

Gefangene jenseits des Rechts?

Zur Entscheidung des U.S. Supreme Court im Verfahren Boumediene v. Bush

Von Wiss. Mitarbeiter **Jan Philipp Book**, Wiss. Mitarbeiterin **Julia Geneuss**, Berlin*

I. Einleitung

Am 12. Juni 2008 hat der U.S. Supreme Court in dem Verfahren Boumediene v. Bush eine vielbeachtete Entscheidung zur Rechtsstellung der in dem amerikanischen Militärgefängnis in Guantánamo Bay inhaftierten Personen getroffen. Der Oberste Gerichtshof entschied, dass die amerikanische Verfassung den Gefangenen ein Recht auf Zugang zu den ordentlichen Gerichten garantiere; Exekutive und Kongress dürften den Häftlingen diesen Zugang nicht ohne Weiteres versperren.

Boumediene v. Bush ist nach Rasul v. Bush (2004) und Hamdan v. United States (2006) bereits das dritte Verfahren, in dem sich der Supreme Court grundlegend mit den Rechten der sog. „feindlichen Kombattanten“ (enemy combatants) befasst. Im Hinblick auf die teils wenig übersichtliche Vorgeschichte der Entscheidung sollen zunächst die rechtliche Situation der Gefangenen beschrieben und die wesentlichen Elemente der juristischen Auseinandersetzung der letzten Jahre nachgezeichnet werden (II.). Anschließend werden das aktuelle Verfahren dargestellt und die rechtliche Argumentation des Gerichtshofs wiedergegeben und analysiert (III.). Zuletzt wird der Versuch einer Bewertung und eines Ausblicks unternommen (IV.).

II. Vorgeschichte

Das Verfahren Boumediene v. Bush ist das Ergebnis einer mehrjährigen Entwicklung, welche durch zahlreiche gerichtliche Entscheidungen auf der einen sowie eine Vielzahl legislativer und exekutiver Reaktionen auf der anderen Seite geprägt ist. Unmittelbar nach dem 11. September 2001 wurde von der amerikanischen Exekutive das „System Guantánamo“ errichtet (1.). Dieses erfuhr in den Jahren 2004 und 2006 durch Entscheidungen des Supreme Court erhebliche juristische Erschütterungen, die ihrerseits umgehend Reaktionen von Regierung und Kongress hervorriefen (2.). Eine Neuordnung erfuhr das System durch den Erlass des Military Commissions Act 2006 (3.).

1. Das „System Guantánamo“

Wenige Tage nach dem 11. September 2001 verabschiedete der amerikanische Kongress eine Resolution (Authorization for Use of Military Force against Terrorists¹), welche es dem Präsidenten erlaubt, alle erforderlichen Maßnahmen gegen diejenigen Nationen, Organisationen oder Personen zu ergreien

* Die Autoren sind wissenschaftliche Mitarbeiter an der Lichtenberg-Professur für Internationales Strafrecht und Strafrechtsvergleichung, Humboldt-Universität zu Berlin. Herrn Prof. Dr. Jeßberger danken wir für hilfreiche Anregungen.

¹ Abrufbar unter <http://news.findlaw.com/wp/docs/terrorism/sjres23.es.html> (24.6.2008).

fen, die an den terroristischen Anschlägen in irgendeiner Weise beteiligt waren, um zukünftige Anschläge zu verhindern. Zwei Monate später erließ der Präsident eine Militärverordnung (Presidential Military Order: Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism²), welche die amerikanischen Sicherheits- und Streitkräfte ermächtigt, Ausländer auf unbestimmte Zeit und ohne Erhebung einer Anklage in Gewahrsam zu nehmen – sofern sie durch die amerikanische Regierung als enemy combatants deklariert wurden.

Im Januar 2002 wurden die ersten „feindlichen Kombattanten“ im U.S. Militärgefängnis von Guantánamo Bay interniert. Der Status als Kriegsgefangene und der Schutz der Genfer Konventionen wurden ihnen durch die amerikanische Regierung ausdrücklich vorenthalten. Zudem wurden durch präsidialen Befehl besondere militärische Spruchkörper (military commissions) geschaffen, vor denen die Festgenommenen – zu einem unbestimmten Zeitpunkt – wegen Verstößen gegen das Kriegsrecht abgeurteilt werden sollten.³ Der Zugang zu ordentlichen Gerichten sollte den Gefangenen unter allen Umständen versperrt bleiben.

Dennoch wurden bereits wenig später beim zuständigen Columbia District Court die ersten habeas corpus⁴-Anträge eingereicht, mit denen einzelne Gefangene die Rechtmäßigkeit ihrer Inhaftierung in Frage stellten. Das Gericht erklärte sich – ganz im Sinne der U.S. Administration – für unzuständig und wies die Anträge ab.⁵ Im darauffolgenden Jahr bestätigte das zuständige Bundesberufungsgericht diese Entscheidung (Al Odah v. United States)⁶ und berief sich zur Begründung im Wesentlichen auf das Urteil des Supreme Court in

² Abrufbar unter www.state.gov/coalition/cr/prs/6077.htm (24.6.2008).

³ Bei den military commissions handelt es sich um von der Exekutive errichtete Militärtribunale, die – an Stelle eines ordentlichen Strafgerichts – über die Schuld des Angeklagten entscheiden und ein Strafmaß festsetzen. Die military commissions sind nur zuständig für die Aburteilung von Kriegsverbrechen und stellen gerade keine gewöhnlichen Militärgerichte im Sinne des Uniform Code of Military Justice dar. Die Zulässigkeit ihrer – historisch seltenen – Errichtung ist ebenfalls umstritten (dazu sogleich); vgl. v. Stuckenberg, JZ 2006, 1142.

⁴ Habeas corpus (ad subjiciendum) ist ein außerordentlicher formloser Antrag auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Inhaftierung durch ein ordentliches Gericht. Das Schutzprinzip vor willkürlicher Verhaftung gehört zu den ältesten amerikanischen Verfassungsprinzipien. Einfachgesetzlich gilt der Habeas Act, 28 U.S.C. §§ 2241 ff. Vgl. Hay, US-Amerikanisches Recht, 3. Aufl. 2005, Rn. 735 ff.

