunden; vgl. dazu *Hilpert*, oben Fn. 662, 23 ff.

sprechenden Empfindungen der Sinnlosigkeit, der Entfremdung etc. einhergeht. Als fiktiv hinter dem empfundenen Mangel unterstellten Sinn beweist aber auch das Erleben der Sinnlosigkeit die Ausrichtung auf die Wahrnehmung von Sinnhaftem.

Sinnhaftes wird immer konkret lebensweltlich und gerade auch im Bezug zur Gemeinschaft erlebt und interaktionell abgestimmt. Wird, vereinfacht betrachtet, im Islam der Sinn menschlichen Lebens in der Erfüllung der göttlichen Vorgaben für das Leben gesehen und in afrikanischen Menschenbild der Beitrag des Einzelnen zur Gemeinschaft hervorgehoben, ist es in westlichen säkularen Gesellschaften eine die individuelle Entfaltung betonende Haltung, auch wenn diese zum Teil mit hedonistischen Formen des Lebens einhergeht und dann vielfach als Sinnverlust erlebt und kritisiert wird. Das Streben nach Sinnhaftem ist hier konkret und allgemein immer eine Voraussetzung für die Möglichkeit der Entstehung des menschlichen Bewusstseins, es ist bewusstseinskonstitutiv und deshalb unauflösbar mit dem menschlichen Bewusstsein verbunden. Dabei wirken Potentielles, Sinnhaftes und kulturell Vorgegebenes in der Gemeinschaft zusammen.

Entstehen zum Beispiel sexuelle Bedürfnisse, die in der konkreten Lebenswelt unüblich oder verboten sind, kann die Suche nach dem Sinn des Empfundene individuell etwa damit erfolgen, dass die entsprechenden Gefühle als unangemessen oder - religiös fundiert - gar als Sünde gedeutet werden; eine unübliche Sexualität kann aber auch unter veränderten lebensweltlichen Bedingungen als authentisch aufgefasst werden. Die jeweiligen sinnhaften Vorstellungen korrespondieren faktisch immer mit den Strategien der konkreten Daseinsbewältigung.¹³¹⁷

Programmatik des Bewusstseins

Die Programmatik des Bewusstseins ist es folglich, ein „*Gleichgewicht zwischen Potentiellem und Welt*“ herzustellen, so dass ein als authentisch empfundenenes Leben möglich wird.¹³¹⁸ Der Mensch muss die Transformation von Potentiellem in Lebensweltliches, seinen

1317 Vgl. dazu Hilpert, a.a.O., 24.

1318 S. Hilpert, oben Fn. 662, 38 ff.

Selbstvollzug, wollen müssen.¹³¹⁹ In diesem Sinne kann der Mensch auch nicht als frei verstanden werden, er ist an die Intentionen des Bewusstseins gebunden. Und diese Intentionen ergeben sich aus dem Aufbau und der Funktionsweise des Bewusstseins.¹³²⁰

Das „*Wollen-Müssen des Menschen*“ bedeutet, dass der Mensch seiner Bewusstseinsstruktur gemäß leben muss. Er muss die Umsetzung seines Potentiellen wollen, weil nur so die Wahrnehmung des Selbst in der Welt, als in der Welt seiende Person, möglich ist. Der Mensch ist folglich den Bedingungen des Bewusstseins unterworfen, es kann weder das Nicht-Bewusst-Sein wählen noch das bewusstseinskonstitutiv Vorgegebene, die zwingend anzustrebende lebensweltliche Umsetzung des Potentiellen in eine in sich konsistente Identität, ausschalten. So setzt sich das Individuum vom Beginn seiner Existenz an in Beziehung mit der durch Sinneseindrücke erfahrenen Lebenswelt. Es sucht Sinn in den Relationen zu den es umgebenden Individuen und tritt in Kommunikation mit dem Umfeld innerhalb dort existierenden Formen der Kommunikation. Neue Informationen werden zwangsläufig verarbeitet, mit Vergangenen abgeglichen und für das Gegenwärtige verwendet. Das Individuum muss Identität wollen, weil Identität das aktuell erreichte Gleichgewicht zwischen Potentiellem und Welt ist. Es hat zwangsläufig individuelle Identität mittels seiner jeweils bereits durchgeführten Umsetzung des Potentiellen und zwar selbst dann, wenn die konkrete Identität noch wenig entwickelt ist oder das Individuum sich als identitätslos empfinden sollte. Das Individuum lebt eine im Rahmen der vorgefundenen Lebenswelt mögliche Umsetzungsvariante des Potentiellen.¹³²¹

Das die Lebenswelt kreierende Potentielle bleibt allerdings unbewusst, bewusst wird nur das durch Umsetzung des Potentiellen konkret und lebensweltlich Gewordene. Das Potentielle ist aber in dem Gewordenen verborgen und indirekt erschließbar.¹³²²

Analog dazu sind auch Menschenrechtsvorstellungen konkret lebensweltlich gewordene Umsetzungen des Potentiellen. Wie er-

1319 Vgl. *Hilpert*, oben Fn. 662, 43 ff.

1320 Ebd.

1321 Ebd.

1322 Ebd.

wähnt, ist eine unmittelbare Annäherung kontroverser Menschenbilder zumeist nicht möglich, weil im geschichtlich Gewordenen das ursprünglich Gewollte zunächst unerkennbar ist. Jedoch ist eine Weiterentwicklung des Rechtsverständnisses möglich, weil im kulturell unterschiedlich Gewordenen das gemeinsame Eigentliche enthalten ist und ermittelt werden kann.

Bedürfnisse

Die Umsetzung des Potentiellen konkretisiert sich lebensweltlich in Bedürfnisse.¹³²³ Bei Hilpert entwickelt „das Individuum [...] bestimmte, an die jeweilige Lebenswelt angepaßte Bedürfnisse, um eine Angleichung der Lebenspraxis an das Potentielle zu erlangen bzw. eine Umsetzungsvariante seines Potentiellen lebensweltlich zu erleben.“¹³²⁴ Das bedeutet, dass die apriorischen Intentionen sich in konkreten Bedürfnissen manifestieren, die nur interaktiv, also bezogen auf die jeweilige Gemeinschaft entstehen.¹³²⁵ Im Gegensatz zum im individuellen Erleben meist unbewussten Potentiellen, das als gleichbleibend verstanden werden kann, ändern sich die individuell wahrgenommenen Bedürfnisse mit der Zeit im biografischen oder allgemeinen historischen Kontext.¹³²⁶

Der Begriff der Bedürfnisse kann, wie bereits oben beschrieben, in materiell zu befriedigende Bedürfnisse (Nahrung, Kleidung etc. für das Bedürfnis des Wohlergehens, Antonym: Elend) und Bedürfnisse wie Freiheit (Antonym: Unterdrückung), die nicht rein materiell befriedigt werden können, unterteilt werden, wie *Galtung* dies tut.¹³²⁷ Dabei bestimmt die konkrete Lebenswelt die Ausformung der Bedürfnisse: Nahrung kann zunächst nur in der Weise zur Befriedigung von Überleben beschafft werden, wie es in der unmittelbaren geografischen Lebenswelt vorhanden ist, Kleidung muss nur derart beschaffen sein, wie es die meteorologischen Umstände und die Nützlichkeit erfordern.

1323 Vgl. *Hilpert*, a.a.O., 43 ff.

1324 Vgl. *Hilpert*, oben Fn. 662, 43 ff.

1325 S. *Hilpert*, a.a.O., 187 f.

1326 Vgl. *Hilpert*, oben Fn. 1275, 156.

1327 *Johan Galtung*, Menschenrechte – anders gesehen, oben Fn. 1274, 91 ff.

Bedürfnisse entstehen konkret lebensweltlich und interaktiv und entwickeln sich im Laufe der Zeit immer weiter.¹³²⁸ Die mittels Bedürfnissen erfolgende lebensweltliche Umsetzung des Potentiellen bedingt deshalb unvermeidbar eine differente Identitätsentwicklung, die durch unterschiedliche Werte, Rechte, Moral etc. in den verschiedenen Gemeinschaften zum Ausdruck kommt. Diese Unterschiede zwischen homogenen Gemeinschaften werden als Kulturdifferenz wahrgenommen.¹³²⁹ Im Menschenrechtsdiskurs ist diese Kulturdifferenz entscheidend und muss durch einen Dialog überwunden werden, dem ein Verstehen ihrer Entstehung vorausgeht. So werden etwa Potentielles wie Freiheit und Selbstbestimmung im jeweils vorgefundenen lebensweltlichen Rahmen verwirklicht, ebenso wie Anerkennung, die verschiedentlich durch materielle Bedürfnisse (Geld, materielle Güter) oder immaterielle Bedürfnisse (Macht, Titel, Religiosität, etc.) manifestiert wird. Die Suche nach Sinnhaftem bezogen auf die menschliche Existenz als solcher drückt sich darüber hinaus in verschiedenen Vorstellungen und Werten aus, etwa religiösen oder anti-religiös politischen, wie beispielsweise dem Kommunismus. Freiheit kann und wird unterschiedlich verwirklicht, etwa durch umfassende Wahlmöglichkeit des Individuums bezüglich seines Wohnortes, seines Berufes, seines Ehepartners, seines Glaubens etc. und der gegenteiligen Einbindung in vorgegebene Strukturen, die diese Dinge des Lebens bestimmen.

Menschenrechte sind Bedürfnisse

Zwar sind alle Menschenrechtsvorstellungen aus derselben Ursprungsintention entstanden, aus dem menschlichen Bedürfnis nach Moralität - des Strebens nach Sinnhaftem und des intuitiven Wertens -,¹³³⁰ aber sie sind trotzdem inhaltlich sehr verschieden, und die vorliegende Arbeit hat gezeigt, dass diese Differenzen das Problem sind, weil sie dazu führen, dass nach dem Verständnis der jeweils anderen das Menschenrecht verletzt scheint.

1328 Vgl. *Hilpert*, oben Fn. 662, 187 f.

1329 Ebd.

1330 Vgl. zum Begriff der Moralität schon oben den Text zu den Fn. 46 f. und den Text zu den Fn. 1276 ff. und 1291 ff.

Die Selbstverfangenheit und Unangemessenheit der bisherigen Begründungsansätze sind somit auch theoretisch nachgewiesen, weil Gewalt und Menschenrechtsverletzungen erst durch die kulturdiffere-
 renten Wertvorstellungen hervorgebracht werden und sie trotzdem in
 sich zunächst als gleichberechtigte Bedürfnisse anerkannt werden
 müssen, die laut *Galtung* allein aufgrund ihres Vorhandenseins be-
 gründet sind und staatlicherseits als Recht festgeschrieben und mit-
 tels struktureller Gewalt gesichert werden müssen (genauer gesagt
 werden die im Menschen angesiedelten Bedürfnisse durch die Men-
 schenrechte als zwischen den Individuen bestehenden Erwartungen
 bezüglich der Bedürfnisbefriedigung normiert).¹³³¹ Denn die Ver-
 stöße innerhalb eines bestimmten Menschenbildes beziehungsweise
 innerhalb einer bestimmten Menschenrechtskonzeption sind un-
 problematisch, weil sie unmittelbar erkannt und diskursiv verhandelt
 werden können oder zumindest argumentativ aufzeigbar sind, weil
 an bestehende und damit verständliche Bedürfnisse angeknüpft wer-
 den kann.¹³³² Dagegen schließen sich gegensätzliche Menschen-
 rechtsvorstellungen in ihren Begründungen gegenseitig teilweise
 oder ganz aus, und sie entziehen sich damit einem „vernünftigen
 Disput“, weil jede Kommunikation zirkulär und demzufolge wie
 bisher weiter ergebnislos bliebe.¹³³³

Bei der Auflösung der Problematik respektive der Annäherung der
 derzeit unterschiedlichen Menschenrechtsvorstellungen sind deshalb
 die Erkenntnisse um die Bedingungen der Bedürfnisentstehung
 wichtig, weil Menschenrechte Bedürfnisse (normierte Bedürfnisbe-
 friedigung) sind und ihre notwendige Weiterentwicklung analog zu
 den Bedürfnissen beziehungsweise unter Ausnutzung der bei Be-
 dürfnissen wirksamen Zusammenhänge erfolgen muss.¹³³⁴ So darf
 im interkulturellen Menschenrechtsdialog nicht unberücksichtigt
 bleiben, dass die jeweiligen Rechte des Menschen einer Gemein-
 schaft deren Bedürfnissituation und -befriedigung widerspiegeln.
 Plakativ und exemplarisch formuliert bedeutet dies, dass in einer
 einfachen Stammesgesellschaft ein Recht auf informationelle Selbst-

1331 Vgl. *Galtung*, Menschenrechte – anders gesehen, oben Fn. 1274, 91 ff.

1332 Vgl. *Hilpert*, oben Fn. 662, 43 ff.

1333 Dazu *Hilpert*, a.a.O., 15 ff., auch 237 ff.

1334 Dazu *Hilpert*, a.a.O., 53 f. und 223 ff.

bestimmung, die Versammlungsfreiheit oder die Freiheit der Forschung und Wissenschaft kaum eine Rolle spielen werden.

Identität

Wie dargelegt, ist die Voraussetzung für die Möglichkeit einer Annäherung der verschiedenen Rechtsauffassungen ein gemeinsames Potentielles aller Menschen, ohne das eine Verständigung zwischen unterschiedlichen Kulturen und eine Rückführung der jeweils vorhandenen Menschenrechtsvorstellungen auf gemeinsam Gewolltes nicht denkbar wäre. Dieses individuell als bestimmte Fiktion bewusst wahrgenommene Potentielle kumuliert zwischenmenschlich mit der Zeit zu einem bestimmten Weltverständnis, das heißt die konkrete lebensweltliche Umsetzung des Potentiellen, die als sinnhaft erfahren, verhandelt und entschieden wird, verdichtet sich zu einer biografischen Selbstwahrnehmung, zu Identität.¹³³⁵ Identität ist demnach „*die jeweils erreichte Übereinstimmung von Potentiellem mit Welt*“.¹³³⁶

Die Identitätsbildung wird zum einen durch die unmittelbare Resonanz und Akzeptanz in der Gemeinschaft und zum anderen durch die bereits durch Interaktion ausgehandelten und verselbständigten strukturellen Gegebenheiten in der inszenierten Wirklichkeit beeinflusst, die als strukturelle Gewalt wirkt.¹³³⁷ Jedes Individuum kann nur innerhalb der strukturellen Vorgaben sein Potentielles aktivieren, und kein Individuum ist in der Identitätsbildung von der gemeinschaftlichen Resonanz frei, erfährt es in seinem Sein und Handeln Zurückweisung, wird es sich zwangsläufig in Frage stellen.¹³³⁸ Der

1335 Dazu Hilpert, oben Fn. 662, 53 f. und 223 ff.

1336 Hilpert, a.a.O., 44.

1337 S. Hilpert, a.a.O., 35 ff.

1338 Beispielsweise ist jeder in einer Gesellschaft existierende Beruf und die ausgeübte Arbeit als nachhaltige Einwirkungsmöglichkeit auf die Welt identitätsbildend, weil sie mit einer bestimmten interaktionell bedingten Resonanz und Bewertung des mit der Tätigkeit verbundenen Handelns einhergehen. In einfachen Stammesgesellschaften, die keine Berufe, sondern Funktionen und Aufgaben kennen und denen es primär um das tägliche Überleben der Gruppe geht, kann die Selbstwahrnehmung allenfalls über diese Funktionen erfolgen. Die Identifikation erleichtern interaktionell als wichtig ausgehandelte Symbole, wie etwa Statussymbole und Titel, die für Reichtum oder Macht stehen, wenn diese in einer Gemeinschaft relevant sind und hoch bewertet werden. Alle Dinge des täglichen Lebens, Kleidung, Schmuck, Wohnen etc., haben

Einzelne ist unwillkürlich auf andere bezogen und auf die zirkulierenden und verfügbaren Sinnzusammenhänge in der Gemeinschaft, die sich als Kultur mit ihren Inhalten, Werten, Rechten, Ritualen etc., manifestieren.¹³³⁹ Dabei wird Identität als sinnhaft und authentisch empfunden, weil sie die individuelle Entsprechung des Potentiellen mit Lebensweltlichem ist, die auf das Selbst bezogene Wahrnehmung der Welt, die verstetigt werden kann, wenn sie Daseinsbewältigung erreicht und eine die jeweilige Form der Daseinsbewältigung rechtfertigende Ideologie beinhaltet.¹³⁴⁰ Ist eine dem Individuum in einer Gemeinschaft angebotene Identität paradox und ist man nicht in der Lage, mit ihr das Dasein zu bewältigen und konsistente Sinnzusammenhänge zu beanspruchen, dann wird sie verworfen und es entsteht Widerstand beziehungsweise die Gemeinschaft löst sich auf. Identität ist nicht die bloße Übernahme beliebiger Vorstellungen, sondern stets das Gleichgewicht zwischen dem eigentlich Gewollten, dem Potentiellen, das lebensweltlich werden will, und den dabei adaptierten Sinnangeboten, die innerhalb einer Kultur kursieren.

Für den Menschenrechtsdiskurs nutzbar gemacht, bedeuten diese Erkenntnisse: Die menschlichen Gemeinschaften werden fiktiv anhand verschiedener Kriterien wie geografischer, sprachlicher, ethni-

eine symbolische Bedeutung und sind Ausdruck der von dem Individuum empfundenen Selbstwahrnehmung, die von der Resonanz in der Gemeinschaft beeinflusst wird. So kann Kleidung, die in westlichen Ländern üblich ist, in muslimischen Gesellschaften als anzüglich empfunden werden, was von der jeweilig ausgehandelten Stellung der Frau, ihrer Beziehung zum Mann und der Bedeutung von Sexualität im Allgemeinen abhängt. Und ebenso wie Individualität durch Kleidung betont werden kann, kommt durch uniforme Kleidung die Bewertung von Einheitlichkeit und Gemeinschaftlichkeit zum Ausdruck.

Vgl. in diesem Zusammenhang zur Identität Europas *Ulrich Haltern*, *Europarecht und das Politische*, 2005 sowie *Peter Häberle*, *Europäische Rechtskultur*, 1994 und grundlegend *Peter Häberle*, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1998.

