

Mathias Kohler\*

## Der *Supreme Court* und *Habeas Corpus* im „*War on Terror*“

### Abstract

Diese Bestandsaufnahme betrachtet das US-amerikanische Haftprüfungsrecht, hier verstanden als funktionaler Teil der Gewaltenteilung. Sie analysiert vier wegweisende Urteile des *Supreme Courts* aus der Zeit nach dem 11. September 2001 und nimmt eine wissenschaftliche sowie historische Einordnung vor. Die Argumentation der Regierung in den vier Fällen lässt erkennen, dass der Grund für die Wahl militärischer (anstatt polizeilicher) Mittel im „*War on Terror*“ in der Vermeidung des etablierten gerichtlichen Haftprüfungsverfahrens liegt. Der *Supreme Court* lässt zwar keinen rechtsfreien Raum entstehen, wohl aber „Räume besonderen Rechts“, in welchen die Exekutive ohne wesentlichen Widerstand der beiden anderen Gewalten unter den Vorzeichen eines informellen Verteidigungsfalles agieren darf.

This article takes inventory of *habeas corpus* in the United States, understood here mostly as a functional component of the separation of powers. It analyzes four landmark rulings of the *Supreme Court* since September 11, 2001 and locates them within their historic context and the legal academy. The government's position in the four cases leads to the conclusion that its choosing of military means, rather than police means, in the "*War on Terror*" was done to sidestep the well-established *habeas* review. Even though the *Supreme Court* did not allow for the creation of an extra-legal spaces, it did assent to "*spaces of special law*", where the executive – without meaningful review by the two other branches – can operate within the framework of an informal state of emergency.

---

\* Der Verfasser studiert im Masterstudiengang *Global History* mit interdisziplinärer Ausrichtung an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Er absolvierte sein Bachelorstudium in Geschichts- und Politikwissenschaften ebenda und war Hilfskraft an der Professur für Angewandte Geschichtswissenschaft – Public History (Prof. Dr. Cord Arendes). Zurzeit studiert er für ein Jahr an der University of Massachusetts in Amherst. Der Beitrag basiert auf einer Bachelorarbeit, die von Prof. Dr. Manfred Berg (Curt-Engelhorn-Professur für Amerikanische Geschichte) und Prof. Dr. Cord Arendes (s.o.) betreut wurde. Übersetzungen aus dem Amerikanischen stammen vom Verfasser.

## A. Einleitung

Die Gewaltenteilung ist ein Grundpfeiler moderner Verfassungsdemokratien. In tatsächlichen oder vermeintlichen Ausnahmesituationen steht sie jedoch häufig im Zentrum politischer und rechtlicher Konflikte. Eine verbreitete Wahrnehmung ist, dass es im Nachklang des 11. Septembers 2001 in den Vereinigten Staaten zu einer „Aushöhlung“ der Gewaltenteilung gekommen ist. Doch wie ist es dort seit diesem eindrücklichen Tag tatsächlich um die Gewaltenteilung bestellt? Dieser Frage zwischen Zeitgeschichte und Recht will der vorliegende Beitrag nachgehen. Im Zentrum steht *Habeas Corpus*, das Recht eines Festgenommenen auf unverzügliche Haftprüfung vor Gericht, hier aber nicht als Individualrecht verstanden, sondern als funktionale Ausprägung des Gewaltenteilungsprinzips. Der „*War on Terror*“ dient dabei als zeitliche sowie sachliche Eingrenzung des Themas. Konkret soll die einschlägige Rechtsprechung des *Supreme Courts* analysiert werden. Wo es unerlässlich ist, werden auch die jeweiligen Instanzenwege oder zugrundeliegende Präzedenzfälle betrachtet.

Im Vordergrund steht eine Bestandsaufnahme: Welche Rolle hat die Judikative seit dem 11. September 2001 bei der Inhaftierung sogenannter *unlawful enemy combatants* gespielt? Vier wegweisende Urteile des *Supreme Courts* sollen analysiert und in den zeithistorischen Kontext eingeordnet werden. Das Urteil in *Rasul v. Bush* (2004) dient als Einstieg, gefolgt von *Hamdi v. Rumsfeld* (2004), *Hamdan v. Rumsfeld* (2006) und *Boumediene v. Bush* (2008). Diese Auswahl ist im Hinblick auf Charakter und Tragweite der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf diesem Feld einigermaßen repräsentativ.<sup>1</sup>

Eine kurze Vorbemerkung deutet den zeitgeschichtlichen Rahmen der Urteile an (**B.**). Bei der dann folgenden Analyse (**C.**) der Fälle steht naturgemäß jeweils das Mehrheitsvotum im Fokus. Auch die Sondervoten verdienen aber eine kurze Betrachtung. Ziel ist es, die vom *Gericht* zugrunde gelegte Vorstellung von der Rolle der Judikative im "*War on Terror*" herauszuarbeiten. Die Wissenschaft wird (unter **D.**) ebenfalls zu Wort kommen. Ein Fazit wird schließlich die Erkenntnisse zusammenführen und einordnen (**E.**).

Es liegt bei Fragen der Gewaltenteilung auf der Hand, dass der *Supreme Court* auch über seine eigenen institutionellen Interessen zu Gericht sitzt. Obwohl die dem *Common Law* immanente Präzedenzwirkung von Rechtsprechung grundsätzlich allen Gerichten eine rechtsetzende Funktion beimisst, besitzt der *Supreme Court* in der Praxis doch eine besondere Monopolstellung (insbesondere

---

<sup>1</sup> Wo Urteile nicht im Seitenformat der *U.S. Reports* vorlagen, werden die Volltexte einheitlich aus den *International Legal Materials* (ILM) zitiert.

bei der Auslegung des Verfassungsrechts), die die Fokussierung dieses Beitrags auf das *höchste Gericht* rechtfertigt. Hohe Hürden machen ein „Überstimmen“ des unilateralen Richterrechts in der Praxis unwahrscheinlich: Es bedürfte dazu eines konzertierten Handelns der anderen Gewalten. Bei der Analyse wird im Einzelfall abzuwägen sein, in welchem Maß institutionelle Interessen oder auch politische Färbungen einzelner Richter bei der Urteilsfindung eine Rolle gespielt haben (könnten).<sup>2</sup> Vieles wird dabei spekulativ bleiben.

„In [...] den [USA] oder der [BRD] entzündeten sich Debatten über das Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaat an der Funktion des politisch einflussreichsten Organs, des Verfassungsgerichts.“<sup>3</sup>

Es ist das Laster des Historikers, auch kleinsten Details seiner Quellen mehr oder minder offensichtliche Subtexte zuzuordnen. Das mag dem Juristen stellenweise nebensächlich oder weit hergeholt erscheinen. Dort, wo das Rechtssystem aber auf historischen Vergleichen aktueller Fälle mit Präzedenzfällen beruht, ist eine historische Kontextualisierung unerlässlich. Es ist gerade die Betrachtung der Subtexte und des Vabanquespiels der Akteure, welche eine solche historische Einordnung erst möglich macht.

## B. Die zeitgeschichtlichen Hintergründe

Nach dem 11. September 2001 vollzog sich im Schatten des hier vorwiegend außenpolitisch verstandenen „*War on Terror*“ in den USA eine rapide Änderung der politischen Kultur, der Sicherheitsgesetze und des Selbstverständnisses der Exekutive. Die verfassungsmäßigen und einfachrechtlichen Grenzen wurden dabei oft gedehnt, gelegentlich auch ganz durchbrochen. Es drängt sich der politikwissenschaftliche Begriff der „Versicherheitlichung“ auf. Die vom Kongress mit breiter Mehrheit verabschiedete „*Authorization for the Use of Military Force*“ (AUMF) datiert vom 18. September 2001. Die *Bush-Administration* und ihre Nachfolger nutzen diese Ermächtigung seitdem als Blankoscheck für jedwede neu begonnene kriegerische Handlung. Diese Praxis ist umstritten: Die „*War Powers Clause*“ der U.S. Constitution (Art. I, Sec. 8, Cl. 11) schlägt allein dem Kongress das Recht zu, Kriege zu erklären, und wird allgemein als gleichzeitiges Verbot einer von der Exekutive unilateral betriebenen, militärischen Eskalation gedeutet.

---

<sup>2</sup> Hierzu unbedingt: *Nelson/Ringsmuth*, Inter-Institutional Dynamics: Assessments of the Supreme Court in a Separation of Powers Context, *Political Behavior* 35 (2013), 357 (insb. 359–361).

<sup>3</sup> *Habermas*, Politische Theorie, 2009, S. 158.

Innenpolitisch wurde, befördert von ungewöhnlicher Einmütigkeit der beiden großen Parteien, die Sicherheitsgesetzgebung drastisch verschärft, z.B. durch den „*Patriot Act*“ vom Oktober 2001. Im empört-aufgeregten, patriotisch-nationalistischen Klima wurden Stimmen gegen die neue Politik schnell als unamerikanisch oder gar antiamerikanisch abgestempelt.<sup>4</sup>

Eine konkretere Entwicklung war die Gefangennahme angeblicher feindlicher Kombattanten im Ausland und deren Internierung. Die entstandenen Freiräume nutzte die US-Regierung aber auch zur Verfolgung von Staatsbürgern im Inland. In beiden Bereichen basierte die Internierung in der Regel nicht auf nachgewiesenen Straftaten, sondern auf nachrichtendienstlichen Einschätzungen der potentiellen Gefahr und der potentiell durch Verhöre zu gewinnenden Informationen. Die Folter, die viele Gefangene erlitten, wurde nach ihrem Bekanntwerden von der Regierung mit dem Euphemismus der „verschärften Verhörmethode“ als notwendiges nachrichtendienstliches Mittel propagiert. Auch die Übergabe Gefangener an Drittstaaten, die bekanntermaßen Folter einsetzen würden, wurde rhetorisch in die Nähe alltäglicher Auslieferungen gerückt. Zur Legitimation der neuen Machtfülle erlebte die „*Unitary Executive Theory*“ ein Wiederaufleben: Ein Staatsverständnis, demzufolge die Exekutive unabhängige, von anderen Gewalten *nicht zu kontrollierende Befugnisse* besitzt. Beispiele hierfür reichen bis zu den aktuelleren Debatten um die Fernmeldaufklärung der National Security Agency (NSA). Die Doktrin kann überspitzt mit einem Ausspruch *Richard Nixons* zusammengefasst werden: „*When the president does it, that means it is not illegal.*“<sup>5</sup>

Die Tatsache, dass der damalige *Chief Justice William Rehnquist*, 1998 ein Buch gerade über Bürgerrechte in Kriegszeiten veröffentlicht hatte, erscheint im Nachhinein wie ein ominöses Vorzeichen. In seinem Schlusskapitel „*silent leges inter arma*“ unterstreicht er seine Überzeugung, dass die Befugnisse der Exekutive, Bürgerrechte einzuschränken, zwar in parlamentarisch sanktionierten Kriegen am größten, aber auch in Abwesenheit einer parlamentarischen Ermächtigung doch immer noch vorhanden seien. Er rechne jedenfalls in beiden

---

<sup>4</sup> Einen diskurshistorischen Abriss des „*War on Terror*“ bietet *Adler*, *Doppelte Hegemonie*, 2015, S. 60 ff.

<sup>5</sup> Nixon wurde gefragt: „Would you say that there are certain situations [...] where the president can decide that it's in the best interests of the nation, and do something illegal?“, vgl. *The Guardian*, I have Impeached myself, Edited transcript of David Frost's interview with Richard Nixon broadcast in May 1977, 7.9.2007, abrufbar unter: <https://www.theguardian.com/theguardian/2007/sep/07/greatinterviews1> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

Fällen damit, dass die Gerichte Behauptungen der Regierung über äußere Zwänge ggf. sehr genau prüfen würden.<sup>6</sup>

## C. Die Fälle

### I. *Rasul v. Bush*

#### 1. Die Ausgangslage

Die Kläger im Fall *Rasul vs. Bush* waren Guantánamo-Häftlinge, konkret zwei Briten, zwei Australier und zwölf Kuwaiter. Verwandte hatten in ihrem Namen vor dem *D.C. District Court* Haftprüfung nach 28 U.S. Code § 2241<sup>7</sup> beantragt. Persönlicher Zugang zu Gerichten oder Rechtsbeistand wurde ihnen verwehrt. Sie reklamierten, keiner von ihnen sei jemals freiwillig an Kampfhandlungen oder terroristischen Akten beteiligt gewesen, sie würden auch keines anderen Verbrechens wegen beschuldigt. Der *District Court* wies die Klage mangels örtlicher Zuständigkeit ab, die Berufung vor dem *D.C. Circuit Court* verlief erfolglos. Der *Supreme Court* ließ die erneute Berufung am 10.11.2003 zu.

„These [cases] present the narrow but important question whether [U.S.] courts lack jurisdiction to consider challenges to the legality of the detention of foreign nationals captured abroad in connection with hostilities and incarcerated at [Guantánamo Bay].“<sup>8</sup>

*Justice Stevens* identifiziert in diesem einleitenden Satz die für Mehrheit der Richter zentralen Rechtsfragen: Fragen nach der geographischen Reichweite der Zuständigkeit von Bundesgerichten in Haftprüfungssachen, nach dem Status der Kläger (Straf- oder Kriegsgefangene?), nach dem territorialen Status des Haftortes und implizit auch nach der Rolle der Judikative in einem asymmetrischen Krieg. Institutionelle Eigeninteressen sind also unweigerlich berührt.

Die Regierung hatte in den vorherigen Instanzen – wie in der Öffentlichkeit – argumentiert, es handele sich *weder* um Straf- *noch* um Kriegsgefangene, sondern um eine dritte Kategorie: „*Unlawful enemy combatants*“, welche keinerlei rechtlichen Schutz genossen. Mit Blick auf die territoriale Frage hatte die Regierung auf den Wortlaut des Abtretungsabkommens mit Kuba verwiesen: Da es sich nicht um US-Staatsgebiet handele, sei eine Zuständigkeit von Bundesgerichten schon *a priori* ausgeschlossen.

<sup>6</sup> *Rehnquist*, *All the Laws but One, Civil Liberties in Wartime*, 10. Aufl. 2000, S. 218-225.

<sup>7</sup> Wortlaut: „Writs of habeas corpus may be granted by the Supreme Court, any justice thereof, the district courts and any circuit judge *within their respective jurisdictions*“, Hervorhebung durch den Autor.

<sup>8</sup> *Rasul v. Bush*, 43 ILM 1207 (2004), 1207.

