

# Humanitäres Völkerrecht und amerikanisches Verfassungsrecht als Schranken im Kampf gegen den Terrorismus

DANIEL THÜRER\*

Schlagworte: Terrorismusbekämpfung, Humanitäres Völkerrecht, Bewaffneter Konflikt, Krieg, Ausnahmezustand, Amerikanisches Verfassungsrecht, War Power, Verhältnismässigkeit, Freiheitsrechte, Nationale Sicherheit

«In the modern world, those whom we hate are distant groups ... We conceive them abstractly, and deceive ourselves into the believes that acts which are really embodiments of hatred are done from love of justice or some lofty motive. Only a large measure of scepticism can tear away the veils which hide this truth from us.»

BERTRAND RUSSEL<sup>1</sup>

## I. Transnationale Netze des Terrorismus: ein neuartiges Phänomen der Gewalt?

Terrorismus als solcher ist ein uraltes Phänomen. Neu sind heute seine Irrationalität und seine Erfüllung mit Hass. In früheren Zeiten kämpften Terroristen etwa für nationale Unabhängigkeit oder eine neue Verfassung; sie liessen sich leiten von mehr oder weniger nachvollziehbaren Zielen und strategischem Kalkül.<sup>2</sup> Angesichts des modernen Terrorismus spricht der französische Philosoph ANDRÉ GLUCKSMANN von einer blinden «*passion d'agresser et d'anéantir*», von einer «*haine à l'état pur*». «*La haine accuse*», schreibt GLUCKSMANN, «*sans savoir. La haine juge sans entendre. La haine condamne au gré de son désir. Elle ne respecte rien, elle croit faire face à quelque universel complot.*»<sup>3</sup> Der «*état de haine*» macht Juristen ratlos, die gewohnt sind, nach ROUSSEAU in Kategorien eines rational konzipierten und normativ definierten «*état de guerre*» zu denken.<sup>4</sup> Er macht Strategen Mühe, für die nach CLAUSEWITZ die Vorstellungskategorien des Krieges zwischen Heeren feindlicher Staaten mit seinen Schlachtfeldern, seinen (identifizierbaren) Frontverläufen sowie seiner strategischen und operativen Planung im Vordergrund stehen.

Am 11. September 2001 trat der moderne Terrorismus in Form transnationaler Netze in Erscheinung.<sup>5</sup> Die schrecklichen Anschläge auf die Twin Towers in Manhattan versetzten Amerika in einen Zustand von kollektiver Angst und Panik und veränderten die Qualität der Weltpolitik. Präsident GEORGE W. BUSH griff einen bereits von Präsident RONALD REAGAN geprägten Begriff auf und proklamierte den «Krieg» gegen den Terrorismus. «Global War on Terror» war nicht einfach metaphorisch gemeint, so wie etwa Präsident LYNDON B. JOHNSON die Nation 1964 zu einem «War on Poverty» und Präsident RICHARD NIXON 1971 zu einem «War on Drugs» aufrief. Er meinte den Krieg im Rechtssinne. Amerika befinde sich – dies war die Meinung – nach aussen und im Innern im Kriege. Dem Terrorismus wurde förmlich der Krieg erklärt.

---

\* Dr. iur., LL.M. (Cambridge), Dr. rer. publ. h.c., Professor für Völkerrecht, Europarecht, öffentliches Recht und vergleichendes Verfassungsrecht sowie Leiter des Instituts für Völkerrecht und ausländisches Verfassungsrecht an der Universität Zürich; Mitglied des IKRK. Ich danke Jelena Pejic, Rechtsabteilung des IKRK, für ihre wertvolle Unterstützung.

1 BERTRAND RUSSEL, *Sceptical Essays* (1928), London 2001, S. 21.

2 Vgl. WALTER LAQUEUR, *Krieg dem Westen – Terrorismus im 21. Jahrhundert*, Berlin 2004, S. 15 ff.

3 ANDRÉ GLUCKSMANN, *Le discours de la haine*, Paris 2004, S. 11.

4 GLUCKSMANN (FN 3), S. 209.

5 Der «Krieg» des Terrorismus hatte freilich schon vor dem 11. September 2001 angefangen: etwa mit den Attacken auf das World Trade Center zehn Jahre zuvor, auf die amerikanischen Botschaften in Nairobi und Daressalam, auf die «USS Cole» in Jemen, auf ein Hotel in Mombassa, in Karachi, in Bali, Riad und Casablanca.

Dies wirft die Frage auf, ob und inwiefern auf die Massnahmen der Terrorbekämpfung auf der internationalen Ebene das Kriegsrecht – heute humanitäres Völkerrecht genannt – und staatsintern das Ausnahmerecht zur Anwendung gelangt. Ich wende mich nachfolgend vor allem dem humanitären Völkerrecht und dann nur sehr gerahmt dem amerikanischen Verfassungsrecht zu. Ich schliesse mit einigen Überlegungen betreffend den unglücklichen, ja verhängnisvollen Umgang mit einem Begriff, eben demjenigen des «Krieges».

## II. Untersteht der Kampf gegen den Terrorismus dem humanitären Völkerrecht?

Das humanitäre Völkerrecht hat zum Ziel, in bewaffneten Konflikten das Leben, die physische Integrität und die menschliche Würde von Beteiligten und Betroffenen zu schützen und zu schonen und ihre Leiden zu lindern. Die Regeln des humanitären Völkerrechts sind völkervertraglicher und völkergewohnheitsrechtlicher Natur oder stellen allgemeine Rechtsprinzipien dar; einige von ihnen können sogar dem «Verfassungskern» der Völkerrechtsordnung zugeordnet werden.<sup>6</sup> Dabei ist zwischen dem Rechtsregime für internationale bewaffnete Konflikte (internationale Kriege) und demjenigen für interne bewaffnete Konflikte (Bürgerkriege) zu unterscheiden. Die Rechtsregeln für den internationalen bewaffneten Konflikt sind primär in den vier Genfer Konventionen von 1949 und im I. Zusatzprotokoll von 1977 und diejenigen des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts im gemeinsamen Art. 3 der vier Genfer Konventionen von 1949 und im II. Zusatzprotokoll zu den Genfer Konventionen von 1977 niedergelegt.