1339 Vgl. *Hilpert*, oben Fn. 662, 35 ff.

1340 Nur durch Gemeinschaftlichkeit, durch Teilhabe an Erfahrungen und zwischenmenschliche Hilfestellung kann das Individuum sein Überleben und seine Entwicklung sichern. Dabei wird die „*durch Interaktion erreichte Realisierung des individuellen Potentiellen [...] Teil der individuellen Identität*“. Der Mensch bezieht sich immer auf bestimmte andere Menschen, mit denen er entweder rein praktische Daseinsbewältigung vollzieht oder die Interpretation der Welt vornimmt und sich seiner Interpretation rückversichert; s. *Hilpert*, a.a.O., 43 ff. und 72 ff.

scher oder religiöser Gemeinsamkeiten erstellt. In der Gemeinschaft und dem Zwischenmenschlichen entsteht durch Sinn konstituierende Verständigung ein Ideal des Menschlichen, anhand sich der Einzelne orientieren, seinen Selbstvollzug ausrichten und seine Selbstentsprechung messen kann. Innerhalb der (fiktiven) Glaubensgemeinschaft des Islams (*umma*) beispielsweise kann der Einzelne durch die Vision des Menschlichen, von der es verschiedene Variationen geben kann, die aber grundsätzlich auf den Glauben und der daraus abgeleiteten Vorgaben ausgerichtet ist, sein Potentielles innerhalb dieses Rahmens verwirklichen und mit der Vision abgleichen. So wird etwa das in vielen Gesellschaften verbreitete Ideal des gebildeten, wissenden und forschenden Menschen dahingehend beeinflusst, dass die Bildung und Wissenssuche im Islam der muslimischen Gemeinschaft dienen und in Konformität mit dem Glauben geschehen muss – Atheistisches darf nicht gelehrt oder erforscht werden. So korrespondieren die Begriffe von „Wissen“ und „Wissenschaft“ nicht mit dem Begriff „*’ilm*“ im Koran. Der Koran stellt im Islam das höchste, vollständigste und für die Lebensbewältigung notwendige Wissen dar. Daher ist die Wissenschaft im Islam auch nur im Rahmen des Korans frei.¹³⁴¹

Religiöses

Eine Theorie des Menschlichen, die das Religiöse nicht einzubinden vermag, muss daher unvollständig sein, wie auch eine Verständigung über Menschenrechte zwischen den Menschen ohne Respektierung von Glauben kaum möglich sein wird. Denn Religiöses ist Ausdruck der Suche des Menschen nach Sinnhaftem und im religiösen Diskurs wird die „*Gesamtheit der Seinssituation*“ thematisiert.¹³⁴² Interaktionen sind die Grundlage jeder Entwicklung und Daseinsbewältigung und Teil jeder Identität ist nach *Hilpert* auch das Religiöse. Es ist immer vorhanden und zwar auch in jenen Gemeinschaften, die sich selbst als säkular oder sogar als anti-religiös verstehen. Jedes Individuum ist religiös, weil es unvermeidbar in seinem Sein und seinem Seinsverständnis von einem Ingesamt abhängt, auch von Körperli-

1341 Vgl. dazu *Tibi*, oben Fn. 1132, 223 ff.; allgemein zur Gemeinschaftlichkeit als Menschliches s. *Hilpert*, a.a.O., 35 ff.

1342 Vgl. *Hilpert*, a.a.O., 99 ff.

chem, Politischem, Wirtschaftlichem und Sozialem, das es weder vollumfänglich überschauen noch beherrschen kann.¹³⁴³ Es ist dabei unerheblich, ob die unentrinnbar faktisch immer religiöse Lebenswirklichkeit des Einzelmenschen von diesem mittels eigenwilliger Anschauungen, am Markt verfügbarer Weisheitslehre oder entwickelter Theologie der etablierten Religionen bedacht wird. Auch jede Gemeinschaft ist religiös, weil sie ihr Insgesamt nur fiktiv beschwören kann - dies gilt für archaische schamanistische Gruppen ebenso wie für weltanschaulich begründete Diktaturen oder demokratische Gesellschaften, die ebenfalls darauf angewiesen bleiben, dass ihre von keiner Einzelperson und keiner Einzeleinsicht zu steuernde überpersonale Meinungs- und Entscheidungsfindung letztlich eine Lebenswirklichkeit hervorbringt, die menschengemäß und zukunftsfähig ist.¹³⁴⁴

Das unausweichlich überall vorfindbare Religiöse kann daher kein irrationaler Sonderbereich des Menschen sein, der ein Resultat mangelnder Aufklärung darstellt, sondern es ist unvermeidbares Thema des menschlichen Bewusstseins.¹³⁴⁵ Vielmehr ist auch das Religiöse Ausdruck des nicht unmittelbar erkennbaren Potentiellen, das im Erleben des einzelnen Menschen, in seinen Gefühlen, Bedürfnissen und Vorstellungen, bewusst wird und bei der Gestaltung eines neuen

1343 Religiöses tritt daher auch nicht in Konkurrenz mit Wissenschaftlichem, weil nur das Religiöse das Ganze beschwört, was mit Wissenschaft nicht erreicht werden kann. Die Existenz und Gesamtsituation des Menschen bleibt unerkennbar, weil auch die Erforschung des Universums und die Erkenntnis seiner Endlichkeit die Frage nach dem darüber hinaus bestehenden offen lässt. Jedes Welt- und Selbstbild, jede Identität, beinhaltet unwillkürlich die Vorstellung eines Insgesamt, und deshalb ist Religion (Weltanschauung) unwillkürlich Thema des menschlichen Bewusstseins. Und weil es lebensweltlich außerhalb des aus der Bewusstseinsstruktur des Menschen entstehenden nichts geben kann, würden Religionen nicht existieren, wenn das Religiöse nicht bewusstseinskonstitutiv vorhanden wäre; vgl. *Hilpert*, oben Fn. 662, 98 ff.

1344 Auch die Staatsform der Demokratie kommt ohne Religiöses nicht aus, weil in ihr alle davon abhängen, dass in der Summe der gemeinschaftlichen Meinungs- und Entscheidungsfindung Gedeihliches entsteht, wobei der Einzelne die Komplexität des Systems und die Zusammenhänge politischer Entscheidungen nicht vollständig verstehen oder kontrollieren kann. Wird der demokratische Wert nicht sinnhaft und ständig eingeschworen und quasi-religiös emporgehoben, kann sich auch ein demokratisches System zu einer Diktatur entschließen; s. dazu *Hilpert*, a.a.O., 98 ff. und 110 ff.

1345 Ebd.

Menschenbildes, das bisher gegensätzliche Menschenrechtsvorstellungen überwinden soll, berücksichtigt werden muss.

Deswegen ist ein neues Religions- und Wissenschaftsverständnis erforderlich, welches das unvermeidbar Fiktive und somit Religiöse der Wissenschaft deutlich macht und zugleich das lebensweltlich Reale und somit Rationale der Religionen erläutert. Die Verbindung des Religiösen mit der Vernunft und dem Menschlichen beziehungsweise den menschlichen Bedürfnissen erlaubt die notwendige Annäherung beim Menschenrechtsdiskurs.¹³⁴⁶ Die in der vorliegenden Arbeit nachgewiesenen ideologisch und religiös begründeten Differenzen, die im Interesse der Fortentwicklung der Menschenrechte und der Befriedung der Welt unbedingt ausgeräumt werden müssen, können überwunden werden, wenn im politischen Dialog die bei der Überwindung „*identitätsdifferenter Gewalt*“ notwendige Rückführung auf das mit den religiösen Werten Gemeinte erfolgt und rational erfasst wird.

3.1.3 Verhalten zur Identität erzeugt Gewalt und Normatives

Gewalt ist nach dem umfassenden Verständnis von *Galtung* und *Hilpert* die „*Verhinderung des möglichen Sein-Könnens*“ respektive des „*Potentiellen*“.¹³⁴⁷ Gewalt muss hier umfassend und losgelöst von einem auf physische Gewalt beschränkten Begriff verstanden werden. Sie ist nicht immer negativ, sondern kann auch positiv bewertet sein, etwa als legitimierte staatliche Gewalt, welche durch die Verhinderung anderer Gewalt gerechtfertigt ist

1346 S. *Hilpert*, oben Fn. 662, 116 ff.

1347 Etymologisch betrachtet beschreibt Gewalt (von „walten“, „verwalten“) eine gestaltende Machtausübung und war ursprünglich als Hausmacht positiv konnotiert; vgl. dazu *Galtung*, Menschenrechte – anders gesehen, oben Fn. 1274, 91 ff.; s. auch *Hilpert*, oben Fn. 662, 75, mit folgender Definition: „*Gewalt ist die Manipulation dessen, was sich von selbst ereignen würde, nämlich die individuelle Entfaltung innerhalb einer interaktionell gebildeten Lebenswelt, in der eine Umsetzungsvariante des Potentiellen Realität wird.*“.

Neben physischen Gewaltformen¹³⁴⁸ und Gewalt im menschlichen Diskurs,¹³⁴⁹ in den menschlichen Beziehungen¹³⁵⁰ und spezifischer Gewalt, die durch Identitäts- und Wertedifferenzen entsteht,¹³⁵¹ ist in der menschlichen Gemeinschaft vor allem strukturelle Gewalt entscheidend.¹³⁵² Denn menschliche Bedürfnisse können auch durch kulturelle und gesellschaftliche Werte und Vorgaben unterdrückt werden. Alles was der Mensch institutionell und systemisch vorfindet, ist strukturelle Gewalt, weil es die Entwicklung des Potentiellen kanalisiert und steuert.¹³⁵³ So ist beispielsweise die gesellschaftspo-

-
- 1348 Körperliche und sachschädigende Gewalt; vgl. *Hilpert*, a.a.O., 184 ff.
- 1349 Diskursive Gewalt, zeichnet sich durch paradoxe Performanz und verbale Desorientierung aus. Kommunikation, die den Menschen bewusst täuscht oder gar gewalthaltige Wertvorstellungen vermittelt, ist Gewalt im Diskurs; dazu *Hilpert*, a.a.O.
- 1350 Relationale Gewalt, welche die Beziehungen zwischen den Menschen schädigt oder zerstört, tritt mit nahezu jeder Gewaltform ein, die in der Regel auch beabsichtigt ist; vgl. *Hilpert*, a.a.O.
- 1351 Gewalt, die durch die verschiedenen Entwicklungen von Identität und damit verbundenen Werten hervorgerufen wird, ist identitätsdifferente Gewalt. Die Unterschiede in der Identitätsentwicklung und den damit verbundenen Wertvorstellungen können in der Interaktion zu einer „*Kommunikationsunterbrechung*“ führen, die sich als kulturdifferente Gewalt äußert, wenn es sich bei den betroffenen Gruppen um kulturell abgrenzbare Gemeinschaften handelt; s. dazu *Hilpert*, a.a.O.
- 1352 Als Theorie für die Entstehung von Gewalt in den genannten Formen sieht vor allem *Hilpert* lerntheoretische Ansätze gegenüber anderen als überlegen an. So konnten biologische Erklärungsversuche, die Gewalt als überwiegend physiologisch bedingtes, unausweichliches Verhalten der Betroffenen erkennen, letztlich nicht belegt werden. Ebenso sind entwicklungspsychologische Theorien, die Gewalt etwa als Folge eines bedrohten Selbst sehen, welches Ergebnis traumatischer Kindheitserfahrungen sei, nicht bestätigt werden, weil durch Langzeitstudien gezeigt werden konnte, dass auch das Aufwachsen in einer konflikthaltigen Familiensituation nicht zwangsläufig zu einer gewalthaltigen Biografie des Erwachsenen führt. Lerntheoretische Ansätze zeigen dagegen, dass Gewalt mit der emotionalen Beziehungsmöglichkeit und kognitiven Fähigkeit des Individuums sowie der Wert- und Normvorstellungen der konkreten Lebenswelt zusammenhängen. Gewaltentscheidend sind daher die mit Normen und Werten einhergehenden sozialen Bezüge, der erlernte zwischenmenschliche Umgang. Nicht die Lebensumstände sind gewaltursächlich, sondern Wertvorstellungen und die Dichotomie zwischen Selbstanspruch und Realität, welche ein schlüssiges und konsolidierendes Selbstverständnis verhindert.
- 1353 So verhindert die gesetzlich verankerte Pflicht, bei Rot an der Ampel stehen zu bleiben oder anzuhalten die tatsächlich Handlungsmöglichkeit, wird aber mit der Verhinderung körperlicher Gewalt sinnvoll erklärt. Vgl. in dem Zusammenhang auch *Hilpert*, oben Fn. 662, 37 ff., mit dem Hinweis, dass Iden-

litische Vorgabe einer Staatsreligion strukturelle Gewalt, weil sie die Glaubensfähigkeit des Menschen durch strukturelle politische Vorgaben inhaltlich bestimmen will; ebenso ist die Festlegung der Glaubensfreiheit strukturelle Gewalt, welche den Einzelnen zur Respektierung Andersgläubiger nötigt. Als staatliches Instrument ist strukturelle Gewalt also vor allem das Recht. Als Mittel zur Umsetzung von Werten und Moralität, am Beispiel der Glaubensfähigkeit oder etwa auch der körperlichen Unverletzbarkeit des Menschen und eines entsprechenden Gebotes, ist das Recht strukturelle Gewalt, die nicht aus sich selbst begründet ist, sondern die auf die mit ihr umgesetzten Bedürfnisse verweist. Maßgeblich ist daher die Begründung des umgesetzten Potentiellen als Sinnhaftes und dem Menschsein Analoges sowie die ständige Abgleichung der bestehenden mit neuer, möglicherweise besserer Argumentation dafür.

Strukturelle Gewalt kann begründet oder unbegründet sein. Sie ist etwa dann begründet und für das menschliche Leben sogar essentiell, wenn sie die Entwicklung des menschlichen Potentiellen fördert.¹³⁵⁴ Nach *Galtung* ist staatliche Gewalt legitimiert, wenn sie die Bedürfnisse des Menschen befriedigt und die Durchsetzung der diese zum Ausdruck bringenden Rechte gewährleistet.¹³⁵⁵ Unbegründete strukturelle Gewalt ist dagegen jene institutionelle und systemische Gewalt, zum Beispiel in Form von Gesetzen oder Werten, welche das Potentielle verhindern und im Sinne einer der oben aufgeführten Gewaltformen gewalthaltig sind. Wird die fortlaufende Umsetzung des menschlichen Potentiellen unterdrückt und damit ein authentischer Lebensvollzug konterkariert, ist strukturelle Gewalt, auch wenn sie in Form von Recht auftritt, nicht legitimiert.¹³⁵⁶

tität vor allem durch systemische Strukturvorgaben, durch strukturelle Gewalt, entschieden wird.

1354 S. *Hilpert*, a.a.O., 51 ff. und 203 ff.

1355 Vgl. *Galtung*, Menschenrechte – anders gesehen, oben Fn. 1274, 110 f.; ähnlich sieht *Rawls* die staatliche Verhinderung der Unterdrückung berechtigter menschlicher Bedürfnisse, Gerechtigkeit und Fairness, durch gesellschaftliche Wertvorstellungen als legitime strukturelle Gewalt an; dazu auch *Hilpert*, oben Fn. 1275, 153 f.

1356 S. *Galtung*, a.a.O.; dazu *Hilpert*, oben Fn. 662, 52 ff. und 220 ff.

Normatives als Wirkzusammenhang

Normatives stellt das „*Gliederungsmuster der strukturellen Gewalt und des zwischenmenschlich eigentlich wirkenden Zusammenhangs*“ dar.¹³⁵⁷ Normatives entsteht zwangsläufig in jeder Zwischenmenschlichkeit und den Gemeinschaften, weil jede individuelle Wahrnehmung und jedes anderen mitgeteilte Weltverständnis als authentisch erlebt oder zumindest behauptet wird, da „*mit der Wahrnehmung von Welt [...] ein Selbstbild mitgedacht [wird], das [gegenüber Dritten als wahrhaftig dargestellt und somit von diesen] als Identitätsoption aufgefaßt wird.*“¹³⁵⁸ Dieses in der individuellen Wahrnehmung bereits gegebene Normative wird interaktionell verhandelt und entschieden und dabei sukzessive zu komplexen Wirklichkeitsvorstellungen mitsamt den dafür angemessenen Sozialstrukturen ausgestaltet, aus denen schließlich auch politische Systeme und die Rechtsprechung hervorgehen. Letztlich geschieht somit alle Interaktion mittels Normativem.¹³⁵⁹

Auf den Menschenrechtsdiskurs übertragen, bedeutet dies für ein Verständnis der Wirkzusammenhänge folgendes: Wird beispielsweise in einer Gemeinschaft ein alleiniges Verfügungsrecht der Person zu einer Sache akzeptiert, wird diese Vorstellung lebensweltlich als Eigentum vereinbart und durch das formale strafrechtliche Verbot des Diebstahls sowie durch das Empfinden von Schuld bei einem Verstoß gegen das Normative geschützt. Gibt es dagegen keine Kultur des Eigentums und wird die Zuordnung von Sachen zu Personen als befremdlich oder gemeinschaftsschädigend empfunden, wird dieses Normative eine lebensweltliche Entsprechung im Verbot

1357 *Hilpert*, oben Fn. 662, 87 f.; der Begriff „Normatives“ wird hier wie bei *Hilpert* umfassend als alles Sittliche, Moralische, Ethische und Rechtliche verstanden.

1358 Ebd.; Das zwischenmenschlich und in jeder Gemeinschaft unvermeidbar entstehende Normative ist nach *Hilpert* bereits im Bewusstsein angelegt, weil jede Sinneswahrnehmung als sinnhafte Bedeutung bewusst wird und somit jede Empfindung und jede Vorstellung über die Welt oder das Selbst eine Folgerichtigkeit erfordert, die bereits normativ ist. Das Bewusstsein selbst ist normativ strukturiert, weil Sinneseindrücke für sich keine Informationen enthalten, sondern als Bedeutung entschieden werden müssen, das heißt Bewusstsein entsteht als Verhalten zu sich selbst in einer Selbstentsprechung, weil Bewusstsein die Wahrnehmung des Selbst in einer Welt zum Inhalt hat; vgl. *Hilpert*, oben Fn. 662, 32, 86 ff. und 132.

1359 Vgl. dazu *Hilpert*, oben Fn. 662, 83 ff.

von Eigentum haben, es kann dann keinen Diebstahl an persönlichen Gegenständen geben. Dies bedeutet nicht, dass die vorherrschende strukturelle Gewalt in einer Gemeinschaft der individuellen Vorstellung des authentisch Normativen entsprechen muss, so dass eine Person in einer Eigentumskultur, die eine Verletzung ihres persönlichen Eigentums erleidet, diese nicht als solche empfinden muss. In der kulturvergleichenden Darstellung wurde dementsprechend deutlich, dass die als universell wirksam behauptete strukturelle Gewalt in Form der internationalen Menschenrechte nicht den tatsächlichen Wertvorstellungen innerhalb der jeweiligen Kultur entsprechen muss, weil diese keine als authentisch empfundene Entsprechung des umgesetzten Potentiellen waren. Dies ist mit der Art des geführten Diskurses, vor allem den Mängeln in der Begründung zu erklären, die nicht zu einer entsprechenden Überzeugung geführt hat, weil sie die kulturellen Unterschiede nicht einbezieht und zwischen ihnen moderiert.

