

## Kampf gegen den Terrorismus – Kampf für das Recht

DANIEL THÜRER und FELIX SCHWENDIMANN

“States must ensure that any measures taken to combat terrorism comply with their obligations under international law, in particular human rights law, refugee law and international humanitarian law.”  
*2005 World Summit Outcome*<sup>1</sup>

“There is no conflict between the duty of states to protect the rights of persons threatened by terrorism and their responsibility to ensure that protecting security does not undermine other rights.”  
*The Berlin Declaration  
of the International Commission of Jurists*<sup>2</sup>

|   |     |
|---|-----|
| I. Einleitung .....   | 847 |
| II. Versuchung 1: Ausnahmezustand .....                                       | 850 |
| III. Versuchung 2: Kriege recht .....   | 853 |
| IV. Ziel- und Referenzpunkte: Menschliche Sicherheit und Menschenrechte ..... | 856 |
| V. Weg 1: Schutz durch Richter .....  | 857 |
| VI. Weg 2: Kritischer Bürgersinn .....  | 862 |
| VII. Schlussbetrachtung .....   | 863 |

### I. Einleitung

Welchen Versuchungen sind Staaten beim Kampf gegen den Terrorismus ausgesetzt, und wie sollen demokratisch verfasste Rechtsstaaten auf die Herausforderungen des Terrorismus reagieren?

*Christian Tomuschat* hat sich in mehreren wissenschaftlichen Abhandlungen, Expertisen und Vorträgen zu diesen Fragen geäußert.<sup>3</sup> Er streicht die Wichtig-

<sup>1</sup> UN Doc. A/60/L.1., Nr. 85.

<sup>2</sup> International Commission of Jurists, *The Berlin Declaration*, 28. August 2004.

<sup>3</sup> *Christian Tomuschat*, *Der 11. September 2001 und seine rechtlichen Konsequenzen*, in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ)* 2001, S. 535 ff.; *ders.*, *Präventivkrieg zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus?*, in: *Jahrbuch Menschenrechte* 2004, Frankfurt am Main 2003, S. 121 ff.; *ders.*, *Universal jurisdiction and terrorism*, in: *Société française pour le droit international (éd.)*, *New Threats to International Peace and Security*, Paris 2004, S. 257 ff.; *ders.*, *Menschenrechte – Die Gefangenen in Guantánamo*, in: *Anwaltsblatt* 2004, S. 397 ff.; *ders.*, *Comments*, in: *Christian Walter / Silja Vöneky / Volker Röben / Frank Schorkopf (eds.)*, *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, Berlin et al. 2004, S. 45 ff.; *ders.*, *The Individual Threatened by the Fight Against Terrorism?*, Vortrag gehalten am 13. September 2002 in Warschau im

keit der Terrorismusbekämpfung heraus. Um die Ursachen des Terrorismus zu beseitigen, sollte sich jeder Staat einer Selbstanalyse unterziehen und versuchen, Fehler zu korrigieren, statt in wilden Aktivismus zu verfallen. *Tomuschat* bejahte das Selbstverteidigungsrecht der USA gegen Afghanistan gemäß Art. 51 der UNO-Charta als Reaktion auf die Anschläge des 11. September 2001. Er zeigt aber ebenso, dass der US-Militärstützpunkt in Guantánamo kein rechtsfreier Raum ist und auch Terroristen ein Recht auf die international anerkannte Verfahrensgarantien haben. Für den Europarat hat *Christian Tomuschat* einen Bericht verfasst, in dem er begründet, weshalb ein umfassendes Terrorismusübereinkommen einen beträchtlichen zusätzlichen Nutzen bringt.<sup>4</sup> Seit dem 16. Mai 2005 liegt nun eine Europarats-Konvention über die Terrorismusprävention zur Unterzeichnung vor.<sup>5</sup>

Was ist unter „Terrorismus“ zu verstehen? Bisher wurden insgesamt 22 Konventionen über den internationalen Terrorismus abgeschlossen. Weil sich die internationale Gemeinschaft nicht auf eine einheitliche Definition einigen konnte,<sup>6</sup> existiert bis heute aber keine umfassende Terrorismuskonvention.<sup>7</sup> Die Problematik bei der Begriffsbestimmung liegt in der Abgrenzung des Terrorismus vom Freiheitskampf. Während der Freiheitskampf gegen ein Unrechtsregime als legitim angesehen wird, werden terroristische Akte als Verbrechen bezeichnet. Es handelt sich um eine Wertungsfrage, zu welcher es keinen allgemeingültigen Maßstab gibt.<sup>8</sup> UNO-Generalsekretär Kofi Annan forderte die führenden Politiker der Welt nachdrücklich auf, bis Ende 2006 ein umfas-

→

Rahmen des Kolloquiums „Society in Danger“, organisiert vom Polish National Committee of International Association of Legal Sciences und der Fakultät für Recht und Verwaltung der Warschauer Universität (Seminar WS 2002/2003 „Menschenrechte und ihre Bewahrung im Kampf gegen den Terrorismus“).

<sup>4</sup> *Christian Tomuschat*, Report on the possible „added value“ of a comprehensive convention on terrorism, Council of Europe, doc. Committee of Experts on Terrorism (CO-DEXTER) (2004) 05, 16 February 2004, Human Rights Law Journal (HRLJ) 26 (2005), S. 287 ff.

<sup>5</sup> Konvention des Europarates zur Terrorismusprävention vom 16. Mai 2005, Nr. 196, HRLJ 26 (2005), S. 264, die nach sechs Ratifizierungen in Kraft tritt. Derzeit (16.6.2006) haben 35 Staaten die Konvention unterzeichnet, aber erst ein Staat (Russland) hat ratifiziert.

<sup>6</sup> Vgl. den Entwurf eines umfassenden Übereinkommens gegen den internationalen Terrorismus, UN Doc. A/59/894, S. 7 ff.

<sup>7</sup> Siehe die verschiedenen Beiträge zum Problem der Definition, in: *Karine Bannelier / Théodore Christakis / Olivier Corten / Barbara Delcourt* (dir.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris 2002, S. 35 ff.; *Christian Tomuschat*, Comments, in: *Walter/Vöney/Röben/Schorkopf* (eds.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law* (Fn. 3), S. 45 ff.;

<sup>8</sup> Vgl. *Daniel Jositsch*, Terrorismus oder Freiheitskampf? – Heikle Abgrenzungsfragen bei der Anwendung von Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB, Antrittsvorlesung vom 27. Juni 2005 in der Universität Zürich.

sendes Übereinkommen über den Terrorismus zu schließen.<sup>9</sup> Als Ausgangspunkte zur Begriffsbestimmung bietet sich die Definition der durch den UNO-Generalsekretär eingesetzten Hocharrangigen Gruppe an, welche „Terrorismus“ beschrieb als:

„jede Handlung, [...] die den Tod oder eine schwere Körperverletzung von Zivilpersonen oder Nichtkombattanten herbeiführen soll, wenn diese Handlung auf Grund ihres Wesens oder der Umstände darauf abzielt, die Bevölkerung einzuschüchtern oder eine Regierung oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen zu nötigen“.<sup>10</sup>

Die Frage nach der rechtlichen Fassung des Terrorismus erhielt eine schreckliche Aktualität durch die Ereignisse vom 11. September 2001. An jenem Tag stürzten vor den Augen der Weltöffentlichkeit die „Twin Towers“ ein, ein mit Passagieren voll besetztes Linienflugzeug wurde über West-Pennsylvania zum Absturz gebracht, und es erfolgte ein Angriff auf einen Flügel des Pentagons in Washington D.C. Die Welt war in einen Schockzustand versetzt.<sup>11</sup> Der Terrorismus in seiner modernen Gestalt trat in Erscheinung: global, scheinbar assimiliert und auf hohem technologischen Niveau agierend, fanatisch und ohne erkennbares politisches Programm, brutal wahllos tötend und zerstörend.<sup>12</sup> *Jürgen Habermas* sprach vom „ersten historischen Weltereignis“.<sup>13</sup> Am 11. März 2004 folgte das Attentat von Madrid mit beinahe 200 Todesopfern, und am 7. Juli 2005 wurden in London durch Bombenanschläge über 50 Menschen getötet. Stehen wir an der Schwelle zu einem „age of terrorism“? Zukünftige Gewaltakte könnten weit verheerendere Größenordnungen erreichen, wenn sie einmal mit Massenvernichtungswaffen ausgeführt würden.<sup>14</sup> Die politische Öffentlichkeit scheint diese über der modernen Zivilisation schwebenden Gefahren verdrängt zu haben und ist zur Tagesordnung übergegangen. Der effiziente Kampf gegen den Terrorismus muss indessen an hoher Stelle auf der Agenda

<sup>9</sup> Vgl. UN-Doc. A/59/2005, Nr. 91.