Im internationalen bewaffneten Konflikt ist Kombattanten der Angriff auf gegnerische Streitkräfte und auf militärische Ziele des Gegners erlaubt, sie dürfen für völkerrechtlich zulässige Kriegshandlungen strafrechtlich nicht zur Rechenschaft gezogen werden<sup>7</sup>, und sie besitzen, wenn sie in den Gewahrsam des Gegners gelangen, das Privileg des Kriegsgefangenenstatus; die Zivilbevölkerung und zivile Objekte dürfen dagegen nicht Ziel bewaffneter Angriffe sein.

Akte des Terrorismus stellen, nach Massgabe des internationalen und nationalen Strafrechts, Verbrechen dar.<sup>8</sup> Die Frage, die sich uns stellt, ist, welchem Regelungssystem Massnahmen des Antiterrorismus unterstehen: dem humanitären Völkerrecht mit seiner soeben skizzierten Struktur, wie dies von Regierungskreisen in Washington behauptet wird, oder den ordentlichen nationalen und internationalen Regeln der Kriminalitätsbekämpfung? Zwei entgegengesetzte Antworten werden auf diese Frage gegeben, die sich auf das «Kriegsparadigma» bzw. das «Paradigma der (kooperativen) Kriminalitätsbekämpfung» stützen; wir suchen im vorliegenden Text nach einer differenzierten Lösung im Mittelfeld.

### 1. «Kriegsthese»

Nach dem Kriegsparadigma handelt es sich beim «Global War on Terror» um einen Krieg im rechtlichen Sinne. Befürworter dieser Ansicht glauben im Wesentlichen, dass der 11. September 2001 und damit zusammenhängende spätere Ereignisse das Auftauchen eines neuen Phänomens bestätigten, nämlich der Existenz transnationaler Netzwerke, die fähig sind, tödliche Gewalt gegen Ziele in weit voneinander entfernten Staaten auszuüben. Mit den traditionellen Kategorien des Völkerrechts und des innerstaatlichen Rechts sei es aber – so die Anhänger der «Kriegsthese» –

6 Vgl. DANIEL THÜRER, Modernes Völkerrecht: Ein System im Wandel und Wachstum – Gerechtigkeitsgedanken als Kraft der Veränderung? in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2000, S. 557, 589 ff.; DERS., International Humanitarian Law as a Core of a „Constitutional System“ of Public International Law? In: Stefania Baldini/Guido Ravasi (ed.), Humanitarian Action and State Sovereignty International – Congress at San Remo 31 August – 2 September 2000, International Institute of Humanitarian Law, Milano 2003, S. 46 ff.

7 Von Kombattanten begangene Kriegsverbrechen, d.h. schwere Verletzungen des humanitären Völkerrechts, sind dagegen strafrechtlich zu verfolgen und zu ahnden.

8 Vgl. zum Ganzen CHRISTIAN TOMUSCHAT, Der 11. September 2001 und seine rechtlichen Konsequenzen, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2001, S. 535 ff.

nicht möglich, die neuen Formen des transnationalen Terrorismus effektiv zu bekämpfen. Dies aus verschiedenen Gründen:

- Es sei im Allgemeinen – so ein strukturelles Argument – schwer, Akte des transnationalen Terrorismus gemäss den völkerrechtlichen Regeln über die Staatenverantwortlichkeit einem spezifischen Staat zuzuordnen. Denn es liege im Wesen dieser Netzwerke, dass deren Struktur und Wirkungsweise im Dunkeln blieben und Nachweise schwer zu erbringen seien, wonach Organe oder Akteure eines Staates terroristische Akte initiierten, planten, ausführten, unterstützten oder begünstigten bzw. terroristischen Kräften einen «safe haven» gewährten.
- Auf einer eher pragmatischen Ebene wird argumentiert, die für ordentliche Strafverfahren geltenden Beweisregeln liessen die zur wirksamen Bekämpfung des Terrorismus erforderlichen Festnahmen von Personen, die einer terroristischen Handlung verdächtig seien, oder Gerichtsverfahren gegen sie in vielen Fällen nicht zu. Auch seien die innerstaatlichen Rechtssysteme mit ihren einschränkenden Bestimmungen und aufwendigen Verfahren angesichts der Zahl der potentiellen Fälle überfordert.
- Auf einer ähnlichen, praktischen Ebene wird schliesslich geltend gemacht, die Vorschriften des internationalen Strafrechts, insbesondere des Auslieferungsrechts, seien zu komplex und bürokratisch, um eine effektive, verlässliche Bekämpfung des transnationalen Terrorismus zu gewährleisten.