Ein weiteres Beispiel verdeutlicht den Zusammenhang zwischen Potentiell, lebensweltlicher struktureller Gewalt und Normativem: Ist das Potentielle des sexuellen Verlangens lebensweltlich umgesetzt als Homosexualität und einem entsprechenden Bedürfnis wahr geworden, dann wäre eine Wertvorstellung einer Gemeinschaft oder Kultur, welche diese sexuelle Ausrichtung strikt verbietet, Gewalt, weil sie das Potentielle unterdrückt. Das Normative des individuellen Bewusstseins thematisiert unwillkürlich das tatsächlich aktivierte Potentielle mit dem interaktionell Vereinbarten und ist für die individuelle Identität bestimmend. Dies verursacht eine entsprechende Selbstwertung und geht zum Beispiel mit dem Gefühl falscher Begierde oder Schuld einher. Normatives ist folglich für die Identität essentiell,¹³⁶⁰ und dem umgesetzten Potentiellen entsprechende Identitätsangebote (Homosexualität als gleichwertig) werden als „ästhetischer Genuß“¹³⁶¹ empfunden und gehen mit dem Gefühl der Bestätigung einher oder bewirken das Gegenteil, wenn sie keine Selbstentsprechung bieten (Homosexualität als „falsche“ Sexualität).

1360 Hilpert, oben Fn. 662, 97 f.

1361 Ebd.

3.2 Notwendige aktive Gestaltung der Gewaltmärkte

Verschiedene Menschenbilder und die daraus abgeleiteten Menschenrechtsvorstellungen sind unterschiedliche Bedürfnisse und historisch gewachsene, kollektive Identitäten. Die Auseinandersetzung mit Menschenrechten muss deshalb im Rekurs auf das jeweilige Menschenbild und die bei menschlichen Bedürfnissen und dem menschlichen Handeln wirkenden Zusammenhänge erfolgen. Auch der um Menschenrechte geführte Diskurs folgt den oben dargestellten Kriterien der Umsetzung des menschlichen Potentiellen im Rahmen des bewusstseinskonstitutiv Vorgegebenen, mittels dessen Identität entsteht.¹³⁶² Das Verständnis der Identitätshervorbringung und der dabei unvermeidbaren Identitätsdifferenz und das Wissen um die wirksamen Zusammenhänge bei der durch das Aufeinandertreffen verschiedener Identitäten entstehenden Gewalt sind für die Menschenrechtsdebatte unverzichtbar.

Menschliche Bedürfnisse werden zwischenmenschlich verhandelt

Identitätsentwicklung ist immer auch ein Marktgeschehen.¹³⁶³ Lebensweltliche Identitätsangebote, etwa die der Eltern, der Medien oder in Form gesellschaftlicher Werte, werden angenommen und anderen bevorzugt, wenn sie als Umsetzung des Potentiellen attraktiv sind. Identität entsteht durch die individuelle Umsetzung des Potentiellen und der damit erzielten Resonanz in der Gemeinschaft.¹³⁶⁴ Identität ist somit das Resultat eines interaktiven Marktge-

1362 Vgl. dazu *Hilpert*, oben Fn. 662, 43 ff. und 203 ff.

1363 Vgl. *Hilpert*, a.a.O., 45 ff.

1364 So kann beispielsweise die menschliche Intention zur Gemeinschaftbezogenheit durch eine starke Betonung der Familie und Partnerschaft - manifestiert durch die Ehe -, durch Glaubensgemeinschaften oder andere soziale Verbände offeriert und gelebt werden. Die Verwirklichung des Menschen kann aber auch in der Konzentration auf das Individuum, seinen beruflichen Erfolg und der persönlichen Liebeserfüllung sowie der Befreiung aus zu engen familiären Bindungen gesehen werden. Ebenso kann es in einer Gemeinschaft Offerten geben, welche Geld, Macht oder physische Attraktivität propagieren oder gegensätzlich dazu ein asketisches und von Äußerlichkeiten freies Leben als Er-

schehens, das im Wettbewerb um bessere Daseinsbewältigung und adäquatere Selbstbilder, das im Wettstreit um ein menschengemäßeres Leben lebensweltlich immer stattfindet.¹³⁶⁵

Die in der jeweiligen Gemeinschaft tatsächlich angebotenen Identitätskonzepte werden individuell als Umsetzung des Apriorischen, des vom Menschen intentional Gewollten, angenommen oder abgelehnt und Abweichungen von dominanten Wertvorstellungen müssen in der Regel gerechtfertigt werden.¹³⁶⁶ Identität ist daher durch „*die interaktionell mit der Daseinsbewältigung vermittelten Wertvorstellungen bestimmt*“, wozu der Mensch Gemeinschaften anstrebt, weil nur in ihnen komplexe Daseinsbewältigungen erreicht werden können und nur interaktionell „*symbolische Vorstellungen als Lebenswelt vereinbart werden*.“¹³⁶⁷

Bezogen auf den Menschenrechtsdiskurs bedeutet dies, dass auch die verschiedenen Menschenrechtsvorstellungen abstraktes Abbild der auf die konkrete Lebenswelt bezogenen Umsetzung des Potentiellen sind, weil Identität die jeweilige Vorstellung einer als authentisch empfundenen Wirklichkeit ist. Die Identität des Individuums muss zwangsläufig mit der kollektiven Identität der Gemeinschaft, auf die sie sich bezieht, zusammenhängen. Die Identitätsentwicklung folgt, einem Marktgeschehen, und Gemeinschaften und Gesellschaften formen sich in dieser Folge aus dem Identitätswettbewerb, indem vorherrschende Identitätskonzepte institutionalisiert werden, etwa durch politische, religiöse und wirtschaftliche Institutionen und Strukturen. Die Ergebnisse der Verhandlung um eine authentische

füllung vorschlagen. Auch alle in einer gesellschaftlichen Einheit angebotenen Berufsfelder werden in einem Markt um ihre symbolische Bedeutung beständig verhandelt, weil sie zur Identitätsbildung beitragen. Werden in entsprechender Weise verschiedene Umsetzungen der Glaubensfähigkeit durch die Zulassung diverser Religionen oder des Atheismus offeriert und strukturell durch Glaubensfreiheit ermöglicht, kann der Einzelne frei wählen und einen von ihm als authentische Umsetzung des Potentiellen empfundenen Glauben annehmen.

1365 Vgl. Hilpert, oben Fn. 662, 47 ff.

1366 Die als äußere technische Welt und etablierte Institutionen materialisierte und ideell als für richtig gehaltene Vorstellungen des empirisch Vorfindbaren sind die Folge des jeweils geschichtlich entwickelten Identitätsmarktes, der kommunikativ zunächst zwischenmenschlich, dann kumulierend in Gemeinschaften und schließlich in komplexen Gesellschaften wirksam war; vgl. Hilpert, a.a.O., 71 und 217.

1367 Hilpert, a.a.O.

Umsetzung des Potentiellen, die gesellschaftliche Wirklichkeit, werden damit zur strukturellen Gewalt. Dennoch bleibt dieses Geschehen nicht statisch, sondern wird durch die ständige Suche des Menschen nach Sinnhaftem und der sinnhaften Entsprechung seines Potentiellen in der Welt bewegt.

Identitätsmärkte sind Gewaltmärkte

Der zwischenmenschlich und gesellschaftlich ununterbrochen bestehende Identitätsmarkt ist ein Gewaltmarkt, weil Identität nur innerhalb der lebensweltlichen strukturellen Vorgaben erreicht und gelebt wird und dabei die jeweils bereits schon vorhandene Identität eine strukturelle Gewalt darstellt, die auf die Aktivierung des Potentiellen und damit auf die Ausbildung neuer Identität Einfluss nimmt - dieser Effekt wird verstärkt, wenn die vorhandene gemeinschaftlich entwickelte Identität in gesellschaftlichen Institutionen oder sogar in festgeschriebenem Recht verstetigt und verselbständigt wurde.¹³⁶⁸

Gewaltmärkte aktualisieren strukturelle Gewalt

Der Identitätsmarkt ist jedoch nicht nur deshalb ein Gewaltmarkt, weil sich Identität nur innerhalb struktureller und letztlich gewalthaltiger Vorgaben ausbilden kann, sondern auch, weil jedes Selbstverständnis fortlaufend aktualisiert werden muss und dabei die Verminderung von Gewalt als Präzisierung der bisherigen Identität beziehungsweise als „*besseres Argument*“ erfahren wird.¹³⁶⁹ Der zwi-

1368 Strukturelle Gewalt - die begründet oder unbegründet sein kann - liegt also durch die gesellschaftlich vorfindbaren Werte und Normen vor, innerhalb derer das Individuum sein Potentielles umsetzen muss, etwa durch Vorgabe eines religiösen oder politischen Systems. Gewalt – strukturelle Gewalt oder eine andere Gewaltform, wie relationale oder diskursive Gewalt - kann aber auch zwischen den einzelnen angebotenen Identitäten entstehen, etwa Gewalt zwischen sozialen Schichten, zwischen verschiedenen Religionen oder verschiedenen politischen Identitätskonzepten sowie zwischen differenten kulturellen Werten. Identität beinhaltet unvermeidbar die Unterscheidung von anderen, am Markt vorhandenen Identitäten, was zu Gewalt und sogar körperlicher Gewalt und Kriegen führen kann, es sei denn, dass die angenommene Identität gerade die Toleranz gegenüber der anderen impliziert.

1369 Nach *Habermas* wird in den Diskursen das „*bessere Argument*“ zum „*Zwang*“, der als „*sanfte Gewalt*“ wirkt. Nach *Hilpert* wird ein Argument dann als das bessere anerkannt, wenn es eine bereits bestehende Identität weiterentwickelt und mit der dadurch erreichbaren Aktualisierung von Identität

schenmenschlich und politisch ununterbrochen stattfindende Markt um bessere Daseinsbewältigung und ein adäquateres Selbstverständnis hat deshalb immer zugleich die Verminderung von Gewalt zum Ziel, das innerstaatlich beispielsweise durch das Mühen um eine die Freiheit der Menschen vergrößernde prosperierende Wirtschaft, um ein effizienteres, Straftaten verringerndes Rechtswesen und um die Lebensfähigkeit und charakterliche Bildung begünstigende Schulen zum Ausdruck kommt.¹³⁷⁰ Gewalt entsteht stets aus Identitätsdifferenz, durch unterschiedliche Menschenbilder, die die Missachtung der Bedürfnisse anderer rechtfertigen und individuell innerhalb einer Gemeinschaft oder kulturell zwischen verschiedenen Gemeinschaften vorliegen können. Zur Vermeidung von Gewalt werden deshalb in allen Gesellschaften Institutionen geschaffen und Rechtsvorstellungen ausgebildet, die als Bedingung für die zukünftig stattfindende Identitätsgestaltung, als strukturelle Gewalt, wirken und dabei Gewalt verringern sollen.

Analog zur internen Identitätsoptimierung innerhalb einer bestimmten Gemeinschaft werden auch zwischen Gemeinschaften mit unterschiedlicher Identität Anpassungen als freundliche Angleichungen oder gewalttätige Einflussnahmen unwillkürlich versucht, weil einerseits die jeweils eigene Identität mitsamt den Zuweisungen, die sie gegenüber den Angehörigen anderer Gruppen enthält, unvermeidbar als authentisch und somit als Vorbild für andere aufgefasst wird, das andere anzuerkennen haben, und andererseits eine fort dau-

tät und Bedürfnisentwicklung eine angemessenere Daseinsbewältigung und/oder ein konsistenteres Selbstverständnis entwickelt wird. Gewalt wäre für *Habermas* die Durchsetzung einer nicht kommunikativ erreichten Vernunft, *Hilpert* würde dies ähnlich sehen, weil er davon ausgeht, dass Kommunikation auf die jeweilige Identität bezogen bleibt, so dass eine unmittelbare diskursive Einigung nur innerhalb desselben Welt- und Selbstverständnisses möglich ist und die Annäherung unterschiedlicher Weltbilder nur durch die gemeinsame Rückführung auf das ursprünglich Gewollte respektive durch gemeinsame Weiterentwicklungen der bisherigen Identität erreicht werden kann. Vgl. dazu *Jürgen Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 1 – Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung, 1995, 47 ff.; *Hilpert*, oben Fn. 662, 217 ff.

1370 Bei jeder Aktualisierung des jeweils geltenden Selbstverständnisses wird versucht, Widersprüche des bisher Gedachten aufzuzeigen, um eine in sich konsistentere Identität zu erreichen – aus diesem Grunde ist der zwischen den Menschen immer stattfindende Identitätsmarkt ein Gewaltmarkt, weil bei der Entscheidungsfindung die Gewaltverringering das Kriterium ist.

ernde Identitätsdifferenz meist in unmittelbare Gewalt umschlägt, da andere Normen ein Verhalten rechtfertigen, das von den Betroffenen als Übergriff oder gar Infragestellung der eigenen Identität aufgefasst werden muss.¹³⁷¹

Menschenrechte sind wie das positive Recht einzelner Staaten Vorgaben beziehungsweise strukturelle Gewalt, die in einer Gemeinschaft der Gewaltminimierung dienen soll. Hat sich beispielsweise im Islam in der Umsetzung der potentiellen Glaubensfähigkeit des Menschen die Gemeinschaft darauf verständigt, dass die göttlichen Vorgaben streng einzuhalten sind - positiv formuliert ist es ein Recht des Menschen an *Allah* zu glauben und diesen Glauben auszuüben -, ist es Ausdruck der Befriedigung der Gemeinschaft, dass Mitglieder, die sich nicht daran halten und die Grenzen des Rechts überschreiten, bestraft werden dürfen. Ist dagegen nach dem westlichen Menschenbild vereinbart, dass die Fähigkeit an *irgendeinen* Gott zu glauben, der Fähigkeit an keinen Gott zu glauben, gleich steht, wird dies als (Menschen-) Recht ebenfalls formuliert, um die erzielte Einigkeit zu verrecken und zu festigen.

Menschenrechte sind ein Mittel zur Präzisierung des Menschenbildes und des jeweiligen Selbstverständnisses, sie präzisieren Identität, vermitteln differente Auffassungen und dadurch divergierende Vorstellungen vom Menschen und vom Recht angleichen. Besteht etwa positiv formuliert ein (menschen-)rechtlicher Anspruch auf körperliche Unversehrtheit und negativ das Verbot, einem anderen körperlich zu schaden, ist letzteres Verhinderung einer möglichen Gewalt. Dieser Rechtsanspruch – reziprok als Verbot selbst strukturelle Gewalt - ist jedoch begründet, weil er die Entfaltung des menschlich Potentiellen fördert. Stellt der Anspruch/das Verbot einen sinnhaften Lebensvollzug dar und wirkt in der Gemeinschaft befriedend, kann es als gemeinschaftlich akzeptierter Identitätsvorschlag zum *Recht* des Menschen formuliert werden.¹³⁷² Werden aber beispielsweise in islamischen Ländern Körperstrafen wegen Verstößen gegen die göttliche Ordnung durchgeführt, wird dies selbstverständlich nicht als Verstoß gegen die (islamischen) Menschenrechte aufgefasst, da

1371 Vgl. dazu *Hilpert*, a.a.O., 217 ff.

1372 Dabei ist immer zu bedenken, dass es sich um einen langwierigen Prozess handelt und nicht um ein Geschehen *ad hoc*.

nach islamischem Selbstverständnis der Mensch in einer göttlichen Ordnung steht und Menschenrechte nur aus dem Koran und der jeweiligen Rechtsgelehrtentradition abgeleitet werden können.

Um solche bestehenden, unmittelbar nicht überbrückbaren Unterschiede aufzuheben, müssen deshalb im Menschenrechtsdiskurs *neue* Menschenbilder (im Sinne einer gemeinsamen dritten Identitätsoption) entwickelt werden, welche vor allem die diametral entgegengesetzten Vorstellungen, das heißt insbesondere die westlichen Ideen und die muslimischen Grundannahmen, sowohl beinhalten als auch zusammenführen.¹³⁷³

Menschenrechte sind strukturelle Gewalt

Menschenrechte sind im Identitäts- und Gewaltmarkt¹³⁷⁴ ein Instrument zur Durchsetzung des menschlichen Potentiellen, sie sind be-

1373 Das „*bessere Argument*“, das nach *Habermas* im vernünftigen kommunikativen Handeln Gewalt ersetzen soll, ist nach *Hilpert* zunächst nur innerhalb der jeweiligen Identität und Kultur verständlich und demzufolge nur innerhalb spezifischer Traditionen erkennbar und wirksam. Wie die vorliegende Arbeit über Menschenrechte gezeigt hat, sind die Menschenbilder und die diesbezüglich vorgetragenen Rechtsgründe keineswegs universell. Jedoch entstanden alle Selbstverständnisse aus denselben Intentionen, so dass in der Rückführung auf das mit der konkreten Kultur ursprünglich universell Gewollte, in der Reduzierung der jeweils erreichten Identität auf das Essentielle und in der gemeinsamen Weiterentwicklung der unterschiedlichen Weltbilder zu einer neuen dritten Form, welche die bislang differenten Auffassungen zugleich einschließt und überwindet, neue „*bessere Argumente*“ hervorbringt, die bisher konträre Positionen angleichen können. Diese Möglichkeit der argumentativen Überzeugung muss auch im globalen Menschenrechtsdiskurs genutzt werden. Vgl. dazu *Habermas*, oben Fn. 76, 47 ff.; *Hilpert*, oben Fn. 662, 217 ff.

1374 In Bezug auf den Bedürfnisbegriff beschreibt *Hilpert* den interaktionellen Gewaltmarkt allgemein auch wie folgt: „*Gewalt tritt auf, wenn die Befriedigung der [...] durch das Bewußtsein vorbestimmten und auch für die lebensweltliche Daseinsbewältigung unabdingbaren Bedürfnisse beeinträchtigt oder gar unterbunden werden. Die Verhinderung von Interaktion, die die individuell verlangte Identitätsentwicklung einschränkt, ist Gewalt. Auch die Manipulation der Identitätsmärkte, die eine Anpassung der individuellen Umsetzung des Potentiellen an die Lebenswelt und die aktuelle Daseinsbewältigung erlauben, ist Gewalt. [...] Gewalt ist demnach eine Handlung, die keinen für Interaktionen sonst konstitutiven Identitätsmarktcharakter hat und keine Sinnhaftigkeit impliziert, die als Identitätsangebot allgemeingültig sein könnte.*“; vgl. auch den Hinweis, dass im Gewaltmarkt die negative Gewalt durch Individuen und strukturelle Gewalt bedingt sein kann: „*Demnach können Gewalt-*

gründete strukturelle Gewalt, die sich geschichtlich entwickelt hat, um Bedürfnisse besser zu befriedigen, Identität weltweit anzugleichen und dadurch Gewalt zu minimieren.¹³⁷⁵ Menschenrechte sind begründet, weil sie die Umsetzung des menschlichen Potentiellen, die Selbstentsprechung des Menschen, ermöglichen und fördern sollen.¹³⁷⁶ Die Begründung der Menschenrechte ergibt sich damit aus dem in jedem Menschen angelegten anthropologisch Konstanten, das sie zur Geltung bringen.¹³⁷⁷ Dabei ist auch deutlich, dass in jeder

phänomene durch Individuen verursacht sein, die einseitig, d.h. ohne interaktive Rückversicherung, affektive Handlungen durchführen, um vermeintliche Bedürfnisse zu befriedigen. Individuelle Gewalt dieser Art geschieht innerhalb unzureichend entwickelter Gemeinschaften, die für das gewalttätige Individuum weder die Daseinsbewältigung noch die Umsetzung des individuellen Potentiellen erreichen und demzufolge auch kaum Identität anbieten. [...] Die Gemeinschaftszugehörigkeit und Identitätsangebote können aber auch von außen verweigert sein Infolgedessen kann Gewalt auch durch die interaktionell verselbständigten Strukturen einer Lebenswelt, durch strukturelle Gewalt, entstehen. Dies ist dann der Fall, wenn individuelle Identitätsentwicklung durch die Gemeinschaft verwehrt wird, so daß Individuen aufgrund ihrer unzureichenden Identitätsentwicklungschancen zur affektiven, interaktionell nicht abgestimmten Gewalt gezwungen sind.“; vgl. Hilpert, oben Fn. 662, 73 f.

