



# Berliner Online-Beiträge zum Völker- und Verfassungsrecht

Beitrag Nr. 1/10  
online seit 16.04.10

*Heike Krieger:*

## Notstand und gewaltenteilende Staatsstrukturen: eine rechtsvergleichende Perspektive

herausgegeben von  
**Univ.-Prof. Dr. Heike Krieger**

Dieser Beitrag erschien auch in: E. Klein (Hrsg.), Gewaltenteilung und Menschenrechte, 2. Aufl., Berlin 2010

Zitiervorschlag:

Krieger, Die Haltung europäischer Gerichte zu Sicherheitsfragen - Kontrolldichte und richterliche Zurückhaltung in Entscheidungen von EGMR und EuGH, in: Krieger, Berliner Online-Beiträge zum Völker- und Verfassungsrecht Nr. 1/2009, ...

Dieser Aufsatz unterliegt dem Schutz des Urheberrechts und anderer Schutzgesetze. Er darf nicht zu kommerziellen Zwecken kopiert, verbreitet, verändert oder Dritten zugänglich gemacht werden

## I. Notstand als Stunde der Exekutive?

Der Notstand ist die Stunde der Exekutive. Dieser Satz fasst die These zusammen, dass im Fall des Notstands eine Konzentration staatlicher Machtmittel bei der Exekutive unvermeidlich sei.<sup>1</sup> Notstandssituationen verlangen schnelles und entschiedenes Handeln. Der Effizienzgedanke prägt das Bild des einzelnen durchsetzungsfähigen Entscheidungsträgers, der alle erforderlichen Maßnahmen zur Wiederherstellung der staatlichen Ordnungen zu treffen und durchzusetzen vermag. Dieses Bild steht in einem Spannungsverhältnis zum gewaltenteilenden System im demokratischen Verfassungsstaat, das durch komplexe Verfahren ein System gegenseitiger Kontrolle aufbaut.<sup>2</sup> Die Konzentration exekutiver Machtbefugnisse im Notstand trifft das Konzept Montesquieus<sup>3</sup> von einer rechtsstaatlichen Freiheit, die durch die Gewaltenteilung gewährleistet wird, in seinem Kern. Der US Supreme Court hat diesen Gedanken im Fall *Hamdi* im Sommer 2004 unmissverständlich und scharf den Behauptungen des amerikanischen Präsidenten entgegengestellt, im Ausnahmezustand sei die Inhaftierung sog. „enemy combatants“ der gerichtlichen Kontrolle entzogen: „Wir haben schon vor langer Zeit klargestellt, dass der Kriegszustand kein Blankocheck für den Präsidenten ist, wenn es um die Rechte amerikanischer Staatsbürger geht. ... (D)ie Verfassung sieht für jeden Fall eine Rolle für alle drei Gewalten vor, wenn die Freiheit des Einzelnen betroffen ist. Es war fundamentale Erkenntnis der Verfassungsväter, daß in unserem politischen System die Teilung der Herrschaftsgewalt in drei abgestimmte Zweige für die Aufrechterhaltung der Freiheit wesentlich ist.“<sup>4</sup>

Auch im Notstand erfordert ein wirksamer Schutz der Menschenrechte eine wesentliche Rolle für Legislative und Judikative. Zwar ist im Notstand ein Zuwachs an exekutiven Befugnissen erforderlich. In demokratischen Verfassungsstaaten läßt sich aber eine Entwicklung beobachten, auch in einer solchen Situation immer stärker an der gewaltenteilenden Kontrolle festzuhalten.

Unter dem Begriff Notstand ist dabei eine Situation zu verstehen, in der so erhebliche Gefahren für den Bestand eines Staates, seine Sicherheit und seine Rechtsordnung bestehen,

---

<sup>1</sup> H. Maurer, Staatsrecht I, 5. Aufl., 2007, § 5 Rdnr. 17.

<sup>2</sup> J. Ferejohn/P. Pasquino, The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers, in: International Journal of Constitutional Law 2 (2004), S. 210.

<sup>3</sup> C. Montesquieu, De l'Esprit des Lois, 11. Buch, 6. Kapitel; dt. Nachdruck, Vom Geist der Gesetze, Stuttgart 2003; zum Einfluß der Werke Montesquieus auf die amerikanischen Verfassung: A. Cohler, Montesquieu's Comparative Politics and the Spirit of American Constitutionalism, 1988, insb. S. 148-169; zu den grundlegenden Veränderungen im Verfassungsstaat seit Montesquieu: R. Herzog, in Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, München, Art. 20 Abschn. V Rdnr. 19ff.

<sup>4</sup> „We have long since made clear that a state of war is not a blank check for the President when it comes to the rights of the Nation's citizens. ... (T)he United States Constitution ... most assuredly envisions a role for all three branches when individual liberties are at stake... (it was "the central judgment of the Framers of the Constitution that, within our political scheme, the separation of governmental powers into three coordinate Branches is essential to the preservation of liberty")... Likewise, we have made clear that, unless Congress acts to suspend it, the Great Writ of habeas corpus allows the Judicial Branch to play a necessary role in maintaining this delicate balance of governance, serving as an important judicial check on the Executive's discretion in the realm of detentions.”; *Hamdi et. al. v. Rumsfeld, Secretary of Defence, et. al.*, 542 U.S. 507 (2004); im internet unter: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&navby=c&case&vol=000&invol=03-6696> (zuletzt besucht am 15.2.2010); siehe zu dem Urteil: J. Martinez, *Hamdi v. Rumsfeld*. 124 S.Ct. 2633, in: *AJIL* 98 (2004), S. 782ff. (785); M. Tushnet, Afterword: The Supreme Court's 2004 Decisions, in: M. Tushnet (Hrsg.), *The Constitution in War Time*, 2005, S. 249ff. (251ff.).

daß deren Beseitigung mit den Mitteln, die im Normalfall zur Verfügung stehen, nicht mehr möglich ist.<sup>5</sup> Der Beitrag will die Entwicklung weg von einer Durchbrechung der Gewaltenteilung im Notstand anhand eines Vergleichs der Verfassungen Deutschlands, Frankreichs, der USA und des Vereinigten Königreichs aufzeigen. Im Anschluss an die vergleichende Analyse der Verfassungen gilt es, sich mit zwei Einwänden auseinanderzusetzen: 1. die Einbeziehung der Legislative und der Judikative ermögliche keine effiziente Kontrolle von Notstandsmaßnahmen; 2. die Verfassungsstaaten hielten an der gewaltenteilenden Reaktion auf den Notstand nur deshalb fest, weil sie die wirkliche, d.h. die unvorhersehbare Ausnahmesituation verdrängen. Letztlich sei die Ausnahmesituation nicht normierbar. In einem letzten Schritt bleibt dann die Frage, ob die gewaltenteilende Bewältigung des Notstands durch Gesetze nicht zum Paradoxon des normalisierten Notstands führt.

## **II. Der eingehegte Notstand: Notstandsregelungen in den Verfassungen der Demokratien im transatlantischen Raum**

Die untersuchten Verfassungen gefestigter Demokratien im transatlantischen Verfassungsraum zeigen unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung vier graduell unterschiedliche Muster der Bewältigung von Notstandssituationen: 1. Die Durchbrechung der Gewaltenteilung in Frankreich; 2. das Werden eines gewaltenteilenden Notstandssystems im Vereinigten Königreich; 3. gewaltenteilende Staatsstrukturen mit exekutivem Schwerpunkt in den USA und 4. eine ausgeprägt gewaltenteilende Notstandsverfassung in Deutschland.<sup>6</sup> Gemeinsam ist den betrachteten Staaten, dass sie das ordentliche gewaltenteilende Regierungssystem modifizieren. Die Modifikation bedarf einer ausdrücklichen oder immanenten Verfassungsgrundlage. Es kommt immer zu einer Erweiterung der Befugnisse der Exekutive im Verhältnis zu den anderen Gewalten. Der Umfang der übertragenen Kompetenzen ist allerdings unterschiedlich ausgestaltet ebenso wie die Frage, wer über den Notstand entscheidet und wie die verbleibenden Kontrollmöglichkeiten durch Legislative und Judikative ausgebildet sind.<sup>7</sup> Dabei spiegeln die Notstandsregelungen die allgemeinen Verfassungsgrundsätze und Besonderheiten der Staaten wider. Sie fügen sich in die allgemeine Verfassungskultur ein und akzentuieren zugleich die Merkmale der gewaltenteilenden Staatsstrukturen der Normalverfassung. So verschärfen sich Kontrolldefizite unter der Normalverfassung in der Ausnahmesituation. Beispielsweise ist die Ausnahmestellung des französischen Präsidenten schon in der regulären Verfassung angelegt, deren Merkmale sich dann im Notstand potenzieren. Die zurückhaltende gerichtliche Kontrolle in den Vereinigten Staaten ist ebenfalls ein wiederkehrendes Merkmal der allgemeinen Verfassungsordnung.

### **1. Die Durchbrechung der Gewaltenteilung in Frankreich**

Frankreich ist ein Musterbeispiel für die Durchbrechung der Gewaltenteilung im Notstand. Artikel 16 der französischen Verfassung ermächtigt den Präsidenten, im Fall des Notstands alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Der Präsidenten kann handeln, ohne daß die

---

<sup>5</sup> E. Klein, Der innere Notstand, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, Heidelberg 1993, § 169 Rndr. 1; s. a. EKMR YB 12 (1969), § 153 - Griechenland;

<sup>6</sup> Siehe dazu auch H. Krieger, Streitkräfte im demokratischen Verfassungsstaat, (im Erscheinen), Kapitel 2 A II und Kapitel 7 B II.

<sup>7</sup> Zu den allgemeinen Merkmalen von Notstandsverfassungen: P. B. Heymann, Models of Emergency Powers, in: Israel Yearbook of Human Rights 33 (2003), S. 1ff. (4).