## 2. Die Präzedenzfälle

Zum Verständnis sollen einschlägige Präzedenzfälle zurate gezogen werden: Die Regierung berief sich z.B. auf *Johnson v. Eisentrager* (1950). Kläger dort waren Deutsche, die von US-Streitkräften in China festgesetzt, vor Ort wegen Kriegsverbrechen angeklagt und verurteilt und schließlich in Landsberg am Lech inhaftiert worden waren.<sup>9</sup> Der *D.C. District Court* hatte hier die Haftprüfung mangels örtlicher Zuständigkeit abgelehnt, der *D.C. Circuit Court* hatte damals jedoch widersprochen: Handlungen der Regierung seien unbedingt der gerichtlichen Prüfung unterworfen, wenn sie Freiheitsentzug zur Folge hätten.

Der *Supreme Court* stellte daraufhin klar: Weder die Staatsangehörigkeit der Kläger noch der Ort der Tat, der Verurteilung oder der Inhaftierung (alle außerhalb der USA) könnten eine Zuständigkeit von US-Bundesgerichten begründen. Die Interpretation des 28 U.S. Code § 2241 hierzu entnahm das *Gericht* dem zwei Jahre älteren Fall *Abrens v. Clark* (1948).<sup>10</sup> Demzufolge können Gerichte nur Haftprüfungsanträge eines Klägers behandeln, welcher im jeweiligen Gerichtsbezirk festgehalten wird.

Diese streng territoriale Auslegung des einfachen Rechts stand später auch in *Braden v. 30th Judicial Circuit Court* (1976) im Zentrum und wurde mit einer Verhältnismäßigkeitsabwägung aufgeweicht, wenn auch formal nicht ganz aufgehoben.<sup>11</sup> *Braden* war in Kentucky Angeklagter in einem Strafprozess, floh aber noch vor dem Ende des Verfahrens aus der Untersuchungshaft. Später wurde er in Alabama verhaftet und dort wegen anderer Taten zu Haftstrafen verurteilt. Kentucky entschied, *Bradens* in Kentucky anhängiges Verfahren erst nach Verbüßung der Strafe in Alabama fortzuführen. *Braden* klagte sich hiergegen erfolglos durch alle Instanzen Kentuckys und beantragte schließlich beim *dortigen* Bundesgericht im Wege der Haftprüfung die Aufhebung des drei Jahre alten Haftbefehls. Der streng territorialen Auslegung des 28 U.S. Code § 2241 folgend wurde die Klage mangels örtlicher Zuständigkeit abgewiesen. *Braden* sei in Alabama inhaftiert, könne also nur dort Haftprüfung beantragen – siehe *Abrens v. Clark*. Der *Supreme Court* widersprach dem: Die territoriale Regel bestünde zwar weiter, sie lasse aber begründete Abweichungen zu.<sup>12</sup> Die Behandlung des Haftbefehls Kentuckys vor einem Bundesgericht mit Sitz in Kentucky sei hier unbedingt opportun und prozessökonomisch.

<sup>9</sup> *Rasul v. Bush*, 43 ILM 1207 (2004), 1209; vgl. *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950).

<sup>10</sup> *Abrens v. Clark*, 335 U.S. 188 (1948).

<sup>11</sup> So argumentiert zumindest später die Mehrheit in *Rasul v. Bush*, 43 ILM 1207 (2004), 1213 En. 9.

<sup>12</sup> Siehe *Braden v. 30th Judicial Circuit Court of Kentucky*, 410 U.S. 484 (1973), 494.

Ausführungen des *Supreme Courts* zu im Ausland festgehaltenen, ausländischen Staatsbürgern enthält keiner der Fälle. 1948 hatte die Mehrheit in *Abrens v. Clark* die Frage in einer Fußnote ausdrücklich dahinstehen lassen.<sup>13</sup> *Justice Rutledge* hatte die Mehrheit daraufhin in einem Sondervotum angegriffen: Die Frage erübrige sich durch die streng territoriale Auslegung des 28 U.S. Code § 2241:<sup>14</sup> solchen Personen stünde dann *kein* Rechtsweg offen. Das *Gericht* habe die Frage, die es explizit dahingestellt lasse, also bereits implizit entschieden.

Die Entwürfe zu diesem Sondervotum in *Abrens v. Clark* stammten von dem damaligen Referendar im Büro *Rutledge: John Paul Stevens*. Er kam seinerzeit zu dem Schluss, dass der Kongress mit 28 U.S. Code § 2241 – unbeschadet des Wortlauts – die Absicht hatte, die Zuständigkeit eher anhand der Erreichbarkeit des Inhaftierenden als anhand der des Inhaftierten zu regeln.<sup>15</sup> In *Rasul vs. Bush* kürt *Stevens* sich dann als dienstältester Richter der Mehrheit sicherlich nicht zufällig selbst zum Autor der Mehrheitsmeinung; der Mehrheitsmeinung, die dem auf seinen Entwürfen beruhenden Sondervotum von *Rutledge* in *Abrens* zu Präzedenzkraft verhilft.<sup>16</sup>

### 3. Die Entscheidung

Zur Entscheidung im Einzelnen: Über den Status der Kläger drückt sich das *Gericht* in Person von *Justice Stevens* vorsichtig aus und vermeidet eine Festlegung. Die Vorsicht ist erklärbar: Die Frage, ob es neben Straf- und Kriegsgefangenen eine dritte Kategorie geben kann, verlockt zur umfassenden Klarstellung. Sie ist jedoch *nicht erforderlich*, um das Verfahren zu entscheiden. Zu befinden ist *nur* über örtliche Zuständigkeit. Ob Uneinigkeit unter den Richtern der Mehrheit oder löbliche Zurückhaltung hier entscheidend war, muss spekulativ bleiben.<sup>17</sup> Die "umgangssprachliche" Bezeichnung „*Unlawful enemy combatants*“ ist für den *formalen* Status i.S.d. Genfer Abkommen von 1949 bei Lichte betrachtet sowieso gänzlich unerheblich.<sup>18</sup> Mehr noch, die vier

<sup>13</sup> *Abrens v. Clark*, 335 U.S. 188 (1948), Fn. 4.

<sup>14</sup> Ebd., S. 195.

<sup>15</sup> Vgl. *Thai*, *The Law Clerk Who Wrote Rasul v. Bush*, *Virginia Law Review* 92 (2006), 501 (508 f. i.V.m. Fn. 43).

<sup>16</sup> Auf diesen besonderen Umstand wies *Joseph Thai* hin, vgl. *ebd.* (passim). *Thai* diente selbst als Referendar am *Supreme Court* – im Büro von *Justice Stevens*, gerade in der Zeit des *Rasul*-Verfahrens.

<sup>17</sup> Von einer versteckten *Zurückweisung* der Regierungs-Terminologie spricht hier *Osborn*, *Rasul v. Bush*, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 40 (2005), 265 (274).

<sup>18</sup> Die Abkommen legen kriegführenden Parteien eine Vielzahl humanitärer Pflichten auf. Sie sind zentraler Bestandteil des Völkerrechts. Einschlägig ist hier insbesondere: Geneva Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War, 12.8.1949, siehe <https://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/375> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

Abkommen – hier insbesondere der ihnen gemeinsame, menschenrechtlich geprägte Art. 3 – schützen Beteiligte und Unbeteiligte in einem Konfliktgebiet *gleichermaßen*.<sup>19</sup>

Mit Blick auf den territorialen Status Guantánamos war der *D.C. District Court* dem Argument der Regierung gefolgt: Kubas „ultimative Souveränität“ sei vertraglich festgeschrieben und schließe eine Zuständigkeit von US-Gerichten aus. US-Recht finde nur dann extraterritoriale Anwendung,<sup>20</sup> wenn das erkennbar die Absicht des Gesetzgebers sei. Die Mehrheit am *Supreme Court* widerspricht dem: Laut Vertrag übe die US-Regierung die „vollständige Rechtshoheit“<sup>21</sup> über das betreffende Gebiet aus. Das Urteil eines Bundesgerichts könne *de facto* Abhilfe schaffen, auch sei die Rechtshoheit der Bundesgerichte über die *Wächter* der Internierten unbestritten. Eine Zuständigkeit sei insofern begründet.<sup>22</sup>

Eine streng territoriale Auslegung des 28 U.S. Code § 2241 wie in *Abrens v. Clark* verwirft die Mehrheit. Sie sei in *Braden v. 30th Judicial Circuit Court* dem Primat der Verhältnismäßigkeit gewichen. In der von der Regierung vertretenen Form verletze sie zudem das Prinzip des gesetzlichen Richters. Diese Begründung hat ihre Tücken. Von einem Primat z.B. sprach das *Gericht* in *Braden v. 30th Judicial Circuit Court* nicht. *Abrens* wie *Braden* spielten in den unteren Instanzen für *Rasul vs. Bush* keine Rolle – auf beiden Seiten. *Justice Stevens* stellte als *Erster* in der mündlichen Verhandlung die Verbindungen her, die sich im Urteil der Mehrheit niederschlagen. Er „behauptete kühn, dass der zugrunde zulegende Maßstab nicht das Mehrheitsvotum aus *Johnson v. Eisentrager*, sondern das Sondervotum aus *Abrens* sei.“<sup>23</sup> Das Prinzip des gesetzlichen Richters ist in der angloamerikanischen Rechtstradition als Begriff nicht bekannt, der Gedanke *per se* ist aber durchaus geläufig. Der *Supreme Court* zitiert zur Verdeutlichung eine Entscheidung des *D.C. Circuit Courts*, die besagt, dass, wer ein verfassungsmäßiges Recht auf Haftprüfung besitze, dieses nicht durch das Fehlen einer Zuständigkeitszuweisung im einfachen Recht wieder verlieren dürfe.<sup>24</sup>

<sup>19</sup> Vgl. *Jinks*, Protective Parity and the Law of War, *Notre Dame Law Review* 79 (2004), 1493 ff.; *ders.*, The Declining Significance of POW Status, *Harvard Int'l Law Journal* 45 (2004), 367 (passim).

<sup>20</sup> Hierzu *Roosevelt*, Guantanamo and the Conflict of Laws, *University of Pennsylvania Law Review* 153 (2005), 2017 (passim); *Neuman*, Extraterritorial Rights and Constitutional Methodology after *Rasul v. Bush*, *University of Pennsylvania Law Review* 153 (2005), 2073 (passim).

<sup>21</sup> *Rasul v. Bush*, 43 ILM 1207 (2004), 1207 inkl. Fn. 2 und 1211.

<sup>22</sup> Ebd., S. 1211.

<sup>23</sup> *Thai* (Fn. 15), S. 516–518; Zitat *ebd.*, S. 520.

<sup>24</sup> *Eisentrager v. Forrestal*, 174 F.2d 961 (1949); vgl. *Rasul v. Bush*, 43 ILM 1207 (2004), 1209; *Wilke*, *War v. Justice, Politics & Society* 2005, 637 (646).



Auch mit *Johnson v. Eisentrager* kann die Regierung die Mehrheit nicht überzeugen. Die Mehrheit führt die eklatanten Unterschiede zum aktuellen Fall aus: Die Kläger seien hier weder Staatsangehörige eines Feindstaates noch – der Regierung zufolge – Kriegsgefangene. Sie seien nie nachweisbar an Angriffen gegen die USA beteiligt gewesen und keines Verbrechens wegen beschuldigt oder verurteilt. Weiterhin würden sie – wie gerade festgestellt – in einem „Territorium festgehalten, über welches die Vereinigten Staaten exklusive Rechtshoheit und Kontrolle ausüben.“<sup>25</sup>

In der mündlichen Verhandlung hatte *Justice Stevens* im Alleingang eine neue Argumentationsbasis für die Kläger geschaffen und *Johnson v. Eisentrager* aus dem Spiel genommen: Er argumentierte, ohne dass die Anwälte beider Seiten ihm gedanklich folgen konnten, *Eisentrager* habe eine eigene Auslegung des einfachen Rechts zugunsten von *Abrens v. Clark* unterlassen.<sup>26</sup> Die dann in *Eisentrager* festgestellte Abwesenheit einer verfassungsmäßig erforderlichen Zuständigkeit schließe eine vom einfachen Recht geforderte Zuständigkeit i.S.d. jüngeren Präzedenzfalles *Braden v. 30th Judicial Circuit Court* oder sogar i.S.v. *Justice Rutledges* Abweichung in *Abrens* nicht aus.<sup>27</sup> Selbst der generell kritische *Michael Crossley* gesteht zu, dass *Rasul vs. Bush* von allen Präzedenzfällen unterscheidbar war anhand dem hier unklaren Status der Kläger, dem *de facto*-Status des Territoriums und der Erreichbarkeitsdoktrin<sup>28</sup> – aber eben und gerade *nur in Kombination aller drei*.<sup>29</sup> Die Mehrheit folgt jedenfalls in keinem Punkt der Argumentation der Regierung, wonach es sich bei den Internierten um rechtlose Personen in einem rechtsfreien Raum handelt.

#### 4. Die Sondervoten

*Justice Kennedy* stimmt im Ergebnis zu, äußert sich aber besorgt über die potentielle Reichweite des Urteils.<sup>30</sup> Er unterstreicht, dass das Urteil ganz

<sup>25</sup> *Rasul v. Bush*, 43 ILM 1207 (2004), 1210.

<sup>26</sup> *Rasul v. Bush*, Mitschnitt der mündlichen Verhandlung (2004), ab ca. 11‘45“, abrufbar unter: <https://www.oyez.org/cases/2003/03-334> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

<sup>27</sup> „Mr. Olson could not find a way out of the *Abrens* box that Justice Stevens had built around the government’s *Eisentrager* argument“, *Thai* (Fn. 15), S. 522.

<sup>28</sup> Im Amerikanischen findet sich hier der Ausdruck „*amenability to process*“ oder die Formulierung „*custodian can be reached by service of process*“, vgl. *Abrens v. Clark*, 335 U.S. 188 (1948), 195 und *Braden v. 30th Judicial Circuit Court of Kentucky*, 410 U.S. 484 (1973), 495.

<sup>29</sup> *Crossley*, With liberty and justice for all?, *Duquesne Law Review* 43 (2005), 241 (253-256).

