

Habeas Corpus und *Suspension Clause* Zur Rechtsprechung des U.S. Supreme Court zum Recht auf gerichtliche Überprüfung einer Internierung als “*enemy combatant*” in Guantánamo

Frank Meyer*

A. Einleitung	1
B. Kernprobleme und Vorgeschichte der Entscheidung	3
C. <i>Habeas Corpus</i> und <i>Suspension Clause</i>	7
I. Der Ursprung im <i>Common Law</i>	10
II. Die Rezeption des <i>writ</i> in den USA	15
III. Die Verfügbarkeit des <i>common law writ</i> für ausländische Feinde	19
D. Der Fall <i>Boumediene</i>	20
I. Territoriale und personale Reichweite von <i>Suspension Clause</i> und <i>Habeas Corpus</i>	21
1. Das maßgebliche Fallrecht	22
2. Der neue <i>Eisentrager</i> -Test	25
II. Verzicht auf Zurückverweisung	27
III. Adäquanz des Ersatzverfahrens	27
1. Das Verfahren vor den CSRTs	29
2. Das Rechtsmittelverfahren vor dem D.C. Circuit	30
E. Kernaussagen und Überzeugungskraft der Entscheidung	33
I. Der verfassungsrechtliche Status von <i>Habeas Corpus</i> und <i>Suspension Clause</i>	34
1. Verbleibende Unschärfen und ihre Gründe	35
2. <i>Scalia's Dissenting Opinion</i>	37
II. Der <i>Eisentrager</i> -Test	38
III. Der Adäquanz-Test	40
1. <i>Roberts' Dissenting Opinion</i>	40
2. Konsequenzen für die Rechtspraxis	41
F. <i>Judicial Politics</i> – Die Wiederentdeckung des <i>writ of habeas corpus</i> als rechtspolitisches Kampfinstrument	42
I. Die Offenheit US-amerikanischer Verfassungsdogmatik als Einfallstor	43
II. Die Lager innerhalb des Supreme Court	44
G. Schlussbetrachtung	46
Summary	49

A. Einleitung

Schenkt man der Berichterstattung in den Medien und den Stellungnahmen politischer Kommentatoren Glauben, dann hat der Supreme Court mit seinem Urteil am 12. Juni 2008 in der Rechtssache *Boumediene* Bahn- bzw. Dammbrechendes geleistet. Er habe erstmals den Zugang der Guantánamo-Häftlinge zu ordentlichen

* Wiss. Ass. Dr. iur., LL.M. (Yale), Bonn.

Gerichten in den USA gesichert und die Gewährleistung eines hinreichenden Maßes von Verfahrensrechten eingefordert. Je nach politischer Färbung sieht man darin entweder eine fatale Schwächung der Nation im ultimativen Überlebenskampf gegen den Terrorismus oder einen Triumph der Bürgerrechte gegenüber exekutiver Willkür. Nachdem sich der Pulverdampf der ersten hitzigen Wortgefechte verzogen hat, wird klar, dass der rechtliche Aussagegehalt der Entscheidung trotz der mitunter pathostriefenden Ausführungen der Richter des Supreme Court weitaus begrenzter und inhaltlich unschärfer ist, als die euphorischen bis wütenden Reaktionen es erahnen ließen. Entschieden wurde im Fall *Boumediene* durch eine Mehrheit aus fünf Richtern vor allem, dass der Anwendungsbereich der *Suspension Clause* in Artikel I, § 9 Satz 2 der US-amerikanischen Verfassung sich auch auf den US-Marinestützpunkt in Guantánamo Bay erstreckt und dort als *enemy combatants* inhaftierten ausländischen Gefangenen – wie den Antragstellern in *Boumediene* – der Rechtsbehelf des *writ of habeas corpus* zusteht. Damit hat der Supreme Court nach eigenem Bekunden erstmals festgestellt, dass Ausländern, die von der US-Regierung außerhalb des Staatsgebiets der USA festgehalten werden, verfassungsmäßige Rechte zustehen.

Unmittelbare Konsequenz dieses Befundes ist die Wiedereröffnung des Rechtswegs vor die Bundesgerichte gem. 28 U.S.C.A., § 2241, den der Kongress durch Verabschiedung des *Detainee Treatment Act* (DTA) und *Military Commissions Act* (MCA) abzuschneiden versucht hatte. Durch DTA und MCA hatte der Kongress ein zweistufiges Prüfungssystem aus *Combatant Status Review Tribunal* (CSRT) und Rechtsmittelverfahren vor dem Appellationsgericht des *District of Columbia* (D.C. Cir.) eingerichtet, das als exklusiver Rechtsweg alle Beschwerden von mutmaßlichen *enemy combatants* gegen ihre Inhaftierung bündeln sollte. Die Mehrheit der Richter vermochte in diesem Prüfungssystem aufgrund der unzureichenden Ausgestaltung des Beweisverfahrens und der Verteidigungsrechte, die ein verfassungsmäßiges *habeas corpus*-Verfahren erfordert, keinen angemessenen Ersatz für den Ausschluss der ordentlichen Gerichtsbarkeit des Bundes über *habeas corpus*-Anträge von Guantánamo-Internierten zu erkennen. In Ermangelung einer wirksamen Suspendierung des verfassungsmäßigen *habeas corpus*-Rechtsbehelfs nach Maßgabe der *Suspension Clause* oder eines adäquaten Ersatzverfahrens wurden die Vorschriften des MCA, § 7 und 28 U.S.C.A., § 2241(e), die diese Einschränkung einfach-rechtlich umgesetzt hatten, vielmehr für verfassungswidrig befunden. Die Anträge von Internierten auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzugs sind somit nicht der ordentlichen Bundesgerichtsbarkeit entzogen. Welche Rechte aber innerhalb eines solchen *habeas corpus*-Verfahrens über ein Mindestmaß an richterlichem Rechtsschutz zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Inhaftierung hinaus konkret zu gewähren sind, bleibt offen.

Damit fällt der Blick auf jene Sachfragen, die in der Entscheidung nicht behandelt oder gelöst wurden. Das Gericht spezifiziert nicht, wie ein Verfahren zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Inhaftierung vor Bundesgerichten abzulaufen hat, sondern will die konkrete Ausgestaltung der Verfahrensstandards den zuständigen Bundesgerichten überlassen, wobei allerdings große Flexibilität und

Rücksichtnahme auf Geheimhaltungs- und Gefahrenabwehrinteressen der staatlichen Behörden angemahnt werden. Es erfolgt auch keine grundsätzliche Bewertung der Legitimität der Internierung und ihrer Bedingungen als solcher. Diese Frage blieb wegen fehlender unmittelbarer Entscheidungserheblichkeit unberührt. Aus gleichem Grund wurde auch die Legitimität der Strafverfahren vor *military commissions* gem. dem MCA, die unlängst gegen die sog. *Sept. 11 Co-Conspirators* begonnen und mittlerweile zu einer ersten Verurteilung geführt haben,¹ nicht angesprochen. Letztlich gewährt die Entscheidung nicht einmal erstmaligen Zugang zu einem Zivilgericht, denn bereits der DTA gewährte gegen die Entscheidung eines CSRT Zugang zum Appellationsgericht des *District of Columbia*, einem der renommiertesten Gerichte des Landes. Neben der verfassungsrechtlichen Klarstellung zur extraterritorialen Anwendung der *Suspension Clause* ging es im Fall *Boumediene* somit vor allem um die Frage der konkreten Schutzhöhe der konkurrierenden Prüfungsverfahren. Zu klären war, ob das Verfahren vor dem Court of Appeals des D.C. Circuit unter dem Regelwerk des DTA und MCA den (verfassungsrechtlichen) Ansprüchen an ein *habeas corpus*-Verfahren genügt und damit als adäquater Ersatz für die Streichung des Rechtswegs über das traditionelle *habeas corpus*-Statut des Bundes in 28 U.S.C.A., § 2241 taugt.

Die Realität ist mithin weniger schillernd und dramatisch, als sie regelmäßig dargestellt wird. Bevor jedoch der tatsächliche Entscheidungsgehalt ausführlicher besprochen (D.-E.) und die verfassungsrechtlichen Implikationen des Urteils aufgezeigt werden (F.), bedarf es noch zweier Zwischenschritte, um die Entscheidungsinhalte überhaupt mit der gebührenden Tiefe und Verständlichkeit erörtern zu können. In einem separaten Abschnitt werden die Bedeutung der mysteriösen *Suspension Clause* sowie Funktion und rechtlicher Status des *habeas corpus* allgemein beleuchtet (C.). Beide Vorschriften sind Spezifika angloamerikanischen Verfassungsrechts, zu denen sich kein Pendant im deutschen Grundgesetz findet. Ohne Grundverständnis für deren Herkunft und Funktion erscheint es nahezu ausgeschlossen, die wesentlichen Aussagen der Entscheidung zutreffend zu erfassen. Zuvor erfolgt überleitend eine Zusammenfassung der rechtlichen Entwicklung der Terrorismusverfahren und -gesetzgebung, die jene Normen zum Gegenstand haben und zu der besprochenen Entscheidung *Boumediene* geführt haben (B.).

B. Kernprobleme und Vorgeschichte der Entscheidung

Vorausgegangen ist der Entscheidung ein jahrelanges Tauziehen zwischen Exekutive, Legislative und Supreme Court um den rechtlichen Status und Rechtsschutzmöglichkeiten von Guantánamo-Häftlingen.² Das Muster, das sich dabei ab-

¹ Betroffen war Bin Ladens Fahrer Hamdan; allgemein zu Verfahren und Rechtsgrundlagen siehe <www.defenselink.mil/news/commissions.html> [letzter Aufruf: 8.4.2008]. Diese Verfahren sind nach Zweck und Grundlage streng von der Überprüfung des Status als *enemy combatant* zu trennen.

² Dazu Stuckenberg, JZ 2006, 1142 ff.; Walen/Venzke, ZaöRV 67 (2007), 843, 845 ff.; Neuman, 50 Loyola Law Review 1 (2004), 3 ff.; Sassòli, 2 Journal of International Criminal Jus-

zeichnet, ist eine sich wiederholende Sequenz von unilateraler Ausübung von Exekutivmacht, judikativer Intervention und parlamentarischer Autorisierung des Vorgehens der Exekutive innerhalb der Grenzen, die judikativ aufgezeigt wurden. Ausgangspunkt dieses "Katz und Maus"-Spiels ist die *Authorization for Use of Military Force* (AUMF).³ Unmittelbar nach den Anschlägen des 11. September 2001 hatte der Kongress den Präsidenten durch diese EntschlieÙung ermächtigt, alle erforderlichen und angemessenen Maßnahmen gegen Nationen, Organisationen oder Personen, die nach seiner Einschätzung für den Anschlag auf das World Trade Center verantwortlich zeichnen oder diese Subjekte unterstützt haben, zu treffen, um weitere terroristische Anschläge gegen die Vereinigten Staaten zu verhindern. Auf dieser Legitimationsgrundlage ermächtigte der Präsident durch die *Presidential Military Order* vom 13. November 2001 Sicherheits- und Streitkräfte, Nicht-Staatsbürger, die des Terrorismus oder der Verbindung zu Terroristen verdächtig waren, als *illegal enemy combatants* ohne formelle Anklage und rechtliches Gehör für unbestimmte Zeit in Gewahrsam zu nehmen.⁴ Ferner ordnete der Präsident mit diesem Befehl die Schaffung von speziellen Militärkommissionen an (*military commissions*), die außerhalb der regulären Militärjustiz für die Aburteilung von *enemy combatants* wegen Kriegsverbrechen zuständig sein sollten.⁵

Die erste ernsthafte Intervention des Supreme Court erfolgte in der Rechtssache *Rasul*.⁶ Gefangene in Guantánamo hatten versucht, über *habeas corpus*-Anträge die Rechtmäßigkeit ihrer Inhaftierung überprüfen zu lassen.⁷ Der Supreme Court äußerte sich jedoch nicht zu den möglichen verfassungsmäßigen Rechten der Häftlinge, sondern beschränkte sich darauf, den ausländischen Guantánamo-Häftlingen zunächst den Weg vor die US-Bundesgerichte nach dem einfachgesetzlichen, bundesrechtlichen *habeas corpus*-Statut zu eröffnen.⁸ Die Auslegung des maßgeblichen § 2241, 28 U.S.C.A. ergab nach Auffassung der Mehrheit der Richter, dass auch Anträge von Ausländern, die außerhalb des Hoheitsgebiets der USA als *illegal enemy combatants* festgehalten werden, von dieser Norm umfasst sind, wenn das

tice 96 (2004), 100 ff.; allgemein zum System "Guantánamo" Margulies, *Guantánamo and the Abuse of Presidential Power*, 2006; Yoo, *War by Other Means – An Insider's Account of the War on Terror*, 2006, 128 ff.

³ Pub.L. Nr. 107-140, §§ 1-2, 115 Stat. 224.

⁴ Military Order of November 13, 2001 – Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizen in the War Against Terrorism, 66 Fed. Reg. 57833 (November 16, 2001).

⁵ Während die Anzahl eingeleiteter Verfahren vor diesen Militärkommissionen verschwindend gering war, wuchs die Anzahl der weltweit internierten *enemy combatants* beständig. Hier liegt auch der Schwerpunkt der gerichtlichen Auseinandersetzungen, die über *habeas corpus*-Anträge vor die Gerichte getragen werden. Mittlerweile sind mehrere hundert Anträge im District of Columbia gestellt worden, da hier der jeweilige *custodian* wegen des Sitzes der verantwortlichen US-Regierung seinen Gerichtsstand hat.

⁶ Siehe dazu Stuckenberg (Anm. 2), 1144 f.; Tams, *Archiv des Völkerrechts* 42 (2004), 445 ff.

⁷ Zum Rechtsbehelf des *habeas corpus* sogleich ausführlich unter C.

⁸ *Rasul v. Bush*, 542 U. S. 466 (2004), 473, 485. Zumindest in einem *obiter dictum* wurde jedoch angedeutet, dass die Anwendung des *habeas statute* auf Guantánamo-Häftlinge mit der historischen Reichweite des *writ of habeas corpus* übereinstimmt, 481.

betreffende Territorium effektiver und exklusiver Kontrolle der USA unterliegt.⁹ Dies sei für Guantánamo Bay anzunehmen, da es seit 1903 gepachtet ist und Kuba den USA trotz Vorbehalts der “*ultimate sovereignty*” im *Lease of Lands for Coaling and Naval Station* die “*complete jurisdiction and control*” eingeräumt hatte. Das *habeas corpus*-Statut unterscheide nach seinem Wortlaut auch nicht zwischen US-Amerikanern und Ausländern, so dass territoriale und personale Gerichtsbarkeit gegeben sind. Der aus Sicht der Exekutive maßgebliche Präzedenzfall *Eisenrager*¹⁰, der *habeas corpus* von Ausländern, die außerhalb des Hoheitsgebiets der USA inhaftiert sind, auszuschließen schien, stehe dem nicht entgegen, da er das entscheidungsrelevante einfache Bundesrecht unberührt lasse¹¹ und auch eine andere Verfahrenskonstellation zum Gegenstand gehabt habe.¹² Damit war implizit zugleich festgestellt, dass die Ausübung der *presidential war powers* grundsätzlich justiziabel ist.¹³ Da der Supreme Court den Rechtsweg vor die ordentlichen Gerichte jedoch nicht verfassungsrechtlich abgesichert, sondern lediglich über die Anwendbarkeit einfachen Bundesrechts befunden hatte (“*statutory habeas jurisdiction*”),¹⁴ war ein Einfallstor für einfachgesetzliche Beschränkungen geöffnet, das die Legislative sogleich zu nutzen wusste.

Der Kongress verabschiedete umgehend einige nachträgliche Änderungen des Detainee Treatment Act of 2005 (DTA), die auf das sog. *Graham Amendment* zurückgingen. Über den neuen § 1005(e)(1) änderte der DTA die statuarische Grundlage der Gerichtsbarkeit der Bundesgerichte über *habeas corpus*-Verfahren in 28 U. S. C., § 2241 ergänzend dahingehend, dass “(*except as provided in section 1005 of the Detainee Treatment Act of 2005*) *no court, justice, or judge shall have jurisdiction to ... consider ... an application for ... habeas corpus filed by or on behalf*”

⁹ *Rasul v. Bush*, S. 470-473, 476, 480-484 des Urteils (Anm. 8); zustimmend Fallon/Meltzer, 120 Harvard Law Review 2029 (2007), 2059.

¹⁰ *Johnson v. Eisenrager*, 339 U. S. 763 (1950). Im Fall *Eisenrager* verneinte der Supreme Court die Statthaftigkeit eines *habeas corpus*-Antrags von 22 Deutschen, die von einer US-amerikanischen Militärkommission in China verurteilt worden waren und ihre Strafen nunmehr in einem deutschen Gefängnis in Landsberg verbüßten. Der Namenspate dieser Entscheidung Lothar Eisenrager war während des Zweiten Weltkriegs in China stationiert. Nach der deutschen Kapitulation nahm er weiterhin an geheimdienstlichen Operationen für das japanische Militär teil. Nach Kriegsende wurde er als Mitglied einer Gruppe von 22 Deutschen in Gewahrsam genommen und von einer US-Militärkommission wegen Verstößen gegen das Kriegsrecht abgeurteilt. Nach Repatriierung zur Haftvollstreckung stellten diese Personen von Landsberg aus *habeas corpus*-Anträge beim D.C. District Court, um die Aufhebung ihrer Inhaftierung zu erreichen. Der District Court verwarf den Antrag wegen fehlender territorialer Zuständigkeit, während das Berufungsgericht des D.C. Circuit die Gerichtsbarkeit auch für extratoritoriale *habeas*-Anträge bejahte. Der Supreme Court hob die Entscheidung schließlich auf, zur Begründung vgl. unten D.

¹¹ Ein derartiger Rekurs auf einfaches Bundesrecht als Entscheidungsgrundlage war dem Supreme Court möglich, weil er kein ausschließliches Verfassungsgericht ist, sondern als oberstes Revisionsgericht des Bundes fungiert.

¹² Sehr skeptisch Posner/Vermeule, *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*, 2007, 258.

¹³ Keller/Forowicz, *ZaöRV* 67 (2007), 1, 14.

¹⁴ Kritisch dazu bereits Meyer, *HRRS* 2006, 178, 186.

of an alien by the Department of Defense at Guantánamo Bay".¹⁵ Stattdessen wurde die ausschließliche Gerichtsbarkeit für die Rechtskontrolle der Einstufung und Inhaftierung als *enemy combatant* einem zweistufigen Verfahren vor einem militärischen *Combatant Status Review Tribunal* (CSRT) und einem Zivilgericht, dem D.C. Court of Appeals, als Rechtsmittelinstanz übertragen. Die *Combatant Status Review Tribunals* (CSRTs) hatte das Verteidigungsministerium zwischenzeitlich in Reaktion auf die Entscheidung *Hamdi v. Rumsfeld* eingerichtet,¹⁶ um durch Militärpersonal – entsprechend den prozessualen Vorgaben dieses Urteils – zu überprüfen, ob die in Guantánamo Bay Internierten zutreffend als *enemy combatants* klassifiziert worden sind.¹⁷ Die Verfahrensregeln, die fortan für diese Spezialverfahren gelten sollten, wurden im DTA und MCA näher ausgestaltet.¹⁸

Die Neuregelung betraf aber nicht bereits anhängige Fälle, zu denen auch diejenigen der Antragsteller in der vorliegend besprochenen Entscheidung gehörten. Ihre *habeas*-Anträge waren schon vor Inkrafttreten des DTA am District Court des District of Columbia rechtshängig geworden. Dies bestätigte der Supreme Court 2006 in seinem viel beachteten Urteil in der Sache *Hamdan v. Rumsfeld*.¹⁹ Der Kongress reagierte wiederum prompt und verabschiedete am 29. September 2006 den *Military Commissions Act of 2006*,²⁰ der das *habeas corpus*-Statut, namentlich 28 U.S.C.A., § 2241(e)(1), nochmals durch MCA, § 7(a) und § 7(b) modifizierte. Ersterer schließt explizit die Gerichtsbarkeit von Bundesgerichten für alle *habeas*

¹⁵ Vgl. dazu C r o o k, 100 American Journal of International Law 455 (2006), 456 ff.

¹⁶ In *Hamdi* hatte das Gericht geurteilt, dass die Internierung von Personen, die während ihrer Teilnahme an laufenden Kampfhandlungen in Afghanistan aufgegriffen wurden, legitim ist, aber der Antragsteller als US-Staatsbürger zumindest Anspruch auf Überprüfung seines Status als *enemy combatant* unter Beachtung gewisser unerlässlicher Verfahrenstandards hatte (sog. "*Hamdi hearing*"), *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U. S. 507 (2004).

¹⁷ Deputy Secretary of Defense, Combatant Status Review Tribunal Order (July 7, 2004); abrufbar unter <www.defenselink.mil/news/Jul2004/d20040707review.pdf> [letzter Aufruf: 1.8.2008]. Daneben existieren Administrative Review Boards, die periodisch im Ein-Jahres-Rhythmus überprüfen, ob die Einstufung aufrecht zu erhalten ist; siehe zu Überprüfungsprozeduren im Überblick <www.defenselink.mil/news/Sep2005/d20050908process.pdf> [letzter Aufruf: 1.8.2008]; M a c K i n n o n, 82 New York University Law Review 602 (2007), 631 ff.

¹⁸ Vgl. DTA § 1005 "Procedures for Status Review of Detainees Outside the United States".

¹⁹ *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U. S. 557 (2006), 576–577; dazu ausführlich S t u c k e n b e r g (Anm. 2), 1145 ff.; K e l l e r / F o r o w i c z (Anm. 13), 5 ff.