Zustimmung eines anderen Verfassungsorgans erforderlich wäre.<sup>8</sup> Der Premierminister und die Präsidenten der parlamentarischen Versammlung und des Conseil Constitutionnel haben nur ein Anhörungsrecht.<sup>9</sup> Der Präsident besitzt damit das Recht der Selbstinvestitur und nur er kann den Notstand für beendet erklären. Er ist nicht nur befugt, Grundrechte vorübergehend zu suspendieren, sondern auch gesetzgebende und rechtsprechende Funktionen auf sich oder andere Organe zu übertragen. Der Präsident ist damit während des Ausnahmezustandes nicht an die Kompetenzverteilung der Verfassung gebunden, so dass er aufgrund eigener Entscheidung vorübergehend über alle Befugnisse der drei Gewalten verfügen kann.<sup>10</sup> Angesichts der umfassenden Befugnisse findet sich in der französischen Staatslehre der Begriff „Dictature présidentielle“.<sup>11</sup>

Das Parlament kann im Ausnahmezustand keine Kontrollfunktionen gegenüber dem Präsidenten ausüben. Hierzu trägt seine ohnehin schwache Stellung nach der Verfassung der V. Republik bei.<sup>12</sup> Immerhin enthält Art. 16 Abs. 5 der französischen Verfassung ein ausdrückliches Verbot, während des Ausnahmezustandes die Nationalversammlung aufzulösen. Die Judikative gewährt in Krisenzeiten ebenfalls nur einen sehr begrenzten Rechtsschutz. Maßnahmen der Exekutive im Bereich der nationalen Sicherheit sind als *actes de gouvernement* grundsätzlich der gerichtlichen Kontrolle entzogen.<sup>13</sup> Auch wenn die französischen Gerichte mittlerweile unter Berufung auf die EMRK den Anwendungsbereich justizfreier Hoheitsakte zurückdrängen,<sup>14</sup> gilt wohl weiterhin, dass die Entscheidung des Präsidenten der Republik über das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 16 der Verfassung gerichtlich ebenso wenig überprüfbar ist<sup>15</sup> wie die angeordneten Maßnahmen selbst.<sup>16</sup> Einziges Kontrollmittel bietet das Hochverratsverfahren, wonach der Präsident seines Amtes enthoben werden kann, wenn er die Befugnisse aus Art. 16 der Verfassung missbräuchlich anwendet. Die verfassungsrechtlichen Notstandsregelungen sind bisher erst einmal im Algerienkrieg zur Anwendung gelangt.<sup>17</sup> Weder die Ausschreitungen im Jahr 1968 noch die nationale oder die internationale terroristische Bedrohung haben zu ihrer Anwendung geführt.

Neben Art. 16 der Verfassung gibt es weitere Rechtsinstitute des Ausnahmezustandes, die in der Verfassung oder einfach-gesetzlich geregelt sind. Bei den schweren Unruhen in den französischen Vorstädten im Jahr 2005 hat der Ministerrat den *Etat d'urgence* am 8. November 2005 verhängt. Es handelt sich beim *Etat d'urgence* um einen polizeilichen Ausnahmezustand, der vom Ministerrat beschlossen wird und vom Parlament spätestens nach

---

<sup>8</sup> *B. Chantebout*, *Droit constitutionnel et science politique*, 18. Aufl., 2001, S. 425, 542f.; *L. Favoreu/ P. Gaïa/ R. Ghevontian/ J.-L. Mestre*, *Droit constitutionnel*, 11. Aufl., 2008, S. 668ff.; *D. Turpin*, *Droit constitutionnel*, 2. Aufl., 2007, S. 533f.

<sup>9</sup> *R. Barillon*, *Dictionnaire de la Constitution*, *Les institutions de la Vieme République*, 4. Aufl., 1986, S. 20; *Favoreu/ Gaïa/ Ghevontian/ Mestre* (Anm. 8), S. 668ff.

<sup>10</sup> *A. Baring*, *Frankreichs legale Diktatur*, in: *JZ* 1961, S. 412; *M. Trotter*, *Ausnahmezustand im historischen und europäischen Rechtsvergleich*, 1997, S. 153.

<sup>11</sup> *Trotter* (Anm. 10), S. 151 m.w.N.

<sup>12</sup> *Trotter* (Anm. 10), S. 159f.

<sup>13</sup> *R. Chapus*, *Droit Administratif Général*, Bd. 1, 15. Aufl., 2001, S. 667f; *Turpin* (Anm. 8), S. 534; *G. Braibant/ B. Stirn*, *Le droit administratif français*, 5. Aufl., 1999, S. 275; *V. Schlette*, *Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich*, 1991, S. 83.

<sup>14</sup> Vgl. dazu *C. Raux*, *Acte de gouvernement et Convention européenne des droits de l'homme. Etude à partir de l'arrêt du Conseil d'Etat (Fr.), Comité contre la guerre en Irak du 30 décembre 2003*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2005, 864 ff.

<sup>15</sup> *H. Gerth*, *Der Staatsnotstand im französischen Recht*, 1968, S. 55; *Trotter* (Anm. 10), S. 161; *Turpin* (Anm. 8), S. 534; *Favoreu/ Gaïa/ Ghevontian/ Mestre* (Anm. 8), S. 669.

<sup>16</sup> *Trotter* (Anm. 10), S. 161.

<sup>17</sup> *Trotter* (Anm. 10), S. 154ff.

12 Tagen bestätigt werden muss.<sup>18</sup> Rechtsschutz besteht in Form des *recours pour excès de pouvoir*.<sup>19</sup> Der *Etat d'urgence* selbst verändert also die staatliche Gewaltenteilung nicht, sondern ermächtigt zu besonderen Einschränkungen der Freiheitsrechte, wie z.B. zu Versammlungsverboten und Aufenthaltsbeschränkungen.<sup>20</sup> In der Praxis ist es seit den sechziger Jahren in Frankreich bei einer gewaltenteilenden Kontrolle des Notstands geblieben.<sup>21</sup>

## 2. Ein gewaltenteilendes System im Werden: Das Vereinigte Königreich

Das Beispiel des Vereinigten Königreichs illustriert die Beobachtung am deutlichsten, daß zunehmend auch im Notstand gewaltenteilende Staatsstrukturen aufrechterhalten bleiben. Im Vereinigten Königreich vollzieht sich eine Wandlung von einer Bewältigung des Notstands unter Durchbrechung der Gewaltenteilung hin zu einem gewaltenteilenden Notstandssystem. Dieser Wandel beruht aber nur zum Teil auf der Einsicht, daß Notstandsbefugnisse der Regierung kontrolliert werden müssen. Er ist ebenso der grundlegenden Veränderung der britischen Verfassungskultur geschuldet, die wir gegenwärtig beobachten.<sup>22</sup>

### a) Die königliche Prerogative und Martial Law

Herkömmlich handelte die britische Regierung im Notstandsfall im Rahmen der königlichen Prerogative. Die königliche Prerogative bezeichnet die Gesamtheit gewohnheitsrechtlicher Kompetenzen, Privilegien und Immunitäten, die der Krone zustehen. Es handelt sich um einen Restbestand an Handlungsfreiheit der Krone, der aus dem *Common Law* hergeleitet wird. Die Regierung übt die Prerogativrechte ohne Einfluß parlamentarischer und mit nur geringer gerichtlicher Kontrolle aus.<sup>23</sup> Loewenstein hat die königliche Prerogative plakativ als „rechtliches Niemandsland“<sup>24</sup> bezeichnet. Seit den achtziger Jahren gilt zwar, daß die Prerogative grundsätzlich überprüfbar ist. Wesentliche Anwendungsfälle, vor allem weite Teile der nationalen Sicherheit, blieben aber zunächst weiter von der Überprüfbarkeit ausgeschlossen.<sup>25</sup> Im äußersten Fall enthält das *Common Law* auch eine Rechtsgrundlage für das Inkrafttreten des *Martial Law*, des Standrechts. Verhängt die Regierung *Martial Law*, treten Militärbehörden an die Stelle der Zivilbehörden, militärische Gerichte an die Stelle von zivilen. Das Militär kann ohne gesetzliche Schranken nach der gegebenen Sachlage vorgehen, um den Notstand zu beseitigen.<sup>26</sup> Nach überwiegender Ansicht der britischen Staatslehre ist die Verhängung von *Martial Law* heute nicht mehr möglich.<sup>27</sup>

<sup>18</sup> T. Stein, Grundrechte im Ausnahmezustand, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, 2004, § 24 Rdnr. 92.

<sup>19</sup> Siehe dazu allgemein Schlette (Anm. 13), S. 73-94.

<sup>20</sup> Trotter (Anm. 10), S. 173f.

<sup>21</sup> Vgl. Ferejohn/Pasquino (Anm. 2), S. 216.

<sup>22</sup> Siehe dazu J. Jowell/D. Oliver, The Changing Constitution, 6. Aufl., 2007.

<sup>23</sup> K. Loewenstein, Staatsrecht und Staatspraxis von Großbritannien, Bd. II, 1967, S. 114f.; F.-C. Zeitler, Verfassungsgericht und völkerrechtlicher Vertrag, 1974, S. 56.

<sup>24</sup> Loewenstein (Anm. 23), S. 115.

<sup>25</sup> Siehe vor allem: *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1984] 3 All E.R. 935. Im Bereich der Verteidigung ist auch die Haftung der Krone nach § 11 des *Crown Proceedings Act 1947* ausgeschlossen.

<sup>26</sup> A. W. Bradley/K. D. Ewing, Constitutional and Administrative Law, 14. Aufl., 2007, S. 632; J. Alder, Constitutional and Administrative Law, 7. Aufl., 2009, S. 461; D. L. Keir/F. H. Lawson, Cases in Constitutional Law, 6. Aufl., 1975, Kapitel III C.

<sup>27</sup> Bradley/Ewing (Anm. 26), S. 632; siehe schon Loewenstein (Anm. 23), S. 377.

