

Matthias Lemke

## Das *alternate law* der Demokratie

Begründungspraktiken für Ausnahmezustände in den USA (1944) und Spanien (2010)

»*Constitutional dictatorship is a dangerous thing.*«  
Clinton L. Rossiter<sup>1</sup>

Lufthansa Flug LH 1114 von Frankfurt am Main hat seinen Zielflughafen Madrid Barajas am 3.12.2010 weder erreicht, noch hat er jemals stattgefunden.<sup>2</sup> Der Ausfall des Fluges war durch einen wilden Streik der Fluglotsen der *Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea* (AENA) verursacht worden, die sich im Laufe des späten Nachmittages des 2.12.2010 in großer Zahl krank gemeldet hatten. In der Folge waren zahlreiche Flughäfen Spaniens an einem der reiseintensivsten Wochenenden des Jahres geschlossen worden, hunderttausende Passagiere saßen fest und hunderte Flüge fielen aus, bis sich der Luftverkehr mit Beginn der Woche des 5.12.2010 langsam wieder zu normalisieren begann. Soweit die Nachrichtenlage, die vertraute Inhalte bietet, insofern Streiks im öffentlichen Transportsektor für Spanien – oder etwa auch für Frankreich, man denke an die häufiger bestreikte *Métro parisienne* – regelmäßig wiederkehrende Motive abgeben.

Und dennoch handelt es sich bei dem Streik vom Dezember 2010 um ein herausgehobenes Ereignis, denn die politische Reaktion auf den wilden Streik der spanischen Fluglotsen gipfelte in der Ausrufung eines *Estado de alarma*. Der Alarmzustand stellt insoweit eine Suspendierung der politischen wie gesetzgeberischen Normalität dar, als dass er – noch unterhalb der Schwelle des Ausnahme- sowie des Belagerungszustandes – eine Ausweitung der Befugnisse der Exekutive etwa hinsichtlich der Strafverfolgungsmaßnahmen ermöglicht. Diese Praxis ist in der Geschichte der spanischen Demokratie in der Post-Franco-Ära einzigartig und wurde, wie etwa die *FAZ* süffisant bemerkte, »vor Jahren nicht einmal bei dem Staatsstreichversuch neo-franquistischer Militärs angewandt«. <sup>3</sup> Wenn selbst die Ereignisse jenes 23.2.1981, bei denen die noch junge spanische Demokratie signifikant bedroht worden war, nicht hinreichend brisant für die Verhängung eines Ausnahmezustandes erschienen waren, dann stellt sich aus politikwissen-

1 Clinton L. Rossiter, *Constitutional Dictatorship. Crisis and government in the Modern Democracies*, Princeton 1948, S. 249; für die konstruktiven Ratschläge im Zusammenhang mit der Entstehung dieses Textes danke ich Renate Martinsen, Holger Niemann, Henrik Schillinger und Frank Gadinger.

2 Nach telefonischer Auskunft der Pressestelle der Deutschen Lufthansa AG hat an den Tagen des 3. und 4.12.2010 von den täglich 15 Spanienflügen kein einziger Flug stattgefunden.

3 Leo Wieland, »Ein Land als Geisel« in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 6.12.2010, Nr. 284, S. 2.

schaftlicher Perspektive die Frage, warum die spanische Regierung auf eine immer wiederkehrende, regelmäßige Störung des öffentlichen Transports – also auf einen zur Routine gewordenen Krisenatbestand – ausgerechnet in diesem konkreten Fall mit einer Suspendierung des demokratischen Normalzustandes geantwortet und ein *alternate law* der Demokratie implementiert hat. Die Klärung dieser Frage erlaubt eine – fallbezogene – Reflexion über eine zunehmende Fragilität etablierter, repräsentativ-demokratischer Problemlösungsmuster, die im Normalbetrieb offensichtlich nicht mehr hinreichend in der Lage sind, für alle Akteure befriedigende und als allgemein verbindlich akzeptierte Entscheidungen zu generieren. Stattdessen scheinen Demokratien angesichts immer kürzerer Krisenzyklen in einen »perpetual state of exception«<sup>4</sup> zu verfallen. Folglich gilt es, sowohl den Zusammenhang von repräsentativer Demokratie und Ausnahmezustand, also die historisch gängige Praxis von Normsuspensionen in repräsentativen Demokratien, wie sie paradigmatisch etwa in den USA beobachtet werden können, zu untersuchen, sowie darüber hinaus die argumentativen Spezifika bei der Verhängung des Alarmszustandes in Spanien am 4.12.2010 in den Blick zu nehmen. Beides zusammengenommen ermöglicht eine tendenzielle Einschätzung über die gegenwärtige Bedeutung von Ausnahmepraktiken in Kontexten demokratischen Regierens.

### *I. Der Ausnahmezustand und die repräsentative Demokratie*

Das Instrument des Ausnahmezustandes, das in der politischen Praxis auf eine Ausweitung der Exekutivbefugnisse hinausläuft, durchzieht die gesamte Geschichte der repräsentativen Demokratie.<sup>5</sup> Das ist insoweit erstaunlich, als dass die Legitimität repräsentativer Demokratien auf einem austarierten Machtteilungsgefüge ruht, das sich selbst als Normalzustand beschreibt. Im Falle des Alarm- oder Ausnahmezustandes jedoch kann dieses Gefüge angesichts einer Krise zumeist ohne zeitliche Beschränkung suspendiert werden.

Für Giorgio Agamben ist die Analyse und die Kritik des Ausnahmezustands notwendig an die Idee der repräsentativen Demokratie gebunden, weil erst die Emanzipation von einem beliebig ausgeübten, nicht kodifizierten, hin zu einem monopolisierten Herrscherwillen die Unterscheidung zwischen legitimen und illegitimen, zwischen legalen und extralegalen Praktiken der Regierung ermöglicht.

*»De facto ist die fortschreitende Zersetzung der Legislativkraft des Parlaments, das sich heute oft darauf beschränkt, Anordnungen der Exekutive durch Erlasse mit Ge-*

4 Andreas Kalyvas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary. Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt*, Cambridge 2008, S. 3; vgl. Bruce Ackerman, Bruce, *The Future of Liberal Revolution*, New Haven 1992, S. 5.

5 Ausnahmezustände als gezielte Ausweitungen der Exekutivkompetenzen entgegen der Normalverhältnisse des Verfassungsgefüges sind wesentlich älter als repräsentative Demokratien; erstmalig systematisch nachweisbar werden sie in Form der Diktatur in der römischen Republik. Vgl. Matthias Lemke, »Das Alter Ego der Souveränität. Zur Begründung von Normsuspensionen im Ausnahmezustand« in: Salzborn, Samuel / Voigt, Rüdiger (Hg.), *Souveränität. Theoretische und ideengeschichtliche Reflexionen*, Stuttgart 2010: 84ff.

setzeskraft zu ratifizieren, (...) zu einer gängigen Praxis geworden. Der Erste Weltkrieg und die darauffolgenden Jahre nehmen sich in dieser Perspektive wie das Labor aus, in dem die funktionalen Mechanismen und Dispositive des Ausnahmezustands als Paradigma des Regierens erforscht und auf den Punkt gebracht wurden. «<sup>6</sup>

Mit Blick auf die Gegenwart folgt daraus für Agamben: »Einer der wesentlichen Züge des Ausnahmezustands – die vorübergehende Abschaffung der Unterscheidung zwischen Legislative, Exekutive und Jurisdiktion – zeigt hier die Tendenz, sich in eine ständige Praxis des Regierens zu wandeln.«<sup>7</sup> Insofern also der Ausnahmezustand seinen problematischen Charakter erst vor dem Hintergrund einer repräsentativ-demokratischen, machtteiligen Regierungspraxis entfaltet, weil er deren Entscheidungs- und Mitbestimmungsverfahren auszuhöhlen und entgegen der Machtteilungslehre wieder zu monopolisieren vermag, gilt es zunächst, diejenigen Sollbruchstellen der repräsentativen Demokratie zu identifizieren, von denen aus die Suspendierung von Normsetzungen möglich ist.

Die repräsentative Demokratie<sup>8</sup> als politische Idee des 18. Jahrhunderts stellt eine der zentralen politischen Innovationen der Neuzeit dar. Ideengeschichtlich geht ihre Einführung zurück auf Alexander Hamilton (1755-1804), der in einem Brief im Mai 1777 schrieb:

»A representative democracy, where the right of elections is well secured and regulated & the exercise of the legislative, executive and judiciary authorities, is vested in select persons, chosen really and not nominally by the people, will in my opinion be most likely to be happy, regular and durable.«<sup>9</sup>

In der repräsentativen Demokratie wird der institutionelle Rahmen des Regierens, das *government*, im Dienste der individuellen Freiheit und auf Grundlage der aufgeklärten Emanzipation des Einzelnen im großflächigen und bevölkerungsreichen Nationalstaat begründet. Als Minimalanforderungen an eine in diesem Sinne moderne repräsentative

6 Giorgio Agamben, *Ausnahmezustand. Homo Sacer II.1*, Frankfurt/M. 2004, S. 14.

7 Ebd. In diesem Zusammenhang kommentiert Paul Hegarty: Agamben »argues that it is only with democracy that we get the notion of <exception>, as individual sovereigns simply wielded power without recourse to breaking free of law in a way that required consulting other legally constituted bodies.« Paul Hegarty, »Giorgio Agamben (1942 –)« in: Simons, Jon (Hg.), *From Agamben to Zizek. Contemporary Critical Theorists*, Edinburgh 2010, S. 24.

8 Für eine kritische Einführung vgl. Bernard Manin, *Kritik der repräsentativen Demokratie*, Berlin 2007, sowie grundlegend zum Begriff der Repräsentation Beatrice Brunhöber, *Die »demokratische Repräsentation« in den Federalist Papers*, Tübingen 2010 (=Grundlagen der Rechtswissenschaft, Bd. 14) (zugl. Univ.-Diss. Tübingen 2010), S. 4-9.

9 Alexander Hamilton, »Brief vom 19. Mai 1777 an Gouverneur Morris« in: Angela Adams / Willi Paul Adams (Hg.), *Die Federalist-Artikel. Politische Theorie und Verfassungskommentar der amerikanischen Gründerväter. Mit dem englischen und deutschen Text der Verfassung der USA*, Paderborn 1994, S. 255; vgl. hierzu ferner Hubertus Buchstein, »Repräsentation ohne Symbole – die Repräsentationstheorie der Federalist Papers und Hanna J. Pitkin« in: Göhler, Gerhard (u.a.) (Hg.), *Institution – Macht – Repräsentation: Wofür politische Institutionen stehen und wie sie wirken*, Baden-Baden 1997, S. 376-432, hier S. 380, wo Buchstein in Hamilton den Urheber des Begriffes der repräsentativen Demokratie ausmacht.

