

Aufsätze

Matthias Lemke

Ausnahmezustände als Dispositiv demokratischen Regierens

Eine historische Querschnittsanalyse am Beispiel der USA

Kurzfassung

Begründungen für eine legitime Regierungspraxis in repräsentativen Demokratien treten besonders gehäuft und explizit in der Krise auf, wenn eine Regierung und das sie tragende Institutionengefüge zu erodieren drohen. Angesichts dieser Grenzsituation des Regierens sucht der Beitrag am Beispiel der USA in einer historischen Querschnittsanalyse nach wiederkehrenden Begründungen, derer sich repräsentativ-demokratische Regierungen bedienen, um Ausnahmezustände – also die signifikante, kriseninduzierte Ausweitung ihrer Kompetenzen im Vergleich zum Normalzustand – zu ermöglichen. Mit Blick auf ausgewählte Fälle wird deutlich, dass spezifische Begründungsmuster immer wiederkehren, so dass hinsichtlich des Ausnahmezustandes von einem Dispositiv demokratischen Regierens gesprochen werden kann. Dieser Befund könnte sich insofern als problematisch erweisen, als das Dispositiv des Ausnahmezustandes bei zunehmend häufigerem Auftreten etablierte demokratische Verfahren zu korrumpieren vermag.

Inhalt

1. Das Problem des Ausnahmezustandes in der repräsentativen Demokratie	308
2. Ex parte Lambdin P. Milligan (1866)	310
3. Korematsu v. United States (1944)	317
4. Boumediene v. Bush (2008)	322
5. Der Ausnahmezustand als Dispositiv demokratischen Regierens	326

1. Das Problem des Ausnahmezustandes in der repräsentativen Demokratie

Begründungen für eine legitime Regierungspraxis in repräsentativ-demokratisch verfassten Staaten treten besonders häufig und explizit in der Krise auf, also dann, wenn eine Regierung und das sie tragende Institutionengefüge zu scheitern drohen. Bemühungen zur Legitimierung von Regierungshandeln entwickeln ihre besondere Dringlichkeit demnach nicht im Normalvollzug des Regierens, sondern an der Schwelle, wo dieser gerade noch oder gerade nicht mehr gegeben ist. Dieser prekäre Ort des *gerade noch* oder des *gerade nicht mehr* ist der *Ausnahmezustand*.¹ Angesichts dieser *Grenzsituation des Regierens*, in der Regierungen nicht mehr nur ihren Normalbetrieb, sondern auch ihr *alternate law* plausibel machen müssen, gilt es, nach den Begründungen zu suchen, derer sie sich bedienen, um Ausnahmezustände – also die signifikante Ausweitung ihrer Kompetenzen im Vergleich zum Normalzustand – zu begründen. Denn Demokratie kann hier auch scheitern, sie kann die Grenze zur *Nicht-Demokratie* überschreiten. Im Ausnahmezustand ist also der Begründungsdruck legitimer Regierungspraxis deutlich erhöht und die Begründungen für *grenzwertige Praktiken* können gleichsam die Schwelle eines noch demokratischen hin zu einem nicht mehr demokratischen Regieren markieren.

Michel Foucault hat in seiner Analyse des konkreten Wirkens staatlicher Machtstechniken den Aspekt der Kontroll- und Verwaltungsabsicht des Staates gegenüber seinen Bewohnern hervorgehoben und dafür den Begriff der *Gouvernementalität* geprägt. Die Ausübung von Macht beschränkt sich dabei nicht nur auf sichtbare, manifeste und dem Menschen äußerliche, sondern auch auf wesentlich subtilere, auf das Innere des Menschen abzielende Techniken, was im Begriff der *Biopolitik* zum Ausdruck kommt. Für die Zusammenschau des inneren und äußeren Einwirkens im Rahmen von Regierungstätigkeit verwendet Foucault zudem den Begriff

1 Zum Begriff des Ausnahmezustandes als Exekutivexpansion vergleiche Lemke 2010: 84 ff.; für eine grundsätzliche Übersicht vergleiche Frankenberg 2010 sowie paradigmatisch Agamben 2004.

des *Dispositivs*.² Das *Dispositiv* erscheint als ein zugleich gegenständliches und nicht gegenständliches Ensemble von Zugriffen auf Macht- und Wissensstrukturen, das Regierungstätigkeit gegenüber den Subjekten in einer historisch konkreten Erscheinungsform meint. Dabei schließt es jedoch eine grundsätzlich wiederkehrende Erscheinungslogik („strategische Ausfüllung“) (Foucault 2003: 394) nicht aus, denn der staatliche Bedarf nach Kontrolle und Verwaltung ist seinerseits zeittranszendent:

„Ich habe gesagt, dass das Dispositiv von einer wesentlich strategischen Beschaffenheit wäre, was unterstellt, dass es sich dabei um eine bestimmte Manipulation von Kräfteverhältnissen handelt, um einen rationalen und abgestimmten Eingriff in diese Kräfteverhältnisse, um sie in irgendeine Richtung zu entwickeln, um sie zu blockieren oder um sie zu stabilisieren. Das Dispositiv ist also immer in ein Machtspiel eingeschrieben [...]“ (ebd.)

Der Ausnahmezustand als ein „Netz zwischen den Elementen“ (Agamben 2008: 16) des Regierens, der „die Funktion hat, einer dringenden Anforderung nachzukommen“ (Foucault 2003: 395), nämlich der Exekutive die Spielräume zu geben, eine Krise zu bewältigen und damit den demokratischen Staat als Ganzen von der *Schwelle zur Nicht-Demokratie* fern zu halten, ist eines von vielen möglichen Dispositiven der strategischen Rationalität moderner Staatlichkeit. Das Dispositiv des Ausnahmezustandes besteht aus einer „entschieden heterogenen Gesamtheit“ (ebd.: 394) von Praktiken und Strukturen, etwa aus Begründungen, Bildern, Bedeutungszuschreibungen, Feindbildern, aus Gesetzen und Erlassen sowie aus Polizei, Militär und Lagern. Von diesen Elementen des Dispositivs ist in politikwissenschaftlicher Hinsicht dasjenige des Begründens von besonderer Bedeutung, weil es auf ein Kernbedürfnis repräsentativer Demokratien verweist, nämlich auf die Generierung von Legitimität über den öffentlichen Diskurs. Repräsentative Demokratien unterscheiden sich von anderen Regierungsformen dadurch, dass die auf Zeit gewählten Vertreter für ihr Handeln im Amt gegenüber dem Souverän verantwortlich und damit begründungspflichtig sind. Die Expansionsnotwendigkeit der eigenen Kompe-

2 In seiner Analyse des Foucaultschen Dispositivbegriffes verweist Agamben auf den Begriff der *positivité*: „Wenn laut Hyppolite ‚Positivität‘ das Wort ist, dessen sich der junge Hegel bedient, um das historische Element zu benennen, mitsamt seinen Vorschriften, Riten und Institutionen, die, obgleich den Individuen von einer äußeren Macht auferlegt, dennoch in den Glaubens- und Gefühlssystemen gleichsam verinnerlicht werden, dann bezieht Foucault durch die Übernahme dieses (später durch ‚Dispositiv‘ ersetzten) Ausdrucks Stellung gegenüber dem entscheidenden Problem, das auch sein eigenes ist: das Verhältnis, in dem die Individuen als Lebewesen mit dem historischen Element stehen, wobei der Ausdruck die Gesamtheit der Institutionen, Subjektivierungsprozesse und Regeln, in denen sich die Machtverhältnisse konkretisieren, bezeichnet.“ (Agamben 2008: 14).