<sup>10</sup> Siehe UN-Doc. A/59/565, Nr. 164 d. *Tomuschat* nennt für die Terrorismus-Definition die gleichen drei Hauptelemente, vgl. *Tomuschat* (Fn. 4), S. 15.

<sup>11</sup> Für eine frühe völkerrechtliche Analyse dieser Ereignisse siehe *Luigi Condorelli*, Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le droit international?, in: *Revue Générale de Droit International Public* 2001, Vol. 4, S. 829 ff.; *Christian Tomuschat*, Der 11. September 2001 und seine rechtlichen Konsequenzen, in: *EuGRZ* 2001, S. 535 ff.

<sup>12</sup> Vgl. *Walter Laqueur*, Krieg dem Westen – Terrorismus im 21. Jahrhundert, Berlin 2004, S. 35 ff.; *Ernst-Otto Czempiel*, Weltpolitik im Umbruch – Die Pax Americana, der Terrorismus und die Zukunft der internationalen Beziehungen, 3. Aufl., München 2003, S. 39 ff.; *Charles Townshend*, Terrorism, A Very Short Introduction, Oxford 2002, S. 8 ff. Vgl. auch die Untersuchung vor 2001 von *Bruce Hoffman*, Inside Terrorism, New York 1998, S. 157 ff.

<sup>13</sup> Vgl. *Jürgen Habermas / Jacques Derrida*, Philosophie in Zeiten des Terrors, Berlin/Wien 2004, S. 73.

<sup>14</sup> Um das schreckliche Szenario eines Terrorismus mit Atomwaffen zu verhindern, wurde am 13. April 2005 ein entsprechender Entwurf einer UNO-Konvention präsentiert.

der Staaten,<sup>15</sup> internationalen Organisationen<sup>16</sup> und der Zivilgesellschaft stehen. Dabei hat sich die Bekämpfung des Terrorismus auf der Grundlage und in den Schranken des "rule of law" zu vollziehen.<sup>17</sup>

Als Reaktionen auf terroristische Akte stellen sich vor allem die zwei Versuchungen, den Terrorismus im Ausnahmezustand und unter Anwendung des Kriegsrechts zu bekämpfen. Im Zentrum der Anstrengungen im Kampf gegen den Terrorismus sollen zwei sich in einem delikaten Spannungsfeld befindende Konzepte stehen: Menschenrechte und menschliche Sicherheit. Zwei Ordnungselemente werden zur Sicherung des Rule of Law im Kampf gegen den Terrorismus hervorgehoben: das Machtkorrektiv der Justiz und die kritische Kraft einer demokratisch engagierten Bürgerschaft.

## II. Versuchung 1: Ausnahmezustand

Es ist eigenartig und vielleicht symptomatisch für den heutigen Zeitgeist: *Carl Schmitt* – deutscher Staatsrechtler und Staatstheoretiker, seinerzeit Hitler-Enthusiast mit dem Ruf eines „Kronjuristen“ des Nazi-Regimes – erlebt im Zusammenhang mit modernen Terrorszenen eine Renaissance. Zentral im Denken Schmitts war der Ausnahmezustand.<sup>18</sup> Dieser Fall äußerster Not oder Gefährdung der Existenz des Staates lasse sich zwar tatbestandsmäßig nicht umschreiben. Nach der Lehre *Schmitts* ist aber im Ausnahmezustand die gesamte bestehende Ordnung suspendiert, und das Staatsrecht höre hier auf.<sup>19</sup> Die Aus-

<sup>15</sup> Für eine Übersicht über die getroffenen staatlichen Maßnahmen siehe die Länderberichte an das durch die Sicherheitsrats-Resolution 1373 (2001) geschaffene UNO-Komitee gegen den Terrorismus. Zu finden unter: [http://www.un.org/Docs/sc/committees/1373/submitted\\_reports.html](http://www.un.org/Docs/sc/committees/1373/submitted_reports.html). Vgl. ebenso die Länderberichte, in: *Christian Walter / Silja Vöneky / Volker Röben / Frank Schorkopf* (eds.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, Berlin et al. 2004, S. 171 ff.

<sup>16</sup> Die internationalen Organisationen setzen unterschiedliche Schwerpunkte, wobei der Europarat als erste internationale Organisation Leitlinien über Menschenrechte und den Kampf gegen den Terrorismus erlassen hat. Siehe *Conseil de l'Europe* (éd.), *Les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme – Les lignes directrices du Conseil de l'Europe*, Strasbourg 2005, S. 7 ff.

<sup>17</sup> Die UNO-Menschenrechtskommission hat deshalb einen Sonderberichterstatter zur Förderung und zum Schutz von Menschenrechten im Kampf gegen den Terrorismus eingesetzt. Vgl. Human Rights Resolution 2005/80 vom 21. April 2005, Nr. 18; bestätigt durch den ECOSOC am 25. Juli 2005. Zum Mandat siehe den ersten Bericht des Sonderberichterstatters Martin Scheinin, UN Doc. A/60/370. Siehe auch *Jochen Abr. Frowein*, *Terrorismus als Herausforderung für das Völkerrecht*, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2002, S. 879 ff.

<sup>18</sup> Vgl. *Carl Schmitt*, *Politische Theologie – Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 8. Aufl., Berlin 2004, S. 8 ff. Zu Ausnahmezustand und Terrorismusbekämpfung siehe auch *Markus Kotzur*, *Die Weltgemeinschaft im Ausnahmezustand?*, in: *Archiv des Völkerrechts* 2004, S. 356 ff.; *Kim Lane Scheppele*, *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11*, in: *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 2004, S. 1001 ff.

<sup>19</sup> *Schmitt* (Fn. 18), S. 9.

nahme erachtete er als wichtiger als die Regel; in ihr durchbreche „die Kraft des wirklichen Lebens die Kruste einer in Wiederholung erstarrten Mechanik“. <sup>20</sup> Der „Souverän“ trete hervor als die Instanz, die über den Ausnahmezustand gebiete. <sup>21</sup> Die „Dezision“ des Souveräns mache sich frei von jeder normativen Gebundenheit und werde im eigentlichen Sinn absolut. <sup>22</sup> In ähnlicher Weise würden rechtlose Räume durch die Einführung eines sog. Feindstrafrechts neben dem Bürgerstrafrecht geschaffen, wie dies in jüngster Zeit vorgeschlagen wurde. Danach seien die Feinde des Staates, z.B. Terroristen und Kinderschänder, nicht als Personen zu behandeln. <sup>23</sup> Diese Idee erinnert an *Carl Schmitt*, der beim Begriff des Politischen zwischen Freund und Feind unterscheidet. <sup>24</sup>

Für Regierungen und andere Repräsentanten der Staatsmacht in vielen Teilen der Welt besteht die Versuchung, terroristische Akte oder die Terrorgefahr ganz allgemein zum Anlass oder zum Vorwand zu nehmen, um rechtsstaatliche Regeln oder Ordnungssysteme zu untergraben, erodieren zu lassen oder im Extremfall sogar zu suspendieren oder aufzuheben. <sup>25</sup> Terror begünstigt Tendenzen zur *Autokratie*. Dass Machtregime überall auf der Welt sich von der Doktrin und Praxis des Ausnahmeregimes angezogen fühlen, überrascht nicht. Aber auch in den USA, die sonst mit *Schmitts* Ideologie wenig gemein haben, wird immer häufiger und nicht nur in rechtsradikalen Kreisen die These vertreten, im Kampf gegen den Terrorismus sei der Präsident frei, die ihm geeignet erscheinenden Mittel zu ergreifen; er sei dabei letztlich auch nicht an das Völkerrecht gebunden, selbst nicht an „*ius cogens*“-Normen (zwingendes Völkerrecht) wie das Folterverbot. <sup>26</sup> Ganze Kategorien von Menschen wie „enemy

<sup>20</sup> *Schmitt* (Fn. 18), S. 21.