## b) Die Entwicklung zum gewaltenteilenden System

Seit dem ersten Weltkrieg ist die königliche Prerogative in Fragen nationaler Sicherheit allerdings schrittweise erheblich eingeschränkt worden. Nach der gegenwärtigen Praxis überträgt das Parlament der Regierung Befugnisse durch temporäre oder dauerhafte Gesetzgebung.<sup>28</sup> Hierzu zählt z.B. einerseits der *Emergency Powers Defence Act* von 1939 für den äußeren Notstand, andererseits der *Emergency Powers Act* von 1920, erweitert 1964, für den inneren Notstand. In den Gesetzen überträgt die Legislative der Regierung zwar weitreichende Befugnisse, im Notstandsfall auf dem Verordnungswege zu regieren, hält aber an der parlamentarischen Kontrolle fest.<sup>29</sup> Nach dem *Emergency Powers Act* muß das Parlament in der Regel sofort von einem Notstand, den die Regierung verhängen will, unterrichtet werden und gegebenenfalls innerhalb einer bestimmten Frist zusammentreten. Die weitgefaßten gesetzlichen Ermächtigungen sind weitgehend an die Stelle der nachträglichen Indemnitätsgesetze getreten, mit denen das Parlament die ergriffenen Maßnahmen nachträglich für strafrechtlich und zivilrechtlich unverfolgbar erklärt hatte.<sup>30</sup>

Entscheidend sind die Veränderungen der Grundsätze der gerichtlichen Kontrolle im Vereinigten Königreich. Selbst nach Inkrafttreten des *Human Rights Acts* haben die Gerichte unter Berufung auf Grundsätze der Gewaltenteilung Maßnahmen der nationalen Sicherheit zunächst nur zurückhaltend überprüft. So hat der Lordrichter Hofmann im Fall *Rehman* im Jahr 2003 ausgeführt, daß zwar der Begriff der „nationalen Sicherheit“ gerichtlich überprüfbar sei, nicht aber die Frage, ob Maßnahmen im Interesse der nationalen Sicherheit erforderlich seien.<sup>31</sup> Demgegenüber legen andere Gerichtsentscheidungen seit Inkrafttreten des *Human Rights Acts* unter Einräumung von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen eine größere Kontrolldichte an.<sup>32</sup> Ein klares Bekenntnis zu umfassender gerichtlicher Kontrolle enthält der Fall *A.v. Secretary of State* aus dem Dezember 2004,<sup>33</sup> der im Februar 2009 vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte bestätigt worden ist.<sup>34</sup> Gegenstand war die Rechtmäßigkeit der britischen Derogation von Art. 15 EMRK, wonach von Art. 5 EMRK abgewichen werden müsse, um die zeitlich unbefristete Inhaftierung mutmaßlicher Terroristen, die nicht ausgewiesen werden können, zu rechtfertigen. Die Mehrheit der Lordrichter hat die Annahme, es sei allein Aufgabe von Parlament und Regierung, die Erforderlichkeit von Maßnahmen zum Schutz der nationalen Sicherheit zu beurteilen, zurückgewiesen. Die Lordrichter haben zwar das Vorliegen eines Notstands bestätigt, die

<sup>28</sup> *Bradley/Ewing* (Anm. 26), S. 635ff.; *Alder* (Anm. 26), S. 461; *Loewenstein* (Anm. 23), S. 377, 380; *P. Rowe*, *Military Law in the United Kingdom*, in G. Nolte (Hrsg.), *European Military Law Systems*, 2003, S. 831ff. (841).

<sup>29</sup> *Bradley/Ewing* (Anm. 26), S. 636, 638; *H. Barnett*, *Constitutional and Administrative Law*, 7. Aufl., 2009, S. 665; *Alder* (Anm. 26), S. 461; *K. D. Ewing/C. A. Gearty*, *The Struggle for Civil Liberties: Political Freedom and the Rule of Law in Britain 1914-1945*, 2001, Kapitel 2 und 4; *Stein* (Anm. 18), § 24 Rdnr. 82f.

<sup>30</sup> *Bradley/Ewing* (Anm. 26), S. 635ff.; *Trotter* (Anm. 10), S. 108, 115.

<sup>31</sup> *Home Secretary v. Rehman* [2003] 1 AC 153, 50.

<sup>32</sup> *S. Tierney*, *Determining the State of Exception: What Role for Parliament and the Courts*, in: *The Modern Law Review* 2005, S. 668ff. (670).

<sup>33</sup> [2004] UKHL 56, in Auszügen abgdr. in: *EuGRZ* 2005, S. 488ff.; siehe zu dem Urteil: *T. Hickman*, *Between Human Rights and the Rule of Law: Indefinite Detention and the Derogation Modell of Constitutionalism*, in: *The Modern Law Review* 2005, S. 655ff.; *D. Dyzenhausen*, *An Unfortunate Outburst of Anglo-Saxon Parochialism*, in: *The Modern Law Review* 2005, S. 673ff.

<sup>34</sup> *EGMR, A. and Others v. UK*, Judgment of 19.2.2009, App. No. 3455/05; siehe dazu H. Krieger, *Zur gerichtlichen Kontrolldichte bei sicherheitspolitischen Entscheidungen im Mehrebenensystem*, *DVBl* 2009, S. 1469 (1472); S. Shah, *From Westminster to Strasbourg: A and Others v. United Kingdom*, *Human Rights Law Review* 2009, S. 473-488.

Inhaftierungen aber mangels Geeignetheit als unverhältnismäßig und darüber hinaus diskriminierend gerügt. So obliege die Entscheidung über das Vorliegen des Notstands nach einem funktionsgerichteten Verständnis der Legislative und Exekutive, nicht aber die Überprüfung der Verhältnismäßigkeit von Gesetzen.<sup>35</sup> Allerdings führt die Feststellung der Unvereinbarkeit nicht zur Nichtigkeit des Gesetzes.<sup>36</sup> Den Entwurf neuer Inhaftierungsregeln, die die Frist für die Inhaftierung von Terrorverdächtigen ohne formelle Anschuldigung von 14 auf 90 Tage bei richterlicher Beteiligung verlängern, lehnte das Unterhaus am 9. November 2005 ab.<sup>37</sup> Die Beschwerdeführer blieben – sofern sie nicht das Land verließen – zunächst in Haft und erhielten keinerlei Entschädigung. Später unterfielen sie den Beschränkungen des Prevention of Terrorism Act 2005.<sup>38</sup>

### 3. Gewaltenteilende Staatsstrukturen mit exekutivem Schwerpunkt in den USA

Auch in den USA bleibt die Gewaltenteilung erhalten, wenn sie tendenziell auch zugunsten des Präsidenten modifiziert wird. In den USA finden sich nur zwei ausdrückliche verfassungsrechtliche Regelungen zum Notstand. Art. I, Section 8, Clauses 15-16 der Verfassung erlauben dem Kongreß, eine Miliz einzurichten, die Bundesgesetze ausführen, Aufstände unterdrücken und Invasionen zurückschlagen soll. Art. I, Section 9, Clause 2 der Verfassung sieht im Notstand die Möglichkeit der Suspendierung von Habeas-Corpus-Rechten durch den Kongreß vor. Wesentliche Quelle der Notstandsbefugnisse des Präsidenten ist seine Stellung als Oberbefehlshaber in Art. II Section 2 Clause 1 der amerikanischen Verfassung. Da die Exekutivkompetenzen in Form einer Generalklausel im Verhältnis zur Legislative so zurückhaltend formuliert sind, daß ihr tatsächlicher Umfang umstritten ist,<sup>39</sup> kommt der Verfassungspraxis und der Rechtsprechung des *US Supreme Court* eine große Rolle zu.<sup>40</sup>

Im amerikanischen Bürgerkrieg legte Präsident Lincoln seine Befugnisse so aus, daß der Präsident bei der Abwehr einer Gefahr, die der Nation droht, nicht an die normale Kompetenzzuweisung der Verfassung gebunden sei und alle Maßnahmen ergreifen könne, die ihm angemessen erscheinen. Der Kongreß ratifizierte die Maßnahmen nach seiner Einberufung im Juli 1861 umgehend.<sup>41</sup> Der *Supreme Court* bestätigte später die Verfassungsmäßigkeit des Vorgehens von Präsident Lincoln.<sup>42</sup> Im zwanzigsten Jahrhundert wies der *Supreme Court* im sog. *Steel-Case* die Idee, daß dem Präsidenten ungeschriebene Notstandsbefugnisse zustehen, für den Fall zurück, daß der fragliche Bereich bereits durch Gesetz geregelt ist.<sup>43</sup> Dabei finden sich in den USA fast 450 Gesetze, die der Exekutive Kompetenzen im Notstand zuweisen. Dennoch ist die Frage nach dem Umfang der Exekutivbefugnisse und die Zuständigkeit, das Vorliegen des Notstands festzustellen, immer noch nicht abschließend geklärt. Während der Kongreß dazu neigt, im inneren Notstand sehr genau definierte Befugnisse zuzuweisen, sind die Kompetenzen im äußeren Notstand eher weit gefaßt. Sind sich Kongreß und Präsident in der Zusammenarbeit einig, kann der Kongreß

<sup>35</sup> Tierney (Anm. 32), S. 670f.

<sup>36</sup> J. Jowell, Comment, in: G. Nolte (Hrsg.), *European and US Constitutionalism*, 2005, S. 239ff. (242).

<sup>37</sup> HC Bill 61 (2005).

<sup>38</sup> EGMR, *A. and Others v. UK*, Judgment of 19.2.2009, App. No. 3455/05, Rdnr. 82ff.

<sup>39</sup> A. Hamilton, *The Federalist* Nr. 69 und 70; *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 641 (1952) (Con. Op. Justice Jackson).

<sup>40</sup> K. Loewenstein, *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten*, 1959, S. 293, 295f.

<sup>41</sup> 12 Stat. 327, 1861.

<sup>42</sup> 2 Black 635, 1863; siehe auch R. Fallon, *The dynamic Constitution*, 2004, S. 237ff.