²⁰ Military Commissions Act of 2006, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (October 17, 2006). Mit dem Military Commissions Act of 2006 (MCA) schuf der Kongress im selben Atemzug auch eine einfachrechtliche Grundlage für die strafrechtliche Aburteilung von mutmaßlichen Terroristen durch Militärkommissionen außerhalb der regulären Militärgerichtsbarkeit (*courts martial*). Dieser Schritt war notwendig geworden, nachdem der Supreme Court ebenfalls in *Hamdan* geurteilt hatte, dass *military commissions* nicht entgegen der Bestimmungen des Kongress im *Uniform Code of Military Justice* (UCMJ), namentlich Art. 21, 36 (a), (b), durch eine Verfügung des Präsidenten eingerichtet werden können. Hierfür fehle es dem Präsidenten an rechtlicher Kompetenz, solange er keine parlamentarische Autorisierung erhalte. Der Präsident sei allerdings nicht gehindert, den Kongress um die erforderliche gesetzliche Ermächtigung zu ersuchen, so ausdrücklich Justice B r e y e r in *Hamdan v. Rumsfeld*, S. 636 des Urteils (Anm. 19) (B r e y e r, J. *concurring*). Diese Einladung nahmen Präsident und Kongress gerne an und transformierten die Inhalte der *presidential order* in ein Gesetz, den MCA.

corpus-Anträge von Ausländern aus, die als *enemy combatants* eingestuft wurden.²¹ § 7(b) ergänzt, dass diese Änderung des § 2241(e) ausnahmslos und unabhängig von ihrer Anhängigkeit für alle Fälle von Inhaftierungen gilt, die nach dem 11. September 2001 erfolgten. Die Änderungen, die der MCA bewirkte, stellten somit nachträglich die Statthaftigkeit der Verfahren im Fall *Boumediene* vor dem D.C. District Court in Frage. Aufgrund fehlender Zuständigkeit wurden die Anträge auch sogleich durch den District Court verworfen. Dieses Urteil bestätigte das Berufungsgericht des D.C. Circuit unter Verweis auf MCA, § 7, der die Bundesgerichte ihrer Gerichtsbarkeit über die Anträge der Rechtsmittelführer beraubt habe.²² Den Antragstellern blieb daraufhin nur noch der Weg einer Petition an den Supreme Court. Dieser gewährte einen *writ of certiorari* und nahm die Klage zur Entscheidung an. Dem Obersten Gericht stellten sich zwei Kernfragen, mit denen es sich aufgrund der legislativen Korrekturen im Anschluss an die Fälle *Rasul* und *Hamdan* zwingend auseinandersetzen hatte. Erstens war zu klären, ob der Kongress den Bundesgerichten die Kompetenz zur Prüfung von *habeas corpus*-Anträgen gänzlich entziehen kann oder verfassungsrechtlichen Beschränkungen unterliegt. Die Antwort hing zum einen davon ab, ob die *Suspension Clause*, die eine Aussetzung des *writ of habeas corpus* nur in Krisenzeiten, namentlich Rebellion oder Invasion, zulässt, sich auf die Marinebasis in Guantánamo Bay erstreckt. Zum anderen war zu erörtern, ob die Verfassung für Guanánamo-Häftlinge einen verfassungsmäßigen (Mindest-)Anspruch auf *habeas corpus* verbürgt, der durch einfach-gesetzliche Restriktionen nicht ausgeschlossen werden kann. Zweitens galt es zu prüfen, ob das zweistufige Prüfungsverfahren in DTA und MCA einen adäquaten Ersatz für das traditionelle Prüfungsverfahren vor Bundesgerichten bot, so dass die prozessualen Anforderungen der *Suspension Clause* oder eines etwaigen verfassungsrechtlichen Anspruchs auf *habeas corpus* im Falle ihrer extraterritorialen Anwendbarkeit auf Guantánamo-Häftlinge gewahrt gewesen wären. Entscheidungsrelevant sind daher primär die Rechtsnatur von *habeas corpus* und die rechtlichen Grenzen seiner Einschränkung. Diese Faktoren sollen im folgenden Abschnitt genauerer Betrachtung unterzogen werden.

C. Habeas Corpus und Suspension Clause

Habeas corpus ist ein außerordentlicher Rechtsbehelf, durch den eine inhaftierte Person die Rechtmäßigkeit ihrer Inhaftierung durch ein Gericht überprüfen lassen kann, um ihre Freilassung im Wege des Erlasses eines *writ of habeas corpus* durch

²¹ 28 U.S.C.A., § 2241(e)(2) verneint die Zuständigkeit der Bundesgerichte für “*any other action against the United States ... relating to any aspect of the detention, transfer, treatment, trial, or conditions of confinement of a detained alien determined to be an enemy combatant*”.

²² Die Verfahren der Antragsteller nach dem DTA-Prozess sind gegenwärtig ebenfalls vor diesem Berufungsgericht anhängig: *Khaled A.F. Al Odah v. United States et al.*; *Lakhdar Boumediene, et al. v. George Bush, et al.*, Nr. 05-5054, 05-5095-05-5116, 05-5062, 05-5063 (D.C.Cir.)

das urteilende Gericht zu erreichen.²³ Er zählt zur Gruppe sog. *collateral attacks*, die das US-amerikanische Recht neben den ordentlichen Rechtsmitteln des Instanzenzugs gewährt und die es ermöglichen, grundsätzlich nach Ausschöpfung aller Rechtsmittel schwerwiegende Rechtsverstöße, vor allem gegen verfassungsrechtliche Gewährleistungen des Bundes, geltend zu machen. Im hier einschlägigen Bundesrecht der USA ist der Rechtsbehelf in 28 U.S.C.A. geregelt.²⁴ Dieser sieht *habeas*-Klagen in § 2241 gegen Exekutivgewahrsam und in §§ 2254, 2255 gegen Straftaft vor. Die verfassungsrechtliche Lage ist demgegenüber weit weniger klar. Die Auseinandersetzung mit dem verfassungsrechtlichen Status von *habeas corpus* ist in Rechtspraxis und -politik bislang von den Fragen der Anwendbarkeit und Einschränkung des einfachen Bundesrechts überlagert worden.²⁵ Jedoch sind gerade die Grenzen, die dem Gesetzgeber durch die Verfassung gezogen sind, für die Bewertung der Guantánamo-Verfahren von zentraler Bedeutung. Kann der Bundesgesetzgeber *habeas*-Klagen vor Bundesgerichten gänzlich ausschließen und auf einen eigens für diese Zwecke kreierte zweistufigen Rechtsweg umleiten, oder verbürgt der *writ of habeas corpus* einen verfassungsrechtlichen Mindestanspruch auf richterlichen Rechtsschutz gegen willkürliche Freiheitsentziehungen? Sind die Bundesgerichte deshalb womöglich sogar unabhängig von 28 U.S.C.A., § 2241 befugt, *writs of habeas corpus* zu erlassen?²⁶ Oder trifft den Bundesgesetzgeber zumindest eine verfassungsrechtliche Pflicht, einen entsprechenden Rechtsbehelf vor Bundesgerichten gesetzlich einzuräumen? Ungeachtet der zusätzlichen Problematik der extraterritorialen Anwendbarkeit des US-Verfassungsrechts²⁷ finden sich schon auf diese grundsätzlichen Fragen keine eindeutigen Antworten. Der Rechtsstatus des *writ of habeas corpus* ist schlicht unklar. Weder in der *bill of rights* von 1791 noch in der Verfassung von 1789 wird der Anspruch auf *habeas corpus* als Rechtsbehelf, geschweige denn als Menschen- und Freiheitsrecht ausdrücklich ver-

²³ Der Rechtsbehelf richtet sich gegen den Amtsträger, der für den Vollzug des Gewahrsams verantwortlich ist (*custodian, jailer*), vgl. 28 U.S.C.A., §§ 2241(a), 2243. Entsprechende Anträge auf gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Gewahrsams können daher vor jedem Bundesgericht gestellt werden, dessen Gerichtsbarkeit der administrativ für den Gewahrsam Verantwortliche unterliegt.

²⁴ Ausführlich Sokol, *Federal Habeas Corpus*, 2. Aufl. 1969, 28 ff.

²⁵ So konzentrierte sich die Diskussion vor und nach *Rasul* vor allem auf die Interpretation einfachen Bundesrechts und dessen Änderung durch gesetzgeberische Intervention in Gestalt des DTA und MCA. Aber auch im Zusammenhang mit Straftaft oder Ausländerrecht ist die Sachlage nicht anders. So steht im Bereich des Strafrechts der *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996* (AED-PA), Pub. L. Nr. 104-132, 110 Stat. 1214, und damit der einfach-rechtliche Umfang des Rechtsbehelfs im Zentrum der Diskussion.

²⁶ Es ist nicht zweifelsfrei geklärt, wie weit die Befugnis des Kongresses reicht und ob es die *Suspension Clause* verletzt, wenn der Kongress den Bundesgerichten gem. Art. III überhaupt keine *habeas*-Kompetenz zuweist, Saltzburg/Capra, *American Criminal Procedure*, 7. Aufl. 2004, Kap. 13, 1630. Nach Ansicht von Chafee könnten Bundesgerichte wohl selbst ohne ausdrückliche Ermächtigung *writs of habeas corpus* gewähren, 32 *Boston University Law Review* 143 (1952), 144; siehe ferner Anm. 88, 89.

²⁷ Siehe dazu Stuckenberg, in: Menzel/Pierlings/Hoffmann (Hrsg.), *Völkerrechtsprechung*, 2005, 302-322, Fälle 44-46.

bürgt. Die einzige Stelle in der US-Verfassung, an der das *privilege of the writ of habeas corpus* Erwähnung findet, ist die sog. *Suspension Clause* in Art. I, § 9. Des- sen zweiter Satz lautet “[t]he 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”. Ausgangspunkt der Überlegungen zur verfassungsrechtlichen Rechtslage ist deshalb für gewöhnlich die *Suspension Clause* und deren Bedeutung für den Rechtsbehelf des *writ of habeas corpus*. Aber auch die Bewertung dieser Wechsel- beziehung ist im Schrifttum umstritten. Mancher interpretiert die *Suspension Clau- se* als Verbürgung eines fundamentalen Menschenrechts,²⁸ während andere sie als strukturelles Recht (*structural right*) ansehen, das die verfassungsinternen Kompe- tenzen des Kongresses betrifft und die Existenz eines *privilege of the writ of habeas corpus* ohne Aussage über dessen Rechtsnatur voraussetzt.²⁹ Dritte wollen zumin- dest aus der Verfassungsstruktur eine durchgängige Eröffnung von gerichtlicher Kontrolle von Freiheitsentziehungen ableiten.³⁰ Seitens des Supreme Court war noch nicht verbindlich entschieden worden, ob das Verfassungsrecht *habeas cor- pus*-Rechtsschutz zwingend gebietet. Das oberste Gericht hatte zwar Signale aus- gesandt, die in diese Richtung gedeutet werden konnten, eine vertiefende Ause- nandersetzung mit der möglichen verfassungsrechtlichen Verankerung des Rechts- behelfs aber gescheut.³¹ Stattdessen hat sich die Rechtsprechung des Supreme Court auf einige negative Abgrenzungen beschränkt. Danach verbiete die *Suspen- sion Clause* dem Kongress nicht, *federal habeas* zu reduzieren, wenn es eine adä- quate Alternative schafft.³² Auch eine Sonderzuweisung für derartige Verfahren an ein bestimmtes Bundesgericht sei nicht *per se* verfassungsrechtlich unzulässig.³³ Was den positiven Bedeutungsgehalt anbelangt, zog sich das Gericht hingegen zu- letzt in der *St. Cyr*-Entscheidung auf eine kryptische Formel zurück, wonach die *Suspension Clause* den *writ of habeas corpus* zumindest in dem Umfang schützt, den dieser 1789, dem Jahr des Inkrafttretens der Verfassung, hatte.³⁴ Schwierigkei-

²⁸ Chaf ee (Anm. 26), 144; Kat yal (Anm. 21), 1379; ähnlich auch ohne Bezug zur verfassungs- rechtlichen Diskussion in den USA, B o o k / G e n e u s s, ZIS 2008, 325, 328.

²⁹ Die *Suspension Clause* kann dem Kongress entweder die Befugnis verleihen, den Rechtsbehelf in Krisenzeiten außer Kraft zu setzen, oder die verfassungsrechtliche Legislativgewalt des Kongresses li- mitieren, indem ein Rechtsakt, der zu einer Suspendierung des *habeas corpus* führt, nur unter außer- gewöhnlichen Umständen verfassungsmäßig zulässig sein soll. Ersteres vertreten Me a d o r, Habeas Corpus and Magna Charta: Dualism of Power and Liberty, 1966, 33 und Du k e r, A Constitutional History of Habeas Corpus, 1980, 126, 141. Auf die systematische Stellung der *Suspension Clause* in Art. I, § 9 der Verfassung neben anderen strukturellen Limitierungen der Macht des Kongresses ein- schließlich *ex post facto* und *Bill of Attainder Clauses* hebt V l a d e c k ab. Er sieht in ihr ein strukturel- les Recht, das regelt, wann das Parlament befugt ist, einen bereits existenten *common-law writ* auszu- setzen, V l a d e c k, Washington College of Law Research Paper Nr. 2008-2020, 36; d e r s., 95 George- town Law Journal 1497 (2007), 1553.

³⁰ F a l l o n / M e l t z e r (Anm. 9), 2039.

³¹ *Ibid.*, 2050.

³² *Swain v. Pressley*, 430 U.S. 372 (1977), 381; *United States v. Hayman*, 342 U. S. 205 (1952); V l a d e c k (Anm. 29), 1551 f.

³³ *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301, 331-332 (1966).

³⁴ *INS v. St. Cyr*, 533 U.S. 289 (2001); zum Fall *St. Cyr* siehe V l a d e c k, 113 Yale L.J. 2007 (2004).

ten bei der Handhabung dieses Maßstabs bereitet insbesondere, dass auch diesbezüglich nicht verlässlich belegt ist, was der rechtliche Status von *habeas corpus* im Jahr 1789 war. Es war bislang nicht zweifelsfrei ergründbar, ob Inhaftierte ein Individualrecht auf *habeas corpus*-Rechtsschutz genossen³⁵ oder der Verfassung eine objektiv-rechtliche Verpflichtung entnommen wurde, den Rechtsbehelf gesetzlich zu eröffnen.³⁶ Es lässt sich auch nicht ausschließen, dass es sich substantiell nach wie vor um einen *common law writ* handelte. Um die Ursachen für die Probleme bei der Bestimmung der Rechtslage und ihre Bedeutung für die heutige Rechtsanwendung zu erhellen, ist ein Rückblick auf Genese und Evolution des *writ of habeas corpus* und der *Suspension Clause* geboten.

I. Der Ursprung im *Common Law*

Der historische Ursprung des „*Great Writ*“ liegt im England des 12. Jahrhunderts. Als *writ of habeas corpus* ist er eine Frucht des *common law*. In den Anfangstagen dieses Rechtssystems diente die Existenz oder Gewährung eines *writ* der Eröffnung der Gerichtsbarkeit der lokalen Gerichte und damit letztlich der Begründung der Justiziabilität einer Streitfrage sowie der Fixierung ihrer Rechtsfolgen.³⁷ Unter den verschiedenen Arten von *writs* zählte der *writ of habeas corpus* zu der Kategorie der *prerogative writs*.³⁸ Diese gründeten sich auf die souveräne Autorität des absoluten Monarchen und dienten vor allem der Lenkung und Kontrolle von Justiz und Verwaltung.³⁹ Als Instrument zur Verwirklichung der *salus populi* gestatteten es *prerogative writs*, in Fällen von Amtsmissbrauch, Missmanagement oder Unvereinbarkeit der Tätigkeit königlicher Amtswalter mit den Prärogativen der Krone zu intervenieren.⁴⁰ Aufgrund dieser Funktion knüpfte der *writ of habeas corpus* nicht an Rechte des von der Haft Betroffenen an, sondern konzentrierte sich auf den Verantwortlichen der Haftanstalt (*jailer* oder *custodian*) und dessen Verhalten als Amtsträger.⁴¹ Ebenfalls in diese Gruppe der administrativ-kontrollierenden *writs*, die als außerordentliche Kompetenz nur in besonders gelagerten Fällen zur Anwendung gelangen sollten, gehören der *writ of mandamus* und der *writ of certiorari*,⁴² der auch heute noch den Zugang zum Supreme Court der

³⁵ Sokol (Anm. 24), 16; bejahend Oaks, 32 *University of Chicago Law Review* 243 (1965), 248 f.; verneinend Collins, 40 *California Law Review* 335 (1952), 344 f.

³⁶ Für eine verfassungsrechtliche Verpflichtung Sokol (Anm. 24), 17.

³⁷ Zum *system of writs* Pollock/Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I.*, Bd. 2, 2. Aufl. 1952, 558 f., 561-565; Maitland, *The Forms of Action at Common Law. A Course of Lectures*, 1948, 20-29.

³⁸ Dazu Jenks, 32 *Yale Law Journal* 523, (1923), 524 ff.

³⁹ Halliday/White, 94 *Virginia Law Review* 575 (2008), 595, 608.

⁴⁰ *Ibid.*, 607 f.; Coke, *Institutes of the Laws of England*, Bd. 4, 1669, 71; Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4. Aufl. 2002, 38-39.

⁴¹ Yale (Hrsg.), *Sir Matthew Hale's the Prerogatives of the King*, 1976, 229.

⁴² Jenks (Anm. 38), 527 ff.

USA reguliert. Die Umsetzung solcher *prerogative writs* erfolgte durch und im Ermessen der Judikative, insbesondere King's Bench aber auch Court of Common Pleas als oberste *common law courts*,⁴³ die die Prerogativen des Königs durch Erteilung von *writs* zu implementieren suchten. Damit waren auch in Bezug auf den *writ of habeas corpus* die Gewährung, inhaltliche Einschränkung und sogar dessen Aussetzung den obersten Gerichten überlassen.

Als *writ* im heute bekannten Sinn als *habeas corpus ad subjiciendum* konnte er sich erst im 16. und 17. Jahrhundert etablieren. Ursprünglich diente der *writ of habeas corpus* ab Mitte des 12. Jahrhunderts vor allem dazu, die Anwesenheit von Personen, insbesondere ausbleibende Angeklagte, Beklagte, Jury-Mitglieder (*habeas corpus ad respondendum* und *ad faciendum et recipiendum*) oder nicht erscheinende Zeugen (*habeas corpus ad testificandum*), in bestimmten rechtlichen Verfahren zu erzwingen. Ein *writ of habeas corpus* ermöglichte in diesen Fällen die Vorführung der benötigten Personen, damit die anberaumten Verfahren wie gewünscht durchgeführt werden konnten.⁴⁴ Er war also auf Bewirkung einer Freiheitsentziehung zu Verfahrenszwecken gerichtet.⁴⁵ In dieser Frühphase diente der *writ* vor allem als Machtinstrument des Königs in dem Bemühen, seine Gerichtshoheit auszudehnen und zu festigen.⁴⁶ Der vielschichtige Anwendungsbereich von *habeas corpus* umfasste aber schon im 13. Jahrhundert eine zweite Funktion, die fortwährend ausgebaut und wichtiger werden sollte. Der *writ* ermöglichte eine Überprüfung von Freiheitsentziehungen durch lokale Gerichte oder Exekutive zur Korrektur von Ungerechtigkeiten durch Obergerichte im Interesse des Königs. Die Obergerichte konnten durch die Gewährung des *writs* eine Erklärung über die Gründe für eine Verhaftung – häufig von Schuldern – verlangen (*habeas corpus cum causa*). Als Rechtsbehelf ist dieser *writ* deshalb von Beginn an eng mit dem *writ of certiorari* verbunden, der in der Sache nichts anderes als eine Aufforderung zur Information des Obergerichts ist. In klarer Abgrenzung zu den anderen Spielarten des *writ* markierte die Variante *cum causa* spätestens im 14. Jahrhundert einen Schritt in Richtung einer stärkeren freiheitsrechtlichen Orientierung.⁴⁷ Seinen Aufstieg und die Verfestigung seines primären Bedeutungsgehalts als Schutzinstrument gegen rechtlich unzulässige Freiheitsentziehungen (*habeas corpus ad subjiciendum*) verdankt der *writ of habeas corpus* aber der wohl schillerndsten Epoche

⁴³ Halliday/White (Anm. 39), 607, 608.

⁴⁴ Sokol (Anm. 24), 4 – "... early function of the writ ... was simply to get an unwilling party into court ..."; Duker (Anm. 29), 16 ff.

⁴⁵ Dieser Ursprung erklärt auch den Terminus selbst: *writ* steht für Befehl und das lateinische *habeas corpus* bedeutet übersetzt "du sollst den Körper haben". Gemeint ist also eine Order, die körperliche Anwesenheit einer Person zu bewirken.

⁴⁶ Sokol (Anm. 24), 4 f.

⁴⁷ Über mehrere Jahrhunderte hinweg wandelt sich *habeas corpus cum causa* in *habeas corpus ad subjiciendum* mit speziellem Bezug zur Strafhaft, Meador (Anm. 29), 10, 13. In *Darnel's case* wurde dann ein weiterer Entwicklungsschritt vollzogen und der *writ* auch für andere Gewahrsamsformen geöffnet. Als Triebfeder erwies sich die Öffnung des *writ* zum Schutz privilegierter Kreise wie Adel und Klerus, Duker (Anm. 29), 24 ff., 31 ff. Der *writ* wurde dadurch auch funktional zu einem *privilege*.

seiner Entwicklungsgeschichte: der *“battle of the courts”* zwischen Court of Chancery und King’s Bench im 16. und 17. Jahrhundert.⁴⁸

Die Beschränkung der Gerichtsbarkeit der *Common Law Courts* durch das starre und formalistische System der *writs* hatte die Einsicht wachsen lassen, dass Eingriffe und Korrekturen aus Gründen der Gerechtigkeit (*equity*) unvermeidbar sind. Die Verantwortung, den Gedanken der *equity* rechtlich zu verwirklichen, fiel ab dem Ende des 14. Jahrhunderts vor allem der *Chancery* zu, die von einer Kanzlei, die nur mit Verwaltungsaufgaben betraut war, zum wichtigsten Gericht Englands aufstieg.⁴⁹ Dieser kompeten hafte Aufstieg stieß jedoch auf Widerstand der *Common Law Courts*, die um ihre Macht fürchten mussten, wenn ihre Entscheidungen oder Bereiche, die man bewusst als nicht-justiziabel erachtete, nachträglich aus Gerechtigkeitserwägungen heraus korrigiert respektive usurpiert wurden. Man besann sich daher auf das Instrument des *writ of habeas corpus*, um den eigenen Jurisdiktionsbereich gegen den aufstrebenden Rivalen zu verteidigen.⁵⁰ Die Hauptrolle spielte dabei die King’s Bench, die begann, durch Erlass der *writs* die Freilassung von Personen zu verfügen, die auf der Grundlage einer Entscheidung des Court of Chancery in öffentlichen Gewahrsam gelangt waren.⁵¹ Man versuchte auf diese Weise, sich die Möglichkeit zu eröffnen, *Chancery*-Entscheidungen rechtlich zu überprüfen und die Suprematie der *Common Law Courts* wiederherzustellen. Dieses Manöver misslang jedoch gründlich. Auf Betreiben von Francis Bacon, dem damaligen Generalfiskal (*attorney general*), erging am 18. Juli 1616 ein Dekret von King James, das die Gerichtsbarkeit des Court of Chancery in Fragen der *equity* bestätigte und den Gerichtshof ausdrücklich ermächtigte, die Rigorosität und Extremität des *common law* gestützt auf Gerechtigkeitserwägungen zu korrigieren.⁵² *Writs of habeas corpus*, die dieses Unterfangen konterkarierten, waren künftig nicht mehr mit der Prerogative der Krone vereinbar und hätten von der King’s Bench deshalb nur noch unter Umgehung ihres rechtstheoretischen Legitimationsgrundes genutzt werden können.

⁴⁸ Meador (Anm. 29), 12; Sokol (Anm. 24), 7 f.; Duker (Anm. 29), 33 ff.

⁴⁹ Zur *equitable jurisdiction* der *Chancery* vgl. Kerly, A Historical Sketch of the Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery, 1890, 86 ff.; Maitland, Equity: A Course of Lectures, hrsgg. von Chaytor/Wittaker, 1936, 2-6. Zunächst wurde die *Chancery* nur wegen ihrer besseren Möglichkeiten zur Wahrheitsfindung, die auf ihr professionelleres Beweisverfahren zurückzuführen war, angerufen. Diese Option erfuhr dann eine gleitende Fortbildung zur Heilung materiell-rechtlicher Defizite.

⁵⁰ Anknüpfend an die Rechtsnatur des *prerogative writ* berief sich King’s Bench zur Rechtfertigung auf Statute von Edward III aus dem Jahr 1354 und Henry IV aus dem Jahr 1403, die das Gericht in seinem Sinne deutete, um sein Handeln mit den königlichen Vorgaben in Gleichklang zu bringen.

⁵¹ Saltzburg/Capra (Anm. 26), 1629; Oaks, 64 Michigan Law Review 451 (1966), 459; vgl. exemplarisch *Russell’s case* aus dem Jahr 1482; abgedruckt in Kiralfy, A Source Book of English Law, 1957, 262.