1375 Vgl. *Galtung*, Menschenrechte – anders gesehen, oben Fn. 1274, etwa 223 ff.; *Hilpert*, a.a.O., 53 ff.

1376 Bei *Galtung* wird die Entstehung der verschiedenen Generationen der Menschenrechte aus den historischen Gewaltverhältnissen erklärt. Für ihn entstanden beispielsweise aus dem Antagonismus zwischen Bourgeoisie und Aristokratie die erste Generation und aus dem Verhältnis der Arbeiter zur Bourgeoisie die zweite Generation der Menschenrechte. Diese Rechte sind wiederum strukturelle Gewalt, mit der nach Überwindung der alten gewalthaltigen Identitätskonzepte, welche die Bedürfnisse nach Freiheit und Wohlergehen beschränkten, durch eine neue Identität die politische und soziale Gleichheit beziehungsweise Angleichung institutionell abgesichert wird. S. dazu bereits *Galtung*, oben Text zu Fn. 1281 f.

Treten geschichtliche Entwicklungen ein, innerhalb derer die rechtlichen strukturellen Vorgaben dem vom Menschen Intendierten entgegenstehen, dann bilden sich laut *Hilpert* neue menschliche Bedürfnisse aus, die als Rechte eingefordert werden, um unter veränderten Bedingungen ein menschliches Leben mit einer widerspruchsfreien Identität führen zu können. Die sich verändernden Bedürfnisse, die laut *Galtung* als Menschenrecht anerkannt werden müssen, sind nach *Hilpert* ihrerseits Rahmenbedingungen für die jeweils aktuell mögliche Aktivierung des Potentiellen. Unterschiedliche Menschenrechtsvorstellungen beeinflussen als Teil der Kultur die sich einstellenden Identitäten. Vgl. *Hilpert*, oben Fn. 662, 73 f.

1377 Diejenigen Menschenrechte, welche die Umsetzung des Potentiellen im Menschen in einer Gemeinschaft fördern, sind anderen überlegen, welche dies nur behaupten und Bedürfnisse allenfalls verkürzt befriedigen. Rechte, Frei-

Gemeinschaft nicht eine behauptete Identität oder strukturelle Gewalt wirksam ist, sondern nur die tatsächlich feststellbare. Deshalb ist auch die Aussagekraft der internationalen und regionalen Menschenrechtsabkommen und sogar der nationalen Verfassungen begrenzt, was in der kulturvergleichenden Darstellung der Arbeit berücksichtigt werden musste. Besonders bei den international kodifizierten Menschenrechten wurde deutlich, dass sie einen semantischen Konsens suggerieren, der in den Kulturen nicht gelebt wird, also nicht immer dem tatsächlichen inneren Wertesystem entspricht, weil sie keine als authentisch empfundene Entsprechung des umgesetzten Potentiellen sind, was mit Mängeln in der Argumentation (Begründung) erklärt wurde, die nicht zu einer entsprechenden Überzeugung geführt hat.

In einer einheitlich westlich orientierten Welt wäre die Weiterentwicklung und politische und rechtliche Implementierung von Menschenrechten leicht vorstellbar, weil sie sich aus der Logik eines bereits bestehenden Selbstverständnisses ableiten ließen. Dagegen entsteht beim Aufeinanderprallen zweier verschiedener Systeme wie der des Westens und des Islams eine „*unüberwindbare normative Positionsdifferenz*“, die aufgrund des nicht möglichen rationalen Diskurses bei den Fundamentalisten unweigerlich zur Konfrontation führt.¹³⁷⁸ Der moderne Antagonismus zwischen dem Islam und (vor

heiten und Systeme, die das Spektrum des menschlichen Sein-Könnens respektieren und seine Verwirklichung in der vom Menschen gewollten Gemeinschaftlichkeit berücksichtigen, können im Diskurs argumentativ begründet werden. Freiheitsrechte und Demokratie sind Beispiele für eine solche institutionalisierte Umsetzung des Menschlichen.

1378 Am Beispiel des Islams und des fundamentalistisch motivierten Terrorismus lassen sich die erläuterten Zusammenhänge des Gewalt- und Identitätsmarktes gut nachvollziehen. Der zitierte Islamwissenschaftler *Bassam Tibi* sieht im Islam vor allem eine sich in der Krise befindende Defensiv-Kultur, welche die westlich-europäische Kultur wegen ihrer globalen Hegemonialstellung als Bedrohung empfindet, und in der die eigene (traditionelle) Kultur zur Selbstbehauptung gegenüber der als überlegen empfundenen Kultur mobilisiert wird (*sahwa islamiyya*, „*Islamisches Erwachen*“). In der heutigen Weltordnung gibt es keine egalitäre Weltgesellschaft, sondern in den bestehenden asymmetrischen Strukturen ist es hauptsächlich der Westen oder die europäisch-westliche Kultur, welche wissenschaftlich, technisch, ökonomisch und politisch dominiert. Dabei stehen die Moralbegriffe der Moderne, die auf Anerkennung der subjektiven Freiheit der Individuen zugeschnitten sind, im diametralen Widerspruch zum überlieferten theozentrischen Weltbild des Islams, in dem der Mensch dem göttlichen Willen grenzenlos unterworfen ist und er keine

allem) dem Westen ist daher nicht bloß Ausdruck eines „*clash of civilisations*“ im Sinne *Samuel Huntingtons*, sondern ist ein „*clash of values*“ beziehungsweise ein „*clash of identities*“. Zivilisationen und Kulturen verwirklichen verschiedene Identitäten und Wertvorstellungen, ihre Vernunft ist unterschiedlich, weil sie mit anderen Maximen und gegensätzlichen „unabweisbaren Werten“ argumentieren, und ihr Zusammenprall hat kulturdifferente Gewalt zur Folge.¹³⁷⁹ Gewalt entsteht insbesondere dort, wo verschiedene Identitäten unmittelbar miteinander konkurrieren und aufeinander treffen, das heißt vor allem innerhalb der Gesellschaften, in denen durch Migration, intensive internationale Beziehungen und Globalisierung ein isolierter Lebensvollzug innerhalb der angestammten Identität nicht mehr möglich scheint.¹³⁸⁰

Die tatsächlich konträren Menschenrechtsvorstellungen und insbesondere der Gegensatz zwischen dem freiheitlich liberalen Men-

subjektive Freiheit haben kann. Nach *Hilpert* kann Gewalt jedoch nicht nur mit Gefühlen defizitärer Unterlegenheit erklärt werden, sondern Gewalt hat vor allem genuine Gründe und will auch im Falle der Muslime das jeweilige Selbstbild durchsetzen, die Eigenidentität auf andere übertragen respektive von anderen anerkannt wissen. Folglich ist die Diskrepanz zwischen dem Selbstbild (vgl. Koranvers 3, 110: „*das beste Volk, hervorgebracht zum Wohl der Menschheit; ihr gebietet das Gute und verwehrt das Böse und glaubt an Allah*“) und der realen Bedeutungslosigkeit der Muslime in der modernen Welt maßgeblich für die Entstehung identitätsdifferenter muslimischer Gewalt. So ist das Streben des Irans in der jüngsten Zeit hin zu einer atomaren Macht nur ein Beispiel des allgemeinen Wunsches nach Geltung und Ebenwürdigkeit. Vgl. dazu *Tibi*, oben Fn. 1132, 202 ff., 218 f. und 254 f. sowie in dem Zusammenhang auch *Hilpert*, oben Fn. 662, 236 ff.

1379 Vgl. *Hilpert*, oben Fn. 662, 188.

1380 Die Gleichzeitigkeit des Erlebens der ursprünglichen Identität in den Heimat- und Herkunftsländern und des notwendigen Zurechtfindens in den diametral gestellten Kulturen der neuen Heimaten erzeugt identitätsdifferente Gewalt. So ist durch die Globalisierung und Intensivierung der zwischenstaatlichen Beziehungen ein isoliertes Erleben der Identitäten in den Heimatländern oder den neuen Heimaten nicht mehr möglich; vgl. zur identitäts- und kulturdifferenten Gewalt *Hilpert*, oben Fn. 662, 157 ff., 188 ff. und 236 ff.

Zu beachten ist auch, dass islamistische Attentäter in der Regel in den betroffenen Staaten lebten, etwa zum Studienaufenthalt, oder sogar dort aufgewachsen waren, also mit der letztlich als feindlich erlebten Kultur eng in Berührung kamen und sie Bestandteil ihrer eigenen Identität war. Zum Beispiel stammten die Attentäter des Bombenanschlags in London im Sommer 2005 aus Einwandererfamilien und führten bis zu den Anschlägen ein „*normales Leben*“ in Großbritannien, etwa als Grundschullehrer; vgl. *Berliner Morgenpost* vom 15.7.2005, S. 5.

schenbild westlicher Demokratien und dem theozentrischen Weltbild der Muslime können jedoch nur überbrückt werden, wenn durch politisch strukturelle Vorgaben die Identitäten angepasst werden. Auf Seiten der Muslime etwa wäre dazu eine Ablehnung von religiös fundierter Gewalt notwendig.¹³⁸¹ Die einseitige Veränderung der politisch durch Gesetze ausgestalteten strukturellen Gewalt wird allein jedoch nicht ausreichen, weil sich Identitäten aus den dargestellten Zusammenhängen nur dann weiterentwickeln können, wenn dabei zugleich eine Präzisierung und Verbesserung ihres bisherigen Selbstverständnisses stattfindet.¹³⁸² Deshalb muss auch der Westen seine Irrationalitäten angehen und beispielsweise die seit dem 16. Jahrhundert üblich gewordene Gegenüberstellung von Glauben und Vernunft überwinden. Die Bindung des Religiösen an die Vernunft und damit einhergehend an menschliche Bedürfnisse und das vom Menschen in Freiheit eigentlich Gewollte wäre eine Vorstellung, die Muslime annehmen könnten, wenn dabei zugleich das Religiöse als Wahrheit innerhalb der für Menschen immer nur relevanten Lebenswelt verstanden wird.

Sich gegenseitig ausschließende Identitäten, die sich aufgrund ihrer Identitätsdifferenz Gewalt antun, sind nach den Identitäts- und Gewaltmarktregeln nur durch eine gemeinsame Identitätserweiterung, durch etwas Drittes überwindbar, welches das jeweils Bisherige, im Westen das Recht auf individuelle Freiheit, im Islam die Gottesbezogenheit des menschlichen Lebens, anerkennt und zugleich in der bisherigen problematischen Weise überwindet.¹³⁸³ Der Menschenrechtsdiskurs und die politischen Entscheidungen sollten diese Zusammenhänge berücksichtigen.

Bedeutung des Gesagten für Guantánamo

Die Folgen der unterschiedlichen Menschenrechtsvorstellungen beziehungsweise der Gewalt verursachenden unterschiedlichen

1381 Die Veränderung auf Seiten der Muslime könnte in Deutschland beispielsweise durch einen an Hochschulen in deutscher Sprache gelehrteten Islam geschehen, der alle Moscheen kontrolliert, Gewalt, Intoleranz und unsoziales Verhalten jeder Art als unislamisch und sündhaft vehement ablehnt und Muslimen das Recht auf Religionsfreiheit und die Gleichberechtigung der Geschlechter zubilligt.

1382 Vgl. *Hilpert*, a.a.O., 220 ff.

1383 Vgl. dazu *Hilpert*, oben Fn. 662, 220 ff.

Selbstverständnisse wirken sich auch auf Guantánamo aus. Das Militärgefängnis findet den Grund seiner Existenz gerade in den Identitätsdifferenzen zwischen islamischem Fundamentalismus und der westlichen Welt, die sich in terroristischer Gewalt und militärischer Gegengewalt manifestiert haben. Beide Strategien des Umgangs mit den tatsächlich vorhandenen Wertedifferenzen sind wiederum Ausdruck des gewachsenen kulturellen und gesellschaftlichen Systems. In Guantánamo geht es nicht nur um die konkrete Situation der Inhaftierten, sondern das Gefangenenlager ist ein Symbol für das Aufeinanderprallen verschiedener Identitäten, Rechtskulturen und Wertesysteme geworden.

Islamisch, genauer gesagt nach der Vorstellung der islamistischen Terroristen, sind die in Guantánamo einsitzenden Häftlinge in jedem Fall unschuldig, weil sie lediglich die Gebote Gottes befolgt haben. Die Inhaftierung ist demnach eine Prüfung oder gar eine Ehre. Weil im Denken der Islamisten Gewalt gegen die „Ungläubigen“ legitimiert ist, kann bei den tatsächlichen Terroristen das Gefangenhaltens durch den „Feind“ nicht zur Einsicht der Schuld führen.

Reziprok ist der harte Umgang mit den Inhaftierten von Seiten der USA lediglich ein innerwestlich geführtes Thema um den Anwendungsbereich und die Auslegung der Menschenrechte beziehungsweise der einschlägigen Konventionen und Abkommen. Sowohl die Begründung des Gefangenenlagers als auch die Kritik am rechtlich unsicheren Status der Insassen sind europäisch fundiert.¹³⁸⁴ Es ist offensichtlich, dass wie in den theoretischen Ausführungen zuvor begründet, eine unmittelbare Verständigung zwischen den divergierenden Identitäten, Menschenbildern und Menschenrechtsvorstellungen überhaupt nicht möglich ist. Die jeweiligen Einwände gegen Guantánamo werden nur innerhalb der jeweiligen Werte- und Diskursgemeinschaft verstanden. Für den *djihad* und den islamistischen

1384 Es kommt hinzu, dass aus amerikanischer Sicht die harte Behandlung der „outlaws“ ein historisch bedingtes Phänomen ist und die europäische Kritik angesichts der empfundenen Bedrohung durch den internationalen Terrorismus relativ unverstanden aufgenommen wird und ohne nachhaltigen Eindruck bleibt. Vermieden werden können Erscheinungen wie Guantánamo zukünftig daher nur, wenn zwischen den Kulturen insgesamt - und besonders denen, die gewaltsam aufeinandertreffen - ein Diskurs um die Rechte des Menschen geführt wird, der die Wertedifferenzen offen anspricht, die Ursachen der Gewalt benennt und die Konflikte aufzulösen vermag.

Terrorismus sind völkerrechtliche Verträge der „Ungläubigen“ dagegen ohne Relevanz und allenfalls taktisch-propagandistisch von Interesse.

Im Ergebnis muss zugestanden werden, dass die amerikanische Deutung der Menschenrechte innerhalb des westlichen Menschenrechtsdiskurses als vertretbar und zulässig betrachtet werden muss, weil *die* (westlichen) Menschenrechte nicht hinreichend begründet und konsentiert sind und innerhalb des kodifizierten Systems von amerikanischer Seite rational mit Verweis auf die bestehenden Vorbehalte und Auslegungsmöglichkeiten argumentiert wurde.

Die von Europäern formulierte Beurteilung und ihr Anspruch sind jedoch gleichfalls begründet, sie erfüllen die Intention des Menschenrechtsgedankens sogar besser und sind daher überlegen. Jedoch muss wahrgenommen werden, dass die USA den in dieser Form und Intensität neuen Konflikten mit struktureller Gewalt innerhalb ihres systemischen Hintergrundes zu begegnen versuchen, und sie sind dabei auf pragmatische Strategien angewiesen.¹³⁸⁵ Nicht das Festhalten der Personen wäre demnach zu kritisieren, sondern allenfalls dabei stattfindende Übergriffe und Willkür ohne jegliche gerichtliche Überprüfung, öffentliche Diskussion und gegebenenfalls mögliche Korrektur.

Innerhalb der gegebenen Verhältnisse, des Fehlens universeller Menschenrechtsvorstellungen und der gewalthaltigen Identitätsdifferenzen verschiedener Kulturen, ist Guantánamo weder faktisch zu verhindern, noch kann das bisherige Verhalten der USA als willkürlich nachgewiesen werden. Das Gefangenenlager steht für strukturelle Gewalt der Vereinigten Staaten, die von der amerikanischen Regierung bisher als unverzichtbar angesehen wird. Alle am Menschenrechtsdiskurs Beteiligten werden sich jedoch darüber einig sein, dass man zukünftig eine Welt gestalten sollte, in der sowohl

1385 Wie bereits in Teil 1 dargestellt, ist der Krieg gegen den Terror aus Sicht der Vereinigten Staaten nicht zu Ende, die Freilassung der Internierten ist deshalb für sie nicht notwendig. Dem unklaren rechtlichen Status der beteiligten Kämpfer versuchen die USA in Guantánamo durch eine rechtliche Neubewertung pragmatisch zu begegnen, die sie gesetzlich formal korrekt absichern (vgl. etwa den Detainee Treatment Act von 2005 und den Military Commissions Act von 2006, oben Fn. 13). Dabei wird auf Denkfiguren zurückgegriffen, welche die Internierung kampffähiger Personen der gegnerischen Partei zulassen, was nach den Genfer Konventionen grundsätzlich zulässig ist.

Lager wie Guantánamo als auch Konflikte mit muslimischen Extremisten vermieden werden können. Dazu bedarf es der Umgestaltung der strukturellen Gewalt, insbesondere der Initiierung und nachhaltigen Institutionalisierung eines auf Frieden und Toleranz eingeschworenen Islams, und es bedarf der Angleichung der Menschenbilder, weil Menschenrechte nicht losgelöst verhandelbar sind, sondern nur Ausdruck des Selbst- und Weltverständnisses sein können. Ohne eine Weiterentwicklung des westlichen Kultur- und Rechtsverständnisses wird dieses Ziel nicht erreicht werden können und werden Gewalt verursachende Identitätsdifferenzen auch in Zukunft unvermeidbar bleiben.