Demokratie, also als deren *legitimatorische Säulen*, gelten die Garantie von Gleichheit, Freiheit und Kontrolle<sup>10</sup> der politischen Ordnung durch die Bürger.

»Eine Republik«, so James Madison (1751-1836) im 10. Artikel der *Federalist Papers* im November 1787, »womit ich ein Regierungssystem meine, in dem das Konzept der Repräsentation verwirklicht ist, (...) bietet das Heilmittel, nach dem wir suchen. (...) Die beiden entscheidenden Unterschiede zwischen einer Demokratie und einer Republik sind: erstens, die Delegation der Herrschaftsgewalt an eine kleine Zahl von den Übrigen gewählter Bürger in letzterer; zweitens, eine größere Zahl von Bürgern und ein größeres Territorium, auf das die Republik ausgedehnt werden kann.«<sup>11</sup>

Die erste konkrete Verfassung, die eine solche politische Ordnung zu etablieren vermochte, war und ist die *Constitution of the United States of America*, die am 17.9.1787 von der *Constitutional Convention* in Philadelphia, Pennsylvania, entworfen und anschließend von jedem Mitgliedsstaat der Vereinigten Staaten im Namen des Volkes angenommen worden ist.<sup>12</sup>

Im Falle des Ausnahmezustandes werden nicht nur die *legitimatorischen Säulen* durch die Ausnahmepaxis der Exekutive radikal in Frage gestellt. Auch die Balance des Institutionengefüges, in dem sich der Souverän politisch initiativ bewegt, wird zumindest temporär aufgehoben. Aufgrund der fundamentalen Relevanz der genannten *legitimatorischen Säulen* für die politische Qualität der repräsentativen Demokratie jedoch wird eine in der *Amtsverantwortung* (Mill) stehende Exekutive die Entscheidung für die Suspendierung des Ordnungsgefüges einer *Republik* (Madison) – im Unterschied zu allen anderen Herrschaftsformen – sachbezogen begründen müssen. Diese Begründungen wiederum sind es, die dann in der Folge eine Aufschlüsselung der *Implementationslogiken des Ausnahmezustandes* und darüber hinaus eine empirische Fundierung der Theorie des Ausnahmezustandes ermöglichen.

10 Vgl. hierzu Marc Bühlmann / Wolfgang Merkel / Bernhard Wessels, *Quality of Democracy: Democracy Barometer for Established Democracies. Working Paper of the NCCR Democracy No. 10a*, 2008 (aufgerufen am 30.3.2009), S. 15: »We define freedom, equality and control as the three core principles of democracy. To qualify as a democracy, a given political system has to guarantee freedom and equality. Moreover, it has to optimise the interdependence between these two principles by means of control. Control is understood as control by the government as well as control of the government. The relative weight of the two principles freedom and equality, their proper balance, as well as the manner of control and the equation between control by and control of government is still contested and contributes to the variance in the quality of democracy.«; vgl. alternativ auch Robert A. Dahl, *Polyarchie. Participation and Opposition*, New Haven 1971, S. 3, Tab. 1.1.

11 James Madison, »10. Artikel, Daily Advertiser vom 22.11.1787« in: Angela Adams / Willi Paul Adams (Hg.), *Die Federalist-Artikel. Politische Theorie und Verfassungskommentar der amerikanischen Gründerväter. Mit dem englischen und deutschen Text der Verfassung der USA*, Paderborn 1994, S. 55.

12 Vgl. hierzu etwa Angela Adams / Willi Paul Adams (Hg.), *Die Entstehung der Vereinigten Staaten und ihrer Verfassung, Dokumente 1754–1791*, Münster 1995, sowie Rick K. Wilson, Rick K., *Congressional Dynamics: Structure, Coordination, and Choice in the First American Congress, 1774–1789*, Stanford 1994.

## II. Paradigmatische Begründungen für Normsuspendierungen in repräsentativen Demokratien – Das Beispiel USA

Die repräsentativ-demokratische Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika sieht keine explizite Verregelung des Ausnahmezustandes vor. Die Vereinigten Staaten verfügen, wie Kathleen M. Sullivan betont hat, über »one constitution for normal times and crisis times alike.«<sup>13</sup> Dennoch erweist sich die Exekutive als in herausragendem Maße befähigt, Krisensituationen jenseits der Normgeltung zu bewältigen.

### 1. Exekutivkompetenzen in der Verfassung

Wenn die Verfassung in Zeiten der Krise wie auch darüber hinaus Geltung beansprucht, dann eröffnet sie folglich einen nicht signifikant limitierten Aktionsrahmen zugunsten von Exekutive und Legislative. So bestimmt Article 1, Section 8, Clause 18, die Kompetenzen des Kongresses wie folgt:

»The Congress shall have Power to make all laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States (...).«

Auch die Kompetenzen des Präsidenten werden weit gefasst, was in seinem Amtseid zum Ausdruck kommt:

»Before he enters on the Execution of his Office, he shall take the following Oath or Affirmation: ›I do solemnly swear (or affirm) that I will faithfully execute the Office of President of the United States, and I will do the best of my Ability, preserve, protect and defend the Constitution of the United States.«<sup>14</sup>

Article 4, Section 4 legt dann mit Blick auf den föderalen Charakter des Gesamtstaates eine Zielbestimmung dessen fest, worauf sich der von der Verfassung garantierte Bestandsschutz substanziell erstrecken soll:

»The United States shall guarantee to every State in this union a Republican Form of Government, and shall protect each of them against Invasion; and on Application of the Legislature, or of the Executive (when the Legislature cannot be convened) against domestic Violence.«

Der US-amerikanische Präzidentialismus<sup>15</sup> kennt dementsprechend keine expliziten inhaltlichen Schranken für Regierungshandeln im Zusammenhang mit Ausnahmetatbe-

13 Kathleen M. Sullivan, »Do We Have an Emergency Constitution?« in: *Bulletin of the American Academy*, winter 2006, S. 30-34, hier S. 30.

14 *Die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika*, Article 2, Section 1, Clause 7.

15 Zur prototypischen Definition des US-amerikanischen Präzidentialismus vgl. Ernst Fraenkel, *Das amerikanische Regierungssystem. Eine politische Analyse*, Opladen 1960; Winfried Steffani, »Strukturtypen präsidentieller und parlamentarischer Regierungssysteme« in: Ders. (Hg.), *Parlamentarische und präsidentielle Demokratie*, Opladen 1979, S. 37-60; vgl. Arend Lijphardt

ständen. Clinton L. Rossiter hat diese Disposition der amerikanischen Verfassung als *unique* charakterisiert:

»The two basic features of the American governmental system of particular significance for the problem of constitutional dictatorship are these: that is a government of limited powers functioning within the perimeter of a written Constitution, and that is a government in which the executive power has been conferred upon an independent President (...).«<sup>16</sup>

Angesichts einer so freien Exekutive formuliert die Verfassung verfahrensrechtliche Schranken, die mit Bezug auf *Habeas Corpus* oder die *Bill of Rights* der Praxis von Legislative und Exekutive die unbedingte Geltung fundamentaler Bürgerrechte entgegenstellen. Diese Schranken, wie sie in den *Zusatzartikeln* 4 bis 6 von 1791 formuliert werden,<sup>17</sup> etablieren eine Reduktion von Exekutivpraktiken in Ausnahmeständen durch den Entzug des Subjekts. Der Schutz des Subjekts darf sich also nicht gegen das Subjekt selbst wenden, denn das Subjekt ist eben nicht *Verfügungsmasse* (Elias Cannetti), sondern ein mit unverwirkbaren Rechten ausgestatteter Staatsbürger. Die von der Verfassung gegenüber Legislative wie Exekutive erhobene explizite Verpflichtung, die auch präventiv ausdeutbar ist, für den Schutz und den Erhalt der verfassungsmäßigen Ordnung Sorge zu tragen, steht somit auf Seiten der Bürger, nicht auf Seiten der Institution.

Der argumentative Umgang mit jedweder Form von Krisensituationen, die eine über das normale Maß hinausreichende Expansion der Exekutivkompetenzen in den Vereinigten Staaten von Amerika erforderlich macht, lässt sich daher also nicht anhand der Verfassung und der mit ihr verbundenen Gesetzgebung oder Rechtsprechung identifizieren oder rekonstruieren. Vielmehr gilt es zur Analyse einschlägiger Begründungsmuster für Ausnahmestände auf einzelne Fälle oder Gesetzgebungsakte zurückzugreifen, in denen entweder Exekutivkompetenzen signifikant ausgeweitet worden sind, oder aber in denen die unter Normalbedingungen geltenden bürgerlichen Freiheitsrechte für alle oder für einen Teil der Bürger signifikant eingeschränkt worden sind. »Crisis government in this country«, so Clinton L. Rossiter, »has therefore been a matter of personalities rather than of institutions.«<sup>18</sup> Ein solches analytisches Verfahren führt einerseits zu einem kleinteiligeren und daher in der Gesamtsicht weniger aussagekräftigen Bild; es birgt jedoch den Vorteil, dass eine solche fallbezogene Analyse den Charakter der amerikanischen Gesetzgebung, also das *Case Law* mitsamt dem vorherrschenden

(Hg.), *Parliamentary versus Presidential Government*, Oxford 1992. Während Lijphardt in erster Linie auf die doppelte demokratische Legitimation von Exekutive und Legislative verweist, stellt Steffanis in Anknüpfung an Fraenkel etablierte Typologie vornehmlich auf die Nichtabberufbarkeit der Regierung durch das Parlament sowie auf die monistische Exekutive ab.

16 Clinton L. Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, aaO. (FN 1), S. 211.

17 Vgl. hierzu ergänzend *Die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika*, Article 1, Sections 2, 3: »(2) 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. (3) No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.«.