⁵² Die Gerichtsbarkeit des Court of Chancery trat damit neben die Gerichtsbarkeit der *Common Law Courts*, die weiterhin ausschließlich und abschließend für die Anwendung des *common law* zuständig blieben. Zu dieser sog. *auxiliary jurisdiction* vgl. auch Getzlar, Patterns of Fusion, in: Birks (Hrsg.), The Classification of Obligations, 1997, 157, 175-179.

An seinem Charakter als *prerogative writ* änderte sich mit der Schwerpunktverschiebung auf die Überprüfung von Freiheitsentziehungen insofern nichts.⁵³ Legitimationsquelle des *writ of habeas corpus* blieb die Macht des Königs und dessen Wille zur politisch-administrativen Intervention zum Wohle seiner Untertanen. Der individual-freiheitliche Gedanke stand immer noch im Hintergrund und wurde allein durch die rechtlichen Möglichkeiten, die das Instrument des *habeas corpus* bot, genährt. Der *writ of habeas corpus* blieb ein bloßes Privileg des Betroffenen. Ein Menschen- oder Naturrecht lag ihm nicht zu Grunde. Dennoch hatten die Versuche der Gerichte, ihre Jurisdiktion auszuweiten, den Nebeneffekt der Liberalisierung.⁵⁴ Ein *writ* konnte sich nun auch auf Antrag eines Individuums gegen einen königlichen Haftbefehl wenden und dessen Überprüfung bewirken. Diese rechtliche Öffnung des *writ* schaffte die Grundlage dafür, dass der freiheitsrechtliche Aspekt in der Folgezeit erstarkte. Für diesen Wandel lassen sich mehrere Ursachen benennen. Nach Lösung des Jurisdiktionskonflikts zwischen Court of Chancery und King's Bench tritt die offene Instrumentalisierung des *habeas corpus* in institutionellen Konflikten in den Hintergrund. Die öffentliche Wahrnehmung richtet sich dadurch stärker auf den Schutz der individuellen Freiheit, die über den *writ* zu erlangen ist. Überdies wurden seine Funktion als *prerogative writ* und seine Formung durch die Judikative durch den zwischenzeitlichen Übergang der Souveränität auf das Parlament verschüttet. Im Parlament rückte der Gesichtspunkt des Freiheitsgedankens (*liberty*) im Konflikt mit der Krone, den das 17. Jahrhundert brachte, und in den Auseinandersetzungen über die Suspendierungen des *writ* durch das Parlament seit 1689 stärker in den Mittelpunkt der Debatte.⁵⁵ Zwischenzeitlich hatte das Parlament im vielgerühmten *Habeas Corpus Act of 1679* sogar einen statuarischen *writ* geschaffen. Fortan erscheint "the Great Writ" als Schöpfung des Parlaments und Abschluss der Entwicklung zu einem Instrument des Freiheitsschutzes.

Trotz der Lobpreisung des *Habeas Corpus Act* als zweiter Magna Carta⁵⁶ kodifiziert das Parlament mit dem Gesetz aber lediglich die bisherige Praxis der King's Bench, negiert aber die Herkunft der Neuregelung. Diese Verschleierung hat beträchtliche Auswirkungen auf die Wahrnehmung des *writ*. Seine Instrumentalisierung in institutionellen Konflikten zwischen und innerhalb der Gewalten schien den *writ* transformiert zu haben. *Habeas corpus* wird in der juristischen Literatur nunmehr verstärkt als fundamentales subjektives Recht gehandelt⁵⁷ und als integraler Bestandteil des *due process* angesehen, wodurch legitimatorisch an die Magna Carta angeknüpft werden soll. Ausdruck findet diese Entwicklung in der Bewer-

⁵³ A. A. Collings (Anm. 35), 336 f.

⁵⁴ Duker (Anm. 29), 33.

⁵⁵ Meador (Anm. 29), 27.

⁵⁶ Blackstone, Bd. 1, Commentaries, 133; sowie "stable bulwark of our liberties", 137.

⁵⁷ Holdsworth, A History of English Law, Bd. 9, 3. Aufl. 1944, 112; Meador (Anm. 29), 22, verweist insbesondere auf den Rang der Schriften von Coke, z. B. The Second Part of the Institutes of the Laws of England, 6th ed. London, 1681.

tung einiger Geschichte machender Entscheidungen wie “Bushell’s Case”,⁵⁸ die dem *writ of habeas corpus* den Ruf des “*most celebrated of all*” eintragen⁵⁹ und dadurch auch das rechtshistorische Bewusstsein entscheidend prägen.

Diese Perspektive schuf den Nährboden für das heutige US-amerikanische Verständnis, das *habeas corpus* unbefangen als subjektives Recht einstuft und als Vehikel sieht, um Bürger- und Menschenrechte durchzusetzen.⁶⁰ Tatsächlich macht es aber erst die Funktionserweiterung auf Überprüfung von Freiheitsentziehungen möglich, den *writ of habeas corpus* argumentativ in der Magna Carta zu verankern. Deren Kapitel 39 entspringt nach heutigem Verständnis der Gedanke des *due process*. *Habeas corpus* war jedoch anderer Herkunft.⁶¹ Erst die Emergenz des *habeas corpus cum causa* lenkt den Blick auf die prozessrechtlichen Umstände, die einen Gewahrsam begleiten. Obgleich *habeas corpus* und *due process* rechtstheoretisch zueinander im Verhältnis von Rechtsbehelf und Recht stehen, werden sie dabei argumentativ immer stärker vermischt.⁶² Es verfestigt sich der Eindruck, dass *habeas corpus* effektiven Rechtsschutz gegen Inhaftierung ohne *due process* verbürgt.

Dennoch blieb der alte *common law writ* auch in dieser Epoche lebendig.⁶³ Die Gerichtspraxis wurde auch nach Inkrafttreten des *Habeas Corpus Act of 1679* durch den *common law writ* und dessen Weiterentwicklung durch die Judikative bestimmt.⁶⁴ Auch an der Rechtsnatur des *writ of habeas corpus* als Privileg und dessen Gemeinwohlorientierung als *prerogative writ* änderte sich in der Sache nichts.⁶⁵ Allein der Träger der Prerogative hatte gewechselt.⁶⁶ Deutlich wurde dieser Umstand auch anhand der Möglichkeiten, den *writ* einzuschränken und diesen Eingriff zu begründen. Ab 1689 reklamierte das Parlament als Ausfluss dieser Machtübernahme offen das Recht für sich, exklusiv per Statut über die Aussetzung des *writ* aus Gründen des Gemeinwohls zu entscheiden. Damit wurde die theoretische Grundlage des *writ* adaptiert und zugleich dem parlamentarischen Suprematiean-

⁵⁸ Zu diesem Fall Duker (Anm. 29), 53 ff.; zu dessen Fehlinterpretation, Oaks (Anm. 29), 461 ff.

⁵⁹ Saltzburg/Capra (Anm. 26), 1630; Sokol (Anm. 24), 13, 15; siehe zum “*greatest writ of all*” auch den Abdruck aus Blackstone, Commentaries, Bd. 3, 129 ff., bei Sokol (Anm. 24), 319 ff.

⁶⁰ Halliday/White (Anm. 39), 593.

⁶¹ Meador (Anm. 29), 7.

⁶² *Ibid.*, 22.

⁶³ Auch die Debatte um die Rechtfertigung von Suspendierungen zu Gunsten der *salus populi* kreiste um den *common law writ*, Halliday/White (Anm. 39), 623.

⁶⁴ *Ibid.*, 612 f. – Das statuarische *habeas corpus* spielte keine größere Rolle. Dieser *writ* war auch nicht als überholender Ersatz gedacht, S. 631. Das Parlament zeigte sich zudem bemüht, einfachgesetzliche Beschränkungen des *common law writ* zu vermeiden.

⁶⁵ Richter sahen sich nicht als Verteidiger natürlicher Rechte, sondern als Wahrer eines Privilegs, über deren Anwendung sie bestimmten, Halliday/White (Anm. 39), 630.

⁶⁶ Duker (Anm. 29), 60 f. Die Vormacht wurde im Namen der Freiheit erkämpft, doch war dies *de facto* Heuchelei, da genuin institutionelle, machtpolitische Fragen im Vordergrund standen, 63. Der *writ* blieb ein Machtinstrument, Meador (Anm. 29), 24.

spruch über die Justiz Ausdruck verliehen.⁶⁷ Demgegenüber blieb der Rechtscharakter eine Fiktion, die nur langsam realistische Züge annahm.⁶⁸ Doch bewirkte gerade die Übertragung der *habeas corpus*-Praxis in die Kolonien, dass aus bloßer Rhetorik Wirklichkeit wurde.

II. Die Rezeption des *writ* in den USA

Mit der Anwendung des *common law* in den britischen Kolonien Nordamerikas wurde der *common law writ of habeas corpus* auch zum Bestandteil amerikanischen Rechts.⁶⁹ Die territoriale Erstreckung des *writ* als Privileg auf die amerikanischen Kolonien stand wegen seiner Verwurzelung in monarchischer und später parlamentarischer Prerogative auch nicht in Frage, da die hierfür maßgebliche Kontrollbeziehung von Herrscher zu Untertan bzw. Herrscher zu bestelltem Hoheitsträger auch dort existierte.⁷⁰ Nicht abschließend geklärt ist hingegen, ob und wie sich dieser Status mit Erlangung der Unabhängigkeit im Zuge des Verfassungsprozesses gewandelt hat. Der vom Supreme Court gewählte Anknüpfungspunkt für eine Mindestgarantie von *habeas corpus*-Rechtsschutz bietet daher nur Scheinklarheit. Nur wenig Literatur findet sich zur Bewertung, was der exakte rechtliche Status von *habeas corpus* im Jahr 1789 war.⁷¹ Der Anspruch des Supreme Court, dass die gegenwärtige Verfassungsrechtsprechung zu *habeas corpus* die verfassungshistorischen Wurzeln des „*Great Writ*“ einzubeziehen hat, ruht mithin auf tönernen Füßen. Der Supreme Court lädt damit zu „Ausflügen“ in die Rechtsgeschichte und deren Instrumentalisierung für rechtspolitische Zwecke ein. Diese Option wird weidlich genutzt, um auf der fruchtbaren Grundlage des oben skizzierten „Nährbodens“ an der Legende vom *writ of habeas corpus* als elementarem Freiheitsrecht zu stricken. Als äußerst förderlich erweist sich dabei, dass derartige Exkurse sich auf zeitgenössische Quellen berufen können, deren Autoren wegen ihres herausragenden Ansehens gerade in den USA eine enorme Verbreitung erfahren haben, als Schattenseite aber die Wahrnehmung unangebracht verengen.⁷² Neben *Coke* wird zum Beleg bevorzugt und oft sogar exklusiv *Blackstone* als Hauptinformationsquelle zitiert, dessen *Commentaries* diese Einstufung zu stützen scheinen.⁷³ Dieser verschweigt jedoch die historischen Wurzeln und die politi-

⁶⁷ Halliday/White (Anm. 39), 632. Von nun an sollte allein das Parlament bestimmen, was dem Allgemeinwohl dient und wann zu diesem Zweck das Recht als Instrument eingesetzt werden sollte.

⁶⁸ Duker (Anm. 29), 44.

⁶⁹ Oaks (Anm. 35), 251 ff.; Duker (Anm. 29), 95-116.

⁷⁰ Halliday/White (Anm. 39), 642, 645.

⁷¹ *Ibid.*, 674. Auch Semeraro, 71 Brooklyn Law Review 1233 (2006), 1239 ff., untersuchte jüngst verschiedene Theorien der Deutung von *habeas corpus*.

⁷² Meador (Anm. 29), 23 f.

⁷³ *Ibid.*, 28 f. In *Rasul v. Bush* werden die *Commentaries* zweimal durch die Mehrheit und viermal in Justice Scalias abweichendem Sondervotum zitiert, vgl. S. 482, 502-504 des Urteils (Anm. 8). In

sche Theorie des *prerogative writ*.⁷⁴ Stattdessen findet eine Verlagerung der Betrachtung auf die fundamentalen Rechtspositionen statt, die sich über das “*privilege of the writ*” schützen lassen. In deren Verlauf verschmelzen das geschützte Recht und der Rechtsbehelf funktional miteinander. Der Rechtsbehelf nimmt den rechtlichen Status des geschützten Rechts an.⁷⁵ Hierdurch entsteht der – wie zuvor erläutert – falsche Eindruck einer historischen Verbindung von *due process* und *habeas corpus*, die bis zur Magna Carta zurückreicht.⁷⁶ Diese Denkweise entspricht zwar der vorherrschenden romantischen Einstellung gegenüber der eigenen Verfassung und ihren *founding fathers* sowie der retrospektiven Idealisierung – wenn nicht Verklärung – einzelner Rechtsinstitute, doch beruht gerade die Überhöhung des *writ of habeas corpus* als Manifestation von Gerechtigkeit, fairem Verfahren, Humanismus und damit der anglo-amerikanischen Rechtstradition schlechthin auf einer verzerrenden Lesart der Geschichte und ihrer Implikationen. Diesem Mythos schenken viele nur allzu gerne Glauben,⁷⁷ doch fehlt ihm die wissenschaftliche Verifizierung.

Es mangelt derzeit (noch) grundsätzlich an einer hinreichenden Anzahl durchgehender rechtshistorischer Analysen aus den Anfangstagen in England bis in die USA unserer Zeit. Die umfassendste Untersuchung aus jüngerer Zeit gelangt allerdings zu sehr differenzierten und fundierten Erkenntnissen:⁷⁸ Die *framers* seien sich der hier geschilderten Geschichte des *writ* auf dem Verfassungskonvent von Philadelphia 1787 bewusst gewesen. Auch dessen Begründung in der Förderung der *salus populi* war wohlbekannt. Sie knüpften bei ihren Beratungen an über zweihundert Jahre Entwicklungsgeschichte an.⁷⁹ Die *Suspension Clause* wurde daher weder als konstitutiver Rechtsakt angesehen, noch sollte sie die Gerichtsbarkeit irgendeines Gerichts für die Durchsetzung des “*privilege of the writ*” begründen. Ihre Bedeutung muss vielmehr vor dem Hintergrund der Verfassungsstruktur und des Konflikts zwischen Föderalisten und Anti-Föderalisten gesehen werden.⁸⁰ Als

Hamdi v. Rumsfeld erwähnt Justice Scalia Blackstone gar sechsmal, S. 555, 557-558, 561-562, 576 des Urteils (Anm. 16).

⁷⁴ Halliday/White (Anm. 39), 589.

⁷⁵ Sehr deutlich wird diese Perspektive in *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971), 454 Fn. 4 – “*to be regarded as of the very essence of constitutional liberty*”; oder *Carafas v. LaVallee*, 391 U.S. 234 (1968), 238 – “*shaped to guarantee the most fundamental of all rights*”.

⁷⁶ Meador (Anm. 29), 23 f.

⁷⁷ Z. B. Katyal (Anm. 21), 1379.

⁷⁸ Vgl. Halliday/White (Anm. 39).

⁷⁹ Die historische Beweislage zeigt eindeutig, dass die *framers* das *privilege of the writ of habeas corpus* als eine althergebrachte Tradition des englischen Rechts ansahen, Halliday/White (Anm. 39), 677; zur Entstehung der *Suspension Clause* und zur zeitgenössischen Diskussion zwischen den Verfassungsvätern, Duker (Anm. 29), 127-135; Freedman, *Habeas Corpus: Rethinking the Great Writ of Liberty*, 2001, 12-19.

⁸⁰ Einberufen wurde der Verfassungskonvent 1787 in Philadelphia aus Anlass fortwährender Zwistigkeiten zwischen den Staaten und strukturellen Defiziten der *Articles of Confederation* von 1776. Die “Föderalisten” um Madison rügten vor allem das Fehlen effektiver überwölbender Regierungsstrukturen. In der Verfassung von 1789 gelang ihnen die weitgehende Umsetzung ihrer Anliegen, vgl. Burnham, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 3. Aufl. 2003, 2 f.

Bewohner der ehemaligen britischen Kolonien waren sie wiederholt von Suspensionen des *writ* durch das englische Parlament betroffen gewesen. Wegen der großen Bedeutung, die diesem Instrument in den Gründerstaaten beigemessen wurde, sollten föderale Autoritäten, deren Kompetenzen ja in langem Ringen erst aus den Machtbefugnissen der bis dato souveränen Einzelstaaten herausgelöst werden mussten,⁸¹ nur in äußerst eng umgrenzten Notstandslagen die Befugnis erhalten, die Gewährung des *writ* auszusetzen.⁸² Die *Suspension Clause* spiegelt damit vor allem die historische Bedeutung des “*privilege of the writ of habeas corpus*” im besonderen Kontext des Konstitutionalisierungsprozesses der USA wider. Sie habe daher *prima vista* kein immanentes spezifisch bundesrechtliches *habeas corpus* geschaffen oder dem *writ* den Rang von Bundesverfassungsrecht verliehen.⁸³ Die Existenz eines “*privilege of the writ of habeas corpus*” als *common law writ* sei vielmehr vorausgesetzt worden.

Entscheidende Bedeutung für die Fortentwicklung der Jurisdiktionsgewalt über *habeas corpus*-Anträge sollte deshalb Art. III der US-Verfassung erlangen.⁸⁴ In Angelegenheiten des Bundes wird die Judikativgewalt in Art. III der US-Verfassung Bundesgerichten zugewiesen. Diese Bundesgerichte sind *courts of limited subject-matter jurisdiction*, deren Einrichtung und Zuständigkeit von der Schaffung respektive Kompetenzzuweisung durch den Kongress abhängt.⁸⁵ Auch diese inhärente Limitierung gründete im Misstrauen der Einzelstaaten gegenüber Bundesgerichten. Der neu geschaffene Kongress zögerte jedoch nicht lange, sondern definierte im *Judiciary Act of 1789* umgehend seine Vision von der künftigen Rolle der Bundesgerichte in der Union, um dadurch die Position des Bundes gegenüber den Staaten zu festigen und mit den Bundesgerichten einen Verbündeten

⁸¹ In den Artikeln I-III der US-amerikanischen Verfassung werden die Regierungsstrukturen des Bundes festgeschrieben. Die Legislativgewalt wird dem Kongress übertragen, Art. I. In § 8 sind die Kompetenzbereiche des Bundesgesetzgebers im Einzelnen aufgeführt (*enumerated powers*).

⁸² Der Schwerpunkt des Interesses lag auf der Begrenzung der Möglichkeit einer Aussetzung durch den Bund, Meador (Anm. 29), 34; Duker (Anm. 29), 126, 141. Die *Suspension Clause* gehört also zum Katalog der Kompetenzen, die einem vorher nicht existenten Bundesgesetzgeber eingeräumt wurden. Weniger deutlich ist, welche Bedeutung historisch hinter dem Wortlaut “*rebellion or invasion*” steht, Ackerman, *Before the Next Attack*, 2006, 127 f. Ackerman sieht dahinter bei unmittelbarer Wortlautinterpretation den Eintritt einer Herausforderung für die effektive Souveränität des Staates als Moment, das eine Verfassungslage außergewöhnlich macht und auch analoge Anwendungen der *Suspension Clause* rechtfertigen könnte, 128, 133. Nach diesem Verständnis wäre es äußerst fraglich, ob der Kongress nach einem terroristischen Angriff wie am 11. September oder angesichts der allgemeinen Bedrohung durch den internationalen Terrorismus eine ausdrückliche Suspension hätte verfassungsgemäß anordnen können.

⁸³ Vladeck (Anm. 29), 35. Aus Sicht der *framers* gewährte die Verfassung kein Recht auf *federal habeas corpus*, Meador (Anm. 29), 33; Laut Duker (Anm. 29) gingen die *framers* davon aus, dass jeder *federal writ* statuarischer Natur sein würde, 155.

⁸⁴ Art. III, Section: “The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office.”

⁸⁵ Burnham (Anm. 80), 8.

für die sogleich einsetzende Verlagerung von einzelstaatlichen Kompetenzen auf den Bund zu gewinnen.⁸⁶ In Section 14 des *Judiciary Act* wird den Bundesgerichten ausdrücklich die Gerichtsbarkeit für die Überprüfung von Freiheitsentziehungen gegen US-amerikanische Bürger innerhalb der Grenzen der USA auf der Grundlage des *writ of habeas corpus* übertragen.⁸⁷ Der Wortlaut des *Judiciary Act*, des historischen Vorläufers von 28 U.S.C.A., §§ 2241 ff., macht nochmals deutlich, dass der Kongress zumindest substantiell von einem präexistenten *writ* ausging, dessen Prüfung und Erlass nunmehr den Bundesgerichten übertragen sein sollte. Rechtshistoriker legen noch eine weitere Deutung nahe. Trotz der ausdrücklichen Kompetenzübertragung scheint der Kongress darin nur einen deklaratorischen Akt zu sehen, da die Bundesgerichte mit ihrer Einrichtung schon nach *common law* ermächtigt gewesen seien,⁸⁸ entsprechende *writs* zu erteilen, und der *Judiciary Act* daher eher rechtspolitischer Natur sei.⁸⁹ Dass diese mögliche Differenzierung keine Petitesse ist, sollte sich schon wenige Jahre später herausstellen⁹⁰ und könnte heute angesichts der Versuche des Kongresses, die Anwendbarkeit der gesetzlichen

⁸⁶ Zum politischen Kontext des *Judiciary Act* siehe Holt, 1989 Duke Law Journal 1421 (1989), 1478. Die Gewährung des *writ* war ursprünglich im Einklang mit den damaligen Verfassungsstrukturen Sache der Einzelstaaten.

⁸⁷ Section 14 lautet: "That all the before-mentioned courts of the United States, shall have power to issue writs of scire facias, habeas corpus, and all other writs not specially provided for by statute, which may be necessary for the exercise of their respective jurisdictions, and agreeable to the principles and usages of law. And that either of the justices of the supreme court, as well as judges of the district courts, shall have power to grant writs of habeas corpus for the purpose of an inquiry into the cause of commitment.— Provided, That writs of habeas corpus shall in no case extend to prisoners in gaol, unless where they are in custody, under or by colour of the authority of the United States, or are committed for trial before some court of the same, or are necessary to be brought into court to testify."

⁸⁸ So auch Freedman (Anm. 79), 36 ff. – Die Macht zur Gewährung des *writ* sei der Bundesgerichtsbarkeit mit ihrer Schaffung eingeboren gewesen. Einer zusätzlichen affirmativen Ermächtigung durch Bundesrecht hätte es nicht bedurft, da die maßgebliche Legitimationsquelle das *common law* war; dagegen Duker (Anm. 29), 155.

⁸⁹ Halliday/White (Anm. 39), 680.

⁹⁰ Im Fall *Bollman* wurde schon 1804 der Frage nachgegangen, ob der Supreme Court für *habeas*-Klagen nur in dem Rahmen zuständig ist, wie er von Verfassung und einfachem Recht abgesteckt wurde, oder gestützt auf die Idee einer *self-executing jurisdiction*, die der *Suspension Clause* immanent sein könnte, auch *common law writs of habeas corpus* anordnen darf, Duker (Anm. 29), 135. Chief Justice Marshall verwarf als Verfasser der Mehrheitsentscheidung die Idee, dass Bundesgerichten Jurisdiktionsbereiche zustünden, die ihnen weder von der Verfassung noch durch Gesetz zugewiesen sind. Als *courts of limited subject-matter jurisdiction* hinge die Reichweite ihrer Gerichtsbarkeit vom positiven Recht ab. Die Bundesgerichte seien keine *common law courts*. Marshall legte damit nahe, dass die *Suspension Clause* nur jedweden statuarischen *writ* schützt, den der Kongress schafft. Dieses Problem war damals jedoch eher akademischer Natur, denn selbst bei Fehlen einer föderalen Ermächtigung standen in jedem Fall noch die Gerichte der Bundesstaaten für *habeas*-Rechtsbehelfe offen. Ein verfassungsrechtliches Dilemma für Gefangene in Bundesgewahrsam ergibt sich erst später durch die Ausführungen des Supreme Court in *Tarble's case* (1872), dazu Duker (Anm. 29), 149 ff., 153 ff. Während *Bollman common-law habeas corpus* in Bundesgerichten ausschließt, untersagt *Tarble's case* Gerichten der Bundesstaaten, *habeas*-Petitionen von Gefangenen des Bundes anzunehmen. Die Verfügbarkeit eines statuarischen *writ* auf Bundesebene wird dadurch maßgeblich für die Eröffnung des Rechtswegs.