<sup>30</sup> Es dürfe sich z.B. keine „automatische [...] Autorität zur Abwägung von Eingaben von Personen [...] außerhalb der Vereinigten Staaten“ ergeben, *Rasul v. Bush*, 43 ILM 1207 (2004), 1216.

entscheidend – und seines Erachtens richtigerweise – auf der Bewertung Guantánamos als „Staatsgebiet *de facto*“ fuße.<sup>31</sup>

Das andere Sondervotum<sup>32</sup> widerspricht der Mehrheit auf breiter Front und folgt weitgehend der Regierung. Diese habe sich auf *Johnson v. Eisentrager* verlassen, die Mehrheit also das Prinzip der Bindung an Vorentscheidungen („*stare decisis*“) verletzt. *Justice Scalia* argumentiert mit dem Wortlaut des 28 U.S. Code § 2241, die Hoheit von Bundesgerichten sei auf ihre jeweiligen Bezirke begrenzt (wie *Abrens v. Clark*) und eine Verhältnismäßigkeitsabwägung (wie *Braden v. 30th Judicial Circuit Court*) könne hier keine Anwendung finden, weil das den Klägern faktisch die freie Wahl des *Gerichts* („*forum shopping*“) eröffnen würde.<sup>33</sup> Das *Gericht* habe das Haftprüfungsrecht auf Kläger weltweit, oder zumindest auf alle Kriegsgefangenen, ausgedehnt. Die Mehrheit will mit der Bewertung Guantánamos als Staatsgebiet diesem Schluss ausweichen. Sie nimmt ihn jedoch tatsächlich vorweg, insoweit die Voraussetzung für Zuständigkeit nun *allein* die „Erreichbarkeit“ des Inhaftierenden ist.<sup>34</sup>

## 5. Zusammenfassung und Einordnung

Die einzigartige Ausgangskonstellation in *Rasul vs. Bush* schafft sowohl die Möglichkeit als auch die Notwendigkeit, Präzedenzfälle zu *Strafgefangenen* im Inland und zu *Kriegsgefangenen* im Ausland zusammenzuführen. Die streng territoriale Auslegung des 28 U.S. Code § 2241 aus *Abrens v. Clark* wurde dabei sicherlich über *Braden v. 30th Judicial Circuit Court* hinaus weiter aufgeweicht. Die verfassungsrechtliche Bewertung aus *Johnson v. Eisentrager* bleibt unberührt, der dortige Verzicht auf einfachrechtliche Festlegungen zugunsten von *Abrens* öffnet dem *Gericht* aber nun die Tür, seine Entscheidung eben gerade anhand einer Interpretation des einfachen Rechts zu treffen. Das bringt die willkommene Möglichkeit mit sich, die Rolle der Judikative grundsätzlich zu betonen und *zugleich* dem Kongress zu erlauben, durch eine Änderung des einfachen Rechts gegenzusteuern. Trotz hoher Signalwirkung war *Rasul* daher

---

<sup>31</sup> *Rasul v. Bush*, 43 ILM 1207 (2004), 1215.

<sup>32</sup> Dem Votum von *Justice Scalia* schlossen sich der *Chief Justice Rehnquist* und *Justice Thomas* an.

<sup>33</sup> Vgl. *Osborn* (Fn. 17), S. 270.

<sup>34</sup> „No Party questions the District Court’s jurisdiction over petitioners’ custodians. [...] § 2241, by its terms, requires nothing more“, *Rasul v. Bush*, 43 ILM 1207 (2004), 1211. Die Ableitung aus *Braden v. 30th Judicial Circuit Court* findet sich ebd., S. 1210. Eine Betrachtung der konkreten Implikationen bietet *Martin*, *Offshore Detainees and the Role of Courts after Rasul v. Bush*, *Boston College Third World Law Journal* 25 (2005), 10-12, abrufbar unter: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1091&context=twlj>, (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

nicht mit einer dauerhaften Erleichterung für die Gefangenen oder mit einer Stabilisierung der Gewaltenteilung verbunden, dem schoben Gesetzesänderungen an dieser „Sollbruchstelle“ des Urteils einen Riegel vor.

## II. *Hamdi v. Rumsfeld*

*Yaser Hamdi* wurde im Herbst 2001 von der afghanischen Nordallianz wohl im Zusammenhang mit Kampfhandlungen festgesetzt. Er selbst behauptete, er habe nur zur falschen Zeit am falschen Ort humanitäre Hilfe geleistet. Nach seiner Übergabe an US-Kräfte gegen Kopfgeld wurde er nach Guantánamo überführt. Als entdeckt wurde, dass er neben der saudischen auch noch die US-Staatsbürgerschaft besaß, wurde er auf das Festland verlegt. Sein Vater beantragte 2002 Haftprüfung in seinem Namen.

### 1. Der Instanzenweg

In einer ersten Runde der Beweiserhebung reichte die Regierung eine eidesstattliche Erklärung zur Untermauerung von *Hamdis* Feindstatus ein, welche fast ausschließlich aus Hörensagen bestand. Der *E.D. Virginia District Court* hielt das für unzureichend und forderte weitere Belege. Die Regierung ging spezifisch gegen diese Nachforderung von Beweisen in Berufung, jener wurde durch den *Court of Appeals for the Fourth Circuit* einstimmig stattgegeben.

Der *Court of Appeals for the Fourth Circuit* ging dabei über die Frage der Angemessenheit einer weiteren Beweiserhebung weit hinaus: Sie verwarf *Hamdis* Haftprüfungsantrag *in Gänze* mit der Begründung, durch besagte Erklärung sei sein Status als Feindkämpfer bereits hinreichend untermauert. Weitere Nachweise seien nicht erforderlich. Es handele sich offenkundig um Kriegsgefangenschaft. Das Verbot der Internierung von US-Bürgern ohne gesetzliche Grundlage<sup>35</sup> sah das *Gericht* durch die AUMF als bedingt aufgehoben an. Der Schutz des Art. 5 des III. Genfer Abkommens<sup>36</sup> sei hier nicht einklagbar.<sup>37</sup> Entscheidend seien Ort und Zeitpunkt der Festsetzung<sup>38</sup> und der Umstand, dass *Hamdi* die Beteiligung an Kämpfen – ausweislich der in Rede stehenden

<sup>35</sup> Wortlaut: „No citizen shall be imprisoned or otherwise detained by the United States except pursuant to an Act of Congress“, 18 U.S. Code § 4001 lit. a, Hervorhebung durch den Autor.

<sup>36</sup> Wortlaut: „Should any doubt arise as to whether persons [who have] committed a belligerent act and [...] fallen into the hands of the enemy belong to any of the categories enumerated in Article 4, such persons shall enjoy the protection of the present Convention until such time as their status has been determined by a competent tribunal.“

<sup>37</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 42 ILM 197 (4<sup>th</sup> Cir. 2003), 207-209.

<sup>38</sup> Hierauf wird ebd. etwa auf den Seiten 201, 202, 203, 205, 209, 210, 211, 212, 213, 214 und 215 verwiesen.

eidesstattlichen Erklärung – zugegeben habe. Er selbst hat ein solches „Geständnis“ seinerseits später vehement abgestritten.

Der *Court of Appeals for the Fourth Circuit* unterschlug, dass die erneute Beweiserhebung des *E.D. Virginia District Courts* u.a. auf Protokolle von *Hamdis* Verhören und auf Aussagen des Verhörpersonals abzielte. Diese hätten seinen Feindstatus eigentlich nur untermauern können – vorausgesetzt, sie hätten tatsächlich ein „Geständnis“ enthalten. Wäre dasselbe dort entgegen den Behauptungen der Regierung aber gar nicht belegt, dann hätten die beteiligten Beamten des Justizministeriums freilich größtes Interesse, nicht wegen Behinderung der Justiz oder wegen Meineides belangt zu werden. Der Eindruck, dass das *Gericht* die Regierung genau vor dieser Peinlichkeit um jeden Preis schützen möchte, drängt sich bei der Lektüre der Entscheidung leider auf.

Der *Court of Appeals for the Fourth Circuit* scheint zudem den ersten beiden Artikeln der U.S. Constitution *allein wegen ihrer Platzierung* inhaltlich Vorrang vor der „erst“ in Art. III geregelten Judikative beizumessen. Individualrechte erwähnt sie mit keinem Wort. Sie verwirft nur explizit die Annahme, dass *Hamdis* US-Staatsbürgerschaft hier einen Unterschied mache.<sup>39</sup> Es gelte eine „Richtigkeitsvermutung“ für Behauptungen der Regierung im Kriegsgefangenenfall die Vorrang vor der Unschuldsvermutung habe.<sup>40</sup> Die Frage, welche Mittel zum *Gegenbeweis* zur Verfügung stünden – und den müsste *Hamdi* nach Verlust der Unschuldsvermutung zu seiner Entlastung ja erbringen (können) – ist schnell beantwortet: Es sei *keine* weitere richterliche Prüfung erforderlich.<sup>41</sup>

Die potentielle Länge des Krieges gegen den Terror und die damit verbundene Gefahr lebenslangen Kriegsgefangenschaft wischt das *Gericht* weg – mit bitterer Ironie: der Konflikt dauere ja noch an. Die U.S. Constitution messe den Gerichten schon ganz allgemein keinerlei Rolle in der Außenpolitik zu. Dass die Exekutive in der Außenpolitik einen Prärogativ vor den anderen Gewalten besitzt, ist unbestritten.<sup>42</sup> *Wilke* unterstreicht jedoch die eklatante Ausweitung

---

<sup>39</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 42 ILM 197 (4<sup>th</sup> Cir. 2003), 213.

<sup>40</sup> „The factual averments in the affidavit, *if accurate*, are sufficient“, ebd., S. 212, Hervorhebung durch den Autor. Der *Supreme Court* kritisierte das später, siehe *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), 1168.

<sup>41</sup> „[...] T]he role of the writ is not to correct *mere error* [...], but [...] to check the executive branch if it asserts a *power to act beyond the authority granted*.“ *Hamdi v. Rumsfeld*, 42 ILM 197 (4<sup>th</sup> Cir. 2003), 212.

<sup>42</sup> Hierzu zählt nach gängiger Praxis auch der Bereich, der seit Beginn des Kalten Krieges als „nationale Sicherheit“ umschrieben wird. In jener Zeit entstand auch der Begriff der „*Imperial Presidency*“. Einen historischen Überblick über die Entwicklung dieser außen- und sicherheitspolitischen Vorrechte der Exekutive bietet *Yoo*, Unitay, Exe-

des Außenpolitikbegriffs: Die Erklärung einer Person zum Staatsfeind lässt ein Berufungsgericht annehmen, dass die *Internierung eines US-Bürgers auf amerikanischem Boden* eine Frage der Außenpolitik sei.<sup>43</sup> Es drängt sich insgesamt der Eindruck auf, dass das Urteil des *Court of Appeals for the Fourth Circuit* aus politischen Abwägungen und Zwist mit dem unteren Gericht heraus entstanden ist. Die Entscheidung liest sich streckenweise wie eine Kapitulation der Richter in ihrer Kontrollfunktion. Das *Gericht* schließt:

„[W]e hold that [...] *Hamdi* is not entitled to challenge the facts presented in the *Mobbs* declaration. Where [...] petitioner has been designated as an enemy combatant and [...] was captured in a zone of active combat [...], further judicial inquiry is unwarranted when the government has [...] set forth factual assertions which would establish a legally valid basis for [...] detention.“<sup>44</sup>

## 2. Die Entscheidung

*Hamdi* ging wiederum in Berufung.<sup>45</sup> Der *Supreme Court* entschied mit 6-3 zu seinen Gunsten. Die Auffassung des *Gerichts* verfasste *Justice O'Connor*, mit ihr stimmten *Chief Justice Rehnquist* sowie *Justices Kennedy* und *Breyer*. *Justices Souter* und *Ginsburg* wichen in ihrer Begründung teilweise ab, nicht aber im Ergebnis. *Justices Scalia* und *Stevens* ging die Entscheidung nicht weit genug, *Justice Thomas* ging sie zu weit.

Die Mehrheit der Richter glaubt, dass die Bestimmung des 18 U.S. Code § 4001 lit. a die Voraussetzungen für ihre eigene Außerkraftsetzung durch die AUMF erfüllt, insofern die Regierung also zum Festhalten von Staatsbürgern ermächtigt sei.<sup>46</sup> Für sich genommen ist das ein erheblicher Erfolg für die Regierung.<sup>47</sup> Die Mehrheit lässt aber an *Hamdis* US-Staatsbürgerschaft, anders als der *Court of Appeals for the Fourth Circuit*, auch sprachlich keine Zweifel<sup>48</sup> und zieht aus ihr ganz andere Schlüsse: „*Due process*“ erfordere es, dass einem Staats-

---

cutive, or Both?, *University of Chicago Law Review* 76 (2009), 1935 (insb. 1946-1948, 2004-2017).

<sup>43</sup> *Wilke* (Fn. 24), S. 644.

<sup>44</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 42 ILM 197 (4<sup>th</sup> Cir. 2003), 214, Hervorhebungen durch den Autor.

<sup>45</sup> Die Berufung wurde am 9.1.2004 angenommen, am 28.4.2004 verhandelt, am 28.6.2004 die Entscheidung verkündet.

<sup>46</sup> Vgl. *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), 1169 f.

<sup>47</sup> Vgl. *Azmy*, Executive Detention, Boumediene, and the New Common Law of Habeas, *Iowa Law Review* 95 (2010), 445 (455 i.V.m. Fn. 43).

<sup>48</sup> Vgl. z.B. „The petition alleged that *Hamdi* is a citizen“, *Hamdi v. Rumsfeld*, 42 ILM 197 (4<sup>th</sup> Cir. 2003), 201; „Born an American citizen in Louisiana in 1980“, *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), 1166.

bürger die Möglichkeit offenstehen müsse, die seiner Internierung zugrundeliegenden Tatsachen von einer *neutralen Instanz* überprüfen zu lassen.<sup>49</sup>

Die Mehrheit folgt dem *Court of Appeals for the Fourth Circuit* dann scheinbar, wenn sie die Gewaltenteilung in den Art. I–III der U.S. Constitution zunächst als bloße *Verteilung* von Zuständigkeiten, nicht als gegenseitigen Kontrollmechanismus interpretiert. Später wird sie diese Ansicht jedoch explizit verwerfen. Sie steht auch unbestritten in Konflikt mit institutionellen Interessen des *Supreme Courts* bzw. der Judikative allgemein und jedenfalls im krassen Widerspruch zur amerikanischen Verfassungstradition. Mit mehrfachen Hinweisen auf die „*Suspension Clause*“<sup>50</sup> unterstreicht die Mehrheit auch die Rolle und Kontrollfunktion der Legislative.<sup>51</sup>

Dass die Gefahr endloser Gefangenschaft bestünde, weil der Terror anders als ein Feindstaat in einem herkömmlichen Krieg nicht endgültig besiegt werden könne, gesteht die Mehrheit *Hamdi* ausführlich zu. Einen Ausweg aus dem Dilemma findet sie nicht.<sup>52</sup> Dass die AUMF eine unbegrenzte Internierung keinesfalls zwecks Vernehmung, sondern höchstens zwecks Hinderung an erneuten Feindseligkeiten erlaube, ist für die Internierten ein wertloses „Trostpflaster“.<sup>53</sup> Insbesondere dann, wenn eine durch letzteres begründete Haft dann im zweiten Schritt für ihre Dauer doch auch wieder die wiederholte Vernehmung zulässt.