3.3 Resümee

In der vorliegenden Arbeit wurde nachgewiesen, dass es bis heute kein einheitliches Menschenrechtsverständnis und keinen global gültigen „Katalog der Menschenrechte“ gibt. Es wurde gezeigt, dass die Differenzen in den unterschiedlichen Rechtstraditionen und Menschenbildern begründet sind. Die verschiedenen Kulturkreise fordern jeweils ganz andere Menschenrechte, und sogar die innerhalb einer Wertegemeinschaft ratifizierten und in ihren Formulierungen akzeptierten Menschenrechte werden - wie der Fall Guantánamo beweist - sehr verschieden ausgelegt. Menschenrechte sind keine unumstößlichen metaphysischen Rechtsregeln, sondern politisch ausgehandelte und in der jeweiligen Gemeinschaft in reale Rechtspraxis umgesetzte Regeln des Zusammenlebens. Sie bleiben ungenau oder beinhalten sogar Gegensätzliches.

Dies bedeutet, dass Menschenrechte zwischen den Kulturen nicht apodiktisch direkt eingefordert werden können, weil in diesem Fall unweigerlich Rekurs genommen wird auf die jeweils unterschiedliche Rechtstradition und das jeweilige kulturell legitimierte Menschenrechtsverständnis. Eine unmittelbare Übertragung europäischer Ideale auf andere ist unangebracht und nicht durchführbar und auch die europäische Kritik an der amerikanischen Position zu Guantánamo kann demzufolge nur relativiert werden. Es ist anzuerkennen,

dass auch unvereinbare Grundauffassungen, beispielsweise die des Islams, zunächst als grundsätzlich legitimes Mühen um die Rechte der Menschen anzusehen sind.

Die Arbeit machte auch deutlich, dass es unbedingt einer Angleichung der Menschenbilder bedarf, was eine Vereinheitlichung kanonisierter und wirklich allgemein anerkannter Menschenrechte möglich macht. Denn die andauernden Unterschiede der Rechtstraditionen und die damit einhergehende Rechtsunsicherheit sind im Mühen um universale Menschenrechte rechtslogisch unhaltbar und verursachen immer wieder humanitäre Katastrophen. Zudem behindern die uneinheitlichen Menschenrechtsvorstellungen die internationale Zusammenarbeit und die zunehmend global agierende Wirtschaft. Die bisher unzureichende Menschenrechtsentwicklung in der Welt ist jedoch nicht nur juristisch und ökonomisch ineffizient und für die jeweils Betroffenen fatal, sondern sie ist auch politisch sehr gefährlich. Nach den Ereignissen des 11. September wird niemand mehr bestreiten, dass Gewalt und Kriege insbesondere auch durch unterschiedliche Wertvorstellungen hervorgerufen werden, das heißt die Weiterentwicklung und Angleichung der Menschenrechte wird über die zukünftige Entwicklung der Welt entscheiden.

Es würde den Ergebnissen der Dissertation widersprechen, wollte man auf der Grundlage der bisher skizzierten Erkenntnisse den zukünftig notwendigen Menschenrechtskatalog unmittelbar ableiten. Dies würde einen eigenständigen und ausführlichen Arbeitsprozess benötigen, der an dieser Stelle nicht geleistet werden kann. Es können daher nur skizzenhaft einige Parameter des notwendigen neuen politischen Dialoges dargestellt werden.

Zunächst bleibt festzuhalten, dass Menschenrechte auch in Zukunft politisch entschieden werden. Menschenrechte werden nur innerhalb der jeweiligen Tradition als selbstverständlich und allgemeingültig wahrgenommen, sie stehen jedoch nicht *a priori* fest, sondern werden verhandelt und durch die Legislative der einzelnen Länder beschlossen oder ratifiziert. Aufgrund der nur politisch möglichen Angleichung der Menschenrechte ist die gegenseitige Abstimmung nur als Dialog zwischen den Rechts-Kulturen möglich.

Inhaltlich ist zu beachten, dass es entgegen der weit verbreiteten Vorstellung momentan nicht die Möglichkeit gibt, sich auf einen

Minimalkonsens zu einigen, weil es wie erwähnt keine menschenrechtlich tragfähigen Gemeinsamkeiten gibt, da beispielsweise das westliche Grundverständnis, das ein Selbstbestimmungsrecht des Menschen betont, mit dem islamischen Ansatz, der die Unterwerfung des Menschen unter ein vom Propheten *Mohammed* offenbartes göttliches Gesetz verlangt, unvereinbar ist. Es ist auch nicht realistisch und effizient, die gegensätzlichen Grundvorstellungen zu ignorieren und zu behaupten, dass man gleichwohl gleiche Wertvorstellungen habe, die lediglich ganz anders gerechtfertigt würden. Die diametralen Überzeugungen - individualistische, theozentrische und staats- oder stammesbezogene - sind zunächst unüberbrückbar und lassen sich durch direkte Verhandlungen gar nicht angleichen, weil es für keine Seite Gründe gibt, die Argumente der Gegenseite als relevant anzuerkennen. Wie ich mit *Hilpert* deutlich machen konnte, ist vielmehr die Anerkennung der sich gegenseitig ausschließenden Grundannahmen die Voraussetzung für die anzustrebende Annäherung, da sich im Rekurs auf das mit dem jeweiligen gegensätzlichen Menschenrechtsideal „*Gemeinte*“ Gründe ermitteln lassen, welche die Gegenseiten gemeinsam anerkennen können.

Aufgrund des in Teil 3 der Dissertation Vorgetragenen wäre es im ersten Schritt vorab zu empfehlen, im politischen Dialog der Kulturen anzuerkennen, dass es den islamischen, westlichen, asiatischen und afrikanischen Menschenrechtskonzepten ungeachtet ihrer konträren Lehren und Maximen jeweils um die Würde des Menschen geht. Der Eifer und die Ernsthaftigkeit aller für das Menschenrecht streitenden Parteien beweist, dass sie die Entfaltung des menschlichen Potentiellen bzw. sein eigentliches Sein-Können und Sein-Sollen absichern wollen. Da bei allen Identitäts- und Gesellschaftsbildungen dieselben Wirkmechanismen vorliegen und gegenseitige Anpassungen nur als Optimierung des jeweils bisherigen Selbstverständnisses erreicht werden können, sollte in einem zweiten Schritt die bessere Absicherung des jeweiligen „Würdekonzpts“ eingefordert werden.

Dies bedeutet, dass man etwa von China Transparenz, Pressefreiheit und soziale Standards verlangen würde und zwar nicht wegen europäischer Werte, sondern damit das konfuzianische Grundverständnis besser umgesetzt werden kann und nicht am fortlaufenden

Missbrauch der Funktionäre und wirtschaftlich Mächtigen scheitert.¹³⁸⁶

Gegenüber dem Islam würde deutlich gemacht werden, dass die Erfüllung der Gebote Gottes und die damit einhergehende individuelle Hingabe Bildung voraussetzt und dass das bisher weltweit praktizierte ausschließliche Auswendiglernen des Korans in der meist fremden arabischen Sprache die Gläubigen der willkürlichen und traditionell oft gewalttätigen Auslegung durch die größtenteils ebenfalls unzureichend gebildete Geistlichkeit aussetzt. Aus dem islamischen Selbstverständnis ist auch ableitbar, dass es *Allah* in seiner Offenbarung um die sich letztlich erst durch den Glauben an ihn einstellende Würde des Menschen geht und dass *Allah* dem Menschen zugewandt ist und seine Gebote der menschlichen Vernunft nicht entgegen stehen, sondern die individuelle Einlassung in seine Gesetze den Menschen erst vernünftig macht.

Auch die Implikationen der westlichen Ideale können hervorgehoben werden, um die in ihr enthaltenen Aporien zu verdeutlichen und durch ihre Überwindung die erforderliche Angleichung menschenrechtlicher Grundannahmen zu bewirken. So ist zum Beispiel die Vernunftvorstellung des Westens selbst metaphysisch und bedarf dringend der Entmythologisierung. Umgekehrt muss Religiöses und Vernunft einander zugeordnet werden bzw. muss die religiöse Wahrheit einer Glaubenslehre an der Zugewandtheit zum Menschen, an der Liebe und ihrer Übereinstimmung mit der Vernunft und den Bedürfnissen der Menschen festgemacht werden.¹³⁸⁷ Auch ist bewusst zu machen, dass Egoismus und Hedonismus den Individualismus letztlich gefährden.

Nach meiner Auffassung ist in der geschilderten Weise durch den Rekurs auf das mit der jeweiligen Weltanschauung eigentlich Intendierte die diplomatische Angleichung der bisher nicht überbrückbaren Gegensätze der verschiedenen Menschenrechtsvorstellungen erreichbar. Im notwendigen politischen Diskurs der verschiedenen

1386 Dass eine konfuzianische Tradition auch mit individuellen Freiheiten und deren institutioneller Absicherung gelebt werden kann, zeigen andere asiatische Staaten wie Japan und Südkorea.

1387 Vgl. *Hilpert*, oben Fn. 662, 19, 81 ff.

Rechtskulturen können alle Menschenrechtskonzepte so infrage gestellt und weiterentwickelt werden, dass sie Werte wie Transparenz, Gewaltenteilung, Selbstbestimmung, Freiheit, Demokratie, Pressefreiheit und schließlich den Aufbau einer Zivilgesellschaft berücksichtigen und als Voraussetzung ihrer Tradition anerkennen. Sobald diese Werte als essentiell anerkannt sind, lassen sie sich als gewohnheitsmäßiges Menschenrecht nach und nach in entsprechende Rechtsabkommen überführen. Im Ergebnis würden beispielsweise fehlende soziale Standards und der Raubbau an den natürlichen Lebensgrundlagen in China als mit der chinesischen Kultur unvereinbar angesehen, weil sie der Harmonie der himmlischen Ordnung widersprechen, und die Gewaltlegitimation im Islam würde als unislamisch und ungläubig verboten. Die am Fall Guantánamo deutlich gewordenen Differenzen zwischen dem europäischen und amerikanischen Rechtsverständnis wären bei einer globalen Angleichung der Menschenrechtsvorstellungen relativ leicht auszuräumen, auch weil es in diesem Fall für die umstrittenen Rechtsauslegungen der Amerikaner kaum noch äußere Gründe gäbe.

Durch die Entfaltung der in den verschiedenen Kulturen implizit enthaltenen konsensfähigen Menschenrechtsvorstellungen ist eine Kanonisierung global anerkannter Menschenrechte zukünftig möglich. Dies kann einerseits nur politisch geschehen, andererseits sind dafür eine genaue Sachkenntnis und ein systematisches Verständnis der bei jeder Identitätsbildung relevanten Wirkzusammenhänge notwendig. Dabei ist insbesondere die Wechselbeziehung zwischen Identitätsbildung, struktureller Gewalt und den potentiellen Bedürfnissen des Menschen zu beachten. Zu diesem Vorgehen gibt es keine Alternative, weil sowohl die Überwindung des islamisch begründeten Terrorismus als auch Frieden und Entwicklung ganz allgemein ein bisher nicht gegebenes Einvernehmen in menschenrechtlichen Grundfragen voraussetzt. Die vorliegende Arbeit sollte die rechtlichen Bedingungen und einige der theoretischen Voraussetzungen des notwendigen Dialogs veranschaulichen.

TEIL 3: AUSBLICK ZU GUANTÁNAMO UND DEN DISKURS UM MENSCHENRECHTE

Bibliographie

1. GUANTÁNAMO

1.1 ARTIKEL / AUFSÄTZE / BEITRÄGE

Aldrich, George: The Taliban, al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants, *Humanitäres Völkerrecht*, 2002, 202.

Ash, Kristina: U.S. Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: Credibility, Maximization and Global Influence, 2005, im Internet unter <http://www.law.northwestern.edu/journals/jihr/v3/7/Ash.pdf>.

Bassiouni, Cherif: Legal Control of International Terrorism: A Policy-Oriented Assessment, *Harvard International Law Journal*, 2001, 83.

Beard, Jack M.: The Geneva Boomerang: The Military Commissions Act of 2006 and U.S. Counterterror Operations, *American Journal of International Law*, 2007, 56.

Berman, Nathaniel: Privileging Combat? Contemporary Conflict and the Legal Construction of War, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2004, 1.

Blanchard, Christopher: Al Qaida: Statements and Evolving Ideology, CRS Report for Congress, *Congressional Research Service*, 2005.

Borelli, Silvia: Casting light on the legal black hole: International law and detentions abroad in the “war on terror“, *International Review of the Red Cross*, 2005, 39.

Brooks, Rosa Ehrenreich: War Everywhere: Rights, National Security Law, and the Law of Armed Conflict in the Age of Terror, *University of Pennsylvania Review*, 2004, 676.

Bruha, Thomas: Gewaltverbot und humanitäres Völkerrecht nach dem 11. September 2001, *Archiv des Völkerrechts*, 2002, 383.

BIBLIOGRAPHIE

- Bruha, Thoma/Bortfeld, Matthias*: Terrorismus und Selbstverteidigung, Voraussetzungen und Umfang erlaubter Selbstverteidigungsmaßnahmen nach den Anschlägen des 11. September 2001, *Ver-einte Nationen* 5/2001, 161.
- Buergenthal, Thomas*: The Evolving International Human Rights System, *American Journal of International Law*, 2006, 783.
- Byers, Michael*: Terrorism, The Use of Force and International Law after 11 September, *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, 401.
- Callen, Jason*: Unlawful Combatants and the Geneva Conventions, *Virginia Journal of International Law*, 2004, 1025.
- Carty, Anthony*: The terrors of freedom: the sovereignty of states and the freedom to fear, in: *John Strawson*, Law after Ground Zero, London, 2002.
- Cerone, John*: Acts of War and State Responsibility in 'Muddy Waters': The Non-state Actor Dilemma, in: *ASIL Insights* September 2001, im Internet <http://www.asil.org/insights/insigh77.htm#author>.
- Cerone, John*: Status of Detainees in International Armed Conflict, and their Protection in the Course of Criminal Proceedings, *ASIL Insights*, Januar 2002, <http://www.asil.org/insights/insigh81.htm>.
- Chase, Alison Elizabeth*: Legal Mechanisms of the International Community and the United States Concerning State Sponsorship of Terrorism, *Virginia Journal of International Law*, 2004, 41.
- Colangelo, Anthony*: Constitutional Limits on Extraterritorial Jurisdiction: Terrorism and the Intersection of National and International Law, *Harvard International Law Journal*, 2007, 121.
- Cronin, Audrey Kurt*: Al Qaida after the Iraq Conflict, CRS Report for Congress, 23.5.2003, <http://www.mipt.org/Al-Qaeda.asp>.
- de Beco, Gauthier*: Compliance with International Humanitarian Law by Non-State Actors, *Humanitäres Völkerrecht*, 2005, 190.
- de Zayas, Alfred*: Human rights and indefinite detention, *International Review of the Red Cross*, 2005, 15.

BIBLIOGRAPHIE

- Dickinson, Laura*: Using Legal Process to Fight Terrorism: Detentions, Military Commissions, International Tribunals, and the Rule of Law, *Southern California Law Review*, 1407.
- Dougherty, Bernard*: Decisions of the United States Courts in Regards to the Guantanamo Bay Detainees; How Do they Comport with International Humanitarian Law?, *Humanitäres Völkerrecht*, 2005, 209.
- Dörmann, Knut*: The legal situation of „unlawful/unprivileged combatants“, *International Review of the Red Cross*, 2003, 45.
- Drumbl, Mark*: Judging Terrorist Crime, Taliban Guilt, Self-Defense, and Western Innocence, 2001, <http://jurist.law.pitt.edu/terrorism/drumbl.htm>.
- Dupuy, Pierre-Marie*: The Law after the Destruction of the Towers, *European Journal of International Law*, 2002, 1, im Internet unter http://ejil.org/forum_WTC/ny-dupuy.html.
- Dworkin, Anthony*: Official Examines Legal Aspects of Terror War, im Internet unter http://hsm.intellibridge.com/summary?view_id=117201800.
- Dworkin, Anthony*: Revising the Laws of War to Account for Terrorism: The Case Against Updating the Geneva Conventions, On the Ground That Changes Are Likely Only to Damage Human Rights, Februar 2003, im Internet unter http://writ.news.findlaw.com/commentary/20030204_dworkin.html.
- Finke, Jasper/Wandscher, Christiane*: Terrorismusbekämpfung jenseits militärischer Gewalt, *Vereinte Nationen*, 2001, 168.
- Fitzpatrick, Joan*: Jurisdiction of Military Commissions and the Ambiguous War on Terrorism, *American Journal of International Law*, 2002, 345.
- Fletcher, George*: Hamdam Confronts the Military Commissions Act of 2006, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2007, 427.
- Frowein, Jochen Abr.*: Der Terrorismus als Herausforderung für das Völkerrecht, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2002, 892.

BIBLIOGRAPHIE

- Gasser, Hans-Peter: An Appeal for Ratification by the United States, American Journal of International Law, 1987, 912.*
- Goldman, Robert/Tittmore, Brian: Unprivileged Combatants and the Hostilities in Afghanistan: Their Status and Rights Under International Humanitarian and Human Rights Law, ASIL Task Force Papers, 2002, 1.*
- Guery, Michael: Wie weiter mit dem schweizerischen Al-Qaida Verbot?, Revue de L'Avocat, 2005, 427.*
- Gray, Christine: The Use of Force and the International Legal Order, in: Malcolm D. Evans, International Law, Oxford, 2003.*
- Greenberg, Karen: Der lange Weg zur Grausamkeit, Süddeutsche Zeitung, 18. Juni 2005, S. 13.*
- Henkin, Louis: U.S. Ratification on Human Rights Conventions: The Ghost of Senator Bricker, American Journal of International Law, 1995, 341.*
- Henkin, Louis: International Human Rights Standards in National Law: The Jurisprudence of the United States, in: Conforti, Benedetto/Francioni, Francesco (Ed.), Enforcing International Human Rights in Domestic Courts, The Hague, 1997.*
- Hippler, Jochen/Schade, Jeanette: US-Unilateralismus als Problem von internationaler Politik und Global Governance, INEF-Report 70, 2003.*
- Hoffman, Bruce: What can we learn from the Terrorists?, Global Agenda 2004, 32.*
- Jensen, Eric Talbot: Combatant Status: It is Time for Intermediate Levels of Recognition für Partial Compliance, Virginia Journal of International Law, 2005, 209.*
- Jetschke, Anja: Weltkultur versus Partikularismus: Die Universalität der Menschenrechte im Lichte der Ratifikation von Menschenrechtsverträgen, Die Friedenswarte, 2006, Heft 1, 25.*
- Jinks, Derek: The Applicability of the Geneva Conventions to the „Global War on Terrorism“, Virginia Journal of International Law, 2005, 165.*

BIBLIOGRAPHIE

- Kirgis, Frederic*: Addendum: Security Council Adopts Resolution on Combating International Terrorism, 2001, *ASIL Insights*, September 2001, im Internet <http://www.asil.org/insights/insigh77.htm#author>.
- Kirgis, Frederic*: Terrorist Attacks in the World Trade Center and the Pentagon, *ASIL Insights*, September 2001, im Internet <http://www.asil.org/insights/insigh77.htm#author>.
- Koh, Harold Hongju*: The Case Against Military Commissions, *American Journal of International Law*, 2002, 337.
- Krajewski, Markus*: Selbstverteidigung gegen bewaffnete Angriffe nicht-staatlicher Organisationen – Der 11. September 2001 und seine Folgen, *Archiv des Völkerrechts*, 2002, 183.
- Krieger, Heike*: Der Sicherheitsrat als Hüter der Menschenrechte: Grund und Grenzen seiner Kompetenz, *Die Friedenswarte*, 2006, Heft 1, 107.
- Kühnemund, Martin*: Die Vereinten Nationen und der 'Krieg gegen den Terrorismus' - Neue Herausforderungen für das UN-System kollektiver Sicherheit, im Internet unter www.forschungsstelle-dritte-welt.de/Dokumente/AP/AP_FSDW_UNKrieg%20gegen%20Terrorismus.pdf.
- Kurth, Michael*: Der völkerrechtliche Status der Gefangenen von Guantánamo Bay, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2002, 404.
- LeVine, Mark*: A Comparative Analysis of the Political Economies and Ideologies Underlying the Emergence of the Palestinian Hamas and the Algerian FIS, October 2002, im Internet unter <http://www.e-prism.org/images/levinepaper.pdf>.
- Matheson, Michael*: U.S. Military Commissions: One of Several Options, *American Journal of International Law*, 2002, 354.
- Matheson, Michael*: The Amendment of the War Crimes Act, *American Journal of International Law*, 2007, 48.
- McDonald, Avril*: Defining the War on Terror and the Status of Detainees: Comments on the Presentation of Judge George Aldrich, *Humanitäres Völkerrecht*, 2002, 206.