<sup>21</sup> „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.“ *Schmitt* (Fn. 18), S. 13.

<sup>22</sup> *Schmitt* (Fn. 18), S. 18.

<sup>23</sup> Vgl. *Günther Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: *Höchstrichterliche Rechtsprechung, Strafrecht 2004*, Nr. 3, S. 88 ff.; *Karl-Ludwig Kunz*, „Gefährliche“ Rechtsbrecher und ihre Sanktionierung, in: *Jörg Arnold / Björn Burkhardt / Walter Gropp / Günter Heine / Hans-Georg Koch / Otto Lagodny / Walter Perron / Susanne Walther* (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München 2005, S. 1375 ff.

<sup>24</sup> Vgl. *Carl Schmitt*, *Der Begriff des Politischen*, 7. Aufl., Berlin 2002, S. 26 ff.

<sup>25</sup> Vgl. *Mohammad-Mahmoud Ould Mohamedou*, *The Pitfalls of Lawlessness: Disorder, Emergencies and Conflict*, Expert Seminar on Democracy and the Rule of Law, Geneva, 28 February – 2 March 2005, S. 5 ff.

<sup>26</sup> Vgl. etwa *Alan M. Dershowitz*, *Why Terrorism Works*, New Haven 2002, S. 131 ff., und das Memorandum des heutigen US-Justizministers Alberto Gonzalez vom 1. August 2002, zu finden unter <http://www.americanprogress.org/site/pp.asp?c=biJRJ8OVF&b=246536>. Am 22. Dezember 2005 wurde hingegen durch beide Häuser des Kongresses ein von Senator John McCain vorgeschlagener Zusatz verabschiedet, welcher die grausame, unmenschliche und entwürdigende Behandlung oder Strafe von Häftlingen der US-Regierung, unabhängig ihres Aufenthaltsortes oder ihrer Nationalität, verbietet. Zu den rechtlichen Überlegungen zur Absolutheit des Folterverbots, siehe *Marcel Alexander Niggli / Tornike Keshelava*, Ein Markstein des Rechtsstaates gerät ins Wanken, „*Neue Zürcher Zeitung*“, 23./24. April 2005, S. 85.

combatants" werden außerhalb des Rechts gestellt.<sup>27</sup> Die Justiz ist zurzeit damit befasst, den Schaden zu reparieren, den eine umsichtige politische "leadership" hätte verhindern müssen.<sup>28</sup>

Im Rechtsstaat, wie er im modernen Völker- und Staatsrecht verstanden wird, steht aber niemand außer oder über dem Recht. Dem britischen Völkerrechtler *Hersch Lauterpacht* folgend, gehen wir davon aus, dass die internationalen Beziehungen insgesamt unter dem "reign of law" stehen, dass dieses selbstverständlich größere oder kleinere Gestaltungsspielräume offen lässt, dass aber das ganze (internationale und nationale) Recht auf den Rechten der menschlichen Person beruht.<sup>29</sup> Der frühere Cambridge-Professor und Richter am Internationalen Gerichtshof hatte diesen Gedanken prägnant zum Ausdruck gebracht:

"There is [...] no limitation upon the rule of law in civilized society. [...] The field of legal regulation is not coextensive with the legal order, and while the former is necessarily limited, the latter embraces the totality of relations amenable to external regulation between those subject to the sway of law within the State."<sup>30</sup>

Selbst den Ausnahmezustand dürfen die Staaten nach den Erfordernissen von Menschenrechtsschutz und Rechtsstaatlichkeit nur unter bestimmten Voraussetzungen (wie Notsituation, Verhältnismäßigkeit, Publizität) verhängen, und sie können auch im Ausnahmezustand gewisse (Menschen)Rechte nicht suspendieren.<sup>31</sup> Gemäß dem UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte sowie der Amerikanischen und Europäischen Menschenrechtskonvention gelten die folgenden vier Rechte als „notstandsfest“: Recht auf Leben,<sup>32</sup> Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung, Verbot der Sklaverei und der Grundsatz „keine Strafe ohne Gesetz“.<sup>33</sup> Gemäß

<sup>27</sup> Vgl. Fact Sheet, Status of Detainees at Guantánamo vom 7. Februar 2002, zu finden unter: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/20020207-13.html>; *Paul Wolfowitz*, Memorandum for the Secretary of the Navy, Order Establishing Combatant Status Review Tribunal, zu finden unter <http://www.defenselink.mil/releases/2004/nr20040707-0992.html>; *Knut Dörmann*, The legal situation of "unlawful/unprivileged combatants", in: *Revue internationale de la Croix-Rouge* 2003, S. 45 ff.

<sup>28</sup> Zur These, dass die USA dem Völkerrecht gegenüber nicht misstrauisch sein sollten, siehe *Anne-Marie Slaughter*, A dangerous Myth, in: *Prospect* 2004, S. 11 f.

<sup>29</sup> Vgl. *Martti Koskenniemi*, *Hersch Lauterpacht (1897-1960)*, in: *Jack Beatson and Reinhard Zimmermann* (eds.), *Jurist Uprooted, German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-century Britain*, Oxford 2004, S. 616 ff.

<sup>30</sup> *Hersch Lauterpacht*, *The Function of Law in the International Community*, Oxford 1933, S. 391.

<sup>31</sup> Zur Ethik des Notstands siehe *Michael Ignatieff*, *The Lesser Evil – Political Ethics in an Age of Terror*, Princeton 2004, S. 25 ff.

<sup>32</sup> Nach Art. 15 Abs. 2 EMRK darf von diesem Artikel nur infolge rechtmäßiger Kriegshandlungen abgewichen werden.

<sup>33</sup> Siehe zum Ganzen: *Jaime Oraá*, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford 1992; Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (eds.); *Jost Delbrück*, *Safeguarding Internationally Protected Human Rights in* →

allgemeinem Völkergewohnheitsrecht dürften zusätzlich weitere Rechte wie etwa die Justizgarantien zum nicht derogierbaren internationalen Menschenrechtsschutz zählen.<sup>34</sup> Der Rechtsstaat kennt demzufolge kein “black hole”, kein rechtliches Vakuum.<sup>35</sup>

### III. Versuchung 2: Kriegsrecht

Akte des Terrorismus sind schwere Verbrechen. Dies hatte die Generalversammlung der UNO wiederholt in aller Form festgehalten.<sup>36</sup> Die Attentate auf die “Twin Towers” in Manhattan stellten wohl sogar „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ dar.<sup>37</sup> Präsident George W. Bush begnügte sich aber nicht mit dieser Qualifizierung. Er erklärte, einen 1981 von Präsident Reagan geprägten Begriff aufgreifend, dem Terrorismus den „Krieg“.<sup>38</sup> “War on terror” war nicht bloß metaphorisch oder rhetorisch gemeint, so wie etwa der Slogan „Krieg“ gegen die Armut, die Drogen usw. verstanden wurde. Die Administration in Washington machte vielmehr klar, dass sie den Begriff im Rechtssinn verwendet: Auf Akte des Terrorismus und der Terrorismusbekämpfung sollten die Regeln des Kriegsrechts zur Anwendung gebracht werden.<sup>39</sup>

„Krieg“ ist hier aber die falsche Kategorie. Denn Kriegsrecht (humanitäres Völkerrecht) kommt nur in internationalen oder nicht-internationalen bewaffneten Konflikten zwischen Staaten bzw. organisierten, identifizierbaren Parteien zur Anwendung.<sup>40</sup> Die Gründe, aus denen es zur Gewaltanwendung

→

National Emergencies: New Challenges in View of Global Terrorism, in: Jürgen Bröhmer / Roland Bieber / Christian Calliess / Christine Langenfeld / Stefan Weber / Joachim Wolf (Hrsg.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress, Köln/Berlin/München 2005, S. 35 ff.; Digest of jurisprudence of the United Nations and regional organizations on the protection of human rights while encountering terrorism, New York/Geneva 2003. 🍏

<sup>34</sup> Vgl. Susan Marks and Andrew Clapham, International Human Rights Lexicon, Oxford 2005, S. 353.