⁵ 215 F. Supp. 2 d 55 (2002).

⁶ 321 F. 3 d 1134, 1144 (Court of Appeals for the D.C. Circuit).

Johnson v. Eisentrager⁷. Nach dieser Entscheidung aus dem Jahre 1950 bestehe keine Gerichtsbarkeit amerikanischer Gerichte über habeas corpus-Anträge von Ausländern, die außerhalb amerikanischen Hoheitsgebiets festgehalten werden.

2. Juristische Erschütterungen des Systems und ihre legislativen Folgen

Eine erste juristische Niederlage erlitt die Konzeption der amerikanischen Exekutive mit der nachfolgenden Entscheidung des Supreme Court in Rasul v. Bush.⁸ Dieser hob das Urteil des Berufungsgerichts im Juni 2004 auf und verwies die zu Grunde liegenden habeas corpus-Verfahren an den District Court zurück. Nach einfacheren amerikanischen Bundesrecht stehe den Gefangenen – ohne Rücksicht auf ihre Nationalität – ein Recht auf gerichtliche Überprüfung ihrer Inhaftierung zu. Der Habeas Act⁹ unterscheide seinem Wortlaut nach nicht zwischen Ausländern und amerikanischen Staatsbürgern. Auch der Entscheidung „Eisentrager“ sei nichts anderes zu entnehmen, da sie allein auf verfassungsrechtlichen Erwägungen beruhe und das einfache Recht unbefürtt lasse. Im Übrigen unterscheide sich das vorliegende Verfahren in wesentlichen Punkten ganz erheblich von dem damaligen Sachverhalt; insbesondere sei Guantánamo Bay ein Gebiet, über welches die Vereinigten Staaten exklusive Staats- und Strafgewalt (exclusive jurisdiction and control¹⁰) ausübten.

Am selben Tag erließ der Supreme Court in dem Verfahren Hamdi v. Rumsfeld¹¹ eine weitere bedeutsame Entscheidung; der Antragsteller Hamdi, amerikanischer Staatsbürger, war von amerikanischen Streitkräften in Afghanistan festgenommen worden und befand sich – als enemy combatant – in Haft auf einer Militärbasis innerhalb der USA. Das Gericht entschied nun, ein Staatsbürger, der als „feindlicher Kombattant“ festgehalten werde, müsse zumindest Gelegenheit erhal-

ten, diese Einstufung und die zugrundeliegenden Tatsachen vor einer neutralen Instanz anzufechten.¹²

Die Reaktion des Gesetzgebers auf „Rasul“ und „Hamdi“ erfolgte umgehend. Bereits eine Woche nach Verkündung setzte das Verteidigungsministerium¹³ sog. Combatant Status Review Tribunals (CSRT) ein, welche – mit Militärangehörigen besetzt und vom Verteidigungsministerium kontrolliert – die von der Exekutive vorgenommene Einstufung der Gefangenen als enemy combatant und damit die Rechtmäßigkeit ihrer Inhaftierung überprüfen sollen.¹⁴ Im Dezember 2005 trat der Detainee Treatment Act (DTA) in Kraft. Dieser entzog durch einfachgesetzliche Änderung des Habeas Act allen ordentlichen amerikanischen Gerichten die Zuständigkeit für Haftprüfungsanträge der auf Guantánamo Bay inhaftierten ausländischen Personen.¹⁵ Diese sollte nunmehr ausschließlich bei den CSRT liegen.

Der Prozess vor den administrativen CSRT wird – neben den einschlägigen Normen des DTA – durch spezielle Verfahrensregeln bestimmt.¹⁶ Danach darf sich der Gefangene keines Anwalts bedienen; ihm wird vom Verwaltungsleiter des CSRT ein Militärvertreter (personal representative) zur Seite gestellt, zu dem – so ausdrücklich in den Verfahrensregeln – kein Vertrauensverhältnis besteht. Es gilt die, allerdings widerlegbare, Vermutung, dass die Beweismittel, auf die die Regierung ihre Einschätzung, der Gefangene sei enemy combatant stützt, authentisch und fehlerfrei (genuine and accurate) sind. Der Gefangene darf als geheim eingestufte Beweismittel nicht einsehen, selbst wenn allein hierauf seine Einordnung als „feindlicher Kombattant“ gestützt wird. Das

¹² 542 U.S. 507, 533 (2004): “We therefore hold that a citizen-detainee seeking to challenge his classification as an enemy combatant must receive notice of the factual basis for his classification, and a fair opportunity to rebut the Government’s factual assertions before a neutral decisionmaker.”

¹³ Deputy Secretary of Defense Order Establishing CSRT, vom 7. Juli 2004, abrufbar unter www.defenselink.mil/news/Jul2004/d20040707review.pdf (26.6.2008).

¹⁴ Ebenfalls eingerichtet wurden die Administrative Review Boards (ARB). Diese überprüfen in einem jährlichen Turnus, ob die Inhaftierung in Guantánamo trotz Status als enemy combatants weiterhin erforderlich ist, oder ob der Gefangene in ein anderes Land verbracht oder freigelassen werden sollte.

¹⁵ Durch DTA § 1005(e)(1) wurde dem Habeas Act folgender Absatz angefügt: “[...] no court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider an application for a writ of habeas corpus filed by an alien detained by the Department of Defense at Guantánamo Bay, Cuba.”

¹⁶ Vgl. Memo bezüglich der Implementation of CSRT Procedures for Enemy Combatants Detained at US Naval Base Guantánamo Bay, Cuba, vom 14. Juli 2006; abrufbar unter www.defenselink.mil/news/Aug2006/d20060809CSRTProcedures.pdf (25.6.2008). Vgl. zur praktischen Umsetzung der CSRT-Verfahrensregeln die Erklärung von Lieutenant Colonel Stephen Abrahams, Appendix zu Reply to Opposition to Petition for Rehearing, abrufbar unter www.scotusblog.com/movabletype/archives/A1%20Odah%20reply%206-22-07.pdf (25.6.2008).