<sup>43</sup> *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

fast unbegrenzte Befugnisse an den Präsidenten abgeben, die seine besondere Rolle im Notstand begründen.<sup>44</sup>

Die Dichte der gerichtlichen Kontrolle von Notstandsmaßnahmen variiert. In der Regel weist der *US Supreme Court* der Exekutive und der Legislative die Hauptverantwortung für Entscheidungen in Notstandssituationen zu.<sup>45</sup> Wenn Kongreß und Präsident gleicher Auffassung sind, weicht der *Supreme Court* in Regel davon nicht ab. Seine Zurückhaltung in Fragen der nationalen Sicherheit sieht das Gericht als eine Frage der angemessenen Verantwortungsverteilung im demokratischen Staat. Für grundlegende Fragen der nationalen Sicherheit liege die Verantwortung bei den demokratisch unmittelbar legitimierten Gewalten. Dennoch hat das Gericht im Fall *Ex parte Milligan* von 1866 ausgeführt, daß weder Präsident noch Kongreß die Befugnis hätten, Militärkommissionen zu errichten, von denen Personen zum Tode verurteilt werden können, weil sie gegen Staatsinteressen gehandelt hätten.<sup>46</sup> Seit dem Zweiten Weltkrieg stellt der Gerichtshof in der Regel allein auf die Frage ab, ob das Handeln der Exekutive von einer Kompetenzgrundlage gedeckt ist, ohne die materielle Verfassungsmäßigkeit der Kompetenzgrundlage zu überprüfen.<sup>47</sup> So hat der Gerichtshof im Fall *Korematsu* die Internierung amerikanischer Staatsbürger japanischer Herkunft während des II. Weltkriegs für rechtmäßig erklärt, weil eine Ermächtigungsgrundlage des Kongresses bestand.<sup>48</sup> Die andauernde Internierung von 2 Jahren hat er mangels Rechtsgrundlage demgegenüber am selben Tag im Fall *Endo* für verfassungswidrig erklärt.<sup>49</sup> Ähnlich betont der *Supreme Court* im Fall *Hamdi*, daß die zeitlich unbefristete Inhaftierung von der Resolution des Kongresses über die „Ermächtigung zum Einsatz militärischer Gewalt“ aus dem Jahr 2001 gedeckt sei, weil sie den Präsidenten ermächtige, alle notwendige und angemessene Gewalt gegen Personen einzusetzen, die mit Al Quaida verbunden sind.<sup>50</sup> Weder problematisiert das Gericht die Weite und Unbestimmtheit der Ermächtigung noch ihre sonstige Vereinbarkeit mit rechtsstaatlichen Grundsätzen. Das Gericht betont aber, daß die Habeas-Corpus Rechte weiter Anwendung finden, solange sie nicht vom Kongreß suspendiert sind und räumt damit der Judikative eine, wenn auch begrenzte Kontrollmöglichkeit ein.

Die Bestrebungen von Präsident und Kongress diese Kontrollmöglichkeiten durch Suspension der Habeas-Corpus Rechte weiter zu begrenzen, hat der *Supreme Court* im Fall *Boumediene v. Bush* aus dem Jahr 2008 entschieden zurückgewiesen und die Bedeutung der gewaltenteilenden Kontrolle im Fall von Notstandsmaßnahmen und der damit verbundenen Suspension von Rechten betont.<sup>51</sup> Der Fall hatte den Military Commissions Act 2006 zum Gegenstand, der eine verfassungsmäßige Rechtsgrundlage für die Militärkommissionen in

---

<sup>44</sup> Siehe dazu *M. E. Brandon*, War and the American Constitutional Order, in: Tushnet (Anm. 4), S. 11ff. (22ff.).

<sup>45</sup> *S. Issacharoff/R. Pildes*, Emergency Contexts without Emergency Powers: The United States' Constitutional Approach to Rights during Wartime, in: International Journal of Constitutional Law 2 (2004), S. 296ff. (297).

<sup>46</sup> *Ex parte Milligan*, 71 U.S. (4. Wall.) 2, 109 (120ff.) (1866).

<sup>47</sup> *Issacharoff/Pildes* (Anm. 45), S. 310ff.

<sup>48</sup> *Korematsu*, 323 U.S. 214, 217f. (1944); siehe auch *M. Tushnet*, Defending Korematsu? Reflections on Civil Liberties in Wartime, in Tushnet (Anm. 4), S. 124ff.

<sup>49</sup> *Endo*, 323 U.S. 300-302 (1944).

<sup>50</sup> *Hamdi et. al. v. Rumsfeld, Secretary of Defence, et. al.*, 542 U.S. 507 (2004); im internet unter: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&navby=c&case&vol=000&invol=03-6696> (zuletzt besucht am 15.2.2010).

<sup>51</sup> *Boumediene v. Bush* (Nos. 06-1195 and 06-1196) 476 F. 3d 981, reversed and remanded; im internet unter: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/06-1195.ZS.html> (zuletzt besucht am 15.2.2010).

Guantanamo schaffen sollte und zugleich in § 7 die Habeas-Corpus Rechte der in Guantanamo Inhaftierten suspendierte.<sup>52</sup> Der Supreme Court hielt diese Suspension für unvereinbar mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben der sog. Suspension Clause.<sup>53</sup> Der Supreme Court weist zurück, dass es sich beim Gegenstand des Verfahrens um einen Anwendungsfall der *political question doctrine* handle. Die Annahme, die politischen Zweige der Regierung könnten ohne rechtliche Schranken in Guantanamo agieren, weil den USA nicht die formale Souveränität zustehe, lehnt der Supreme Court ab. Eine solche Interpretation sei eine Anomalie im gewaltenteilenden System, die dazu führe, dass Kongress und Präsident und nicht mehr der Supreme Court feststellen, was Recht sei. Auch wenn der Supreme Court die vorrangige Verantwortung der Exekutive für die Sicherheit des Nation betont, veranlassen ihn die weitreichenden Maßnahmen der Bush-Regierung, die Grenzen der Exekutivbefugnisse in Notstandszeiten klar zu ziehen. Eine völlige Freistellung von zentralen Rechtsbindungen der Verfassung weist der Supreme Court zurück, indem er die Bedeutung der Gewährleistung der Freiheitsrechte für die Aufrechterhaltung der Demokratie, insb. der Freiheit vor willkürlicher Inhaftierung, betont. Gerade diese Rechte seien ihrerseits in ihrer Gewährleistung von einer funktionierenden Gewaltenteilung abhängig, die in den Habeas-Corpus Rechten ihren Ausdruck finde. Der Supreme Court macht in dem Urteil deutlich, daß die traditionelle richterliche Zurückhaltung in Notstandslagen wegen der unbegrenzten Dauer der Auseinandersetzung mit dem Terrorismus ein Ende findet und der Gerichtshof den *war powers* des Präsidenten Grenzen setzen muss.

#### 4. Das gewaltenteilende Notstandsmodell in Deutschland

Die Verfassung der Bundesrepublik ist das plakativste Beispiel für das Modell der Regelung des Notstands auf Verfassungsebene unter Aufrechterhaltung modifizierter gewaltenteilender Strukturen. Hierzu zählt vor allem das grundsätzliche Festhalten an der Rolle von Legislative und Judikative, indem besondere Verfassungsnormen geschaffen werden, die der besonderen Gefahr der Handlungsunfähigkeit beider Gewalten entgegenwirken. Dabei hat sich das Grundgesetz von der historischen Vorgängerbestimmung des Art. 48 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung mit seiner Generalklausel abgewandt.<sup>54</sup> Die schweren Auseinandersetzungen um die Notstandsverfassung machten die Aufnahme einer vergleichbaren Generalklausel in das Grundgesetz unmöglich.<sup>55</sup> Entstanden ist ein Modell, das behutsame Grundrechtsbeschränkungen mit schrittweisen Beschränkungen der Gewaltenteilung kombiniert, so daß die Gewaltenteilung sogar bei der Bedrohung des Staatswesens von außen im Grundsatz erhalten bleiben soll.

Die Art. 115a ff GG regeln die im äußeren Notstand notwendigen Änderungen des Organisationsverfahrensrechts. Kennzeichnend für die getroffenen Regelungen ist die

---

<sup>52</sup> Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (Oct. 17, 2006), enacting Chapter 47A of title 10 of the United States Code (as well as amending section 2241 of title 28); Senate Bill 3930 Military Commissions Act of 2006 (as passed by Congress), S.3930, September 22, 2006.

<sup>53</sup> U.S. Const., Art. I, § 9, cl. 2: “[t]he Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it.”

<sup>54</sup> Siehe zu Art. 48 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung: u.a. P. Blohmeyer, Der Notstand in den letzten Jahren von Weimar, 1999; D. Esklony, Das Recht des inneren Notstands, 2000, S. 56ff.; F. K. Fromme, Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz, 3. Aufl., 1999, S. 125ff.; E. Jacobi, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung, VVDStRL 1 (1924), S. 105ff.; C. Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung, VVDStRL 1 (1924), S. 63ff.; Trotter (Anm. 10), S. 16ff.

<sup>55</sup> Zur Entstehung der Notstandsverfassung: E. Benda, Die Notstandsverfassung, 1968; Klein (Anm. 5), § 169 Rdnr. 8-12; M. Krohn, Die gesellschaftlichen Auseinandersetzungen um die Notstandsgesetzgebung, 1981; s.a. H. Oberreuter, Notstand und Demokratie, 1978.

grundsätzliche Konzentration exekutiver Kompetenzen in der Bundesregierung, letztlich in der Person des Bundeskanzlers.<sup>56</sup> Die parlamentarische Verantwortung und Kontrolle bleibt dabei gewahrt, besonders durch die Einrichtung eines Notparlaments, des Gemeinsamen Ausschusses nach Art. 53a, 115e GG.<sup>57</sup> Der Gemeinsame Ausschuß übernimmt im Verteidigungsfall die Gesetzgebungsfunktion, solange der Bundestag nicht zusammentreten kann. Die Gesetze, die der Ausschuß erläßt, kann der Bundestag jederzeit wieder aufheben. Sie sind nach Art. 115e und 115k GG inhaltlichen und zeitlichen Schranken unterworfen. Die Befugnis, das Vorliegen des Verteidigungsfalles festzustellen, kommt aber dem Bundestag zu.