Die Mehrheit unterstreicht: Die Ermächtigung zur Internierung i.S.d. AUMF setze voraus, dass hinreichend nachgewiesen sei, dass es sich *tatsächlich* um einen feindlichen Kombattanten handle.<sup>54</sup> Es bleibe die Frage, welche Verfahren einem Staatsbürger geschuldet seien, der seinen Feindstatus *bestreite*.<sup>55</sup> Aus dem Wortlaut des 28 U.S. Code § 2241 jedenfalls folgert die Mehrheit zweierlei: erstens, dass der Gesetzgeber für einen Antragsteller im Haftprüfungsverfahren ein Recht zur eigenen Beweiseinbringung und zum Angriff auf Regierungs-

<sup>49</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), 1166.

<sup>50</sup> Diese findet sich unter den explizit dem Kongress zugeschlagenen Befugnissen, den sog. *Enumerated Powers*: „The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it,“ U.S. Constitution Art. I, § 9, Cl 2.

<sup>51</sup> „[A] state of war is not a blank check for the President [...]. Whatever [...] the Constitution envisions [...] in exchanges [...] with enemy organizations in times of conflict, it most assuredly envisions *a role for all three branches* when [...] liberties are at stake“, *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), 1177, Hervorhebung durch den Autor.

<sup>52</sup> Vgl. *Azmy* (Fn. 47), S. 510.

<sup>53</sup> Siehe z.B. *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), 1171.

<sup>54</sup> Ebd., S. 1172.

<sup>55</sup> Ebd.

beweise vorsehe; zweitens, dass Spielraum für die Gerichte in der Frage bestehe, welches Vorgehen und welche Beweislasthürden jeweils *im Einzelfall* angemessen sind.<sup>56</sup> Die Mehrheit konkretisiert: Dass *Hamdi* sich zur Zeit der Feindseligkeiten in Afghanistan *aufgehalten* habe, reiche nicht aus, seinen Status zu begründen. Gleiches gelte für Hörensagen aus zweiter und dritter Hand, er sei „geständig“.<sup>57</sup> Die Mehrheit widerspricht auch der Ansicht des *Court of Appeals for the Fourth Circuit*, die Gewaltenteilung lasse *nur* eine Prüfung der regierungsseitig reklamierten *Ermächtigung* auf ihre Anwendbarkeit hin, nicht aber eine Einzelfallprüfung zu.<sup>58</sup>

Den vom *Court of Appeals for the Fourth Circuit* bevorzugten „*some evidence standard*“ verwirft die Mehrheit ebenso wie die Ansicht des *E.D. Virginia District Courts*, dass hier vorzugehen sei wie im Strafprozess.<sup>59</sup> Stattdessen „zaubert“ sie einen Präzedenzfall<sup>60</sup> „aus dem Hut“<sup>61</sup>, der Verhältnismäßigkeitsabwägungen vorsieht, die sie am vorliegenden Fall dann auch prompt und aufwendig durchexerziert.<sup>62</sup> Das Ergebnis gleicht einer *doppelten Beweislastumkehr*: Anders als bei Individualnotwehr treffe die Beweislast bei Staatsnotwehr den geschädigten, vermeintlichen Angreifer nicht den schädigenden, vermeintlichen Verteidiger. Insoweit folgt die Mehrheit dem *Court of Appeals for the Fourth Circuit*.

Im vorletzten Absatz des Mehrheitsvotums erwartet den Leser *aus dem Nichts* ein weiterer Kompromiss: Es bestünde weiterhin die Möglichkeit, die notwendigen Verfahren von Militärtribunalen durchführen zu lassen. Nur in Abwesenheit solcher Prozesse müsse der jeweilige *District Court* selbst für die Erfüllung des minimal Erforderlichen sorgen.<sup>63</sup> Prozessrechtliche Mindestanforderungen an ein solches potentiell Militäribunal bleiben dabei aber im Dunkeln. Ob die Mehrheit damit insgeheim bezweckt hat, in absehbarer Zeit erneut mit dem Guantánamo-Komplex konfrontiert zu werden und so eine regelmäßige Kontrolle v.a. der Exekutive, aber auch des Parlaments aufrechtzuerhalten, ist spekulativ. Jedenfalls scheint diese Konsequenz in der Nachschau eine sehr vorhersehbare zu sein.

---

<sup>56</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), S. 1173.

<sup>57</sup> Ebd.

<sup>58</sup> Ebd.

<sup>59</sup> Vgl. ebd., S. 1173 f. bzw. S. 1176.

<sup>60</sup> *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976).

<sup>61</sup> Keine Partei hatte diesen herbeizitiert, wie *Thomas* feststellt, *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), 1206.

<sup>62</sup> Ebd., S. 1174-1176.

<sup>63</sup> Vgl. ebd., S. 1178.

### 3. Die Sondervoten

Die im Ergebnis beipflichtenden *Justices Souter* und *Ginsburg* bestreiten vehement, die AUMF habe stillschweigend die Aussetzungsklausel des 18 U.S. Code § 4001 lit. a erfüllt.<sup>64</sup> Auch unter Zuhilfenahme des Kriegsgewohnheitsrechts käme eine solche Ermächtigung nicht zustande. Auf Kriegsgewohnheiten könne sich die Regierung zudem nicht berufen, solange *Hamdi* nicht nach deren Regeln als Kriegsgefangener behandelt werde.<sup>65</sup> Weitreichende Befugnisse seien für die Regierung nur im Paket mit den einhergehenden Pflichten zu haben.

Ob die Mehrheit mit dieser Bewertung zu einem anderen Gesamtergebnis gekommen wäre, muss angesichts der von ihr parallel angeführten „*War Powers*“ der Exekutive erheblich bezweifelt werden. Insoweit kann die Bewertung der AUMF als ausreichende Ermächtigung durch die Mehrheit als Teil der Verhandlungsmasse in einer weitgehend paritätisch gehaltenen Entscheidung gelten. Eine Normenkontrolle, so *Justices Souter* und *Ginsburg*, ob 18 U.S. Code § 4001 lit. a unzulässig die „*War Powers*“ einschränke, sei aber mangels Reklamation hier nicht notwendig.

Eine Untersuchungshaft wäre im Strafprozess offenkundig zulässig, sollte ein solcher denn angestrengt werden.<sup>66</sup> Aufschlussreich ist auch ihr Hinweis, der *Patriot Act* erlaube für ausländische Terrorverdächtige *expressis verbis* sieben Tage Polizeigewahrsam, bevor eine richterliche Anordnung zur Haftfortsetzung nötig werde. Sie folgern *ex silentio*, eine vergleichbare Haft für US-Bürger sei gesetzlich *nicht* vorgesehen.<sup>67</sup> Den Zugeständnissen der Mehrheit an die Regierung (substituive Militärtribunale, doppelte Beweislastumkehr) schließen sich *Souter* und *Ginsburg* explizit nicht an.<sup>68</sup>

*Justices Scalia* und *Stevens*, welche in *Rasul vs. Bush* diametral gegensätzlich votierten, stimmen nun *gemeinsam* gegen die Mehrheit. Sie vertreten im Ergebnis die liberalste, in der Begründung die konservativste Haltung. Sie weisen u.a. darauf hin, dass es sich in der „*Suspension Clause*“ um die *einzigste* Notstandsbestimmung in der U.S. Constitution handelt.<sup>69</sup> *Habeas Corpus* sei nicht in deren Sinne aus-

---

<sup>64</sup> „We must assume, [...] that the lawmakers intended to place no greater restraint on the citizen than was clearly and unmistakably [enacted].“ „§ 4001(a) must be read to have teeth in its demand for congressional authorization“, *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), S. 1181.

<sup>65</sup> Ebd., S. 1183.

<sup>66</sup> Ebd., S. 1182.

<sup>67</sup> „It is hard to believe that the same Congress [...] would not have meant to require the Government to justify clearly its detention of an American citizen“, ebd., S. 1184.

<sup>68</sup> Ebd., S. 1185.

<sup>69</sup> Ebd., S. 1190.



gesetzt, also sei ein Strafprozess anzustrengen oder der Kläger sei freizulassen – ganz einfach.<sup>70</sup> Dies gelte jedoch nur für Staatsbürger. Haft sei jedenfalls nur nach Bekanntgabe des Haftgrundes legal, das beinhalte *unbedingt* auch das Recht zur neutralen Gegenprüfung.<sup>71</sup> Gegen Staatsbürger seien zu jeder Zeit Strafprozesse angestrengt worden, wenn sie sich im Krieg gegen ihr Land gewandt hatten.<sup>72</sup> Überhaupt macht *Hamdis* Staatsbürgerschaft den Unterschied für den Exzeptionalisten *Scalia*.<sup>73</sup> Das wird schon durch seine Fragen an den Klägeranwalt während der Verhandlung deutlich.<sup>74</sup> Er wird aber auch grundsätzlich:

*„It is unthinkable that the Executive could render otherwise criminal grounds for detention noncriminal merely by disclaiming an intent to prosecute.“<sup>75</sup>*

Auch *Justices Scalia* und *Stevens* verwerfen die Idee der Militärtribunale. Unerheblich ist nach Ihrer Ansicht, ob die AUMF eine Ermächtigung i.S.d. 18 U.S. Code § 4001 lit. a darstelle. Die U.S. Constitution garantiere Haftprüfung.<sup>76</sup> Sie werfen der Mehrheit in spöttischem Ton vor, nach politisch-pragmatischer Parität entschieden zu haben<sup>77</sup> – dem ist inhaltlich zuzustimmen.

*„The [Executive], acting pursuant to the powers vested in the President [...] and with [...] congressional approval, has determined that [Hamdi] is an enemy combatant and should be detained. This [...] falls squarely within the [...] war powers. [...] I do not think that the [...] war powers can be balanced away by this Court. [...] The structural advantages of a unitary Executive are essential in these domains.“<sup>78</sup>*

Mit diesen Worten positioniert sich *Justice Thomas* explizit als Anhänger der „Unitary Executive Theory“. Es ist dabei aber nicht so sehr die sehr weit gefasste *Vesting Clause* in Art. II § 1 der U.S. Constitution, sondern es ist die Rolle des Präsidenten als Oberkommandierenden der Streitkräfte, die *Justice Thomas* motiviert. Auch er wirft der Mehrheit blinde Parität vor. Richter seien inkompetent in Fragen der nationalen Sicherheit, „weil sie komplex und delikater sind und in

<sup>70</sup> „[T]he only constitutional alternatives are to charge the crime or suspend the writ“, *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), S. 1191; vgl. ebd., S. 1195 und S. 1197 En. 5.

<sup>71</sup> Vgl. z.B. ebd., S. 1186.

<sup>72</sup> Im Fall *Moussaoui*, dem einzigen aktuellen Vergleichsfall, habe die Regierung z.B. zum Strafprozess gegriffen, vgl. ebd., S. 1188 f.

<sup>73</sup> „[C]itizens and non-citizens [...] are not similarly situated“, ebd., S. 1197 En. 5.

<sup>74</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, Mitschnitt der Verhandlung (2004), ca. 5'30“, abrufbar unter: <https://www.oyez.org/cases/2003/03-6696> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

<sup>75</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), 1187, Hervorhebung durch den Autor.

<sup>76</sup> Ebd., S. 1194.

<sup>77</sup> „There is [...] harmony [...] in the plurality’s making up for Congress’s failure to invoke [Suspension] and [...] the Executive’s failure to apply [...] needed procedures“, ebd., S. 1195.

<sup>78</sup> Ebd., S. 1197 f.

erheblichem Maß auf dem Voraussehen der Zukunft beruhen.<sup>79</sup> Eine Kontrollfunktion erkennt *Justice Thomas* nicht an. Man mag sich erneut an das Urteil des *Court of Appeals for the Fourth Circuit* erinnert fühlen.

Die Abwesenheit einer parlamentarischen Aufhebung des Haftprüfungsrechts i.S.d. „*Suspension Clause*“ verwirft *Justice Thomas* mit dem Argument der Unvorhersehbarkeit. Das Fehlen der Ermächtigung sei nicht mit einem Verbot zu verwechseln, das Haftprüfungsrecht auf anderem Wege zu beseitigen. Diese Bestimmung der U.S. Constitution sei für seinen Geschmack sowieso zu eng gefasst.<sup>80</sup>

Auch zur Korrektur *offensichtlich* fälschlicher Inhaftierungen sei die Judikative nicht befugt.<sup>81</sup> Auch damit folgt er der Linie des *Berufungsgerichts*. Alle Verfahren, die *Hamdi v. Rumsfeld* geschuldet seien, habe er bereits genossen. Ungeklärt bleibt, ob und wie Offenlegung der *Protokolle seiner eigenen Verböre* dem Kläger *Hamdi* Zugang zu geheimdienstlichem Material verschaffen würde, wie *Thomas* – erneut in Anlehnung an den *Court of Appeals for the Fourth Circuit* – behauptet.<sup>82</sup>

#### 4. Zusammenfassung und Einordnung

Den Entscheidungen in *Rasul vs. Bush* und *Hamdi v. Rumsfeld* liegt unterschwellig, aber doch sichtbar, eine salomonische „*Split the baby*“-Mentalität zugrunde. Daraus ziehen die Kläger in *Rasul* einen größeren Nutzen als der US-Bürger *Hamdi* – jeweils unter Berücksichtigung der Einzel- vor dem Hintergrund der Gesamtumstände. *Yaser Hamdi* wurde schließlich freigelassen – u.a. unter der Bedingung, dass er seine US-Staatsbürgerschaft zurückgebe. Unmittelbare Konsequenz der beiden Urteile war die Rückbesinnung des Verteidigungsministeriums auf Vorschriften zum Umgang mit Kriegsgefangenen, wie sie vor dem 11. September 2001 gegolten hatten. Dazu gehörte, dass Gefangenen eine Status-Einzelfallprüfung durch ein „*Combatant Status Review Tribunal*“ (CSRT) angeboten wurde, inklusive Anhörung. Eine Unschuldsvermutung oder Rechtsbeistand wurde dort nicht gewährt, die Entscheidungsgrundlagen waren in ihrer Gesamtheit weder dem Gefangenen noch der Öffentlichkeit zugänglich. Die Verfahren genügen insofern nicht den Genfer Abkommen.<sup>83</sup>

Außerdem wurden Militärkommissionen eingerichtet, die einzelne Gefangene wegen Kriegsverbrechen verfolgen sollten. 2005 wurde der „*Detainee Treatment*

<sup>79</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), S. 1199; vgl. ebd., S. 1200.