<sup>35</sup> Dennoch spricht Giorgio Agamben davon, dass der Ausnahmezustand ein rechtsfreier Raum sei, in dem alle rechtlichen Bestimmungen deaktiviert seien. Siehe Giorgio Agamben, Ausnahmezustand, Frankfurt am Main 2004, S. 62.

<sup>36</sup> Vgl. nur die erste einer langen Liste von Resolutionen, UN-Doc. A/Res/3034 (XXVII).

<sup>37</sup> Vgl. Art. 7 des Römer Statuts vom 17. Juli 1998.

<sup>38</sup> Vgl. Noam Chomsky, Hegemony or Survival – American’s Quest for Global Dominance, New York 2004, S. 188.

<sup>39</sup> Neben militärischen Mitteln sollen aber auch diplomatische, geheimdienstliche, polizeiliche und wirtschaftliche Maßnahmen getroffen werden, siehe United States Department of State, Patterns of Global Terrorism 2001: <http://www.state.gov/s/ct/rls/pgtrpt/2001/pdf/>.

<sup>40</sup> Vgl. die gemeinsamen Art. 2 und 3 der Genfer Konventionen vom 12. August 1949 und die Art. 1 des ersten und zweiten Zusatzprotokolls vom 8. Juni 1977. Siehe ebenso die gewohnheitsrechtlichen Regeln des humanitären Völkerrechts bei Jean-Marie Henckaerts / Louise Doswald-Beck (eds.), Customary International Humanitarian Law, Cambridge 2005.

gekommen ist (*jus ad bellum*), sind bei der Frage der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts (*jus in bello*) nicht entscheidend.<sup>41</sup> Das Internationale Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) kommt in seinem Bericht „International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts“ zum dem Schluss, dass der „Krieg gegen den Terrorismus“ nicht global als bewaffneter Konflikt betrachtet werden kann, sondern in seine Komponenten aufgeteilt werden muss.<sup>42</sup> Eine Charakterisierung des „Krieges gegen den Terrorismus“ als weltweiten bewaffneten Konflikt hätte schwerwiegende Folgen für die Regeln des *jus ad bellum*. Ein solcher bewaffneter Konflikt würde es ermöglichen, Angriffe zu lancieren, wo immer sich mutmaßliche Terroristen aufhalten, ohne auf die UNO-Charta zurückgreifen zu müssen.<sup>43</sup> Befürworter eines solchen weltweiten Konflikts sollten auch bedenken, dass gemäß humanitärem Völkerrecht alle Konfliktparteien die gleichen Rechte und Pflichten haben.

Bei den Akten des Terrorismus und der Terrorismusbekämpfung handelt es sich in aller Regel nicht um Fälle der Gewaltanwendung, welche die Intensitätsschwelle von bewaffneten Konflikten im Rechtssinne erreichen. Ein seltener Ausnahmefall waren die am 7. Oktober 2001 von den USA gegen Afghanistan lancierten militärischen Operationen.<sup>44</sup> Dies war ein klarer Fall eines internationalen bewaffneten Konflikts.<sup>45</sup> Typischerweise ist aber Terrorismus nicht mit Kriegen im klassischen Stil zu bekämpfen, sondern einzelstaatlich und international mit Aktionen polizeilicher Natur. Gedacht ist etwa an nachrichtendienstliche Maßnahmen zur Verfolgung von Informations- und Finanzströmen terroristischer Netzwerke oder an Strategien zur Infiltration terroristischer Aktivitä-

<sup>41</sup> Vgl. *François Bugnion*, *Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire*, in: *Revue internationale de la Croix-Rouge* 2002, S. 523 ff.

<sup>42</sup> Vgl. *International Committee of the Red Cross* (eds.), *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Geneva 2003, S. 18; *Marco Sassòli*, *Use and abuse of the laws of war in the "war on terrorism"*, in: *Law and Equality: A Journal of Theory and Practice* 2004, S. 200.

<sup>43</sup> Vgl. beispielsweise den Vorfall in Jemen, wo am 3. November 2002 sechs mutmaßliche Al-Qaida-Mitglieder durch den Einsatz einer US-Drohne getötet wurden, unter <http://web.amnesty.org/library/print/ENGAMR511682002>.

<sup>44</sup> Zur Frage der Rechtmäßigkeit der Gewaltanwendung siehe *Michael N. Schmitt*, *Deconstructing October 7<sup>th</sup>: A Case Study in the Lawfulness of Counterterrorist Military Operations*, in: *Michael N. Schmitt* (ed.), *Terrorism and International Law, Challenges and Responses*, San Remo 2003, S. 39 ff.

<sup>45</sup> Der Konflikt im Irak, bei dem freilich keine Verbindung zu den Attacken des 11. Septembers 2001 nachgewiesen werden konnte, stellte bis zum formellen Ende der Besetzung im Juni 2004 und der Übergabe der Herrschaftsmacht durch die Besetzer an die irakische Übergangsregierung ebenfalls einen internationalen bewaffneten Konflikt dar. Vgl. *Daniel Thürer* and *Malcolm MacLaren*, *Ius Post Bellum in Iraq: A Challenge to the Applicability and Relevance of International Humanitarian Law?*, in: *Klaus Dicke / Stephan Hobe / Karl-Ulrich Meyn / Anne Peters / Eibe Riedel / Hans-Joachim Schütz / Christian Tietje* (Hrsg.), *Weltinnenrecht – Liber amicorum Jost Delbrück*, Berlin 2005, S. 753 ff.

ten, an die Einfrierung von Konten, Verhaftungen, Auslieferungen usw.<sup>46</sup> Terrorismus gleicht einem Virus, der sorgfältig identifiziert, isoliert und gezielt beseitigt werden muss und in der Regel nicht einfach gewaltsam aus einem komplexen Gewebe herausoperiert werden kann.

Aber auch seinem Sinn entsprechend ist der Griff zum humanitären Völkerrecht verfehlt. Denn dieses ist darauf angelegt, in bewaffneten Konflikten einen Ausgleich zwischen der Anerkennung militärischer Notwendigkeiten und dem Schutz humanitärer Bedürfnisse anzuerkennen.<sup>47</sup> Es lässt die Verletzung und Tötung des Feindes wie auch die Festnahme ohne die sonst üblichen rechtlichen Garantien zu. Die Anwendung kriegsrechtlicher Regelungen hätte Wirkungen, die dem Geist und Inhalt des humanitären Völkerrechts widersprechen.<sup>48</sup> Ganz abgesehen davon gelten die Rechte und Pflichten reziprok, und es könnten bald einmal auch Situationen eintreten, in denen die Amerikaner selbst den Schutz des humanitären Völkerrechts gut gebrauchen könnten.