BIBLIOGRAPHIE

- Müller, Reinhard*: Teilnahme an einem Angriffskrieg?, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 20.3.2003, S. 12.
- Mundis, Daryl*: The Use of Military Commissions to Prosecute Individuals Accused of Terrorist Acts, *American Journal of International Law*, 2002, 320.
- Münkler, Herfried*: The wars of the 21st century, *International Review of the Red Cross*, 2003, 7.
- Münkler, Herfried*: Asymmetrie und Kriegsvölkerrecht. Die Lehren des Sommerkrieges 2006, *Die Friedenswarte*, 2006, Heft 2, 59.
- Murphy, Sean D.*: International Law, the United States, and the Non-Military 'War' against Terrorism, *European Journal of International Law*, 2003, 347.
- Murphy, Sean D.*: Terrorism and the Concept of „Armed Attack“ in Article 51 of the U.N. Charter, *Harvard International Law Journal*, 2002, 41.
- Naqvi, Yasmin*: Doubtful prisoner-of-war status, *International Review of the Red Cross*, 2002, 571.
- Noor, Sami*: Afghanistan im Spannungsfeld, in: Im Zeichen der Taliban – Afghanistan und die „International Community“, Tagungsband der Ev. Akademie Iserlohn, 1998.
- O'Connell, Mary Ellen*: Enhancing the Status of Non-State Actors Through a Global War on Terror?, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2005, 435.
- Oeter, Stefan*: Terrorismus – ein völkerrechtliches Verbrechen? Zur Frage der Unterstellung terroristischer Akte unter die internationale Strafgerichtsbarkeit, *Die Friedens-Warte*, 2001, 11.
- Oeter, Stefan*: Terrorismus und Menschenrechte, *Archiv des Völkerrechts*, 2002, 422.
- Olivier, Clémentine*: Human Rights Law and the International Fight Against Terrorism: How do Security Council Resolutions Impact on State's Obligations Under International Human Rights Law?, *Nordic Journal of International Law*, 2004, 399.

BIBLIOGRAPHIE

- Paust, Jordan*: War and Enemy Status After 9/11: Attacks on the Laws of War, *Yale Journal of International Law*, 2003, 325.
- Pellet, Alain*: No, This is not war!, *European Journal of International Law*, 2001, im Internet unter: <http://ejil.org/forumWTC/ny-pellet.html>.
- Peterke, Sven*: Die Umgehung rechtsstaatlicher Garantien durch Bestimmung Terrorverdächtiger zu „feindlichen Kombattanten“, *Humanitäres Völkerrecht*, 2004, 39.
- Pfanner, Toni*: Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action, *International Review of the Red Cross*, 2005, 149.
- Pfanner, Toni*: David gegen Goliath oder asymmetrische Kriegsführung, *Humanitäres Völkerrecht*, 2005, 165.
- Rashid, Ahmed*: Gottes eigene Krieger, *Der Spiegel*, Heft 41/2001, 180.
- Rivkin, David/Casey, Lee/Bartram, Darin*: Enemy Combatant Determinations and Judicial Review, *The Federalist Society*, im Internet unter: <http://www.fed-soc.org/lawsofwar.htm>.
- Rivkin, David/Casey, Lee/Bartram, Darin*: Unlawful Belligerency and its Implications Under International Law, *The Federalist Society*, 2003, im Internet unter: <http://www.fed-soc.org/Publications/Terrorism/unlawfulcombatants.htm>.
- Roberts, Adam*: Transformative military occupation: Applying the laws of war and human rights, *American Journal of International Law*, 2006, 580.
- Roberts, Anthea*: Righting Wrongs or Wronging Rights? The United States and Human Rights Post-September 11, *European Journal of International Law*, 2004, 721.
- Roth, Kenneth*: The Law of War in the War on Terror, 83 *Foreign Affairs*, 2004, 2.
- Sassòli, Marco*: The Status of Persons held in Guantánamo under International Humanitarian Law, *Journal of International Criminal Justice*, 2004, 96.

BIBLIOGRAPHIE

- Saul, Ben*: Attempts to define 'Terrorism' in international law, *Netherlands International Law Review*, 2005, 57.
- Schäfer, Bernhard*: Sicherheit und Menschenrechte: Menschenrechtsfreies Guantánamo Bay?, in: *Möllers/van Ooyen*, Jahrbuch Öffentliche Sicherheit, 2004/2005, 79.
- Schäfer, Bernhard*: „Guantánamo Bay“ – Status der Gefangenen und habeas corpus, *Studien zu Grund- und Menschenrechten*, Menschenrechtszentrum der Universität Potsdam, Heft 9, Potsdam, 2003.
- Schmalenbach, Kirsten*: The Right of Self-Defence and The "War on Terrorism" One Year after September 11, *German Law Journal*, 2002, im Internet unter: <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=189#fuss41>.
- Schweitzer, Yoram*: September 11, Two Years Later, *Strategic Assessment*, Vol. 6 No. 2, 2003, 21.
- Seibert-Fohr, Anja*: Neue internationale Anforderungen an die Überführung von Menschenrechtsabkommen in nationales Recht – Das Verhältnis des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte zu nationalem Recht, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2002, 391.
- Seidel, Gerd*: Quo vadis Völkerrecht?, *Archiv des Völkerrechts*, 2003, 449.
- Shelton, Dinah*: Issues Raised by the United States Reservations, Understandings, and Declarations, in: *Hurst Hannum/Dana Fischer (Ed.)*, U.S. Ratification of the International Covenants on Human Rights, New York, 1993.
- Shiyan, Sun*: The International Covenant on Civil and Political Rights: One Covenant, Two Chinese Texts?, *Nordic Journal of International Law*, 2006, 187.
- Singh, Amrit*: Secrets and Lies: Uncovering the Truth about Torture, *International Civil Liberties Report*, 2004, 1.
- Slaughter, Anne-Marie/Burke-White, William*: An International Constitutional Moment, *Harvard International Law Journal*, 2002, 1.
- Stahn, Carsten*: Security Council Resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001): What They Say and What They Do Not Say, im Internet unter: http://www.ejil.org/forum_WTC/ny-stahn.html.

BIBLIOGRAPHIE

- Stahn, Carsten*: International Law at a Crossroads?, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2002, 183.
- Stahn, Carsten*: 'Jus ad bellum', 'jus in bello'... 'jus post bellum'? – Rethinking the Conception of the Law of Armed Force, *The European Journal of International Law*, 2007, 921.
- Taft, William*: The Law of Armed Conflict After 9/11: Some Salient Features; *The Yale Journal of International Law*, 2003, 319.
- Tams, Christian*: Gerichtliche Kontrolle extraterritorialer Hoheitsakte: Zum Guantanamo-Urteil des US Supreme Court, *Archiv des Völkerrechts*, 445.
- Thürer, Daniel*: Guantánamo: Ein „Legal Black Hole“ oder ein System sich überschneidender und überlagernder „Rechtskreise“?, *Schweizer Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 2004, 1.
- Tomuschat, Christian*: Der 11. September 2001 und seine rechtlichen Folgen, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2001, 535.
- Tomuschat, Christian*: Menschenrechte – Die Gefangenen von Guantánamo, *Mitteilungsblatt der Arbeitsgemeinschaft für Internationalen Rechtsverkehr im Deutschen Anwaltverein*, September 2004, 26.
- Vagts, Detlev F.*: Military Commissions: A Concise History, *American Journal of International Law*, 2007, 35.
- Vasquez, Carlos Manuel*: The Military Commissions Act, the Geneva Conventions, and the Courts: A Critical Guide, *American Journal of International Law*, 2007, 73.
- Vierucci, Luisa*: What judicial treatment for the Guantanamo Detainees?, *German Law Journal*, September 2002, im Internet unter: <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=190>.
- von Bubnoff, Eckhart*: Terrorismusbekämpfung – eine weltweite Herausforderung, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, 2672.
- Wedgwood, Ruth*: The Law's Response to September 11, *Ethics & International Affairs*, 2002, 21.
- Wedgwood, Ruth*: Al Qaida, Terrorism, and Military Commissions, *American Journal of International Law*, 2002, 328.

BIBLIOGRAPHIE

- Wieczorek, Judith*: Der völkerrechtliche Status der Gefangenen von Guantánamo nach dem III. Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen vom 12. August 1949, *Humanitäres Völkerrecht*, 2002, 88.
- Wiktorowicz, Quintan/Kaltner, John*: Killing in the Name of Islam: Al-Qaeda's Justification for September 11, *Middle East Policy*, Vol. X, No. 2, 2003, 76.
- Wolf, Joachim*: Terrorismusbekämpfung unter Beweisnot – Völkerrechtliche Informationsanforderungen im bewaffneten Konflikt, *Humanitäres Völkerrecht*, 2001, 204.
- Wolfrum, Rüdiger/Philipp, Christiane*: The Status of the Taliban: Their Obligations and Rights under International Law, *Max Planck United Nations Year Book*, 2002, 559.
- Wolfrum, Rüdiger/Philipp, Christiane*: Die Taliban – ein Subjekt des Völkerrechts?, in: *Sabine v. Schorlemer (Hrsg.)*, Praxis Handbuch UNO, Die Vereinten Nationen im Lichte globaler Herausforderung, Berlin, 2003.
- Yoo, John C./Ho, James C.*: The Status of Terrorists, *Virginia Journal of International Law*, 2003, 207.
- Zivier, Ernst*: Pax Americana – Bellum Americanum, Auf dem Weg zu einem neuen Völkerrecht oder zu einem neuen Völkerunrecht?, *Recht und Politik*, 2003, 194.

1.2 MONOGRAPHIEN

- Bergen, Peter*: Heiliger Krieg Inc. – Osama bin Ladens Terrornetz, Berlin, 2001.
- Bucherer, Jeanine*: Die Vereinbarkeit von Militärgerichten mit dem Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 8 Abs. 1 AMRK und Art. 14 Abs. 1 des UN-Paktes über bürgerliche und politische Rechte, Berlin, 2005.
- Brownlie, Ian*: Basic Documents on Human Rights, Oxford, 1992.

BIBLIOGRAPHIE

- Burke, Jason*: Al-Qaida - Wurzeln, Geschichte, Organisation, Düsseldorf, 2004.
- Carlson, Scott/Gisvold, Gregory*: Practical Guide to the International Covenant on Civil and Political Rights, Ardsley, 2003.
- Cassese, Antonio*: International Law, New York, 2005.
- Deller, Nicole/Makhijani, Arjun/Burroughs, John (Hrsg.)*: US-Politik und Völkerrecht, Münster, 2004.
- Doehring, Karl*: Völkerrecht, Heidelberg, 2004.
- Fleck, Dieter (Ed.)*: The Handbook of Humanitarian Laws in Armed Conflicts, New York, 1995, zit: Bearbeiter.
- Fleck, Dieter (Hrsg.)*: Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten, München, 1994, zit: Bearbeiter.
- Frostad, Magne*: Jus in bello after September 11, 2001 – The relationship between jus ad bellum and jus in bello and the requirements for status as prisoner of war, Baden-Baden, 2005.
- Gohari, M. J.*: Taliban – Ascent to Power, Oxford, 1999.
- Götze, Andreas*: Fragen der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten Nationalen Befreiungskriege, Frankfurt a.M., 2002.
- Gunaratna, Rohan*: Inside Al Qaida – Global Network of Terror, New York, 2002.
- Green, L.C.*: The contemporary law of armed conflict, Manchester, 2000.
- Greenberg, Karen/Dratel, Joshua (Ed.)*: The Torture Papers – The Road to Abu Ghraib, New York, 2005.
- Heinz, Wolfgang S./Schlitt, Stephanie/Würth, Anne*: Internationale Terrorismusbekämpfung und Menschenrechte, 2. Aufl., 2004, S. 9; im Internet unter: http://files.institut-fuer-menschenrechte.de/488/d12_v_file_414fcb81a917c_Heinz_Schlitt_Wuerth_2003.pdf.
- Henckaerts, Jean-Marie/Doswald-Beck, Louise (Ed.)*: Customary International Humanitarian Law, International Committee of the Red Cross, Cambridge, 2005.

BIBLIOGRAPHIE

- Herdegen, Matthias:* Völkerrecht, München, 2005.
- Hinz, Joachim:* Das Kriegsgefangenenrecht – Unter besonderer Berücksichtigung seiner Entwicklung durch das Genfer Abkommen vom 12. August 1949, Berlin, 1955.
- Hobe, Stephan/Kimminich, Otto:* Einführung in das Völkerrecht, Tübingen, 2004.
- Ipsen, Knut:* Völkerrecht, München, 2004.
- Joseph, Sarah/Schultz, Jenny/Castan, Melissa:* The International Covenant on Civil and Political Rights – Cases, Materials, and Commentary, Oxford, 2000.
- Krech, Hans:* Der Afghanistan-Konflikt (2002-2004), Berlin, 2004.
- Krech, Hans:* Der Afghanistan-Konflikt 2001, Berlin, 2002.
- Lijnzaad, Liesbeth:* Reservations to UN-Human Rights Treaties – Ratify and Ruin?, Dordrecht, 1995.
- Maley, William:* The Afghanistan Wars, New York, 2002.
- Mann, Thomas:* Betrachtungen eines Unpolitischen, Frankfurt a. M., 1956.
- Marsden, Peter:* The Taliban – War, Religion and the new Order in Afghanistan, Karachi, 1999.
- Matinuddin, Kamal:* The Taliban Phenomenon – Afghanistan 1994-1997, Oxford, 1999.
- Menzel, Jörg/Pierlings, Tobias/Hoffmann, Jeannine:* Völkerrechtsprechung, Tübingen, 2005, zit: Bearbeiter.
- Münkler, Herfried:* Vom Krieg zum Terror, Zürich, 2006.
- Myers, Robert:* U.S. Foreign Policy in the Twenty-First Century – The Relevance of Realism, Louisiana, 1999.
- Nowak, Manfred:* U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary, Kehl, 2004.

BIBLIOGRAPHIE

- Pictet, Jean S. (Ed.):* Commentary, I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva, 1952.
- Pictet, Jean S. (Ed.):* Commentary, III Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 1958.
- Pictet, Jean S. (Ed.):* Commentary, IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 1958.
- Rashid, Ahmed:* Taliban – Afghanistans Gotteskrieger und der Dschihad, London, 2001.
- Rogers, Paul:* A War on Terror – Afghanistan and After, London, 2004.
- Rose, David:* Guantánamo – America's War on Human Rights, London, 2004.
- Sandoz, Yves/Swinarsk, Christophe/Zimmermann, Bruno (Ed.):* Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Geneva, 1987.
- Stein, Torsten/von Buttlar, Christian:* Völkerrecht, Köln, 2005.
- Steiner, Henry/Alston, Philip:* International Human Rights in Context, - Law, Politics, Morals, Oxford, 2000.
- Stephens, Beth/Ratner, Michael:* Human Rights Litigation in U.S. Courts, New York, 1996.
- Strawson, John:* Law after Ground Zero, London, 2002.
- Tomuschat, Christian:* Völkerrechtliche Aspekte bewaffneter Konflikte, Heidelberg, 2004.
- Urner, Paul:* Die Menschenrechte der Zivilpersonen im Krieg gemäß der Genfer Zivilkonvention von 1949, Winterthur, 1956.
- Volk, Daniel:* Die Begrenzung kriegerischer Konflikte durch das moderne Völkerrecht, Frankfurt a.M., 2005.
- Woods, Randall Bennett:* Quest for Identity – America since 1945, New York, 2005.

2. BEGRÜNDUNG VON MENSCHENRECHTEN

2.1 ARTIKEL / AUFSÄTZE / BEITRÄGE

Abu-Sahlieh, Sami Aldeeb: Muslims and Human Rights: Challenges and Perspectives; in: *Schmale, Wolfgang (Ed.)*, Human Rights and Cultural Diversity, Goldbach, 1993.

An-Na'im, Abdullahi Ahmed: Towards a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights: The Meaning of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment, in: *An-Na'im, Abdullahi Ahmed (Ed.)*, Human Rights in Cross-Cultural Perspectives: A Quest for Consensus, Philadelphia, 1992.

Ayala-Lasso, Jose: The Universality of human rights, in: *Warner, Daniel (Ed.)*, Human Rights and Humanitarian Law - The Quest for Universality, The Hague, 1997.

Ayatollah Mesbah Yazdi: Die Grundlagen der Menschenrechte aus der Sicht des Westens und des Islam, in: *Batzli, Stefan/Kissling, Fridolin/Zihlmann, Rudolf*, Menschenbilder – Menschenrechte, Islam und Okzident: Kulturen im Konflikt, Zürich, 1994.

Bloom, Irene: Moral Autonomy in Confucian Tradition, in: *Kirby, William (Ed.)*, Realms of Freedom in Modern China, Stanford, 2004.

Bielefeldt, Heiner: Ein „von allen Völkern und Nationen zu erreichendes Ideal“. Der Streit um die Universalität der Menschenrechte, in: *Amnesty International (Hrsg.)*, Menschenrechte im Umbruch: 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Neuwied, 1998.

Bix, Brian: Legal Positivism, in: *Golding, Martin/Edmundson, William (Ed.)*, Philosophy of Law and Legal theory, Oxford, 2005.

Buergenthal, Thomas: Die Bedeutung der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte für den internationalen Menschenrechtsschutz, in: *Klein, Eckart (Hrsg.)*, „Menschenrechte für alle“ – 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Potsdam, 1999.

Buch, Hans Christoph: Kollateralschaden Kongo – Eine afrikanische Tragödie, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 6.6.2005, S. 29.