18 Clinton L. Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, aaO. (FN 1), S. 211.

Präzedenzrecht, besser abzubilden vermag. Die Fachliteratur hält sowohl für das 19. als auch für das 20. Jahrhundert hinsichtlich der Problematik der Exekutivexpansion im Ausnahmefall einschlägige Fälle bereit. Darüber hinaus folgt eine solche Vorgehensweise auch der tatsächlichen Kompetenzverteilung im Krisenfall: »The constitutional, presidential pattern of government has made crisis rule more difficult, and it has singled out the chief executive as the chief instrument of crisis authority.«<sup>19</sup> Die Analyse des Ausnahmezustandes in den Vereinigten Staaten ist also nicht nur an den Einzelfall gebunden – sie folgt auch der personalen Besetzung der Exekutive. Im Folgenden wird anhand des Falls *Korematsu v. United States*, einem der klassischen historischen Fälle signifikanter Ausweitung von Exekutivkompetenzen in einer repräsentativen Demokratie, exemplarisch besprochen, auf Basis welcher Argumente dort die Handlungsmacht der Exekutive ausgeweitet worden ist.

## 2. *Korematsu v. United States* (1944)

Der Fall *Korematsu v. United States*<sup>20</sup> hat seinen eigentlichen Abschluss erst vierundvierzig Jahre nach der Urteilsverkündung durch den *Supreme Court* gefunden, an jenem Tag, als Präsident Ronald W. Reagan (1911-2004) den *Civil Liberties Act* unterzeichnete. Dort heißt es gleich zu Beginn:

»The Congress recognizes that (...) a grave injustice was done to both citizens and permanent residents of Japanese ancestry by the evacuation, relocation, and internment of civilians during World War II. On behalf of the Nation, the Congress apologizes.«<sup>21</sup>

Das, wofür sich der Kongress der Vereinigten Staaten an jenem 10.8.1988 bei der japanischstämmigen Minderheit entschuldigt hat, nahm wiederum seinen Anfang am Morgen des 7.12.1941 inmitten des Pazifischen Ozeans. Die Geschichte des Angriffes auf Pearl Harbor mitsamt dem verursachten »widespread damage and death«<sup>22</sup> und der am 8.12.1941 erfolgte Kriegseintritt der Vereinigten Staaten unter Präsident Franklin D. Roosevelt (1882-1945) sind hinlänglich bekannt und hier nur insofern relevant, als dass mit den Ereignissen jenes Dezembertages die Ursachen für eine aus »racial prejudice, war hysteria, and a failure of political leadership«<sup>23</sup> motivierte Praxis der Krisenintervention gesetzt waren, die in der Beschneidung der Freiheitsrechte japanischstämmiger Amerikaner mündeten, eine Bevölkerungsgruppe, deren Mitglieder fortan als *Enemy Alien* be-

19 Ebd.

20 *Korematsu v. United States* 323 U.S. 214 (1944), 65 S. Ct. 193; 89 L. Ed. 194; 1944 U.S. LEXIS 1341; vgl. zur Problematik der Wahrung der bürgerlichen Freiheitsrechte der japanischstämmigen Amerikaner Rossiter 1948: 280ff.

21 *The Civil Liberties Act of 1988*, Pub. L. No. 100-383, 102 Stat. 903 (codified at 50 app. U.S.C. § 1989 (1988)), Title I, Section 101, S. 6.

22 Frank L. Kluckhorn, »Japan Wars on U.S. and Britain; Makes Sudden Attack on Hawaii; Heavy Fighting at Sea Reported« in: *The New York Times*, 8.12.1942.

23 *The Civil Liberties Act of 1988*, aaO (FN 21), S. 2.

trachtet wurden. Die amerikanische Gesellschaft begann an jenem Tag, ihre *Monster* auszusortieren.

Um mit der perzipierten Bedrohung durch die *Monstrosität* der »citizens or permanent resident aliens of Japanese ancestry«<sup>24</sup> umgehen zu können und um weitere als möglich betrachtete Gefährdungen durch diese Personengruppe nachhaltig auszuschließen, erließ die Exekutive am 19.2.1942 die *Executive Order 9066*. Diese legte die Einrichtung von *Military areas* oder *Exclusion zones* entlang der West- und Ostküste der Vereinigten Staaten durch das Militär fest, aus denen die sich dort aufhaltenden Japaner oder japanischstämmigen Amerikaner sukzessive in so genannte *War Relocation Camps* zu verbringen waren:

»Whereas, The successful prosecution of the war requires every possible protection against espionage and against sabotage to national defense material, national defense premises and national defense utilities (...). Now, therefore (...) I hereby authorized and direct the Secretary of War (...), whenever he or any designated Commander deem such action necessary or desirable to prescribe military areas in such places and of such extent as he (...) may determine, from which any or all persons may be excluded, and with respect to which, the right of any person to enter, remain in, or leave shall be subject to whatever restriction the Secretary of War (...) may impose in his discretion.  
«<sup>25</sup>

In der Folge dieser *Executive Order* wurden im Zeitraum von Ende März 1942 bis Anfang 1943 mehr als 110.000 Personen zwangsweise umgesiedelt. Die für die Abwicklung der Umsiedlungen gegründete *War Relocation Authority*<sup>26</sup> betrieb im Zeitraum von 1942 bis 1946 insgesamt zehn Camps, deren letztes am 20.3.1946 geschlossen worden ist.<sup>27</sup>

Die vor diesem historischen Hintergrund formulierte Klage Fred Toyosaburu Korematsus (1919–2005), verhandelt am 11. und 12.10.1944 und entschieden am 18.12.1944, stellte die Verfassungsmäßigkeit der *Executive Order 9066* in Frage, weil sie die individuellen Freiheitsrechte eines amerikanischen Staatsbürgers ohne hinreichenden Grund negiere und gegen den vierzehnten Verfassungszusatz verstoße.<sup>28</sup> Der *Supreme Court* wies mit dem von Associate Justice Hugo Black (1886–1971) verfassten Urteil die Klage mit 6 zu 3 Stimmen zurück. Relevante Quellen für die Analyse der Begründungsmuster für Exekutivexpansionen sind also das Mehrheitsurteil von Black, sowie die abweichenden und hinsichtlich des Rekurses auf den Schutz des Individuums gegenüber illegitimen

24 Ebd.

25 *Executive Order 9066, by the President of the United States, Authorizing the Secretary of War to Prescribe Military Areas*, 7 F.R. 1407, February 25, 1942.

26 *Executive Order 9102, by the President of the United States, Establishing the War Relocation Authority in the Executive Office of the President and Defining Its Functions and Duties*, 7 F.R. 2165, March 18, 1942.

27 Zur Schließung der Camps und zur Auflösung der WRA vgl. *Executive Order 9742, by the President of the United States, Termination and Liquidation of the War Relocation Authority*, 11 F.R. 7125, June 27, 1946.

28 Vom verhandelten Sachverhalt und der Entscheidungsbegründung ähnlich war *Hirabayashi v. United States* 320 U.S. 81 (1943), 63 S. Ct. 1375; 87 L. Ed. 1774; 1943 U.S. LEXIS 1109.

Übergriffen der Exekutive relevanten Meinungen der Richter William F. Murphy (1890-1949) und Robert H. Jackson (1892-1954). Das politische Spannungsfeld, das durch das Urteil etabliert wird, erstreckt sich im Bereich der Abwägung von individuellen gegen Gemeinschaftsinteressen hinsichtlich der Wiederherstellung und Aufrechterhaltung von Sicherheit und kommt dabei nicht zu einem eindeutigen Ergebnis.

Die in den *Military areas* lebenden Japaner oder japanischstämmigen Amerikaner müssten, so der Tenor des Mehrheitsurteils, ihre Zwangsumsiedlung dulden, weil in Kriegszeiten das Schutzinteresse der Vereinigten Staaten als Ganzes vor Spionage und Sabotage das des einzelnen Bürgers vor Beschneidung seiner bürgerlichen Freiheitsrechte überwiege. Eine solche Bestimmung habe auch dann Gültigkeit, wenn sie über eine *Executive Order* erlassen und von Durchführungsbestimmungen des Militärs konkretisiert werde, ohne dass ein Zustand des *martial law* vorliegen müsse. Konkret entfaltet diese »pressing public necessity«<sup>29</sup> gegenüber dem Bürger Korematsu folgende Konsequenz:

*»He was excluded because we are at war with the Japanese Empire, because the properly constituted military authorities feared an invasion of our West Coast and felt constrained to take proper security measures, because they decided that the military urgency of the situation demanded that all citizens of Japanese ancestry be segregated from the West Coast temporarily, and finally, because Congress, reposing its confidence in this time of war in our military leaders (...) determined that they should have the power to do just this.«<sup>30</sup>*

Dieses Argument der größeren Zahl nimmt eine rein quantitative Verhältnisabwägung vor, die ihrerseits auf einer tiefgreifenden Unsicherheit hinsichtlich der nahen Zukunftserwartung gründet. Die Vermutung eines mit hinreichend hoher Wahrscheinlichkeit eintretenden und ob seiner Streuung nicht adäquat eingrenzbares Risikos überführt un-eräußerliche Bürgerrechte in ein kalkulatorisches Objekt, das, wenn die Umstände dafür sprechen, auch abgeschrieben werden darf.

*»Like curfew, exclusion of those of Japanese origin was deemed necessary because of the presence of an unascertained number of disloyal members of the group, most of whom we have no doubt were loyal to this country.«<sup>31</sup>*

Bezogen auf den Fall bedeutet dies, dass der real existierende Bürger Korematsu seiner ebenso real existierenden Bürgerrechte enthoben wird, weil die Prognose eines Risikos ebenso als reale eingestuft wird. In dieser Begründungspraxis des Ausnahmezustandes vermischen sich demnach die Ebenen tatsächlicher und prognostizierter Realität mit dem Ergebnis, dass die prognostizierte Realität zum entscheidenden Kriterium für die Suspendierung der Normgeltung avanciert. Im Bemühen um den Schutz der Bevölkerung gewinnt die Idee der *Gefahrenprävention* an Attraktivität. Und das ungeachtet der Tat-

29 *Korematsu v. United States*, aaO (FN 20), S. 216.