tenzen im Ausnahmefall muss von der Regierung gegenüber dem Souverän argumentativ plausibilisiert werden, will sie ihre Legitimität nicht beschädigen. Hinzu kommt die Notwendigkeit der Plausibilisierung einer Ausnahme selbst, denn die Gesetzgebungspraxis der Demokratie zielt ihrem Selbstverständnis nach auf eine möglichst umfassende Rechtsgeltung. In dem Maße, wie der Rechtsstaat zunimmt, verschwindet das Unnormale, das Kontingente. Angesichts der diskursiv-argumentativen Komponente der Demokratie sowie ihrer Tendenz zur Normausweitung ergibt sich der paradox erscheinende empirische Befund, dass Ausnahmezustände – oder zumindest das Recht auf ihre potenzielle Anwendung – in den repräsentativen, normierten Demokratien der Moderne immer noch erforderlich sind. An diese problematische Feststellung schließt sich eine nicht minder problematische Fragestellung an: Wenn Ausnahmezustände, beziehungsweise das Recht, über sie verfügen zu können, von den Regierungen als notwendig erachtet werden – wie jüngst der Fall Spaniens im Dezember 2010 gezeigt hat³ –, wie können diese dann gegenüber dem Souverän begründet und plausibilisiert werden, ohne dass es zu einer Erosion der etablierten Herrschaftsstrukturen kommt, deretwegen Clinton L. Rossiter bekanntlich festhielt, *constitutional dictatorship* sei „a dangerous thing“ (1948: 249)?

Im Folgenden soll diesen beiden Fragen in einer fallbasierten historischen Querschnittsanalyse der Normsuspendierungspraxis in der ältesten repräsentativen Demokratie der Welt, den Vereinigten Staaten von Amerika, nachgegangen werden. Die Erhebung des Ausnahmezustandes als Dispositiv demokratischen Regierens in Krisenzeiten anhand dreier einschlägiger Urteile des US-Supreme Courts erschließt eine argumentative Topographie legitimen, repräsentativ-demokratisch verfassten Regierungshandelns in Ausnahmesituationen.

2. Ex parte Lambdin P. Milligan (1866)

Zunächst also ein Blick zurück auf der Zeitachse in das 19. Jahrhundert, wo in Indiana im Jahre 1862 der Amerikanische Bürgerkrieg die politische wie auch die rechtliche Normalität signifikant ausgehebelt hatte:

„The Constitution has been set aside, freedom of speech and the press destroyed, our citizens subjected to arbitrary arrests, and the right of habeas corpus suspended. If the overthrow of the Constitution [...] is to be excused on the plea of military necessity, it must be obvious that the sooner the war is brought to an end the better.“ (Tredway 1973: 24)

3 Ausführlicher Lemke 2011: 382-390.

Was der *Fort Wayne Sentinel* in seiner Ausgabe vom 27.9.1862 beschreibt, ist das verfassungsrechtliche Ambiente des ersten „klassischen“ Präzedenzfalls für die Analyse von ausnahmebedingten Expansionen der Exekutivkompetenzen im Geltungsbereich der Verfassung der Vereinigten Staaten. Die von Lambdin Purdy Milligan am Supreme Court of the United States eingereichte, am 5.3.1866 verhandelte und am 3.4.1866 zugunsten des Klägers getroffene Entscheidung (US-Supreme Court 1866) spielt vor dem Hintergrund dieser Szenerie. Milligans Fall⁴ kann insofern als *an American Icon* (Elisheva R. Coleman) und als ein Meilenstein in der Auseinandersetzung mit kriseninduzierten Ausnahmetatbeständen gewertet werden, als hier erstmals die bürger- und freiheitsrechtlichen Grenzen von Normsuspendierungen festgelegt werden. „The importance of the main question⁵ presented by this record cannot be overstated“, so Justice David Davis im Rahmen der Urteilsbegründung, „for it involves the very framework of the government and the fundamental principles of American liberty“ (US-Supreme Court 1866: 109). Ex parte Milligan avanciert damit zu einem politischen Fall, anhand dessen eine Präzisierung der Verfassungsbestimmungen zu den Interventionsmöglichkeiten von Legislative und Exekutive in die Freiheitsrechte der Bürger identifiziert werden können.

Angesichts der *great american crisis* (Clinton L. Rossiter) zeigt sich ein Konflikt zwischen dem Verfassungsauftrag der Krisenbewältigung durch Präsident Abraham Lincoln entsprechend der Regelungen des First und Second Militia Act von 1792⁶ einerseits, sowie der Wahrung der Bürger- und Freiheitsrechte andererseits. „It was in this conflict“, so Rossiter mit Blick auf die Bedeutung des *Civil War* für die Problematik des Ausnahmestandes, „that the peculiar pattern of crisis government in the United States was first set“ (Rossiter 1948: 223). Dementsprechend zugespitzt formuliert der Supreme Court die infrage stehende rechtliche Materie: „Has the President, in time of war, upon his own mere will and judgment, the power to bring before his military officers any person in the land, and subject him to trial and punishment, even to death?“ (US-Supreme Court 1866: 30)

Gerade weil der hier pointiert ausbuchstabierte Konflikt zwischen der Exekutive und dem individuellen Staatsbürger sich in der Praxis *a priori* nicht ausschließen lässt, bedarf er einer expliziten Stellungnahme von Seiten des Supreme Courts.

4 Zur Fallgeschichte Klaus 1970 sowie Coleman 2005, Kap. 1. Für ähnlich gelagerte Fälle im historischen Kontext des Amerikanischen Bürgerkrieges US-Supreme Court 1861 sowie aktuelleren Datums die Fälle US-Supreme Court 1942 und US-Supreme Court 2004.

5 „The controlling question in the case is this: Upon the facts stated in Milligan’s petition, and the exhibits filed, had the military commission mentioned in it jurisdiction, legally, to try and sentence him?“ (US-Supreme Court 1866: 118).

6 First (2.5.) and Second (8.5.) Militia Act (1792), in: United States Statutes at Large 1792 a und 1792 b.

Diese Stellungnahme erst vermag in der Folge dem Verfassungsauftrag von Exekutive und Legislative substanzielle Grenzen zu setzen. Dabei konkretisiert sich die inhaltliche Grenze für die Expansion von Exekutivkompetenzen wie folgt:

„It is claimed that martial law covers with its broad mantle the proceedings of this military commission. The proposition is this: that in a time of war the commander of an armed force (if in his opinion the exigencies of the country demand it [...]), has the power [...] to suspend all civil rights and their remedies, and subject citizens as well as soldiers to the rule of his will; and in the exercise of his lawful authority cannot be restrained, except by [...] the President of the United States.” (ebd.: 124 f.)

Und weiter:

„The statement of this proposition shows its importance; for [...] republican government is a failure, and there is an end of liberty regulated by law. Martial law, established on such a basis, destroys every guarantee of the Constitution, and effectually renders the ‚military independent of and superior to the civil power‘ [...]. Civil liberty and this kind of martial law cannot endure together; the antagonism is irreconcilable; and, in the conflict, one or the other must perish.“ (ebd.)