Nach allen großen Kriegen wurde das humanitäre Völkerrecht revidiert und an die neuen Entwicklungen angepasst. Ist dies auch im Kampf gegen den Terrorismus notwendig? Recht wandelt sich ständig. Das gilt auch für das humanitäre Völkerrecht. Vor einer Umgestaltung eines Rechtssystems sollte jedoch untersucht werden, ob nicht bereits mit dem geltenden Recht adäquat auf die neuen Probleme reagiert werden kann. Dies muss im Hinblick auf das humanitäre Völkerrecht wohl bejaht werden, denn falls das humanitäre Völkerrecht im Kampf gegen den Terrorismus (ausnahmsweise) zur Anwendung gelangt, kann der Gegner militärisch bekämpft, Terroristen dürfen gefangen genommen und die Verantwortlichen können zur Rechenschaft gezogen werden.<sup>49</sup> Der volle Respekt des humanitären Völkerrechts bei Anti-Terroroperationen leistet darüber hinaus einen positiven Beitrag zur Eindämmung von Eskalationen und Besiegung des Terrorismus.<sup>50</sup> Zu bedenken ist aber – wie gesagt –, dass eine Anpassung des humanitären Völkerrechts nicht vorschnell vorgenommen werden darf, da es sich um ein sorgfältig ausgewogenes System von Werten und In-

---

<sup>46</sup> Zu den strafrechtlichen Vorgaben der Sicherheitsrats-Resolution 1373 (2001) siehe *Hans Vest*, Terrorismus als Herausforderung, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 45 ff.; für Alternativen zu Zwangsmaßnahmen siehe *Bruno S. Frey*, Dealing with Terrorism – Stick or Carrot?, Cheltenham 2004.

<sup>47</sup> Vgl. *Jakob Kellenberger*, No war is above international law, in: Financial Times, 19. Mai 2004.

<sup>48</sup> Vgl. *Gabor Rona*, Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the “War on Terror”, in: The Fletcher Forum of World Affairs 2003, S. 58.

<sup>49</sup> Vgl. *Marco Sassòli*, La « guerre contre le terrorisme », le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre, in: The Canadian Yearbook of International Law 2001, S. 244; *Luigi Condorelli / Yasmin Naqvi*, The War Against Terrorism and Jus in Bello: Are the Geneva Conventions Out of Date?, in: Andrea Bianchi (ed.), Enforcing International Law Norms Against Terrorism, Oxford 2004, S. 34 ff.

<sup>50</sup> Vgl. *Hans-Peter Gasser*, Acts of terror, “terrorism” and international humanitarian law, in: Revue internationale de la Croix-Rouge 2002, S. 569.

teressen handelt.<sup>51</sup> Das heutige Hauptproblem ist nicht in mangelhaften Regeln zu suchen, sondern im fehlenden politischen Willen zur Umsetzung des existierenden Rechts.<sup>52</sup>

#### IV. Ziel- und Referenzpunkte: Menschliche Sicherheit und Menschenrechte

Terrorismus, wie er heute in Erscheinung tritt, ist ein Phänomen der globalisierten Gesellschaft: Nichtstaatliche Akteure aus wenig entwickelten Ländern revoltieren gegen Träger politischer, globaler und wirtschaftlicher Macht. Die Zerklüftetheit und wachsenden Disparitäten unserer globalisierten Welt werden sichtbar. Nährboden des fanatischen Fundamentalismus und des modernen Terrorismus sind vor allem Länder, die zu den Verlierern der Globalisierung zählen. Terroristische Attacken sind oft Ausdruck der Entfremdung, Verzweiflung und Hoffnungslosigkeit. Es ist nicht erstaunlich und sehr bedeutsam, dass im Verlaufe der letzten Jahre das Konzept der „*menschlichen Sicherheit*“ Prominenz erlangt hat.<sup>53</sup> Menschliche Sicherheit lenkt die Aufmerksamkeit von den militärischen Apparaten zu den Menschen und rückt lebens- und sicherheitsbedrohende Faktoren im Alltag der Gesellschaft, wie (organisierte) Kriminalität, Krankheit, Drogen- und Waffenhandel, Armut oder Menschenhandel, ins Blickfeld. Das Konzept der menschlichen Sicherheit bringt die menschlichen Elemente von Sicherheit, Rechten und Entwicklung zusammen und stellt das Individuum ins Zentrum.<sup>54</sup> Menschliche Sicherheit global und für alle Gesellschaftsschichten zu verwirklichen, ist also ein Ziel der internationalen Gemeinschaft, das langfristig dazu beitragen soll, die Ursachen von Terrorismus zu beseitigen.<sup>55</sup>

So begrüßenswert es ist, dass „*menschliche Sicherheit*“ zum Teil unserer politischen Sprache und Gedankenwelt geworden ist und zusehends institutionelle Verankerungen findet, so sehr ist aber doch darauf zu achten, dass die *Menschenrechte* im Zentrum der rechtlichen und politischen Ordnung blei-

<sup>51</sup> Vgl. Yves Sandoz, L'applicabilité du droit international humanitaire aux actions terroristes, in: Jean-François Flauss (dir.), Les nouvelles frontières du droit international humanitaire, Actes du colloque du 12 avril 2002 organisé par l'Institut d'études de droit international de l'Université de Lausanne, Bruxelles 2003, S. 70 f.; Daniel Thürer, Contemporary Challenges in International Humanitarian Law, Opening Speech to the 5<sup>th</sup> Meeting of the States Parties to the Ottawa Convention and Inaugural Princess Maha Chakri Sirindhorn Lecture on International Humanitarian Law 2003, S. 12.

<sup>52</sup> Vgl. Jean-Philippe Lavoyer, International Humanitarian Law and Terrorism, in: Liesbeth Lijnzaad / Johanna van Sambeek / Bahia Tahzib-Lie (eds.), Making the Voice of Humanity Heard, Leiden 2004, S. 269.

<sup>53</sup> Vgl. Bertrand G. Ramcharan, Human Rights and Human Security, The Hague/London/New York 2002; Wolfgang Benedek, Human Security and Prevention of Terrorism, in: Wolfgang Benedek / Alice Yotopoulos-Marangopoulos (eds.), Anti-Terrorist Measures and Human Rights, 2004, S. 171 ff.

<sup>54</sup> Vgl. Commission on Human Security, Human Security Now, New York 2003, S. 4.

<sup>55</sup> Vgl. Cornelio Sommaruga, The Responsibility to Prevent, Address to the Symposium of the World Council of Churches, Geneva 22 April 2005, S. 3 ff.

ben.<sup>56</sup> Denn die Suche nach Schutz und Zuflucht kann auch Ausfluss der Angst sein, die leicht zur Abtretung und Aufopferung menschlicher Freiheit an Regime führt, die nicht (bloß) um benevolente Fürsorge für die Schutz- und Sicherheitssuchenden bemüht sind, sondern (auch) egoistisch und systematisch die Akkumulierung eigener Macht anstreben.

#### V. Weg 1: Schutz durch Richter

Klar zu Tage treten bei der Bekämpfung des Terrorismus immer wieder die Schwäche und der mangelnde Wille politischer Instanzen, den Versuchungen von Not- und Ausnahmerecht, dem Missbrauch des Kriegsrechts oder anderen, weniger augenfälligen Verstößen gegen die Grundsätze des “Rule of law” entgegenzutreten statt Menschenrechte und menschliche Sicherheit zum Tragen zu bringen. Guantánamo – ein mit System fabriziertes “black hole” des Grund- und Menschenrechtsschutzes – ist ein besonders eklatantes Beispiel einer Attacke auf Grundlagen der Rechtsstaatlichkeit.<sup>57</sup> Aber auch weniger einschneidende Maßnahmen wie etwa die (mittlerweile entschärfte) pauschale Diskriminierung und die prozesslose Internierung von Ausländern in Großbritannien unter Anrufung der Notstandsklausel der Europäischen Menschenrechtskonvention, bis hin zu Ritzungen und Vernachlässigungen rechtsstaatlicher Prinzipien im Zusammenhang mit der schweizerischen Taliban-Verordnung,<sup>58</sup> deuten in diese Richtung.