30 Ebd., S. 223.

31 Ebd., S. 219.

sache, dass der Bestandsverlust von Grundrechten, die in der Durchführung präventiver Maßnahmen zur Disposition stehen, im vorliegenden Fall als massiv einzuschätzen ist.<sup>32</sup> Rein motivational gesprochen ist es die *Angst* vor kommenden Ereignissen, die das Tor zum Ausnahmezustand aufstößt. Eines der Gesichter dieser Angst bekommt in der abweichenden Stellungnahme von Justice Murphy einen Namen – *Rassismus*. In der Begründung seines *Dissent* schrieb Murphy gleich zu Beginn:

»This exclusion of all persons of Japanese ancestry (...) from the Pacific Coast area on a plea of military necessity in the absence of martial law ought not to be approved. Such exclusion goes over the very brink of constitutional power and falls into the ugly abyss of racism.«<sup>33</sup>

Murphy verweist hier implizit auf die Gefahr der degenerativen Perpetuierung von Ausnahmezuständen, die dann eintreten kann, wenn sich die Entscheidungsgründe zu entschlichen drohen. Entsachlicht ist die Begründung für die Notwendigkeit von Exekutivexpansionen dann, wenn sie auf Attribuierungen insbesondere von Personengruppen beruht, die einer empirischen Prüfung nicht standzuhalten vermögen und wenn für einen behaupteten Sachverhalt oder Zusammenhang keine intersubjektiv nachvollziehbaren Begründungen mehr geliefert werden können.<sup>34</sup> Im vorliegenden Fall ist dieser Tatbestand durch den Verweis auf die japanische Abstammung der Verdächtigen erfüllt, die als hinreichend für die *Exclusion* erachtet wird, und das unabhängig von einer etwaig vorliegenden tatsächlichen Täterschaft:

»It is the case of convicting a citizen as a punishment for not submitting to imprisonment in a concentration camp, based on his ancestry, and solely because of his ancestry, without evidence or inquiry concerning his loyalty and good disposition towards the United States.«<sup>35</sup>

Statt aber durch Vorurteile und den Verweis auf Sündenböcke bedingt immer weiter zu expandieren, bedarf die Exekutivexpansion der Einhegung: »Individuals«, so Justice Murphy, »must not be left impoverished of their constitutional rights on a plea of military necessity that has neither substance nor support.«<sup>36</sup> Damit stellt sich angesichts von Murphys Rassismuskritik<sup>37</sup> im Zusammenhang mit der Exekutivpraxis auf Grundlage

32 Vgl. ebd., S. 218: »True, exclusion from the area in which one's home is located is a far greater deprivation than constant confinement to the home from 8 p.m. to 6 a.m. Nothing short of apprehension by the proper military authorities of the gravest imminent danger to the public safety can constitutionally justify either.«

33 Ebd., S. 233.

34 Vgl. ebd., S. 240 ff.

35 Ebd., S. 226.

36 Ebd., S. 234.

37 Gegenteilig Associate Justice Black: »It should be noted, to begin with, that all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect. That is not to say that all such restrictions are unconstitutional. It is to say that courts must subject them to the most rigid scrutiny. Pressing public necessity may sometimes justify the existence of such restrictions; racial antagonism never can.« Ebd. 216.

der *Executive Order 9066* sowie seiner Klage über die tendenzielle Intransparenz militärischer Entscheidungen, die in der vorliegenden Form nicht mit einer rechtsstaatlichen Praxis in Einklang stehen, die Frage nach den Subjekten des Ausnahmezustandes.

Der Ausnahmezustand, so zeigt sich angesichts von *Korematsu v. United States*, bedeutet nicht nur die Expansion von Exekutivkompetenzen. Er bedeutet, wenn es ihm nicht gelingt, eine *Situation der Äußerlichkeit* herzustellen, das Einsetzen eines Prozesses der Segregation in einer vormals homogenen Bürgerschaft. Denn es gilt zu erinnern: »The petitioner, a resident of San Leandro, Alameda County, California, is a native of the United States of Japanese ancestry who, according to the uncontradicted evidence, is a loyal citizen of the nation.«<sup>38</sup> Es ist dies einer der in Bezug auf die Regierungspraxis repräsentativer Demokratien hochgradig kritischen Aspekte. Denn die in der repräsentativen Demokratie vom Souverän geschaffenen Institutionen wenden sich hier gegen den Souverän selbst.

»The judicial test of whether the Government (...) can validly deprive an individual of any of his constitutional rights is whether the deprivation is reasonably related to a public danger that is so immediate, imminent, and impending as not to admit of delay and not to permit the intervention of ordinary constitutional processes to alleviate the danger.«<sup>39</sup>

Die Demokratie erlebt in diesem Punkt einen *Moment der Automutilation*. Dabei unterstreicht nicht nur Murphys *Dissent*, sondern auch das Mehrheitsurteil von Black unmissverständlich, dass sich Korematsu als Bürger der Vereinigten Staaten hinsichtlich der Festigkeit seiner Loyalität zu Verfassung in keiner Weise verdächtig gemacht hat.<sup>40</sup> Das aus dem »gesunden Volkskörper« zu entfernende pathologische Teil wird also für den Ausnahmezustand erst geschaffen. Zum Subjekt der konsekutiven Maßnahmen der *Executive Order 9066*, hier insbesondere der *Civilian Exclusion Order No. 34*, wird Korematsu allein wegen seiner Abstammung. Damit liegt das klassische Segregationsmotiv der unterschiedlichen Ethnizität vor, das Korematsu der Pflicht zur Internierung unterwirft, so dass ein Vorliegen rassistischer Motive im Kontext der vom Militär durchgesetzten Maßnahmen plausibel begründbar ist. Der so eingeleitete Mechanismus, der in seiner Begründung auf die Erfordernis möglichst effizienten Vorgehens durch das Militär<sup>41</sup> zurückgeführt worden war, erweist sich letztlich zwar situativ als praktikabel. Auf langfristige Sicht unterminiert er aber den Zusammenhalt der ohnehin schon in einer manifesten Krise befindlichen Gesellschaft. Die Personengruppe, die als Sündenbock

38 Ebd., S. 226.

39 Ebd., S. 234.

40 Vgl. etwa ebd., S. 216 und 223: »No question was raised as to petitioner's loyalty to the United States.« und »It is said that we are dealing here with the case of imprisonment of a citizen in a concentration camp solely because of his ancestry, without evidence or inquiry concerning his loyalty and good disposition towards the United States.«.

41 Vgl. ebd., S. 223 f.: »There was evidence of disloyalty on the part of some, the military authorities considered that *the need for action was great*, and time was short.« Hervorhebung durch den Autor.

fungiert, erlebt es als unmöglich, sich überhaupt noch »richtig« oder »falsch« zu verhalten:

»In the dilemma that he dare not remain in his home, or voluntarily leave the area, without incurring criminal penalties, and that the only way he could avoid punishment was to go to an Assembly Center and submit himself to military imprisonment, the petitioner did nothing.«<sup>42</sup>

Nichts zu tun ist im vorliegenden Fall laut Mehrheitsmeinung des Gerichts jedoch strafbar, auch oder gerade wenn gesetzeskonformes Verhalten aufgrund der Widersprüchlichkeit der im Ausnahmezustand implementierten Normen nicht mehr möglich war.<sup>43</sup> Für den fraglichen Personenkreis stellen die Verfassung und die Gesetze keinen Schutzraum mehr da, sie werden zu einer Bedrohung, was wiederum der Logik der Ausnahmezustandes als Präventivmaßnahme zur Gefahrenabwehr in dieser konkreten Perspektive *ad absurdum* führt.

»Yet no reasonable relation to an ›immediate, imminent, and impending‹ public danger is evident to support this racial restriction which is one of the most sweeping and complete deprivations of constitutional rights in the history of this nation in the absence of martial law.«<sup>44</sup>

Die Ausgangslage zum Zeitpunkt der Implementierung der Exekutivexpansion mündet offenkundig in ein Dilemma, das sich zwischen dem unbedingten Geltungsanspruch der Bürger- und Freiheitsrechte der Verfassung einerseits und der als unbedingt notwendig perzipierten Gefahrenabwehr andererseits entspannt. Die unbedingte Vehemenz, mit der der Ausnahmezustand nach einer Bereinigung der Krisensituation strebt, wird – über das Vehikel der rassistisch geschürten Angst, durch den Versuch der »legalization of racism«,<sup>45</sup> wie Justice Murphy zurecht moniert – zum Katalysator der *Entdemokratisierung*. In einer solchen Axiomatik verteidigt die Exekutive, die sich des Instruments des Ausnahmezustandes bedient, nicht mehr die Demokratie, sie trägt stattdessen zur deren Aushöhlung bei. Was eigentlich zur Systemstabilisierung und effizienten Krisenbearbeitung gedacht war, erweist sich unter der von Justice Murphy evozierten Diagnostik als systemfeindliches Element demokratischer Herrschaft.

Nachdem der *Dissent* von Justice Murphy das Problem der rassistischen Motivation fokussiert und in Folge dessen die Verfassungsmäßigkeit der *Executive Order 9066* und

42 Ebd., S. 230.

43 Vgl. ebd., S. 233: »As I (i.e. Justice Roberts) have said above, the petitioner, prior to his arrest, was faced with two diametrically contradictory orders given sanction by the Act of Congress of March 21, 1942. The earlier of those orders made him a criminal if he left the zone in which he resided; the later made him a criminal if he did not leave. I had supposed that if a citizen was constrained by two laws, or two orders having the force of law, and obedience to one would violate the other, to punish him for violation of either would deny him due process of law. And I had supposed that under these circumstances a conviction for violating one of the orders could not stand.«

44 Ebd., S. 235.

45 Ebd., S. 243.

der konsekutiven Anordnungen verneint hat, thematisiert der *Dissent* von Justice Jackson grundlegende verfassungsrechtliche Fragen. Diese Bedenken hinsichtlich eines möglichen *dangers to liberty* (Jackson) bestehen einmal in der grundsätzlichen Inkompatibilität von Norm und Ausnahme, sowie in der Frage nach der Interventionsverantwortung der Judikative im Ausnahmezustand. Die folgende Passage aus dem Urteil verdeutlicht die beiden Aspekte.