Die Vertreter des «Kriegsparadigmas» ziehen den Schluss, die Welt stehe einer neuen Form von Gewalt gegenüber, auf die das Recht der bewaffneten Konflikte anwendbar sei. Dabei argumentieren einige Befürworter dieser Ansicht allerdings, dass Personen, die der Beteiligung an terroristischen Akten verdächtig werden, als «feindliche» oder «illegale» Kämpfer zu betrachten seien, die direkt angegriffen und nach ihrer Gefangennahme bis zu Beendigung der aktiven Feindseligkeiten im «Krieg gegen den Terrorismus» festgehalten werden könnten. Vertreter der «Kriegsthese» erheben zum Teil nur die (politische) Forderung, das Recht der bewaffneten Konflikte müsse angepasst werden, um als wichtigstes rechtliches Instrument bei der Bekämpfung transnationaler Akte des Terrorismus eingesetzt werden zu können. Es wird zum Teil auch geltend gemacht, eine solche Anpassung sei zurzeit bereits im Gange, beispielsweise durch die Fortentwicklung des humanitären Gewohnheitsrechts, doch sind bisher keine neuen Verträge oder sonstigen Rechtsinstrumente vorgeschlagen worden.

## 2. *These der «(kooperativen) Kriminalitätsbekämpfung»*

Die Argumente zugunsten des Paradigmas, wonach dem Terrorismus mit den ordentlichen Mitteln der (kooperativen) Kriminalitätsbekämpfung entgegenzutreten ist, können etwa wie folgt zusammengefasst werden:

- Terrorismus sei – so die Argumentationslinie der Anwendbarkeit der konventionellen Methoden der Terrorbekämpfung – kein neues Phänomen. Im Gegenteil: Terroristische Akte seien seit Jahrhunderten auf der innerstaatlichen wie der internationalen Ebene begangen worden. Das habe Anlass zur Schaffung einer Reihe von internationalen Übereinkommen gegeben, die spezifisch terroristische Akte als kriminell bewerten und die Staaten bei ihren Massnahmen der Prävention und Ahndung zur Zusammenarbeit verpflichten.
- Die Tatsache, dass Personen und Gruppen von Menschen Gewalt über die Grenzen hinweg ausüben und transnationale Netzwerke schaffen können, reiche nicht aus, um dieses im Wesentlichen kriminelle Phänomen als bewaffneten Konflikt zu bezeichnen.
- Statt von «Krieg» würde zur Qualifizierung der hier in Frage stehenden Aktivitäten zutreffender von einem «Kampf» gegen den Terrorismus gesprochen. Es sei offensichtlich, dass die meisten Aktivitäten zur Verhütung oder Unterdrückung terroristischer Akte keine bewaffneten Konflikte darstellten. Die transnationale Gewalt falle weder unter die Definition des internationalen bewaffneten Konflikts, da sie nicht zwischen Staaten ausgetragen werde, noch entspreche sie dem traditionellen Verständnis eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts, da sie in einem weit gespannten geographischen Umfeld ausgeübt werde.

- Der Kampf gegen den Terrorismus sei daher mit einer Reihe von Mitteln zu führen, die keinen militärischen Charakter hätten: gedacht werde dabei etwa an das Sammeln von Geheimdienstinformationen, polizeiliche und rechtliche Zusammenarbeit, Auslieferung, Strafsanktionen, diplomatischen und wirtschaftlichen Druck, finanzielle Untersuchungen, Einfrieren von Konten und Vermögen oder Bemühungen zur Kontrolle der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen.

Die Vertreter der These der «(kooperativen) Kriminalitätsbekämpfung» unterstreichen, dass die internationale Zusammenarbeit im Kampf gegen den Terrorismus nicht aufgegeben, sondern fortgesetzt und verstärkt werden müsse, und zwar gerade wegen des transnationalen Charakters der darin verwickelten Netzwerke und weil die Durchsetzung des Rechts auch eine vorbeugende Wirkung habe.

### 3. Differenzierte Lösung

Welche These ist richtig? Die Antwort ist vielschichtig. Der vorherrschenden Meinung zufolge, die auch das Internationale Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) teilt<sup>9</sup>, stellen nur einige Formen des «Krieges gegen den Terrorismus» einen bewaffneten Konflikt im rechtliche Sinne dar. Der Krieg zwischen der von den Vereinigten Staaten geführten Koalition und dem Taliban-Regime in Afghanistan von 2001/02 etwa, der im Rahmen des «Krieges gegen den Terrorismus» ausgetragen wurde, war ein internationaler bewaffneter Konflikt.<sup>10</sup> Personen, die im Verlauf der ersten Phase des Afghanistan-Krieges aufgegriffen und z.T. in Guantànamo inhaftiert wurden, sind demgemäss nach dem humanitären Völkerrecht, insbesondere der III. Konvention über Kriegsgefangene, der IV. Konvention über Zivilpersonen und dem I. Zusatzprotokoll zu den Genfer Konventionen, zu behandeln. Eine Kategorie von Personen, die als «unlawful combatants» ausserhalb des Schutzes des humanitären Völkerrechts stehen, ist – entgegen der von den Anhängern der «Kriegsthese» aufgestellten Behauptung – dem geltenden Recht nicht bekannt.<sup>11</sup> Das in internationalen bewaffneten Konflikten anwendbare humanitäre Völkerrecht kennt keine Kategorie von «illegalen Kombattanten».<sup>12</sup> Noch viel weniger lässt das humanitäre Völkerrecht zu, dass Personen jegliche Rechte abgesprochen werden. Es gibt im Völkerrecht keinen rechtsfreien Raum.<sup>13</sup>

Der «Krieg gegen den Terrorismus» kann auch die Form eines nicht-internationalen bewaffneten Konflikts annehmen, wie derjenige, der zur Zeit in gewissen Teilen Afghanistans

9 Näheres etwa bei JEAN-PHILIPPE LAVOYER, *International Humanitarian Law and Terrorism*, in: Liesbeth Lijnzaad, Johanna van Sambeek and Bahia Tahzib-Lie (eds.), *Making the Voice of Humanity Heard – Essays on humanitarian assistance and international humanitarian law in honour of HRH Princess Margriet of the Netherlands*, Leiden and Boston 2004, p. 255 ff.; DANIEL THÜRER, *Current Challenges to the Law of Occupation*, Keynote Speech at the 6<sup>th</sup> Bruges Colloquium, 20–21 October 2005.