---

<sup>56</sup> Siehe den Bericht von *Robert K. Goldman*, Protection of human rights and fundamental freedoms while encountering terrorism, UN Doc. E/CN.4/2005/103 vom 7. Februar 2005; *Christian Tomuschat*, The Individual Threatened by the Fight Against Terrorism?, Vortrag gehalten am 13. September 2002 in Warschau im Rahmen des Kolloquiums “Society in Danger”, organisiert vom Polish National Committee of International Association of Legal Sciences und der Fakultät für Recht und Verwaltung der Warschauer Universität.

<sup>57</sup> Vgl. *Johan Steyn*, Guantánamo: A Monstrous Failure of Justice, in: *International Herald Tribune*, 27. November 2003; *Christian Tomuschat*, Menschenrechte – Die Gefangenen in Guantánamo, in: *Anwaltsblatt* 2004, S. 397 ff.; *Daniel Thürer*, Guantánamo: Ein “Legal Black Hole” oder ein System sich überschneidender und überlagernder „Rechtskreise“?, in: *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht* 2004, S. 1 ff. Diese Vorgehensweise erinnert an die im Mittelalter ausgeübte Praxis von Karl II., der seine Gegner außer Landes bringen ließ, wo die Habeas-Corpus-Regeln nicht galten.

<sup>58</sup> Nur wenige Jahre ist es her, seit ein ehemaliger ETH-Professor eines Tages sein Bankkonto vollumfänglich gesperrt sah. Die zuständige Bundesinstanz hatte die Maßnahme, gestützt auf die Taliban-Verordnung des Bundesrates vom 2. Oktober 2000, angeordnet. Die Verordnung war, als Rechtsgrundlage, verfassungsrechtlich in hohem Maße fragwürdig. Das schweizerische Recht stellte kein Rechtsmittel zur Anfechtung der Kontosperrung zur Verfügung. In Form von Interventionen des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements und des U.S. Treasury Department konnte dem Sanktionen-Komitee des UNO-Sicherheitsrates in der Folge das Begehren unterbreitet werden, dass der Betroffene von der Liste möglicher Terrorismussympathisanten oder -kollaborateure gestrichen werde. Vgl. auch *Helen Keller*, Antiterrormaßnahmen: Verfahrensschutz bei der Sperrung von Bankkonten, in: *Isabelle Häner* (Hrsg.), *Nachdenken über den demokratischen Staat und*

Es wird zusehends klar, dass die beste Bastion und unentbehrliche Garantin gegen Verletzungen rechtsstaatlicher Werte im Kampf gegen den Terrorismus die Justiz ist.<sup>59</sup> Das höchste Gericht Israels erblickte in der spezifischen, institutionellen Schwäche der Justiz paradoxerweise eine moralische Stärke. Am 30. Juni 2004 hat es die in den besetzten Gebieten errichtete Mauer zur Terrorbekämpfung durch Israels höchstes Gericht in Teilen als rechtswidrig bezeichnet. Im Epilog führte der Präsident A. Barak aus:

“Our task is difficult. We are members of Israeli society. Although we are sometimes in an ivory tower, that tower is in the heart of Jerusalem, which is not infrequently struck by ruthless terror. We are aware of the killing and destruction wrought by terror against the state and its citizens. As any other Israelis, we too recognize the need to defend the country and its citizens against the wounds inflicted by terror. We are aware that in the short term, this judgment will not make the state’s struggle against those rising up against it easier. But we are judges. When we sit in judgment, we are subject to judgment. We act according to our best conscience and understanding. Regarding the state’s struggle against the terror that rises up against it, we are convinced that at the end of the day, a struggle according to the law will strengthen her power and her spirit. There is no security without law. Satisfying the provisions of the law is an aspect of national security. I discussed this point in HCJ 5100/94 *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, at 845:

We are aware that this decision does make it easier to deal with that reality. This is the destiny of a democracy – she does not see all means as acceptable, and the ways of her enemies are not always open before her. A democracy must sometimes fight with one arm tied behind her back. Even so, a democracy has the upper hand. The rule of law and individual liberties constitute an important aspect of her security stance. At the end of the day, they strengthen her spirit and this strength allows her to overcome her difficulties.

That goes for this case as well. Only a Separation Fence built on a base of law will grant security to the state and its citizens. Only a separation route based on the path of law will lead the state to the security so yearned for.”<sup>60</sup>

Im House of Lords wehrte sich ein Richter am 16. Dezember 2004 mit kräftigen Worten gegen die Suspendierung von „Habeas Corpus“-Garantien der Eu-

→

seine Geschichte, Beiträge für Alfred Kölz, Zürich 2003, S. 299 ff.; *Eric Rosand*, The Security Council’s Efforts to Monitor the Implementation of Al Qaeda/Taliban Sanctions, in: *American Journal of International Law* 2004, S. 745 ff.

<sup>59</sup> Vgl. *Aharon Barak*, The Role of a Supreme Court in a Democracy and the Fight against Terrorism, in: *University of Miami Law Review* 2003, S. 125 ff.; *Eyal Benvenisti*, National Courts and the “War on Terrorism”, in: *Andrea Bianchi* (ed.), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Oxford 2004, S. 307 ff. Zur Rolle von Verfassungsgerichten in Transitionen siehe *Brun-Otto Bryde*, *Constitutional Courts in Constitutional Transition*, in: *F. Van Loon / K. Van Aeken* (Hrsg.), *60 maal recht en 1 maal wijn, Liber Amicorum prof. dr. Jean Van Houtte*, Leuven 1999, S. 235 ff.

<sup>60</sup> *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, HCJ 2056/04, decided June 30, 2004, § 86.

ropäischen Menschenrechtskonvention.<sup>61,62</sup> Es urteilte über die unbefristete und prozesslose Internierung von Ausländern, die unter Terrorismusverdacht stehen. Großbritannien hatte, gestützt auf die Notstandsklausel der Konvention (Art. 15 EMRK), das Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5 EMRK) suspendiert.<sup>63</sup> Dazu folgende Passagen von Lord Hoffmann:<sup>64</sup>

“[...] This is one of the most important cases which the House has had to decide in recent years. It calls into question the very existence of an ancient liberty of which this country has until now been very proud: freedom from arbitrary arrest and detention. The power which the Home Secretary seeks to uphold is a power to detain people indefinitely without charge or trial. Nothing could be more antithetical to the instincts and traditions of the people of the United Kingdom.”<sup>65</sup>

“[...] suspicion of being a supporter is one thing and proof of wrongdoing is another. Someone who has never committed any offence and has no intention of doing anything wrong may be reasonably suspected of being a supporter on the basis of some heated remarks overheard in a pub. The question in this case is whether the United Kingdom should be a country in which the police can come to such a person’s house and take him away to be detained indefinitely without trial.”<sup>66</sup>

“The technical issue in this appeal is whether such a power can be justified on the ground that there exists a ‘war or other public emergency threatening the life of the nation’ within the meaning of article 15 of the European Convention on Human Rights.”<sup>67</sup>

“[...] The Armada threatened to destroy the life of the nation, not by loss of life in battle, but by subjecting English institutions to the rule of Spain and the Inquisition. The same was true of the threat posed to the United Kingdom by Nazi Germany in the Second World War. This country, more than any other in the world, has an unbroken history of living for centuries under institutions and in accordance with values which show a recognisable continuity.”<sup>68</sup>

“This is a nation which has been tested in adversity, which has survived physical destruction and catastrophic loss of life. I do not underestimate the ability of fanatical groups of terrorists to kill and destroy, but they do not threaten the life of the nation. Whether we would survive Hitler hung in the balance,

<sup>61</sup> Vgl. *Daniel Thürer*, EMRK – Zu ihren Entwicklungen und ihren Umrissen, in: ders. (Hrsg.), EMRK: Neuere Entwicklungen, Zürich 2005, S. 1, 9 ff.