BIBLIOGRAPHIE

- Busia, Nana*: Ghana – Competing Visions of Liberal Democracy and Socialism, in: *An-Na'im (Ed.)*, Human Rights under African Constitutions – Realizing the Promise for Ourselves, Philadelphia, 2003.
- Cobbah, Jossiah*: African Values and the Human Rights Debate: An African Perspective, *Human Rights Quarterly*, 1987, 309.
- Conrad, Sebastian/Randeria, Shalini*: Geteilte Geschichten – Europa in einer postkolonialen Welt, in: *Conrad, Sebastian/Randeria, Shalini (Hrsg.)*, Jenseits des Eurozentrismus – Postkoloniale Perspektiven in den Geschichts- und Kulturwissenschaften, Frankfurt a.M., 2002.
- de Bary, Theodore*: Neukonfuzianismus und Menschenrechte, in: *Wegmann, Konrad/ Ommerborn, Wolfgang/ Roetz, Heiner (Hrsg.)*, Menschenrechte: Rechte und Pflichten in Ost und West, Münster, 2001.
- Dicke, Klaus*: The Founding Function of Human Dignity in the Universal Declaration of Human Rights, in: *Kretzmer, David/Klein, Eckart (Ed.)*, The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse, The Hague, 2002.
- Donnelly, Jack*: The “Right to Development“: How Not to Link Human Rights and Development; in : *Welch, Claude/Meltzer, Ronald (Ed.)*, Human Rights and Development in Africa, Albany, 1984.
- Donnelly, Jack*: Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights, *The American Political Science Review*, 1982, 303.
- Fall, Ibrahima*: Universality and Relativity of Human Rights from the Perspective of the World Conference, in: *Warner, Daniel (Ed.)*, a.a.O.
- Farer, Tom*: The interplay of domestic politics, human rights, and U.S. foreign policy, in: *Weiss, Thomas/Crahan, Margaret/ Goering, John*, Wars on Terrorism and Iraq, New York, 2004.
- Forsythe, David*: U.S. foreign policy and human rights in an era of insecurity – The Bush administration and human rights after September 11, in: *Weiss/Crahan/Goering*, a.a.O.

BIBLIOGRAPHIE

- Gebhardt, Carl*: Einleitung zu den beiden Traktaten, 1934, in: *Gebhardt, Carl (Hrsg.)*, Spinoza Opera V., Heidelberg, 1987.
- Göller, Thomas*: Die Philosophie der Menschenrechte in der europäischen Aufklärung – Locke, Rousseau, Kant, in: *Göller, Thomas (Hrsg.)*, Philosophie der Menschenrechte – Methodologie, Geschichte, Kultureller Kontext, Göttingen, 1999.
- Habermas, Jürgen*: Zur Legitimation durch Menschenrechte, in: Die postkoloniale Konstellation – Politische Essays, Frankfurt a.M., 1998.
- Hashagen, Justus*: Zur Entstehungsgeschichte der nordamerikanischen Erklärungen der Menschenrechte, in: *Schnur, Roman (Hrsg.)*, Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte, Darmstadt, 1964.
- Heinemann, Fritz*: Ethik, in: *Heinemann, Fritz (Hrsg.)*, Die Philosophie im XX. Jahrhundert, Eine enzyklopädische Darstellung ihrer Geschichte, Disziplinen und Aufgaben, Stuttgart, 1959.
- Hirsi Ali, Ayaan*: My View of Islam, 2007, im Internet unter http://www.aei.org/publications/filter.all,pubID.26595/pub_detail.asp.
- Hofmann, Hasso*: Zur Herkunft der Menschenrechtserklärungen, *Juristische Schulung*, 1988, 841.
- Horn, Christoph*: Menschenrechte bei Aristoteles?, in: *Girardet, Klaus/Nortmann, Ulrich (Hrsg.)*, Menschenrechte und europäische Identität – Die antiken Grundlagen, Stuttgart, 2005.
- Hossenfelder, Malte*: Menschenwürde und Menschenrecht, in: *Studia Philosophica Vol. 63/2004*, Menschenwürde / La dignité de l'être humain, Basel, 2004.
- Huang, Mab*: Human Rights in a Revolutionary Society: The Case of the People's Republic of China, in: *Pollis, Adamantia/Schwab, Peter (Ed.)*, Human Rights. Cultural and Ideological Perspectives, New York, 1979.
- Hussein, Siddig*: Sudan – In the Shadows of Civil War and Politicization of Islam, in: *An-Na'im, Abdullahi Ahmed (Ed.)*, Human Rights under African Constitutions – Realizing the Promise for Ourselves, Philadelphia, 2003.

BIBLIOGRAPHIE

- Ibhawoh, Bonny*: Restraining Universalism: Africanist Perspectives on Cultural Relativism in the Human Rights Discourse, in: *Zezeza, Tiyambe/McConnaughay, Philip (Ed.)*, Human Rights, the Rule of Law, and Development in Africa, Philadelphia, 2004.
- Jingsheng, Wie*: Human Rights, Equality, and Democracy, in: *Seymour, James (Ed.)*, The Fifth Modernization – China's Human Rights Movement, 1978-1979, New York, 1980.
- Ittis, Ana*: An Assessment of the Requirements of the Study of Natural Law, in: *Cherry, Mark (Ed.)*, Natural Law and the Possibility of a Global Ethics, Dordrecht, 2004.
- Khushalani, Yougindra*: Human Rights in Asia and Africa, *Human Rights Law Journal*, 1983, 403.
- Lindner, Franz Josef*: Tragische Konflikte, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 15.10.2004, S. 8.
- Lohmann, Georg*: Unantastbare Menschenwürde und unverfügbare menschliche Natur, in: *Studia Philosophica Vol. 63/2004*, Basel, 2004.
- Lütterfelds, Wilhelm*: Sind Universalität und Kontingenz der Moral miteinander verträglich?, in: *Lütterfelds, Wilhelm/Mohrs, Thomas (Hrsg.)*, Eine Welt – eine Moral?, Darmstadt, 1997.
- Mao, Yihong*: Rechte und Wert – Menschenrechte und die traditionelle konfuzianische Kultur, in: *Schweidler, Walter (Hrsg.)*, Menschenrechte und Gemeinwohl – westlicher und östlicher Weg? Philosophisch-politische Grenzerkundungen zwischen ostasiatischen und westlichen Kulturen, St. Augustin, 1998.
- Marasinghe, Lakshman*: Traditional Conceptions of Human Rights in Africa, in: *Welch/ Meltzer (Ed.)*, a.a.O.
- Marx, Karl*: Zur Judenfrage, in: *Ruge, Arnold/Marx, Karl*, Deutsch-Französische Jahrbücher, 1844, Leipzig, repr. 1973.
- Marx, Ansgar*: Familie und Recht im Islam – zwischen Tradition und Moderne, 2005, im Internet unter: <http://www.fh-wolfenbuettel.de/cms/de/afb/download/berichtmarx-islam-2005.pdf>.
- Meliksetov, Arlen/Pantsov, Alexander*: The Stalinization of the People's Republic of China, in: *Kirby*, a.a.O.

BIBLIOGRAPHIE

- Miadi, Zineb*: Gleiche Rechte für Mann und Frau im Koran, in: *Batzli/Kissling/Zihlmann*, a.a.O.
- Möller, Hans-Georg*: Die Präsenz des Menschen in der antiken chinesischen Philosophie, in: *Schweidler*, a.a.O.
- Morscher, Edgar*: Die Sein-Sollen-Dichotomie im Logischen Positivismus und im Rechtspositivismus, in: *Jablonek, Clemens/Stadler, Friedrich (Hrsg.)*, Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre, Wien, 2001.
- Nguema, Isaac*: Discussion on „The Universality of Human Rights, a challenge for tomorrow’s world“, in: *Council of Europe (Ed.)*, Universality of Human Rights in a Pluralistic World, Kehl, 1990.
- Oeter, Stefan*: Terrorismus und Menschenrechte, *Archiv des Völkerrechts*, 2002, 422.
- Oi, Jean*: Realms of Freedom in Post-Mao China, in: *Kirby (Ed.)*, a.a.O.
- Osman, Samia*: Die Stellung der Frau im Islam und im Okzident, in: *Batzli/Kissling/Zihlmann*, a.a.O.
- Pinzani, Allesandro*: Sind Menschenrechte ein „blanker Unsinn“?, in: *von Behr, Benita/ Huber, Lara/Kimmi, Andrea/Wolff, Manfred (Hrsg.)*, Perspektiven der Menschenrechte, Frankfurt a.M., 1999.
- Pollis, Adamantia/Schwab, Peter*: Human Rights: A Western Construct with Limited Applicability, in: *Pollis/Schwab*, a.a.O.
- Quaritsch, Helmut*: Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul*, Handbuch des Staatsrechts, Band V, Allgemeine Grundrechtslehren, Heidelberg, 1992.
- Quashigah, Kofi*: The Philosophical Basis of Human Rights and its Relation to Africa: A Critique, *Journal of Human Rights Law and Practice*, 1992, 22.
- Reynolds, William Bradford*: The Death Penalty Is Not Cruel and Unusual Punishment, in: *Eugene Hickok (Ed.)*, The Bill of Rights – Original Meaning and Current Understanding, Charlottesville, 1991.
- Ritter, Gerhard*: Ursprung und Wesen der Menschenrechte, in: *Schnur*, a.a.O.

BIBLIOGRAPHIE

- Roetz, Heiner*: Menschenpflicht und Menschenrecht,. Überlegungen zum europäischen Naturrecht und der konfuzianischen Ethik, in: *Wegmann/Ommerborn/Roetz (Hrsg.)*, a.a.O.
- Roetz, Heiner*: The Intercultural Debate on Human Rights and the case of China, in: *Kühnhardt, Ludger/Takayama, Mamoru (Hrsg.)*, Menschenrechte, Kulturen und Gewalt, Baden-Baden, 2005.
- Rotem, Ornam*: Doubt, Despair and Ataraxia: A very Philosophical Interpretation of Kierkegaard's 'Christianity', in: *Ariel, Yoav/Biderman, Shlomo/Rotem,Ornan*, Relativism and Beyond, Leiden, 1998.
- Ruffing, Margit*: Kant – Die Metaphysik der Sitten, in: *Volpi, Franco (Hrsg.)*, Großes Werklexikon der Philosophie, Bd. 1, Stuttgart, 1999.
- Saeed Hasan Ibrahim*, Basic Principles of Criminal Procedure under Islamic Shari'a, in: *Abdel Haleem, Muhammad/Sherif, Adel Omar/Daniels, Kate (Ed.)*, Criminal Justice in Islam – Judicial Procedure in the Shari'a, London, 2003.
- Said, Abdul Aziz*: Human Rights in Islamic Perspectives, in: *Pollis/Schwab (Ed.)*, a.a.O.
- Schreiber, Hans-Ludwig*: Die Würde des Menschen – eine rechtliche Fiktion?, in: *Elsner, Norbert/Schreiber, Hans-Ludwig*, Was ist der Mensch?, Göttingen, 2002.
- Schwartländer, Johannes*: Vernünftige Begründung als Angebot?, in: *Schwartländer, Johannes (Hrsg.)*, Menschenrechte, Aspekte ihrer Begründung und Verwirklichung, Tübingen, 1978.
- Schweidler, Walter*: Menschenrechte und kulturelle Identität, in: *Schweidler (Hrsg.)*, a.a.O.
- Sherif, Adel Omar*: Generalities on Criminal Procedure under Islamic Shari'a, in: *Abdel Haleem/Sherif/Daniels (Ed.)*, a.a.O.
- Staal, Frits*: Beyond Relativism, in: *Ariel/Biderman/Rotem*, a.a.O.
- Surty, Muhammad Ibrahim*: The Ethical Code and Organised Procedure of Early Islamic Law Courts, with Reference to al-Khassafs *Dab al-Qadi*, in: *Abdel Haleem/Sherif/Daniels (Ed.)*, a.a.O.

BIBLIOGRAPHIE

- Tesón, Fernando*: International Human Rights and Cultural Relativism, *Virginia Journal of International Law*, 1985, 869, abgedruckt in: *Alston, Philip (Ed.)*, Human Rights Law, New York, 1996.
- Tomuschat, Christian*: Is universality of human rights standards an outdated and utopian concept?, in: *Bieber, Roland/Bleckmann, Albert/Capotorti, Francesco (Hrsg.)*, Das Europa der zweiten Generation – Gedächtnisschrift für Christoph Sasse, Baden-Baden, 1981.
- Tomuschat, Christian*: Human Rights in a World-Wide Framework, Some Current Issues, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1985, 547.
- von Senger, Harro*: Der Menschenrechtsgedanke im Lichte chinesischer Werte, in: *Schweidler, a.a.O.*
- Vossler, Otto*: Studien zur Erklärung der Menschenrechte, in: *Schnur, a.a.O.*
- Wähler, Klaus*: Rechtsordnungen Afrikas und Madagaskars, in: *Grassmann, Günther/David, René*, Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, München, 1988.
- Weggel, Oskar*: Naturrecht und Rechtspositivismus im modernen chinesischen Verständnis, in: *Schweidler, a.a.O.*
- Weiß, Norman*: Die Entwicklung der Menschenrechtsidee, heutige Ausformung der Menschenrechte und Fragen ihrer universellen Geltung, in: *Hasse, Jana/Müller, Erwin/Schneider, Patricia (Hrsg.)*, Menschenrechte – Bilanz und Perspektiven, Baden-Baden, 2002.
- Weiß, Ulrich*: Menschenwürde/Menschenrechte: Normative Grundorientierung für eine globale Politik?, in: *Lütterfelds/Mohrs (Hrsg.)*, a.a.O.
- Whitman, James*: „Human Dignity“ in Europe and the United States: The Social Foundations, *Human Rights Law Journal*, 2004, 17.
- Weller, Robert*: Worship, Teachings, and State Power in China and Taiwan, in: *Kirby (Ed.)*, a.a.O.

BIBLIOGRAPHIE

Welwei, Karl-Wilhelm: Ius naturale und ius gentium in der antiken Beurteilung von Sklaven und Freiheit, in: *Girardet/Nortmann*, a.a.O.

Westphal, Kenneth: Metaphysische und pragmatische Prinzipien in Kants Lehre von der Gehorsamspflicht gegen den Staat, in: *Hüning, Dieter/Tuschling, Burkhard (Hrsg.)*, Recht, Staat und Völkerrecht bei Immanuel Kant, Berlin, 1998.

2.2 MONOGRAPHIEN

Abd al-Rahim, Muddathir: Human Rights and the World's Major Religions – Vol. 3: The Islamic Traditions, Westport, 2005.

al Hageel, Sulieman: Human Rights in Islam and the Refutation of the Misconceived Allegations Associated with these Rights, Riad, 1999.

Ambos, Kai: Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen, zur „impunidad“ in südamerikanischen Ländern aus völkerstrafrechtlicher Sicht, Freiburg, 1997.

Angle, Stephen: Human Rights and Chinese Thought – A Cross-Cultural Inquiry, Cambridge, 2002.

Aristoteles: Politik I, Über die Hausverwaltung und die Herrschaft über die Sklaven, 1253a1, abgedruckt in: *Schütrumpf, Eckart* Aristoteles Werke, Bd. 9, Berlin, 1991.

Audi, Robert (Ed.): The Cambridge Dictionary of Philosophy, Cambridge, 1999.

Ayer, Alfred J.: Language, Truth and Logic, London, 1936.

Baderin, Mashood: International Human Rights and Islamic Law, New York, 2003.

Bambale, Yahaya: Crimes and punishments under Islamic law, Ikeja, 2003.

Biya, Paul: Pour le Liberalisme Communautaire, Paris, 1986.

Bujo, Bénézet: Wider den Universalanspruch westlicher Moral – Grundlagen afrikanischer Ethik, Freiburg, 2000.

Choi, Sung-Chul: Human Rights and North Korea, Seoul, 1999.

BIBLIOGRAPHIE

- Comte, Auguste* Rede über den Geist des Positivismus, 1844, abgedruckt in:
Fetscher, Irving Auguste Comte – Rede über den Geist des Positivismus, Hamburg, 1956.
- Critchlow, Donald/Nash, Gary (Ed.)*: Encyclopedia of American History, Vol. X – Contemporary United States 1969 to the Present, New York, 2003.
- Datta, Asit (Hrsg.)*: Julius Nyerere - Reden und Schriften aus drei Jahrzehnten, Bad Honnef, 2001.
- Donnelly, Jack*: Human Rights in Theory and Practice, Ithaca, 2002.
- Garrett Dan/Barbanell, Edward (Ed.)*: Encyclopedia of Empiricism, Westport, 1997.
- Ebock, Kerstin*: Der Schutz grundlegender Menschenrechte durch kollektive Zwangsmaßnahmen der Staatengemeinschaft: vom Interventionsverbot zur Pflicht zur humanitären Intervention?, Frankfurt a.M., 2000.
- Eisler, Rudolf*: Kant-Lexikon, Nachschlagewerk zu Kants sämtlichen Schriften / Briefen und handschriftlichem Nachlass, Hildesheim, 1979.
- Erdheim, Mario*: Psychoanalyse und Unbewußtheit in der Kultur – Aufsätze 1980-1987, Frankfurt a.M., 1988.
- Ezzati, A.*: Islam and Natural Law, London, 2002.
- Fellner, Fritz*: Vom Dreibund zum Völkerbund, Studien zur Geschichte der internationalen Politik 1882-1919, Wien, 1994.
- Foucault, Michel*: Überwachen und Strafen – Die Geburt des Gefängnisses, Frankfurt a.M., 1994.
- Gabriel, Mark*: Islam und Terrorismus – Was der Koran wirklich über Christentum, Gewalt und die Ziele des Djihad lehrt, Gräfeling, 2004.
- Galtung, Johan*: Strukturelle Gewalt – Beiträge zur Friedens- und Konfliktforschung, Hamburg, 1975.
- Galtung, Johan*: Menschenrechte – anders gesehen, Frankfurt a.M., 1994.

BIBLIOGRAPHIE

- Galtung, Johan*: Die Zukunft der Menschenrechte – Vision: Verständigung zwischen den Kulturen, Frankfurt a.M., 2000.
- Galtung, Johan*: Pax Pacifica – Terrorism, the Pacific Hemisphere, Globalisation and Peace Studies, London, 2005.
- Garff, Joakim*: Sören Kierkegaard, München, 2004.
- Gröschner, Rolf/Dierksmeier, Claus/Henkel, Michael/Wiehart, Alexander*: Rechts- und Staatsphilosophie – Ein dogmenphilosophischer Dialog, Berlin, 2000.
- Haase, Marco*: Grundnorm – Gemeinwille – Geist, Der Grund des Rechts nach Kelsen, Kant und Hegel, Tübingen, 2004.
- Häberle, Peter*: Europäische Rechtskultur, Baden-Baden, 1994.
- Häberle, Peter*: Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, Berlin, 1998.
- Habermas, Jürgen*: Theorie des kommunikativen Handelns, Band 1 – Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung, Frankfurt a.M., 1995.
- Habermas, Jürgen*: Faktizität und Geltung, Frankfurt a.M., 1992.
- Hallaq, Wael*: The Origins and Evolution of Islamic Law, Cambridge, 2005.
- Halter, Ulrich*: Europarecht und das Politische, Tübingen, 2005.
- Haratsch, Andreas*: Die Geschichte der Menschenrechte, Potsdam, 2001.
- Hasenkamp, Miao-ling*: Universalization of Human Rights? The Effectiveness of Western Human Rights Policies towards Developing Countries after the Cold War – With Case Studies on China, Frankfurt a.M., 2004.
- Hilker, Judith*: Grundrechte im deutschen Frühkonstitutionalismus, Berlin, 2005.
- Hilpert, Martin*: Theorien schulischer Gewalt, 2003, im Internet unter: <http://www.diss.fu-berlin.de/2003/135>.
- Hilpert, Martin*: Bewusstsein, Identität und Gewalt, Norderstedt, 2006.