⁷ 39 U.S. 763 (1950). Die Entscheidung betraf habeas corpus-Anträge deutscher Staatsbürger, die nach dem Zweiten Weltkrieg von amerikanischen Streitkräften in China verhaftet und von einer amerikanischen military commission wegen Kriegsverbrechen verurteilt worden waren. Die Antragssteller befanden sich zur Strafverbüßung in einem amerikanischen Militärgefängnis in der amerikanischen Besatzungszone im besetzten Deutschland (Landsberg).

⁸ 542 U.S. 466 (2004); im Internet abrufbar unter www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/542bv.pdf (30.6.2008). Es handelt sich hierbei um ein und dasselbe Verfahren, dass nunmehr unter dem Namen eines anderen Antragsstellers – Shafiq Rasul – anhängig ist.

⁹ 28 U.S.C § 2241(a): „Writs of habeas corpus may be granted by the Supreme Court, any justice thereof, the district courts and any circuit judge within their respective jurisdictions.“

¹⁰ 542 U.S. 466, 476 (2004).

¹¹ 542 U.S. 507 (2004). Abrufbar unter www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/542bv.pdf (1.7.2008).

Tribunal ist nicht an die Beweisregeln eines gewöhnlichen Gerichtsverfahrens gebunden, sondern darf alle Informationen verwerten, die es für relevant und hilfreich hält, ohne Rücksicht auf deren Herkunft oder die Umstände ihrer Erlangung; insbesondere sind Beweise vom Hörensagen – entgegen dem allgemeinen US-amerikanischen Prozessrecht – unbegrenzt zulässig. Der Gefangene kann entlastendes Beweismaterial vorlegen und Zeugen laden, soweit das Tribunal deren Aussage für relevant hält und diese mit vertretbarem Aufwand – auf dem isolierten U.S.-Militärstützpunkt von Guantánamo Bay – verfügbar (reasonably available) sind.

Die so getroffene Feststellung wird in einem Rechtsmittelverfahren ausschließlich durch den Court of Appeals for the D.C. Circuit überprüft. Der Prüfungsmaßstab ist dabei erheblich eingeschränkt: überprüft wird – auf rechtliche Aspekte beschränkt – allein die Vereinbarkeit mit den prozessualen Vorgaben des Verteidigungsministeriums und der Verfassung und den Gesetzen der Vereinigten Staaten.¹⁷ Ein entsprechendes Rechtsmittelverfahren sieht der DTA gegen die Entscheidungen der military commissions vor.¹⁸

Der status quo ante war durch den Erlass des DTA weitgehend wieder hergestellt.

Bereits im Juni 2006 wurden diese Bemühungen der Executive Gegenstand eines weiteren Urteils des Supreme Court. In einer mit fünf gegen drei Stimmen ergangenen Entscheidung¹⁹ im Verfahren Hamdan v. Rumsfeld²⁰ befand das Gericht, dass der DTA auf die zum Zeitpunkt seines Erlasses bereits anhängigen Haftprüfungsanträge seinem Wortlaut nach keine Anwendung finden könne und damit die Zuständigkeit der amerikanischen Gerichte für die bereits laufenden Verfahren unberührt bleibe. Darüber hinaus stellte das Gericht mehrheitlich fest, dass die Einrichtung der military commissions gegen amerikanisches Recht verstöße. Denn die anwendbaren Verfahrensregeln wichen – unbestritten – in vielen Einzelheiten von dem herkömmlichen militärgerichtlichen Verfahren ab; eine solche Abweichung sei jedoch nur zulässig, wenn dies praktisch notwendig und diese Notwendigkeit vom Präsidenten förmlich festgestellt sei²¹ – woran es vorliegend jedoch fehle.²² Auch sei für die Notwendigkeit

einer solchen Abweichung nichts ersichtlich.²³ Zudem seien die military commissions unvereinbar mit den Genfer Konventionen, da sie – als im Widerspruch zu amerikanischem Recht errichtet – keine ordnungsgemäß bestellten Gerichte im Sinne des Gemeinsamen Art. 3 darstellen.²⁴

Mit dieser Entscheidung hatte das „System Guantánamo“ seine tragenden Pfeiler eingebüßt.

3. Eine Neuordnung: der Military Commissions Act

In Reaktion auf das Urteil in Hamdan erließ der Kongress nur wenig später den Military Commissions Act 2006²⁵. Dieser dient dem Zweck, die bisherige Praxis auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen und so das Urteil in Hamdan wirkungslos zu machen.

Durch den MCA wird nun ausdrücklich die Befugnis des Präsidenten festgeschrieben, military commissions einzurichten.²⁶ Zudem schließt das Gesetz in unzweideutigen Worten erneut durch Änderung des Habeas Acts die Gerichtsbarkeit ziviler amerikanischer Gerichte für – auch bereits anhängige – habeas corpus-Anträge der Gefangenen von Guantánamo aus.²⁷ Zugleich bestätigt der MCA, dass die Entscheidungen sowohl der CSRTs als auch der military commissions ausschließlich der Überprüfung durch den Court of Appeals for the D.C. Circuit unterliegen.²⁸ Der Maßstab dieser Kontrolle bleibt erheblich eingeschränkt.²⁹ Daneben enthält das Gesetz zahlreiche Regelungen zu dem Verfahren vor den military

²³ Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006), S. 60: “Nothing in the record before us demonstrates that it would be impracticable to apply court-martial rules in this case.”

²⁴ Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006), S. 70. Vier der Supreme Court Richter befanden darüber hinaus, das Verfahren vor den military commissions gewährleiste nicht „all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples“, wie es der Gemeinsame Art. 3 der Genfer Konventionen voraussetzt. Insbesondere die Möglichkeit eines Verfahrens in absentia sowie der Geheimhaltung von Beweismitteln wurde als Verstoß gegen Völker gewohnheitsrecht begriffen; Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006), S. 70 ff. Dieselben vier Richter befanden ebenfalls, dass der Tatbestand der „Verschwörung“ (conspiracy) kein nach allgemeinem Kriegsvölkerrecht strafbares Verbrechen darstelle und daher nicht unter die materielle Jurisdiktion der military commissions falle; Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006), S. 40; vgl. hierzu Fletcher, 4. 3 JICJ 442 (2006).