<sup>62</sup> *Jean Bandrillard* sprach von einem “terror against terror”, in: *The Spirit of Terrorism*, London/New York 2002, S. 9.

<sup>63</sup> Siehe dazu *Colin Warbrick*, The European Response to Terrorism in an Age of Human Rights, in: *The European Journal of International Law* 2004, S. 1007 ff.

<sup>64</sup> House of Lords, Session 2004-05 [2004] UKHL 56, opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the cause A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), X (FC) and another (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), on Thursday 16 December 2004, opinion of Lord Hoffmann, §§ 86-97, HRLJ 25 (2004), S. 428 ff., S. 446 f.

<sup>65</sup> House of Lords (Fn. 64), § 86.

<sup>66</sup> House of Lords (Fn. 64), § 87.

<sup>67</sup> House of Lords (Fn. 64), § 88.

<sup>68</sup> House of Lords (Fn. 64), § 91.

but there is no doubt that we shall survive Al-Qaeda. The Spanish people have not said that what happened in Madrid, hideous crime as it was, threatened the life of their nation. Their legendary pride would not allow it. Terrorist violence, serious as it is, does not threaten our institutions of government or our existence as a civil community.”<sup>69</sup>

“[...] The real threat to the life of the nation, in the sense of a people living in accordance with its traditional laws and political values, comes not from terrorism but from laws such as these. That is the true measure of what terrorism may achieve. It is for Parliament to decide whether to give the terrorists such a victory.”<sup>70</sup>

Das House of Lords erklärte – so das System der innerstaatlichen Wirkung der EMRK unter dem “Human Rights Act” von 1998 – die fragliche Regelung als mit den Menschenrechten unvereinbar (“declaration of incompatibility”). Das britische Parlament reagierte auf diese Erklärung und erließ nach einer intensiven Debatte ein neues Gesetz zur Prävention des Terrorismus. Bei der Revision dieses Gesetzes zeigte sich, dass das britische Unterhaus auf Fragen betreffend Habeas-Corpus sehr sensibel reagiert. Ein Antrag der Regierung, Terrorismusverdächtige bis zu 90 Tage ohne Anklageerhebung in Polizeihaft zu behalten, wurde abgelehnt. Angenommen wurde hingegen eine Haft ohne Anklage von 28 Tagen, was einer Verdoppelung der bisherigen Frist entspricht.<sup>71</sup>

In einem neuen Grundsatzurteil entschieden die Lordrichter, dass vor britischen Gerichten keine Informationen oder Geständnisse, die in Drittländern unter Folter erzwungen worden waren, gegen Terrorverdächtige verwendet werden dürfen.<sup>72</sup> Dazu Lord Bingham of Cornhill:

“[...] The issue is one of constitutional principle, whether evidence obtained by torturing another human being may lawfully be admitted against a party to proceedings in a British court, irrespective of where, or by whom, or on whose authority the torture was inflicted. To that question I would give a very clear negative answer.”<sup>73</sup>

Carl Schmitt-Anhänger sei in Erinnerung gerufen, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg letztinstanzlich befugt ist, über Existenz und Umfang einer Notstandssituation gemäß Art. 15 EMRK zu befinden, wie überhaupt der im Ausnahmezustand eigenmächtig „dezidierte“ „Souverän“ im Lichte der modernen Entwicklungen des Völkerrechts<sup>74</sup>

<sup>69</sup> House of Lords (Fn. 64), § 96.

<sup>70</sup> House of Lords (Fn. 64), § 97.

<sup>71</sup> Vgl. „Neue Zürcher Zeitung“ vom 10. November 2005, Nr. 263, S. 1 f.

<sup>72</sup> House of Lords, Session 2005-06 [2005] UKHL 71, opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the cause A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (2004), A and others (Appellants) (FC) and others v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (Conjoined Appeals), on Thursday 8 December 2005, HRLJ 26 (2005), S. 415 f.

<sup>73</sup> House of Lords (Fn. 72), § 51.

<sup>74</sup> Vgl. Erika de Wet, The International Constitutional Order, Lecture in condensed form delivered at the inaugural ceremony of the chair in International Constitutional Law at the University of Amsterdam on 25 February 2005, Amsterdam 2005, S. 5 ff.

zu einer fremdartig anmutenden, seltsam-veralteten Figur geworden ist.<sup>75</sup>

Der amerikanische Supreme Court brachte am 28. Juni 2004 Licht in das von der Regierung auf Guantánamo geschaffene „juristische schwarze Loch“. Er anerkannte, dass auch die von den USA im Kampf gegen Terrorismus gefangenen und als „feindliche Kämpfer“ eingestuften Personen ein Recht auf gerichtliche Überprüfung ihrer Inhaftierung haben.<sup>76</sup> Im Falle eines Amerikaners mahnte das Gericht, dass auch ein Kriegszustand kein Blankocheck für den Präsidenten sei, wenn es um die Rechte der Bürger gehe.<sup>77</sup> Der amerikanische District Court von Columbia entschied, dass die dritte Genfer Konvention über die Behandlung von Kriegsgefangenen auf die Insassen in Guantánamo zur Anwendung gelange und sie Anspruch darauf haben, einem Richter vorgeführt zu werden.<sup>78</sup> Salim Ahmed Hamdan, welcher Ende 2001 in Afghanistan gefangen genommen und nach Guantánamo verbracht wurde, könne erst von Militärkommissionen verurteilt werden, falls ein zuständiges Gericht festgestellt habe, dass der Kriegsgefangenen-Status nicht gegeben sei. Dazu Richter James Robertson:

“The President is not a ‘tribunal’, however. The government must convene a competent tribunal (or address a competent tribunal already convened) and seek a specific determination as to Hamdan’s status under the Geneva Conventions. Until or unless such a tribunal decides otherwise, Hamdan has, and must be accorded, the full protections of a prisoner-of-war.”<sup>79</sup>

Das Bundesberufungsgericht von Columbia hat mittlerweile diesen Entscheid aufgehoben und das Verfahren der Militärtribunale für rechtmäßig be-

<sup>75</sup> Zur These, dass auch der Internationale Strafgerichtshof terroristische Akte verfolgen kann, siehe *Roberta Arnold*, *The ICC as A New Instrument for Repressing Terrorism*, New York 2004. Ebenso *Kerstin Wolny / Juliane Kokott*, *Internationaler Terrorismus und Völkerrecht. Zum Erfordernis einer völkerstrafrechtlichen Antwort auf die Akte des internationalen Terrorismus*, in: Norman Paech / Alfred Rinke / Dian Schefold / Edda Wesslau (Hrsg.), *Völkerrecht statt Machtpolitik*, Hamburg 2004, S. 302 ff.

<sup>76</sup> *Rasul et al. v. Bush, President of the United States, et al.*, No. 03-334, decided June 28, 2004, *HRLJ* 25 (2004), S. 112 ff.; siehe zu diesem Urteil *Christian J. Tams*, *Gerichtliche Kontrolle extraterritorialer Hoheitsakte. Zum Guantánamo-Urteil des Supreme Court*, in: *Archiv des Völkerrechts* 42 (2004), S. 445 ff.; *David L. Sloss*, *Hamdi v. Rumsfeld*, in: *American Journal of International Law* 2004, Vol. 98, S. 788 ff.

<sup>77</sup> *Hamdi et al. v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, No. 03-6696, decided June 28, 2004, S. 29; siehe *Jenny S. Martinez*, *Hamdi v. Rumsfeld*, in: *American Journal of International Law* 2004, S. 782 ff.; *Thomas M. Franck*, *Criminals, Combatants, or What? An Examination of the Role of Law in the Responding to the Threat of Terror*, in: *American Journal of International Law* 2004, S. 686 ff.