Nachfolgevorschrift des § 14 *Judiciary Act* auf Guantánamo-Häftlinge auszuschließen, neue Brisanz erhalten.

III. Die Verfügbarkeit des *common law writ* für ausländische Feinde

Selbst wenn der Rückgriff auf den *common law writ* – entweder rechtswegeröffnend oder als Interpretationshilfe – offen stünde, bliebe freilich offen, ob dieser im Jahr 1789 auch für *enemy aliens* verfügbar war, die sich außerhalb der territorialen Zuständigkeit der königlichen Gerichte bzw. der US-amerikanischen Justiz befanden. Auch in dieser Hinsicht eröffnen Studien aus jüngster Zeit jedoch neue Einblicke. Die anglo-amerikanische Jurisprudenz zum *habeas corpus* ging davon aus, dass der *writ*, solange seine Gewährung nicht ausgesetzt war, für alle Bewohner von Gebieten verfügbar war, die von der Krone kontrolliert wurden oder früher dieser Kontrolle unterstanden, wie eben jene „*plantations*“, aus denen nach 1782 die Vereinigten Staaten von Amerika wurden.⁹¹ Sowohl in Indien als auch Amerika galt der *writ*, obgleich der Souveränitätsanspruch der Krone über diese Gebiete entweder strittig war oder formal gar nicht mehr bestand. Der Grund dafür ist in der besonderen Eigenart des *writ* zu sehen, die aus seiner Herkunft als *prerogative writ*, der im monarchischen Kontrollanspruch über seine Untergebenen wurzelte und vor allem durch die königlichen Gerichte fortentwickelt wurde, folgte. Gestützt war diese Fortschreibung auf die Annahme, dass die Gerichte kein statuarisches Recht anwendeten und interpretierten, sondern ureigene Herrschaftsmacht und -interessen des Königs umsetzten. Aufgrund dieser Gründung des *writ* in einer Kompetenz, die einzig dem König zustand, war die Anwendungspraxis des *writ* weniger an den Rechten der Inhaftierten orientiert als an dem Verhalten der verantwortlichen hoheitlichen Amtswalter (*jailer* oder heute *custodian*), die den Prärogativen des Souveräns zu folgen hatten. Die Aufmerksamkeit des Gerichts konzentrierte sich daher auf sie. Dieser Blickwinkel findet auch im *Judiciary Act* Ausdruck, wo als maßgebliches Kriterium für die Statthaftigkeit eines *habeas corpus*-Antrags „*in custody, under or by colour of the authority of the United States*“ genannt wird. Der *writ of habeas corpus* setzt damit primär eine Verbindung zwischen dem *jailer* als Gewahrsamsträger und dem Souverän, mit dem er assoziiert ist, voraus. Eine solche hinreichende Verbindung besteht überall dort, wo *jailer* als Beliehene oder Staatsbedienstete auf Geheiß des Souveräns (*at the behest of their sovereign*) agieren und sich dadurch ein Kontrollanspruch des Souveräns aktualisiert. Diese Ausrichtung am Status des Amtsträgers, nicht demjenigen des Gefangenen, hat dem *writ* eine erstaunliche territoriale und personale Reichweite beschert.⁹² Er war auch für solche Personen verfügbar, die sich als Ausländer außer-

⁹¹ Halliday/White (Anm. 39), 705, 707 f., 713 f.

⁹² Die Konsequenzen für Petitionen aus Guantánamo sind signifikant. Da sich die dortige Marinebasis unter der Kontrolle der Vereinigten Staaten befindet, erstreckt sich das *privilege of the writ* nach dieser Lesart auf jeden Internierten, der sich im Gewahrsam eines Bediensteten der kontrollierenden Autorität befindet, vgl. Halliday/White (Anm. 39), 713.

halb des eigenen Hoheitsgebiets in Gewahrsam befanden, solange Begründung und Vollzug der Haft durch eine Autorität erfolgt war, die im Auftrag oder mit Vollmacht der Krone handelte.⁹³ Als die *framers* 1789 die Suspension Clause schufen, mussten sie daher davon ausgehen, dass *habeas corpus* unter diesen Voraussetzungen auch Ausländern ohne Anwesenheit, Eigentum oder Wohnsitz in den USA offen stehen konnte. Abschließend ist über die Verfügbarkeit, Reichweite und mögliche verfassungsrechtliche Aufwertung des *common law writ* freilich noch nicht befunden wurden. Ob und in welchem Umfang die *Suspension Clause* einen *common-law writ of habeas corpus* in Situationen schützt, in denen kein statuarischer *writ* verfügbar ist, oder diesen sogar womöglich in den Rang von Verfassungsrecht erhebt, wurde scheinbar schlicht als irrelevant oder zumindest uninteressant angesehen, solange ein Rechtsbehelf bundesrechtlich gewährleistet war, der aus verfassungsrechtlicher Sicht offensichtlich keine Defizite spürbar werden ließ. Mit Annahme der Rechtsache *Boumediene* bot sich dem Supreme Court daher die Möglichkeit, Licht ins Dunkel zu bringen und eines der großen Rätsel des US-amerikanischen Verfassungsrechts zu lösen.

D. Der Fall *Boumediene*

Als zentrale Fallfrage identifiziert der Supreme Court, ob die Guantánamo-Häftlinge ein *constitutional privilege of habeas corpus* genießen, das nur unter den Vorgaben der *Suspension Clause* entzogen werden darf. Eine 5:4-Mehrheit gelangt zu einem positiven Befund und sieht die Antragsteller als berechtigt an, einen Überprüfungsantrag vor einem District Court zu stellen und sich auf den Schutz der *Suspension Clause* zu berufen. Weder ihr gegenwärtiger rechtlicher Status als *enemy combatants* noch der Ort ihrer Unterbringung in Guantánamo Bay stünden dem entgegen. Die Begründung der Mehrheit, die von Justice Kennedy verfasst und von den Richtern Stevens, Souter, Ginsburg und Breyer mitgetragen wird, setzt sich aus zwei Teilen zusammen. Zunächst wird geprüft, ob die territoriale und personale Reichweite der *Suspension Clause* auch die Guantánamo-Häftlinge erfasst und auch für diesen Personenkreis ein *constitutional privilege of habeas corpus* verbürgt, da ohne deren Schutz eine Berufung auf die Verfassung gegenüber den gesetzgeberischen Aktivitäten des Kongresses ausschiede. Nach Auflösung dieser bisher noch ungeklärten Frage blieb zu erwägen, ob das Verfahren nach dem DTA ein adäquater und effektiver Ersatz für die Streichung des einfachrechtlichen *habeas*-Rechtsbehelfs aus 28 U.S.C.A., § 2241 ist.⁹⁴ Da diese Prü-

⁹³ *Ibid.*, 707 f. Vgl. auch im Ergebnis Stuckenberg, JZ 2009, 85, 88 f.

⁹⁴ Indem der Supreme Court den Adäquanz-Test auch in Konstellationen anwendet, in denen der Rechtsweg über den *Habeas Corpus Act* völlig abgeschnitten wird, scheint er die Sichtweise Marshall im Fall *Bollman* zu übernehmen, siehe dazu Anm. 90. Es geht dem Gericht nicht darum, eine *self-executing jurisdiction* nach *common law* zu begründen. Vielmehr konzentriert es sich auf die verfassungsmäßig gebotene einfachrechtliche Eröffnung der Zuständigkeit der Bundesgerichte. Auf Bundesebene soll der *writ* damit wohl tatsächlich stets ein statuarischer sein.

fung grundsätzlich nach Zurückverweisung von der Vorinstanz zu klären wäre, musste die Mehrheit jedoch zunächst begründen, warum sie ausnahmsweise “durchentscheiden” und auch eine Erschöpfung des Rechtswegs im anhängigen Parallelverfahren vor dem D.C. Circuit auf der Grundlage des DTA nicht abwarten will.

I. Territoriale und personale Reichweite von *Suspension Clause* und *Habeas Corpus*

Nach Auffassung der Mehrheit der Richter gelten der Schutz der *Suspension Clause* und des *writ of habeas corpus* auch in Guantánamo. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, hatte das Gericht zwei Argumentationshürden zu überwinden. Es galt sowohl den verfassungsrechtlichen Charakter des *writ of habeas corpus* als auch dessen extraterritoriale Verfügbarkeit für Guantánamo-Häftlinge herzuleiten. Der erste Schritt auf diesem Weg ist ein historischer Exkurs. Um seinen Status als Verfassungsrecht zu belegen, werden Ursprung, Zweck und Reichweite des *writ of habeas corpus* beginnend bei der Magna Carta nachgezeichnet. In einem Evolutionsprozess, der über mehrere Jahrhunderte andauerte, sei der *writ* von einem Herrschaftsinstrument zu einem Freiheitsinstrument mutiert, das endlich den Anspruch der Magna Carta erfüllte.⁹⁵ Freilich habe dessen Schutz wegen der bisweilen willkürlichen Gerichtspraxis und potentieller Suspendierbarkeit durch das Parlament lange zu wünschen übrig gelassen.⁹⁶ In Reaktion auf diese Defizite habe der *writ* jedoch einen vorläufigen Höhepunkt seiner Entwicklung zum Schutzinstrument erreicht. Der *Habeas Corpus Act of 1679* habe der immer größeren Wertigkeit bewusst Rechnung getragen und wird von Kennedy mit den Worten Blackstones als “*stable bulwark of our liberties*” geehrt.⁹⁷ Diese Fortschrittserzählung mündet im Verfassungskonvent. Im Bewusstsein der geschichtspolitischen Erfahrungen sahen die *framers* in dem *writ* ein lebenswichtiges Instrument zum Schutz individueller Freiheit. In der Verfassung hätten die *framers* den Schutz des *habeas privilege* durch die *Suspension Clause* als eines der wenigen Instrumente zum Schutz der Freiheit spezifiziert.⁹⁸ Der Verfassungsentwurf habe nicht allein den Zweck gehabt, neue Regierungsstrukturen zu schaffen und politische Verantwortlichkeiten zu stärken, sondern sollte auch in Abwesenheit einer *bill of rights* die individuelle Freiheit schützen. Diese Intention werde durch die Sorgfalt untermauert, welche die Schöpfer der Verfassung bei der Formulierung

⁹⁵ Und zwar unter Berufung auf Collings (Anm. 35), 336, und Holdsworth, A History of English Law, Bd. 9, 1926, 112.

⁹⁶ 128 S.Ct. 2229, 2244 f. Supreme Court of the United States, *Lakhdar Boumediene et al. v. George W. Bush et al.*, Nr. 06-1195; *Khaled A.F. Al Odab, Next Friend of Fawzi Khalid Abdullah Fabad Al Odab et al. v. United States et al.*, Nr. 06-1196, Urteil v. 12. Juni 2008.

⁹⁷ S. 2246 des Urteils (Anm. 96) unter Verweis auf Blackstones Commentaries, Bd. 1, 137.

⁹⁸ S. 2244 des Urteils (Anm. 96).

der zulässigen Aussetzungsgründe walten ließen.⁹⁹ Der Terminus “*privilege*” sei nur verwendet worden, um den Eindruck der Exklusion anderer potentieller Rechte zu vermeiden. Die *Suspension Clause* schützt daher aus Sicht der Mehrheit die Rechte von Inhaftierten durch ein Instrument, das mit den gewaltenteiligen Strukturen der Verfassung besonders verbunden ist. Es entspreche der essentiellen Struktur der Verfassung, dass die Judikative außerhalb der – außergewöhnlichen – Zeiten seiner formalen Suspendierung mit dem *writ* ein bewährtes Instrument zur Verfügung haben soll, um das Recht auf Freiheit auch gegenüber den anderen Gewalten zu schützen und damit letztlich das Gleichgewicht der Gewalten zu sichern.¹⁰⁰

Unter zielgerichteter Anknüpfung an diese Überlieferung folgert die Mehrheit, dass somit sowohl der Grundsatz der Gewaltenteilung als auch das historisch geprägte Design und Ziel der *Suspension Clause* die Bestimmung ihres persönlichen und räumlichen Schutzbereichs leiten müssen. Gleichwohl merkt Kennedy an, dass der historische Rückblick nicht dazu verleiten dürfe, die Besonderheiten der vorliegenden Sachfrage auszublenden. Vielmehr sei unter dem spezifischen Blickwinkel des Streitgegenstandes zu fragen, ob diese Quellen auch etwas über die Verfügbarkeit des *writ* für Ausländer aussagen, die im Ausland festgenommen und inhaftiert wurden, weil sie als Gefahr für die nationale Sicherheit galten.¹⁰¹ Ein gründliches Studium des Fallrechts aus der Frühphase der Verfassung führe jedoch nicht zu zweifelsfreien Ergebnissen. Die historischen Rechtsquellen ließen keine gesicherten Schlussfolgerungen zu.¹⁰² Es fänden sich nur wenige Belege für eine konsistente Praxis der *common-law courts* in die eine oder in die andere Richtung.¹⁰³

1. Das maßgebliche Fallrecht

Für das Gericht ist diese Erkenntnis dennoch von großem argumentativem Nutzen, da sie sich eignet, über die Betonung der Unklarheit des Forschungsstandes den rechtshistorischen Vortrag beider Parteien zurückzuweisen. Vielmehr müssten vorrangig die Präzedenzfälle des *Supreme Court* aus der jüngeren Zeit (als Fort-

⁹⁹ S. 2246 f. des Urteils (Anm. 96) unter Verweis auf Amar, 96 Yale Law Journal 1425 (1987), 1509.

¹⁰⁰ S. 2247 des Urteils (Anm. 96).

¹⁰¹ S. 2248 des Urteils (Anm. 96) – Der Supreme Court wählt also im Einklang mit der *St. Cyr*-Entscheidung das Jahr 1789 als Anknüpfungspunkt. An diesem Punkt setzten sowohl Regierung als auch Antragsteller in ihren Stellungnahmen an. Während die Regierung vortrug, dass der *common law writ* nur in Gebieten galt, die der Souveränität der Krone unterstanden, führten die Antragsteller aus, dass die *habeas*-Gerichtsbarkeit den Amtsträgern des Königs folgte.

¹⁰² S. 2249 des Urteils (Anm. 96).

¹⁰³ S. 2251 f. des Urteils (Anm. 96). Aktuelle Untersuchungen widersprechen dem Eindruck einer einheitlichen Praxis und hätten erhebliche Versäumnisse früherer Studien aufgedeckt. Kennedy zitiert hier Halliday/White, ohne sich jedoch vertieft auf deren 140 Seiten starke Ausführungen einzulassen.

entwicklung des historischen Bestandes) und fundamentale Erwägungen des Gewaltenteilungsgrundsatzes den Ausschlag geben. Der Mehrheit gelingt es damit, den Weg frei zu machen, um an ihre Argumentationslinie aus *Rasul* anzuknüpfen. Gestützt auf die Entscheidung *Eisentrager* und die Gründe des Gerichts in den „*Insular Cases*“ zur Problematik der extraterritorialen Erstreckung der Verfassung verwirft das Gericht das Kriterium der formalen völkerrechtlichen Souveränität als maßgeblichen Gesichtspunkt. Für die Geltung von *Suspension Clause* und *privilege of the writ of habeas corpus* könne es nicht auf *de jure* Souveränität ankommen. Dieses Kriterium sei zu formalistisch und missbrauchsanfällig. Guantánamo sei zwar kein formaler territorialer Bestandteil der USA,¹⁰⁴ so dass es an völkerrechtlicher Souveränität fehle, doch komme es darauf eben nicht an. Diese Prämisse der Regierung lasse sich nicht mit dem maßgeblichen Fallrecht und grundsätzlichen Erwägungen der Gewaltenteilung vereinbaren. Der Supreme Court habe sich in einer Vielzahl von Verfahren mit der extraterritorialen Anwendung der Verfassung befasst. Diese widerlegten die Behauptung der Regierung, dass die Reichweite der Verfassung jedenfalls für Nicht-Staatsbürger mit der völkerrechtlichen Souveränität über ein Gebiet korrespondiert.¹⁰⁵ In den sog. *Insular Cases*¹⁰⁶ hatte das Gericht mehrfach befunden, dass die Verfassung aus sich selbst heraus Geltung beansprucht, auch wenn das betroffene Territorium kein Staat ist, solange dessen Inkorporierung in das eigene Hoheitsgebiet intendiert ist (*doctrine of territorial incorporation*).¹⁰⁷ Diese Doktrin trägt die Geltungserstreckung der Verfassung allerdings nicht mehr, wenn es sich um Territorien handelt, die nicht inkorporiert werden sollen und mithin nicht als künftiger Bestandteil des Staates USA gedacht werden können.¹⁰⁸ Dennoch anerkannte der Supreme Court frühzeitig, dass einheimischen Nicht-Staatsbürgern auch in derartigen Gebieten fundamentale Freiheitsrechte der Verfassung zumindest nach ihrem Wesensgehalt gewährt werden müssen.¹⁰⁹ Dabei war sich das Gericht der Schwierigkeiten, diese Verpflichtung zu

¹⁰⁴ Rechtsgrundlage der Stationierung ist ein Pachtvertrag (*Lease of Lands for Coaling and Naval Stations*, 23. Februar 1903, U. S.-Cuba, Art. III, T. S. No. 418).

¹⁰⁵ S. 2253 des Urteils (Anm. 96).

¹⁰⁶ Zu diesen zählen *De Lima v. Bidwell*, 182 U. S. 1 (1901); *Dooley v. United States*, 182 U. S. 222 (1901); *Armstrong v. United States*, 182 U. S. 243 (1901); *Downes v. Bidwell*, 182 U. S. 244 (1901); *Hawaii v. Mankichi*, 190 U. S. 197 (1903); *Dorr v. United States*, 195 U. S. 138 (1904); *Balzac v. Porto Rico*, 258 U. S. 298 (1922).

¹⁰⁷ Die Geltung der Verfassung hänge nicht von einem konstitutiven Erstreckungsakt der Legislative ab. Das oberste Gericht hatte schon früh betont, dass es nicht darauf ankommt, ob die Verfassung auf einem ausländischen Territorium in dem Zeitpunkt galt, als die USA begannen, dort Regierungsfunktionen auszuüben. Es stehe vielmehr in Frage, welchen verfassungsrechtlichen Beschränkungen die Ausübung dieser Regierungsfunktionen in diesen Gebieten unterliegen sollte, *Balzac v. Porto Rico*, 258 U. S. 298 (1922), 312. Es sei insofern durchaus vorstellbar, dass sich mit Zunahme der Bindungen zwischen den USA und den *unincorporated territories* auch die verfassungsrechtlichen Bindungen verstärken, *Torres v. Puerto Rico*, 442 U. S. 465 (1979), 475-476.

¹⁰⁸ S. 2254 f. des Urteils (Anm. 96).

¹⁰⁹ „... guaranties of certain fundamental personal rights declared in the Constitution.“, *Balzac v. Porto Rico*, 258 U. S. 298, 312 (1922), 312.

konkretisieren und einzuhalten, wohl bewusst. Es entwarf in den *Insular Cases* eine Formel, die eine sehr differenzierte Anwendung der Verfassung gestattete und die Betonung auf die praktische Notwendigkeit der Rechtsgewährung insbesondere aus der Sicht des betroffenen Individuums legte. Dieses Leitmotiv schwang seither in einer Reihe von Urteilen mit,¹¹⁰ zu denen auch der Fall *Eisentrager* als einschlägigste Profilierung dieser Formel gehört.¹¹¹ Diese Kontinuität wird aus Sicht der Mehrheit aber oft durch die Reduzierung des Urteils auf eine bestimmte Schlüsselpassage überlagert. Nach dieser könne demjenigen das *privilege of the writ* nicht zu Gute kommen, der kein Staatsbürger ist, sich zu keinem relevanten Zeitpunkt auf dem Territorium der USA aufgehalten hat und dessen Taten, Verhaftung, Aburteilung und Strafvollzug allesamt außerhalb der territorialen Gerichtsbarkeit irgendeines US-Gerichts erfolgten.¹¹² Aus Sicht der Mehrheit hat *Eisentrager* jedoch mehr zu bieten, als es die Regierung, die diese Aussage zum Dreh- und Angelpunkt ihrer Argumentation auserkoren hat, einräumt. Die Entscheidung enthalte weitere aussagekräftige Passagen, welche die Bedeutung praktischer Erwägungen hervorheben¹¹³ und damit zugleich den Zusammenhang mit den vorgenannten Entscheidungen verdeutlichen, in dem *Eisentrager* gesehen werden müsse.

Im Einklang mit den vorgenannten Präzedenzfällen solle die extraterritoriale Anwendung der Verfassung daher von *objective factors* und *practical concerns*, nicht von Formalismus bestimmt sein.¹¹⁴ Wie schon von Kennedy in *Rasul* verdeutlicht,¹¹⁵ lassen sich dem Urteil im Fall *Eisentrager* auch die maßgeblichen Faktoren entnehmen, die den Maßstab der *objective factors and practical concerns* konkretisieren helfen.¹¹⁶ Er liest aus dieser Entscheidung sechs Faktoren zur Bestimmung der Anwendbarkeit der *Suspension Clause* heraus, die ihm als Rahmen für die Konsolidierung eines Drei-Stufen-Tests dienen, der die genannten Gesichtspunkte verschmilzt. Die drei Stufen sind im Einzelnen (1.) die Staatsbürgerschaft und der Status der Gefangenen sowie die Angemessenheit des Prozesses zur Bestimmung des Status, (2.) der Ort der Festnahme und späteren Internierung, (3.) die praktischen Hürden bei der Aufklärung der Berechtigung des Inhaftierten zur Erteilung des *writ*, d. h. seiner Freilassung mangels Rechtsgrunds für den Gewahrsam. Auf dieser Basis setzt er zum *distinguishing* an.

¹¹⁰ Vgl. *Reid v. Covert*, 354 U. S. 1 (1957), 74 f. (Harlan, J., *concurring in result*) – die extraterritoriale Erstreckung verfassungsrechtlicher Bestimmungen hänge von den besonderen Umständen, Notwendigkeiten und verfügbaren Alternativen ab. Insbesondere müsse berücksichtigt werden, ob die Durchsetzung der in Rede stehenden Norm „*impracticable and anomalous*“ wäre; ebenso bezüglich des *Fourth Amendment*, *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U. S. 259 (1990), 277 f. (Kennedy, J., *concurring*).

¹¹¹ Vgl. *Johnson v. Eisentrager*, S. 769-779 des Urteils (Anm. 10).

¹¹² *Ibid.*, 778.

¹¹³ Vgl. *ibid.*, 781 – Z. B. die Schwierigkeit, die Anwesenheit der Antragsteller, die sich als Kriegsverbrecher im besetzten Deutschland in Strafhaft befanden, anzuordnen und zu bewirken.