Im inneren Notstand wird das parlamentarische Regierungssystem nicht verändert. Daher besteht die parlamentarische Kontrolle uneingeschränkt fort. Zwar begründet Art. 87 a Abs. 4 S. 2 GG sogar eine zusätzliche Kontrollkompetenz des Parlamentes, nach der Bundestag und Bundesrat die Einstellung des Einsatzes der Streitkräfte verlangen können. Der Bundestag ist aber im Unterscheid zum Verteidigungsfall nicht berechtigt, das Vorliegen des inneren Notstands festzustellen.<sup>58</sup>

Das staatliche Handeln im Notstand wird umfassend richterlich kontrolliert, was die Entschlossenheit des Grundgesetzes unterstreicht, den Notstand mit rechtsstaatlichen Mitteln zu bewältigen. Das Bundesverfassungsgericht könnte selbst die Verfassungsmäßigkeit der Feststellung des Verteidigungsfalles überprüfen.<sup>59</sup> Hinzukommt, daß die Verfassung die Stellung des Bundesverfassungsgerichtes in Zeiten des äußeren Notstands mit Art. 115g GG besonders zu sichern versucht. Einerseits enthält die Norm ein Beeinträchtigungsverbot, andererseits gibt sie Regelungen für die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Gerichtes vor.<sup>60</sup>

### III. Grenzen gewaltenteilende Kontrolle im Notstand

An welche Grenzen stößt nun die Kontrolle durch gewaltenteilende Staatsstrukturen im Notstand? Ist die Existenz des Staates bedroht, tendieren Legislative und Judikative dazu, die Entscheidungen der Exekutive kritiklos zu unterstützen. Hierzu trägt die politische Rhetorik im Ausnahmezustand bei. Sie suggeriert, daß jede Kritik an den Notstandsmaßnahmen die Bedrohung der staatlichen Existenz durch den Notstand unterschätzt.<sup>61</sup> Zudem kann sich der Druck, schnelle Entscheidungen zu treffen, auf die Intensität der legislativen und judikativen Kontrolle auswirken.<sup>62</sup> Hier greift der Effizienzgedanke in die Gewaltenteilung ein.

---

<sup>56</sup> G. Robbers in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., 2003, Art. 115b Rdnr. 1; W. Heun in H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. III, 2000, Art. 115b Rdnr. 4/8; Art. 115f Rdnr. 4; W. Graf Vitzthum, Der Spannungs- und Verteidigungsfall, in: Isensee/Kirchhof (Anm. 5), § 170 Rdnr. 46-49.

<sup>57</sup> Robbers (Anm. 56), Art. 53a Rdnr. 1; Heun (Anm. 56), Art. 115e Rdnr. 3ff.; Graf Vitzthum (Anm. 56), § 169 Rdnr. 42-45.

<sup>58</sup> Klein (Anm. 5), § 169 Rdnr. 54.

<sup>59</sup> R. Grote in v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Kommentar, Bd. 3, 5. Aufl., 2005, Art. 115a Rdnr. 65; Heun (Anm. 56) Art. 115a Rdnr. 21; E. Menzel, Bonner Kommentar, Stand: 1968, Art. 115a GG Rdnr. 104f.; L. Versteyl in v. Münch/Kunig, GG-Kommentar, 5. Aufl., 2003, Art. 115a Rdnr. 41.

<sup>60</sup> Siehe aber H. Schäfer, Die lückenhafte Notstandsverfassung, AöR 93 (1968), S. 37ff. (57); Versteyl (Fn. 59), Art. 115a Rdnr. 2.

<sup>61</sup> O. Gross, Providing for the Unexpected: Constitutional Emergency Provision, Israel Yearbook of Human Rights 33 (2003), S. 13ff (42).

<sup>62</sup> Gross (Anm. 61), S. 40f.

## 1. Handlungsfähigkeit der Legislative

Voraussetzung einer wirksamen parlamentarischen Kontrolle ist zunächst, daß die Legislative überhaupt handlungsfähig ist. Sie muß organisatorisch und verfahrensrechtlich in die Lage versetzt sein, die erforderlichen Verfahren schnell und effizient zu verwirklichen. Fehlende Handlungsfähigkeit des Parlamentes wegen struktureller organisatorischer Defizite stellt das gewaltenteilende Modell grundsätzlich in Frage. Allerdings zeigt die Verfassungsgeschichte einer so alten Demokratie wie den USA, daß Parlamente auch ohne umfassende organisatorische Modifizierung in schweren Notstandszeiten weiter handlungsfähig sein können.<sup>63</sup> Die deutsche Verfassung versucht der Gefahr der Handlungsunfähigkeit zu begegnen. Im äußeren Notstand wird der Gemeinsame Ausschuß eingerichtet. Im innenpolitischen Notstand, in dem das Parlament Angriffsziel von Attacken werden könnte, liegt die Entscheidung über die Anforderung von Streitkräfte in den Händen der Exekutive.<sup>64</sup>

Andere verfahrensrechtliche und organisatorische Faktoren schränken allerdings die Effizienz der parlamentarischen Kontrolle ein. Das zeigt das Beispiel des britischen *Anti-terrorism Crime and Security Act 2001*.<sup>65</sup> Das Gesetz wurde im Parlament innerhalb von zwei Wochen in einem beschleunigten Verfahren verabschiedet. Das parlamentarische *Joint Committee of Human Rights* und der Innenausschuß (*Home Affairs Select Committee*) bemängelten die Kürze der Zeit, in der sie sich mit dem Gesetz befassen konnten.<sup>66</sup> Während die zügigen Beratungen einerseits als Zeichen der Handlungsfähigkeit des Parlaments gesehen werden können, betonen Kritiker andererseits die fehlende Kontrolle durch das Parlament, die dem zügigen Verfahren geschuldet war. Darüber hinaus beklagte das *Joint Committee on Human Rights* wiederholt, daß dem Parlament keine hinreichenden Beweise für das Vorliegen einer Notstandssituation erbracht worden seien.<sup>67</sup> Der Informationsvorsprung der Regierung im parlamentarischen System<sup>68</sup> erschwert gerade auch im Notstand die wirksame Kontrolle durch die Legislative. Der Widerstand des Parlamentes vom 9. November 2005 gegen die neuerlichen Inhaftierungsregeln<sup>69</sup> zeigt aber, daß die beschriebenen Schwierigkeiten selbst im parlamentarischen Regierungssystem eine wirksame Kontrolle nicht zwingend verhindern. Zugleich wird deutlich, daß eine Wahrnehmung der Kontrollbefugnisse durch die Judikative auch die Legislative veranlassen kann, Kontrollfunktionen wieder wahrzunehmen.

## 2. Grenzen gerichtlicher Kontrolle

Zwei grundsätzliche Schwierigkeiten stehen einer gerichtlichen Kontrolle von Notstandsmaßnahmen entgegen<sup>70</sup>: 1. Sind Exekutive und Legislative bereit, die gerichtlichen Entscheidungen auch in der Notstandssituation zu befolgen? 2. Kann überhaupt eine hinreichende Kontrolldichte im Notstand gewährleistet werden?

<sup>63</sup> *Ferejohn/Pasquino* (Anm. 2), S. 236; *Krieger* (Anm. 6), Kapitel 5 B I. 3.

<sup>64</sup> *Klein* (Anm. 5), § 169 Rdnr. 54.

<sup>65</sup> Abgdr. in *C. Walker*, *Blackstone's Guide to The Anti-Terrorism Legislation*, 2002.

<sup>66</sup> Siehe dazu *Tierney* (Anm. 32), S. 672.

<sup>67</sup> Zu dem Vorgang und der Kritik: *J. Hiebert*, *Parliamentary Review of Terrorism Measures*, in: *The Modern Law Review* 2005, S. 676ff.

<sup>68</sup> Siehe dazu *R. Herzog* (Anm. 3), Art. 20 Abschn. V Rdnr. 84.

<sup>69</sup> „Anti-Terror-Gesetz abgelehnt“, Nachricht vom 10.11.2005; <http://www.tagesschau.de/aktuell/meldungen/0,1185,OID4939044,00.html> (zuletzt besucht am 15.2.2010).

<sup>70</sup> *Klein* (Anm. 5), § 169 Rdnr. 57f.

### a) Befolgung der gerichtlichen Entscheidungen

Die demokratischen Verfassungen setzten die Bereitschaft der Gewalten, den Entscheidungen der Gerichte Folge zu leisten, voraus. Verfassungsrechtlich läßt sich dies am Institut des Interorganrespekts festmachen.<sup>71</sup> Bleibt diese Bereitschaft angesichts der existentiellen Bedrohung des Staates aus, mag der Status der Verfassungsgerichtsbarkeit im Staatswesen und in der Öffentlichkeit, die ebenfalls den Auswirkungen des Notstands ausgesetzt ist, Schaden erleiden.<sup>72</sup> Diese Entwicklung kann Widerstandshandlungen der Bürger gegen staatliches Unrecht zur Folge haben und die Notstandssituation verschärfen.<sup>73</sup> Diese Gefahren könnten wiederum die Gerichte dazu veranlassen, keine wirkliche Kontrolle des exekutiven Handelns vorzunehmen. Die besondere Bedrohung der Existenz des Staates kann zu einem apologetischen Verhalten der Gerichte führen. Der faktische Druck einer politischen Zwangslage mag bei den Gerichten den Eindruck entstehen lassen, die Regierungsmaßnahme müsse aus rechtspolitischen Gründen aufrechterhalten bleiben. So können problematische Präzedenzfälle gebildet werden, die die Rechtsprechung zukünftig binden.<sup>74</sup>

### b) Gerichtliche Kontrolldichte

Die faktischen Beschränkungen werden durch das Problem der gerichtlichen Kontrolldichte verstärkt, das sich in mehrfacher Hinsicht stellt. Zunächst sind die Bestimmungen über den Notstand meist von Tatbestandsmerkmalen geprägt, die weite Beurteilungsspielräume enthalten. Während das Bundesverfassungsgericht daher die getroffenen Entscheidungen nur einer Mißbrauchskontrolle unterwerfen kann,<sup>75</sup> gehen amerikanische und bislang auch britische Gerichte davon aus, daß es sich insoweit um nicht justiziable Fragen handelt.<sup>76</sup> In diesen Fällen sei das Verfahren der gerichtlichen Überprüfung und die Möglichkeiten der Beweisaufnahme nicht geeignet. Des weiteren seien die Richter aufgrund ihrer Ausbildung und Erfahrungen nicht in der Lage, die Argumente fachlich zu überprüfen.<sup>77</sup> Gerichte müßten die Grenzen richterlichen Sachverständes (*judicial expertise*) anerkennen und eine angemessene Grenze zwischen ihrer Aufgabe und der Verantwortung der Regierung im Verfassungsgefüge ziehen.<sup>78</sup>

---

<sup>71</sup> R.A. Lorz, Interorganrespekt im Verfassungsrecht, Tübingen 2001.