<sup>80</sup> Ebd., S. 1204.

<sup>81</sup> Ebd., S. 1202.

<sup>82</sup> Ebd., S. 1204.

<sup>83</sup> Vgl. *Osborn* (Fn. 17), S. 275-276 und *Wilke* (Fn. 24), S. 646.

*Act*‘ (DTA) verabschiedet, der faktisch jede gerichtliche Zuständigkeit über ausländische Staatsbürger auf Guantánamo Bay ausschloss. Unmittelbar vor dem höchstrichterlichen Urteil in *Hamdan v. Rumsfeld* schuf der „*Military Commissions Act*‘ (MCA) insofern Klarheit, als er den *D.C. Circuit Court* als alleinige Berufungsinstanz gegen Entscheidungen der CSRTs und Militärkommissionen benannte.<sup>84</sup> Mit der Legalität der letzteren beschäftigte sich der *Supreme Court* 2006 in *Hamdan*.

### III. *Hamdan v. Rumsfeld*

#### 1. Die Ausgangslage

Auch *Salim Hamdan* wurde Ende 2001 in Afghanistan von afghanischen Koalitionskräften festgesetzt, ausgeliefert, in der Folge nach Guantánamo Bay verlegt und dort isoliert. Im Dezember 2003 wurde ein Militäranwalt mit seiner Vertretung beauftragt, welcher im Februar 2004 schriftlich mit Verweis auf das Militärrecht (*Uniform Code of Military Justice*, UCMJ) die Bekanntgabe der Vorwürfe und ein zügiges Verfahren verlangte. Die Regierung wies ihn zurück. Daraufhin beantragte er in *Hamdans* Namen *Mandamus*<sup>85</sup> und *Habeas Corpus*.

#### 2. Der Instanzenweg: *D.C. District Court*

Die Stoßrichtung der Klage fast der *D.C. District Court* wie folgt zusammen:

„*It alleges denial of [...] speedy trial [...] in violation of [Article 10 UCMJ]; challenges the nature and length of [...] pretrial detention [...]; challenges the order establishing Military Commissions as a violation of the separation of powers [...]; challenges [their] creation [...] as a violation of [equal protection and the right to a trial by jury ...]; and argues that the [...] Order does not [...] apply to Hamdan.*“<sup>86</sup>

Die Regierung beantragte Abweisung. Sie bekundete, *Hamdan* vor einer Militärkommission wegen Kriegsverbrechen anklagen zu wollen. *Hamdan* selbst hatte eidesstattlich erklärt, *Osama bin Ladens* Fahrer gewesen zu sein. Tätigkeiten als dessen Personenschützer oder als Transporteur für Geld und Waffen stritt er jedoch ab.<sup>87</sup> Per Eilbeschluss wies *District Judge Robertson* in erster Instanz die Regierung zurück und gab dem Kläger teilweise Recht:

<sup>84</sup> Zu den beiden Gesetzen und den Militärkommissionen: *Fallon/Meltzer*, *Habeas Corpus, Substantive Rights and the War on Terror*, *Harvard Law Review* 120 (2007), 2029 (2060-2064).

<sup>85</sup> *Mandamus* muss hier als gerichtliche Anordnung zur Bekanntgabe der Anschuldigungen, d.h. des Haftgrundes verstanden werden.

<sup>86</sup> *Hamdan v. Rumsfeld*, 44 ILM 1276 (DDC, 2005), 1277.

<sup>87</sup> *Hamdan v. Rumsfeld*, 415 F.3d 33 (DCC, 2005), 5.

„[A]bsence of a factual return is of no moment [...]. [O]nly three facts are necessary for my disposition of the petition [...] and [the...] motion to dismiss [...]. Hamdan was captured [...] during hostilities [...], he has asserted [POW status and] the government has not convened a competent tribunal to determine [his] status. [T]hose propositions seem to be undisputed.“<sup>88</sup>

Die Doktrin der Rechtsmittelausschöpfung sei nicht auf die Militärkommissionen anwendbar und auch der Präzedenzfall *In parte Quirin* untermauere nicht die Position der Regierung.<sup>89</sup> Art. 21 UCMJ erstrecke sich ausschließlich auf Täter, die nach dem einfachen oder dem Kriegsvölkerrecht *explizit* vor Militärkommissionen angeklagt werden *dürfen*. Art. 102 des III. Genfer Abkommens erfordere hingegen einen Prozess vor einem regulären Militärgericht, solange *Hamdans* Status in Frage stehe.<sup>90</sup> Das Argument der Regierung, sie befinde sich mit *al Qaida* und den *Taliban* in *separaten* Konflikten und sei in ersterem nicht an die Genfer Abkommen gebunden, verfängt nicht. Aufbau und Zweck der Abkommen stehe dem entgegen. Sie seien auf alle in Afghanistan festgesetzten Personen anwendbar.<sup>91</sup>

Auch das Argument, *Hamdan* habe als „*unlawful enemy combatant*“ gar keinen Anspruch auf Schutz, überzeugt *District Judge Robertson* nicht. Ein entsprechendes CSRT-Gutachten erklärt er für nichtig. Solange *Hamdan* den Feindstatus bestreite, gelte Art. 5 des III. Genfer Abkommens und *Army Regulation* 190-8 als dessen Implementierung. Bis *Hamdans* Status durch ein „kompetentes Tribunal“ geklärt sei, genieße er den vollen Schutz des Kriegsgefangenenstatus.<sup>92</sup>

Hilfswise bestritt die Regierung auch, der Schutz der Genfer Abkommen sei *per se* einklagbar. *District Judge Robertson* widerspricht auch hier. Art. 21 UCMJ und *Army Regulation* 190-8 setzten diesen Schutz voraus und seien ihrerseits unbestritten einklagbar. Nur ein ordentliches Militärgericht könne *bis dato Hamdan* wegen Kriegsverbrechen belangen.<sup>93</sup> Auch sei die von Art. 36 lit a UCMJ erforderte, *größtmögliche* prozessuale Gleichförmigkeit der Kommissionen mit Militärgerichten – konkretisiert in Art. 39 lit. b UCMJ – hier nicht erfüllt.

<sup>88</sup> *Hamdan v. Rumsfeld*, 44 ILM 1276 (DDC, 2005), 1277.

<sup>89</sup> „[A] person need not exhaust remedies in a military tribunal if the military court has no jurisdiction over him. [...] No proper determination has been made that Hamdan is an offender triable by military tribunal. The *Quirin* court sustained the President's order creating a military commission, because [he had exercised] authority conferred upon him by Congress. [...] The court expressly found it unnecessary in *Quirin* to determine to what extent the President [...] has *constitutional* power to create military commissions“, ebd. S. 1278, Hervorhebungen durch den Autor.

<sup>90</sup> Ebd., S. 1279 f.

<sup>91</sup> Ebd., S. 1280.

<sup>92</sup> Ebd., S. 1281.

<sup>93</sup> Ebd., S. 1282.

*Hamdan* könne z.B. mit dem Argument des Geheimschutzes teilweise vom Prozess ausgeschlossen werden. Unter diesen Bedingungen könne die Kommission ihn nicht anklagen.<sup>94</sup>

Die Forderung des Klägers nach einem zügigen Verfahren wies *Robertson* jedoch zurück: Ordentliche Kriegsgefangenschaft sei weiterhin zulässig. Ob der Kläger als Ausländer überhaupt verfassungsmäßige Rechte in Anspruch nehmen kann, bleibt offen.<sup>95</sup>

### 3. Der Instanzenweg: *D.C. Circuit Court*

Die Regierung ging in Berufung und der *D.C. Circuit Court* widersprach dem *D.C. District Court* in fast allen Punkten. Die Mehrheit am *D.C. Circuit Court* argumentiert, dass selbst dann, wenn die Militärkommission die Gewaltenteilung verletzen sollte, die Gerichte die Kommission noch nicht notwendigerweise verwerfen müssten. Auch ein Klagerecht für Ausländer ergebe sich daraus nicht.<sup>96</sup> Die AUMF erlaube die Hinwegsetzung über die Art. 21 und 39 lit. b UCMJ, die Genfer Abkommen seien nicht einklagbar.<sup>97</sup> *Hamdan* sei kein Kriegsgefangener i.S.d. Art. 4 des III. Genfer Abkommens und werde damit auch nicht von dessen Art. 102 geschützt. Damit folgt der *D.C. Circuit Court* vollumfänglich der Regierung.

Dass er nach Art. 3 der Genfer Abkommen solange als Kriegsgefangener zu behandeln sei, bis sein Status durch ein „kompetentes Tribunal“ geklärt wurde, unterschlägt das *Gericht* zunächst. Sodann bestreitet es die Anwendbarkeit der Abkommen *in toto* auf den Konflikt mit *al Qaida* – aus semantischen Gründen: Die Abkommen gälten für zwischenstaatliche Konflikte und innerstaatliche Bürgerkriege, der vorliegende Konflikt sei aber ein „nationaler Konflikt von internationaler Größenordnung“ – also weder Fisch noch Fleisch – und daher nicht geregelt. Das *Gericht* folgt auch damit blind dem Vortrag der Regierung.<sup>98</sup> Jedenfalls sei der Präsident eine „kompetente Autorität“ zur rechtskräftigen Einstufung des Klägers, er habe seine Entscheidungsgewalt erklärtermaßen und erlaubterweise auf die Kommission delegiert.<sup>99</sup>

Diese Argumentation hat zwei Schwächen: Zunächst muss eine Einstufung unstrittig erfolgt sein *bevor* ein Prozess wegen Kriegsverbrechen angestrengt

<sup>94</sup> *Hamdan v. Rumsfeld*, 44 ILM 1276 (DDC, 2005), 1283-1286; Zitat ebd., S. 1286.

<sup>95</sup> Ebd., S. 1286-1288 u. S. 1290 En. 19.

<sup>96</sup> *Hamdan v. Rumsfeld*, 415 F.3d 33 (DCC, 2005), 7.

<sup>97</sup> Ebd., S. 8-13.

<sup>98</sup> Ebd., S. 14-16. *Judge Williams* verwirft diese Konstruktion explizit in seiner Separatmeinung.

<sup>99</sup> Ebd., S. 19.

werden kann. Damit darüber hinaus gleiches Recht auch *gleiche Anwendung* findet, müsste *Hamdan* zudem von *derselben* Instanz eingestuft werden, wie solche Gefangene, welche anschließend nicht wegen Kriegsverbrechen angeklagt werden sollen.

Eine Beurteilung der prozessrechtlichen Regeln der Kommission würde Bundesgerichten ebenfalls nicht zustehen, so die Mehrheit des *Gerichts*. Ausschließlich die Frage der Zuständigkeit der Kommission könne betrachtet werden – sie sei hier zu bejahen.<sup>100</sup> Art. 36 lit. a UCMJ<sup>101</sup> schreibe tatsächlich *ausschließlich* eine Gleichförmigkeit der Kommissionen *untereinander* vor, nicht aber eine Uniformität derselben mit regulären Militärgerichten.<sup>102</sup> *Kirkham* resümiert mit Blick auf die Gewaltenteilung:

„[B]y upholding the president’s ability to make himself judge, jury and executioner [...], by no reviewable standard [...], the [... Circuit] court opened the door for the Executive to encroach on the powers of both the legislative and the judicial branches.“<sup>103</sup>

#### 4. Die Entscheidung

Dem *D.C. Circuit Court* wiederum widersprach der *Supreme Court* (mit unübersichtlichen Mehrheiten).<sup>104</sup> *Chief Justice Roberts* war bereits am *D.C. Circuit* Teil der urteilenden Spruchkörpers gewesen, wurde daher automatisch ausgeschlossen. Die Regierung hatte in allerletzter Minute versucht, die Behandlung der Berufung *Hamdans* mit dem Argument der Erledigung durch neue Rechtslage doch noch abzuwenden. Sie argumentierte, der *Detainee Treatment Act* habe die Zuständigkeit der Bundesgerichte – auch für bereits anhängige Klagen in diesem Feld – aufgehoben. Das *Gericht* weist diese Ansicht der Regierung in einen vorangestellten Exkurs ausführlich zurück<sup>105</sup> und kommt dann zur Hauptsache:

„[T]he military commission convened to try *Hamdan* lacks power to proceed because its structure and procedure violate both the UCMJ and the Geneva Conventions. Four of us also

---

<sup>100</sup> *Hamdan v. Rumsfeld*, 415 F.3d 33 (DCC, 2005), 6 und 16 f.

<sup>101</sup> Nicht 39 lit. b, die Mehrheit des *Gerichts* verwechselt die beiden stellenweise.

<sup>102</sup> *Hamdan v. Rumsfeld*, 415 F.3d 33 (DCC, 2005), 17 f.

<sup>103</sup> *Kirkham*, *Hamdan v. Rumsfeld*. A Check on Executive Authority in the War on Terror, *Tulane Journal of International and Comparative Law* 15 (2007), 707 (728), Hervorhebungen im Original.

<sup>104</sup> Vgl. *Hamdan v. Rumsfeld*, 45 ILM 1130 (2006), 1134.

<sup>105</sup> „Ordinary principles of statutory construction suffice to rebut the government“, ebd., S. 1137. Eine historische Auslegung führt die Mehrheit zum gleichen Ergebnis. Sie nimmt die Regierung sogar wie ein Schulkind an die Kandare, wenn sie in ein Zitat aus *Lindh* wie in eine Gleichung die aktuellen „Werte“ einsetzt, siehe ebd., S. 1138.