¹¹⁴ S. 2258 des Urteils (Anm. 96). Dies sei der rote Faden, der *Insular Cases*, *Reid* und *Eisentrager* miteinander verbindet.

¹¹⁵ Kennedy, J., *concurring in judgment*, S. 487 des Urteils (Anm. 8).

¹¹⁶ S. 2259 des Urteils (Anm. 96).

2. Der neue *Eisentrager*-Test

Der Abfolge des Tests folgend stellt das Gericht fest, dass die Antragsteller keine US-Amerikaner sind, ihr rechtlicher Status als *enemy combatant* anders als in *Eisentrager* aber streitig ist. Die Einstufung sei zwar in einem rechtlichen Verfahren vor den CSRTs des Verteidigungsministeriums bestätigt worden, doch sei dieser Prozess nicht mit dem Verfahren vor einer Militärkommission wegen Kriegsverbrechen wie im Fall *Eisentrager* zu vergleichen. Die Art der Tribunale und die angewandten Verfahrensstandards wären zu unterschiedlich. Auch was den Ort von Festnahme und Gewahrsam angeht, gebe es erhebliche Unterschiede. Ein deutsches Gefängnis (in Landsberg) im Jahr 1950 sei nicht mit der *Guantánamo Naval Station* des Jahres 2008 vergleichbar,¹¹⁷ da die Regierung über dieses Territorium effektiv absolute und zeitlich unbegrenzte Kontrolle ausübt, während eine vergleichbare Langzeitbesatzung in Deutschland nicht geplant war und selbst während der Besatzungszeit keine exklusive Verwaltungshoheit US-amerikanischer Institutionen unter komplettem Ausschluss deutscher Behörden eingeführt wurde.¹¹⁸ Was drittens die finanziellen und administrativen Kosten einer Anwendbarkeit der *Suspension Clause* anbelangt, die das Militär und ihre Aufgabenerfüllung durchaus nachteilig beeinträchtigen können, habe die Regierung nicht glaubhaft vorgetragen, dass der Militärposten auf Kuba und seine Mission nachhaltig beeinträchtigt würden, wenn man den Häftlingen den Rechtsbehelf des *habeas corpus* einräumte. Die Situation in *Eisentrager* sei aufgrund des historischen Kontextes und des anders gelagerten militärischen Auftrags der Besatzungskräfte stark verschieden von der Lage in Guantánamo Bay gewesen.¹¹⁹ Letztere befinde sich nicht an einem Kriegsschauplatz (*active theater of war*), was die Gewährung des *privilege of writ* in der Tat als “*impracticable or anomalous*” erscheinen lassen könnte,¹²⁰ während im Deutschland der Nachkriegszeit verbliebene feindliche Elemente, Guerilla-Kämpfer und “Werwolf-Kommandos” starke militärische Kräfte der Besatzungsmacht gebunden hätten.¹²¹ Unter diesen Voraussetzungen sieht die Mehrheit keinen Hinderungsgrund für die Annahme einer extraterritorialen Erstreckung der *Suspension Clause*. Art. I, § 9, S. 2 der US-Verfassung entfalte auch in Guantánamo Bay volle Wirkung.

¹¹⁷ S. 2260 des Urteils (Anm. 96) – Die Kontrolle über das deutsche Gefängnis sei weder absolut noch auf unbestimmte Zeit ausgelegt gewesen. Zudem unterstand das Gefängnis der Gerichtsbarkeit der Alliierten insgesamt.

¹¹⁸ S. 2260 f. des Urteils (Anm. 96). Die Gerichtsentscheidung in *Eisentrager* war insofern konsistent mit den Erwägungsgründen der *Insular Cases*, denn dort hatte man geurteilt, dass die volle Erstreckung der Verfassung auf die betroffenen Gebiete nicht notwendig ist, weil die USA nicht die Absicht hegte, sie für einen unbegrenzten Zeitraum unter ihrer Herrschaft zu halten.

¹¹⁹ S. 2261 des Urteils (Anm. 96).

¹²⁰ S. 2262 f. des Urteils (Anm. 96). Entsprechendes könnte heute aber für den Irak und Afghanistan geltend gemacht werden, *Walén/Venzke* (Anm. 2), 883 f.

¹²¹ *Johnson v. Eisentrager*, S. 784 des Urteils (Anm. 10).

Das gefundene Ergebnis wird ebenso wie die Verwerfung des Souveränitätsarguments der Regierung durch den zweiten verfassungsdogmatischen Begründungsstrang gestützt. Der Grundsatz der Gewaltenteilung stehe einer Manipulation der *Suspension Clause* durch die Exekutive entgegen. Der *writ of habeas corpus* sei ein unverzichtbares Korrektiv der Gewaltenteilung, das nicht willkürlich von einer Gewalt außer Kraft gesetzt werden könne. Es liege außerhalb der verfassungsrechtlichen Kompetenz von Regierung und Kongress, über die grundsätzliche Anwendbarkeit der Verfassung auf einem bestimmten Territorium zu befinden. Würde man der Argumentation der Regierung folgen, hätte das zur Konsequenz, dass diese durch den willkürlichen Transfer von Personen in Bereiche außerhalb US-amerikanischen Hoheitsgebiets die Verfassung ausschalten könnte. Eine solche Argumentationslinie sei umso besorgniserregender, wenn sie sich auf ein Territorium wie Guantánamo Bay beziehe, das seit über 100 Jahren der kompletten Kontrolle der USA unterliege.

Die Mehrheit gelangt deshalb zu der Auffassung, dass die *Suspension Clause* in Art. I, § 9, S. 2 der US-Verfassung auch in Guantánamo Bay Geltung beansprucht.¹²² Der Kongress musste diese folglich bei Gesetzgebungsaktivitäten, die den Rechtsbehelf des *habeas corpus* beschnitten, beachten. Soll das *privilege of habeas corpus* ausgesetzt werden, kann dies nur im Einklang mit den engen Voraussetzungen der *Suspension Clause* erfolgen. Da der MCA nicht als formale Suspendierung eingestuft werden kann und auch nicht als solche intendiert war,¹²³ sind die Antragsteller mithin grundsätzlich berechtigt, das *privilege of the writ of habeas corpus* zu nutzen, um eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit ihrer Inhaftierung zu erreichen.¹²⁴

Allerdings hat der Kongress mit DTA und MCA nicht nur die *habeas*-Gerichtsbarkeit der Bundesgerichte nach 28 U.S.C.A. § 2241 aufzuheben versucht, sondern auch ein zweistufiges Prüfungsverfahren vor CSRTs und dem D.C. Circuit inthronisiert. Daraus ergab sich für den Supreme Court die Folgefrage, ob der Ausschluss des *privilege of the writ* gem. 28 U.S.C.A., § 2241 die *Suspension Clause* unberührt lässt, weil ein anderes Verfahren als Ersatz für *habeas corpus* eingerichtet worden war, das die betroffenen Antragsteller hätten nutzen können, um Rechtsschutz zu erlangen. Nach ständiger Rechtsprechung ist die *Suspension Clause* nicht verletzt, wenn trotz tief greifender Beschneidung oder gar eines Ausschlusses der Zuständigkeit des Bundes für Anträge nach dem *habeas corpus*-Statut an anderer Stelle ein adäquater und effektiver Ersatz geschaffen worden ist.

¹²² S. 2262 des Urteils (Anm. 96).

¹²³ Eine weitere verfassungsrechtliche Limitierung der Suspendierungsbefugnis, die *St. Cyr* begründet hat, ist das Erfordernis besonderer legislativer Klarheit. Die Gesetzgebung muss außergewöhnlich explizit sein, wenn der Kongress intendiert, die *habeas*-Gerichtsbarkeit zu beschränken.

¹²⁴ S. 2262 des Urteils (Anm. 96).

II. Verzicht auf Zurückverweisung

Grundsätzlich wäre mit dieser Feststellung die Zurückverweisung und Klärung der Sachfrage durch das Instanzgericht angezeigt gewesen, da der D.C. Circuit schon die Anwendbarkeit der *Suspension Clause* verneint hatte. Die Schwere der Gewaltenteilungsproblematik und der Umstand, dass den Antragstellern schon seit Jahren ein (substantiell nennenswerter) Zugang zu den ordentlichen Gerichten vorenthalten wird, veranlasste die Mehrheit jedoch, von einer Zurückverweisung abzusehen. Die genannten Umstände machten den Fall zu einem außergewöhnlichen, der aus Sicht des Supreme Court ebenso außergewöhnliche Lösungen rechtfertigte. Unter den gegebenen Umständen nimmt die Mehrheit deshalb an, dass die Kosten einer weiteren Verzögerung den Nutzen einer Zurückverweisung an den zuständigen Court of Appeals erheblich überwiegen.¹²⁵ Zwar wäre es aus Sicht Kennedys durchaus informativ und nützlich gewesen, die Auffassung des Court of Appeals hierzu zu erfahren, doch muss diese Einbuße infolge des Kompetenzdurchgriffs gegen die neuerliche, zusätzliche Verzögerung zu Lasten der Antragsteller abgewogen werden.¹²⁶ Der Supreme Court durfte sich daher im zweiten Abschnitt seiner Begründung selbst mit dem Problem befassen, ob der zweistufige Prozess vor CSRT und D.C. Circuit den verfassungsmäßigen Anforderungen an ein *habeas corpus*-Ersatzverfahren genügt.¹²⁷ Exakt diese Position hatte die Regierung in ihrer Stellungnahme eingenommen. Die Mehrheit der Richter vermochte dem nicht zu folgen. Sie konnte in dem Verfahren, das in DTA und MCA ausgestaltet ist, keinen adäquaten Ersatz für den Verlust der *habeas*-Gerichtsbarkeit des Bundes erkennen.

III. Adäquanz des Ersatzverfahrens

Justice Kennedy räumt für die Mehrheit ein, dass die Jurisprudenz des Supreme Court zu den Standards für ein solches Ersatzverfahren nicht sehr umfangreich ist. Die Grundlagenentscheidungen *Swain* und *Hayman* hätten gesetzgeberische Versuche zum Gegenstand, *habeas*-Verfahren effizienter zu gestalten.¹²⁸ DTA und

¹²⁵ S. 2263 des Urteils (Anm. 96). Dabei profitiert der Supreme Court davon, dass sich beide Parteien bereits in ihren Schriftsätzen eingehend mit der Frage der Adäquanz von DTA und MCA befasst hatten.

¹²⁶ Ohnehin fiel der prozessuale Nutzen einer Zurückverweisung wohl eher gering aus. Denn zum einen sei die aufgeworfene Sachfrage so neuartig, dass nur wenig Fallrecht auffindbar sein wird, aus dem sich Erkenntnisse für die Ermittlung ziehen ließen, ob das angebotene Ersatzverfahren adäquat und effektiv ist. Zum anderen könne sich das Gericht am Inhalt einer *interim order* im Fall *Bismullah v. Gates* vor dem D.C. Circuit orientieren, der Aufschluss über das voraussichtliche Beweisverfahren nach dem DTA gibt, vgl. 501 F. 3d 178 (CADC 2007) (*Bismullah I*), *rehearing denied*, 503 F. 3d 137 (CADC 2007) (*Bismullah II*), *rehearing en banc denied*; *Bismullah v. Gates*, 514 F.3d 1291 (CADC 2008) (*Bismullah III*).

¹²⁷ S. 2262 ff. des Urteils (Anm. 96).

¹²⁸ Siehe oben Anm. 32; vgl. auch *Hill v. United States*, 368 U. S. 424 (1962), 427, 428.

MCA intendierten indessen nicht weniger als die Abschaffung föderaler *habeas corpus*-Verfahren für mutmaßliche ausländische Terroristen. Bevor sich das oberste Gericht jedoch daran macht, selbst passende Maßstäbe für die Prüfung auszuarbeiten, geht es zunächst daran, sein Verständnis von MCA und DTA darzulegen, da vor allem deren Wortlaut und der Wille des Gesetzgebers ihre Interpretation lenken und das Potential zur Heilung von Defiziten im Wege verfassungskonformer Auslegung limitieren. Das Gericht betont zwar seine Verpflichtung zur verfassungskonformen Auslegung eines Gesetzes, um Unverträglichkeiten mit der Verfassung zu vermeiden,¹²⁹ doch kenne auch dieses Prinzip Grenzen. Die verfassungskonforme Interpretation könne die übrigen anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung nicht vollständig verdrängen.¹³⁰ Text und Intention des Gesetzgebers dürften nicht gänzlich ausgeblendet werden, nur um die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zu sichern.¹³¹

Hierzu stellt das Gericht zunächst fest, dass DTA und MCA nicht mit traditionellem *habeas*-Rechtsschutz koexistieren sollen, sondern dessen verfügbares Maß abschließend definieren wollen. Während in den Fällen *Hayman* und *Swain* Kompetenzen für großzügige Ausgleichsmaßnahmen vorgesehen waren, um den historisch überlieferten Schutzbereich des *writ* zu erhalten,¹³² wird dem Court of Appeals im DTA keine ausdrückliche Befugnis eingeräumt, die Rechtmäßigkeit der Internierung zu untersuchen, sondern grundsätzlich nur gestattet, zu bewerten, ob das CSRT bei seiner Entscheidung die Standards und Verfahrensvorgaben beachtet hat, die vom Verteidigungsminister für diese Verfahren festgelegt worden waren, und ob diese Vorgaben mit dem Recht der Vereinigten Staaten vereinbar sind, vgl. DTA § 1005(e)(2)(C). Aussagekräftig seien auch die offenen Differenzen zwischen einem Verfahren nach DTA und demjenigen nach 28 U.S.C., § 2241, das ohne MCA, § 7 gelte.¹³³ All dies bringe die Intention des Kongresses gut zum Ausdruck,

¹²⁹ Vgl. *INS v. St. Cyr*, 533 U.S. 289 (2001), 299 f.

¹³⁰ S. 2271 des Urteils (Anm. 96) unter Verweis auf *Clark v. Martinez*, 543 U.S. 371 (2005), 385.

¹³¹ Selbst wenn der Wortlaut eine verfassungskonforme Auslegung zuließe, die alle aufgedeckten Einzeldefizite kurierte, dürfe der potentielle kumulative Effekt der Mängelbeseitigung nicht übersehen werden. Denn in der Sache könnte damit im Wege der Auslegung nachträglich ein Verfahren künstlich erzeugt werden, dass der Kongress bewusst abschaffen wollte, z. B. die Prüfung der Legitimation des Präsidenten, die Freiheitsentziehungen anzuordnen, die Überprüfung der Tatsachenbasis des CSRT-Beschlusses oder die ergänzende Erhebung entlastender Beweismittel.

¹³² Der Kongress zeigt traditionell große Zurückhaltung bei der Aussetzung des *writ*. In den relevanten Leitentscheidungen *Swain v. Pressley* (Anm. 32) und *United States v. Hayman* (Anm. 32), ging es nur um Versuche der Effizienzsteigerung, nicht um den Ausschluss von *habeas corpus*.

¹³³ Der *Federal Habeas Act* trifft Vorkehrungen für effektive Tatsachenermittlung z. B. durch die Möglichkeit einer Verweisung der Rechtssache an ein Gericht mit besseren institutionellen Kapazitäten vgl. 28 U.S.C., § 2241(b). Diese werde insbesondere für Gerichte relevant, die sich typischerweise nur mit Rechtsmittelverfahren beschäftigen und weniger Erfahrung und Expertise in der Durchführung von Erkenntnisverfahren haben. Der DTA verorte hingegen die exklusive Zuständigkeit bei einem Appellationsgericht und schneide damit den Rückgriff auf die epistemologisch besser geeigneten unteren Instanzen ab, S. 2266 f. des Urteils (Anm. 96).

ein strenger limitiertes Kontrollverfahren zu schaffen. Die Entstehungsgeschichte der Gesetze unterstreiche diese Zielrichtung.¹³⁴

Vor diesem Hintergrund macht sich das Gericht daran zu ermitteln, ob der DTA in einer Art und Weise angewendet werden kann, die ihn als adäquaten Ersatz für das *Habeas Corpus*-Statut erscheinen lässt. Dabei war es nicht das Anliegen des Gerichts, einen allumfassenden Katalog der Voraussetzungen für ein adäquates Ersatzverfahren zu erarbeiten.¹³⁵ In Ermangelung eines abschließenden Kriterienkatalogs für diesen Angemessenheitstest konzentrierte man sich auf nicht zu unterschreitende Mindeststandards. Bei der Suche orientiert sich der Supreme Court zunächst an traditionellen Kernelementen des *writ of habeas corpus* und identifiziert wenigstens zwei Mindestvoraussetzungen, die ein Ersatzverfahren zwingend erfüllen muss. Erstens müsse eine effektive Möglichkeit eröffnet werden darzulegen, dass der Gewahrsam auf irriger Anwendung oder fehlerhafter Auslegung des relevanten Rechts beruht.¹³⁶ Zweitens müsse das zuständige Gericht die Kompetenz haben, die Freilassung des Antragstellers zu verfügen.¹³⁷ Abhängig von den Besonderheiten der jeweiligen Fallgruppe könnten jedoch weitere prozessuale Vorkehrungen erforderlich werden. Eine Schlüsselrolle spiele dabei, ob dem *Habeas*-Antrag ein ordentliches Gerichtsverfahren mit wirksamen prozessualen Schutzstandards voranging.¹³⁸ Gerade in Konstellationen, in denen der Gewahrsam nur auf einer Anordnung der Exekutive beruhe, sei das Bedürfnis nach einem effektiven außerordentlichen Rechtsbehelf am größten.¹³⁹ Das zuständige Gericht müsse hier die Kompetenz haben, sowohl die faktische als auch die rechtliche Grundlage der Internierung zu eruieren, was insbesondere Bestimmung und Bewertung der Ermächtigungsgrundlage der Exekutive einschließe. Um aufzuhellen, ob der zweistufige Prüfungsprozess nach MCA und DTA den notwendigen Anforderungen an einen *Habeas Corpus*-Rechtsbehelf genügt, war somit im Anschluss ein genauerer Blick auf Gang und Gegenstand der Kontrolle durch ein CSRT zu richten.

1. Das Verfahren vor den CSRTs

Die Antragsteller hatten vorgetragen, dass das Verfahren vor den CSRTs erhebliche Defizite aufweist. Am schwersten wögen die eingeschränkten prozessualen Optionen, die faktische Grundlage für die Einstufung als *enemy combatant* durch die Regierung zu widerlegen. Vielfach würden die kritischen Informationen aus

¹³⁴ S. 2266 des Urteils (Anm. 96) unter Verweis auf 151 Cong. Rec. S14263 (Dec. 21, 2005) (*statement of Sen. Graham*).

¹³⁵ S. 2266 des Urteils (Anm. 96).

¹³⁶ S. 2266 des Urteils (Anm. 96); so schon *INS v. St. Cyr*, 533 U.S. 289 (2001), 302.

¹³⁷ S. 2266 des Urteils (Anm. 96).

¹³⁸ *Mathews v. Eldridge*, 424 U. S. 319 (1976), 335.

¹³⁹ Die Praxis des *habeas corpus* ist traditionell abhängig von der Qualität des vorhergehenden Verfahrens und dem Maß seiner adversatorischen Ausgestaltung, *Fallon/Meltzer* (Anm. 9), 2097 f.

Gründen der Geheimhaltung dem Betroffenen nicht einmal zur Kenntnis gebracht. Das rechtliche Instrumentarium zur Erhebung und Vorbringung von Gegenbeweisen sei stark limitiert. Auch das Konfrontationsrecht sei von eher theoretischer Bedeutung, da der Beweis vom Hörensagen in großem Umfang zulässig sei.¹⁴⁰ Ebenso bestehe das Recht auf einen Anwalt eigener Wahl nicht. Die Regierung verteidigte dieses Verfahren und betonte, dass man sich an die verfassungsrechtlichen Vorgaben hielt, die eine Pluralität in der *Hamdi*-Entscheidung formuliert hatte.¹⁴¹ Das Gericht merkt dazu an, dass das sog. "*Hamdi hearing*" unabhängig neben 28 U.S.C.A., § 2241 steht und auch von der damaligen Pluralität nicht als Ersatzverfahren konzipiert war.¹⁴² Die Mehrheit der Richter stimmt vielmehr den Antragstellern darin zu, dass dem Verfahrensgang vor einem CSRT selbst bei großer Sorgfalt und Redlichkeit aller Beteiligten ein erhebliches Risiko inhärent ist, zu fehlerhaften Tatsachenfeststellungen zu gelangen.¹⁴³ Angesichts der drohenden Folgen einer fehlerhaften Einstufung könne dieses Risiko nicht ignoriert werden. Ein *writ of habeas corpus* oder dessen Ersatz müssten, um als Kontrollinstrument effektiv zu sein, die Prüfung der Überzeugungskraft der Beweismittel der Regierung und die Ermittlung und Verwertung (neuen) entlastenden Beweismaterials zulassen. Die Verfügbarkeit eines solches Korrektivs sei verfassungsrechtlich geboten.¹⁴⁴

Das Verdikt der Verfassungswidrigkeit war mit diesem Zwischenergebnis aber noch nicht zwingend verbunden. Als zweistufiges Verfahren, das es im Einklang mit der Rechtsprechung gestattet, die Schutzstandards und prozessualen Rechte aggregiert zu bewerten, war die Prüfung mit der Einbeziehung des Rechtsmittelverfahrens vor dem Court of Appeals fortzusetzen.¹⁴⁵

2. Das Rechtsmittelverfahren vor dem D.C. Circuit

Für den Supreme Court galt es daher zu ergründen, ob die beiden Mindestvoraussetzungen eines *habeas*-Verfahrens zumindest durch die zusätzliche Eröffnung eines Rechtswegs vor den D.C. Circuit erfüllt werden. Schwierigkeiten bereiteten diesbezüglich Überprüfungsmaßstab und -tiefe, da der DTA hierzu keine genauen Angaben enthält. Der DTA ermächtigt den Court of Appeals zwar ebenfalls nicht ausdrücklich, im Anschluss an ein erfolgreiches Prüfungsverfahren die Freilassung

¹⁴⁰ S. 2266 des Urteils (Anm. 96).

¹⁴¹ *Hamdi v. Rumsfeld*, S. 538 des Urteils (Anm. 16).

¹⁴² Die Aufmerksamkeit galt den Mindestrechten eines gefangen genommenen US-Staatsbürgers, der als *enemy combatant* klassifiziert wurde, aus der *due process clause*. Eine Pluralität befand, dass die Verfassung einem solchen US-Bürger rechtliches Gehör garantiert. Dies schließe die Information über die Tatsachenbasis der Klassifizierung und eine faire Möglichkeit ein, die Vorwürfe der Regierung vor einer neutralen Entscheidungsinstanz (*neutral decisionmaker*) zu widerlegen, *Hamdi v. Rumsfeld*, S. 533 des Urteils (Anm. 16).

¹⁴³ S. 2270 des Urteils (Anm. 96).

¹⁴⁴ S. 2270 des Urteils (Anm. 96).