Wenn die Aufrechterhaltung der Verfassung das höchste Gut der republikanischen Ordnung darstellt, so ist aus diesem Zitat zu folgern, dann ist jeder Ausnahmezustand nur ein Instrument der Exekutive, um die Ordnung *ex ante* wieder herzustellen. Der Ausnahmezustand hat keinen darüber hinausreichenden Wert, keine weitergehende Berechtigung. Aus einer solchen, rein funktionalen Ausdeutung des Ausnahmezustandes folgt für das Gericht, dass Milligans Verurteilung durch ein Militärgericht unter Missachtung seines Rechts auf Haftprüfung und ohne Hinzuziehung eines zivilen Gerichts, das zum Zeitpunkt des Urteilspruchs gegen Milligan ebenfalls verfügbar gewesen wäre, verfassungswidrig war:

„And so we submit to the court, that the answers to the three questions [...] should be, to the first, that, on the facts stated in the petition and exhibits, a writ of habeas corpus ought to be issued according to the prayer of the petition; to the second, that, on the same facts, the petitioner ought to be discharged; and to the third, that the military commission had not jurisdiction to try and sentence the petitioner, in manner and form as in the petition and exhibits is stated.” (ebd.: 42)

Anders als in vorangegangenen Entscheidungen, in denen sich das Gericht als nicht zuständig für Militärgerichtsverfahren bezeichnet hatte,⁷ erkennt der Supreme Court hier auf die Unrechtmäßigkeit des Verfahrens des Militärtribunals, das Milligan angesichts des Bürgerkrieges sein Recht auf Haftprüfung verweigert hatte. Eine solche Vorenthaltung bürgerlicher Freiheitsrechte aus *Habeas Corpus* sei, so das Gericht, trotz der zugespitzten Sicherheitslage im Bürgerkrieg nicht hinnehmbar, weil sie dem Grundanliegen der Verfassung, also der Garantie bürgerlicher Freiheit, zuwider läuft, allzumal auch eine zivile Jurisdiktion verfügbar gewesen wäre: „We are apt to regard the military department of the government as an organized despotism, in which all personal rights are merged in the will of the commander-in-chief.“ (ebd.: 43) Die Konzentration von Exekutivkompetenzen im Krisenfall wird hier in diametraler Entgegensetzung zur Idee der Verfassung als *organisierter Despotismus* charakterisiert, angesichts dessen ihr ontologischer Kern zu erodieren droht. Daraus wiederum folgt, dass Bürger nur solange in der Jurisdiktion von Militärgerichten gehalten werden dürfen, bis ein ziviles Gericht wieder tätig werden kann. *Ex parte Milligan* hegt also die mit der Exekutivexpansion einhergehende Normsuspendierung dahingehend ein, dass diese unter den Vorbehalt des Vorliegens einer manifesten Krise gestellt und temporär an deren Fortbestand geknüpft wird. Normal- und Ausnahmezustand können somit also nicht parallel existieren und im Zweifelsfall bleibt immer zu prüfen, ob die Beibehaltung von Ausnahmebestimmungen rechtmäßig ist.

Obleich schon an dieser Stelle klar ist, dass eine kriseninduzierte Expansion der Exekutivkompetenzen nach Rechtsprechung des Supreme Court mit Blick auf die Bestandsgarantie der Grundrechte der US-Bürger mit *Ex parte Milligan* für den Fall als verfassungswidrig beurteilt wurde, wenn diese – hier wegen der gleichzeitigen Verfügbarkeit einer zivilen Jurisdiktion – nicht mehr angebracht war, so gilt es dennoch grundsätzlich zu klären, mit welchen Begründungen Normsuspendierungen in Zeiten des Amerikanischen Bürgerkrieges überhaupt möglich gewesen waren. Denn auch wenn die Exekutive hier in ihrer Bestrebung nach Maximierung ihres Handlungsspielraumes durch die Judikative in die Schranken verwiesen worden ist, so sind doch von der ersten Anordnung Lincolns zur Normsuspendierung bis zum Urteilsspruch in *Ex parte Milligan* fünf Jahre vergangen, in denen die Expansion der Exekutivkompetenzen erfolgreich praktiziert werden konnte. Als Quellen hierfür dienen zwei Dokumente, zum einen die Stellungnahme von Benjamin F.

7 Vergleiche hierzu die Entscheidung US-Supreme Court 1863 im Fall *Ex parte Vallandigham*, in der der Supreme Court eine Entscheidung abgelehnt hat, weil er sich für die Rechtsprechung von Militärgerichten als nicht zuständig erklärte.

Butler, der in *Ex parte Milligan* die Vereinigten Staaten von Amerika vertreten hatte, und zum anderen das auf Initiative von US-Präsident Lincoln im US-Kongress am 3.3.1863 verabschiedete Gesetz *relating to Habeas Corpus and regulating Judicial Proceedings in Certain Cases*.

Schon zu Beginn des Bürgerkrieges hatte Lincoln intensiv von der Möglichkeit der Exekutivexpansion in Form spezifischer Regelungen für den Ausnahmezustand Gebrauch gemacht, um mit der „Rebellion“ der Südstaaten fertig zu werden. Zentral war dabei die Maßnahme, das Recht auf *Habeas Corpus* zu suspendieren, um angesichts der Gefahr von Aufständen verdächtige Personen durch die Armee ohne zeitliche Begrenzung in Haft nehmen zu können. Das Anliegen dieser Regelung bestand in der Maximierung der Effizienz der Aufstandsbekämpfung und ist – gemessen an der in den *Federalist Papers* formulierten Notwendigkeit republikanischer Selbsterhaltung – eine aus Sicht der Exekutive folgerichtige Maßnahme. Erstmalig ist eine solche Anweisung Lincolns an General Winfield Scott am 27.4.1861 angesichts der sich abzeichnenden Eskalation der Lage in Baltimore ergangen, wobei die Frage unerheblich ist, ob eine solche Eskalation tatsächlich drohte. Relevant ist vielmehr, dass die Exekutive eine Eskalation gegenüber den anderen Beteiligten plausibel zu konstruieren vermochte. Aus der Perspektive einer allseits anerkannten Plausibilität resultierte dann der folgende Befehl Lincolns an die Streitkräfte:

„You are engaged in repressing an insurrection against the laws of the United States. If at any point [...] you find resistance which renders it necessary to suspend the writ of habeas corpus for the public safety, you personally or through the officer in command at the point where resistance occurs are authorized to suspend that writ.“⁸ (Lincoln 1861 a)

Lincolns Praxis der kriseninduzierten Normsuspendierung, die auf eine effizientere Niederschlagung von Aufständen durch die US-Armee im Dienste der „öffentlichen Sicherheit“ sowie der nachhaltigen Selbsterhaltung des durch die Vereinigten Staaten konstituierten Rechtsraumes abzielte, hat einer nachträglichen juristischen Prüfung durch den Supreme Court jedoch nicht standgehalten (US-Supreme Court 1861). Nur dadurch, dass Lincoln das Urteil von Chief Justice Roger B. Taney rechtswidrig ignorierte, konnte er die Praxis der Exekutivexpansion unter Inan-

8 So Lincoln mit Bezug auf die Situation in Baltimore am 27.4.1861; analog Lincoln 1861 b vom 2.12.1861: „As an insurrection exists in the United States and is in arms in the State of Missouri, you are hereby authorized and empowered to suspend the writ of habeas corpus within the limits of the military division under your command, and to exercise martial law as you find it necessary, in your discretion, to secure the public safety and the authority of the United States.“.

spruchnahme von Article 1, Section 8, Clause 15 der Verfassung⁹ fortsetzen. Um die von der Exekutive verfügbaren Normsuspendierungen zu legalisieren, erließ der Kongress am 3.3.1863 das Gesetz *relating to Habeas Corpus and regulating Judicial Proceedings in Certain Cases*, das die Exekutive zunächst aus der *de facto* Illegalität ihrer über zwei Jahre währenden Praxis von Notverordnungen und militärischen Befehlen¹⁰ befreite. In Übereinstimmung mit dem oben genannten Befehl an General Scott legt das Gesetz die Befugnis zur Suspendierung von *Habeas Corpus* durch den Präsidenten fest:

„Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, that, during the present rebellion, the President of the United States, whenever,¹¹ in his judgment, the public safety may require it, is authorized to suspend the privilege of the writ of habeas corpus in any case [...]“ (United States Statutes at Large 1863: 755)

Das Fundament, auf das sich die Option zur Suspendierung von *Habeas Corpus* für den Zeitraum des Bestehens der für die Suspendierung ursächlichen Krise hier stützt, besteht in der Diagnose einer „Rebellion“, die im historischen Kontext durch das *Federal Government* als illegale Bestrebung eines Staates zur Sezession ausgedeutet wird. So ergibt sich ein manifester Konflikt in der Ausdeutung der Kompetenzen der Zentralregierung einerseits sowie der souveränen Entscheidungshoheit der Teilstaaten andererseits. Die Begründung von Ausnahmeständen erlangt so – obschon sie innerhalb der USA zur Anwendung gelangen – eine zwischenstaatliche Qualität, die eine Ausdifferenzierung der Staatsbürger in Freund und Feind ermöglicht und die so außergewöhnliches Regierungshandeln legitimiert.

Aus der Perspektive einer agonalen Kriegslogik im Rahmen eines einheitlichen Ordnungsgefüges erst kann die Argumentation von Butler in *Ex parte Milligan* adäquat nachvollzogen werden. Milligan, Bürger der Vereinigten Staaten, wird durch die Freund-Feind-Unterscheidung als Kombattant begriffen, er wird zu einem „Kri-

9 „The Congress shall have Power to provide for calling forth the Militia to execute the Laws of the Union, suppress Insurrections and repel Invasions.“.

10 Ausführlicher Bradley 2008.

11 Hinsichtlich der Dauer der verfügbaren Maßnahmen heißt es dort: „And whenever and wherever the said privilege shall be suspended, as aforesaid, no military or other officer shall be compelled, in answer to any writ of habeas corpus, to return the body of any person or persons detained by him by authority of the President; but upon the certificate, under oath, of the officer having charge of any one so detained that such person is detained by him as a prisoner under authority of the President, further proceedings under the writ of habeas corpus shall be suspended by the judge or court having issued the said writ, so long as said suspension by the President shall remain in force, and said rebellion continue.“ (United States Statutes at Large 1863: 755).

minellen *unter* dem Gesetz“ (Foucault 2007: 125), der nicht mehr unter dem Schutz der Verfassung steht, weil er deren Fortbestand existenziell bedroht. Infolge dieser politischen wie rechtlichen Exklusion Milligans ergibt sich für die Exekutive, deren zentrales legitimatorisches Anliegen ja im Schutz ihrer Bürger besteht, die Pflicht, letztere vor den Konsequenzen der möglichen Handlungen Milligans zu schützen. Möglichst effiziente Schutzhandlungen im Rahmen von Exekutivexpansionen erfordern damit die Konstruktion von Bedrohungsszenarien, durch die wiederum erst der Grund für die konkrete Intervention konturiert wird. Dies ergibt ein in der Gesellschaft wirksames *agonales Dispositiv* (Foucault 2000: 119 f.), das den Vollzug des Ausnahmezustandes als zwangsläufig erscheinen lässt. Dementsprechend stellt die Verteidigungsstrategie auf eine völlige Inkompatibilität von Norm und Ausnahme ab, wobei die Ausnahme auf die Exekutive abstellt:

„A military commission derives its powers and authority wholly from martial law; and by that law and by military authority only are its proceedings to be judged or reviewed. Martial law is the will of the commanding officer of an armed force, or of a geographical military department, expressed in time of war within the limits of his military jurisdiction, as necessity demands and prudence dictates [...]“ (US-Supreme Court 1866: 8 f.)

In der Ausnahme werde die Souveränität *de facto* im Amt des Präsidenten konzentriert. Der Ausnahmezustand erscheint damit als eine politische Realität *sui generis*, ohne funktionale Anbindung an die wiederherzustellende Norm. Ohne eine solche *Finalitätsbrücke* zwischen Exekutivexpansion und Normalzustand eröffnet sich ein Gestaltungsraum, in dem die Grundlagen der repräsentativen Demokratie nicht nur korrumpiert, sondern gänzlich negiert werden:

„The officer executing martial law is at the same time supreme legislator, supreme judge, and supreme executive. As necessity makes his will the law, he only can define and declare it; and whether or not it is infringed, and of the extent of the infraction, he alone can judge; and his sole order punishes or acquits the alleged offender.“ (ebd.: 14)

Die Negation demokratischer Grundwerte, hier etwa der Machtteilung, wird dabei nicht als gewollt, sondern als erzwungen dargestellt, so dass die Zuweisung von Verantwortung für die Praxis des Ausnahmezustandes entgegen demokratischer Verfahrensregeln nicht möglich ist. Dabei handelt es sich um einen wichtigen Aspekt in der Argumentationsstrategie, der für die Position der Exekutive zwei entscheidende Vorteile bedeutet. Denn durch diese Verschiebung der ursächlichen Handlungsdynamiken gewinnt die Exekutive einerseits an legitimatorischer Unter-

stützung, indem sie ihr Handeln immer als *reaktives* behaupten kann. Darüber hinaus ermöglicht diese rein passive Ausdeutung ihrer Rolle überhaupt erst ihre Janusköpfigkeit als Akteur zwischen Norm und Ausnahme. Indem die Exekutive die Expansion ihrer Kompetenzen nämlich nicht sucht, sondern ihr diese von den Umständen aufgenötigt wird, wird sie schwerlich einer schuldhaften Überdehnung ihrer Kompetenzen bezichtigt werden können. Vorwürfe, wie sie von Justice Davis hinsichtlich der *despotischen Qualität* (ebd.: 43) des *Act relating to Habeas Corpus and regulating Judicial Proceedings in Certain Cases* formuliert worden waren, laufen ins Leere. Das *despotische Moment* der Situation liegt, so insinuiert die Argumentationsstrategie, in der Verantwortung derer, die eine Eskalation der Krise überhaupt erst herbeigeführt haben. Damit wird die Person Milligans zum *öffentlichen Gegner*.

3. Korematsu v. United States (1944)

Der nächste Fall in der historischen Querschnittsanalyse datiert aus der Mitte des 20. Jahrhunderts. *Korematsu v. United States*¹² (US-Supreme Court 1944) hat dabei den Rechtssprechungsprozess des Supreme Courts sowie seinen eigentlichen historischen Kontext weit überdauert.¹³ Denn der Fall geht auf eine lange nicht aufbereitete, auf „racial prejudice, war hysteria, and a failure of political leadership“ (United States Statutes at Large 1988: 2) gegründete Praxis der Krisenintervention zurück, die in der Beschneidung der Freiheitsrechte japanischstämmiger Amerikaner mündete, eine Bevölkerungsgruppe, deren Mitglieder fortan als *Enemy Alien* betrachtet wurden.

Um mit der perzipierten Bedrohung durch die *Monstrosität* der „citizens or permanent resident aliens of Japanese ancestry“ (ebd.) 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:

- 12 Zur Problematik der Wahrung der bürgerlichen Freiheitsrechte der japanischstämmigen Amerikaner Rossiter 1948: 280 ff.; zur Fallgeschichte Takezawa 1995; zum bei Korematsu v. United States angewandten Abwägungsprinzip von Regierungsinteressen gegenüber bürgerlichen Freiheitsrechten („strict scrutiny“) Winkler 2006.
- 13 Ausführlicher zum historischen Kontext sowie zur politischen Aufbereitung des Falls Lemke 2011: 375 f.