²⁵ Pub. L. 109-366; im Internet abrufbar unter www.defenselink.mil/news/commissionsacts.html (30.6.2008).

²⁶ 10 U.S.C. § 948b. MCA Section 3 schafft ein Unterkapitel von 10 U.S.C., welches nunmehr die Errichtung und das Verfahren vor den military commissions regelt.

²⁷ MCA Section 7(b): „The amendment [...] shall take effect on the date of the enactment of this Act, and shall apply to all cases, without exception, pending on or after the date of the enactment of this Act which relate to any aspect of the detention, transfer, treatment, trial, or conditions of detention of an alien detained by the United States since September 11, 2001.“

²⁸ Section 7(a) MCA.

²⁹ 10 U.S.C. § 950g.

¹⁷ DTA § 1005(e)(2).

¹⁸ DTA § 1005(e)(3).

¹⁹ Zur Mehrheit zählen die Richter Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer und Kennedy, die Minderheit setzt sich zusammen aus den eher dem konservativen Lager zuzurechnenden Richtern Scalia, Alito und Thomas. Chief Justice Roberts nahm an dem Verfahren nicht Teil, da er bereits als Richter am Berufungsgericht an der Entscheidung mitgewirkt hatte.

²⁰ 548 U.S. 557 (2006). Im Internet abrufbar unter www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf (30.6.2008). Die nachfolgenden Seitenzahlen beziehen sich auf diese Version des Urteils. Ausführlich hierzu v. Stuckenberg, JZ 2006, 1142 (1147 ff.).

²¹ 10 U.S.C. § 836b; Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006), S. 59.

²² Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006), S. 60.

commissions; hervorzuheben ist die Möglichkeit, unter gewissen Umständen „erzwungene“³⁰ Aussagen als Beweismittel zu verwenden. Die unmittelbare Berufung der Gefangenen auf die Genfer Konventionen wird explizit ausgeschlossen.³¹ Sofern amerikanisches Recht Verstöße gegen den Gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen unter Strafe stellt,³² wird jede Auslegung, die sich auf internationales Recht stützt, untersagt.³³ Darüber hinaus wird dem Präsidenten die ausschließliche Befugnis zur verbindlichen Interpretation der Genfer Konventionen für die USA zugesprochen.³⁴

Im Wege einer einfachen Gesetzesänderung nimmt der MCA – in Verbindung mit dem DTA – den Entscheidungen des Supreme Court in den Verfahren Rasul und Hamdan die Wirksamkeit; damit haben Exekutive und Kongress Guantánamo auf eine neue einfachgesetzliche Grundlage gestellt.

III. Boumediene v. Bush

Die Entscheidung Boumediene v. Bush³⁵ nimmt nun verfassungsrechtliche Fragen auf.³⁶ Die Antragsteller³⁷ sind als enemy combatants im Militärgefängnis von Guantánamo

³⁰ 10 U.S.C. § 948r(d).

³¹ MCA Section 5(a).

³² 18 U.S.C. § 2441.

³³ MCA Section 6(a)(2).

³⁴ MCA Section 6(a)(3); zu diesen (undeutlichen) Bestimmungen vgl. *v. Stuckenberg*, JZ 2006, 1142 (1149).

³⁵ 553 U.S. ____ (2008). Das Urteil ist abrufbar unter www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1195.pdf (29.6. 2008); die in Folge angegebenen Seitenzahlen beziehen sich auf diese Version des Urteils. Eine Vielzahl weiterer, das Gerichtsverfahren betreffende Dokumente finden sich im Internet unter www.wilmerhale.com/boumediene (29.6.2008).

³⁶ Die mündliche Verhandlung fand am 5. Dezember 2007 vor dem Supreme Court statt. Dieser hatte den Antrag auf Überprüfung des Berufungsgerichtsurteils (writ of certiorari) zunächst abgelehnt. Am 29. Juni 2007 revidierte der Supreme Court seine eigene Entscheidung und nahm den Fall für das Geschäftsjahr 2007/2008 an – der erste Sinneswandel dieser Art seit 1947. Vgl. *Glaberson*, in: NY Times vom 20. Juni 2007, im Internet unter www.nytimes.com/2007/06/30/washington/30scotus.html (29.6.2008).

³⁷ Der Großteil der Antragsteller wurde in Afghanistan festgenommen und von dort nach Guantánamo verbracht. Lakhdar Boumediene und fünf weitere Kläger, die sog. Algerian Six, wurden hingegen kurz nach dem 11. September in Sarajewo von der bosnischen Polizei inhaftiert. Amerikanische Behörden hatten den Verdacht, dass sie als Mitglieder einer Al Quaida nahestehenden Gruppierung einen Anschlag auf die amerikanische und britische Botschaft in Sarajewo planten. Nach drei Monaten Ermittlungen durch die bosnischen Strafverfolger, Interpol und amerikanische Behörden, ordnete der Oberste Gerichtshof Bosnien-Herzegowinas mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft die Freilassung der sechs Männer aus Mangel an Beweisen an. Daraufhin wurden sie von den amerikanischen Behörden nach Guantánamo verbracht, wo sie seitdem ohne Anklage inhaftiert sind. Vgl. [www.tagesschau.de/inland/meldung88620.html](http://tagesschau.de/inland/meldung88620.html) (29.6.2008).

inhaftiert; sie bestreiten ihren Status als „feindliche Kombattanten“. Ihre habeas corpus-Anträge sind zuletzt vom zuständigen Bundesberufungsgericht mit der Begründung verworfen worden, Section 7 MCA schließe jede ordentliche Gerichtsbarkeit für die Anträge aus.³⁸ Damit ist die Frage aufgeworfen, ob diese Bestimmungen mit der amerikanischen Verfassung vereinbar sind. Anknüpfungspunkt der Entscheidung ist die sog. suspension clause, welcher der verfassungsrechtliche Schutz des Rechts auf habeas corpus entnommen wird. Diese bestimmt: “The privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it.”³⁹

In der Folge soll zunächst die Mehrheitsentscheidung wiedergegeben werden (1.), bevor die abweichenden Sondervoten der Richter *Scalia* und *Roberts* (2.) erörtert werden.