¹⁴⁵ S. 2271 ff. des Urteils (Anm. 96).

des Antragstellers anzuordnen, doch geht das Gericht davon aus, dass diese Lücke noch im Wege der verfassungskonformen Auslegung aufgefüllt werden kann. Die Unsicherheiten, die das Beweisverfahren betreffen, seien hingegen prekärer.¹⁴⁶ Der DTA ermächtige den Court of Appeals zum “review” des Beschlusses des CSRT, DTA § 1005(e)(2)(B)(i). Die Vorschrift, die den “Scope of Review” definiert, reduziere den Prüfungsumfang auf die Einhaltung der “standards and procedures” des Verteidigungsministeriums und deren Rechtmäßigkeit, DTA § 1005(e)(C).¹⁴⁷ Der DTA scheine eine eigene Beweiserhebung und -bewertung durch den D.C. Circuit daher nicht zu gewährleisten, was den Prüfungsmaßstab gegenüber klassischen habeas-Verfahren stark einschränke.¹⁴⁸ Selbst wenn man annähme, dass der DTA es doch zulässt, dass der Court of Appeals trotz seines Charakters als Rechtsmittelgericht die Tatsachenbasis des CSRT-Beschlusses überprüfen und korrigieren wird, so bliebe doch ein gravierender Mangel bestehen, da keinesfalls entlastendes Beweismaterial eingeführt werden dürfte, das erst nach dem CSRT-Prozess bekannt geworden ist bzw. nicht Bestandteil des Verfahrens vor dem CSRT war. Der DTA könne nicht derart expansiv interpretiert werden, dass die genannten Lücken doch abgedeckt würden.¹⁴⁹ Hier stieße das Appellationsgericht an die Grenzen seiner Zuständigkeit nach Maßgabe des DTA, wenn nachträglich Beweismittel auftauchen, die weder Gericht noch Antragsteller vor dem CSRT zur Verfügung standen. Trotz der potentiellen Bedeutung solcher Erkenntnisse für die Antragsteller müssten sie außer Acht gelassen werden.¹⁵⁰ Den Einwand der Regierung, dass in einem solchen Fall jederzeit ein neues CSRT-Verfahren anberaumt werden könne, das dann auf der Grundlage der neuen Erkenntnisse eine Neubewertung des Falles vornehmen würde, lässt die Mehrheit nicht gelten. Denn diese Wiederaufnahme

¹⁴⁶ S. 2272 des Urteils (Anm. 96).

¹⁴⁷ § 1005(e) “Judicial Review of Detention of Enemy Combatants”:

(2)(C) Scope of Review – The jurisdiction of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit on any claims with respect to an alien under this paragraph shall be limited to the consideration of (i) whether the status determination of the Combatant Status Review Tribunal with regard to such alien was consistent with the standards and procedures specified by the Secretary of Defense for Combatant Status Review Tribunals (including the requirement that the conclusion of the Tribunal be supported by a preponderance of the evidence and allowing a rebuttable presumption in favor of the Government’s evidence); and (ii) to the extent the Constitution and laws of the United States are applicable, whether the use of such standards and procedures to make the determination is consistent with the Constitution and laws of the United States.

¹⁴⁸ Zu den bleibenden verfassungsrechtlich relevanten Unklarheiten zählt auch, ob es dem Berufungsgericht gestattet ist, die rechtliche Autorität des Präsidenten, Gewahrsam für einen unbestimmten Zeitraum gegen *enemy combatants* anzuordnen, anzuzweifeln.

¹⁴⁹ S. 2272 des Urteils (Anm. 96). In einem Parallelverfahren hat der Court of Appeals den DTA allerdings so gedeutet, dass er die Erhebung aller in angemessener Weise verfügbaren Informationen (*all reasonably available information*) im Besitz der Regierung anordnen kann, unabhängig von deren Vorliegen im CSRT-Prozess, vgl. *Bismullah I*, 501 F.3d 178 (2007), 180. Die Regierung hat dieser Sichtweise widersprochen, vgl. Petition for a Writ of Certiorari, *Gates v. Bismullah et al.*, Nr. 07-1054.

¹⁵⁰ Dass es sich hierbei nicht um ein hypothetisches Szenario handelt, untermauert der Supreme Court mit dem Beispiel des Mohamed Nechla, S. 2273 des Urteils (Anm. 96). Zur Zeit seines CSRT-Verfahrens war ein Zeuge, der mittlerweile für eine Aussage zur Verfügung stehen soll, nicht *reasonably available*.

unterläge dem rechtlich nicht überprüfbareren Ermessen des *Deputy Secretary of Defense*. Die Gefangenen verfügten hingegen über keine rechtlichen Mittel, um eine erneute Überprüfung ihrer Internierung trotz neuer Sachlage zu erzwingen.¹⁵¹ MCA, § 7 bewirke nach alledem eine verfassungswidrige faktische Suspendierung des *writ of habeas corpus*.¹⁵² Den Antragstellern stehe die Gerichtsbarkeit des Bundes für *habeas corpus*-Anträge nach 28 U.S.C.A., § 2241 deshalb weiterhin offen.

Trotz grundsätzlicher Statthaftigkeit könnten aufgrund der besonderen Umstände in den *Guantánamo*-Fällen jedoch Verfahrenslimitierungen erwachsen, die Vernunft und Umsichtigkeit (*prudential barriers to habeas corpus review*) geboten.¹⁵³ Es gehört für das Gericht zur konzeptionellen und traditionellen Grundlage des *writ*, offen für praktische Erwägungen und die dringenden Umstände des Einzelfalls zu sein.¹⁵⁴ Handelt es sich – wie vorliegend – um Fälle der Internierung durch die Exekutive im Ausland, wäre es in der Tat weder praktikabel noch vernünftig, *habeas corpus*-Rechtsschutz bereits im Moment der Festnahme zu eröffnen.¹⁵⁵ Rücksichtnahme auf Bedürfnisse von Exekutive und Militär seien in dieser Phase durchaus angezeigt, wenn in einem überschaubaren Zeitraum vernünftige Prüfungsverfahren zugänglich gemacht würden, um über die vorläufige Berechtigung des Gewahrsams zu entscheiden. Die Exekutive habe einen Anspruch darauf, einen angemessenen Zeitraum nach Ergreifung des Betroffenen zugestanden zu bekommen, um dessen Status zu ermitteln, ohne sogleich ein *habeas corpus*-Verfahren fürchten zu müssen. Der CSRT-Prozess schaffe ein solches angemessenes Vorprüfungsverfahren der Exekutive. Abgesehen von Fällen unzulässiger Verzögerung sollten Bundesgerichte deshalb von der Zulassung eines *habeas corpus*-Antrags Abstand nehmen, solange der CSRT-Prozess noch nicht abgeschlossen sei.¹⁵⁶ Die streitgegenständlichen Verfahren beträfen demgegenüber keine Gefangenen, die erst vor kurzem festgesetzt wurden und jetzt den Ausgang der CSRT-Prüfung erwarteten. In einigen Fällen seien sechs Jahre ohne effektive gerichtliche Überprüfung der Freiheitsentziehung vergangen. Von den Antragstellern könne unter diesen Umständen nicht verlangt werden, den gesamten Rechtsweg nach dem DTA zu durchlaufen. Weitere Monate, wenn nicht Jahre, gingen ins Land, bevor endlich eine *habeas corpus*-Klage erhoben werden könnte.¹⁵⁷ Daher entschied die Mehrheit, dass die Antragsteller sogleich ihre *habeas corpus*-Anträge vor den Bun-

¹⁵¹ S. 2273 des Urteils (Anm. 96).

¹⁵² S. 2274 des Urteils (Anm. 96).

¹⁵³ S. 2274 des Urteils (Anm. 96).

¹⁵⁴ Der Supreme Court hat schon in früheren Fällen aus derartigen Gründen (*prudential reasons*) die Ausschöpfung alternativer Rechtsschutzmöglichkeiten verlangt, bevor ein *habeas*-Antrag bei einem Bundesgericht gestellt werden durfte, siehe z.B. *Ex parte Royall*, 117 U. S. 241 (1886).

¹⁵⁵ S. 2275 des Urteils (Anm. 96).

¹⁵⁶ S. 2276 des Urteils (Anm. 96). Auch die Regierungsseite verlangte, dass Antragsteller zuerst den CSRT-Prozess durchlaufen müssen, bevor sie *habeas*-Anträge bei einem District Court einreichen dürfen.

¹⁵⁷ S. 2275 des Urteils (Anm. 96).

desgerichten weiterverfolgen dürfen und nicht mehr den Ausgang der Rechtsmittelverfahren von dem Court of Appeals abwarten müssen.

Zu guter Letzt hat die Mehrheit aber auch einige einschränkende Vorgaben für diese Verfahren parat.¹⁵⁸ Dass der DTA kein adäquater und effektiver Ersatz für das Verfahren gem. 28 U.S.C.A., § 2241 sei, bedeute nicht, dass Bundesgerichte, die für diese Verfahren zuständig sind, den besonderen situationsbedingten Umständen und den dringenden Bedürfnissen der Exekutive nicht Rechnung zu tragen bräuchten. Die Gerichte dürften bestimmte Anpassungen vornehmen, um dem Sicherheits- und Geheimhaltungsinteresse von Regierung und Militär entgegenzukommen.¹⁵⁹ Der Supreme Court will sich am Ende seiner Begründung zwar nicht auf den Versuch einlassen, alle künftigen beweisrechtlichen und prozessualen Probleme in dieser Hinsicht zu antizipieren, doch anerkennt die Mehrheit das legitime Interesse der Regierung, die Quellen und Methoden ihrer Informationsbeschaffung zu schützen. Der Supreme Court erwartet daher, dass die District Courts ihre rechtlichen Ermessensspielräume nutzen, um diesen Interessen im größtmöglichen Umfang entgegenzukommen.¹⁶⁰ Die Bewältigung dieser Probleme liege mithin in der Kompetenz der Bundesgerichte. Es sei an ihnen, einen Ausgleich der konfligierenden Interessen zu schaffen und die Verfahrensstandards für *habeas corpus*-Klagen von Guantánamo-Häftlingen zu konkretisieren.

E. Kernaussagen und Überzeugungskraft der Entscheidung

Als Kernaussagen der Mehrheitsentscheidung sind die verfassungsrechtliche Garantie des *privilege of the writ of habeas corpus* sowie die extraterritoriale Anwendung des *writ* und der *Suspension Clause* auszumachen. Im Ergebnis führen sie zur Wiedereröffnung des Klagewegs vor die Bundesgerichte gem. 28 U.S.C.A., § 2241 mangels wirksamer formaler Suspendierung des *privilege of the writ* oder Einräumung eines adäquaten Ersatzverfahrens. Um zu diesem Resultat zu gelangen, wählt das Gericht konstruktiv den Weg, das *privilege of the writ of habeas corpus* im Wege eines rechtshistorischen Exkurses als Freiheitsrecht einzustufen und die *Suspension Clause* als dessen verfassungsrechtliche Verbürgung anzusehen. Die extraterritoriale Erstreckung wird dann im Wesentlichen durch den neuen Drei-Faktoren-Test fundiert, der auf der Basis des Falles *Eisentrager* konstruiert wird. Fehlt die somit erforderliche wirksame formale Suspendierung des *writ*, verstoßen gesetzgeberische Maßnahmen zur Beschneidung des *habeas corpus*-Statuts nur dann nicht gegen die Verfassung, wenn der Kongress einen angemessenen prozessualen Ersatz schafft. Dies verneint die Mehrheit am Ende eines Vergleichs zweier hypothetischer Verfahrensszenarien. Obgleich dieses Resultat rechtspolitisch begrüßenswert erscheint, gibt die ausführliche Begründung hinsichtlich aller drei Ar-

¹⁵⁸ S. 2276 des Urteils (Anm. 96).

¹⁵⁹ So wäre z. B. die Konzentration aller Klagen bei einem District Court denkbar.

¹⁶⁰ S. 2276 des Urteils (Anm. 96).

gumentationsstufen gebührenden Anlass zur genaueren Beleuchtung des Gedankengangs.

I. Der verfassungsrechtliche Status von *Habeas Corpus* und *Suspension Clause*

Die Bejahung der extraterritorialen Anwendbarkeit des *writ of habeas corpus* durch den Supreme Court deckt sich mit der Einschätzung, die am Ende des Abschnitts C geäußert wurde. Doch könnte die jeweilige Herleitung des Ergebnisses nicht unterschiedlicher sein. Während neuere Untersuchungen davon ausgehen, dass *habeas corpus* als organisch gewachsener *common law writ* verfügbar gewesen sei, sieht der Supreme Court in der Erstreckung der *Suspension Clause* und des *privilege of the writ* sowie dessen Anerkennung als verfassungsrechtlich geschützter Anspruch auf richterlichen Rechtsschutz gegen Freiheitsentziehungen einen wahrhaft historischen Schritt der Rechtsfortbildung. Die Grundlage dafür schafft Justice Kennedy durch seinen rechtshistorischen Rückblick, dessen Grundaussagen zu persönlichem und territorialem Schutzbereich er nur noch in die Zukunft hinein verlängern muss. Dieses Vorgehen gibt Anlass zur Kritik. Es wurzelt in einem Missverständnis. Der *writ* war nicht nur im Ursprung ein Instrument zur Ausübung monarchischer Macht. Anders als von Kennedy suggeriert, wird diese Prärogativfunktion nicht alsbald von einem Konzept der schützenden Form gegen Missbrauch monarchischer Macht abgelöst. Die Prärogative wandert lediglich zum Parlament. Die historische Fehlkonstruktion beginnt schon mit dem Rekurs auf die Magna Carta. Die Emblematisierung, die so erzeugt werden soll, ist irreführend, denn der funktionale Ahnherr des *writ* wurde im *Assize of Clarendon* von 1166 aus der Taufe gehoben.¹⁶¹ Dieser Vorläufer des *writ* sollte einen Mechanismus bieten, um die Anwesenheit von Angeklagten vor den Gerichten des Königs zu erzwingen.¹⁶² Indem Kennedy die Magna Charta als historische Quelle deklariert, wird demgegenüber ein Weg eröffnet, der in direkter Linie über den *Habeas Corpus Act of 1679* zu der These führt, dass das *privilege of the writ of habeas corpus* in Abwesenheit einer *bill of rights* aufgrund seiner Herkunft als eines der wenigen Instrumente zum Schutz der Freiheit in der Verfassung zu verstehen ist.¹⁶³ Am Wortlaut der *Suspension Clause* solle man sich dabei nicht stören, da der Terminus „*privilege*“ nur verwendet worden sei, um eine Exklusionswirkung gegenüber anderen potentiellen Rechten zu vermeiden.¹⁶⁴ Belege werden für diese Annahme jedoch keine

¹⁶¹ Duker (Anm. 29), 15.

¹⁶² *Ibid.*, 14 f., 22 f. Rechtshistorisch muss dies vor dem Hintergrund der Invasion der Normannen verstanden werden, die ihre eigenen Gerichte den angelsächsischen überstülpten und ihre Gerichtshoheit gegenüber der heimischen Bevölkerung durchsetzen wollten. Dieser Gerichtsbarkeit drohte in dieser Frühphase eine Aushöhlung durch schlichtes Fernbleiben der Angelsachsen.

¹⁶³ S. 2244 des Urteils (Anm. 96).

¹⁶⁴ S. 2246 des Urteils (Anm. 96).

geliefert. Sie fügt sich aber nahtlos in die rechtsmythologische Erzählung ein, die die Aufwertung des *writ of habeas corpus* zu einem verfassungsrechtlich geschützten Freiheitsrecht trägt. Die Magna Carta darf deshalb in diesem Rahmen auch nicht als feudalherrschaftliches Instrument gedeutet, sondern muss als wichtigste Verbriefung von subjektiven Rechten im Mittelalter verstanden werden. Dazu passt es, den *Habeas Corpus Act*, der den *writ* positiv verbrieft, als zweite Magna Carta zu deklarieren, die den Wechsel der Funktion und Legitimation des *writ* als Mittel zur Beschränkung königlicher Macht perfekt macht. Entsprechend der bevorzugten Lesart der Rechtsentwicklung, die schon oben näher erklärt worden ist, nimmt Kennedy – natürlich unter ausdrücklicher Berufung auf Blackstone – einen Paradigmenwechsel an, der in der *Suspension Clause* mündet. Diese Theorie des Individualrechts wird dann auch der Deutung der *Suspension Clause* und ihres Entstehungsprozesses unterlegt. Sie verbürge den *writ* als Recht auf Rechtsschutz gegen willkürliche Freiheitsentziehungen.

Hieraus erklärt sich, warum die Mehrheit *habeas corpus* und *Suspension Clause* bei ihrer Argumentation quasi in eins setzt und von der Begründung der territorialen Anwendbarkeit der letzteren auf diejenige des ersteren schließen kann. Der verfassungsrechtliche Rang des *writ* soll der Verschmelzung mit der *Suspension Clause* entspringen. Beide gehen in der Begründung eine symbiotische Beziehung ein. Die extraterritoriale Anwendbarkeit der *Suspension Clause* wird auf ihren Wert gestützt, den sie für den Gewaltenteilungsgrundsatz gerade deshalb hat, weil sie den *writ* schützt, der seinerseits als Korrektiv der Gewaltenbalance unverzichtbar ist. Mit dieser sehr verschlungenen Begründung wird die Reichweite der *Suspension Clause* über die Notwendigkeit der extraterritorialen Reichweite des *writ* zur Förderung der Gewaltenteilung bestimmt. Der Anerkennung als Verfassungsrecht bedarf das *privilege of the writ* dazu eigentlich nicht, soweit man nicht argumentiert, dass die Annahme der Unverzichtbarkeit dies notwendig impliziert. Tragend ist allein die Ausrichtung an einer subjektiv-rechtlichen Deutung von *writ* und *Suspension Clause*.

1. Verbleibende Unschärfen und ihre Gründe

Die Individualrechtsorientierung erleichtert Kennedy zwar den Schritt der Aufwertung des *common-law writ* zum Verfassungsrecht, doch hat dieser Ansatz seinen Preis. Das Ausblenden der fortbestehenden Prärogativfunktion schneidet Deutungsmöglichkeiten der historischen Rechtsquellen ab und verzerrt letztlich sogar das Quellenstudium.¹⁶⁵ Ohnehin liegen sowohl bezüglich der *Suspension Clause* als auch hinsichtlich des *writ of habeas corpus*, wie in Abschnitt C ausgeführt wurde, bedenkenswerte Anhaltspunkte dafür vor, dass ihr Inhalt ein anderer ist als derjenige, den die Mehrheit präferiert. Deren getrennte Existenz, Herkunft

¹⁶⁵ Aus dem Blickwinkel eines *prerogative writ* erklärten sich z. B. die Rechtslage und Praxis des *writ* in Schottland und Hannover, mit der sich das Gericht über mehrere Seiten befasst, deutlich besser; vgl. S. 2249 ff. des Urteils (Anm. 96).

und Funktion wird von der Mehrheit übergangen. Durch Vermischung von Recht und Rechtsbehelf amalgamiert man beide zu einem globalen Freiheitsrecht. Auch gegen ein solches Verständnis der *Suspension Clause* wurden beachtliche Argumente vorgetragen. Die *Suspension Clause* sollte der Bundesregierung die Befugnis verleihen, den *common law writ* in Notlagen aussetzen zu können. Diese ermächtigende Funktion übergeht der Supreme Court, wenn er *Suspension Clause* und *writ of habeas corpus* vermischt. Die innere Verknüpfung der exterritorialen Anwendbarkeit der *Suspension Clause* mit derjenigen des *writ of habeas corpus* ist also nicht zwingend. Auch der verfassungsrechtliche Status des *writ* bleibt deshalb trotz der langen Ausführungen unklar. Selbst die Terminologie der Mehrheit in *Boumediene* schwankt zwischen der Bezeichnung als fundamentaler prozessualer Schutz des Rechts auf Freiheit (*liberty*), Individualrecht von besonderer Bedeutung und Korrektiv zur Förderung der Gewaltenbalance.¹⁶⁶ Nun schließen diese Theorien einander nicht aus. Klarheit entsteht dadurch aber nicht. Möglicherweise ist die Deutung von *habeas corpus* als Individualrecht durch den Supreme Court auch gar nicht der entscheidende Aspekt des Urteils, sondern der allgemeine Rechtsgrundsatz, wonach bei Freiheitsentziehungen zwingend eine gerichtliche Prüfung stattfinden muss, der zwischen den Zeilen durchscheint und der Deutung von *habeas corpus* und *Suspension Clause* stillschweigend unterlegt wird. Normativer Ankerpunkt dieses Grundsatzes wäre freilich *due process*. Was der Supreme Court somit wohl eigentlich sagen will, ist, dass der Wesensgehalt von *due process* auch in Guantánamo gewahrt sein muss! Dieses Mindestmaß an Rechtsschutz lässt sich über den *writ of habeas corpus* aufgrund seiner inneren Verbindung mit *due process* schützen. Gleichwohl bleibt *habeas corpus* ein subsidiäres prozessuales Recht, das aus dem Vorhandensein substantieller verfassungsmäßiger Rechte des Betroffenen fließt.¹⁶⁷ Ohne Anerkennung von *due process rights*, die das Gericht wohl unausgesprochen unterstellt, was *Scalia* in böser Erwartung des Kommenden instinktsicher ahnt, liefe *habeas corpus* leer. Die ausschließliche Bezugnahme auf *habeas corpus* macht der Mehrheit für den Moment aber die Argumentation leichter als eine Anknüpfung an die *due process clause* des *Fifth Amendment*. Wegen seiner Tradition schien sich *habeas corpus* wohl nicht nur spannungsfreier verkaufen zu lassen. Durch Vermischung des Rechtsbehelfs des *writ* und der Rechte, die dieser zu verwirklichen helfen soll, vermied man auch die andernfalls unausweichliche Auseinandersetzung mit der Frage, welche verfassungsmäßigen Rechte die Internierten haben.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Vgl. nur S. 2247, 2253, 2259, 2277 (*separation of powers*); S. 2277 (*fundamental procedural protection*); S. 2277 (*right of first importance*) des Urteils (Anm. 96). *Stuckenberg* (Anm. 93), 85, 93, hält den *writ* als bestes Instrument zur Verteidigung persönlicher Freiheit für wiederbelebt.

¹⁶⁷ So auch schon *Johnson v. Eisentrager*, S. 781 des Urteils (Anm. 10).

¹⁶⁸ Die Notwendigkeit, dem Zusammenhang zwischen dem *writ* und den Rechten, die der Antragsteller genießt, größere Bedeutung beizumessen, haben *Fallon/Meltzer* eindrucksvoll herausgearbeitet, (Anm. 9), 2056.

2. Scalias *Dissenting Opinion*

Die Sondervoten der Richter Roberts und Scalia spüren diese Unschärfen und Schwachstellen in der Begründung zielsicher auf. Scalia vermeint, in den oben zusammengefassten Aussagen die Verleihung eines verfassungsmäßigen Rechts an einen ausländischen Feind in Kriegszeiten zu erkennen.¹⁶⁹ Dieser historisch singuläre Schritt sei von der Mehrheit aber mithilfe eines plumpen Versuchs der Umgehung entgegenstehenden Fallrechts teuer erkaufte worden und werde der Nation ernsthaften Schaden zufügen.¹⁷⁰ Insbesondere den rechtshistorischen Teil der Mehrheitsmeinung greift Scalia vehement an. Die *Suspension Clause* beziehe sich für ihn auf den *common-law writ*. Sie limitiere die Macht des Kongresses zu dessen Suspendierung. Die Reichweite und Natur dieses *writ* richtet sich dabei nach dem *common-law writ*, der zum Zeitpunkt der Gründung der Vereinigten Staaten vorfindbar war.¹⁷¹ Eine solche Analyse des *common law* ergebe, dass der *writ of habeas corpus* zu keinem Zeitpunkt von Ausländern im Ausland in Anspruch genommen werden konnte.¹⁷² Die *Suspension Clause* könne daher im vorliegenden Fall gar nicht zur Anwendung kommen. Die Motivation, die hinter der Begründung ihrer extraterritorialen Anwendbarkeit steht, ist für Scalia klar. Sie liegt in der Durchsetzung eines inakzeptablen Suprematieanspruchs der Mehrheit gegenüber Kongress und Exekutive. Die Kompetenz des Supreme Court, als ultimative Instanz über Auslegung und Fortbildung des Rechts zu befinden, sei jedoch begrenzt durch seine einfachgesetzlich und verfassungsrechtlich übertragene Zuständigkeit. Es sei irrational, demgegenüber zu behaupten, die Gerichtsbarkeit der Bundesjustiz sei eröffnet, weil man sonst nicht mehr die Letztentscheidungskompetenz über das Recht hat. Scalia folgert daraus, dass das eigentliche Ziel der Mehrheit sei, sich die gerichtliche Kontrollmacht in allen Fragen der Internierung ausländischer Feinde durch die Exekutive überall auf der Welt zu sichern.