*conclude [...] that [conspiracy] is not an 'offens[e] that by ... the law of war may be tried by military commissions.'*<sup>106</sup>

Der vom UCMJ abweichenden Militärkommission, die *Hamdan* anklagen solle, fehle es an einer gesetzlichen Grundlage.<sup>107</sup> Kriegsgewohnheitsrecht schaffe ebenfalls keine Abhilfe im Sinne der Regierung. Die Mehrheit konkretisiert, es gebe drei gewohnheitsrechtlich anerkannte Typen von Militärkommissionen: Solche, die im Kriegsgebiet vorübergehend zivile Strafgerichte ersetzen, solche, die im befriedet-besetzten Gebiet besatzungsrechtliche Vergehen ahnden und solche, die Kriegsgefangene wegen Kriegsverbrechen anklagen. Hier komme nur letzterer Typ in Frage. Der habe jedoch fünf Voraussetzungen: (1.) Der Tatort liegt im Konfliktgebiet, (2.) die Tatzeit liegt innerhalb der Konfliktdauer, (3.) die Tat verstößt spezifisch gegen *Kriegsrecht*, sie ist (4.) nicht durch ein normales Militärgericht zu ahnden und die Kommission stellt (5.) die Erfüllung der Bedingungen 1-4 förmlich fest.<sup>108</sup> Diese Kautelen sieht die Mehrheit hier nicht erfüllt.<sup>109</sup>

Die Regierung habe insbesondere nicht zeigen können, dass die *Verabredung* von Kriegsverbrechen *für sich allein* ein Kriegsverbrechen darstelle.<sup>110</sup> Diese Frage war Anlass ausführlicher Debatten in der mündlichen Verhandlung. Die Mehrheit sieht sich sogar zur Klarstellung genötigt, auch die *teilweise Verwirklichung* einer solchen Abrede sei kein Kriegsverbrechen, solange sie die Schwelle zum *vollendeten Tatbestand* nicht überschreitet. Die Zuständigkeit der Kommission sei durch den Tatvorwurf also nicht ausreichend begründet. Sie sei damit nicht befugt, *Hamdan* zu belangen.<sup>111</sup> Die konzipierten *prozessualen* Regeln der Kommission verstießen zudem gegen den UCMJ und das III. Genfer Abkommen.<sup>112</sup> Der Kläger genieße auch unbedingt den Schutz des Abkommens.

---

<sup>106</sup> *Hamdan v. Rumsfeld*, 45 ILM 1130 (2006), 1135, Veränderungen z.T. im Original.

<sup>107</sup> Ebd., S. 1143 f.

<sup>108</sup> Ebd., S. 1144 f.

<sup>109</sup> „Neither the purported agreement with Osama bin Laden [...] to commit war crimes, nor a single overt act, is alleged to have occurred in a theatre of war or on any specified date after [9/11]. None of the overt acts that Hamdan is alleged to have committed violates the law of war“, ebd., S. 1145.

<sup>110</sup> Ebd., S. 1146-1148.

<sup>111</sup> Ebd., S. 1148.

<sup>112</sup> Ebd., S. 1148-1155. „Chief among [...] Hamdan's] objections are that he may [...] be convicted based on evidence he has never seen or heard, and that any evidence [...] need not comply with the admissibility [...] rules [...] applicable in [...] court[s]-martial“, ebd., S. 1149. *Hansen/Friedman*, *The Case for Congress – Separation of Powers and the War on Terror*, 2009, S. 61-108 diskutieren anhand dieses Urteils Implikationen geheimer Beweismittel.

Hierzu verweist *Justice Stevens* gerne erneut auf ein Sondervotum seines Mentors *Justice Rutledge* in *In Re Yamashita* (1946).<sup>113</sup>

Die Mehrheit folgt dann dem *D.C. District Court* und widerspricht dem *D.C. Circuit Court*. Art. 36 UCMJ erfordere die *größtmögliche* Uniformität der Kommissionen mit Militärgerichten. Das Rückzugsargument der Regierung, diese Bedingung sei hier schon erfüllt, sei mangels Untermauerung unzureichend.<sup>114</sup> Die avisierten Verfahrensregeln der Kommission seien klar rechtswidrig.<sup>115</sup>

Hinsichtlich der *Genfer Abkommen* erlebt die Regierung ein *déjà vu*. Das *Gericht* begegnet dem Argument der Nichtanwendbarkeit erneut mit dem der Vorbedingung: Die Regierung könne Befugnisse nach Art. 21 UCMJ nicht beanspruchen, ohne die dort vorausgesetzten internationalen Regime einzuhalten.<sup>116</sup> Die Mehrheit verwirft das Argument, es bestünden *separate* Konflikte mit *Taliban* und *al Qaida*, wovon letzterer die Genfer Abkommen nicht berühre.<sup>117</sup> Wie schon beim nationalen Recht verfängt auch hier das Rückzugsargument der Regierung nicht, die Kommission sei doch „regulär konstituiert“ i.S.v. Art. 3 der Genfer Abkommen.<sup>118</sup>

## 5. Die Sondervoten

*Justice Breyer* pflichtet der Mehrheit separat bei.<sup>119</sup> *Justice Kennedy* tut das teilweise.<sup>120</sup> Er sieht sich genötigt, der Regierung *aus dem Wörterbuch* vorzututieren, was das Adjektiv „größtmöglich“ für das Gleichförmigkeitsgebot des Art. 36 UCMJ bedeutet. Überdeutlich wird er schließlich, wenn er feststellt, eine Verletzung des Art. 3 der Genfer Abkommen, wie die Regierung sie faktisch anstrebe, sei nach US-Recht *selbst ein Kriegsverbrechen*.<sup>121</sup> *Justice Kennedy* nimmt aber

---

<sup>113</sup> „[P]artially in response to [...] criticism of [...] Yamashita’s trial, the UCMJ [was] expanded [...] to include defendants in Yamashita’s (and Hamdan’s) position and the [III. Geneva Conv.] extended [POW] protections to individuals tried for crimes“, *Hamdan v. Rumsfeld*, 45 ILM 1130 (2006), 1151.

<sup>114</sup> Ebd., S. 1151.

<sup>115</sup> Ebd., S. 1152.

<sup>116</sup> Ebd., S. 1153, vgl. Satz vor Fn. 64 oben.

<sup>117</sup> Ebd., S. 1153.

<sup>118</sup> Die Mehrheit bestreitet das mit Verweis auf das Sondervotum von *J. Rutledge* in *Re Yamashita*, ebd., S. 1154.

<sup>119</sup> „Congress has denied the President [...] authority to create [...] commissions of the kind at issue here. [...] No emergency prevents consultation with Congress“, ebd., S. 1163.

<sup>120</sup> „[The order governing commissions] exceeds limits [Congress] placed on the President. [...] The Geneva [Conventions control]. Congress requires that [commissions] conform to the *law of war*“, ebd., S. 1163 und S. 1164.

<sup>121</sup> Ebd., S. 1165 f.



nicht Stellung zum regulären Zustandekommen der Kommissionen i.S.d. Art. 3 der Genfer Abkommen oder zur Verfolgbarkeit einer *Verabredung* von Kriegsverbrechen.<sup>122</sup>

*Justices Scalia, Thomas und Alito* stimmen gegen das Urteil. Die drei Sondervoten stellen dabei eine zusammenhängende und weitgehend arbeitsteilige Antwort auf die Mehrheit dar. Für umfassende Zurückhaltung mit Blick auf die neue Rechtslage stimmt *Justice Scalia*, *Justice Thomas* widerspricht auf breiter Front inhaltlich, *Justice Alito* stellt spezifisch sein Verständnis der Kommissionen als „regulär konstituiert“ i.S.d. Art. 3 der Genfer Abkommen heraus.

## 6. Zusammenfassung und Einordnung

Wie in *Rasul vs. Bush* lässt der *Supreme Court* in *Hamdan v. Rumsfeld* die Tür für eine parlamentarische Ermächtigung des bis *dato* illegalen Regierungshandelns offen. Mit Nachdruck unterstreicht das *Gericht* seine eigene, grundsätzliche Berechtigung, solches Handeln jederzeit auf seine Legalität hin zu prüfen. Dabei lässt es eine deutliche Zurückweisung des Verständnisses des *D.C. Circuit Courts* von der Gewaltenteilung vermissen, möglicherweise aus Rücksicht auf *Chief Justice Roberts*, welcher dort mitgeurteilt hatte. Nach fünfjähriger Odyssee wurde *Hamdan* hier zwar bestätigt, der MCA führte jedoch zu seiner erneuten Anklage vor einer Kommission, welche ihn vom Verschwörungsvorwurf freisprach. Trotzdem wurde er zu fünfeinhalb Jahren Haft wegen wesentlicher Unterstützung des Terrorismus i.S.d. *Patriot Act* verurteilt. Der *D.C. Circuit Court* hob die Verurteilung im Jahre 2012 jedoch auf Grundlage des Prinzips *nulla poena sine lege* wieder auf.

## IV. *Boumediene v. Bush*

### 1. Die letzte offene Frage – und ihre Beantwortung

„*Petitioners present a question not resolved by our earlier cases [...]: whether they have the constitutional privilege of habeas corpus [...]. We hold [they] do have the habeas corpus privilege. [... DTA] procedures are not an adequate [...] substitute for habeas corpus. Therefore § 7 of the [MCA] operates as an unconstitutional suspension of the writ.*“<sup>123</sup>

*Justice Kennedy* schreibt hier für die Mehrheit, *Justice Souter* pflichtet separat bei. Die erneut weitgehend arbeitsteiligen Abweichungen stammen vom *Chief Justice*

<sup>122</sup> *Hamdan v. Rumsfeld*, 45 ILM 1130 (2006), 1170 f.

<sup>123</sup> *Boumediene v. Bush*, 47 ILM 647 (2008), 655, Hervorhebungen durch den Autor.

*Roberts* und von *Justice Scalia*.<sup>124</sup> Der Klage zugrunde lagen die Regeln der CSRTs, welche nach *Hamdi v. Rumsfeld* entwickelt worden waren.

Die Regierung berief sich auf den neuen *Military Commissions Act* und argumentierte erneut für die Erledigung durch neue Rechtslage. Der *D.C. Circuit Court* war bei der Berufung diesem Argument gefolgt. § 7 MCA habe erfolgreich die Zuständigkeit der Gerichte rückwirkend eliminiert. Die Kläger besäßen *keinerlei* verfassungsmäßigen Rechte, also könnten solche auch nicht in verfassungswidriger Weise aufgehoben werden. Im Ergebnis bliebe den Gefangenen damit weder ein inhaltliches noch ein prozessuales Haftprüfungsrecht.<sup>125</sup>

Der *Supreme Court* lässt eingangs durchblicken, er sei verfassungsrechtlichen Fragen bisher *absichtsvoll* ausgewichen.<sup>126</sup> Es stimmt zunächst dem *D.C. Circuit Court* zu: Im Gegensatz zum DTA in *Hamdan v. Rumsfeld* seien gesetzgeberische Absicht und Formulierung im Falle des § 7 MCA eindeutig. Dieser habe, anders als der DTA in *Hamdan*,<sup>127</sup> die Zuständigkeit im vorliegenden Rechtsstreit tatsächlich rückwirkend aufgehoben.<sup>128</sup> Die Mehrheit trifft diese Feststellung aber *vorbehaltlich der Verfassungsmäßigkeit* eines solchen Vorgehens. Der Kongress selbst prüfe Gesetze zwar auf ihre Verfassungsmäßigkeit, die Judikative führe aber eine unabhängige, eigene Prüfung (vergleichbar mit einer konkreten Normenkontrolle) durch, wenn ein Rechtsstreit es erfordere.<sup>129</sup>

Die hier erneut vorgetragene Ansicht der Regierung, Feindkämpfer in US-Gefangenschaft im Ausland genössen *keinerlei* verfassungsmäßige Rechte, teilt die Mehrheit am *Supreme Court* nicht. Es sei erkennbar die Absicht der Verfassungsväter gewesen, Klagen mit Stoßrichtung *Gewaltenteilung* nicht an den territorialen oder persönlichen Status zu binden.<sup>130</sup> Zur Frage der extra-territorialen Geltung des *verfassungsmäßigen Haftprüfungsrechts* zur Zeit der Verfas-

<sup>124</sup> Die Mehrheitsverhältnisse sind detaillierter ausgeführt im Syllabus des Urteils, *Boumediene v. Bush*, 47 ILM 647 (2008), 654.

<sup>125</sup> Gemeint ist „*substantive due process*“ und „*procedural due process*“, vgl. *Boumediene v. Bush*, 476 F.3d 981 (DCC, 2007); vgl. *Boumediene v. Bush*, 47 ILM 647 (2008), 656.

<sup>126</sup> *Boumediene v. Bush*, 47 ILM 647 (2008), 655 f.

<sup>127</sup> Vgl. Fn. 105 oben.

<sup>128</sup> *Boumediene v. Bush*, 47 ILM 647 (2008), 656 f.

<sup>129</sup> Ebd., S. 657.

<sup>130</sup> „The Framers deemed the writ [of habeas corpus] to be an essential mechanism in the [separations-of-powers] scheme. [...] [E]xcept during times of formal suspension, the Judiciary will have a time-tested device, the writ, to maintain the *delicate balance of governance*. [...] *At the absolute minimum* the [suspension] clause protects the writ as it existed when the constitution was drafted and ratified“, ebd., S. 659 f. Und weiter: „[C]onceptually, the writ arose from a theory of power rather than a theory of liberty“, ebd., S. 658; vgl. *Halliday/White*, *The Suspension Clause*, *Virginia Law Review* 94 (2008), 575 (586).

sungsgebung stellt *Justice Kennedy* fest, dass ausgiebige historische Recherchen aller Parteien nicht zu eindeutigen Ergebnissen geführt hätten.<sup>131</sup> Er begibt sich dann auf Neuland,<sup>132</sup> wenn er aus teleologischen Erwägungen heraus – wie in *Rasul vs. Bush* – wieder implizit die Frage zum Kriterium macht, wessen Recht *de facto* und uneingeschränkt im betroffenen Territorium gilt.<sup>133</sup> Das Argument der Regierung, Kuba und nicht die USA übe *de jure* die Souveränität über Guantánamo Bay aus, lässt die Mehrheit erneut nicht gelten.<sup>134</sup>

Konkret seien drei Faktoren zu berücksichtigen: Staatsbürgerschaft und Status der Kläger (inkl. Angemessenheit der Statusbestimmung), Festnahme- und Haftort, sowie die prozessuale Machbarkeit. Der Status der Kläger sei hier umstritten, detaillierte Vorwürfe fehlten – beides im Unterschied z.B. zu *Johnson v. Eisentrager*. Der im Strafprozess übliche „*adversarial proces*“ könne Haftprüfung potentiell überflüssig machen, sei hier aber gleichermaßen nicht gewährleistet. Guantánamo sei zudem – siehe *Rasul vs. Bush* – nicht mit Landsberg in *Eisentrager* vergleichbar.<sup>135</sup> Praktische Hindernisse für eine gerichtliche Haftprüfung bestünden ebenfalls nicht.<sup>136</sup>

„*We hold that [the Suspension Clause] has full effect at Guantanamo Bay. [...We] may not impose a de facto suspension by abstention.*“<sup>137</sup>

## 2. Der (aller)letzte Strohalm: Gleichwertiger Ersatz?

Eigentlich könnte das Urteil hier enden. Die Mehrheit kommt der Regierung aber noch ein letztes Mal entgegen, wohl auch um ihr damit politisch zu signalisieren, dass sie „alles versucht“ hat: Sie hält für erforderlich, zu prüfen, ob das in § 1005 lit. e des DTA geregelte Berufungsrecht gegen Entscheide der Militärkommissionen das verfassungsmäßige Haftprüfungsrecht *gleichwertig ersetzt*, obwohl für einen solchen „Taschenspielertrick“ schon *a priori* jede rechtlich-textliche Grundlage fehlt. Der *D.C. Circuit Court* hatte eine Antwort auf diese Frage für überflüssig gehalten. Trotzdem verzichtet die Mehrheit am *Supreme Court* auf die sonst übliche Rückverweisung: Die besondere Bedeutung des Falles für die Gewaltenteilung und die Tatsache, dass die Kläger bereits mehrere Jahre um Zugang zum Rechtsweg gekämpft hätten, machten den Fall außergewöhnlich. Eine Rückverweisung, so die Mehrheit, würde wahrscheinlich

<sup>131</sup> *Boumediene v. Bush*, 47 ILM 647 (2008), 660 f.