10 Vgl. MARCO SASSÒLI, *Use and Abuse of Laws of War in the „War on Terrorism“*, in: *Law & Equality* 2004, S. 198 ff.

11 Vgl. KNUT DÖRMANN, *The legal situation of «unlawful/unprivileged combatants»*, in: *Revue internationale de la Croix-Rouge* 2003, S. 45 ff.

12 Entweder sind die im Laufe der militärischen Operationen in Afghanistan gefangen genommenen Personen Angehörige der afghanischen Streitkräfte und haben somit ohne weiteres Anspruch auf den Status des Kriegsgefangenen. Oder es handelt sich bei den Häftlingen um Zivilpersonen. Haben sie aktiv an Feindseligkeiten teilgenommen, ohne hiezu berechtigt zu sein, dann können sie in Haft gehalten werden, wenn und solange sie ein Sicherheitsrisiko für die USA darstellen (IV. Genfer Abkommen, Art. 5 Abs. 1); andernfalls sind sie freizulassen, spätestens aber am Ende des Konflikts. Das III. Genfer Abkommen verpflichtet in seinem Art. 5 Abs. 2 den Gewahrsamsstaat im Zweifelsfalle, in einem gerichtlichen Verfahren feststellen zu lassen, ob ein Gefangener unter das III. Abkommen fällt und somit ein Kriegsgefangener ist (s. auch Protokoll I, Art. 45 Abs. 1 und 2). Unter allen Umständen haben die im Lauf eines bewaffneten Konflikts gefangen genommenen Personen als Minimum Anspruch auf den durch Art. 75 von Zusatzprotokoll I gewährten Schutz. Als «rechtliches Sicherheitsnetz» kodifiziert dieser Artikel die Minimalgarantien, auf die jeder Mensch unter allen Umständen Anspruch hat.

13 Vgl. DANIEL THÜRER, *Guantànamo: Ein „Legal Black Hole“ oder ein System sich überschneidender und überlagernder „Rechtskreise“?* In: *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht* /2004, S. 1 ff.

zwischen der von den alliierten Staaten unterstützten Regierung und verschiedenen bewaffneten Gruppen, darunter verbliebenen Angehörigen der Taliban und Mitgliedern der Al-Qaida, ausgetragen wird. Dieser Konflikt ist nicht international, da er im Einverständnis und mit Unterstützung der neuen afghanischen Regierung und nicht zwischen zwei gegnerischen Staaten geführt wird. Daher sind bei den anhaltenden Feindseligkeiten in Afghanistan die geltenden Regelungen des humanitären Völkerrechts über nicht-internationale bewaffnete Konflikte anwendbar.

Ausserhalb der Fälle, in denen Gewaltakte die Intensität eines bewaffneten Konflikts annehmen, kommen aber die ordentlichen Regeln der Kriminalitätsbekämpfung zur Anwendung. So wandten die spanischen Behörden im Zusammenhang mit Personen, die der im Jahre 2004 in Madrid verübten Anschläge gegen Pendlerzüge verdächtigt wurden, zu Recht nicht die Regeln über die Führung von Feindseligkeiten an, wie dies dem Paradigma des bewaffneten Konflikts entsprochen hätte. Die Bestimmungen des humanitären Rechts hätten es ihnen erlaubt, die Verdächtigen direkt zur Zielscheibe zu nehmen, und es ihnen sogar ermöglicht, sogenannte «Kollateralschäden» an Zivilisten und zivilen Objekten in der nahen Umgebung zu verursachen, sofern diese «Schäden» im Verhältnis zum «Wert» der Verdächtigen als militärische Ziele nicht unangemessen gewesen wären. Stattdessen wandten die Behörden richtigerweise die Regeln des «law enforcement» an. Sie versuchten, der Verdächtigen habhaft zu werden, um sie später vor Gericht stellen zu können, und sie evakuierten die umliegenden Gebäude, um zu verhindern, dass die Anwohner verletzt und Gebäude und Objekte beschädigt wurden.

Zu Recht wurde das Argument verworfen, dass die Anschläge von Madrid wie auch etwa diejenigen von Neu Dehli, Bali oder London, die Rebellenaktivitäten in Tschetschenien oder der Konflikt in Israel/Palästina ein und derselben Partei zugeschrieben werden könnten und das Ausmass der Gewalt an allen diesen Orten die Schwelle des bewaffneten Konfliktes erreicht hatte.