<sup>72</sup> J. McGinnis, Constitutional Review by the Executive in Foreign Affairs and War Powers - A Consequence of Rational Choice in the Separation of Powers, Law and Contemporary Problems 56 (1993), S. 293ff. (306f.); W. Rehnquist, All the Laws but One, 1998, S. 222; L. Smith, Militär- und Zivilgewalt in Amerika, 1954, S. 196.

<sup>73</sup> Klein (Anm. 5), § 169 Rdnr. 57.

<sup>74</sup> Luther v. Borden, 48 U.S. (7 How.) 1, 43-44 (1849); H. Schwarz, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Außen- und Sicherheitspolitik, 1995, S. 310; Lorz (Anm. 71), S. 457.

<sup>75</sup> Klein (Anm. 5), § 169 Rdnr. 58.

<sup>76</sup> Zu den sog. Vermeidungsstrategien allgemein: E. Benvenuti, Judicial Misgivings regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts, EJIL 4 (1993), S. 159 (169); für das Vereinigte Königreich: Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service, [1984] 3 All E.R. 935, siehe aber A.v. Secretary of State [2004] UKHL 56; für die Vereinigten Staaten: Hirabayashi v. United States, 320 U.S. 81, 91 (1943): „Where ... the conditions call for the exercise of judgment and discretion and for the choice of means by those branches of the Government on which the Constitution has placed the responsibility of warmaking, it is not for any court to sit in review of the wisdom of their action or substitute its judgments for theirs.“; siehe zur Justitiabilität: Krieger (Anm. 6), Kapitel 6 B.

<sup>77</sup> Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service, [1984] 3 All E.R. 935, 951 (Lord Diplock).

<sup>78</sup> The Campaign of Nuclear Disarmament v. The Prime Minister et. al., [2002] EWHC 2777 (Admin), § 59f.

Wesentlich für das gewaltenteilende Modell ist jedoch, daß die Notstandsmaßnahmen selbst richterlicher Prüfung unterliegen und am Maßstab höherrangigen Rechts überprüft werden können. Das hat auch die britische Entscheidung *A v. Secretary of State* deutlich gemacht. Die Lordrichter haben betont, daß die gerichtliche Kontrolle von Gesetzen Wesensmerkmal des modernen demokratischen Staates sei. Die Gerichte müßten daher ihrer Verantwortung nachkommen, auch wenn sie nicht gewählt und dem Parlament nicht verantwortlich seien.<sup>79</sup> Damit hat sich im Vereinigten Königreich das Verständnis der funktionsgerechten Konstituierung der Staatsgewalt verschoben.<sup>80</sup> Die Zurückhaltung des *US Supreme Courts* liegt demgegenüber im amerikanischen Gewaltenteilungssystem begründet. Sowohl Exekutive als auch Legislative sind durch das Volk in Wahlen legitimiert.<sup>81</sup> Anders als im parlamentarischen Regierungssystem vermag die gewaltenteilende Staatsstruktur der USA, die eher der Reinform der Gewaltenteilung entspricht, die Zurückhaltung der Gerichte gegenüber gemeinsamen Entscheidungen von Exekutive und Legislative zu rechtfertigen, wobei die Maßnahmen der BushRegierung die Grenzen richterlicher Zurückhaltung im US-amerikanischen System aufgezeigt haben. Im parlamentarischen Regierungssystem aber liegt die wirksame Mäßigung des Notstands bei der Judikative.

#### IV. Der verdrängte Notstand

Der entscheidende Einwand gegen das gewaltenteilende Modell liegt in der Annahme, daß es eine realitätsferne Vorstellung sei, mit antizipierter Normierung ganz bestimmter Notstandssituationen das Ausnahmeproblem als solches lösen zu können. Denn die Ausnahmesituation zeige sich als Herausforderung durch das Unvorhersehbare.<sup>82</sup> Die Annahme, Ausnahmesituationen mit leicht modifizierten gewaltenteilenden Notstandsverfassungen und Notstandsgesetzen regeln zu wollen, erscheint diesem Einwand als eine Verdrängung des Notstands. Ist der Ausnahmezustand mit den Worten Isensees also nur eine verdrängte Provokation für den Verfassungsstaat?<sup>83</sup>

Der Begriff des verdrängten Notstands wurde von Böckenförde während der Bedrohung durch den RAF Terrorismus geprägt.<sup>84</sup> Die verfassungsrechtlichen Regeln über den inneren Notstand im Grundgesetz schienen ungeeignet, weil sie der Regierung keine zusätzlichen Befugnisse einräumten, insbesondere geltende Gesetze vorübergehend außer Kraft zu setzen, während Gesetzesänderungen zu zeitaufwendig erschienen.<sup>85</sup> Einschlägiges Beispiel war die Überwachung der Gespräche zwischen Mandanten und Verteidigern in Stuttgart-Stammheim.

---

<sup>79</sup> *A.v. Secretary of State* [2004] UKHL 56 (Lord Bingham of Cornhill, para. 42):” The Attorney General ... is wrong to stigmatise judicial decision-making as in some way undemocratic. ... The effect is not, of course, to override the sovereign legislative authority of the Queen in Parliament, since if primary legislation is declared to be incompatible the validity of the legislation is unaffected ... and the remedy lies with the appropriate minister ..., who is answerable to Parliament. The 1998 Act gives the courts a very specific, wholly democratic, mandate. As Professor Jowell has put it ‘The courts are charged by Parliament with delineating the boundaries of a rights-based democracy’.”

<sup>80</sup> *Hickman* (Anm. 33), S. 664.

<sup>81</sup> Siehe zum Verhältnis zur Gewaltenteilungslehre: *Herzog* (Anm. 3), Art. 20 Abschn. V Rdnr. 26/28.

<sup>82</sup> Vgl. *H. Hofmann*, „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“, in: *Der Staat* 44 (2005), S. 171 (179).

<sup>83</sup> *J. Isensee*, Verfassungsrecht als politisches Recht, in: *Isensee/Kirchhof* (Anm. 5) § 162 Rdnr. 92.

<sup>84</sup> *E. W. Böckenförde*, Der verdrängte Ausnahmezustand, in: *NJW* 1978, S. 1881ff.

<sup>85</sup> Vgl. *G. Lübbe-Wolff*, Rechtsstaat und Ausnahmerecht. Zur Diskussion über die Reichweite des § 34 StGB und über die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Regelung des Ausnahmezustandes, in: *ZParl* 11 (1980), S. 110ff.; siehe dazu auch *M. Schröder*, Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaats, in: *AöR* 103 (1978), S. 121ff.

In der sich hieran entzündende Debatte über übergesetzliche Notstandsrechte kehrte das Argument zurück, die Notstandssituation sei letztlich nicht rechtlich regelbar<sup>86</sup> und damit auch nicht rechtlich, beispielsweise durch Gewaltenteilung, begrenztbar.

## 1. Mangelnde Steuerungsfähigkeit angesichts der Unvorhersehbarkeit des Notstands?

Zunächst muß das Argument, der Notstand sei unvorhersehbar und daher nicht rechtlich regel- und begrenztbar, bezweifelt werden. Auf der einen Seite krankt sicherlich jede in die Zukunft gerichtete verfassungsrechtliche und gesetzliche Lösung daran, daß sie das Unvorhersehbare nicht vorsehen kann. Will die Verfassung allgemeine Normen, die auf Dauer für jedes denkbar mögliche Risiko gelten sollen, schaffen, wird es zu Ermächtigungen in abstrakt-genereller Form kommen, die nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz rechtsstaatlich fragwürdig sind.<sup>87</sup> Sind die Regelungen demgegenüber detailliert und auf eng begrenzte Fälle bezogen, ist problematisch, ob neue Bedrohungslagen erfaßt werden können. Das Luftsicherheitsgesetz hat erneut deutlich gemacht, daß es Gefahrenszenarien gibt, die nicht von der Notstandsverfassung des Grundgesetzes erfaßt werden können, und daß der Exekutive daher keine entsprechende Handlungsbefugnisse zustehen.<sup>88</sup> Wesentliche Gründe hierfür liegen in der eng begrenzten Erweiterung des Handlungsrahmens nach den Notstandsregelungen im Grundgesetz. So stellen die Regeln über den Streitkräfteeinsatz im Inneren eben keine Befugnisnormen dar.<sup>89</sup> Zieht man die Regelungen zum Verteidigungsfall und die Funktion des Gemeinsamen Ausschusses hinzu, zeigt sich dabei die Starre und die Gefahr mangelnder Praktikabilität, die mit einer abschließenden, eng begrenzt normierten Notstandsverfassung verbunden ist. Gerade der äußere Notstand ist mit seinen verschiedenen Eskalationsstufen so sehr auf die Eskalationssituation des Kalten Krieges gerichtet,<sup>90</sup> daß man nachfragen muß, welche Bedeutung ihm noch bei einer veränderten Sicherheitslage zukommen mag.