Auch Scalia muss sich freilich vorhalten lassen, dass seine Sichtweise der Funktion der *Suspension Clause* und der Reichweite des *common-law writ of habeas corpus* im Jahre 1789 eigenwillig und im Hinblick auf seine rechtsgeschichtliche Exegese womöglich missbräuchlich ist.¹⁷³ In der Sache goldrichtig ist indessen trotz überzogener Polemik der Vorwurf der Instrumentalisierung des *writ*, obgleich auch er sich einen ähnlichen Vorwurf gefallen lassen muss. Es zeigt sich mithin, dass der *writ of habeas corpus* hervorragend als Projektionsfläche geeignet ist,

¹⁶⁹ Unter Verweis auf *McNally v. Hill*, 293 U. S. 131 (1934), 135-136 und *INS v. St. Cyr*, 533 U. S. 289 (2001), 342 (Scalia, J., dissenting).

¹⁷⁰ Nur als Randnotiz sei insofern angemerkt, dass Scalia sein Sondervotum nicht wie gewöhnlich mit der Formel "*I respectfully dissent.*" beschließt, sondern sich auf ein harsches "*I dissent.*" beschränkt.

¹⁷¹ Scalia, J., dissenting, S. 2293, 2303 ff. des Urteils (Anm. 96).

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ Keine Fragen offen lässt insofern seine Anmerkung, dass man die Gefangenen mit Sicherheit an einen anderen Ort verbracht oder sie in Afghanistan behalten hätte, wenn die Rechtslage eine andere gewesen wäre.

in die jeder nach Bedarf hineinliest, was er gerade argumentativ braucht. Auf Hintergründe und Konsequenzen dieser Instrumentalisierung des *writ* wird später noch zurückzukommen sein. Zunächst wird sich der Beitrag aber noch den zwei weiteren neuralgischen Punkten der Begründung widmen: dem neuen “*Eisentrager-Test*” und der Adäquanzprüfung des DTA-Verfahrens.

II. Der *Eisentrager-Test*

Die Mehrheit schafft einen neuen funktionalen *Eisentrager-Test*, der es ihr erlaubt, die strenge Kernaussage dieser Entscheidung und die rigorosen Folgen ihrer Anwendung auf den Fall *Boumediene* zu vermeiden. Ob diese Fortbildung des Fallrechts den scharfen Vorwurf der Manipulation durch *Scalia* rechtfertigt, darf bezweifelt werden. Nicht bezweifelt werden kann allerdings, dass das Gericht bedeutende Faktoren nicht einbezogen hat. Als objektiver Faktor nicht zum Zuge kamen die *merits*, also die tatsächliche und rechtliche Prüfung in der Sache.¹⁷⁴ Gerade der Umstand der fehlenden materiellen Erfolgsaussichten hatte das Gericht in *Eisentrager* mitbewogen, kein *habeas corpus* zu gewähren.¹⁷⁵ In diese Richtung zielt auch ein Ansatz, der auf das Vorliegen von prozessualen oder materiellen Individualrechten abzielt. Genießen die Betroffenen verfassungsmäßige Rechte, dann muss gerichtlicher Rechtschutz zu deren Verwirklichung gewährt werden.¹⁷⁶ *Habeas corpus* wirke dann im Zusammenhang mit potentiellen verfassungsmäßigen Rechten als Vehikel zu ihrer Durchsetzung. Man solle die behandelten Präzedenzfälle daher auch in anderem Licht sehen. Es bestehe weder Verpflichtung noch Notwendigkeit, *habeas corpus*-Rechtsbehelfe zu eröffnen, wo keine substantiellen Rechte bestünden, die durchgesetzt werden könnten.¹⁷⁷ Dieser Gesichtspunkt hätte im vorliegenden Fall zu einer Auseinandersetzung mit den Erfolgsaussichten der Betroffenen gezwungen. Die Befassung mit der Gewährung des *writ* hätte zur Klärung gedrängt, welche Rechte in welchem Maß in Guantánamo gelten.¹⁷⁸ Die Eröffnung des *writ of habeas corpus* wäre insofern abzulehnen gewesen, wenn die Betroffenen gar keine verfassungsmäßigen Rechte haben können, die verletzbar sind.

¹⁷⁴ *Vladeck* (Anm. 29), 7.

¹⁷⁵ *Ibid.*, 28 f. Der Fall *Eisentrager* verdeutlicht den *due process*-Gedanken hinter *habeas corpus*. Dort musste das Gericht inhaltlich nur feststellen, dass die Betroffenen keine Verletzung entsprechender Rechte erlitten haben konnten, da ihre Strafsachen vor einem Militärtribunal mit ausreichenden *due process*-Standards verhandelt worden waren.

¹⁷⁶ *Fallon/Meltzer* (Anm. 9), 2060.

¹⁷⁷ *Ibid.*, 2056. *Fallon/Meltzer* sehen keinen Grund für eine Extension der *habeas corpus*-Gerichtsbarkeit auf Guantánamo, wenn keine verfassungsmäßigen Rechte vorliegen.

¹⁷⁸ Dazu *ibid.*, 2265 ff., die den Bestand der Individualrechte differenzierend nach Personenkreis, Ort der Haft, Art des Rechts prüfen. In Guantánamo gälten nur grundlegende Verfahrensrechte, nicht die Verfassung insgesamt, da das Territorium kein Staatsgebiet sei, sondern nur effektiver Kontrolle unterliege, 2294 f. Dabei sei Offenheit für institutionelle Zwänge und besondere äußere Umstände zu wahren; *Walén/Venzke* (Anm. 2), 871 – “*with authority comes responsibility*”; *Neuman* (Anm. 2), 15 ff.

Vielleicht ist gerade in dem Umstand, dass die Mehrheit der Richter diesen Faktor nicht thematisierte, das Damoklesschwert zu sehen, das über der Exekutive schwebt und von dem kündet, was in künftigen Verfahren zu erwarten ist. Die Mehrheit setzt das Bestehen eines elementaren Grundbestands an prozessualen Rechten möglicherweise unausgesprochen voraus. Ausdrücklich zuerkannt worden sind den Guantánamo-Häftlingen bislang aber lediglich der Schutz des allen Genfer Konventionen gemeinsamen Art. 3¹⁷⁹ und des Art. 75 des 1. Zusatzprotokolls (als Völkergewohnheitsrecht).¹⁸⁰

Anders als einige Parameter des neuen Drei-Stufen-Tests betreffe die Kritik der extremen Subjektivität dieser Maßstäbe, die seitens der vier überstimmten Richter geäußert wird, diese zusätzlichen Gesichtspunkte nicht. Allerdings sollte die Aussagekraft und Lenkungswirkung dieser Kriterien auch nicht überschätzt werden. Ein Hauptproblem bliebe die Interpretationshoheit der unscharfen Standards. Selbst bei abstrakter Anerkennung eines Rechts oder Prinzips zeigen sich die wahren Schwierigkeiten erst in den Details bei der Konkretisierung im Einzelfall. Insofern ist aber ein grundsätzlicher Einwand gegen eine derartige Ergänzung des *Eisenstrager*-Tests vorzubringen. Hinter dem Vorschlag steht zwar ein richtiger Grundgedanke, denn als Rechtsbehelf vermag der *writ* keinen größeren Schutz zu stiften, als das, was die befassten Richter als subjektive Rechte anerkennen und für einen legitimen Haftgrund halten. Gleichwohl ist es grundsätzlich problematisch die Statthaftigkeit eines Rechtsbehelfs mit der materiellen Rechtslage, also der Frage seiner Begründetheit, zu vermischen. Allenfalls bei offensichtlicher Unbegründetheit scheint die Verweigerung eines Rechtsbehelfs vertretbar. In Fall der Guantánamo-Häftlinge ist freilich gerade dieser Schwellenwert von äußerstem Interesse, da er fundamentale Fragen betrifft, die auch nach sechs Jahren Internierungspraxis nicht höchstrichterlich geklärt sind. Dies ist zum einen die Existenz verfassungsmäßiger Rechte der Gefangenen. Zum anderen geht es um die Legitimation des Präsidenten zur exekutiven Anordnung der Internierung von *enemy combatants*. Unabhängig davon, wie man letztlich zur Notwendigkeit der Erweiterung des Katalogs der *Eisenstrager*-Kriterien steht, unterstreichen der funktionale Test, den die Mehrheit ersonnen hat, und sein konkreter Verlauf zumindest den schon zuvor gehegten Verdacht, dass *habeas corpus* instrumentalisiert wird, um die Prärogativen des obersten Gerichts gegenüber Parlament und Exekutive durchzusetzen. Ähnliches lässt sich über den Adäquanz-Test sagen.

¹⁷⁹ Keller/Forowicz (Anm. 13), 7, 18, 30 f.

¹⁸⁰ Vgl. *Hamdan v. Rumsfeld*, S. 633 f. des Urteils (Anm. 19); Stuckenberg (Anm. 2), 1149; Keller/Forowicz (Anm. 13), 7, 18, 30 f.; zu dieser Problematik siehe ferner Vierucci, 1 *Journal of International Criminal Justice* 284 (2003), 290 ff.

III. Der Adäquanz-Test

Aufgrund der verfassungsrechtlichen Klarstellung zur Reichweite von *Suspension Clause* und *habeas corpus* musste der Supreme Court in *Boumediene* die Adäquanz des Verfahrens vor dem Court of Appeals des D.C. Circuit unter den Regularien des DTA und MCA als Ersatz für die Streichung des Klagerechts im *habeas corpus*-Statut untersuchen. Das Gericht begegnete dabei erheblichen Schwierigkeiten. Weder Vergleichspaar noch Vergleichsmaßstab ließen sich hinreichend klar umreißen. Einander gegenüber gestellt wurden auf der einen Seite ein Verfahren vor einem District Court mit bestimmten, von der Mehrheit grob skizzierten Rechten und Strukturen, dessen Prozeduren gegenüber den üblichen *due process standards* aber Einschränkungen zugänglich sein sollen, um geheimdienstliche und militärische Interessen schützen und situationsbedingten Notwendigkeiten Rechnung tragen zu können. Auf der anderen Seite steht das Verfahren vor dem Court of Appeals nach den Vorschriften des DTA, das aber ebenfalls noch nicht hinreichend *in praxi* erprobt und konkretisiert wurde. In der Sache geht es also nicht einmal um einen fundierten Vergleich der jeweiligen tatsächlichen Schutzhöhe, sondern um einen hypothetischen Vergleich des Maßes der Verfahrensstandards, die bei einer Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Internierung wohl angewandt würden. Auch die Vergleichsmaßstäbe bleiben unscharf, da zwar diverse *Essentialia* eines *habeas corpus*-Verfahrens herausgearbeitet werden, über dieses Mindestmaß hinaus aber durch die Bundesgerichte flexibel im Einzelfall entschieden werden soll. Die inhärente Unschärfe von Vergleichspaar und Vergleichsmaßstab überträgt sich auf den Inhalt der Ausführungen. Klar wird lediglich, dass das imaginierte Verfahren nach MCA und DTA der Mehrheit jedenfalls nicht genügt.

1. Roberts' *Dissenting Opinion*

Gegen diese Einschätzung wendet sich Chief Justice Roberts mit einem Sondervotum, das von Scalia, Alito und Thomas mitgetragen wird, in bitterer Schärfe. Das zweistufige Verfahren sei großzügig und hinreichend. In jedem Fall hätte der Rechtsweg erschöpft werden müssen, um zu klären, ob die Standards in der Gerichtspraxis wirklich defizitär sind. Wie bei *habeas corpus*-Verfahren nach 28 U.S.C.A., § 2241 handele es sich schließlich auch beim D.C. Circuit um ein Bundesgericht i.S.d. Art. III der US-Verfassung, das zu entscheiden hat, ob das Verfahren vor den CSRTs verfassungsgemäß ist und die Verfahrensvorschriften eingehalten wurden, wobei sowohl die rechtliche als auch die faktische Grundlage der Entscheidung unter Nutzung der vielfältigen prozessualen Rechte angegriffen werden kann. Der Rechtsweg ist also nicht kategorial anderer Natur. Für Roberts geht es deshalb allein um prozessuale Detailfragen innerhalb des Zivilrechtswegs. Angesichts der Ausführungen der Mehrheit sei allerdings völlig unklar, welche Standards künftig konkret gelten sollen und ob die noch zu entwi-

ckelnden Maßstäbe sich tatsächlich substantiell vom DTA unterscheiden werden.¹⁸¹ Die Behauptung der Inadäquanz sei jedenfalls verfrüht, was vor allem auf den fehlgeleiteten Vergleich zurückzuführen sei, den die Mehrheit anstelle. Dessen Standards seien in beide Richtungen noch zu unbestimmt, weshalb es auch nicht verwundere, dass die Mehrheit sich auf abstrakte und hypothetische Gesichtspunkte beziehe. In der Realität habe der Kongress den Gefangenen eine Vielzahl von Rechten zugestanden, die gerade auch in der Gesamtschau beeindruckende und historisch ohne Beispiel sei.¹⁸² Nach einigen konkreteren Ausführungen kommt Roberts deshalb zu dem Schluss, dass das DTA-Verfahren den Anforderungen, die von der Mehrheit selbst in *Boumediene* propagiert wurden, genügt.¹⁸³

2. Konsequenzen für die Rechtspraxis

Die Kritik des *Chief Justice* ist gut nachvollziehbar, ob aber die darauf gestützte Befürchtung zutrifft, dass aufgrund des Urteils erhebliche Verzögerungen zu befürchten sind, die letztlich den Gefangenen schaden, ist weniger wahrscheinlich. Denn obwohl die *habeas*-Verfahren gem. 28 U.S.C.A., § 2241 künftig – vermutlich in einer zunehmenden Zahl von Fällen – damit belastet sein werden, einen Ausgleich der konfligierenden Freiheits- und Geheimhaltungsinteressen zu schaffen und Verfahrensstandards für *habeas*-Klagen von Guantánamo-Häftlingen zu konkretisieren, was in der Tat einen erheblichen Mehraufwand bedeuten wird, steht das von Roberts als hinreichend bezeichnete DTA-Verfahren parallel weiterhin offen. Die Gefangenen erhalten insofern gar die Chance eines “zweiten Versuchs”, wenn das Verfahren vor dem D.C. Circuit negativ ausgeht.¹⁸⁴ In beiden Verfahren ließen sich auch die Unklarheiten über die Legitimation der Internierung klären. Offen ist demgegenüber, was geschehen soll, wenn sich die Prozeduren vor dem Appellationsgericht des District of Columbia, bei dem die Verfahren der Rechtsmittelführer rechtshängig sind, wider Erwarten für die Mehrheit doch als hinreichend herausstellen und die verfassungsrechtliche Nagelprobe bestehen. Lebt MCA, § 7 dann wieder auf?¹⁸⁵ Dieses Szenario kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, da auch nach den Ausführungen der Mehrheit zwischen den Verfahren

¹⁸¹ Roberts, C. J., *dissenting*, S. 2279, 2280 f. des Urteils (Anm. 96). Die Mehrheit versäume es, die aus ihrer Sicht notwendigen Verfahrensrechte aufzuzeigen, die sich im DTA-System nicht angemessen verwirklichen lassen.

¹⁸² Roberts lässt an dieser Stelle eine detaillierte Auflistung folgen, vgl. im Einzelnen Roberts, C. J., *dissenting*, S. 2279, 2293 des Urteils (Anm. 96).

¹⁸³ Dass er den Rechtsweg vor den D.C. Circuit für ausreichend hält, hatte Scalia schon in seiner *dissenting opinion* in *Hamdan* geäußert, *Hamdan v. Rumsfeld*, S. 655, 670- 676 des Urteils (Anm. 19) (Scalia, J. *dissenting*,). Skeptisch auch Stuckenberg (Anm. 93), 85, 93.

¹⁸⁴ Allerdings würden sie spätestens im Rechtsmittelverfahren gegen die Entscheidung des District Court im *habeas*-Verfahren regelmäßig wieder vor dem D.C. Circuit landen.

¹⁸⁵ Die rechtlichen Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes sind in den USA weit weniger geklärt als im deutschen Verfassungsrecht. Nichtigkeit ist nicht die zwingende Folge der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes.

keine kategorialen Unterschiede bestehen, sondern es sich wegen der Nichtgewährung bestimmter Verfahrensrechte bzw. ihrer nicht hinreichenden Ausgestaltung um eine Mischung aus qualitativ-quantitativen Divergenzen handelt. Dieser Ausgang entspräche freilich nicht dem Kalkül der Mehrheit. Roberts mutmaßt, dass es der Judikative nicht um die konkrete Adäquanz eines bestimmten Prüfungsverfahrens ging, sondern um die Stärkung der Rolle der Judikative auf Kosten der Legislative. Den Bundesgerichten solle die Kompetenz zustehen, die Verfahrensstandards zu konkretisieren, nicht jedoch dem Kongress. Es geht also um die Kontrollmacht über die Regeln, welche den Prüfungsprozess lenken und in einem größeren Kontext um die Bestimmung der Parameter für den Umgang mit *enemy combatants*. Um dieses Ziel zu erreichen, muss der Fluss der Fälle anders kanalisiert werden, als in DTA und MCA vorgesehen, nämlich zu den District Courts und schlussendlich *ex parte* zum Supreme Court. Hierzu bedurfte es der Begründung einer exterritorialen Anwendbarkeit des *writ of habeas corpus* und einer Verneinung der Adäquanz des offerierten Ersatzverfahrens.

F. *Judicial Politics* – Die Wiederentdeckung des *writ of habeas corpus* als rechtspolitisches Kampfinstrument

Lässt man die vorstehenden Abschnitte Revue passieren, kristallisiert sich der gemeinsame Nenner der einzelnen Begründungsabschnitte heraus. Der *writ of habeas corpus* wird zu rechtspolitischen Zwecken instrumentalisiert. Damit feiert der *writ* eine erstaunliche Renaissance. Wie schon während der *battle of courts* wird er als Kampfinstrument in institutionellen Konflikten genutzt. Damit knüpft er zugleich an seine historischen Wurzeln im *Assize of Clarendon* an. Das vermeintliche Freiheitsrecht des *writ* offenbart unter dem individualrechtlichen Schleier das Gorgonenhaupt des *prerogative writ*. Nur sind es diesmal die Gerichte, die unter Abtrennung von den Prärogativen des Parlaments als unmittelbar gewähltem Repräsentanten des Volkssouveräns ihre eigenen Anliegen verfolgen.¹⁸⁶ Um dies zu legitimieren bzw. argumentativ zu verkleiden, muss auf die Freiheitsrechte als natürliche Schranke der Parlamentsmacht zurückgegriffen werden.¹⁸⁷ Deutlich wird dabei, um welche Art von Streit es in *Boumediene* eigentlich geht. Im Ringen um die extraterritoriale Anwendbarkeit des *writ* aktualisiert sich ein schwerer Gewaltenteilungskonflikt, in dem Judikative und Kongress (im Verbund mit der Exekutive) aufeinanderprallen.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Dies verkennen Book/Genuss (Anm. 28), 332.

¹⁸⁷ Man konnte sich nicht mehr wie in *Hamdan* als Sachwalter der Interessen einer anderen Gewalt, namentlich der Legislative, gerieren.

¹⁸⁸ Der Aspekt der Gewaltenteilung wird in zwei Facetten relevant. Zum einen geht es um die Verfassungsmäßigkeit der Restriktion des 28 U.S.C.A., § 2241. Zum anderen geht es aber auch um die Zuständigkeit für die Festlegung der Verfahrensstandards innerhalb eines *habeas*-Verfahrens oder seiner Surrogate, also ob diese dem Kongress – wie von diesem implizit durch Verabschiedung von DTA und MCA angenommen – zusteht oder einem Bundesgericht zufällt.

I. Die Offenheit US-amerikanischer Verfassungsdogmatik als Einfallstor

Das Hochinteressante am Fall *Boumediene* ist, dass sich dieser Metakonflikt in das Gericht hinein überträgt. Die Judikative präsentiert sich im Supreme Court keinesfalls als monolithischer Block. Es sind drei Lager auszumachen, die in ihrer rechtstheoretischen und -politischen Positionierung die jeweiligen Interessen der Gewalten verkörpern und verfechten. Möglich wird diese Art der *judicial politics* durch die Struktur des US-Verfassungsrechts, das seit jeher eine offene Flanke für die Einbringung der juristischen Überzeugungen der Richter aufweist.¹⁸⁹ Während kontinental-europäische Juristen Recht als ein kohärentes System von Regeln und Prinzipien verstehen, in dem jeder Rechtssatz auf seinen systematischen Stellenwert zu befragen und in den Gesamtzusammenhang des jeweiligen Gesetzes und der Rechtsordnung insgesamt zu stellen ist,¹⁹⁰ sehen US-amerikanische Juristen Recht gerne als Produkt eines adversatorischen Konflikts zwischen Interessengruppen, das organisch und einzelfallorientiert wächst.¹⁹¹ Selbst Verfassungsrecht wird mehr instrumentalistisch denn idealistisch gesehen. Politische Strukturen und allgemeine Rechtskultur fördern deshalb den adversatorischen Zusammenstoß, um im Kampf der Interessen innovatives Recht zu schaffen,¹⁹² auch zu Lasten der systematischen Kohärenz und der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung. Es gehört zu den grundlegenden Ideen dieses *adversarial legalism*, über Klageverfahren und *judicial review* politische Verantwortlichkeit zu gewährleisten und die Rechtsentwicklung zu beeinflussen. Das Justizsystem ist traditionell offen für die Nutzung des Innovationspotentials von aktivistischen Individualklagen, bei denen Anwälte quasi als Normunternehmer gezielt Gerichte anrufen, um sie zur Schöpfung neuer Rechtsinstitute oder dogmatischer Figuren zu treiben.¹⁹³ Fest eingeplant ist dabei die Kreativität und Kühnheit einer politisch ausgewählten Justiz als Selektions- und Implementierungsinstanz für diese Anliegen. Daher muss sich auch der analysierende Blick weg von den verbürgten Normen hin zur verfolgten Interessenpolitik richten. Aufgrund dieser Strukturen ist es unerlässlich, sich mit den intellektuellen und politischen Dynamiken innerhalb des Supreme Court zu befassen, um Aussagen und Tragweite einer Entscheidung vollständig erfassen zu können.

¹⁸⁹ In den 1950er und 1960er Jahren nutzte der Supreme Court unter Chief Justice Warren den *writ of habeas corpus* als Instrument verfassungsrechtlicher Transformation, um im Wege der *selective incorporation* der *Bill of Rights* die Erhöhung der prozessrechtlichen Standards im Strafrecht der Einzelstaaten zu erzwingen.

¹⁹⁰ Rütters, *Rechtstheorie*, 2. Aufl. 2005, Rn 139.