1. Die Mehrheitsentscheidung⁴⁰

Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des MCA erfolgt in zwei Schritten: Da eine Verletzung der suspension clause nur in Betracht kommt, wenn diese in territorialer Hinsicht auf Guantánamo und in personaler Hinsicht auf die Antragsteller Anwendung findet, bildet diese Frage einen ersten Schwerpunkt der Entscheidung (a.). Im zweiten Teil des Urteils prüft das Gericht, ob das Recht der Gefangenen auf habeas corpus in verfassungswidriger Weise ausgesetzt ist (b.).

a) Anwendbarkeit des Rechts auf habeas corpus

Einleitend betont das Gericht die Bedeutung des habeas corpus-Rechts als zentrale freiheitssichernde Bestimmung der Verfassung, welche als Instrument der Kontrolle exekutiver Freiheitsentziehungen zugleich der Gewaltenteilung diene.⁴¹

Hinsichtlich der Frage der Anwendbarkeit des habeas corpus-Rechts auf Guantánamo Bay führt das Gericht aus, dass die USA zwar, wie von Regierungsseite vorgebracht, keine Souveränität über Guantánamo ausübten, da diese – entsprechend dem lease agreement von 1903 – dem kubanischen Staat zukomme. Dies sei aber im vorliegenden Zusammenhang nicht allein entscheidend; denn die Anwendung des habeas corpus-Rechts sei – entgegen der Auffassung der Regierung – nicht starr an die Grenzen formaler Souveränität gebunden.⁴² Vielmehr habe die Erstreckung einzelner Verfassungsrechte über die Grenzen des Staatsgebietes hinaus eine lange Tradition⁴³ – so seien einzelne Bestimmungen etwa auf den Philippinen oder Puerto Rico für anwendbar erklärt worden.⁴⁴ Diesen precedents liege ein funktionaler Ansatz (functional approach) zugrunde, nach dem Verfassungsbestim-

³⁸ 476 F. 3d 981 (CADC 2007).

³⁹ Artikel 1 § 9 S. 2 der amerikanischen Verfassung.

⁴⁰ Die Entscheidung des Gerichts wurde formuliert von Richter *Kennedy*; ihm haben sich die Richter *Stevens*, *Souter*, *Ginsburg* und *Breyer* angeschlossen.

⁴¹ Boumediene v. Bush, 553 U.S. ____ (2008), S. 15.

⁴² Boumediene v. Bush, 553 U.S. ____ (2008), S. 23.

⁴³ Boumediene v. Bush, 553 U.S. ____ (2008), S. 26.

⁴⁴ Boumediene v. Bush, 553 U.S. ____ (2008), S. 28; die sog. insular cases.

mungen im Einzelfall ihrem jeweiligen Zweck entsprechend zur Anwendung gebracht werden müßten. Auf diese Weise seien auch praktische Gegebenheiten zu berücksichtigen.

Die Entscheidung des Supreme Court in *Johnson v. Eisentrager* (1950)⁴⁵, auf die sich die Argumentation der Regierung im Wesentlichen stützt, ergebe letztlich nichts anderes. Denn diese stelle nicht allein auf die formal fehlende Souveränität der USA über das Landsberger Gefängnis ab, sondern berücksichtige sehr wohl die praktischen Verhältnisse und sei daher mit dem funktionalen Ansatz der übrigen Rechtsprechung durchaus vereinbar.⁴⁶

Daneben seien Aspekte der Gewaltenteilung zu berücksichtigen. Wäre die formale Souveränität über das jeweilige Gebiet entscheidend, so stünde es der Exekutive frei, die Anwendbarkeit der Verfassung auszuschließen – wie etwa durch zwischenstaatliche Abreden, die zwar vollständige Kontrolle gewährleisten, aber formal hinter voller Souveränität zurückbleiben.⁴⁷ Dies widerspreche aber der Verfassung: “The Constitution grants Congress and the President the power to acquire, dispose of, and govern territory, not the power to decide when and where its terms apply.”⁴⁸

Anschließend konkretisiert das Gericht seinen funktionalen Ansatz in Bezug auf den vorliegenden Fall. Ausgangspunkt sind dabei – in Anlehnung an das Verfahren *Johnson v. Eisentrager* – drei Aspekte:⁴⁹ 1. der Status der Gefangenen sowie die Art und Weise, auf welche dieser festgestellt wurde, 2. der Ort von Festnahme und Gefangenschaft und 3. praktische Schwierigkeiten, die mit der Anwendung des habeas corpus-Recht verbunden wären.

Der Status der Gefangenen sei vorliegend gerade umstritten; anders als in *Eisentrager* habe kein wirksames adversatorisches Verfahren stattgefunden, sondern allenfalls eine begrenzte Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Inhaftierung im Rahmen der CSRTs. Der Ort der Gefangenschaft – Guantánamo Bay, Kuba – unterscheide sich von dem Landsberger Gefängnis – denn letzteres habe nicht ausschließlich der Kontrolle der USA unterlegen, da diese den übrigen Alliierten verantwortlich gewesen seien.⁵⁰ Zudem sei eine dauerhafte Besetzung Deutschlands nicht beabsichtigt gewesen. Anderes gelte jedoch für Guantánamo: “Guantanamo Bay, on the other hand, is no transient possession. In every practical sense Guantanamo is not abroad; it is within the constant jurisdiction of the United States.”⁵¹ Schließlich stünden der Anwendbarkeit der suspension clause auf Guantánamo auch keine unüberwindlichen praktischen Schwierigkeiten entgegen.