Auf der anderen Seite ist auch das Argument der Unvorhersehbarkeit nicht so zwingend, wie es zunächst erscheint. Zunächst muß jede rechtliche Regelung zu einem gewissen Grad Unvorhersehbares aufnehmen können.<sup>91</sup> Zudem sind sowohl Notstandssituationen als auch die gewählten Mittel, auf den Notstand zu reagieren, nicht unbedingt unvorhersehbar. Zwar ist einerseits aufgrund der Bedrohung durch den internationalen Terrorismus der Eindruck entstanden, das Gefahrenpotential der anonymen Al-Quaida-Gruppen sei unberechenbar.<sup>92</sup> Aber andererseits war selbst der 11. September angesichts vorangegangener Anschläge auf das World Trade Centre und andere amerikanische Einrichtungen nicht gänzlich

---

<sup>86</sup> Zu dieser Vorstellung *M. Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstands, 2004, S. 17-19 m.w.N.; siehe auch *Klein* (Anm. 5), § 169 Rdnr. 3; die Notwendigkeit einer Generalklausel leitet *Böckenförde* (Anm. 84), S. 1885/1889 aus der Unvorhersehbarkeit des Notstands ab. Das Argument der Unvorhersehbarkeit geht zurück auf: *C. Schmitt*, Politische Theologie, 1922, (8. Aufl., 2004), S. 19.

<sup>87</sup> Historisches Beispiel ist Art. 48 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung.

<sup>88</sup> Siehe BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006, BVerfGE 115, S. 118ff.

<sup>89</sup> Für Art. 87a Abs. 3 S. 1 GG: *Heun* (Anm. 56) Art. 87a Rdnr. 22. Als Rechtsgrundlage für Einzelmaßnahmen bedarf es immer einer besonderen Gesetzesgrundlage, die je nach Interpretation im Polizeirecht oder im Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges durch Soldaten der Bundeswehr liegt. Für das Bundesverfassungsgericht ist die polizeiliche Natur der Befugnisse entscheidend; BVerfG (Anm. 88), 115, S. 146ff., 150.

<sup>90</sup> *Robbers* (Anm. 56), Art. 115a Rdnr. 5.

<sup>91</sup> *M. Kotzur*, Die Weltgemeinschaft im Ausnahmezustand: Politische Einheitsbildung im Zeichen der Prävention – eine Skizze, in: AVR 2004, S. 353ff. (360).

<sup>92</sup> Hierzu *W. Hoffmann-Riehm*, Freiheit und Sicherheit im Angesicht terroristischer Anschläge, in: ZRP 2002, S. 497ff. (499).

unvorhersehbar. Fehler der US Sicherheitsbehörden im Vorfeld der Anschläge waren Gegenstand der Untersuchungen eines Kongreßausschusses.<sup>93</sup> So besteht die Gefahr, daß das Argument der Unvorhersehbarkeit mißbraucht wird, um das subjektive Unvermögen von Regierungen zu verdecken.

Der Gesetzgeber ist des weiteren in der Lage, im Hinblick auf die erforderlichen Mittel bereits im Vorfeld die Rechtsgrundlagen zu schaffen. Denn diese unterliegen wiederkehrenden und damit vorhersehbaren Mustern. Alle bisherigen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Derogationen nach Art. 15 EMRK betrafen die Artikel 5 und 6 EMRK. In individualrechtlicher Hinsicht geht es in der Regel um die Errichtung von Sondergerichten, zeitlich unbegrenzte Inhaftierungen sowie Freiheitsentziehungen ohne Beteiligung eines Richters.<sup>94</sup> Auch diese Beobachtung spricht für die Möglichkeit antizipierender Regelung durch den - gegebenenfalls verfassungsändernden - Gesetzgeber.

Hinzu kommt: Anders als im 19. und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts werden viele Notstandskonstellationen als globale Bedrohung wahrgenommen, allen voran die Bedrohung durch den internationalen Terrorismus. Anschläge in den USA, Spanien oder im Vereinigten Königreich veranlassen auch den deutschen Gesetzgeber, Regelungen für den Fall des Eintritts eines Notstands zu treffen.<sup>95</sup> Ereignisse in anderen Staaten, zu denen heute unmittelbarer Informationszugang besteht, machen Ereignisse im eigenen Staat vorhersehbar. Zur Vorhersehbarkeit trägt auch die zunehmende Technisierung bei. Gegenüber dem 19. und 20. Jahrhundert erlauben Entwicklungen in der Forschung Prognosen globaler Katastrophen. Anders als 1919 wird heute der Eintritt einer Grippepandemie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit prognostiziert, auch wenn sich die Schwere der Pandemie bislang wohl nicht vorhersagen lässt.

Damit ist gewiß nicht bewiesen, daß der Eintritt von unvorhersehbaren Notstandsfällen für die Zukunft ausgeschlossen werden könnte. Die Erwägungen können aber illustrieren, daß der übergesetzliche Ausnahmezustand nur in Extremfällen zum Tragen kommen darf. Für den Linksterrorismus der siebziger Jahre hat Hans Hugo Klein auf der Staatsrechtslehretagung 1978 festgestellt, dass die damals mangelnden Erfolge weniger auf elementaren Fehlern des Verfassungsrechts beruhten als auf der unzureichenden Anwendung und Ausschöpfung seiner Möglichkeiten.<sup>96</sup>

Jenseits von Extremfällen aber scheint die gesetzliche Bewältigung, wie sie das Grundgesetz vorsieht, nicht nur der historisch beeinflussten Auseinandersetzung um die Notstandsverfassung geschuldet, sondern auch rechtsstaatlich angemessen. Jeder Staat muß damit rechnen, in seiner Existenz bedroht zu werden.<sup>97</sup> Sobald diese Bedrohung konkretisiert

---

<sup>93</sup> Siehe Congressional Reports: Joint Inquiry into Intelligence Community Activities before and after the Terrorist Attacks of September 11, 2001, S. Rept. 107-351 and H. Rept. 107-792.

<sup>94</sup> H. Krieger, Notstand, in: R. Grote/T. Maruhn (Hrsg.), Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006, Rdnr. 6; vgl. auch S. Schmahl, Derogation von Menschenrechtsverpflichtungen, in: D. Fleck (Hrsg.), Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung, 2004, S. 125ff. (135).

<sup>95</sup> Siehe dazu M. Rau, Country Report on Germany, in: C. Walter et.al. (Hrsg.), Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?, 2004, S. 311ff.

<sup>96</sup> H. H. Klein, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, VVDStRL 37 (1979), S. 53 ff. (100).

<sup>97</sup> "[The Founders] knew--the history of the world told them--the nation they were founding, be its existence short or long, would be involved in war; how often or how long continued, human foresight could not tell; and that unlimited power, wherever lodged at such a time, was especially hazardous to freemen." *Ex parte Milligan*, 71 U.S. (4. Wall.) 2, 109 (125) (1866).

wird, ist er aus grundrechtlicher Schutzpflicht heraus verpflichtet, rechtliche Regelungen zu erlassen, die dem Gebot der Verhältnismäßigkeit genügen. Diese Regeln müssen aus den positiven Verfassungsstrukturen entwickelt und in sie eingebunden sein.<sup>98</sup>

## 2. Die *tragic choice*-Situation als Grenze des Normierbaren

Schließlich lässt sich der These der Normierbarkeit von Notstandssituationen entgegenhalten, dass sich die Rechtsordnung mit der Normierung von Notstandsregelungen wesentlicher Sicherungen gegen den Missbrauch dieser Notstandsbefugnissen begeben. Gertrude Lübbecke-Wolf hat für die Terrorismusbekämpfung der siebziger Jahre die These aufgestellt, dass der Exekutive die offene Illegalität zugemutet werden müsse, damit sie nur in einer wirklichen Ausnahmesituation handle und die Befugnisse nicht in die Normallage ausdehne. „Wer als Amtsträger glaubt, nur durch eine ... illegale staatliche Maßnahme die Bundesrepublik vor einem Anschlag auf ein Atomkraftwerk retten zu können, muss diese Maßnahme mit dem vollen Risiko, unter Inkaufnahme aller nicht nur politischen, sondern auch rechtlichen Konsequenzen treffen.“<sup>99</sup>

Der Einwand, dass es besser oder sogar einzig möglich sei, bestimmte Befugnisse nicht in Form einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage zu regeln, sondern einen solchen Fall in der Verantwortung der politischen Kräfte zu belassen, die nachträglich politisch zu kontrollieren wären und sich ggf. strafrechtlichen Vorwürfen stellen müssten,<sup>100</sup> kann aber nur in einem sehr eng begrenzten Bereich greifen. Er kann nur für sogenannte *tragic choice*-Situationen Gültigkeit beanspruchen.<sup>101</sup> Um eine solche *tragic choice*-Situation geht es bei der Befugnis nach § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz, ein Verkehrsflugzeug mit unbeteiligten Passagieren abzuschießen. In einer solchen Situation kollidieren Rechtsgüter, die nur als beschränkt oder gar nicht disponibel gelten, derart miteinander, dass eine Abwägung nur unter Eingriff in den Kernbereich eines der betroffenen Rechtsgüter möglich wäre.<sup>102</sup>

*Tragic choice*-Situationen kommen in einer Rechtsordnung dann erst zum Tragen, wenn die Rechtsordnung absolute und zwingende Normen anerkennt, die unantastbar sein sollen und deshalb die Herstellung praktischer Konkordanz nicht erlauben. Solche Fallkonstellationen sind an vielen Stellen der Rechtsordnung zu beobachten.<sup>103</sup> Neben dem Fall des Abschusses unschuldiger Bürger gehört hier die Frage, ob der Staat nicht ausnahmsweise foltern darf, um etwa den Tod einer Vielzahl von Opfern in Folge eines Bombenanschlages zu verhindern.<sup>104</sup> Aber auch die Frage der humanitären Intervention zur Verhinderung eines Genozids unter Bruch des völkerrechtlichen Gewaltverbotes kann als *tragic choice*-Konstellation bezeichnet

<sup>98</sup> Kotzur (Anm. 91), S. 360; siehe auch BVerfG (Anm. 88), 115, S. 159ff.

<sup>99</sup> Lübbecke-Wolf (Anm. 85), S. 120.