<sup>132</sup> „The cases before us lack any precise historical parallel“, ebd., S. 670.

<sup>133</sup> Ebd., S. 662 f.

<sup>134</sup> Ebd., S. 667.

<sup>135</sup> Vgl. den Absatz vor Fn. 25 oben.

<sup>136</sup> *Boumediene v. Bush*, 47 ILM 647 (2008), 668-670.

<sup>137</sup> Ebd., S. 670.

sowieso die endgültige Entscheidung der Frage durch den *Supreme Court* nur verzögern.<sup>138</sup>

Geeignete Präzedenzfälle kann die Mehrheit auch zur Frage des gleichwertigen Ersatzes nicht finden. § 1005 lit. e DTA und die Ausführungsbestimmungen des Verteidigungsministeriums beschrieben aber ein wesentlich beschränkteres Verfahren als die reguläre Haftprüfung und ließen sie auch nicht als *ultima ratio* zu.<sup>139</sup> Das führe zu einem verfassungswidrigen Ergebnis.<sup>140</sup> Die notwendige Tiefe einer Haftprüfung hänge von den bereits vom Antragsteller „genossenen“ Verfahren und deren prozessualen Standards ab. Wo aber eine Internierung per Präsidialerlass angeordnet sei, sei die Notwendigkeit für unabhängige Gegenprüfung unbedingt am größten.<sup>141</sup> Die Mehrheit geht dann, wie in *Hamdan v. Rumsfeld* auf prozessuale Schwächen der CSRTs ein. Die Regierung verteidige die Tribunale mit dem Argument, sie seien konform mit *Hamdi v. Rumsfeld* konzipiert. Die Mehrheit wendet dagegen ein, dass *Hamdi* doch gerade *nicht* den Inhalt des *verfassungsmäßigen* Rechts auf Haftprüfung ausbuchstabiert habe.<sup>142</sup>

Selbst dann, wenn die CSRTs „*due process*“-Standards erfüllten – und hierzu enthält sich die Mehrheit zunächst –, eliminiere das nicht das Recht auf *anschließende* Haftprüfung. Es sei insofern besorgniserregend, dass § 1005 lit. e DTA die Prüfung der dem CSRT-Verfahren zugrundeliegenden Beweise durch den *D.C. Circuit Court* nicht explizit vorsehe. Auch wenn man dies als impliziert unterstelle, umfasse es nicht das verfassungsmäßig erforderliche Recht eines Betroffenen, *neue Entlastungsbeweise* vorzubringen. Ein Zwischenresümee:

„[T]he DTA review proceeding falls short of being a constitutionally adequate substitute. [...] The role of an Article III court in the exercise of its habeas corpus function cannot be circumscribed in this manner. [...] Where the [...] detention proceeding lack[s] the necessary adversarial process, the detainee cannot be held responsible. [...] MCA § 7 thus effects an unconstitutional suspension of the writ.“<sup>143</sup>

Die Mehrheit glaubt auch nicht, dass praktische Vernunftabwägungen hier förmlicher Haftprüfung entgegenstehen. Die in den unteren Instanzen nun zu

<sup>138</sup> *Boumediene v. Bush*, 47 ILM 647 (2008), 670 f.

<sup>139</sup> Aus dem Parlamentsprotokoll gehe zudem hervor, dass gleichwertiger Ersatz explizit gar nicht beabsichtigt war, vgl. ebd., S. 672 f.

<sup>140</sup> „For the writ [...] to be] an effective [...] remedy, the [habeas court] must have the means to correct errors [...] Here that opportunity is constitutionally required“, ebd., S. 675.

<sup>141</sup> Ebd., S. 673. Und: „[T]he common-law habeas court’s role was *most extensive* in cases of pre-trial and noncriminal detention“, ebd., Hervorhebung durch den Autor.

<sup>142</sup> Ebd., S. 676.

<sup>143</sup> Ebd., S. 677 f., Hervorhebung durch den Autor.

konzipierenden Verfahrensregeln dürften zwar die besonderen Umstände berücksichtigen,<sup>144</sup> die Haftprüfung für die Kläger habe aber *umgehend* zu erfolgen. Die Mehrheit schränkt die Reichweite ihres Urteils zum Abschluss aber noch erheblich ein und wird dann erneut grundsätzlich:

„[We hold] only that the petitioners before us *are entitled to seek the writ; that the DTA review procedures are an inadequate substitute [...]; and that [petitioners] need not exhaust [those] before proceeding with their habeas actions. [...] Security subsists, too, in fidelity to freedoms first principles. [...] Few exercises of judicial power are as legitimate or as necessary as the responsibility to bear challenges to the authority of the Executive to imprison a person. [...] The laws and Constitution are designed to survive, and remain in force, in extraordinary times. Liberty and security can be reconciled.*“<sup>145</sup>

### 3. Die Sondervoten

*Justice Breyer* weist in seinem kurzen Sondervotum die Kritik der Abweichungen zurück. Das Urteil habe sich mit *Rasul vs. Bush* bereits angekündigt, es sei historisch wie sachlich gut begründet. Eine Abweichung schrieb *Chief Justice Roberts*, der dem *Gericht* Ehrgeiz und Einmischung in politische Belange vorwirft. Richterliche Zurückhaltung sei hier geboten. Sein Interesse gilt vor dem Hintergrund der *Unitary Executive Theory* mehr den Befugnissen der Exekutive, als den Rechten der Kläger.<sup>146</sup> Die Regierung habe sich auf *Hamdi v. Rumsfeld* verlassen (*stare decisis*). Jüngere Entwicklungen wie *Hamdan v. Rumsfeld* oder den MCA unterschlägt er. Sein Versuch, CSRTs praktisch mit regulären Gerichten gleichzusetzen, muss allerdings scheitern. Erkennbar wird in *Chief Justice Roberts'* Votum der Teufelskreis zwischen dem *angenommenen* Status der Kläger und der daraus resultierenden Begrenzung ihrer Mittel zum Gegenbeweis.<sup>147</sup> In seinem Fazit wird *Justice Roberts'* Ton scharf und umgangssprachlich. Seine Argumente sind sichtbar politisch gefärbt. Der höchste Richter der Vereinigten Staaten lässt sich mit einem Verweis auf die Außenpolitik – wie schon der *Court of Appeals for the Fourth Circuit* in *Hamdi* – zu einer kaum verhohlenen Bankrotterklärung des Richterstandes hinreißen:

„*So who has won? Not the detainees. The Court [...] leaves them with [...] further litigation. [...] Not Congress, [... it] has been unceremoniously brushed aside. Not the Great Writ [...].*“

<sup>144</sup> *Boumediene v. Bush*, 47 ILM 647 (2008), 679.

<sup>145</sup> Ebd., S. 679 f., Hervorhebung durch den Autor.

<sup>146</sup> „[If] the system the political branches designed protects whatever [substantive] rights the detainees may possess [...], there is no need for additional process“, ebd., S. 684.

<sup>147</sup> „[T]he evidentiary [...] limitations the court complains of reflect the nature of the issue in contest, namely, the status of aliens captured by our armed forces abroad“, ebd., S. 689.

*Not the rule of law, unless by that is meant the rule of lawyers [...]. [N]ot the American people, who today lose a bit more control of this Nation's foreign policy to unelected, politically unaccountable judges.*<sup>148</sup>

*Justice Scalia* lässt die übliche Zurückhaltung im Ausdruck schon von Anfang an vermissen.<sup>149</sup> Deutlich politische Untertöne und Argumente,<sup>150</sup> sowie klare Tendenzen zugunsten der *Unitary Executive* ziehen sich durch sein Votum:

„[F]or the first time in [...] history, the Court confers a constitutional right to habeas corpus on alien enemies detained abroad [...] in the course of an ongoing war.“<sup>151</sup>

Dass vom Hervorgehobenen ersteres in Frage steht, zweiteres in *Rasul vs. Bush* anders entschieden wurde und letzteres im vorliegenden Fall zumindest weitere Fragen aufwirft, übergeht *Justice Scalia*. Er beklagt die *angebliche* Rückkehr einiger, nach ihrer *Entlastung durch das US-Militär* freigelassener Guantánamo-Insassen auf das Gefechtsfeld.<sup>152</sup> Warum das aber kein Grund ist, grundsätzlich an der Kompetenz des Militärs in Einstufungsfragen zu zweifeln, verrät er nicht. Seine inhaltlichen Argumente gehen, wie bei *Chief Justice Roberts*, am Kern der Sache vorbei: Der Kongress habe mit dem MCA beabsichtigt, *Habeas* für die Gefangenen *auszuschließen*, warum das aber keiner unzulässigen, weil nicht *expressis verbis* vorgenommenen *Aussetzung* des Haftprüfungsrechts i.S.d. *Suspension Clause* gleichkommt, erklärt er nicht.<sup>153</sup> Auf „richterliche Einmischung“ lautet auch *Justice Scalias* Vorwurf,<sup>154</sup> das Mehrheitsvotum steht dazu aber in keinem erkennbaren Zusammenhang mehr.<sup>155</sup>

#### 4. Zusammenfassung und Einordnung

Ungewöhnlich oft greift die Mehrheit in *Boumediene v. Bush* auf aktuelle wissenschaftliche Arbeiten zurück, geschuldet sicherlich der Tatsache, dass sie sich –

<sup>148</sup> *Boumediene v. Bush*, 47 ILM 647 (2008), 694.

<sup>149</sup> „I think it appropriate to begin with a description of the disastrous consequences“, ebd., S. 695. Nachdem er *Breyers* Zustimmung aus *Hamdan* zitiert: „Turns out they were just kidding“, ebd., S. 696. Und: „[T]he court blunders it“, ebd., S. 697. „What drives today's decision is neither the [...] Suspension Clause, nor [...] our precedents, but [...] an inflated notion of judicial supremacy“, ebd., S. 700.

<sup>150</sup> „The game of bait-and-switch [...] will make the war harder on us. It will almost certainly cause more Americans to be killed“, ebd., S. 695.

<sup>151</sup> Ebd., S. 695, Hervorhebung durch den Autor.

<sup>152</sup> Ebd., S. 696.

<sup>153</sup> Ebd., S. 696.

<sup>154</sup> Ebd., S. 701 und S. 703 En. 1.

<sup>155</sup> *Scalia* endet mit den Worten: „The Nation will live to regret what the Court has done today. I dissent“, ebd., S. 703. Die eigentlich übliche Formel lautet: „I respectfully dissent.“

mit Blick auf Präzedenzfälle – weitestgehend auf Neuland befindet. *Justice Kennedy* kommt im ansonsten politisch übersichtlichen Kollegium zum wiederholten Male die Sonderrolle als „*swing vote*“ zu. Das schlägt sich im Urteil nieder, aber auch bei seinem Zustandekommen: Das *Gericht* hatte den Fall zunächst gar nicht zur Berufung angenommen, diese Entscheidung aber höchst ungewöhnlicherweise nach erneutem Bedenken – wohl seitens *Kennedys* – umgekehrt.<sup>156</sup> Noch deutlicher als in den vorherigen Urteilen besteht das *Gericht* in diesem Fall auf einer Rolle für die Judikative. Keines der drei anderen Urteile verweist so oft explizit auf die Gewaltenteilung und gegenseitige Kontrolle. Wie in den anderen Fällen lässt das *Gericht* allerdings klare prozessuale Vorgaben für die Zukunft vermissen.<sup>157</sup>

## V. Zwischenfazit

Die vier untersuchten Fälle ergeben eine unübersichtliche Gemengelage. Das zeigt sich schon anhand der miteinbezogenen Rechtsquellen: Verfassungsrecht, Straf- und Strafprozessrecht, Militärrecht, einschlägige Sondergesetze, Kriegsgewohnheitsrecht und kodifiziertes humanitäres Völkerrecht. Erschwerend hinzu kommen Notstandsklauseln, Fragen nach der Erfüllung ihrer Voraussetzungen sowie Fragen nach der Anwendbarkeit von Recht außerhalb des Staatsgebietes oder auf ausländische Staatsbürger. Während die Fälle *Rasul vs. Bush* und *Hamdi v. Rumsfeld* dabei hauptsächlich Fragen der Zuständigkeit betreffen, setzen sich *Hamdan v. Rumsfeld* und *Boumediene v. Bush* vor allem inhaltlich mit Individualrechten, Gewaltenteilung und Völkerrecht auseinander. Nur in der Gesamtschau ist dabei wirklich eine Einordnung möglich.

Während *Rasul vs. Bush* noch auf der Absage an die Regierung beruht, sie könne einen *gerichts*freien Raum auf Guantanamo *nicht ohne den Gesetzgeber* einrichten, geht *Boumediene v. Bush* schließlich noch weiter: Ein solcher dürfe dort *überhaupt nicht* existieren. Dabei wandelt sich die Vorstellung von der Rolle der Judikative, welche der *Supreme Court* zugrunde zu legen scheint: In *Rasul vs. Bush* dient sie nur als „Lückenfüller“ in Abwesenheit spezifischer Gesetze.<sup>158</sup> Die Position in *Hamdi v. Rumsfeld* ist schwerer fassbar, stammt aber vom selben Kollegium zur selben Zeit.