»A military order«, so Jackson, »however unconstitutional, is not apt to last longer than the military emergency. Even during that period a succeeding commander may revoke it all. But once a judicial opinion rationalizes such an order to show that it conforms to the Constitution, or rather rationalizes the Constitution to show that the Constitution sanctions such an order, the Court for all time has validated the principle of racial discrimination in criminal procedure and of transplanting American citizens. (...)«<sup>46</sup>

Der Geltungsanspruch von Normen unterliegt immer einer spezifischen Fluidität. Gesetze sind lebendig und können situativ unterschiedlich ausgelegt, angewandt oder eben auch suspendiert werden. Gegen eine solche fluide Praxis der Normanwendung ist zunächst nichts einzuwenden. Ein Problem erwächst dem Verfassungsgefüge erst dann, wenn im Ausnahmezustand wiederholt Exekutivexpansionen vorgenommen werden, die in eine verfassungswidrige Praxis münden, und wenn diese Praktiken von Seiten der Judikative nicht infrage gestellt werden. Dadurch, so Jackson, entwickelt sich im Ausnahmezustand eine Normgeltungspraxis jenseits des *Geistes der Verfassung* (Montesquieu), so dass die *ex ante* gültige Verfassungsnorm ausgehöhlt, pervertiert und schließlich gänzlich abgelöst zu werden droht. Aus Jacksons Diagnose ergeben sich also zwei zentrale Problemstellungen, von denen eine die demokratietheoretische Perspektive hinsichtlich der nachhaltigen Systemstabilisierung eines offenen Systems anspricht. Während also der erstgenannte Aspekt eine Affirmation von Ausnahmezuständen aus verfahrenspraktischen Erwägungen zum Inhalt hat, verweist der andere aus integrativen Motiven auf die grundsätzliche Erfordernis von judikativen Normprüfungen nach Bereinigung der *military urgency*.

Was den ersten Aspekt anbelangt, so erkennt Jackson die – jeweils situativ begründbare – Option auf eine kriseninduzierte Normsuspendierung durch die Exekutive ausdrücklich an:

»The very essence of the military job is to marshal physical force, to remove every obstacle to its effectiveness, to give it every strategic advantage. Defense measures will not, and often should not, be held within the limits that bind civil authority in peace.«<sup>47</sup>

Jacksons Anerkennung einer erweiterten Exekutivkompetenz geht sogar so weit, dass er schon die schiere Interventionsoption der Judikative angesichts militärischer Operationen bezweifelt. Norm- und Ausnahmezustand, Frieden und Krieg folgen unterschied-

46 Ebd., S. 246.

47 Ebd., S. 244.

lichen Handlungslogiken und damit auch unterschiedlichen Gesetzen. Im Sinne eines größtmöglichen Handlungsrepertoires der Exekutive in Krisenzeiten steht demnach jede Form der Handlungsrestriktion im Widerspruch zu der in einer solchen Lage erforderlichen Effizienz: *necessitas non habet legem*. Ausnahmezustände sind Instrumentarien der Krisenbewältigung und damit für den Zeitraum ihrer Geltung *handlungsfrei*.

Während diesem ersten Aspekt der unbedingten Handlungsfreiheit des Ausnahmezustandes jedoch die Aporie innewohnt, dass er, um die Demokratie zu schützen, auch massiv undemokratisch agieren dürfen muss, eröffnet der zweite von Jackson formulierte Aspekt des Falls die Perspektive auf einen möglichen Umgang mit einer solchen Aporie. Schon Carl Schmitt hatte darauf hingewiesen, dass sich die Geltung von Gesetzen nicht im kodifizierten Recht erschöpfe. Im Ausnahmezustand suspendiert die Exekutive das Recht, um die Geltung des Gesetzes aufrecht zu erhalten. Indem Jackson in seinem *Dissent* auf der Notwendigkeit einer *ex post* Beurteilung der Exekutivexpansion sowie der daran gebundenen konsekutiven Maßnahmen besteht, liefert er eine Antwort auf die von Schmitt vernachlässigte Problematik der Normdegeneration. Die dieser Problematik der *loaded weapon* (Jackson) zugrunde liegende Frage lautet ganz praktisch: Wer garantiert nach einer einmal erfolgten Normsuspendierung die substantielle Rückkehr zur Norm *ex ante*? Im gewaltenteiligen Gefüge einer repräsentativen Demokratie, so Jackson apodiktisch, könne diese Aufgabe nur der Judikative zukommen. Denn nur die Normprüfung nach Ende der Krise vermag die Wahrung der *Identität der Verfassung* hinreichend zu garantieren. Indem die Beurteilung durch die Judikative so als Korrektiv zur Exekutivexpansion etabliert wird, avanciert die Judikative selbst zur eigentlichen *Integrationsmacht der Verfassung*.

### III. Der Estado de Alarma und der Fluglotsenstreik in Spanien (2010)

Zieht man den Fall von Korematsu als klassisches historisches Beispiel für die Implementierung von Exekutivexpansionen in repräsentativen Demokratien heran, was nicht zuletzt deswegen plausibel erscheint, weil angesichts des japanischen Angriffs aus Pearl Harbor eine manifeste Krise vorliegt, dann zeigt der spanische Fall aus dem Dezember 2010 im Vergleich dazu in mehrfacher Hinsicht fundamentale Unterschiede, jedoch auch eine ganz wesentliche Gemeinsamkeit.

Die politische Kultur Spaniens ist durch separatistisch motivierten Terrorismus seit Jahrzehnten geprägt. Jenseits der Franco-Diktatur haben Bomben- und Mordanschläge der ETA seine politische Kultur entscheidend mit geprägt.<sup>48</sup> Jenseits dieser Alltäglichkeit des Terrors hat Spanien, und hierin besteht eine besondere Nähe zu den USA, in jüngster Vergangenheit noch weitaus massivere Terroranschläge erleben müssen. Bei den Anschlägen auf die Vorortzüge in Madrid am 11.3.2004 sind 191 Menschen ums Leben gekommen und über 2000 verletzt worden. Die Anschläge auf Madrid stellen also wegen

48 Vgl. Peter Waldmann, *Ethnischer Radikalismus. Ursachen und Folgen gewaltsamer Minderheitenkonflikte am Beispiel des Baskenlandes, Nordirlands und Quebecs*, Opladen 1992.

ihres Hintergrundes (*Krieg gegen den Terror*) und wegen der Höhe der Opferzahlen einen signifikanten Bruch in der immer wiederkehrenden Routine des Terrorismus dar.

Doch obwohl Spanien mit den Anschlägen von Madrid die Erfahrung eines massiven, unerwarteten Krisenereignisses terroristischen Ursprungs gemacht hat, hat sich die nachhaltige Erfahrung eigener Verletzbarkeit nicht auf die Verfassung oder die krisenspezifische Gesetzgebung niedergeschlagen, wie das etwa in den USA nach dem 11.9.2001 der Fall gewesen ist. »Was allerdings als Bedrohung der sozialen Ordnung aufgefasst und in welcher Weise darauf reagiert wird«, so hat Axel Groenemeyer diese Disponibilität des Sicherheitsbegriffs in modernen Gesellschaften umrissen, »ist mit (der) Aufgabenbestimmung staatlicher Politik keineswegs festgelegt, sondern immer auch im Zusammenhang mit Entwicklungen der Gesellschaft verstanden worden.«<sup>49</sup> Die spanische Unaufgeregtheit im Umgang mit Terrorismus und ähnlichen sicherheitsrelevanten Krisensituationen setzt sich auch in der Forschung fort. Denn die politik- wie auch die rechtswissenschaftliche Literatur hat bislang kaum Bezug auf die spanischen Regelungen zum Ausnahmezustand genommen. Lediglich die juristische Studie von Trotter, der in einer Arbeit von 1997 einen europäischen Rechtsvergleich unternommen und verschiedene Ausnahmezustandsbestimmungen historisch wie gegenwartsbezogen verglichen hat, macht da eine Ausnahme, indem der spanische Fall nämlich tatsächlich Berücksichtigung findet.<sup>50</sup> Darüber hinaus sind die spanischen Regelungen zum Ausnahmezustand aber ein Forschungsdesiderat geblieben, und das gerade in der Politikwissenschaft.

### 1. Ausnahmezustand in Spanien – Rechtsgrundlagen

Die Regelungen zum Ausnahmezustand in Spanien beruhen auf den Artikeln 55 und 116 der spanischen Verfassung, sowie auf dem in Artikel 116, Absatz 1, benannten Organgesetz.<sup>51</sup> Artikel 116 der Verfassung vom 29.12.1978<sup>52</sup> eröffnet der Exekutive grund-

49 Axel Groenemeyer, »Wege der Sicherheitsgesellschaft. Transformation der Konstruktion und Regulierung von Unsicherheiten« in: Ders. (Hg.), *Wege der Sicherheitsgesellschaft. Gesellschaftliche Transformation der Konstruktion und Regulierung innerer Unsicherheiten*, Wiesbaden, S. 7-19, hier S. 8.

50 Vgl. Markus Trotter, *Der Ausnahmezustand im historischen und europäischen Rechtsvergleich*, Heidelberg 1997 (zugl. Univ.-Diss. Heidelberg 1997), S. 182 ff.

51 Das Rechtsinstitut des *Staatszwangs* laut Artikel 155 der spanischen Verfassung gehört zum Instrumentarium der Normsuspendierung. Es dient im Wesentlichen zur Garantie der Aufrechterhaltung von Staatsfunktionen in autonomen Regionen und ist im vorliegenden Fall nicht weiter einschlägig.

52 Eine deutsche Übersetzung der spanischen Verfassung (*Die spanische Verfassung. Gebilligt durch die Cortes in den am 31. Oktober 1978 abgehaltenen Vollversammlungen des Kongresses der Abgeordneten und des Senats. Ratifiziert vom spanischen Volk durch Referendum vom 6. Dezember 1978. Sanktioniert durch seine Majestät den König vor den Cortes am 27. Dezember 1978*) findet sich im Internet auf der Seite des *Boletín Oficial del Estado*, der für die Übersetzung und Herausgabe verantwortlich zeichnet. Alle Zitate beziehen sich auf diese Ausgabe.

sätzlich die Option, in Krisensituationen den Ausnahmezustand zu verhängen<sup>53</sup> und regelt die diesbezüglichen Zuständigkeiten. Die Verfahrensdetails sowie die graduellen Abstufungen der möglichen Normsuspendierungen regelt das Organgesetz *Ley orgánica 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio* in der Form, die am 1.6.1981 verabschiedet worden ist. In Artikel 55, Absatz 1, der Verfassung werden ferner diejenigen Grundrechte aufgelistet, die im Krisenfall suspendiert werden können:

»Die in Art. 17, 18, Abs. 2 und 3, Art. 19, 20, Abs. 1 a) und d), und 5, Art. 21, 28, Abs. 2 und Art. 37, Abs. 2 anerkannten Rechte können aufgehoben werden, wenn die Erklärung des Ausnahme- oder Belagerungszustandes gemäß der in der Verfassung vorgesehenen Verfahrensweise beschlossen wird. Art. 17, Abs. 3 wird von dieser Bestimmung für den Fall der Erklärung des Ausnahmezustandes ausgenommen.«<sup>54</sup>

Alle restlichen Bestandteile des Verfassungsgefüges sind »notstandsfest«<sup>55</sup> und können auf legalem Wege nicht suspendiert werden. Diese Notstandsfestigkeit weiter Teile des Verfassungsgefüges unterstreicht Spaniens historische Erfahrung mit einem Notstandsrecht nach Weimarer Vorbild und dessen Instrumentalisierung durch die faschistische Diktatur Francos. Wenn – vor diesem Hintergrund – das Instrument des Ausnahmezustandes als unverzichtbar gegolten hat, dann ist das Bemühen um dessen institutionelle Einhegung und um seine Imprägnierung vor einer parteipolitischen oder ideologischen Vereinnahmung deutlich zu erkennen.