#### 4. *Fazit*

1. Es muss jeder Fall organisierter bewaffneter Gewalt im jeweiligen Kontext analysiert und es muss im Lichte der faktischen Umstände untersucht werden, ob rechtlich gesehen von einem Krieg gesprochen werden kann oder nicht.
2. Es darf nicht übersehen werden, dass die Kriegsregeln in praktischer wie rechtlicher Hinsicht auf den Krieg im klassischen Sinn zugeschnitten wurden. Sie sind naturgemäss, so z.B. in Bezug auf die erlaubte Tötung und den Freiheitsentzug in bewaffneten Konflikten, flexibler als die Regeln, die für Nicht-Konfliktssituationen in anderen Rechtsinstrumenten niedergelegt sind: ein Angehöriger der gegnerischen Streitmacht kann im internationalen bewaffneten Konflikt getötet oder verletzt und er ohne Zugang zu einem Anwalt und ohne Richterspruch bis zum Ende der Feindseligkeiten gefangen gehalten werden. Auch müssen diejenigen, die das humanitäre Völkerrecht anwenden wollen, die Logik, auf die es sich stützt, mitakzeptieren, nämlich die Tatsache, dass für alle an einem bewaffneten Konflikt beteiligten Parteien grundsätzlich dieselben Rechte und Pflichten gelten. Werden beispielsweise von den USA ein Schiff, das mutmasslich im Dienst einer terroristischen Aktion steht, oder ein Dorf, von dem vermutet wird, dass es Terroristen Zuflucht gewährt, als völkerrechtlich legitime Ziele von Angriffen bezeichnet, so erscheinen auch etwa militärische Anlagen wie Gebäude und Personal des CIA, ja allenfalls sogar das Pentagon, als solche Ziele. Ich bin mir nicht gewiss, ob das volle Ausmass der Folgen einer Anwendung des humanitären Völkerrechts überall richtig erfasst wird.
3. Blosser Opportunitätserwägungen können im Zusammenhang mit der Behandlung von Personen, die terroristischer Akte verdächtigt werden, nicht als eine Rechtfertigung aussergerichtlicher Tötung, der Verweigerung von persönlichen Grundrechten nach der Gefangennahme oder der Verweigerung des Zugangs zu einem regulär bestellten Gericht dienen. Internationale und innerstaatliche Verfahrensnormen wurden geschaffen, um Willkür zu verhindern und Leben, Gesundheit und Würde der Menschen zu schützen, ungeachtet der

Abscheulichkeit einer Handlung, deren jemand verdächtigt wird. Die Verwässerung solcher Normen wäre ein Unterfangen, das ausser Kontrolle geraten und gerade den Zielen von Terroristen, die Grundlagen rechtsstaatlicher Ordnungsgefüge auszuhöhlen, dienen könnte.

4. Es ist zu bedenken, dass gerade der 1998 geschaffene Internationale Strafgerichtshof ein geeignetes Instrument im Kampf gegen den Terrorismus darstellt, denn der Gerichtshof besitzt die Kompetenz, Verbrechen gegen die Menschlichkeit (besser: Menschheit) auch ausserhalb von bewaffneten Konflikten zu verfolgen und zu ahnden.<sup>14</sup>

### III. Fällt die Bekämpfung des Terrorismus in den Bereich der «War Power» des amerikanischen Präsidenten?

Die von der Administration Bush vertretene und verkündete Doktrin eines «Global War against Terrorism» hat auch eine innerstaatliche Seite. Konflikte zwischen nationaler Sicherheit und verfassungsmässiger Freiheit sind denn auch in den Vereinigten Staaten zur vielleicht wichtigsten Verfassungsfrage geworden. Wie sind die Konflikte zu lösen? Auch hier stehen sich zwei Lager gegenüber, die CASS R. SUNSTEIN, Professor an der Universität Chicago, in seinem unlängst erschienen Buch «Radicals in Robes» als dasjenige der «National Security Fundamentalists» und dasjenige der «Liberty Perfectionists» bezeichnete.<sup>15</sup>

#### I. «Sicherheitsfundamentalisten»

Von den radikalen Verfechtern der nationalen Sicherheit wird geltend gemacht, der Präsident müsse, wenn das Leben der Nation bedroht sei, unternehmen können, was immer nötig sei, um das Land zu schützen. Wenn der Präsident keinen Schutz gewähren soll, wer soll es – so wird gefragt – dann tun?

Im verfassungsrechtlichen System der Gewaltenteilung nimmt der Präsident der Vereinigten Staaten für sich die Kompetenz in Anspruch, den «Krieg gegen den Terrorismus» zu führen. Attorney-General FRANCIS BIDDLE sagte hierzu: «The constitution has never greatly bothered any wartime President.» Justizminister JOHN ASHCROFT beklagte sich am 12. November 2004 über «a profoundly disturbing trend in our national political life: the growing tendency of the judicial branch to interject itself into areas of executive action originally assigned to the discretion of the president. These encroachments», fuhr ASHCROFT fort, «include some of the most fundamental aspects of the president's conduct of the war on terrorism.»<sup>16</sup>

Das Office of Legal Counsel des Justizdepartements ging in einem 2002 erstellten Memorandum über die Zulässigkeit von Zwangsmitteln bei Einvernahmen sogar so weit zu erwägen, dass der Präsident der Vereinigten Staaten in seiner Rolle als «Commander in Chief of the Armed Forces» die inhärente Befugnis zur Anordnung von Folter gegen des Terrorismus verdächtige Personen besitze, und dies unter Ausschluss einer verfassungsmässigen Befugnis des Kongresses, Folterpraktiken zu verbieten. In einem Fall vor dem Supreme Court machte der Präsident der Vereinigten Staaten in allgemeiner Form geltend, dass er als Oberkommandierender der Streitkräfte mit der Prärogative ausgestattet sei, anzuordnen, dass die militärischen Instanzen verdächtige Terroristen ohne richterliche Zustimmung in Gewahrsam nehmen und dann auf unbestimmte Zeit in Haft halten können ohne Zugang zu einem Anwalt und einem Gericht und

14 Vgl. Art. 7 Abs. 1 des Römer Statuts von 1998 des Internationalen Strafgerichtshofs. Anschläge wie diejenigen auf die Twin Towers in Manhattan würden unter diese Definition von Verbrechen gegen die Menschlichkeit fallen.

15 CASS R. SUNSTEIN, Radicals in Robes – Why Extreme Right-Wing Courts are Wrong for America, New York 2005, S. 151 ff. Ich stützte mich nachfolgend grossenteils auf dieses Buch.