„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.“
(President of the United States 1942 a)

In der Folge 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* (WRA; President of the United States 1942 b) betrieb im Zeitraum von 1942 bis 1946 insgesamt zehn Camps, von denen das letzte am 20.3.1946 geschlossen worden war.¹⁴

Die vor diesem historischen Hintergrund formulierte Klage Fred Toyosaburo Korematsus, verhandelt am 11. und 12.10.1944 und entschieden am 18.12.1944, stellte die Verfassungsmäßigkeit der *Executive Order 9066* infrage, weil sie die individuellen Freiheitsrechte eines amerikanischen Staatsbürgers ohne hinreichenden Grund negiere und gegen den vierzehnten Verfassungszusatz verstoße.¹⁵ Der Supreme Court wies mit dem von Associate Justice Hugo Black 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 Übergriffen der Exekutive relevanten Meinungen der Richter William F. Murphy und Robert H. Jackson. Das politische Spannungsfeld, das durch das Urteil etabliert wird, erstreckt sich, wie auch schon 1866, im Bereich der Abwägung von individuellen gegen Gemeinschaftsinteressen hinsichtlich der Wiederherstellung und Aufrechterhaltung von Sicherheit und wurde – anders als 1866 – weit weniger eindeutig beurteilt.

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,

14 Zur Schließung der Camps und zur Auflösung der WRA President of the United States 1946.

15 Vom Sachverhalt und der Urteilsbegründung ähnlich war US-Supreme Court 1943.

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“ (US-Supreme Court 1944: 216) 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 [...] determined that they should have the power to do just this.” (ebd.: 223)

Dieses *Argument der größeren Zahl* nimmt eine rein quantitative Verhältnisabwägung vor, die auf einer tief greifenden Unsicherheit hinsichtlich der nahen Zukunftserwartung gründet. Die Vermutung eines mit hinreichend hoher Wahrscheinlichkeit eintretenden und ob seiner Streuung nicht adäquat eingrenzbaaren Risikos überführt unveräußerliche 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.” (ebd.: 219)

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 real 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 Tatsache, dass der Bestandsverlust von Grundrechten im vorliegenden Fall als massiv einzuschätzen ist.¹⁶ 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:

16 „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.“ (US-Supreme Court 1944: 218).

„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.“ (ebd.: 233)

Murphy verweist auf die Gefahr der degenerativen Perpetuierung von Ausnahmezuständen, die dann eintreten kann, wenn sich die Entscheidungsgründe zu entschlichen drohen. Entschlicht 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 keine intersubjektiv plausibilisierbaren Begründungen angegeben werden können (ebd.: 240 ff.). 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 eventuell 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.“ (ebd.: 226)

Statt aber durch Vorurteile und den Verweis auf Sündenböcke immer weiter zu expandieren, bedürfe 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“ (ebd.: 234). Damit stellt sich angesichts von Murphys Rassismuskritik¹⁷ die Frage nach den *Subjekten* des Ausnahmezustandes.

Der Ausnahmezustand, so wird deutlich, 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: „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.“ (ebd.: 226) Dies ist ein in Bezug auf die Regierungspraxis repräsentativer Demo-

17 Gegenteilig Associate Justice Black: „It should be noted, [...] 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).

kratien hochgradig kritischer Aspekt. Denn die 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.“ (ebd.: 234)

Die Demokratie erlebt hier einen *Moment der Selbstverstümmelung*. Dabei unterstreicht das Mehrheitsurteil von Black unmissverständlich, dass sich Korematsu als Bürger der Vereinigten Staaten hinsichtlich seiner Loyalität zur Verfassung in keiner Weise verdächtig gemacht hat.¹⁸ 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 der *Civilian Exclusion Order No. 34*, wird Korematsu allein wegen seiner Abstammung. Damit liegt das klassische Segregationsmotiv der Ethnizität vor, das alleine Korematsu der Pflicht zur Internierung unterwirft – und zwar aus rassistischen Motiven. Das Argument, das – in Übereinstimmung mit der Argumentation aus 1863 – in seinem Kern auf die Erfordernis möglichst effizienten Vorgehens durch das Militär¹⁹ verweist, zeigt sich zwar situativ als praktikabel. Auf langfristige Sicht unterminiert es aber den Zusammenhalt der ohnehin schon in einer manifesten Krise befindlichen Gesellschaft. Die Personengruppe, die als Sündenbock 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*.“ (ebd.: 230; Hervorhebung nicht im Original)

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

18 „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 [...] towards the United States.” (ebd.: 216 und 223).

19 „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.” (ebd.: 223 f.; Hervorhebung nicht im Original).

möglich war.²⁰ Für den fraglichen Personenkreis stellt die Verfassung keinen Schutzraum mehr da, sie wird zu einer Bedrohung, was wiederum die Logik des 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.“ (ebd.: 235)

Die Implementierung der Exekutivexpansion mündet offenkundig in ein Dilemma, das sich zwischen dem Geltungsanspruch der Bürger- und Freiheitsrechte und der als notwendig perzipierten Gefahrenabwehr auftut. 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“ (ebd.: 243), wie Justice Murphy zurecht moniert – zum Katalysator der *Entdemokratisierung*. In einer solchen Situation verteidigt die Exekutive, die sich des Ausnahmezustandes bedient, nicht mehr die Demokratie, sie trägt stattdessen zu ihrer Aushöhlung bei. Was als Systemstabilisierung und effiziente Krisenbearbeitung gedacht war, erweist sich so als systemoppositionelles Element demokratischer Herrschaft.

4. Boumediene v. Bush (2008)

Die in alle Welt live übertragenen Bilder des einstürzenden World Trade Centers in New York City sind als Ikonen des nach Zahl der Opfer wie auch nach Schadenssumme verheerendsten Terroranschlages der Geschichte²¹ Bestandteil des kollektiven Gedächtnisses geworden. „Today“, so formulierte George W. Bush in der *Address to the Nation* vom 11.9.2001 die kollektive Hilflosigkeit, „our nation saw evil, the very worst of human nature“ (Bush 2001 a). Moralische, nicht politische

20 „As I [i. e. Justice Roberts – der Verf.] 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. [...] under these circumstances a conviction for violating one of the orders could not stand.“ (ebd.: 233).

21 Als Referenzquelle für die Genealogie der Ereignisse des 11.9.2001 Kean 2004; ferner zur im Vergleich mit den vorangegangenen Fällen veränderten Rollenzuschreibung des Präsidenten hin zu einer „imperialen Präsidenschaft“ Greiner 2011: 131-150; dort findet sich eine Selbstbeschreibung von George W. Bush „Ich entscheide, was für die Exekutive Gesetz ist.“ (131).