Wenn also die spanische Verfassung einen in weiten Teilen notstandsfesten politischen Raum konstituiert, dann bleibt doch der problematische Befund, dass keine der oben genannten Gesetzesgrundlagen jedoch *a priori* diejenigen Fälle oder Tatbestände definiert, in denen eine Suspendierung von Verfassungsbestimmungen zwingend erforderlich oder geboten wäre, auch wenn die vorgenommene Unterscheidung verschiedener Abstufungen vom *Estado de alarma* (>Alarmzustand<) über den *Estado de excepción* (>Ausnahmezustand<) bis hin zum *Estado de sitio* (>Belagerungszustand<) eine solche Vorbestimmung plausibel erscheinen lassen würde. Gerade wegen der fehlenden inhaltlichen Vorbestimmung möglicher Fall- oder Krisenszenarien allerdings warnt die Verfassung zwar explizit vor dem Missbrauch des Verfassungsinstruments: »Die ungerechtfertigte oder missbräuchliche Ausübung der kraft dieses Organgesetzes zugestandenen Befugnisse führt als Verletzung der von den Gesetzen anerkannten Rechte und Freiheiten

53 Vgl. *Spanische Verfassung*, Artikel 116, Absatz 1: »Ein Organgesetz regelt den Alarm-, den Ausnahme- und den Belagerungszustand und die entsprechenden Zuständigkeiten und Begrenzungen.«.

54 Im Einzelnen sind das Recht auf individuelle Freiheit und Sicherheit, die Begrenzung der Dauer einer vorläufigen Festnahme, die unverzügliche Mitteilung der Gründe für eine Festnahme (nur im Belagerungszustand), der Anspruch auf Habeas Corpus, die Unverletzlichkeit der Wohnung, das Kommunikationsgeheimnis, die Wahrung der Intimsphäre der Bürger, das Recht auf Freizügigkeit, das Recht auf freie Meinungsäußerung und freie Berichterstattung, die Beschlagnehmung von Informationsträgern und -medien, die Versammlungsfreiheit, die freie Entfaltung der Persönlichkeit nach demokratischen Maßstäben sowie das Recht auf kollektive Arbeitskampfmaßnahmen angesprochen.

55 Markus Trotter, *Der Ausnahmezustand*, aaO (FN 50), S. 186.

zu strafrechtlicher Haftung.«<sup>56</sup> Der Ausnahmezustand, wie er in verschiedenen Abstufungen in der spanischen Verfassung geregelt wird, erweist sich somit als ein politisches Instrumentarium. Politisch ist es insoweit, als dass es den zentralen politischen Institutionen und also: der Exekutive und der Legislative obliegt, für die Anwendung eines Ausnahmezustandes inhaltlich tragfähige Gründe anzugeben, die in der rechtlichen Kodifizierung gerade nicht vorherbestimmt sind. Die Verhängung des Ausnahmezustandes muss dementsprechend, gerade weil sie nicht auf einem automatisierten Verfahren beruht, von der Politik aktiv verantwortet werden.

## 2. Alarmzustand und Fluglotsenstreik – Begründungen

Die Notwendigkeit der aktiven Begründung und Verantwortung, die den Primat des Politischen bei der *Sorge um die Verfassung* unterstreicht, erweist sich als zentraler Anknüpfungspunkt für Kritik an den jeweils situativ im Krisenfall beschlossenen Maßnahmen. Im vorliegenden Fall besteht die besondere Pikanterie darin, dass erst die teilweise Suspendierung des Verfassungsgefüges durch einen Ausnahme- oder Alarmzustand gerade dasjenige Grundrecht der »Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf kollektive Arbeitskonfliktmaßnahmen«,<sup>57</sup> das im Normalfall durch die Verfassung explizit garantiert wird, aufzuheben vermag. Dieser Sachverhalt ist insofern nicht unproblematisch, als dass Artikel 37, Absatz 2 der spanischen Verfassung ohnedies bereits bestimmt, dass unabhängig von den jeweiligen Arbeitsk Kampfmaßnahmen im entsprechenden Organgesetz »erforderliche Garantien zur Sicherung der für die Gemeinschaft wesentlichen Dienste« vorzusehen seien. Insofern hätte es der Verhängung des Alarmzustandes angesichts eines illegalen Arbeitskampfes der Fluglotsen gar nicht bedurft, wenn nicht eine nachhaltige Sicherung der »für die Gemeinschaft wesentlichen Dienste« offensichtlich hätte durchgesetzt – oder gar nur situationsangemessen formuliert werden können. Was konkret ein solcher, »für die Gemeinschaft wesentlicher Dienst« ist, dessen Fortbestand es auch im Falle des Arbeitskampfes zu garantieren gilt, geht aus dem *Königlichen Erlass* 1673/2010 vom 4.12.2010<sup>58</sup> hervor. Dort heißt es:

»Artikel 19 der spanischen Verfassung räumt allen Spaniern das Recht ein, am freien Verkehr auf dem gesamten nationalen Territorium teilzunehmen. Dieses Recht steht

56 *Spanische Verfassung*, Artikel 55, Absatz 2, Satz 2.

57 *Spanische Verfassung*, Artikel 37, Absatz 2. Der gesamte Artikel lautet: »Das Recht der Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf kollektive Arbeitskonfliktmaßnahmen wird anerkannt. Das Gesetz zur Regelung der Ausübung dieses Rechtes wird ungeachtet eventueller Beschränkungen die erforderlichen Garantien zur Sicherung der für die Gemeinschaft wesentlichen Dienste vorsehen.«.

58 Vgl. Ministerio de la Presidencia, »18683 Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo« in: *Boletín Oficial del Estado*, No. 295, Sec. I, S. 101222-101223. Alle Übersetzungen durch den Autor.

*als Folge der internationalen Verträge und Übereinkünfte, an denen Spanien teilnimmt, auch allen anderen Personen zu.«<sup>59</sup>*

Der Kern des Konfliktes ruht also auf der Feststellung von »außergewöhnlichen Umständen«<sup>60</sup> in Form der Verletzung eines Grundrechtes, nämlich des Rechts auf Freizügigkeit. Durch den Streik könnten weder Spanier noch ausländische Personen, die sich auf spanischem Hoheitsgebiet aufhalten, von diesem Grundrecht Gebrauch machen. Da es sich bei den von der Verfassung garantierten Grundrechten aber um identitäre Wesensmerkmale der spanischen Demokratie handele, erscheine die Ausrufung des Alarmzustandes als angemessene Reaktion auf den Fluglotsenstreik. Letzterer wiederum wird insofern hochgradig kriminalisiert, als dass nicht mehr das Moment des Arbeitskampfes, sondern einzig und allein die Grundrechteverletzung durch die Fluglotsen zur Beurteilung der Situation herangezogen wird. Aus dieser Perspektive entsteht eine argumentative Einbettung der Ausrufung des Alarmzustandes, die aus drei wesentlichen Elementen besteht.

Zunächst einmal ist dies das nicht mehr situationsgebundenen Postulat des Vorrechts der größeren Zahl, ein Argument, das auch im Korematsu-Fall Verwendung gefunden hatte. Das Argument kann – auch hierin besteht eine Parallele zu Korematsu – dabei nicht voraussetzungslos angewandt werden. Vielmehr bedarf es eines spezifischen *Framings* der Situation,<sup>61</sup> das es in der Folge erlaubt, eine Binnendifferenzierung des Souveräns vorzunehmen. Diese Binnendifferenzierung, die eine Freund-Feind-Unterscheidung nach innen möglich und, konkludent dazu, eine auf außergewöhnlichen Maßnahmen der Exekutive gründende Praxis gegen diesen inneren Feind erforderlich macht, beruht auf der Metapher der *Geiselnahme*. Der Streik der Fluglotsen erfährt in den Medienberichterstattungen dementsprechend flächendeckend nicht mehr eine Beschreibung als – wenn auch illegaler – Arbeitskampf. Stattdessen werden die Fluglotsen als eine zahlenmäßig kleinen Elite beschrieben, die ein ganzes Land, so es sein Grundrecht auf Mobilität in Anspruch nehmen will, für ihre Zwecke in Geiselnahme. Ein Beispiel:

*»Weder eine Naturkatastrophe noch ein Terroranschlag lähmten an diesem Wochenende die Iberische Halbinsel zusammen mit den Kanaren und Balearen. Es war vielmehr ein wilder Streik der reichsten und privilegiertesten Facharbeitergruppe Spaniens: der Fluglotsen. Sie nahmen zum Auftakt einer Feiertagswoche, mit Weihnachten und Neujahr im Blick, das europäische Ferienziel par excellence als Geisel, verdammten Hunderttausende Reisende zu schlafloser Misere auf den Fußböden der Flughäfen und richteten einen millionenschweren Flurschaden für Hotels, Luftfahrtgesellschaften und den guten Ruf des Landes an.«<sup>62</sup>*

59 Ebd., S. 101222.

60 Ebd.

61 Vgl. Robert M. Entman, »Framing: Toward clarification of a fractured paradigm« in: *Journal of Communication* 43/1993, S. 51-58, hier S. 52.