16 Vgl. SUNSTEIN (FN 13), S. 151 ff.

ohne Kontakt mit der Familie und Freunden und ohne dass die Familien informiert würden, was mit ihrem Angehörigen passiert sei.<sup>17</sup>

## 2. «Freiheitsperfektionisten»

Anhänger eines uneingeschränkten (absoluten) Grundrechtsschutzes beharren demgegenüber darauf, dass die Gerichte auch in Kriegszeiten die verfassungsmässige Freiheit beschützen müssen. Gerade in Kriegszeiten sei es in besonderem Masse geboten, dass die Richter die Freiheit beschützen. Das System der verfassungsmässigen Rechte sei fest und rigide; es biege sich nicht und zerbreche nicht inmitten des Krieges. Wenn Richter und Kongress die Freiheit nicht schützen – so wird erwogen – wer wird es dann tun?

- Es wird insbesondere darauf hingewiesen, dass die Exekutive naturgemäss bestrebt sei, ihre Ziele durchzusetzen, also «gewinnen» will und nicht dazu prädestiniert sei, umsichtig eine umfassende Abwägung zwischen den hier in Frage stehenden Rechtsgütern der Sicherheit und Freiheit vorzunehmen. Zumindest für massive, schwere Eingriffe in Grundrechte sei daher eine klare rechtliche Grundlage in Form eines durch den Kongress verabschiedeten Gesetzes erforderlich. Die Legislative sei pluralistisch zusammengesetzt und entscheide in deliberativen Prozessen. Sie stehe nicht in der Gefahr der Ausschliesslichkeit eines sich selbst verstärkenden, eigendynamischen «group thinking», der die parteipolitisch homogene Exekutive naturgemäss ausgesetzt sei. Die Gewaltenteilung bilde eine wesentliche Garantie der Freiheitssicherung. Die «war power» – ins Spannungsverhältnis der «checks and balances» gestellt – falle richtigerweise in die gemeinsame Kompetenz von Exekutive und Legislative.
- Eine Schlüsselrolle kommt, wie Verteidiger des Grundrechtsschutzes zu Recht dartun, gerade in Situationen der Krise den «procedural rights» zu, mit deren Hilfe Verdächtige in einem fairen Verfahren geltend machen können, der Verdacht sei zu Unrecht erhoben worden oder sie besässen Anspruch auf einen besonderen Status, z.B. als Kriegsgefangene. Richter Frankfurter hatte denn auch in einem wichtigen Dictum eine alte Wahrheit geäussert, nämlich «the history of liberty has largely been the history of the observance of procedural safeguards».<sup>18</sup>
- Auch die übrigen Grundrechte sind und bleiben gerade in Situationen der Bedrohung von zentraler Bedeutung. Zu denken ist insbesondere an das Recht auf Leben, das Verbot der Folter und unmenschlichen Behandlung, die Freiheit der Meinungsäusserung, der Versammlung, der Religion, der Privatsphäre und der politischen Grundrechte. Sie bieten gerade jenen Minderheiten Schutz, die in Situationen der kollektiven Angst oder gar Hysterie verletzlich und in besonderer Gefahr stehen, Opfer von Isolierung, Diskriminierung und Verfolgung zu werden, ohne die Handlungsfähigkeit der staatlichen Ordnungsmacht notwendigerweise zu beeinträchtigen.

## 3. Güterabwägung und Verhältnismässigkeit

Auch im Spannungsverhältnis zwischen Sicherheits- und Freiheitsgewährleistung ist zu differenzieren. Natürlich ist es – dies ist der Ausgangspunkt – realistisch und legitim, wenn die Exekutive in Situationen der Bedrohung des Landes besondere Vollmachten beansprucht. Sie muss in Zeiten der Not stärker in Grundrechte wie das Recht auf Privatsphäre, die «freedom of speech», die «Habeas Corpus»-Rechte oder Garantien des «due process» eingreifen können, als dies in Zeiten der Normalität zulässig ist. Es wäre aber verwegen, sich mit Cicero auf den Standpunkt zu stellen, dass, wenn zu den Waffen gegriffen würde, die Gesetze schwiegen («inter arma silent

<sup>17</sup> SUNSTEIN (FN 13), S. 189.

<sup>18</sup> Vgl. *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332, 347 (1943).

leges»). Zu Recht warnte der Staatsrechtler BRUCE ACKERMAN von der Yale University, «governments shouldn't be permitted to run wild even during the emergency – many extreme measures should remain off-limits». <sup>19</sup> In der Tat bilden Verfassungen und Instrumente des Menschenrechtsschutzes insbesondere mit Hilfe des Verhältnismässigkeitsprinzips und dem Dispositiv «notstandfester» Kerngehalte Schranken gegen ein Überborden und Missbrauch der staatlichen Macht. <sup>20</sup> Richter Souter vom U.S. Supreme Court berief sich im Fall Hamdi auf das verfassungsrechtliche System der «checks and balances» und fand: «For reasons of inescapable human nature, the branch of Government asked to counter a serious threat is not the branch on which to rest the Nation's entire reliance in striking the balance between the will to win and the cost in liberty on the way to victory ... a reasonable balance is more likely to be reached on the judgment of a different branch.» <sup>21</sup> Vor allem müssen die jeweiligen Einschränkungen angesichts der konkreten Notlagen (unmittelbare Bedrohungen) gerechtfertigt sein, und es sind Vorkehrungen gegen die Perpetuierung nicht mehr erforderlicher Ausnahmeregime zu schaffen.

