

Tristan Barczak

Der nervöse Staat

Ausnahmezustand und Resilienz des Rechts
in der Sicherheitsgesellschaft

Mohr Siebeck

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einleitung	1

Erster Teil

Prolegomena

§ 1	Von der <i>Rights-of-Man</i> auf die <i>Bellipotent</i> : Eine literarische Spurensuche nach dem heutigen Verständnis des Ausnahmezustands	11
I.	Die tragische Geschichte vom „schönen Matrosen“	11
II.	Geschichten vom Ausnahmezustand als Zeitgeschichten	14
1.	Melvilles Ausnahmezustand	14
2.	Die Wandlung vom rechtlosen zum vergesetzlichten Ausnahmezustand	17
a)	Ausnahmerecht im Kontext unterschiedlicher Staatsverständnisse	17
b)	Eigengesetzlichkeiten gewandelter Bedrohungslagen – Gewandelte Gesetzmäßigkeiten des Ausnahmezustands	23
aa)	Das Risiko als handlungsaktivierendes „Noch-Nicht-Ereignis“	23
bb)	Die Ausnahme als aktivierte „Schon-Jetzt-Handlung“	34
§ 2	Methodisches Vorverständnis, Fragestellungen und Gang der Darstellung	47

*Zweiter Teil*Das Gesetz des Ausnahmezustands:
Theoretische Dekonstruktion

§ 3	Bestandsaufnahme	57
I.	Verloren – verdrängt – vergessen: Der Ausnahmezustand unter dem Grundgesetz	57
II.	Entgrenzt – enthemmt – entrechtlicht: Renaissance des Ausnahmezustands	61
	1. Denken vom Ausnahmezustand her	63
	2. Denken vom Normalzustand her	67
§ 4	Dilemmata zwischen Methodik und Dogmatik	72
I.	Definitiorische Defizite	74
II.	Begriffslogische Untiefen	83
III.	Politische Unbeherrschbarkeiten	85
IV.	Sicherheitsgesellschaftliche Verstärkungseffekte	91
V.	Wohin mit dem Ausnahmezustand?	93
§ 5	Paradoxien zwischen Normalität und Normativität	95
I.	Begriffsmerkmale des Ausnahmezustands	98
	1. Die „Ausnahme“ als Proprium des Ausnahmezustands	100
	a) Phänomenologie	102
	b) Funktionsweise	106
	aa) Deskriptive Funktion	108
	(1) Ein Begriff von Normalität	108
	(a) Normalität als „homme moyen“	109
	(b) Normalität als diskursabhängige idealisierte Wirklichkeit	112
	(2) Divergierende Normalitätserwartungen	116
	(a) Die Ausnahme als „das völlig Unberechenbare“	116
	(b) Die Ausnahme als diskursabhängige „negative Abweichung“	118
	bb) Normative Funktion	119
	2. Der „Zustand“ als Anachronismus des Ausnahmezustands	121
	a) Transitorische Ursprungsweise	122
	b) Transformation zu einem potentiell dauerhaften Element der Rechtsordnung	125
	3. Zusammenfassung	129
II.	Möglichkeiten und Grenzen einer rechtlichen Disziplinierung des Ausnahmezustands	130

1. Herrschaft des Rechts contra Herrschaft der Tatsachen	130
2. Staat contra Recht	132
a) Der Staat als Prä des Rechts	134
aa) Die staatliche Existenz vernichtet im Ausnahmefall die Rechtsnorm: <i>Carl Schmitt</i>	134
bb) Das Gesetz tritt gegenüber Augenblicks- notwendigkeiten zurück: <i>Hermann Heller</i>	135
b) Der Staat ist stärker als sein Recht, doch die Not verleiht kein Recht, das Recht zu brechen: <i>Gerhard Anschütz</i> und <i>Richard Thoma</i>	139
c) Der Staat als Spiegelbild des Rechts	142
aa) Der Ausnahmezustand ist rechtlich unfassbar: <i>Hans Kelsen</i>	142
bb) Mit dem Ausnahmezustand kann jeder regieren: <i>Hugo Preuß</i>	146
3. Ausklammerung contra Institutionalisierung	149
a) <i>Extra-legal-approach</i> : Der Ausnahmezustand als Negation des Normativen	149
aa) Theoretische Konzeption	151
(1) Der Ausnahmezustand als säkularisiertes Wunder: die theologische Analogie <i>Carl Schmitts</i>	152
(2) Der Ausnahmezustand als widernormatives Lager: die rechtliche Anomie <i>Giorgio Agambens</i>	162
bb) Normative Konsequenzen	167
b) <i>Intra-legal-approach</i> : Der normativ gezähmte Ausnahmezustand	170
aa) Normative Geschlossenheit	170
bb) Intra-rechtliche Modelle der Krisenbewältigung	172
(1) „Die Notbremse zieht man nie in diesem Land, auch wenn man in Not ist“: das <i>Business</i> <i>as usual-Modell</i>	173
(a) Monistische Konzeption	173
(b) Kritik	177
(2) „Darauf man ohne Mast, Kompaß, Seegel, Ruder und Steuermann nicht fortkommen, noch den rechten Hafen erreichen kann“: die <i>Models</i> <i>of accomodation</i>	180
(a) Dualistische Konzeption	180
(b) Kritik	184
4. Recht contra Moral	186
a) Verrechtlichungsverbot	186
b) Solidarisierungsgebot	188
5. Ausnahmezustand contra Ausnahmezustand	190