Kategorien dienten ihm zur Einordnung dessen, was wegen seiner historischen Einzigartigkeit kaum adäquat einzuordnen war. An erster Stelle rangierte dabei der auch später wiederholte Verweis auf die Existenz *des Bösen* oder auf *Mächte* beziehungsweise *Kräfte des Bösen*, denen es entgegenzutreten gelte (Geis 2008: 171). Diese Begriffswahl macht bereits deutlich, dass den Begründungen für Ausnahmezustände im *War on Terror* tatsächlich etwas Außergewöhnliches innewohnt, nämlich politische wie rechtliche Erzählungen, die bis 9/11 „lurked in a dark corner at the edge of the legal universe“ (Aoláin/Gross 2006: Preface). Mit Blick auf die Untersuchung von Exekutivexpansionen in Ausnahmesituationen sind hier zweierlei miteinander verknüpfte Aspekte von grundsätzlicher Bedeutung: Ebenso, wie der sogenannte Krieg gegen den Terrorismus von der Exekutive als auf Dauer gestellter Konflikt dargestellt wird,²² so ist auch die Verfügbarmachung des Personenkreises der *illegalen Kombattanten* für eine außerrechtliche Verfolgung dauerhaft angelegt.²³ Im Unterschied zu den beiden vorangegangenen Fällen spielt also die zeitliche Entgrenzung des Krisenszenarios als permanente Fortschreibung von Angstpolitik eine zentrale Rolle.

Zum Zweck der als künftige Daueraufgabe begriffenen Terrorabwehr hat die amerikanische Regierung in der Folge der Anschläge vom 11.9.2001 eine Reihe von Gesetzen initiiert, von denen der USA PATRIOT-Act das bekannteste und wohl auch das umstrittenste darstellt. Daneben reihen sich zahlreiche *Executive* und *Military Orders* von Präsident Bush, darunter jene vom 13.11.2001, mit der die oben erwähnte Figur des *unlawful enemy combatant* geschaffen wurde.²⁴ Die mit dieser Figur intendierte dauerhafte Beschränkung von *Habeas corpus* stellt eine signifikante Erweiterung der Exekutivkompetenzen zuungunsten einzelner Personen dar, was mehrfach zum Gegenstand von Verhandlungen vor dem US-Supreme Court wurde. Die Bush-Administration hat in ihrem Bemühen um erweiterte Handlungsspielräume hier eine ganze Gruppe von Fällen²⁵ geschaffen, die vor dem Hintergrund des Dispositivs des Ausnahmezustandes zu diskutieren sind.

22 Ausführlicher US Supreme Court 2008: 69.

23 Vergleiche in diesem Zusammenhang auch die vor dem Hintergrund des Kalten Krieges und der kommunistischen Bedrohung erlassenen Bestimmungen des *Emergency Detention Acts* von 1950, dort Section 104 – 2 (d).

24 Siehe Bush 2001 b, Military Order unter dem Titel *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, 13.11.2001; ferner *Military Commissions Act of 2006* (10 U.S.C. 948 a) zur Definition des *unlawful enemy combatant*.

25 Unter anderem einschlägig sind *Rasul v. Bush*, *Hamdi v. Rumsfeld*, *Hamdan v. Rumsfeld* sowie *Boumediene v. Bush*; vergleiche in diesem Zusammenhang – mit besonderem Blick auf *Hamdi v. Rumsfeld* und die darin vorbereitete argumentative Aufweichung verfassungsrechtlicher Bestimmungen – den Aufsatz von Niday 2008.

Nimmt man aus dieser Gruppe das 2008 ergangene Urteil in *Boumediene v. Bush* heraus – was sich deswegen anbietet, weil es im Unterschied zu vorangegangenen Verfahren die Unhintergebarkeit individueller Freiheitsrechte und damit die konträren Haltungen von Judikative und Exekutive besonders stark unterstrichen hat –, dann werden zweierlei Aspekte deutlich. Einerseits wird das Bemühen der Exekutive um Kompetenzerweiterung in Form einer völligen zeitlichen Suspendierung von *Habeas Corpus* erkennbar, andererseits jedoch auch das gegenteilige Bemühen der Judikative um unbedingten Grundrechtsschutz. Es ist die Judikative, die sich gegen die Exekutivexpansion verwehrt und die somit gegen die schleichende Aushöhlung demokratischer Prinzipien eintritt.

Betrachtet man zunächst das zentrale von der Regierung eingebrachte Argument, dann wird vor dem Hintergrund der latent omnipräsenten Feinderzählung des *War on Terror* deutlich, dass gerade die Figur des *unlawful enemy combatant* dazu dienen soll, eine Personenkategorie zu schaffen, die einer effizienten Verfolgung ausgesetzt werden kann, eben weil sie konsequent außerhalb des Rechts angesiedelt wird: „The Government contends that non-citizens designated as enemy combatants and detained in territory located outside our Nation’s borders have no constitutional rights and no privilege of habeas corpus.” (US-Supreme Court 2008: 8)

Diese radikale – weil sowohl grundsätzliche wie auch strukturelle – Infragestellung der Zuerkennung jeglicher Rechte in einer repräsentativen und durch eine repräsentative Demokratie bildet den Kern der Auseinandersetzung von Exekutive und Judikative. Während die Exekutive für sich die situative Definitionshoheit darüber beansprucht, wer wann durch die in der Verfassung und der *Bill of Rights* gewährten Schutzrechte profitieren soll oder eben nicht, argumentiert die Judikative strikt dagegen. Es könne nicht im Ermessen der Exekutive liegen, Zeiten, Orte, Rechtsinstitutionen oder Situationen zu bestimmen oder zu schaffen, in der erweiterte Exekutivkompetenzen den identitären Kern der US-amerikanischen Verfassung²⁶ – nämlich den Schutz der individuellen Freiheit vor staatlichen Übergriffen – unterminieren. Vielmehr gelte die Verfassung überall dort, wo die USA in der Lage seien, ihr auch zur Geltung zu verhelfen, was mit Blick auf die Situation der Inhaftierten in Guantanamo in die Unterscheidung von *de jure* und *de facto Souveränität* – verstanden als Rechtsbegriff – mündet:

„Accordingly, for purposes of our analysis, we accept the Government’s position that Cuba, and not the United States, retains *de jure* sovereignty over

26 Dieser bestand, wie das Gericht betont, auch schon vor der Implementierung der *Bill of Rights* und ist somit auch ohne diese, einzig und allein auf Grundlage des Verfassungstextes selbst, als Rechtsanspruch konstruier- und begründbar.

Guantanamo Bay. As we did in *Rasul*, however, we take notice of the obvious and uncontested fact that the United States by virtue of its complete jurisdiction and control over the base, maintains *de facto* sovereignty over this territory.“ (ebd.: 24 f.)

Für den Supreme Court zählt also nur die Tatsache, dass die Exekutive tatsächlich in der Lage ist, auch in Guantanamo amerikanisches Recht durchzusetzen. Sie ist damit immer auch an das Gesetz gebunden. In einer ideengeschichtlichen Abwägung dieser unbedingten Selbstbindung aller staatlichen Institutionen hat der Supreme Court in der Folge gegenüber dem Ansinnen der Exekutive auf eine situative Ausweitung ihrer Kompetenzen in seinem Mehrheitsurteil explizit darauf verwiesen, worin eigentlich der Zweck der amerikanischen Verfassung und der durch sie begründeten Institutionen bestehe:

„Security subsists, too, in fidelity to freedoms first principles. Chief among these are freedom from arbitray and unlawful restraint and the personal liberty that is secured by adherence to the separation of powers. It is from these principles that the judicial authority to consider petitions for habeas corpus relief derives.“ (ebd.: 69)

Und weiter:

„Because our Nation’s past military conflicts have been of *limited duration*, it has been possible to leave the outer boundaries of war powers undefined. If, as some fear, terrorism continues to pose dangerous threats to us for years to come, the Court might not have this luxury.“ (ebd.; Hervorhebung nicht im Original)

Durch die Betonung des Grundrechts auf Freiheit, das wenn immer möglich durch und gegen die Regierung zu garantieren ist, etabliert der Supreme Court eine gänzlich andere Sicherheitserzählung als die Exekutive. Sicherheit wird hier nicht nur auf materieller Ebene als die Abwendung von Gefahren adressiert, sondern gleichsam auch als normatives Prinzip demokratischen Regierens, in das alle Menschen *jederzeit* vertrauen können müssen. Nur durch die Aufrechterhaltung der Gewaltenteilung – und mit anderen Worten durch strikte Eindämmung der Expansionsbestrebungen der Exekutive – lässt sich Freiheit als normatives Leitprinzip der repräsentativen Demokratie nachhaltig aufrechterhalten.