#### IV. Vom unglücklichen, ja verhängnisvollen Umgang mit einem Begriff: dem Begriff des Krieges

Begriffe sind wichtig. Sie dienen dazu, Wirklichkeit oder Gedanken sprachlich zu «fassen», eben zu «(be)greifen». Sie können abstrakt gefasst sein oder Bilder enthalten, analytisch oder synthetisch konzipiert sein. Sie können einen instrumentalen oder orientierenden Charakter haben. Begriffe können sachlogisch wirken, aber auch emotionsgeladen sein. Wissenschaftler und Publizisten schaffen, prägen und formen Begriffe. Es ist wichtig, dass diejenigen, die Begriffe entwickeln und mit ihnen umgehen, mit Sorgfalt darauf achten, dass die von ihnen gebrauchten Begriffe die realen Sachverhalte oder die gemeinten Ideen adäquat repräsentieren. Denn Begriffe, die wir verwenden, erzeugen Wirkungen in den Köpfen derjenigen, die sie aufnehmen, sei dies auf der Ebene der Wahrnehmung, der Beurteilung oder der Aktion. Der deutsche Staatsrechtler CARL SCHMITT, seinerzeit zum Kronjuristen des Naziregimes in Deutschland verkommen, war ein brillanter Meister der Prägung einer scharf-geschnittenen, polemischen, einprägsamen Begriffswelt, die mit Schlüsselbegriffen wie «Freund und Feind», «Ausnahmestand» und «Dezisionsmacht» mit dazu beitrug, die rechtsstaatlich-demokratische Prinzipienwelt der Weimarer Verfassung auszuhöhlen, zu delegitimieren und dem totalitären «Führerstaat» den Weg zu ebnet. <sup>22</sup> Journalisten legen heute – freilich in einer ganz anderen Welt der modernen Kommunikation agierend – zwar grossen Wert darauf, die «facts» präzise, unmittelbar und unverzüglich wiederzugeben, doch scheint bei vielen die «professionelle» Überzeugung vorzuherrschen, die Wirklichkeit lasse sich als eine Summe akribisch abgespiegelter «events» begreifen und darstellen; sie gehen dabei aber oft sorglos, ignorant und salopp mit umfassenden Begriffs- und Wertesystemen um und verletzen – wie mir scheint – das professionelle Ethos der objektiven, gesamthaften und repräsentativen Darstellung und Einbettung des Geschehens in seine Zusammenhänge durch bloss (zufällig-)fragmentarische, oft unausgewogene, verzerrende Erfassung des Ganzen.

Insgesamt ist es vielleicht der *Jurist*, der eine in zweifacher Weise bedeutende, konstruktive Rolle spielt. Er bewegt sich zunächst in Begriffskategorien, die in übergreifenden Ordnungssystemen verankert sind; diese Denk- und Normensysteme sind in aller Regel nicht zufällig entstanden, sondern haben sich über lange Zeitspannen hinweg entwickelt. Recht ist zudem

19 Vgl. SUSAN MARKS and ANDREW CLAPHAM, *International Human Rights Lexicon*, Oxford 2005, S. 350.

20 Die Menschenrechtspakte erlauben Notstandsmassnahmen nur im Rahmen einschränkender Prinzipien: nämlich denjenigen der Exzeptionalität, der Publizität, der Proportionalität, der Konsistenz, der Nichtdiskriminierung und der Notifikationen. Vgl. MARKS/CLAPHAM (FN 16), S. 352. Vgl. auch etwa zur Praxis des House of Lords und die Anforderungen der EMRK: DANIEL THÜRER, *EMRK – Zu ihren Entwicklungen und zu ihren Umrissen*, in: *EMRK: Neuere Entwicklungen*, Zürich 2005, S. 9 ff.

21 *Hamdi v. Rumsfeld*, 124 U.S. 2655 (2004).

22 Vgl. etwa CARL SCHMITT, *Politische Theologie – vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 6. Aufl., Berlin 1993.

wertegebunden, und zwar richtigerweise letztlich immer am Wert des Menschen orientiert; so erinnerte etwa das Jugoslawien-Tribunal in seinem epochalen Tadic-Entscheid daran, dass auch unsere Begriffs- und Regelsysteme nicht Selbstzwecke sind, sondern – gemäss der römischrechtlichen Maxime «*hominum causa omne ius constitutum est*» – im Grunde dem konkreten Menschen dienen sollen. In diesem Sinn wird etwa im Völkerrecht in langer Tradition scharf zwischen «*ius ad bellum*» (Recht der Gewaltanwendung) und «*ius in bello*» (Kriegsrecht, humanitäres Völkerrecht) unterschieden, dies mit dem Ziel, in einem Krieg das Prinzip der Humanität zugunsten aller Opfer, also auch der Angehörigen des Aggressorstaates, zur Anwendung zu bringen, eben weil sie Menschen sind. Entsprechend soll die Differenzierung zwischen den Regeln für internationale und nicht-internationale bewaffnete Konflikte, wie sie sich im positiven Recht herausgebildet hat, nicht dazu führen, dass ein Mensch gegen Tötung, Verletzung, Entwürdigung oder eine Sache gegen Zerstörung schutzlos ist, nur weil sie Opfer oder Gegenstand einer Kampfhandlung sind, die einen innerstaatlichen und nicht einen internationalen Charakter haben. Denn für einen Zivilisten, der verletzt, einen Soldaten, der gefoltert, eine Frau, die vergewaltigt, oder in Bezug auf ein Spital, eine Schule oder ein Museum, das zerstört wird, ist es letztlich irrelevant, ob die Eingriffe von aussen oder von innen gesteuert sind.<sup>23</sup>