Die Mehrheit der Richter kommt daher zu folgendem Schluss: „We hold that Art. I, § 9, cl. 2, of the Constitution

has full effect at Guantanamo Bay. If the privilege of habeas corpus is to be denied to the detainees now before us, Congress must act in accordance with the requirements of the Suspension Clause.“⁵²

b) Verletzung des Rechts auf habeas corpus

Das Recht auf habeas corpus darf grundsätzlich nur unter sehr engen, unstreitig nicht vorliegenden Voraussetzungen – im Falle von Invasion oder Rebellion, soweit es die öffentliche Sicherheit erfordert – ausgesetzt werden. Eine Aussetzung läge jedoch dann nicht vor, wenn ein angemessenes und effektives Alternativverfahren bereit stünde.⁵³

Wie ein solches Verfahren ausgestaltet sein muss, und ob – wie von Regierungsseite vorgebracht – das durch den DTA geschaffene CSRT-(Rechtsmittel)Verfahren vor dem Bundesberufungsgericht für den D.C. Circuit diesen Anforderungen entspricht, wird vom Gerichtshof ausführlich erörtert.⁵⁴

Der Supreme Court legt sich dabei nicht auf einen konkreten, abschließenden Katalog von Kriterien fest, welche ein Alternativverfahren erfüllen muss, um den Anforderungen der Verfassung zu entsprechen. Vielmehr betont er, dass sich dies nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls zu richten habe, wobei auch das der Inhaftierung zu Grunde liegende Verfahren zu berücksichtigen sei. Fest stehe jedoch, dass zwei Mindestvoraussetzungen erfüllt sein müssen: 1. dem Gefangenen muss die Möglichkeit eröffnet werden, darzulegen, dass er aufgrund irriger Anwendung oder fehlerhafter Auslegung des relevanten Rechts festgehalten wird; 2. das überprüfende Gericht muss die Möglichkeit haben, die Freilassung eines rechtswidrig festgehaltenen Gefangenen anzutorden.⁵⁵

Diese Voraussetzungen erfülle das vom DTA bereitgestellte Ersatzverfahren nicht. Dabei sei bei der konkreten Beurteilung insbesondere zu berücksichtigen, dass es sich um einen Freiheitsentzug allein aufgrund exekutiven Befehls

⁴⁵ Vgl. oben Fn. 8.

⁴⁶ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. ____ (2008), S. 34.

⁴⁷ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. ____ (2008), S. 35.

⁴⁸ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. ____ (2008), S. 35.

⁴⁹ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. ____ (2008), S. 36 ff.

⁵⁰ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. ____ (2008), S. 38: „The United States was therefore answerable to its Allies for all activities occurring there (at Landsberg prison, Verf.).“
⁵¹ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. ____ (2008), S. 39.

⁵² *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. ____ (2008), S. 41.
⁵³ Vgl. *Hill v. United States*, 369 U.S. 424 (1962).
⁵⁴ Bemerkenswert ist bereits, dass sich der Supreme Court überhaupt mit dieser Fragestellung befasst, wurde sie doch vom Berufungsgericht ausdrücklich nicht geprüft, da dieses der Ansicht war, dass die Gefangenen von Guantánamo Bay nicht unter den Schutz der amerikanischen Verfassung und damit auch nicht unter den Schutz der Suspension Clause fielen. Entscheidet die Berufungsinstanz eine rechtliche Frage nicht, so enthält sich der Supreme Court normalerweise der Entscheidung und verweist die Sache zurück. Von diesem Grundsatz sei jedoch nach ständiger Rechtsprechung dann eine Ausnahme zu machen, wenn „außergewöhnliche“ Umstände vorlägen. Dies sei hier aus zwei Gründen der Fall: Zum einen handele es sich um eine bedeutsame Frage, die grundlegende Aspekte der Gewaltenteilung berührt. Zum anderen bedeute eine Zurückweisung eine erhebliche Zeitverzögerung, die den Antragstellern nicht zuzumuten sei. Vgl. *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. ____ (2008), S. 42 ff.
⁵⁵ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. ____ (2008), S. 50.

ohne adversatorisches Verfahren handele. „In this context the need for habeas corpus is more urgent.“⁵⁶

Hinsichtlich des Verfahrens vor dem CSRT enthalten sich die Richter einer ausdrücklichen Bewertung der Ausgestaltung und praktischen Umsetzung. Dem Vortrag der Antragsteller folgend sehen sie jedoch die erhebliche Gefahr, dass das CSRT auf Basis fehlerhafter Tatsachen über den Status – und damit die auf unbestimmte Zeit andauernde Inhaftierung – des Gefangenen entscheidet. Diese Gefahr werde vor allem dadurch begründet, dass der Gefangene vor dem CSRT nur eine sehr begrenzte Möglichkeit habe, die Fakten, anhand derer die Exekutive seinen Status als enemy combatant behauptet, anzugreifen und zu widerlegen. Zweitens habe er keinen Zugang zu den von der Regierung als geheim eingestuften Beweismitteln. Auch das Recht des Gefangenen, vor dem CSRT aussagende Zeugen zu befragen, sei wegen der unbegrenzten Zulässigkeit von Beweisen vom Hörensagen nur theoretischer Natur. Schließlich habe der Häftling nicht die Möglichkeit, sich durch einen Anwalt unterstützen zu lassen.

Zusammenfassend führt der Gerichtshof aus: “And given that the consequence of error may be detention for the duration of hostilities that may last a generation or more, the risk is too significant to ignore.”⁵⁷

Von besonderer Bedeutung sei daher die Rolle des die Entscheidung des CSRT überprüfenden ordentlichen Gerichts. Diesem müsse zum einen die Möglichkeit eingeräumt sein, den Gefangenen freizulassen. Dies könne bei verfassungskonformer Auslegung des DTA angenommen werden. Zudem müsse es dem Gericht möglich sein, eine eigenständige Beweiserhebung und -bewertung vorzunehmen. Dies ist nach Ansicht der entscheidungstragenden Richtermehrheit nicht der Fall. Der Prüfungsmaßstab sei sehr eingeschränkt und falle weit hinter den eines gewöhnlichen habeas corpus-Verfahrens zurück.⁵⁸ Wie im Verfahren vor dem CSRT habe der Gefangene auch im Rechtsmittelverfahren keine ausreichende Gelegenheit, entlastendes Beweismaterial beizubringen. Dies gelte insbesondere für Beweise, welche erst nach Abschluss des CSRT-Verfahrens entdeckt wurden, denn solche könnten im Rechtsmittelverfahren selbst bei verfassungskonformer Auslegung des DTA nicht verwertet werden; Wortlaut und Telos des Gesetzes bildeten hier eine absolute Grenze.⁵⁹

⁵⁶ Boumediene v. Bush, 553 U.S. ____ (2008), S. 54.