III. Standpunkt der vorliegenden Studie	192
1. Das geltungstheoretische Argument	193
a) Regelhaftigkeit der Ausnahme	195
b) Antizipierbarkeit der Ausnahme	196
c) Legitimatorische Wirkung der Ausnahme	201
2. Das Legalismus-Argument	204
IV. Zusammenfassung	207

Dritter Teil

Der Ausnahmezustand als Gesetz: Historische Rekonstruktion

§ 6 Verrechtlichung: Die Konstitutionalisierung des Ausnahmezustands	211
I. Der Ausnahmezustand in der römischen Republik	214
1. Die Altdiktatur	216
2. Der letzte Senatsbeschluss	221
3. Die Erklärung zum Staatsfeind	223
II. Das englische <i>Martial law</i>	224
1. Maßgebliche Prinzipien	226
2. Rechtliche Grundlagen	229
3. Fortschreitende Verrechtlichung und Vorverlagerung des Ausnahmezustands	231
III. Der französische <i>État de siège</i>	233
1. „Es ist offensichtlich der Wille des Volkes, dass der Staat nicht zugrunde geht“ (<i>Rousseau</i>)	234
2. Der Belagerungszustand: <i>réel, politique, fictif</i>	235
3. Konstitutionalisierung	237
a) Napoleonische Konsultatsverfassung (1799)	237
b) <i>Charte Constitutionnelle</i> (1814)	238
c) Verfassung der Zweiten Republik (1848)	239
IV. Die Entwicklungsstufen in Deutschland bis zur Weimarer Reichsverfassung	241
1. Das Notverordnungsrecht im deutschen Frühkonstitutionalismus	241
a) Verfassungsrechtliche Struktur	241
b) Verfassungswirklichkeit	244
2. Der Reichsausnahmezustand der Paulskirchenverfassung	246
a) Hintergründe	246
b) Verfassungsrechtliche Struktur	247
3. Die Verrechtlichung des Ausnahmezustands in Preußen	249
a) Monarchisches Prinzip	250

b) Das Gesetz über den Belagerungszustand vom 4.6.1851 . . .	252
4. Der Kriegszustand der Bismarck'schen Reichsverfassung . . .	256
a) Zwischen juristischer Mobilmachung und Militärdiktatur . . .	256
b) Die Kriegsnotgesetzgebung: Fortschreitende Verrechtlichung und Vorverlagerung des Ausnahmestands	261
V. Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten	266
1. Art. 48 Abs. 2 WRV im Gesamtkontext der Verfassung	267
2. Ausnahmestand ohne Ausnahme	271
3. Verfassungsdurchbrechung contra Unantastbarkeit der Verfassung: Der Streit um die Grenzen der Diktaturgewalt . .	275
4. Was dem Schutz der Republik zu dienen bestimmt war, kehrt sich gegen sie: Von der Diktatur- zur Führergewalt . . .	279
VI. Die Vollendung der Verrechtlichung?	285
1. Das Grundgesetz und sein Bestreben einer perfektionierten Notstandsverfassung	285
2. Verfassungsrechtliche Lücken als Vergesetzlichungsimpuls . .	289
§ 7 Vergesetzlichung: Die Entkonstitutionalisierung des Ausnahmestands	291
I. Vorüberlegungen	291
II. Polizeilicher Notstand	294
1. Notrechtliche Grundlagen und positivistisches Residuum des Ausnahmestands	294
2. Richterrechtliche Konkretisierung	298
3. Gesetzliche Fixierung	299
III. Ausnahmeverordnunggebung	300
1. Die Notverordnung als „Maßnahme“	302
2. Der Gesetzescharakter der „Notverordnung“	305
3. „Maßnahme = Notverordnung = Gesetz“	306
IV. Ausnahmegesetzgebung	308
1. Die Republikschutzgesetzgebung: Prävention gegen antirepublikanische Handlungen und Äußerungen	309
2. Die Ermächtigungsgesetzgebung: Delegation der Rechtssetzungsbefugnis an die Exekutive	311
3. Die Maßnahmegesetzgebung: Subordination des Mittels unter den Zweck	314
V. Terrorismusbekämpfungsgesetzgebung	320
1. Ausnahmegesetzgebung im „Deutschen Herbst“	321
a) Stationen	324
b) Kritik der Vergesetzlichung	326
2. Ausnahmegesetzgebung im „Türkischen Herbst“	329
a) Stationen	331