Was ist mit alledem gemeint? Gemeint ist, dass auf unseren Zusammenhang angewandt die willkürliche, pauschale Bezeichnung von Terror- und Antiterrorakten als «Krieg» zu einer verzerrten Wahrnehmung der Wirklichkeit und zu einer Verwilderung von rechtsstaatlichen Strukturen führt, die gerade in der Verfassungsgeschichte der Vereinigten Staaten eine wichtige Ausformung erfahren hatten. Sie bietet autoritären und autokratischen Regimen einen leichten Vorwand, rechtsstaatliche Gebote unter dem Deckmantel der Terrorismusbekämpfung zu unterminieren. Der adäquate Ausdruck, der die richtigen Proportionen wahrt, wäre «Kampf» und nicht «Krieg» gegen den Terrorismus, denn der letztere Begriff ist irreführend in Bezug auf Inhalt, Ausmass und Intensität der tatsächlichen Vorgänge und entfesselt Beliebigkeit der Gewaltausübung und Verletzungen der Grundwerte einer zivilisierten Rechtsgemeinschaft. Auch liegt eine besondere Gefahr darin, dass kurzfristige legitime Sicherheitsmassnahmen trotz Wandels der Verhältnisse bestehen bleiben, zur Normalität erstarren und nicht wieder rückgängig gemacht werden. Es wird, wovor die Richterin am U.S. Supreme Court SANDRA O'CONNOR gewarnt hat, «*tyranny*» mit Mitteln der «*tyranny*» vergolten und dadurch ein Teufelskreis eingeleitet, in dem Terroristen auf dem Wege der Einschüchterung ihr Ziel erreichen, Rechtsstaaten von innen her auszuhöhlen. Begriffe also sind wichtig, und Begriffsverwirrungen sind zu vermeiden.

#### *Zusammenfassung*

Dieser Artikel behandelt die rechtstaatlichen Schranken bei der Terrorismusbekämpfung aus Sicht des humanitären Völkerrechts und des amerikanischen Verfassungsrechts. Zum einen stellt sich die Frage, ob das humanitäre Völkerrecht im Kampf gegen den Terrorismus zur Anwendung gelangt. Der hier vertretenen Meinung zufolge kommt es darauf an, ob die Bekämpfung des Terrorismus im Rahmen und mit den Mitteln eines bewaffneten Konflikts im Sinne des humanitären Völkerrechts erfolgt. Ausserhalb der Fälle, in denen Gewaltakte die Intensität eines bewaffneten Konflikts annehmen, kommen die ordentlichen Verfahren der Kriminalitätsbekämpfung zur Anwendung. Andererseits

23 Vgl. Entscheid der Berufungskammer des Internationalen Jugoslawien-Tribunals im Tadic-Fall Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a «Dule», International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-AR72, Entscheidung vom 2. Oktober 1995, in: International Legal Materials 35 (1996), Ziffer 97: «A State-sovereignty-oriented approach has been gradually supplanted by a human-being-oriented approach. Gradually the maxim of Roman law *hominum causa omne ius constitutum est* (all law is created for the benefit of human beings) has gained a firm foothold in the international community as well. It follows that in the area of armed conflict the distinction between interstate wars and civil wars is losing its value as far as human beings are concerned. They protect civilians from belligerent violence, or ban rape, torture or the wanton destruction of hospitals, churches, museums or private property, as well as proscribe weapons causing unnecessary suffering when two sovereign States are engaged in war, and yet refrain from enacting the same bans or providing the same protection when armed violence has erupted «only» within the territory of a sovereign State? If international law, while of course duly safeguarding the legitimate interests of States, must gradually turn to the protection of human beings, it is only natural that the aforementioned dichotomy should gradually lose its weight.»

wird gefragt, ob und inwiefern die Bekämpfung des Terrorismus in den Bereich der «War Power» des amerikanischen Präsidenten fällt. Auf innerstaatlicher Ebene stehen sich extreme Lager gegenüber, welche entweder die nationale Sicherheit («Sicherheitsfundamentalisten») oder die verfassungsmässige Freiheit («Freiheitsperfektionisten») in den Vordergrund stellen. Entscheidend bei der Terrorismusbekämpfung sind die Einhaltung der Grund- und Menschenrechte nach Massgabe des Verhältnismässigkeitsprinzips sowie die Beachtung des verfassungsrechtlichen Gewaltenteilungsprinzips. Schliesslich wird die Bedeutsamkeit von Begriffen hervorgehoben. Es sollte in Fällen, die nicht die Form eines bewaffneten Konflikts annehmen, richtigerweise nicht vom «Krieg», sondern vom «Kampf» gegen den Terrorismus gesprochen werden.

### *Résumé*

L'article traite des limites constitutionnelles de la lutte contre le terrorisme sous l'angle du droit international public humanitaire et du droit constitutionnel américain. D'une part, la question se pose de savoir si le droit international public humanitaire est appliqué dans la lutte contre le terrorisme. Suivant l'opinion exprimée ici, cela dépend de savoir si la lutte contre le terrorisme a lieu dans le cadre et avec les moyens d'un conflit armé au sens du droit international public humanitaire. Hormis les cas dans lesquels des actes de violence ont l'intensité d'un conflit armé, ce sont les procédures ordinaires de la lutte contre la criminalité qui s'appliquent. D'autre part, l'on se demande si et dans quelle mesure la lutte contre le terrorisme tombe dans le domaine de la «War Power» du président américain. Sur un plan interne, des camps extrêmes s'opposent qui mettent au premier plan soit la sécurité nationale («fondamentalistes de la sécurité»), soit les libertés constitutionnelles («perfectionnistes de la liberté»). Ce qui est déterminant dans la lutte contre le terrorisme, c'est le respect des droits fondamentaux et humains selon le principe de la proportionnalité, ainsi que le respect du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Enfin, l'importance de la terminologie est mise en évidence. Il serait correct de parler dans des situations qui ne se qualifient pas comme conflits armés non pas de «guerre», mais de «lutte» contre le terrorisme.