⁵⁷ Boumediene v. Bush, 553 U.S. ____ (2008), S. 56 f.

⁵⁸ Boumediene v. Bush, 553 U.S. ____ (2008), S. 47 ff.

⁵⁹ Die Regierung wendet hiergegen ein, dass im Falle der Entdeckung neuer entlastender Beweise ein neues CSRT-Verfahren durchgeführt werden könne. Da diese Entscheidung aber im alleinigen und nicht anfechtbaren Ermessen des Deputy Secretary of Defense liegt, sei dies – so die Richtermehrheit – nicht ausreichend; Boumediene v. Bush, 553 U.S. ____ (2008), S. 62 f. Vgl. hierzu Procedure for Review of New Evidence Relating to Enemy Combatant Status vom 7. Mai 2007, abrufbar unter www.defenselink.mil/news/May2007/New%20Evidence%20Instruction.pdf (25.6.2008).

Aus diesem Grunde sei im Ergebnis festzustellen, dass der „MCA [...] effects an unconstitutional suspension of the writ.“⁶⁰

Im Gegensatz zu Chief Justice *Roberts* in seinem Sondervotum ist die entscheidungstragende Richtermehrheit nicht der Ansicht, dass die Antragsteller zunächst das CSRT-Rechtsmittelverfahren vor dem Court of Appeals durchlaufen müssen, bevor die Frage des adäquaten Ersatzverfahrens vor dem Supreme Court prozessual zulässig ist. Hier sei im Rahmen einer Abwägung insbesondere die Dauer der Inhaftierungen zu berücksichtigen: in einigen der zu Grunde liegenden Fälle seien bereits sechs Jahre vergangen, ohne dass es zu einer gerichtlichen Überprüfung der Haft oder einem sonst angemessenen Verfahren gekommen sei. Verlange man von den Gefangenen, dass sie erst das begrenzte DTA-Rechtsmittelverfahren durchlaufen, so würden weitere Monate, wenn nicht gar Jahre, vergehen.

2. Sondervoten

Vier Richter vertreten bezüglich der beiden zentralen Rechtsfragen einen gegenteiligen Standpunkt. Dieser ist in den Sondervoten der Richter *Roberts* und *Scalia* dargelegt, denen sich die übrigen Mitglieder der Minderheit⁶¹ jeweils anschließen.

a) Sondervotum Richter Scalia

Die abweichende Meinung des Richters *Scalia* gilt vorrangig der Frage der Anwendbarkeit der suspension clause und verweist im Übrigen auf das Sondervotum des Richters *Roberts*.

Schon aus Zurückhaltung gegenüber den Entscheidungen von Legislative und Exekutive hätte das Gericht – angesichts der nach Auffassung der Mehrheit keine eindeutige Antwort erlaubenden precedents – nicht zur Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Bestimmungen gelangen können. Für den funktionalen Ansatz der Mehrheit gäben die precedents – insbesondere die sog. insular cases⁶² – nichts her; in *Johnson v. Eisentrager* sei zudem das glatte Gegenteil entschieden worden, indem allein auf die formale Souveränität abgestellt wurde.⁶³ In Bezug auf die von den USA ausgeübte Kontrolle über die Gefangenen bestünden zudem keine Unterschiede zwischen beiden Verfahren; geringere prozessuale Anforderungen im vorliegenden Zusammenhang rechtfertigten sich aus dem Status der Gefangenen als enemy combatants, die während eines andauernden Konflikts festgehalten würden. Eisentrager sei damit der controlling precedent, den die Mehrheit zu umgehen versuche.⁶⁴

⁶⁰ Boumediene v. Bush, 553 U.S. ____ (2008), S. 64.

⁶¹ Richter *Thomas* und *Alito*.

⁶² Sondervotum *Scalia*, S. 14.

⁶³ Sondervotum *Scalia*, S. 10: “*Eisentrager* thus held – held beyond any doubt – that the Constitution does not ensure habeas for aliens held by the United States in areas over which our Government is not sovereign.”

⁶⁴ Sondervotum *Scalia*, S. 17: “By blatantly distorting *Eisentrager*, the Court avoids the difficulty of explaining why it should be overruled.”

Selbst wenn man aber diese zentrale Entscheidung beiseite lasse, ergebe die Analyse des Common Law, dass nichts für die Anwendbarkeit des habeas corpus-Rechts auf inhaftierte feindliche Kämpfer außerhalb des Staatsgebietes spreche. Auch die Ausnahmen, unter denen die suspension clause eine Aussetzung erlaube, deuteten klar in diese Richtung.⁶⁵ In jedem Fall hätte daher die Entscheidung des Bundesberufungsgerichts bestätigt werden müssen. Die gegenteilige Entscheidung der Mehrheit entspringe einem übersteigerten Verständnis von Bedeutung und Überlegenheit der Judikative (inflated notion of judicial supremacy).

Seinen rechtlichen Ausführungen stellt Richter *Scalia* eine Bemerkung zu den nach seiner Ansicht verheerenden Konsequenzen der Mehrheitsentscheidung voran. Insbesondere hebt er die Gefahr hervor, freigelassene Gefangene könnten den terroristischen Kampf gegen die USA erneut aufnehmen. Das Eingreifen der Judikative schwäche die Exekutive im Kampf gegen den Terror. Richter *Scalia* schließt seine abweichende Meinung mit den Worten: „The Nation will live to regret what the Court has done today. I dissent.“⁶⁶

b) *Sondervotum des Chief Justice Roberts*

Das Sondervotum des Richters *Roberts* beruht auf einer von der Mehrheitsauffassung grundsätzlich abweichenden Einschätzung des CSRT-Verfahrens: “Today the Court strikes down as inadequate the most generous set of procedural protections ever afforded aliens detained by this country as enemy combatants.”⁶⁷

Die Rechte der Gefangenen würden im Rahmen des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens hinreichend gewahrt. In jedem Fall sei zu verlangen, dass die Gefangenen den Rechtsweg erschöpfen – schon aus diesem Grund hätte der Supreme Court das Verfahren nicht zulassen sollen.