<sup>100</sup> W. Höfling/S. Augsburg, Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand, JZ 2005, S. 1080ff. (1087f.); E. Klein, Die vorsätzliche Tötung unbeteiligter Personen durch den Staat, in: FS für Reinhard Mußnug, 2005, S. 71ff. (83); E. Schmidt-Jortzig, Die Verallgemeinerung des Außergewöhnlichen: Zur Normierung von Tatbestandsvoraussetzungen für die Zulässigkeit überpositiven Ausnahmeverhaltens, in: FS für Georg Ress, 2005, 1569ff. (1580f.).

<sup>101</sup> Siehe zur Begrifflichkeit Jahn (Anm. 86), S. 209ff.

<sup>102</sup> Jahn (Anm. 86), S. 214.

<sup>103</sup> Jahn (Anm. 86), S. 212f.

<sup>104</sup> Zu der Diskussion u.a.: W. Brugger, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter, in: JZ 2000, S. 165ff.; E. Hilgendorf, Folter im Rechtsstaat, in: JZ 2004, S. 331ff.; M. Jahn, Gute Folter- Schlechte Folter: Straf-, verfassungs- und völkerrechtliche Anmerkungen zum Begriff „Folter“ im Spannungsfeld von Prävention und Repression, KritV 2004, S. 24ff.; S. Schmahl/D. Steiger, Völkerrechtliche Implikationen des Falls *Daschner*, in: AVR 43 (2005), S. 358ff.

werden.<sup>105</sup> Zwar treten solche Situationen häufig im Ausnahmezustand auf, weil bei der Abwägung in einer *tragic choice*-Situation oft quantitative Argumente herangezogen werden. So wird für die Abwägung darauf abgestellt, ob nur ein Einzelner oder zahlreiche Personen betroffen sind.<sup>106</sup> Diese Situationen sind aber nicht auf den Ausnahmezustand beschränkt.

Für all diese Situationen ist es typisch, dass sich elementare Rechtsprinzipien und -normen in einem gravierenden Fall als hinderlich für eine Lösung erweisen, die dennoch allgemein als zwingend empfunden wird. Damit das Entscheidungsdilemma in der Zukunft nicht erneut eintritt, soll durch gesetzliche Regelung Vorsorge getroffen werden.<sup>107</sup> Wird eine solche außergewöhnliche Situation aber verallgemeinert, indem sie zur Grundlage eines Normtatbestandes wird, kann es zu einem Qualitätssprung kommen. Die Ausnahme wird zur Regel. Damit droht sie die Rechtsordnung grundsätzlich zu verändern. Der Tabubruch wird in andere Bereiche hineingetragen.<sup>108</sup> Ist akzeptiert, dass der Staat mit Abschuss eines Flugzeuges unbeteiligte Bürger töten kann, um viele andere unbeteiligte Bürger zu retten, läßt sich nur noch schwer vermitteln, wieso die Folter eines wahrscheinlich Verantwortlichen verboten sein soll, wenn ein vergleichbares Unglück verhindert werden könnte.<sup>109</sup> Daher mag es in einer *tragic choice*-Situation angemessener sein, wenn auf eine verallgemeinernde Normierung verzichtet wird.

Es ist aber wohl dem tragischen Element dieser Konstellationen geschuldet, dass auch der Verzicht auf Normierung, so sie überhaupt verfassungsrechtlich zulässig ist,<sup>110</sup> einen bitteren Beigeschmack behält. Die Feststellung, dass es in solchen Konstellationen besser sei, wenn staatliche Entscheidungsträger eine gegebenenfalls rechtswidrige Tat begehen, kann ebenfalls rechtsauflösende Wirkung haben. Denn die Annahme suggeriert, es könne überhaupt rationales Verhalten eines staatlichen Entscheidungsträgers sein, auch grundlegende Verbote zu brechen.<sup>111</sup> Der Handelnde verhält sich zwar rechtswidrig, aber politisch verantwortungsvoll.

Die Annahme, dass solche Konstellationen nicht in Form einer öffentlich-rechtlichen Ermächtigungsgrundlage normiert werden sollten, beantwortet jedenfalls nicht die Frage nach der allgemeinen Normierbarkeit des Ausnahmezustandes. Auf die Normierung bestimmter Befugnisse soll nicht verzichtet werden, um Missbrauchsmöglichkeiten entgegenzutreten, sondern weil sie einen Tabubruch in die Rechtsordnung hinträgt. Aber bleibt damit nicht der Einwand gültig, dass auch die Normierung der Ausnahmesituation zu einer Ausdehnung der Befugnisse in die Normallage führen könnte?

---

<sup>105</sup> Für eine solche Einordnung *G. Nolte*, Kosovo und Konstitutionalisierung: Zur humanitären Intervention der NATO-Staaten, in: *ZaöRV* 59 (1999), S. 941ff. (958).

<sup>106</sup> *Jahn* (Anm. 86), S. 214f.

<sup>107</sup> *Schmidt-Jortzig* (Anm. 100), S. 1569.

<sup>108</sup> *Schmidt-Jortzig* (Anm. 100), S. 1579.

<sup>109</sup> *Höfling/Augsberg* (Anm. 100), S. 1088.

<sup>110</sup> Die Verfassungswidrigkeit der Befugnis, unbeteiligte Passagiere eines Flugzeuges nach § 14 Abs. 3 LuftSiG abzuschießen, hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 15.2.2006 festgestellt; BVerfG (Anm. 88), 115, S. 151ff.

<sup>111</sup> *E. W. Böckenförde*, Rechtsstaat und Ausnahmerecht: Eine Erwiderung, *ZParl* 11 (1980), S. 591ff. (595). Für den Fall des Abschusses von unbeteiligten Personen hat das Bundesverfassungsgericht das Dilemma der staatlichen Entscheidungsträger durch das Anknüpfen an die Menschenwürde weiter verschärft; BVerfG (Anm. 88), 115, S. 151ff.

## V. Der normalisierte Notstand

Der Trend, antizipierende gesetzliche Regelungen für die Ausnahmesituation zu schaffen, trifft zusammen mit der allgemeinen Entwicklung hin zum Präventionsstaat. Im Präventionsstaat geht es um vorbeugende Verbrechensbekämpfung, Gefahrenvorsorge und zunehmend auch um Risikovorsorge und Risikosuche.<sup>112</sup> Unabhängig davon, wie man diese Entwicklung rechtlich bewertet, fügen sich antizipierte Notstandsgesetze in dieses Schema ein. Weitgehende Prävention will auch den drohenden Ausnahmezustand regeln.<sup>113</sup> Je mehr aber die abstrakte Möglichkeit der existentiellen Bedrohung aus Gründen der Risikovorsorge legislativ geregelt wird, desto mehr besteht die Gefahr, dass der Ausnahmezustand selbst zum Normalfall wird. So warnt der italienische Rechtsphilosoph Agamben vor dem Paradoxon des normalisierten Notstands.<sup>114</sup> Hier kommt der Gedanke zum Tragen, man könne den Ausnahmezustand nicht mehr begrenzen, sobald er Bestandteil der Rechtsordnung ist.<sup>115</sup> Selbst wenn Notstandsgesetze auf Grundlage besonderer Ausnahmebestimmungen der Verfassung verabschiedet worden sind, werden sie nach Inkrafttreten Bestandteil des regulären Rechtssystems. Auf diese Weise können sie das Rechtssystem dauerhaft ändern.

Wenn man Notstandsmaßnahmen als Antwort auf eine Ausnahmesituation begreift, wird ihr vorübergehender und außerordentlicher Charakter betont. Es ist das Ziel verfassungsrechtlicher Notstandsregelungen, durch die Kennzeichnung als Ausnahme eine Interpretation der Normallage von den Ausnahme her zu verhindern, zumal die Verfassung zugleich bestimmt, dass die Normallage wiederherzustellen ist.<sup>116</sup> Wird der Notstand, wie der innere Notstand in Deutschland, aber ohne Änderungen der horizontalen Gewaltenteilung gelöst, handeln also ordentliche Organe im ordentlichen Verfahren, entstehen Gesetze ohne Ausnahmecharakter. Das gleiche gilt für die verbreitete Praxis in den europäischen Staaten, die aktuelle besondere Bedrohung durch den internationalen Terrorismus durch allgemeine Gesetze zu bekämpfen.<sup>117</sup> Kann der Ausnahmecharakter nicht organisatorisch deutlich gemacht werden, muss er durch andere Mittel gesichert werden. Hinweise für mögliche Mittel enthalten die Verfassungsbestimmungen über Gesetze, die der Gemeinsame Ausschuss im Verteidigungsfall erlässt.<sup>118</sup> Zu solchen Mitteln zählen sunset-clauses, also zeitliche Befristungen der Gesetze, eng formulierte Tatbestandsvoraussetzungen sowie besondere verfahrensrechtliche Sicherungen für den Erlass der Maßnahmen, für die das Gesetz eine Ermächtigungsgrundlage bereit hält. Trotz aller Gefahren, die mit einem dauerhaften Notstand verbunden sind, ist es allemal Vorteil der gesetzlichen Regelung, dass sie nach der europäischen Verfassungspraxis einer umfassenden parlamentarischen und gerichtlichen Kontrolle unterliegt und damit im Sinne Montesquieus zur Sicherung der Freiheit des Einzelnen auch in Notstandssituationen beiträgt.

---

<sup>112</sup> Hoffmann-Riehm (Anm. 92), S. 499.

<sup>113</sup> Kotzur (Anm. 91), S. 358.

<sup>114</sup> G. Agamben, Ausnahmezustand, 2004, S. 7ff.; siehe auch: Böckenförde (Anm. 84), S. 1882, Kotzur (Anm. 91), S. 355.

<sup>115</sup> D. Dyzenhaus, Humpty Dumpty Rules or the Rule of Law: Legal Theory and the Adjudication of National Security, Australian Journal of Legal Philosophy 28 (2003), im internet unter <http://ssrn.com/abstract=319100>, S. 41 (zuletzt besucht am 15.2.2010).

<sup>116</sup> Klein (Anm. 5), § 169 Rdnr. 4.

<sup>117</sup> Ferejohn/Pasquino (Anm. 2), S. 215.

<sup>118</sup> Art. 115k GG.