62 Leo Wieland, »Ein Land als Geisel«, aaO (FN 3), S. 2.

Ein solches abweichendes und ökonomisch schädliches Verhalten sei nicht hinnehmbar, die Verursacher müssten »zur Rason«<sup>63</sup> gebracht werden. Die Gruppe der Fluglotsen wird *ad personam* und analog zu den japanischstämmigen Amerikanern aus dem Korematsu-Fall zum primären Adressaten für die im Alarmzustand anstehenden Maßnahmen:

»Die Deklaration des Alarmzustandes betrifft das gesamte Staatsgebiet, alle Kontrolltürme an den Flughäfen, die Netzwerk- und Leitzentralen (...) (und) alle Fluglotsen (...).«<sup>64</sup>

Das *Framing* der Situation als Geiselnahme erlaubt es also, nicht nur über die eigentlichen Motive der Fluglotsen für ihr Handeln hinweg zu gehen, sondern auch – vermeintliche – Verantwortlichkeiten klar zuzuweisen. Der Satz »Wir werden Gerechtigkeit walten lassen«<sup>65</sup> ist dann keine neutrale Aussage des spanischen Verkehrsministers José Blanco mehr, sondern eine offene Drohung, die sich in Form der Verhängung des Alarmzustandes manifestiert, eine Entscheidung, zu der die spanische Politik nicht mehr aktiv greift, die sie nicht gewollt oder gar herbeigeführt hat, sondern zu der sie – um in der Semantik der Argumentation zu bleiben – durch die »Geiselnahme« gedrängt worden ist. Ergänzend zu der nach Innen gerichteten Freund-Feind-Unterscheidung wird eine rein reaktive Handlungsposition der Exekutive behauptet, die im Strom der Ereignisse nicht etwa eine Normsuspendierung vornimmt, sondern zu dieser gedrängt wird. Diese Unterscheidung ist insoweit wichtig, weil sie es ermöglicht, die Zuerkennung von Verantwortung für einen derart gravierenden Eingriff in das Rechtsgefüge des Staates, wie es die Ausrufung des Alarmzustandes darstellt, bei den als schuldhaften Verursachern der Krise konstruierten Fluglotsen, nicht aber bei der Regierung selbst zu verorten. »Die Regierung, mit dem Ministerpräsidenten an der Spitze, hat nicht gezögert (...) als es darum ging, den Allgemeinwillen zu schützen.«<sup>66</sup> lautet dann eine auf *Verteidigung* ausgerichtete Selbstbeschreibung dieses rein reaktiv gedeuteten Regierungshandelns.

Neben der Zuweisung von Verantwortung, die durch die Konstruktion des Feindbildes »Fluglotse = Geiselnahme« erreicht wird, ermöglicht die vorgenommene Identifikation der Fluglotsen als Feinde eine Binnendifferenzierung des Souveräns, also des spanischen Volkes. Dadurch wird die Gruppe der Fluglotsen zu einer Projektionsfläche, die im Rahmen dieses »Krieges«<sup>67</sup> zweierlei Funktionen erfüllt: Sie ermöglicht die konkrete, personal verankerte Legitimierung von Exekutivexpansionen durch die Regierung ebenso wie die zielgenaue Ausrichtung der Maßnahmen. Ähnlich wie bei den Pariser *Banlieue-Ausschreitungen* aus dem Winter 2005/06<sup>68</sup> dient die Konstruktion einer Minder-

63 Ebd.

64 Ministerio de la Presidencia, »18683 Real Decreto 1673/2010«, aaO (FN 58), S. 101222.

65 Javier Cáceres, »Luftverkehr in Spanien normalisiert sich wieder« in: *Süddeutsche Zeitung*, 6.12.2010, S. 7.

66 José Blanco Lopéz, »Defender el interés general« (1.1.2011). Es handelt sich um einen Eintrag aus dem persönlichen Blog Blancos aus dem Dezember 2010.

67 Ebd.

68 Vgl. Matthias Lemke, »Das Alter Ego der Souveränität. Zur Begründung von Normsuspendierungen im Ausnahmezustand«, aaO (FN 5), S. 94-99.

heit dazu, bei der verbliebenen Mehrheit des Souveräns Zustimmung für die Exekutive zu generieren, da diese ja im Sinne des »interés general«<sup>69</sup> handle, und sie dient darüber hinaus dazu, einen Adressaten für außergewöhnliche Exekutivmaßnahmen zu generieren. Die ausgeschlossene, als Feind konstruierte Minderheitengruppe trägt damit – in jedem Fall nicht intentional und gegebenenfalls auch ungewollt – zur Stabilisierung des politischen Systems bei, weil sie der Exekutive eine klare Identifikation von Problemlagen genauso ermöglicht, wie im Idealfall die erfolgreiche Abarbeitung der »catástrofe pública«<sup>70</sup>. Die so in ihrem Prestige gestärkte Exekutive erweist sich gegenüber ihrem Publikum als diagnose- und problemlösungsfähig. Der Alarmzustand wäre dann für sie nichts weiter als die diskursiv konstruierte Arena, in der ihre politische Festigung ermöglicht wird. Dass nebenher, wie die Aussage von Verkehrsminister José Blanco belegt, auch noch ein *allgemeines Interesse* oder – in der Diktion Rousseaus – ein *Allgemeinwille* unterstellt wird, der von der Regierung bloß gegen Widerstand durchgesetzt werden muss, dient der zusätzlichen Diskreditierung der designierten Minderheit, die vom postulierten gesellschaftlichen Konsens abgewichen ist.

Die Analyse der konkreten Maßnahmen, die in der zur Beilegung des Fluglotsenstreiks etablierten politischen Arena getroffen werden sollen, leitet zum zweiten relevanten Begründungsstrang über. Dieser ist weniger grundsätzlich angelegt, insofern er nicht dem *Framing* der Gesamtsituation dient, sondern auf konkrete Zielerreichungen ausgerichtet und also fallspezifisch determiniert ist. Oder, in den Worten José Blancos: »Regieren bedeutet, vor allem anderen, das zu tun, was sie tun, wenn sie es tun müssen.«<sup>71</sup> Im Kern geht es um die Ermöglichung der Finalität des Alarmzustandes. Mit Blick auf dessen Abwicklung mit dem Ziel »den Stillstand des wesentlichen öffentlichen Dienstes des Luftverkehrs zu beenden«,<sup>72</sup> verweist die Etablierung einer konkreten Finalität im Sinne des *alles tun zu können, was getan werden muss* auf die für die Exekutive mit dem *Framing* der Situation konsekutiv verbundene Notwendigkeit, eine erklärte Krisensituation tatsächlich handhaben zu können. Die Finalität ermöglicht der Exekutive, die Normsuspensionierung im Alarmzustand anhand festgelegter Maßnahmen bewältigen und terminieren zu können. Im *Königlichen Erlass 1673/2010* heißt es hierzu:

»(...) alle Fluglotsen der AENA unterliegen während der Geltungsdauer des Alarmzustandes der Überwachung durch das Militär (...), sie unterliegen dem direkten Befehl der in diesem königlichen Erlass benannten Behörden, sowie den Strafen und Bestimmungen des Militärrechts (...).«<sup>73</sup>

Die konkreten Maßnahmen, auf die die erweiterte Exekutivkompetenz des Alarmzustandes zurückgreift, ruhen allesamt auf dem Aufbau eines zusätzlichen Kontroll- und Strafverfolgungsdrucks, dem die Fluglotsen ausgesetzt werden. Dadurch wird in die Normalität der spanischen Rechtsprechung eine Parallelstruktur eingesetzt, die eine be-

69 José Blanco Lopéz, »Defender el interés general«, aaO (FN 66).

70 Ministerio de la Presidencia, »18683 Real Decreto 1673/2010«, aaO (FN 58), S. 101222.

71 José Blanco Lopéz, »Defender el interés general«, aaO (FN 66).

72 Ministerio de la Presidencia, »18683 Real Decreto 1673/2010«, aaO (FN 58), S. 101222.

73 Ebd.

stimmte Personengruppe aufgrund ihres beruflichen Status' unterschiedlich behandelt. Die parallele Existenz von ziviler und militärischer Gerichtsbarkeit war schon im *Milligan-Fall* von 1866, einem anderen, klassischen historischen Fall der Normsuspensionierung in den Vereinigten Staaten, eines der zentralen Probleme. Damals war vom *Supreme Court* befunden worden, dass, wenn immer ein ziviles Gericht verfügbar ist, dieses auch für Rechtsangelegenheiten von Zivilisten zuständig sei.<sup>74</sup> Die strikte Trennung von ziviler und militärischer Gerichtsbarkeit, wie sie der *Supreme Court* betont hatte, wird im *Königlichen Erlass* 1673/2010 unterminiert, mit der Folge, dass grundlegende Freiheitsrechte für exklusive Personengruppen nicht mehr oder nicht mehr in dem Maße gelten, wie dies unter Normalbedingungen der Fall ist. Für die Exekutive, die mit Blick auf das Recht der größten Zahl argumentiert, ist die Ausübung von massivem Druck auf die Fluglotsen mit dem Ziel der Einwilligung in die Arbeitspflicht, eine folgerichtige Maßnahme zur schnellstmöglichen Mobilisierung des Personals der AENA und damit zur Beilegung der »calamidad pública«<sup>75</sup>

Und hier stellt sich die abschließende Frage für die Analyse der Ausrufung des Alarmzustandes in Spanien: *Welche Katastrophe?* Hatte der Korematsu-Fall auf ein real existentes Kriegsereignis rekurrieren können, ist ein solcher Sachverhalt im spanischen Fall nicht gegeben. Zwar kann der wilde Streik der Fluglotsen als ein schwerwiegender Eingriff in den spanischen Luftverkehr gewertet werden. Diese Bewertung macht aber nur solange Sinn, wie sich überhaupt Flugzeuge im von der AENA überwachten Luftraum befinden. Spätestens wenn alle Flugzeuge sicher gelandet sind, können Defizite bei der Luftraumüberwachung wegen fehlender Fluglotsen kaum mehr plausibel als ein Sicherheitsdefizit konstruiert werden. Der *Königliche Erlass* 1673/2010 argumentiert auch nicht mit einem Verweis auf ein entstandenes Sicherheitsdefizit, sondern vielmehr, in der Einleitung, mit dem Verweis auf die durch den Fluglotsenstreik verursachte Einschränkung der Ausübung der grundrechtlich gesicherten Freizügigkeit:

*»Die außergewöhnlichen Umstände, die zur Schließung des spanischen Luftraumes wegen der durch die Pflichtverletzung der zivilen Fluglotsen ausgelösten Situation beigetragen haben, betreffen die Ausübung der Grundrechte (...). Dies stellt zweifellos ein öffentliches Unglück von enormer Größe für eine sehr große Zahl von betroffenen Bürgern dar, ebenso wie angesichts der begangenen Rechtsbrüche sowie der Schwere der verursachten Schäden.«<sup>76</sup>*

Damit wird die Krise, auf die der Alarmzustand reagiert, nicht mehr als existenzielle Krise im bloß politischen Sinne gefasst, wie das im Falle eines Krieges oder Bürgerkrieges zutreffend wäre, sondern als *multiple Krise* der Grundrechteverletzung, also der Beeinträchtigung einer großen Zahl von Bürgern, sowie – und das ist als Argument neu – der Beeinträchtigung der Ökonomie. Insbesondere der letztgenannte Aspekt stellt ein No-

74 Vgl. *Ex parte Lambdin P. Milligan* 71 U.S. 2 (1866), 4 Wall. 2; 18 L. Ed. 281; 1866 U.S. LEXIS 861.

75 Ministerio de la Presidencia, »18683 Real Decreto 1673/2010«, aaO (FN 58), S. 101222.

76 Ebd.

vum in der Geschichte der Begründung von Ausnahmezuständen dar. Denn die Eröffnung des ökonomischen Argumentationsfeldes, die hier anklingt, bietet der Exekutive weitere Spielräume zur Begründung der Ausdehnung ihrer Zugriffskompetenzen. Und auch das, was als substantielle Krise gelten kann, angesichts derer eine *Verteidigung der Republik* (Machiavelli) gerechtfertigt, ja unabdingbar scheinen mag, wird durch eine solche Bereitstellung zusätzlicher Argumentationsfelder weiter verwässert.