---

<sup>156</sup> Vgl. *Glaberson*, In Shift, Justices Agree to Review Detainees' Case, NYT v. 30.6.2007, Titelseite und A14.

<sup>157</sup> „The search for an appropriate burden of proof becomes even more elusive in the absence of a uniform substantive definition of wrongdoing“, *Azmy* (Fn. 47), S. 520.

<sup>158</sup> Zum vagen Inhalt der „*War Powers*“: *Hartz/Kyritsis*, *Boumediene and the Meanings of Separation of Powers in U.S. Emergency Law*, *Review of Constitutional Studies* 15 (2010), 149 (153 f.).

„A major theme running through [Rasul and Hamdi] was the relevance of the legislative involvement [...]. At times, the Court appeared to make the level of protections [...] turn more on the willingness of [Congress ...] than on its own interpretation of what was due.”<sup>159</sup>

In *Hamdan v. Rumsfeld* folgt die Einschränkung, dass dem *Supreme Court* selbst das Mittel der Normenkontrolle *keinesfalls* genommen werden darf. In *Boumediene v. Bush* kann das *Gericht* verfassungsrechtlichen Fragen schließlich nicht mehr ausweichen. Nach zwei Versuchen, seine Zuständigkeit zu beschneiden, scheint es langsam ungeduldig<sup>160</sup> zu werden. Konsequenz ist das umfassende und grundsätzliche Bekenntnis zum Rechtsweg, sprich zur Haftprüfungshoheit der *gesamten Judikative*. Eine parlamentarische „Sollbruchstelle“ ist hier nicht mehr zu finden – es sei denn, der Kongress wollte tatsächlich (und zwar *explizit!*) die *Suspension Clause* in Anspruch nehmen.

Ungeklärt bleiben weiterhin die Rechtsmittel gegen von den Militärkommissionen bereits erlassene Entscheide. Auf das Insistieren des *Gerichts* in *Hamdan v. Rumsfeld* hin wurde aber immerhin der die bisherige Praxis der Exekutive vom Kongress „ratifiziert“. Für alle vier Fälle gilt: Aus der Abwesenheit wirklich vergleichbarer Musterfälle leitet eine Seite jeweils ab, vergleichbaren Gefangenen seien also offensichtlich in der Vergangenheit der Rechtsweg nicht offen gestanden. Die andere Seite leitet ab, in der Vergangenheit sei eine vergleichbare Behandlung Gefangener für undenkbar gehalten worden. Das *Gericht* positioniert sich über die Fälle hinweg zunehmend klar in der Nähe letzterer Auffassung.

Die Tatsache, dass der *Supreme Court* die prozessrechtlichen Mindeststandards undefiniert lässt, macht die Urteile in der Praxis aber zu einem relativ zahnlosen Tiger. Es sei nur verwiesen auf das Urteil des *D.C. Circuit Courts* in *Latif v. Obama*.<sup>161</sup> Dieses gestand dem Kläger Haftprüfung zwar formal zu, griff aber erneut zur „Richtigkeitsvermutung“ für Regierungsbehauptungen.<sup>162</sup> Eine im üblichen Maße tiefergehende Prüfung wurde dem *D.C. District Court* untersagt. Die dringende *Notwendigkeit* gerichtlicher Haftprüfung im „*War on Terror*“ illustriert z.B. eindrücklich der später in Deutschland prominent gewordene Fall *Kurnaz v. Bush*. Das CSRT hatte *Kurnaz* als Feindkämpfer eingestuft mit der Begründung, sein Kindheitsfreund *Selcuk Bilgin* sei ein Selbstmordattentäter

<sup>159</sup> Hartz/Kyritsis (Fn. 158), S. 151.

<sup>160</sup> Vgl. *Azmy* (Fn. 47), S. 458.

<sup>161</sup> *Latif v. Obama*, 677 F.3d 1175 (2012).

<sup>162</sup> Hierzu: Lindemann, A Circuit Supreme: How the D.C. Circuit Court is Using a Presumption of Regularity in *Latif v. Obama* to Make New Law and Ensure No Detainees Are Released from Guantanamo Bay, *Journal of Gender, Social Policy & the Law* 21 (2012), 187 (passim).



gewesen. Als seinen Anwälten schließlich diese Begründung mitgeteilt wurde, konnten sie innerhalb eines Tages genug Beweise sammeln, um deren Absurdität nachzuweisen: *Bilgin* erfreute sich bester Gesundheit und lebte von den Behörden völlig unbehelligt weiterhin in Deutschland.<sup>163</sup>

#### D. Der Wissenschaftliche Diskurs

Obwohl der *Supreme Court* in allen vier Fällen über *konkrete* Rechte von Klägern entschied, sind die Urteile doch nur vor dem Hintergrund *abstrakter* Überlegungen zur Rolle der Judikative in der Gewaltenteilung zu verstehen. Das beweisen viele hypothetische Szenarien, mit welchen die Anwälte aller Parteien in sämtlichen Verhandlungen konfrontiert wurden, oder auch der Verzicht auf Rechtsmittelausschöpfung in *Boumediene v. Bush*. Es fragt sich, ob Eigeninteressen der Judikative hier grundsätzlich unbillig oder nicht vielmehr in der Gewaltenteilung systematisch angelegt und zu ihrem Erhalt geradezu notwendig sind. Nimmt man hinzu, was oben nachzuweisen versucht worden ist – nämlich, dass die vier Urteile ein Bestehen auf der grundsätzlichen Teilhabe der Gerichte sind – dann führt das unweigerlich zur Frage der *wünschenswerten* Rolle von Gerichten. Entscheiden ließe sich diese nur anhand eines Ideals mit rechtsphilosophischer Fundierung als Messlatte. Das ist hier nicht zu leisten.

An den *zahlreichen* Stellen, wo bewährt rechtsförmige Haftprüfungsverfahren, Strafprozesse oder gar Freilassungen unbestritten nicht von der Regierung beabsichtigt waren und wo die vier Urteile direkt oder indirekt genau einen solchen Ausgang nach sich gezogen haben, muss aber auch ohne philosophische Messlatte ein klarer Erfolg für die Gewaltenteilung verbucht werden. Die Tatsache, dass das *Gericht* Fragen des angemessenen Vorgehens z.B. bei der Beweiszulassung und -gewichtung den unteren Instanzen überlässt, mag für die Kläger eine Enttäuschung, muss für die Gewaltenteilung aber *per se* noch kein Verlust sein, wie z.B. *Wheeler* anzunehmen scheint.<sup>164</sup> Gleiches gilt dort, wo der *Supreme Court* die notwendige Rolle des Parlaments bei der Ermächtigung exekutiven Handelns unterstreicht. Die Frage, ob es sich dabei um Pyrrhussiege handelt, ist sicherlich berechtigt, vielleicht aber erst aus größerem zeitlichem Abstand fair zu bewerten – *Boumediene v. Bush* vorsichtig ausgenommen.

*Jenkins* arbeitet zudem heraus, dass der strikt funktionalistische Ansatz, welchen die Mehrheit in *Boumediene v. Bush* verfolgt, sich bereits in den drei vorherigen Entscheidungen angekündigt hatte. Damit verdeutlicht er auch die Bedeutung

<sup>163</sup> *Azmy* (Fn. 47), S. 447. U.a. vertrat *Azmy Kurnaž* selbst anwaltlich.

<sup>164</sup> *Wheeler*, *Checking Presidential Detention Power in the War on Terror*, *Presidential Studies Quarterly* 39 (2009), 677 (688 f.). Sicherlich sind mit dem Fall *Latif* aber einige Befürchtungen *Wheeler*s doch eingetreten.

der Gewaltenteilung für die früheren Fälle.<sup>165</sup> *Azmy* versucht im Gegensatz zu *Jenkins*, *Boumediene* von den anderen Fällen zu unterscheiden. Für historisch bedeutsam hält er die Entwicklung eines „Anti-Manipulations“-Prinzips *vis-à-vis* der Gewaltenteilung durch den *Supreme Court*, wonach die beiden „politischen“ Gewalten die territorialen Grenzen ihrer rechtsstaatlichen Pflichten nicht selbst bestimmen dürfen.<sup>166</sup>

„[T]he Court felt compelled [...] to reject any bright-line geographical rules regarding the reach of the writ. It even refused to limit its ruling [...] to the arguably unique physical space of Guantanamo [...] The predictability and clarity of a bright-line rule that Justice Scalia sees as a virtue, Justice Kennedy likely sees as a vice because any such rule might ultimately be subject to manipulation by those whose power it is designed to restrain.”<sup>167</sup>

Dass die Regierung in *Boumediene v. Bush* erneut mit dem Rechtsverständnis antrat, welches in *Rasul vs. Bush* verworfen worden war, mag zur unterschweligen Ungeduld der Mehrheit und damit zum Verzicht auf eine solches „limited ruling“ beigetragen haben.<sup>168</sup> Aber:

„[O]ne should not solely attribute the decision to the perceived excesses of the Bush Administration. It is, in fundamental respects, perfectly aligned with the role of a constitutional court in a separation-of-powers system.”<sup>169</sup>

*Weiner* bricht schließlich aus dem diskursiven Korsett des „War on Terror“ gänzlich aus mit der durchaus gut begründeten These, es handele sich gar nicht um einen Krieg i.S.d. (v.a. internationalen) Rechts. Das gegenteilige Zugeständnis des *Supreme Courts*, das er insbesondere an *Hamdan v. Rumsfeld* festmacht,<sup>170</sup> sei ein unschätzbare Erfolg für die Exekutive, sofern es voraussetzt, die Gewaltenteilung operiere in diesem Feld unter den Bedingungen eines informellen Verteidigungsfalles. Sowohl das *Gericht*, als auch die überwältigende Mehrheit der Forschung machen sich dieses politische *Framing* unbesehen zu eigen.

## E. Fazit

In den Wind gesprochen scheint *Azmys* Erinnerung, dass die AUMF für militärische Einsätze einen Nexus zu den Anschlägen vom 11. September 2001 als

<sup>165</sup> *Jenkins*, Habeas Corpus and Extraterritorial Jurisdiction after *Boumediene* Towards a Doctrine of 'Effective Control' in the United States, *Human Rights Law Review* 9 (2009), 306 (315).

<sup>166</sup> *Azmy* (Fn. 47), S. 451.

<sup>167</sup> *Ebd.*, S. 467; vgl. *ebd.*, S. 468.

<sup>168</sup> *Azmy* thematisiert hingegen eine Ungeduld gegenüber dem Kongress, *ebd.*, S. 479.

<sup>169</sup> *Ebd.*, S. 471.

<sup>170</sup> *Weiner*, *Hamdan, terror, war*, *Lewis & Clark Law Review* 11 (2007), 997 (999).

Legitimation voraussetzt.<sup>171</sup> Die AUMF dient weiter ungetrübt und ohne Erneuerung als faktische Ermächtigung für jede militärische Handlung der USA seit 2001.<sup>172</sup> Hier, wie in der Frage der Internierung auf Guantánamo, ist die einstige Ausnahme zum Dauerzustand geworden.

Dem Tenor der vier Urteile zufolge darf auch auf Guantánamo kein rechtsfreier Raum existieren. Der "*War on Terror*" schafft aber Räume besonderen Rechts, in welchen die Exekutive ohne wesentlichen Widerstand der beiden anderen Gewalten unter den Vorzeichen eines informellen Verteidigungsfalles agieren darf. Spekulativ bleibt die Frage, warum es trotz eigentlich unauslassbarer Gelegenheiten seit *Boumediene v. Bush* kein höchstrichterliches Urteil mehr in diesem Feld gibt. Zwei Gründe sind denkbar: Ein „Rückzug“ im Angesicht des merklichen Widerstands vonseiten vieler Richter an Berufungsgerichten (s.o. *Latif v. Obama*) oder ein politisches Stillhalten der „liberalen“ Richter nach der Wahl *Obamas*.

Es stellt sich – auch vor dem Hintergrund der oben zitierten These von *Weiner* – die Frage, ob grundsätzlich die Terrorbekämpfung eine Aufgabe militärisch-geheimdienstlicher oder polizeilich-geheimdienstlicher Zusammenarbeit sein sollte. Von unüberhörbaren politischen Untertönen dieser Debatte abgesehen ist jedenfalls unbestritten, dass polizeiliche Ansätze rechtsstaatlichen Verfahren zuträglicher sind. Es stellt sich die Folgefrage, ob nicht gerade hier, nämlich in der *Vermeidung* rechtsstaatlicher Verfahren, der Grund für die Wahl militärischer Mittel durch die *Bush-Administration* liegt. Die Argumente der Regierung in den untersuchten Fällen lassen hierauf nur eine Antwort zu.

Für die Zukunft bleibt neben viel Unsicherheit und dem verbreiteten Wunsch nach weiteren Klarstellungen seitens des *Supreme Courts* auch zu konstatieren, was in Wissenschaft und Presse leider nur selten Anklang fand: Dass die Behandlung Gefangener durch die USA im "*War on Terror*" ein schlechtes Vorbild für Dritte bei der Einhaltung internationaler Regime zum Schutz von Kombattanten und Nicht-Kombattanten in Kriegszeiten abgibt. Besorgniserregend ist auch die zunehmend exklusive Kontrolle der Außen- und Sicherheitspolitik durch die Exekutive, wo der Kongress durch Beratung und parlamentarische

---

<sup>171</sup> *Azmy* (Fn. 47), S. 500.

<sup>172</sup> Erst zur Zeit der Überarbeitung dieses Beitrages gab es Anzeichen für eine mögliche Aufhebung der AUMF, siehe z.B. *Entralago*, In surprising rebuke to Trump, GOP committee votes to repeal authorization for use of military force, ThinkProgress v. 29.6.2017, abrufbar unter: <https://thinkprogress.org/in-rebuke-to-trump-gop-committee-votes-to-repeal-authorization-for-use-of-military-force-478fa4478306> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

Kontrolle in der Vergangenheit zumindest einen gewissen Einfluss hatte.<sup>173</sup> Die Rolle des Militärs bei der Internierung (auch von Nicht-Kombattanten) weit weg von jedem Schlachtfeld und bei pseudorechtsstaatlichen Verfahren ist in vielerlei Hinsicht ebenfalls eine Neuerung.

---

<sup>173</sup> Vgl. *Corn*, *The National Security Constitution*, *Journal of Civil Rights and Economic Development* 23 (2009), 973 (passim).