In der Sache verkenne die Mehrheit zunächst, dass den Gefangenen nach dem Hamdi-Urteil nur ein „basic process“ zukomme. Denn selbst im Falle eines amerikanischen Staatsbürgers, der in den USA als enemy combatant festgehalten werde, sei nicht mehr erforderlich, als eine „meaningful opportunity“, diese Einstufung sowie die Rechtmäßigkeit der Inhaftierung in Frage zu stellen. Ferner lege die Mehrheit die zugrunde liegenden Gesetze in unzulässig verkürzender Weise aus; so sehe der DTA durchaus die Möglichkeit einer Entlassung im Rahmen des CSRT-Verfahrens vor. Auch die praktischen Ergebnisse der Mehrheitsentscheidung seien – insbesondere in Bezug auf die nähere Ausgestaltung des habeas corpus-Verfahrens – höchst ungewiss.

Selbst nach den Maßstäben, welche die Mehrheit zur Beurteilung der Angemessenheit des Verfahrens heranziehe, sei das CSRT-Verfahren jedoch völlig ausreichend. Denn dieses sehe ganz wesentliche Verfahrensrechte vor: u.a. Informationsrechte, das Recht, Zeugen zu befragen und zu benennen,

⁶⁵ Vgl. Sondervotum *Scalia*, S. 23, da die Invasion ausschließlich, die Rebellion ganz überwiegend auf amerikanischen Staatsgebiet stattfinden müsse.

⁶⁶ Sondervotum *Scalia*, S. 25.

⁶⁷ Sondervotum *Roberts*, S. 1.

die Unterstützung durch einen personal representative, im Rechtsmittelverfahren durch einen Anwalt. Die Mehrheitsentscheidung bedeute daher für die Gefangenen keine Verbesserung, sondern stärke allein die Rolle der Judikative in Belangen der Außenpolitik, die den übrigen Gewalten vorbehalten bleiben sollten.

IV. Fazit & Ausblick

Im Ergebnis ist die Entscheidung des Supreme Court uneingeschränkt zu begrüßen. Zunächst ist hervorzuheben, dass das Gericht keinen prozessualen Ausweg nimmt, sondern, angesichts der jahrelangen Inhaftierung der Antragsteller, selbst entscheidet.

In der Sache sind die prozessualen Mängel des CSRT-Verfahrens nicht hinnehmbar. Das Verfahren bleibt hinter elementaren Mindestanforderungen zurück und kann nicht als fair bezeichnet werden. Zur Verdeutlichung genügt es an dieser Stelle, auf den Beweismaßstab hinzuweisen, der eine Vermutung gegen den Inhaftierten und zugunsten der Regierung enthält.⁶⁸ Diese Mängel können auch durch das zuständige Rechtsmittelgericht mit seinem begrenzten Überprüfungsmaßstab nicht geheilt werden. Die Entscheidung des Gerichtshofes, dies nicht als angemessenen Ersatz für ein Verfahren vor ordentlichen Gerichten anzuerkennen, ist so folgerichtig wie notwendig. Allein die Begründung hätte stellenweise klarer ausfallen können; dies gilt insbesondere für den Umgang mit der Entscheidung „Eisentrager“. Hier hätte es nahe gelegen, die Unterschiede der historischen Situation, insbesondere die ungewisse Dauer des Kampfes gegen den Terror, hervorzuheben und auf dieser Grundlage Anpassungen vorzunehmen.

Den Sondervoten ist nur insoweit zuzustimmen, als die praktischen Auswirkungen der Entscheidung nicht klar absehbar sind. Dies liegt darin begründet, dass das Gericht in Bezug auf das anzuwendende Verfahren keine Festlegungen trifft. Über die konkrete Ausgestaltung des habeas corpus-Verfahrens werden – unter Berücksichtigung auch der berechtigten Sicherheitsinteressen der Regierung – die erinstanzlichen Gerichte zu befinden haben. Ebensowenig entschieden ist die materiellrechtliche Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Person als enemy combatant festgehalten werden kann.⁶⁹ Damit ist die Entwicklung – freilich unter anderen Vorzeichen – nunmehr auch verfassungsrechtlich am Ausgangspunkt des einfachen Rechts angekommen, an dem

⁶⁸ Memo bezüglich der Implementation of CSRT Procedures for Enemy Combatants Detained at US Naval Base Guantanamo Bay, Cuba, vom 14. Juli 2006 abrufbar unter www.defenselink.mil/news/Aug2006/d20060809CSRTProcedures.pdf (25.6.2008).

⁶⁹ Eine erste Entscheidung diesbezüglich wurde – unabhängig von dem Urteil des Supreme Court in Boumediene v. Bush – am 23. Juni 2008 vom Court of Appeals for the D.C. Circuit getroffen: Als Rechtsmittelgericht in einem CSRT-Verfahren entschied es, dass der Antragsteller zu Unrecht als enemy combatant eingestuft wurde. Das Urteil ist abrufbar unter <http://pacer.cadc.uscourts.gov/docs/common/opinions/200806/06-1397-1124487.pdf> (2.7.2008).

sie bereits nach der Rasul-Entscheidung stand. Der juristische wie politische Umgang der (künftigen) Regierung mit Guantánamo bleibt abzuwarten.

In Boumediene v. Bush geht es der Mehrheit der Richter keineswegs darum, den Einfluss der Judikative in unzulässiger Weise auszudehnen. Vielmehr ist es ihr Ziel, die Geltung des Rechts und seiner äußeren Grenzen zu betonen:

“The laws and Constitution are designed to survive, and remain in force, in extraordinary times. Liberty and security can be reconciled; and in our system they are reconciled within the framework of the law.”⁷⁰

⁷⁰ Boumediene v. Bush, 553 U.S. ____ (2008), S. 70.