Und so bleibt mit Blick auf *Boumediene v. Bush* der Befund, dass im Rahmen des *War on Terror* in der Folge von 9/11 auf Seiten der Exekutive – gemessen an früheren Fällen – ein exorbitant hohes Bedürfnis nach Kompetenzausweitungen be-

stand, um der Krise und ihren realen wie projizierten Folgen begegnen zu können. Diesem Bedürfnis, das einer manifesten Vorstellung von Sicherheit folgt, steht der Wille zur Ausbalancierung dieses Ansinnens in Form der Entscheidung des Supreme Courts entgegen, der letztlich auf eine komplexere Vorstellung von Sicherheit verweist. Basierend auf dieser Vorstellung verhindert die Judikative eine übermäßige Umverteilung von Kompetenzen innerhalb des politischen Systems und hält damit den Status quo der repräsentativen Demokratie aufrecht – was aber nicht heißen muss, dass damit dem Streben der Exekutive nach weiterer Kompetenzausdehnung ein endgültiger Riegel vorgeschoben wäre. „The laws and Constitution“, so hatte der Supreme Court zum Ende seines Mehrheitsurteils zwar geschrieben, „are designed to survive, and remain in force, in extraordinary times“ (US-Supreme Court 2008: 70) Indes steht zu befürchten, dass das Überleben der Gesetze und der Verfassung prekär bleiben wird. Denn das Ringen um Exekutivkompetenzen, wie es im Zusammenhang mit dem Dispositiv des Ausnahmezustandes zum Ausdruck kommt, wird sich im politischen Prozess fortsetzen.

5. Der Ausnahmezustand als Dispositiv demokratischen Regierens

In der historischen Querschnittsanalyse von Exekutivexpansionen in den Vereinigten Staaten lassen sich – auf Basis der hier besprochenen Fälle – drei Begründungsmuster identifizieren. Sie kehren als eine Art Metadimension von Legitimitäts Erzählungen der Exekutive in Ausnahmesituationen regelmäßig wieder und bestimmen damit die Topographie der Begründung von Ausnahmezuständen im amerikanischen Kontext maßgeblich. In der Zusammenschau wird so ein historisch immer wieder spezifisches, rational und strategisch indes überzeitliches Dispositiv demokratischen Regierens im Ausnahmezustand sichtbar. Ein Dispositiv erscheint, wie eingangs bereits ausgeführt, als ein gegenständlicher wie nicht gegenständliche Zusammenhang, als „ein entschieden heterogenes Ensemble, das Diskurse, Institutionen, architektonische Einrichtungen, reglementierende Entscheidungen, Gesetze, administrative Maßnahmen, wissenschaftliche Aussagen, philosophische, moralische oder philanthropische Lehrsätze, kurz: Gesagtes ebenso wie Ungesagtes umfasst“ (Foucault 2000: 119).²⁷

So enthält es die Begründungen und die sie umfassenden Plausibilisierungsversuche und Stimmungen für Exekutivexpansionen ebenso wie die damit einhergehenden Verwaltungsprozesse und Lagerbauten. Dabei werden konkrete Dispositive von Foucault als historisch spezifische begriffen, was aber nicht der hier behaupt-

27 Analog Foucault 2003: 392.

teten zeittranszendenten Wiederkehr von Dispositivkonstellationen – etwa in Form sich wiederholender Begründungsmuster von Ausnahmezuständen – widersprechen muss.

In der Rekonstruktion der Begründungen für Ausnahmezustände ist zunächst, als ältestes Element dessen, was in der Krise demokratischen Regierens gesagt werden darf, gar gesagt werden muss, die Schaffung einer *Situation der Äußerlichkeit* zu nennen. Die Begründung der Notwendigkeit ausgeweiteter Exekutivkompetenzen basiert ganz fundamental auf der Konstruktion beziehungsweise der Identifikation eines mit Blick auf die eigene Verfassungsordnung als außenstehend konstruierten, individuellen oder kollektiven Akteurs. Dieser wird als in irgendeiner Art und Weise feindlich gegenüber der oder schädlich für die eigene politische Existenz ausgegeben. Um sich gegen die Handlungen dieses Akteurs zu wehren, bedarf es einer Expansion der Exekutivkompetenzen. Die Situation der Äußerlichkeit schafft damit eine Defensivsituation, die außergewöhnliche Praktiken als von außen erzwungen plausibilisiert und legitimiert. Die tatsächliche Normsuspendierung erscheint damit nicht als gewollte, sondern als erzwungene Praxis.

Zur Schaffung einer Situation der Äußerlichkeit tritt – erstmals mit *Korematsu v. United States* – die *explizite Freund-Feind-Unterscheidung* als weiteres Begründungsmuster hinzu. Explizit ist diese Unterscheidung, wenn konkrete Szenarien – etwa rassistische oder inkriminierende Attribute – mit dem Ziel angegeben werden, konkrete Emotionen zu wecken, also etwa Angst zu schüren oder Hass zu verbreiten. Vom vorgenannten Begründungsmuster unterscheidet sie sich dadurch, dass zusätzlich zur Nicht-Identität des Anderen auch noch auf dessen – im pejorativen Sinne – Alterität hingewiesen wird. Der Andere ist im Rahmen einer solchen *Angstpolitik* eben nicht der zufällige Gegner, sondern der existenzielle Feind. Die Notwendigkeit seiner Vernichtung – zumindest jedoch seiner nachhaltigen Abwehr – transportiert im Subtext, dem die Vorstellung einer erfolgreichen Abwehr der Gefahr zugrunde liegt, ferner die angestrebte Einmaligkeit der Normsuspendierung – also ihre vermeintliche Exzeptionalität. Im Zusammenhang mit *Boumediene vs. Bush* wird nach 9/11 diese *Situation der Äußerlichkeit* mit dem Verweis auf den *War on Terror* insofern noch einmal zugespitzt, als sie auf Dauer gestellt und nicht mehr notwendig terminiert werden muss.

Und schließlich besteht eine durchgängige Begründungspraxis in Verbindung mit der Legitimierung von repräsentativ-demokratischem Regierungshandeln in Ausnahmesituationen in dem, was sich als *Effizienzpostulat* bezeichnen ließe. Der Normalzustand wird wegen seiner Einhegung durch die verfassungsmäßigen Rechtsbestimmungen als umständlich und retardierend angesichts der zu bewältigenden Krise beschrieben. Die Normalität der Rechtsgeltung – Kernbestand des legalen

Legitimitätsglaubens – wird vorgeblich zugunsten einer schnelleren, besseren Problemlösungsfähigkeit der Exekutive aufgegeben. Dass jedoch im Rahmen dieses Effizienzpostulats letztlich die Normalität der Rechtsgeltung für eine Suspendierung genau dieser Rechtsgeltung nachgerade geopfert wird, und dass also Recht gegen Nicht-Recht getauscht wird, findet in der Legitimitätserzählung – außer etwa im Minderheitsvotum von Justice Murphy – nur am Rande Erwähnung.