#### IV. Fazit – Perpetuierung des Ausnahmezustandes

Für die Exekutivpraxis im Korematsu-Fall in der Zeit des *strong government* (Clinton L. Rossiter) zwischen 1941 und 1945<sup>77</sup> lassen sich drei strategische Argumente ausdifferenzieren, die jeweils aus einer der drei unterschiedlichen Beurteilungen von *Korematsu v. United States* heraus formuliert worden sind. Von axiomatischer Qualität ist zunächst das schiere Vertrauen auf die Notwendigkeit des Ausnahmezustandes als Instrumentarium der Krisenbewältigung einzuschätzen, die mit der Bereitschaft ein Mehr an Handlungsmacht in den Händen der Exekutive zu konzentrieren, einhergeht.<sup>78</sup> Dieses Zugeständnis konzentrierter Handlungsmacht kommt ohne eine parallele Kontrolle des tatsächlichen Gebrauchs dieser Macht aus, weil der Exekutive mit Blick auf ihren Verfassungsauftrag ein Legalitätsbonus unterstellt wird. Eine andere strategische Überlegung problematisiert die Konzentration von Exekutivmaßnahmen auf eine spezifische Bevölkerungsgruppe. Solange gegen Personen oder Personengruppen keine individuell nachweisbaren Straftaten vorliegen, führt eine nur auf einen solchen Personenkreis gerichtete pauschale Suspendierung individueller Freiheitsrechte zu einer Destabilisierung des eigentlich als verteidigungswert erachteten Staats- und Gesellschaftsgefüges. Indem das Argument auf die Notwendigkeit einer *ex post* implementierten Normkontrolle nach Aufhebung des Ausnahmezustandes verweist, um so die Verfassung auf lange Sicht vor einem schleichenden Verfall zu schützen, wird nicht nur die Aporie des Ausnahmezustandes, sondern auch der fluide Charakter demokratischer Verfassungen selbst problematisiert. Die Judikative erscheint dabei als Stabilitätsgarant des Verfassungskerns, weil sie in die alltägliche Verfahrenspraxis der Exekutive auch jenseits der Bereiche der Normgeltung gerade nicht eingebunden ist. Auf der taktischen Ebene dominieren zwei Argumente, zunächst die Frage nach einer effizienten Krisenreaktion. Der Ausnahmezustand als Maßnahme ist erforderlich, weil nur durch die in ihm möglichen Verfahrens- und Handlungsbeschleunigungen eine effiziente und nachhaltige Herstellung von Sicherheit angesichts drohender Spionage- und Sabotageakte möglich zu sein scheint. Darüber hinaus wird argumentiert, dass die Suspendierung von Rechten für Minderheiten angesichts des Sicherheitsbedürfnisses der Mehrheit gerechtfertigt sei. Dieses *Argument der großen Zahl* steht einerseits im Widerspruch zum oben angeführten zweiten strategischen Argument. Darüber hinaus hat es sich in der Nachgeschichte des Falls als verfassungswidrig

77 Vgl. Clinton L. Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, aaO (FN 1), S. 265.

78 Vgl. ebd., S. 289.

herausgestellt. In der Summe werden also Maßnahmen zur Machtkonzentration bei der Exekutive im Krisenfall eindeutig gebilligt.<sup>79</sup>

Was den spanischen Fall aus dem Dezember 2010 anbelangt, so ergibt sich ein in Teilen neues, in Teilen jedoch auch altbekanntes Bild. Neu ist das Bild insofern, als dass die Implementierung von Exekutivexpansionen nicht auf einem überraschend aufgetretenen Krisen- oder Kriegsszenario gründet, sondern ein solches im Rahmen eines durch die Regierung wie die Medien intentional generierten *Framings* überhaupt erst erzeugt wird. Damit wird der strategischen Argumentation im Zusammenhang mit Exekutivexpansionen eine Stufe der Erzählung vorgeschaltet, die die Triftigkeit der Folgeargumentation sicherstellen soll. Die Exekutive reagiert damit nicht mehr bloß auf ein Krisenszenario, sie setzt bewusst auch die Maßstäbe zur Rechtfertigung ihres eigenen Tuns. Dieses Vorgehen ist demokratietheoretisch insofern problematisch, als dass sich die Exekutive eine definitorische Allkompetenz zuerkennt, die die Selbstbeschränkung ihres Machtanspruches unterminiert. Neu ist ferner, dass die Suspendierung der Normalität im Sinne der effektiven Wiederherstellung des Grundrechtebestandes, nicht aber primär vor dem Hintergrund der Beseitigung eines Sicherheitsdefizits begründet wird. Möglich ist dies, weil der vorliegende Tatbestand des *wilden Streiks* argumentativ in ein multiples Krisenszenario eingeflochten wird, so dass das Vorliegen einer existenziellen Krise für den Staat, etwa eines Krieges oder Bürgerkrieges, hinter anderen Motiven, wie etwa dem der Reduktion ökonomischer Folgekosten, verschwindet. Neben diesen neuen Aspekten enthält die Begründungspraxis des Alarmzustandes auch historisch bereits nachgewiesene Elemente, etwa wenn das eigene Handeln als aufgezwungen beschrieben und somit als verantwortungsentlastet postuliert wird. Auch gründet die Notwendigkeit des Alarmzustandes auf der Projektion eines Feindbildes, die – wie auch im Korematsu-Fall – einen Teil der Bevölkerung exkludiert, um sie damit zur Zielfläche der außergewöhnlichen Exekutivpraktiken zu machen. In demokratischer Sicht problematisch ist diese Binnendifferenzierung des Souveräns angesichts von Arbeitskampfmaßnahmen auch deswegen, weil die Kriminalisierung von Teilen der Bevölkerung deren Artikulations- und Teilhabechancen in der Demokratie mittel- bis langfristig erheblich mindert.

Insbesondere angesichts der Ausweitung der Begründungsfelder für Exekutivexpansionen gilt es an eine Einsicht zu erinnern, die Justice David Davis (1815-86) im Fall *Ex parte Lambdin P. Milligan* (1866)<sup>80</sup> so formuliert hatte: »What is ordinarily called martial law is no law at all.«<sup>81</sup> Die Ausrufung des Alarmzustandes in Spanien im Rahmen eines illegalen Arbeitskampfes würde daher – gemessen an den historisch nachweisbaren Begründungspraktiken in den USA – die Diagnose einer tendenziellen Enthemmung von

79 Allerdings bleiben die individuellen Freiheitsrechte als *identitärer Kern* einer demokratischen Verfassung sakrosankt – wie ja der *Civil Liberties Act* von 1988 in Bestätigung der Einwände von Justice Robert H. Jackson, wenn auch mit einiger zeitlicher Verzögerung, nachdrücklich gezeigt hat.

80 Zur Fallgeschichte des Milligan-Urteils vgl. Samuel Klaus, *The Milligan Case*, New York 1970, sowie Elisheva R. Coleman, *Call it Peace or Call it Treason: The Milligan Case and the Meaning of Loyalty in the Civil War*, Princeton 2005, Kap. 1.

81 *Ex parte Lambdin P. Milligan*, aaO (FN 74), S. 36.

Politiken der Normsuspensionierung und damit einhergehend: die Perpetuierung des Ausnahmezustandes in der repräsentativen Demokratie der Gegenwart nahelegen.

### *Zusammenfassung*

Anhand der Ausrufung des Alarmzustandes in Spanien im Dezember 2010 sowie unter Rückgriff auf das für ausgeweitete Exekutivkompetenzen klassische Urteil *Korematsu v. United States* (1944) wird analysiert, mit welchen (wiederkehrenden) Begründungen repräsentative Demokratien seit 1787 die Notwendigkeit der Aufhebung von Grundrechten unterlegen. Diese angesichts von Krisenszenarien durchgängig beobachtbare Praxis erweist sich insofern als politisch brisant, als dass Alarm- oder Ausnahmezustände im Bereich ihrer Geltung fundamentale demokratische Grundrechte aufheben. Es entsteht der paradoxe Befund, dass der Alarm- oder Ausnahmezustand jenseits der demokratischen Regierungspraxis angesiedelt ist, obschon er den Fortbestand der Demokratie garantieren helfen soll. Eine Zunahme von Alarm- und Ausnahmezuständen könnte dabei auf eine Erosion der Problemlösungsmechanismen repräsentativ-demokratischer Regierungen hindeuten.

### *Summary*

Given the state of alarm in Spain in December 2010, the article analyzes with a special regard on the classical case of enlargement of executive power *Korematsu v. United States* (1944) the arguments delivered for suspending fundamental rights. The main question is how representative democracies justify in (recurrent) argumentations their need for that suspension. This consistently observable practice in the face of crisis comes out to be politically sensitive, because states of alarm or emergency suspend, during their application, numerous fundamental democratic rights. Their application leads to the paradoxical finding that the practice of the state of alarm or exception is located beyond democratic government, although they are supposed to guarantee the survival of democracy in crisis times. An increase of states of alarm and/or states of emergency could therefore indicate an erosion of the problem-solving mechanisms of representative democracies.

*Matthias Lemke*, The alternate law of democracy. A Comparison of arguments for strengthening executive power in the US (1944) and Spain (2010)