¹⁹¹ Fallon/Meltzer (Anm. 9), 2240 ff., verwenden als Etiketten *Common Law Model* und *Agency Model*, um diesem Unterschied Ausdruck zu verleihen.

¹⁹² Kagan, *Adversarial Legalism*, 2003, 40, 58.

¹⁹³ Vgl. *ibid.*, 22, 33, 35.

II. Die Lager innerhalb des Supreme Court

Bei Fragen der nationalen Sicherheit weist der Supreme Court gegenwärtig drei Lager auf.¹⁹⁴ Es konkurrieren die *executive unilateralists*, die vertreten, dass Gerichte und Gesetzgeber in Krisenzeiten große Zurückhaltung gegenüber der Exekutive praktizieren sollen,¹⁹⁵ die *democratic process theorists*, die sich vor allem um die Trennung von exekutiven und legislativen Kompetenzen besorgt zeigen und auch in Krisenzeiten fordern, dass alle grundrechtsrelevanten Aktivitäten der Exekutive vom Kongress autorisiert sind,¹⁹⁶ und Liberale (*civil libertarians*), die auch in Notstandssituationen sicherstellen wollen, dass Bürgerrechte nicht verletzt werden.¹⁹⁷ Die zweite und dritte Gruppe unterscheiden sich in ihrem Verständnis über das Vorrangverhältnis der Legislative gegenüber Minderheitenrechten oder rechtsstaatlichen Prinzipien. Während für erstere ein Parlamentsgesetz als Legitimation hinreicht, sehen letztere darin nur eine notwendige Legitimationsvoraussetzung, die aber noch nichts über die Vereinbarkeit mit Grundrechten aussagt. Diese Kategorien sind zwar als Idealtypen zu verstehen, da es in der Rechtswirklichkeit durchaus Aufweichungen und Überlappungen zwischen den Lagern geben kann, doch ist innerhalb des Supreme Court eine Zuordnung zur Zeit nicht nur besonders leicht möglich, sondern auch besonders erhellend für das Verständnis der Begründung und die Entwicklungsrichtung des Gerichts gegenüber dem Fall *Hamdan*.

Vor Erlass von DTA und MCA standen dem exekutivistisch-unilateralistischen Lager mit Roberts, Alito, Thomas und Scalia die vorrangig demokratietheoretisch oder liberal orientierten Richter geschlossen gegenüber. Der Bruch kündigte sich in *Hamdan* an. Während der eine Teil mit Stevens als Verfasser der

¹⁹⁴ Aufgrund dieser gerichtlichen Dynamiken erscheint auch die Differenzierung nach *Agency Model* und *Common Law Model* bei Fallon/Meltzer (Anm. 9), 2040 ff., zur Beschreibung der Attitüden und Philosophien der Gerichte als Ganzes weniger überzeugend.

¹⁹⁵ Posner/Vermeule (Anm. 12), 3 – “When national emergencies strike, the executive acts, Congress acquiesces, and courts defer.”

¹⁹⁶ Ein ähnlicher Ansatz wird in der Rechtswissenschaft von Ackerman (Anm. 82), 1 ff., 77 ff., vertreten, der die Idee einer *Emergency Constitution* entwickelt. Die zentralen Beschlüsse, ob eine Notstandslage eingetreten ist, sie noch andauert sowie essentielle Parameter für das Handeln von Exekutive und Judikative sollen danach von der Legislative unter besonders qualifizierten Mehrheitserfordernissen (*supermajorities*) getroffen werden; ders., 113 Yale Law Journal 1029 (2005), 1047 ff. Dazu kritisch Cole, 113 Yale Law Journal 1753 (2004), 1759 ff.

¹⁹⁷ Gegen diese Auffassung nunmehr dezidiert mit umfangreicher, aber inhaltlich in vielfacher Hinsicht kritikwürdiger Argumentation, Posner/Vermeule (Anm. 12), 5, 12, 31, 274 – Die Auffassung der *civil libertarians* beruhe auf unplausiblen Prämissen, die zu schwach seien, um die Vermutung zu Gunsten der Gültigkeit von Regierungsmaßnahmen in Zeiten des Notstandes zu überwinden. Gerichtliche Kontrolle solchen Handelns sei nicht förderlich, da es keine Anhaltspunkte dafür gebe, dass die Judikative über die nötigen Informationen verfüge und hinreichend qualifiziert sei, um die politischen Richtungsentscheidungen der Regierung in Krisenzeiten zu hinterfragen; die Exekutive sei systematisch, insbesondere durch Zugang und Beschaffung von Informationen sowie analytische Kapazitäten, in einer deutlich besseren Position, um die Geschicke des Landes zu lenken und einen Ausgleich zwischen Sicherheit und Freiheit zu finden; dazu auch Lawson, 87 Boston University Law Review 289 (2007).

tragenden Pluralitätsauffassung weiterhin auf den Schutz von Freiheitsrechten abhob,¹⁹⁸ monierte Breyer (mitgetragen von Ginsburg, Souter und Kennedy) primär den Widerspruch zum Willen des Parlaments, verkörpert im UCMJ, und identifizierte das Fehlen einer gesetzlichen Ermächtigung durch den Kongress als Grund für die Verfassungswidrigkeit des Handelns der Exekutive. Mit der Verabschiedung des MCA, der die geforderte Autorisierung des Kongresses (nach)lieferte, drohte somit die Spaltung. All jene, die zuvor die demokratiethoretische Argumentation forciert hatten, schwenkten nun jedoch ins liberale Lager, für das Kennedy die Mehrheitsmeinung verfasste; und zwar – insofern zwangsläufig – auf der Grundlage einer Theorie, die den *writ of habeas corpus* als Bürgerrecht proklamiert. Es scheint also, dass unter den gegebenen politischen Machtverhältnissen das Demokratieprinzip nicht als ausreichendes Korrektiv gegenüber den Sicherheitsinteressen im Kampf gegen den Terrorismus wahrgenommen wird, denn die Gerichtsmehrheit stemmt sich gegen ein Gesetz, das mit überwältigender, parteiübergreifender Mehrheit verabschiedet wurde. Insofern sollte man auch nicht voreilig und quasi gewohnheitsmäßig Kennedy als einzig entscheidende *swing vote* in diesen Fällen ansehen. Der Schwenk Breyers ist von ebenso großer Tragweite. Kongress und Exekutive ist es durch ihr konzertiertes Vorgehen nicht gelungen, *executive unilateralists* und *democratic process theorists* mehrheitsbildend zusammenzuführen. Eine knappe Mehrheit der Richter lehnt den unitarischen Ansatz vehement ab, und besteht auf einer angemessenen Balance zwischen den Gewalten. Auch im Kampf gegen den Terrorismus sei auf eine ausgewogene Teilhabe aller betroffenen Institutionen zu achten. Möglicherweise wird diese *institutional balance*, von der schon in *Hamdan* die Rede war,¹⁹⁹ zu einem neuen vereinigenden Leitbild. Vielleicht war es aber auch nur die besondere (rechtsmythologische) Strahlkraft des *writ of habeas corpus*, der neuen Zusammenhalt auf der Gegenseite gestiftet hat. Als Vehikel zur Durchsetzung der eigenen *policy preferences* in diesem institutionellen Richtungsstreit hat der *writ* seinen Dienst – ganz im Sinne seiner ursprünglichen Bestimmung und im Einklang mit seiner historischen Verwendung als Kampfinstrument in institutionellen Konflikten – jedenfalls vortrefflich geleistet. Es hat sich erneut gezeigt, dass der wichtigste Auslegungsgesichtspunkt von *habeas corpus* die Verteilung politischer Macht ist, die seine Anwendung bewirkt.²⁰⁰ Fürs erste hat der liberale Ansatz die Oberhand behalten. Es wird jedoch allen Beteiligten bewusst sein, dass die Rechtssache *Boumediene* nur das Präludium zu einer weiteren Serie erbitterter juristischer Auseinandersetzungen über Art und Ausmaß der zu gewährenden Verfahrensrechte in den *habeas corpus*-Verfahren und die Legitimation der Internierung von *enemy combatants* war.

¹⁹⁸ Vgl. Keller/Forowicz (Anm. 13), 8 f.

¹⁹⁹ Instruktiv auch in historischer Perspektive *ibid.*, 23 ff.; vgl. auch Lawson (Anm. 197), 299 ff.

²⁰⁰ So schon Duker (Anm. 29), 156.

G. Schlussbetrachtung

Der wesentliche rechtliche Ertrag der Entscheidung *Boumediene* ist die Wiedereröffnung des bundesrechtlichen *habeas corpus*-Verfahrens gem. 28 U.S.C.A. § 2241. Noch weitaus wichtiger ist jedoch die politische Botschaft. Der Supreme Court reklamiert für sich eine wesentliche Rolle im Kampf gegen den Terror. Er besteht auf einer *institutional balance*, die das gegenwärtige Katz und Maus-Spiel beendet. Der Supreme Court bestätigt damit einen Trend zu weniger Selbstbeschränkung bei der Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und -bewertungen sowie rechtlicher Beschlüsse der anderen Gewalten.²⁰¹ Die Erfahrung hat die Mehrheit gelehrt, dass es nicht genügt, auf demokratische Prozesse zu vertrauen, um hinreichenden verfassungsrechtlichen Schutz zu gewährleisten. Überraschend ist dies freilich nicht, stehen Mehrheitsprinzip und Minderheitenrechte doch in einem natürlichen Spannungsverhältnis. Der Tragweite dieses Vorstoßes ist sich die Mehrheit wohl bewusst. *Kennedy* beschließt die Mehrheitsauffassung nicht zuletzt deshalb mit beschwichtigenden Formeln zur Gewaltenteilung, die für die zu lösende Sachfrage gänzlich irrelevant sind.²⁰² Es stehe außer Frage, Kongress und Regierung in der Sicherheitspolitik weit reichende Entscheidungsspielräume zuzugestehen. Der Supreme Court habe aber darauf zu achten, dass die fundamentalsten Rechtsgrundsätze wie der Schutz der Freiheit gegen willkürliche Inhaftierungen dabei intakt bleiben. In der Gewaltengliederung der USA falle diese Aufgabe dem Supreme Court zu, und der *writ of habeas corpus* sei sein traditionelles Werkzeug zum Schutz der Freiheitsrechte und zur Austarierung der Gewaltenbalance.

Die Eröffnung des Rechtswegs ist dabei nur ein erster notwendiger Zwischenschritt zur Aufhellung der wirklich virulenten rechtlichen Probleme. Insofern mag man in der Entscheidung auch einen beträchtlichen Fortschritt sehen. Ein bahnbrechendes Grundsatzurteil kann in ihr trotz der Feststellung der extraterritorialen Anwendbarkeit von *Suspension Clause* und *writ of habeas corpus* nicht gesehen werden, eher die Verstetigung eines längerfristigen evolutiven Prozesses. Nachdem die Problematik des Rechtswegs bereinigt ist, wird sich die Aufmerksamkeit auf die präzise Ausarbeitung, welche Rechte bestehen und welche Haftgründe verfassungsmäßig sind, verlagern. Denn alle materiell wichtigen Fragen sind weiterhin offen. Die neuralgischen Punkte der Definition des *unlawful* oder *illegal enemy combatant*,²⁰³ der Legalität der Vernehmungsmethoden²⁰⁴ oder der Legitimation

²⁰¹ Keller/Forowicz (Anm. 13), 18.

²⁰² S. 2276 f. des Urteils (Anm. 96).

²⁰³ Dazu Dörmann, 85 *International Review of the Red Cross* 45 (2003), 45-48; Fallon/Meltzer (Anm. 9), 2309 – Definitionen in MCA und CSRT Establishing Order stimmen nicht überein und sind inhaltlich unpräzise; Keller/Forowicz (Anm. 13), 17; vgl. auch jüngst Überlegungen zum Kombattantenstatus in asymmetrischen Kriegen bei Hankel, in: *Die Macht und das Recht*, ders., (Hrsg.), 2008, 414, 439 ff.; zum möglichen Ursprung des Terminus: Walen/Venzke (Anm. 2), 856 f.; Margulies (Anm. 2), 157 ff.

²⁰⁴ Keller/Forowicz (Anm. 13), 33, 36.

der Internierung und ihrer Bedingungen²⁰⁵ harren noch einer Lösung. Daneben bleibt zu beleuchten, welche Verfahrensrechte den Betroffenen in Prüfungsverfahren konkret eingeräumt werden sollen. *Hamdan* hat diesbezüglich zwar eine wertvolle grundsätzliche Aufhellung geleistet, doch ist offen, ob den Gefangenen in Guantánamo die direkte Berufung auf die *due process clause* des *Fifth Amendment* offen steht oder welche besonders bedeutenden Freiheitsrechte zumindest ihrem Wesensgehalt nach selbst in Zeiten existenzieller Herausforderungen für die nationale Sicherheit zu wahren wären (*emergency due process*).²⁰⁶ Diesbezüglich hat die Mehrheit aber erst einmal den Grundstein für weitere Konfusion gelegt, da sie in *Boumediene* Öffnungsklauseln einführt, die die Bundesgerichte anhalten (regelmäßig einzelfallabhängig), den Geheimhaltungsinteressen von Militär und Geheimdiensten gegenüber Nachsicht walten zu lassen, so dass sich die künftig gewährten Standards in der Verfahrenspraxis faktisch denjenigen des DTA annähern könnten. Ähnlich apologetisch äußert sich die Mehrheit zur Frage der Legitimität der Internierung und ihrer Bedingungen. In einem *obiter dictum* gibt man zu verstehen, dass das Recht der Exekutive die materielle Kompetenz und hinreichenden Spielraum einräumen müsse, diejenigen zu verhaften und in Gewahrsam zu nehmen, die eine Gefahr für die Sicherheit der Bürger sind.²⁰⁷ Ein Ende von Guantánamo ist daher weder aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend, noch würden die genannten Probleme durch die Schließung des Internierungslagers, die von der neu gewählten US-Regierung beabsichtigt ist, auf einen Schlag obsolet.

Man darf allerdings auch nicht vom Urteil des Supreme Court enttäuscht sein, denn ein großer Wurf war nicht zu erwarten. Wer sich nach einem großen Durchbruch sehnt, verkennt die Dynamik der Auseinandersetzung. Schon seit Jahren werden die Fälle immer auf denkbar schmalster Grundlage unter Vermeidung jeglicher überschießender Präjudizierung entschieden. Dafür gibt es einen handfesten Grund. *Katyal*, der Prozessvertreter *Hamdan*s, erläutert, dass zumindest in Bezug auf die Geltendmachung von Individualrechten große Zurückhaltung angezeigt und ein abschließendes verfassungsrechtliches Testat des Supreme Court sogar zu vermeiden ist, da stets die große Gefahr besteht, dass die Entscheidung nicht positiv ausfällt, sondern das oberste Gericht die grundrechtseinschränkende Politik

²⁰⁵ Zur "Zivilinternierung" auf der Grundlage humanitären Völkerrechts jenseits der engen menschenrechtlichen Grenzen jüngst *Maierhöfer*, EuGRZ 2008, 449, 450 ff.; hierzu auch *Englerth*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 16 (2008), 397, 428 ff.

²⁰⁶ Dazu *Ackerman* (Anm. 82), 112 ff. *De Londras* bemängelt die unzureichende Beachtung der internationalen Menschenrechte durch den Supreme Court, *Israel Law Review* (2008), im Erscheinen, abrufbar unter <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1123465>.

²⁰⁷ *Maierhöfer* (Anm. 205), 449, argwöhnt daher, dass die Entscheidung sich als Pyrrhussieg entpuppen könnte. Diese Unsicherheit hätte sich für *Englerth* (Anm. 205), 397, 431, vermeiden lassen, wenn das Gericht die Antragsteller kategorial von Kombattanten in bewaffneten Konflikten unterschieden und als vermeintliche Straftäter behandelt hätte. Allerdings hatte die Regierung im Einklang mit den zuvor befassten bosnischen Gerichten die strafrechtlichen Vorwürfe, namentlich einen geplanten Anschlag auf die US-Botschaft in Sarajevo, zwischenzeitlich fallen gelassen.

der Regierung ratifiziert.²⁰⁸ Dieses Risiko sei so gering wie möglich zu halten, indem keine unnötige Angriffsfläche für negative Feststellungen geboten wird. Gerade die Anwälte der Internierten gingen immer behutsamer vor und reduzierten Streitgegenstand und Argumentation auf einen Mindestkern, um abschlägige Entscheidungen zu vermeiden. Zur Konsequenz hat dies eine Strategie der kleinen Schritte, die wegen der großen Risiken für alle Seiten, die das Rechtssystem mit sich bringt, keine umwälzenden Leitentscheidungen mehr erwarten lässt. Die eher inkrementelle Entscheidungsserie wird sich in einem Abnutzungskampf gegenüber dem Erfindungsreichtum der Exekutive und den legislativen Autorisierungen des Kongresses fortsetzen. Man stößt also auf sehr viel Taktik und weit weniger Dramatik, als es die Berichterstattung erwarten ließ. Gleichwohl darf die Dimension des Gewaltenteilungskonflikts als solche keinesfalls unterschätzt werden. Die Verfahren sind eine schwere Belastungsprobe für das amerikanische Verfassungsgefüge.²⁰⁹ Wenn von Seiten der Mehrheit in *Boumediene* betont wird, dass der *Supreme Court* das Urteil als den Beginn eines konstruktiven Dialogs mit den anderen Gewalten über den bestmöglichen Weg, die Werte der Verfassung zu achten und gleichzeitig die Nation vor Terrorismus zu schützen, ansieht,²¹⁰ wird das wahre Ausmaß der Spannungen beschwichtigend überspielt. Tatsächlich handelt es sich um den großen verfassungsrechtlichen Konflikt unserer Zeit: das Aufeinanderprallen von Legislative und Judikative. Der *Supreme Court* hat in *Boumediene* mitnichten einem überbordenden Exekutivunilateralismus Einhalt geboten, sondern essentielle Teile eines Parlamentsgesetzes für verfassungswidrig erklärt. Es geht somit um die Auflösung einer Kollision von Menschenrechten und Rechtsstaatsprinzip mit dem Demokratieprinzip, die sich in der höchstrichterlichen Überprüfung von Antiterrorgesetzgebung materialisiert. Dieser grundsätzliche Konflikt ist als Phänomen allerdings kein Spezifikum, das auf die USA unter der Bush-Administration beschränkt wäre. Ein vergleichbarer verfassungsrechtlicher Richtungsstreit ist in nahezu allen westlichen Ländern ausgebrochen, die aktive Maßnahmen im Kampf gegen den internationalen Terrorismus getroffen haben. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu Rasterfahndung, Luftsicherheitsgesetz, Online-Durchsuchung oder Vorratsdatenspeicherung, des britischen House of Lords zu den *control orders* oder des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft in Sachen der EU-Terrorlisten sind nur die prominentesten Beispiele für die Spannungen, die sich zwischen der Judikative und der Legislative, die freilich oft im Einklang mit oder gar auf Geheiß der jeweiligen Regierung agiert, zuspitzen. Wie diese Kollision aufgelöst werden wird, lässt sich nur schwer prognostizieren. Klar ist indessen, dass *habeas corpus* oder ein nationales Äquivalent als Medium im Dialog der Gewalten fungieren werden. Die Eröffnung des Zugangs

²⁰⁸ Katal (Anm. 21), 1366. Diesen strategischen Aspekt übersieht Englerth (Anm. 205), 397, 426 ff.

²⁰⁹ So schon Stuckenberg (Anm. 2), 1151.

²¹⁰ S. 2277 des Urteils (Anm. 96).

zu Rechtsschutz und die Beanspruchung von Prüfungskompetenz werden maßgeblich für die Neujustierung der Machtverteilung zwischen den Gewalten sein.

Dem Antragsteller Boumediene und vier seiner Gefährten dürfte diese verfassungsstrukturelle Dimension freilich egal sein. Ihnen hat ein Bundesgericht mittlerweile den *writ of habeas corpus* gewährt, da es für ihre vermeintliche Verbindung zu Al-Qaida lediglich eine Informationsquelle gab, deren Identität zudem bis heute geheim gehalten wird.²¹¹

Summary²¹²

On the Case-Law of the US Supreme Court Concerning the Rights of the Guantánamo Detainees to Judicial Review of Their Detainment as “Enemy Combatants”

In its recent landmark decision in *Boumediene v. Bush*, the United States Supreme Court has ultimately ruled that foreign citizens detained as enemy combatants in Guantánamo Bay enjoy a constitutional right to *habeas corpus* and may petition United States federal courts to have the legality of their detention reviewed. A majority of five justices reasoned that the Suspension Clause of Article I § 9 cl. 2 of the United States Constitution, which stipulates the conditions for a suspension of the writ of *habeas corpus*, applies extraterritorially. Consequently, the executive and legislative branches of government were barred from stripping United States federal courts of their jurisdiction to hear *habeas corpus* cases in the absence of a formal suspension of the writ or an adequate and effective substitute for habeas. After a brief summary of the Guantánamo-related cases before the Supreme Court, which have paved the way for the judgment at issue, this article suggests that what appears to be a sound liberal reading of the Constitution and strong expression of the Court’s commitment to due process gives cause for serious concern on second thought. In the author’s mind, the extension of the extraterritorial application of the Constitution rests on an interpretation of the Suspension Clause and *habeas corpus* that might be at odds with the original purposes underlying the emergence of *habeas corpus* and the understanding of the Framers when they created the Suspension Clause in 1787. The article therefore explores the origins of *habeas corpus* in medieval England, closely follows its development over time until its arrival in the American colonies and finally scrutinizes its adaptation in the United States’ constitutionalization process. It contrasts these findings with the argumentation of the Supreme Court which is described and explained in greater detail in the course of this examination.

The article elaborates that habeas corpus has for most of its existence not been understood as a constitutional right but a procedural instrument to implement the prerogatives of the sovereign, that is, the king and later parliament. Over centuries the writ of habeas corpus has proven its superb capacity as a vehicle to tip the scales in institutional conflicts

²¹¹ *Boumediene v. Bush*, Nr. 04-1166, Memorandum Order, 20.11.2008, L e o n, J., abrufbar unter <https://ecf.dcd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?2004cv1166-276>.

²¹² Summary by the author.

within or between various branches of government. It is this function that once again materializes in *Boumediene*. The author seeks to uncover how the Great Writ is abused as a screen on which the conflicting factions in the Supreme Court project their readings of the Constitution in order to enforce their respective jurisprudential preferences. Against this backdrop, the final section of the article illuminates the dynamics of judicial politics inside the Supreme Court in the Guantánamo cases to provide a better understanding for the lines of argumentation in both *Boumediene* and future conflicts to which the decision gives rise. Before *Boumediene*, the Supreme Court was divided into three groups, namely executive unilateralists, democratic process theorists, and civil libertarians. Especially the *Hamdan* case features clear-cut expositions of these conflicting strands of thought. Since *Boumediene* dealt with a jurisdiction-stripping statute, passed by Congress with an overwhelming bipartisan majority, the executive unilateralists sensed an opportunity to win over democratic process theorists. This potential shift of majorities necessitated resort to a liberal theory of *habeas corpus* as a constitutional right in order to forge an alliance between these factions. In this respect, the majority had to construe *habeas corpus* in a way as to embody a basic human right.

Although the majority thus emphasized civil liberties' protection over majority rule in *Boumediene*, the article concludes that the judicial battle is not yet won or over for the Guantánamo detainees. The next round of litigation is already looming on the horizon. This second generation of enemy combatant cases will concentrate on the scope of due process rights which the Bill of Rights affords detainees and their balancing against national security interests.