b) Kritik der Vergesetzlichung	335
3. Ausnahmegesetzgebung im „Französischen Herbst“	336
a) Stationen	340
b) Kritik der Vergesetzlichung	345
VI. Zusammenfassung	348

Vierter Teil

Antizipierter Ausnahmezustand: Der Ausnahmezustand im Staat der Sicherheitsgesellschaft

§ 8 Evolutionäre Dimension	353
I. Der „neue, moderne Aspekt des Ausnahmezustands“: Möglichst frühzeitige Abwendung der Krise im Voraus	354
II. Der Ausnahmezustand im „präventiv orientierten Staat“	357
§ 9 Begriff und Funktion	364
I. Antizipation als Wesensmerkmal des Präventions- und Vorsorgestaats	368
II. Funktionslosigkeit des reaktiv-temporären Ausnahmezustands	376
III. Doppelte Antizipation als Wesensmerkmal des permanent- vergesetzlichten Ausnahmezustands	384
1. Tatbestandsebene	384
2. Rechtsfolgende	389
§ 10 Grundlagen und Struktur	391
I. Das Präventionsdogma der Ausnahme	393
1. Der polizeiliche Charakter des Ausnahmezustands	393
2. Der Vorsorgecharakter des Ausnahmezustands	400
a) Etappen der Entwicklung	401
aa) Rechtspraktische Ausweitung und Vorverlagerung	405
bb) Interpretatorische Entpolizeilichung	411
b) Das grundgesetzliche System aus Prävention und Vorsorge	419
3. Zusammenfassung: Auf Dauer angelegte Prävention statt zeitlich begrenzter Reaktion	422
II. Die Herabzonung und Verstetigung der Ausnahme	423
1. „Stunde der Legislative“: Das Gesetz als Funktionsmodus des antizipierten Ausnahmezustands	423
a) Gesetz oder Maßnahme: Die Handlungsform des antizipierten Ausnahmezustands	424
b) Gesetz und Verfassung: Die Regelungsebene des antizipierten Ausnahmezustands	437

2. Normalisierung des Ausnahmezustands	443
3. Denormalisierung des Normalzustands	447
III. Zwischenergebnis: Ausnahmezustandsvorsorge als Ausnahmezustand	450
§ 11 Parameter und Phänomenologie	453
I. Die Trennlinie zwischen der sicherheitsrechtlichen Normal- und Ausnahmelage	458
1. Methodische Vorüberlegungen	458
a) Verortung des Straf- und Strafverfahrensrechts	459
b) Erfordernis einer bereichsspezifischen Dogmatik der Normallage	462
2. Polizeirechtliche Gefahr und Verantwortlichkeit als Ausgangspunkt	464
a) Rechtsstaatliche Reduktion des materiellen Polizeibegriffs	466
b) Normalitätserwartungen des Sicherheitsverfassungsrechts	477
aa) Die Verteilung von Freiheit und Sicherheit unter Ungewissheitsbedingungen	477
bb) Der Gefahrbegriff als indisponibler Normalpunkt rechtsstaatlicher Konkordanz von Freiheit und Sicherheit	480
(1) Polizeirecht als konkretisiertes Verfassungsrecht	480
(2) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als verfassungs- immanente Maßstabsnorm für die Unterscheidung zwischen Normal- und Ausnahmezustand	485
3. Unterscheidung von informationellen und aktionellen Befugnisnormen als Weichenstellung	496
a) Das Stufenverhältnis von Gefahraufklärung und Gefahrbeseitigung an der Schnittstelle von Prävention und Repression	497
b) Die Vermutung zugunsten der reaktiven Gefahrenabwehr als Regelfall präventiver Sicherheitsgewährleistung	517
aa) Das Moment rechtsstaatlichen Abwartenkönnens	518
bb) Der sicherheitsrechtliche Trend zur permanenten Alarmbereitschaft	520
(1) Die „drohende Gefahr“ als Grenzgang zwischen Normal- und Ausnahmepolizeirecht	521
(2) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als „rechtsstaatlicher Überspannungsschutz“	528
4. Ausnahmezustandsvorsorge als Telos	529
a) Nichtalltägliche Bedrohung für ein hochrangiges Schutzgut	530
aa) Rechtsgutsbezogene Sichtweise	531