Wiederkehrende Begründungen für die Implementierung und Legitimierung von Ausnahmezuständen erweisen sich damit nicht nur als im Laufe der Geschichte der amerikanischen Demokratie notwendig, ihnen wohnt offenkundig eine gewisse Zeitlosigkeit inne, die sie als Dispositiv demokratischen Regierens im Ausnahmezustand beschreibbar macht. Denn ihre grundlegenden, topographischen Strukturen verändern sich im amerikanischen Fall über die Zeit betrachtet kaum. Auch scheint sich die westliche Demokratie ganz allgemein – gemessen am amerikanischen Beispiel – bislang kaum vom *Reiz des Außergewöhnlichen* emanzipiert zu haben, geschweige denn emanzipieren zu wollen. Denn zur nachhaltigen Mobilisierung von Ressourcen zur Krisenintervention benötigt sie im 19. wie im 21. Jahrhundert Ausnahmekompetenzen in den Händen der Exekutive. Im Unterschied zum 19. verfügt der Regierungsapparat des 21. Jahrhunderts jedoch über massiv gesteigerte technische Mittel für die Vermittlung einer spezifischen Legitimitätserzählung, so dass sich die eingangs erwähnte, argumentativ situierte Schwelle vom Demokratischen zum Nicht-Demokratischen immer weiter ausdehnen und damit letztlich die Demokratie korrumpieren könnte. Dies mag auf den Befund hindeuten, dass sich das *alternate law der Demokratie*, also der Ausnahmezustand, als Indikator für eine nachhaltige Degenerierung der repräsentativen Demokratie selbst verstehen ließe.

Literatur

- Agamben, Giorgio*, 2004: Ausnahmezustand. Homo Sacer II.1, Frankfurt a. M.
- Agamben, Giorgio*, 2008: Was ist ein Dispositiv? Aus dem Italienischen von Andreas Hiepko, Zürich/Berlin.
- Aoláin, Fionnuala ní/Gross, Oren*, 2006: Law in Times of Crisis. Emergency powers in theory and practice, Cambridge/New York.
- Bradley, Curtis A.*, 2008: The Story of Ex parte Milligan: Military Trials, Enemy Combattants and Congressional Authorization, in: Christopher Schroeder/Curtis A. Bradley (Hrsg.), Presidential Power Stories, ohne Ort.

- Bush, George W.*, 2001 a: Address to the Nation, 11.9.2001, <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010911-16.html> (Stand: 1.1.2012).
- Bush, George W.*, 2001 b, Military Order: Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, 13.11.2001, Washington D.C.
- Coleman, Elisheva R.*, 2005: Call it Peace or Call it Treason: The Milligan Case and the Meaning of Loyalty in the Civil War, Princeton.
- Foucault, Michel*, 2000: Dispositive der Macht. Über Sexualität, Wissen und Wahrheit, Berlin (2. Aufl.).
- Foucault, Michel*, 2003: Schriften in vier Bänden. Dits et Ecrits. Band III: 1976-1979. Herausgegeben von Daniel Defert und Francois Ewald unter Mitarbeit von Jacques Lagrange, Frankfurt a. M.
- Foucault, Michel*, 2007: Die Anormalen. Vorlesungen am Collège de France (1974-75), Frankfurt a. M.
- Frankenberg, Günther*, 2010: Staatstechnik. Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand, Frankfurt a. M.
- Geis, Anna*, 2008: Andere, Fremde, Feinde: Bedrohungskonstruktionen in der Demokratie, in: André Brodacz/Marcus Llanque/Gary S. Schaal (Hrsg.), Bedrohungen der Demokratie, Wiesbaden, 169-188.
- Greiner, Bernd*, 2011: 9/11. Der Tag, die Angst, die Folgen, München.
- Kean, Thomas u.a.* (Hrsg.), 2004: The 9/11 Commission Report. Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks upon the United States, New York.
- Klaus, Samuel*, 1970: The Milligan Case, New York.
- Lemke, Matthias*, 2010: Das alter ego der Souveränität. Zur Begründung von Normsuspensionen im Ausnahmezustand, in: Samuel Salzborn/Rüdiger Voigt (Hrsg.), Souveränität. Theoretische und ideengeschichtliche Reflexionen, Stuttgart, 83-102.
- Lemke, Matthias*, 2011: Das alternate law der Demokratie. Begründungspraktiken für Ausnahmezustände in den USA (1944) und Spanien (2010), in: Zeitschrift für Politik 58 (4), 369-392.
- Lincoln, Abraham*, 1861 a: Suspension of the Writ of Habeas Corpus Relating to the Events in Baltimore, Washington.
- Lincoln, Abraham*, 1861 b: Suspension of the Writ of Habeas Corpus Relating to the Events in Missouri, Washington.
- Niday, Jackson A.*, 2008: The War against Terror as War against the Constitution, in: Canadian Review of American Studies 38 (1), 101-117.
- President of the United States*, 1942 a: Executive Order 9066, Authorizing the Secretary of War to Prescribe Military Areas, 7 F.R. 1407, February 25, 1942.

- President of the United States*, 1942 b: Executive Order 9102, 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.
- President of the United States*, 1946: Executive Order 9742, Termination and Liquidation of the War Relocation Authority, 11 F.R. 7125, June 27, 1946.
- Rossiter, Clinton L.*, 1948: *Constitutional Dictatorship. Crisis and government in the Modern Democracies*, Princeton.
- Takezawa, Yasuko Iwai*, 1995: *Breaking the Silence. Redress and Japanese American Ethnicity*, Ithaca/London.
- Tredway, Gilbert*, 1973: *Democratic Opposition to the Lincoln Administration in Indiana*, Indianapolis.
- United States Statutes at Large*, 1792 a: First Militia Act, 2nd Congress, 1st Session, Chapter 28, 264-265.
- United States Statutes at Large*, 1792 b: Second Militia Act, 2nd Congress, 1st Session, Chapter 33, 271-274.
- United States Statutes at Large*, 1863: An act relating to Habeas Corpus and regulating Judicial Proceedings in Certain Cases, 37th Congress, 3rd Session, Chapter 81, 755.
- United States Statutes at Large*, 1950: Emergency Detention Act of 1950, 81st Congress, 2nd Session, Chapter 1024, 987-1031.
- United States Statutes at Large*, 1988: 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.
- US-Supreme Court*, 1861: *Ex parte Merryman* 17 F. Cas. 144 (1861).
- US-Supreme Court*, 1863: *Ex parte Vallandigham* 68 U.S. 243 (1863).
- US-Supreme Court*, 1866: *Ex parte Lambdin P. Milligan* 71 U.S. 2 (1866).
- US-Supreme Court*, 1942: *Ex parte Quirin* 317 U.S. 1 (1942).
- US-Supreme Court*, 1943: *Hirabayashi v. United States* 320 U.S. 81 (1943).
- US-Supreme Court*, 1944: *Korematsu v. United States* 323 U.S. 214 (1944).
- US-Supreme Court*, 2004: *Hamdi v. Rumsfeld* 542 U.S. 507 (2004).
- US-Supreme Court*, 2008: *Boumediene v. Bush* 553 U.S. 723 (2008).
- Winkler, Adam*, 2006: *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, in: *Vanderbilt Law Review* 59, 793-871 (UCLA School of Law Research Paper No. 06-14).

Korrespondenzanschrift:

Dr. Matthias Lemke
Institut für Politikwissenschaft
Helmut Schmidt Universität / Universität der Bundeswehr Hamburg
Holstenhofweg 85
22043 Hamburg
E-Mail: matthias.lemke@hsu-hh.de