<sup>78</sup> *Salim Ahmed Hamdan, Plaintiff, v. Donald H. Rumsfeld, Defendant*, Civil Action No. 04-1519, decided November 8, 2004. Siehe auch den Fall *In re Guantanamo Detainee Cases*, Civil Action Nos. 02-CV-0299 (CKK), 02-CV-0828 (CKK), 02-CV-1130 (CKK), 04-CV-1135 (ESH), 04-CV-1136 (JDB), 04-CV-1137 (RMC), 04-CV-1144 (RWR), 04-CV-1164 (RBW), 04-CV-1194 (HHK), 04-CV-1227 (RBW), 04-CV-1254 (HHK), decided January 31, 2005.

<sup>79</sup> *Salim Ahmed Hamdan, Plaintiff v. Donald H. Rumsfeld* (Fn. 78), S. 18 f.

funden. Richter Arthur R. Randolph und der heutige vorsitzende Richter des Obersten Gerichtshofes John G. Roberts, Jr., erklärten zudem, dass die Genfer Konventionen für Mitglieder der Al-Qaida nicht gälten. Für Richter Stephen F. Williams ist, gemäß seiner abweichenden Meinung, der gemeinsame Artikel 3 der Genfer Konventionen hingegen auch auf die gefangenen Al-Qaida Personen im Konflikt in Afghanistan anwendbar.<sup>80</sup>

## VI. Weg 2: Kritischer Bürgersinn

Vielleicht ist dies eine Trivialität, und trotzdem sei sie als probater Weg zur besonnenen, kraftvollen Bekämpfung des Terrorismus genannt: ein freiheitliches und demokratisches Zusammenleben von Menschen in kleinen und in großen Kreisen ist letztlich nur möglich in Gesellschaften wachsender, kritischer und engagierter Menschen. Wichtige Grundlage einer offenen politischen Gesellschaft ist, um mich vielleicht etwas altmodisch auszudrücken, der kritische Patriotismus der Bürger.<sup>81</sup> Damit ist alles andere als die negative Selbstidentifizierung eines Volkes am Maßstab des Fremden, von dem man sich abgrenzen will, oder des Feindes (im Sinne von *Schmitt*) gemeint. Ich plädiere vielmehr für einen kritischen Bürgersinn,<sup>82</sup> der sich entschieden für die Grundwerte der Menschenrechte einsetzt und der durchaus im Sinne *Alexis de Tocqueville* die demokratische Mitverantwortung aller für die Angelegenheiten der (Rechts-)gemeinschaft umfasst. Eine selbstbewusste, offen-patriotische Gesellschaft ist am besten davor gefeit, angesichts von Akten des Terrors aus Panik oder Gleichgültigkeit ihre Freiheit preiszugeben. Beispielhaft seien hier die Reaktionen der Londoner Bevölkerung auf die Bombenanschläge vom 7. Juli 2005 angefügt. Bereits einen Tag nach den Attacken auf das Verkehrssystem, bei welchen über 50 Menschen getötet wurden, gingen die Leute wieder zur Arbeit. Damit wurde ein wichtiger Beitrag zur Bekämpfung des Terrorismus geleistet, da dem von den Terroristen gewünschten Ziel der Verbreitung von Angst, Schrecken und Hysterie die Wirkung genommen wurde.<sup>83</sup>

<sup>80</sup> Salim Ahmed Hamdan, Appellee v. Donald H. Rumsfeld, United States Secretary of Defense, et al., Appellants, No. 04-5393, decided July 15, 2005.

<sup>81</sup> Vgl. hierzu *Urs Bitterli*, Golo Mann – Instanz und Außenseiter – Eine Biographie, Hamburg 2005, S. 477 ff., vor allem den Briefwechsel von Golo Mann mit Helmut Schmidt und Hans-Jochen Vogel betr. Rote-Armee-Fraktion im Deutschland der Siebziger Jahre.

<sup>82</sup> Vgl. *Alexis de Tocqueville*, Über die Demokratie in Amerika (1835), aus dem Französischen neu übertragen von Hans Zbinden, Zürich 1987, S. 353. *Montesquieu* würde in diesem Zusammenhang von politischer Tugend sprechen, welche er als „die Liebe zum Vaterland und zur Gleichheit“ bzw. als „Gesetzesliebe und -treue eines jeden tugendhaften Bürgers“ definiert: *Charles de Secondat de Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze (1748), übersetzt und herausgegeben von Ernst Forsthoff, Tübingen 1992, S. 62 ff. Vgl. auch *Robert B. Reich*, Reason – Why Liberalism Will Win the Battle for America, New York 2004, S. 149.

<sup>83</sup> Vgl. *Markus Spillmann*, Unerschütterlichkeit ist die beste Waffe gegen Terrorismus, in: „Neue Zürcher Zeitung am Sonntag“ vom 10. Juli 2005.

## VII. Schlussbetrachtung

“Rule of Law” als Fundamentalprinzip der Rechtsgemeinschaft wird durch Terroristen, aber auch durch Maßnahmen zu deren Bekämpfung herausgefordert. Dabei stellen sich bei der Reaktion auf terroristische Akte vor allem zwei höchstgefährliche Versuchungen: den Terror erstens im Ausnahmezustand und zweitens unter Anwendung des Kriegsrechts zu bekämpfen. Statt *Carl Schmitts* Theorie vom Ausnahmezustand heranzuziehen, sollte die von *Hersch Lauterpacht* vertretene Idee des (Völker)Rechts als lückenloses System des “reign of law” den Ausgangspunkt der Analyse bilden. Im modernen Rechtsstaat steht niemand – selbst in den außergewöhnlichen Zeiten der Terroranschläge – außer oder über dem Recht. Auch kommt das humanitäre Völkerrecht bei der Terrorismusbekämpfung – wiewohl rhetorisch „Krieg gegen den Terrorismus“ genannt – normalerweise nicht zur Anwendung. Ein Ausnahmefall war das militärische Eingreifen der USA gegen Afghanistan im Oktober 2001. Sollte das humanitäre Völkerrecht angewendet werden, so hat sich gezeigt, dass mit den bestehenden Bestimmungen adäquat auf den Terrorismus reagiert werden kann. Nicht eine Revision des geltenden Systems erscheint notwendig, sondern vielmehr die Umsetzung der bestehenden Regeln.

Im Zentrum der Anstrengungen im Kampf gegen den Terrorismus sollten Menschenrechte und menschliche Sicherheit stehen. Nochmals sei an *Hersch Lauterpacht* erinnert, der schrieb:

“Inasmuch as freedom means the fullest development of the possibilities of human personality it is not a means of the highest order, but an end in itself. The State is to ensure that freedom. The law of nations, conceived in the fullness of its proper function, exists for the double purpose of accomplishing that object by making man’s freedom secure from the State and by rendering the State secure from external danger.”<sup>84</sup>

Richter aus den USA, Israel, Großbritannien und anderen Ländern haben gezeigt, dass Verletzungen des Rechtsstaats im Kampf gegen den Terrorismus nicht hingenommen, sondern korrigiert werden müssen. Neben der Justiz sind auch politische Behörden und die Bürger, welche im Sinne eines kritischen Patriotismus mit Augenmaß und Urteilskraft handeln, ganz allgemein dafür verantwortlich und in der Lage, die Freiheit der Menschen zu verteidigen. Gleicht der moderne Terror nicht, wie ein Beobachter festhielt, einem „Trojanischen Pferd“: Mit ihm komme der autoritäre Antiterrorismus, der die Angst vor dem Terrorismus ausnutze, und damit auch die Gefahr des “quietly, apparently morally, destroying all unacceptable dissent”.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> *Hersch Lauterpacht*, *International Law and Human Rights*, London 1950, S. 123.

<sup>85</sup> *C. Gearty*, zitiert bei Susan Marks and Andrew Clapham, *International Human Rights Lexicon*, Oxford 2005, S. 358.