bb) Kleiner und großer antizipierter Ausnahmezustand . .	538
b) Hochgradiger Eingriff in grundlegende Freiheitssphären .	542
aa) Bemessung der Eingriffsintensität	542
bb) Besondere Grundrechtssensibilität aktioneller Vorfeldbefugnisse	544
c) Rechtstechnische Reaktivierung hoheitlicher Freund- Feind-Unterscheidung im Wege personaler Risikovorsorge	545
aa) Feindrecht im Rechtsstaat?	546
bb) Subjektivierung des Sicherheitsrechts	548
(1) Entindividualisierung der Prognose	548
(2) Entkonkretisierung des Eingriffsanlasses	551
(3) Entdifferenzierung und Entrelationierung der Verantwortlichkeit	553
(a) Die Unterscheidung der „Gefährlichen“ von den „Ungefährlichen“: personale Risikovorsorge im Gefüge des allgemeinen Gefahren- abwehrrechts	553
(b) Die Unverzichtbarkeit objektiver Anhaltspunkte: Grenzen eines präventiven Gefährderrechts	557
(c) Zwischenergebnis	559
II. Regelbeispiele des Ausnahmerechts	562
1. Methodische Vorüberlegungen	562
2. Anordnungsebene: Hergebrachte Ausnahmezustands- befugnisse	563
a) Materiell-vergleichender Zugang	563
b) Typologie	570
aa) Ausgangssperren, Versammlungsverbote, Sicherheitszonen	570
bb) Präventivhaft, Internierung, Konfinierung	574
cc) Ausbürgerung und Ausweisung	583
3. Vollstreckungsebene: Militarisierung der präventiven Sicherheitsordnung	594
a) Polizeitypische Bewaffnung als rechtsstaatlicher Normalpunkt polizeilicher Zwangsanwendung	594
b) „Besondere Waffen“ für polizeiliche Sonderlagen	598
III. Zusammenfassung	600

Fünfter Teil

Resilienz des Rechts:

Rigidität und Flexibilität der Verfassung in Krisenzeiten

§ 12	Resilienz als Merkmal des Rechts	605
I.	Der Begriff der Resilienz	606
II.	Resilienz als normatives Konzept	612
§ 13	Rigidität <i>de constitutione lata</i> : Die Verfassungswidrigkeit des antizipierten Ausnahmezustands	619
I.	Die Trennlinie zwischen Ausnahme- und Normallage als verfassungskräftige Distinktionsentscheidung	619
II.	Ansätze zur Auflösung des Dilemmas	622
	1. Ausnahmezustand als Normalzustand	622
	2. Ausnahmezustand als Generalklausel	623
	3. Ausnahmezustand als Staatsnotrecht	625
§ 14	Flexibilität <i>de constitutione ferenda</i> : Ein Modell zu Rekonstitutionalisierung des vergesetzlichten Ausnahmezustands . .	630
I.	Der „Spannungsfall“: Art. 80a GG als verfassungstextliche Blaupause der Notstandsverfassung	632
	1. Regelungsgehalt und -technik	634
	a) Voraussetzungen des Feststellungsbeschlusses	634
	b) Verfahrensrechtliche Sicherungen	638
	c) Vorratsgesetzgebung zur Notstandsvorsorge	640
	2. Interpretatorische Aktivierung im Kontext der Terrorismusbekämpfung?	644
II.	Die „Gesetzesbereitschaft“: Art. 80b GG als zeitgemäße Fortschreibung des Ausnahmeverfassungsrechts	649
	1. Einführung und Entwurf	649
	2. Erläuterungen	652
	a) Gegenstand und Voraussetzungen der Gesetzes- bereitschaft (Absatz 1)	652
	aa) Politische Krisenprognose	652
	bb) Bundesverfassungsrechtliche Anwendungssperre für Landesrecht	655
	cc) Vollkonstitutionalisierung und lückenlose Parlamentarisierung des vergesetzlichten Ausnahmezustands	657
	dd) Verbot des normativen „Nachrüstens“ im laufenden Ausnahmezustand	658
	b) Verfahren und Form der Feststellung (Absatz 2)	660

aa) Zweidrittelmehrheit	660
bb) Initiativrecht	660
cc) Zustimmung des Bundesrats	661
dd) Publizierung des Feststellungsbeschlusses	662
c) Beendigung der Gesetzesbereitschaft (Absatz 3)	663
d) Evaluationsklausel (Absatz 4)	667
3. Rechtsfolge: Entsperrung des in Normalzeiten gesperrten Ausnahmereichs.	670
Zusammenfassung der Ergebnisse	673
Literaturverzeichnis	685
Personen- und Sachverzeichnis	815