BIBLIOGRAPHIE

- Hobbes, Thomas*: Philosophical Rudiments Concerning Government and Society, 1651, abgedruckt in: *Warrender, Howard (Ed.)*, Thomas Hobbes - De Cive, Oxford, 1983.
- Hobbes, Thomas*: Leviathan, 1651, abgedruckt in: *Tuck, Richard (Ed.)*, Cambridge, 1991.
- Höffe, Otfried*: Vernunft und Recht – Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs, Frankfurt a.M., 1998.
- Höffe, Otfried*: Einführung in die utilitaristische Ethik, Tübingen, 1992.
- Höffe, Otfried*: Lexikon der Ethik, München, 2002.
- Hofmann, Hasso*: Recht – Politik – Verfassung, Studien zur Geschichte der politischen Philosophie, Frankfurt a.M., 1986.
- Hofmann, Hasso*: Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, Darmstadt, 2003.
- Horkheimer, Max*: Zur Kritik der instrumentellen Vernunft, Frankfurt a.M., 1986.
- Hume, David*: A Treatise on Human Nature, 1739-40, abgedruckt in: *Green, T.H./Grose, T.H. (Ed.)*, The Philosophical Works of David Hume, Vol. II, Book III – Of Morals, London, 1874.
- Hume, David*: An Enquiry Concerning Human Understanding, 1748, in: *Green, T.H./Grose, T.H. (Ed.)*, The Philosophical Works of David Hume, Vol. IV, London, 1875.
- Iannone, Pablo*: Dictionary of World Philosophy, London, 2001.
- Ishay, Micheline*: The History of Human Rights – From Ancient Times to the Globalization Era, London, 2004.
- Kant, Immanuel*: Die Metaphysik der Sitten, 1797/98, 39; abgedruckt in: *Cassirer, Ernst (Hrsg.)*, Immanuel Kants Werke, Bd. VII, Berlin, 1916.
- Kant, Immanuel*: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1786, abgedruckt in: *Cassirer, Ernst (Hrsg.)*, Immanuel Kants Werke, Bd. IV, Berlin, 1913.

BIBLIOGRAPHIE

- Kaufmann, Arthur (Hrsg.)*, Gustav Radbruch – Gesamtausgabe, Rechtsphilosophie III, Heidelberg, 1990.
- Kelsen, Hans*: Reine Rechtslehre, Wien, 1960.
- Kelsen, Hans*: Reine Rechtslehre, Leipzig, 1934.
- Khan, M.A.*: Islamic Jurisprudence – Islamic Laws in the Modern World, London, 1996.
- Kierkegaard, Sören*: Der Begriff Angst, 1844, Sören Kierkegaard - Gesammelte Werke, Abt. 11/12, Regensburg, 1952.
- Klaus, Georg/Buhr, Manfred (Hrsg.)*: Philosophisches Wörterbuch, Leipzig, 1974.
- Kohler, Josef*: Aus Kultur und Leben, Berlin, 1904.
- Kotzur, Markus*: Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes - Das Beispiel der Präambel des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, Berlin, 2001.
- Krawietz, Birgit*: Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam, Berlin, 2002.
- Krämer, Gudrun*: Gottes Staat als Republik – Reflexionen zeitgenössischer Muslime zu Islam, Menschenrechten und Demokratie, Baden-Baden, 1999.
- Kühnhardt, Ludger*: Die Universalität der Menschenrechte, Bonn, 1987.
- Kukla, John (Ed.)*: The Bill of Rights – A Lively Heritage, Richmond, 1987.
- Lawrence, James (Ed.)*: Human Rights in Africa, New York, 2004.
- Leaman, Oliver (Ed.)*: Encyclopedia of Asian Philosophy, London, 2001.
- Locke, John*: Two Treatises of Government, 1690, II § 87, abgedruckt in: *Tegg, Thomas (Ed.)*, The Works of John Locke, Vol. V, Aalen, 1963.
- Lohmann, Friedrich*: Zwischen Naturrecht und Partikularismus – Grundlegung christlicher Ethik mit Blick auf die Debatte um eine universale Begründbarkeit der Menschenrechte, Berlin, 2002.

BIBLIOGRAPHIE

- Maier, Astrid*: Die Todesstrafe in der VR China, Hamburg, 2005.
- Majid Fakhry*, An Interpretation of the Qur'an – English Translation of the Meanings, New York, 2002.
- Mawdudi, Abul*: Purdah and the Status of Woman in Islam, Lahore, 1972.
- Mawdudi, Abul*: Islam Today, Delhi, 1989.
- Mayer, Ann Elizabeth*: Islam and Human Rights – Tradition and Politics, London, 1991.
- Mbaye, Keba*: Les Droits de l'Homme en Afrique, Paris, 1992.
- Mead, Margaret*: Geschlecht und Temperament in primitiven Gesellschaften, Hamburg, 1959.
- Mittelstraß, Jürgen*: (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftsgeschichte, Bd. 4, Stuttgart, 1996.
- Moussalli, Ahmed*: Moderate and Radical Islamic Fundamentalism – The Quest for Modernity, Legitimacy, and the Islamic State, Gainesville, 1999.
- Mumtaz, Khawar/Shahed, Farida*: Women of Pakistan – Two Steps Forward, One Step Back?, London, 1987.
- Neary, Ian*: Human Rights in Japan, South Korea and Taiwan, London, 2002.
- Ngom, Benoît*: Les Droits de l'Homme et l'Afrique, Paris, 1984.
- Nguéma, Issac*: Perspektiven der Menschenrechte in Afrika – Die Wurzeln einer ständigen Herausforderung, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1990, 301.
- Nowak, Manfred*: Introduction to the International Human Rights Regime, Leiden, 2003.
- Nyerere, Julius*: Afrikanischer Sozialismus, Frankfurt a.M., 1979.
- Oestreich, Gerhard*: Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß, Berlin, 1968.

BIBLIOGRAPHIE

- Osman, Nabil (Hrsg.):* Kleines Lexikon deutscher Wörter arabischer Herkunft, München, 2002.
- Pape, Matthias:* Humanitäre Intervention, Zur Bedeutung der Menschenrechte in den Vereinten Nationen, Baden-Baden 1997.
- Petersohn, Alexandra:* Islamisches Menschenrechtsverständnis unter Berücksichtigung der Vorbehalte muslimischer Staaten zu den UN-Menschenrechtsverträgen, Bonn, 1999.
- Pfeil, Alfred:* Der Völkerbund, Literaturbericht und kritische Darstellung seiner Geschichte, Darmstadt, 1976.
- Popper, Karl:* Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. 1 – Der Zauber Platons, Tübingen, 1992.
- Precht, Peter/Burkard, Franz-Peter (Hrsg.):* Metzler Philosophie Lexikon, Weimar, 1999.
- Pufendorf, Samuel:* De jure naturae et gentium, 1672, 1684, abgedruckt in: *Schmidt-Biggemann, Wilhelm (Hrsg.),* Samuel Pufendorf – Gesammelte Werke, Bd. 4, Berlin, 1998.
- Pufendorf, Samuel:* De jure naturae et gentium libri octo, abgedruckt in: *Scott, James Brown (Ed.),* The Classics of International Law, London, 1934.
- Quaritsch, Hellmut:* Recht auf Asyl – Studien zu einem mißdeuteten Grundrecht, Berlin, 1985.
- Radbruch, Gustav:* Der Mensch im Recht, Göttingen, 1957.
- Radbruch, Gustav:* Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, 1946, abgedruckt in: *Arthur Kaufmann (Hrsg.),* Gustav Radbruch – Gesamtausgabe, Rechtsphilosophie III, Heidelberg, 1990.
- Rajae, Farhang:* Islamic Values and World View – Khomeyni on Man, the State and International Politics Vol. XIII, Lanham, 1983.
- Rawls, John:* Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a.M., 1975.
- Rawls, John:* Political Liberalism, New York, 1996.
- Riedel, Eibe:* Die Universalität der Menschenrechte, Berlin, 2003.

BIBLIOGRAPHIE

- Riedel, Eibe*: Theorie der Menschenrechtsstandards, Berlin, 1986.
- Ritter, Joachim (Hrsg.)*: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 2, Basel, 1972.
- Ritter, Joachim/Gründer, Karlfried (Hrsg.)*: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 4, Basel, 1976.
- Ritter, Joachim/Gründer, Karlfried (Hrsg.)*: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 5, Basel, 1980.
- Ritter, Joachim/Gründer, Karlfried (Hrsg.)*: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 6, Basel, 1984.
- Ritter, Joachim/Gründer, Karlfried (Hrsg.)*: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 7, Basel, 1989.
- Ritter, Joachim/Gründer, Karlfried (Hrsg.)*: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 8, Basel, 1992.
- Ritter, Joachim/Gründer, Karlfried*: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 10, Basel, 1998.
- Ritter, Joachim/Gründer, Karlfried/Gabriel, Gottfried (Hrsg.)*: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 11, Basel, 2001.
- Rohls, Jan*: Geschichte der Ethik, Tübingen, 1991.
- Rorty, Richard*: Objectivity, relativism, and truth, New York, 1991.
- Rousseau, Jean-Jaques*: Du Contrat Social ou Principes Du Droit Politique, 1762, abgedruckt in: *Medina, Jose Morali, Claude/Chomienne, Gerard*, Jean-Jaques Rousseau – Du Contrat Social, Paris, 1986.
- Russel, Betrand*: Grundlagen für eine soziale Umgestaltung, München, 1921.
- Salehi, Djavid*: Kritik des Ethischen Relativismus, Marburg, 1999.
- Samnoy, Ashild*: Human Rights as International Consensus – The Making of the Universal Declaration of Human Rights 1946-1948, Bergen, 1993.
- Sandvoss, Ernst*: Geschichte der Philosophie - Mittelalter, Neuzeit, Gegenwart, München, 2001.

BIBLIOGRAPHIE

- Sartre, Jean-Paul*: Das Sein und das Nichts – Versuch einer phänomenologischen Ontologie, Reinbek, 1985.
- Sartre, Jean-Paul*: Ist der Existentialismus ein Humanismus?, Zürich, 1947.
- Schacht, Joseph*: G. Bergsträsser's Grundzüge des islamischen Rechts, Berlin, 1935.
- Schapp, Jan*: Freiheit, Moral und Recht – Grundzüge einer Philosophie des Rechts, Tübingen, 1994.
- Schmale, Wolfgang*: Archäologie der Grund- und Menschenrechte in der Frühen Neuzeit, München, 1997.
- Schmidt-Glintzer, Helwig*: China: Vielvölkerreich und Einheitsstaat, München, 1997.
- Schnarrer, Johannes*: Norm und Naturrecht verstehen – Eine Studie zu Herausforderungen der Fundamentaethik, Frankfurt a.M., 1999.
- Schockenhoff, Eberhard*: Naturrecht und Menschenwürde – Universale Ethik in einer geschichtlichen Welt, Mainz, 1996.
- Schram, Stuart*: The Thought of Mao Tse-Tung, Cambridge, 1989.
- Shivji, Issa*: The Concept of Human Rights in Africa, London, 1989.
- Siddiqi, Rais*: Islam – Faith, State and Law, New Delhi, 2005.
- Sonnewald, Karl-Heinz*: Die Deklaration der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10.12.1948, Dokumente, herausgegeben von der Forschungsstelle für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität Hamburg, Heft XVI, Frankfurt a.M., 1955.
- Störig, Hans Joachim*: Kleine Weltgeschichte der Philosophie, Stuttgart, 1999.
- Thomasius, Christian*: Grund-Lehren des Natur- und Völker-Rechts, 1705, 5. Kap. § 12, 6. Kap. § 21, abgedruckt in: *Schneiders, Werner (Hrsg.)*, Christian Thomasius – Ausgewählte Werke, Bd. 18, Hildesheim, 2003.

BIBLIOGRAPHIE

- Thomasius, Christian*: Grund-Lehren des Natur- und Völker-Rechts, 1705, 1, abgedruckt in: *Schneiders, Werner (Hrsg.)*: Christian Thomasius – Ausgewählte Werke, Bd. 18, Hildesheim, 2003.
- Tibi, Bassam*: Der wahre Imam – Der Islam von Mohammed bis zur Gegenwart, München, 1996.
- Tibi, Bassam*: Die Krise des modernen Islams – Eine vorindustrielle Kultur im wissenschaftlich-technischen Zeitalter, Frankfurt a.M., 1991.
- Tomuschat, Christian*: Human Rights – Between Idealism and Realism, New York, 2003.
- Tonndorf, Uwe*: Menschenrechte in Afrika: Konzeption, Verletzung und Rechtsschutz im Rahmen der OAU, Freiburg, 1997.
- Tshosa, Onkemetse*: National Law and International Human Rights Law – Cases of Botswana, Namibia and Zimbabwe, Hampshire, 2001.
- von Albertini Mason, Babetta*: Menschenrechte aus westlicher und asiatischer Sicht – Zu den Grundwerten der liberalen Demokratie, Genf, 2004.
- Watson, James*: Theory and Reality in the International Protection of Human Rights, Ardsley 1999.
- Weatherley, Robert*: The Discourse of Human Rights in China – Historical and Ideological Perspectives, London, 1999.
- Wernecke, Annika*: Rechtsphilosophische Probleme der weltweiten Durchsetzung von Menschenrechten, Frankfurt a.M., 2005.
- Whitman, James*: Harsh Justice – Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe, New York, 2003.
- Wildeis, Joachim*: Der Koran, Gott und ich – Alle Verse des Korans, thematisch gegliedert und kritisch untersucht, Köln, 2004.
- Winiger, Bénédicte*: Das rationale Pflichtenrecht Christian Wolffs – Bedeutung und Funktion der transzendentalen, logischen und moralischen Wahrheit im systematischen und theistischen Naturrechts Wolffs, Berlin, 1992.
- Wittgenstein, Ludwig*: Tractatus logico-philosophicus, Frankfurt a.M., 1984.

BIBLIOGRAPHIE

- Wolff, Christian*: Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, 1754, abgedruckt in: *Thomann, Marcel (Hrsg.)*, Christian Wolff – Gesammelte Werke, Bd. 19, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, Hildesheim, 1980.
- Worku, Messelech*: Entwicklungstendenzen des regionalen Menschenrechtsschutzes – Die Afrikanische Charta der Rechte des Menschen und der Völker, Berlin, 2000.
- Xin, Jianfei*: Mao Zedong's World View – From Youth to Yanan, Lanham, 1998.
- Young, Virginia*: Ruth Benedict: Beyond Relativity, Beyond Pattern, Lincoln, 2005.
- Yu-Lan, Fung*: A History of Chinese Philosophy, Vol. I – The Period of the Philosophers, Princeton, 1952.
- Yu-Lan, Fung*: A History of Chinese Philosophy, Vol. II - The Period of Classical Learning, Princeton, 1953.

BIBLIOGRAPHIE

English Abstract

Guantánamo has become a symbol for the clash of differing value systems. With widespread international concern and criticism of the treatment of the detainees - Islamic terror suspects - as grave violations of universal human rights.

International human rights were codified with the instruments of international law, providing legal and ethical standards regarding the right to bring a petition of habeas corpus, the obligation of humane treatment and the prohibition of torture. The imprisonment of the detainees without adequate access to courts and legal representation, the applied interrogation techniques and the failure to release the prisoners at the end of hostilities constitute clear violations of such standards from the critic's point of view.

The „war against terrorism” has been the moral justification of the United States Government, which also views the detention camps to be in accord with international law and refers to the traditionally harsh treatment of prisoners in America.

International law allows broad interpretation providing a pathway for ambiguous and controversial application. This legal system cannot be equated with national law. In the case of Guantánamo it did not provide a clear common result and the situation did not change despite the intense discourse.

On the level of international law, sovereign states meet each other. International law predominantly is contract law. The different interpretations of indefinite legal terms, state reservations as well as the lack of mechanism of enforcement are inbuilt.

The United States argues with reference to corresponding human rights treaties, their lacking extraterritorial validity, its own interpretation of a “humane treatment”, the exceptional circumstances of the war against international terrorism, and the conclusion that the detainees are not usual but “unlawful combatants”.

The solution of these aporias can only be underpinned by derivation of the applied positive law. For law is the sum of the negotiated conditions for the living together in a community. Law is always the expression of the human valuation (morality). Law is the instrument through which such values are implemented. Thus, the international

codified human rights shall protect the common conviction of the cultures; which protects and acknowledges personal dignity and entitlement to a minimum standard of rights.

Thus, if the positive universal human rights could be derived as the implementation of a standard that is common to all cultures, better arguments for the legal evaluation of Guantánamo could be found. Standards that could not be curtailed by the inbuilt components of contract law.

The wording of the international human rights treaties and their dissemination assume a consensus on basic human rights. However differing and sometimes opposing cultural and religious conceptions and ideas of man exist. Some communities attach importance to a liberal and individual understanding, whilst others on the involvement and obligation of the individual into the community and again others on the relation of the person to god and its binding to religious morality. Making it difficult to define and implement core human rights treaties, which can be applied universally regardless of cultural and religious beliefs. Other value systems are often refused in the societies, the international human rights are determined as western influence, and an own interpretation is claimed.

As the differences are often not considered adequately, their reasons are not enough analyzed, a discrepancy between the claim and the actual observance of “the human rights” can frequently merely be stated.

Therefore, the examination goes further than an analysis by means of international law. It discusses the question, which justifications of human rights exist in the cultures, what the contents of the present paradigms of justification - to which also the international human rights refer - are, and how an inherence of a core of human rights can be derived beyond cultural relativity.

The deficiencies of the actual justification schemes causing doubts by argumentative breaches can probably be improved by new approaches interpreting the existing differences as a result of originally equal conditions of human interaction, and examining the correlation of identity, structural violence and the state of need of the human being.

This actualization of the justification of human rights is vital in the legal discourse to assimilate the conceptions about the rights of man.

For controversial human rights situations like in Guantánamo can only be avoided in the future with a continued intercultural dialogue enabling a understanding of a common human identity and thereby reducing the violence between the cultures, which results from the difference of their values.