

MALTE JOHANNES BECKER

Notverordnung und Decreto-Legge

*Beiträge zur Rechtsgeschichte
des 20. Jahrhunderts*

114

Mohr Siebeck

Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts

herausgegeben von

Thomas Duve, Hans-Peter Haferkamp, Joachim Rückert
und Christoph Schönberger

114



Malte Johannes Becker

Notverordnung und Decreto-Legge

Der Ausnahmezustand in den Verfassungstraditionen
Deutschlands und Italiens

Mohr Siebeck

Malte Johannes Becker, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaft in Bonn und Strasbourg; 2016 Erstes Juristisches Staatsexamen; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Deutsche u. Rheinische Rechtsgeschichte an der Universität Bonn; Forschungsaufenthalt an der Biblioteca del Senato, Rom; 2019–2021 Rechtsreferendariat in Bonn, Bangkok und Düsseldorf.

ISBN 978-3-16-159362-8 / eISBN 978-3-16-159363-5
DOI 10.1628/978-3-16-159363-5

ISSN 0934-0955 / eISSN 2569-3875 (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2019 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertationsschrift angenommen.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Prof. Dr. Mathias Schmoeckel. In der Zusammenarbeit am Bonner Institut für Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte hat er mir die Möglichkeit gegeben, in aller Freiheit und doch konzentriert meinen eigenen wissenschaftlichen Interessen nachzugehen, den Erfolg des Projekts immer im Blick.

Herrn Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und die spannende Disputation.

Verbunden bin ich allen Mitarbeitern des Instituts, die mich auf diesem Weg begleitet haben, vor allem nenne ich PD Dr. Matthias Maetschke, der mir ein unersetzlicher Ansprechpartner war.

Jenseits der Alpen danke ich besonders Prof. Orazio Condorelli und Prof. Rosalba Sorice für die freundliche Aufnahme am rechtshistorischen Institut in Catania. Prof. Alfonso Celotto in Rom stand mir als Gesprächspartner zur Verfügung und überließ mir sein Buch.

Ich danke den Mitarbeiterinnen der Universitätsbibliothek Bonn, für die Bereitstellung einer exzellenten Infrastruktur.

Die Arbeit wäre nicht entstanden ohne meine Freunde und Familie. Ich danke meinem Firmpaten, Herrn Michael Stein, für seine Unterstützung. Meine Mutter hat das Manuskript mehrfach korrigiert und viel zur Redaktion beigetragen.

Ich widme die Arbeit meinen Eltern und meiner Schwester.

Bonn, am Beginn des Jahres 2020

Malte Becker

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Abkürzungsverzeichnis.....	XIII
Einleitung.....	1
A. Heranführung.....	1
B. Fragestellung.....	4
C. Thesen.....	6
D. Methode.....	8
I. Der Ausnahmezustand als Rechtsproblem.....	8
1. Wie reagiert der Staat auf Bedrohungen?.....	8
2. Das Dilemma.....	12
3. Notwendigkeit eines Blickes auf die gesamte Rechtsordnung.....	13
II. Methodische Folgerungen.....	15
1. Begriffliche Klarheit.....	15
2. Rechtsvergleichung?.....	17
III. Gang der Untersuchung.....	18
IV. Forschungsstand.....	19
E. Vorgeschichte in Frankreich.....	20
Kapitel 1: Deutschland.....	23
A. Notgesetzgebung bis zum Ersten Weltkrieg.....	23
I. Die Notgesetzgebung als Streitpunkt zwischen Liberalismus und Reaktion.....	23
1. Die Verfassungen der deutschen Einzelstaaten.....	23

2. Zusammenfassung	27
II. Methodenwandel in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts	28
1. Ausgangslage: Die Historische Rechtsschule	28
2. Methodenwandel.....	30
a) Übergang zum Voluntarismus.....	30
b) Der deutsche Hochkonstitutionalismus.....	32
3. Die positivistische Konzeption führt zur Aufgabe der notrechtlichen Tradition.....	33
III. Die Notverordnung zwischen Revolution und Reichsverfassung	37
1. Lösung des Konflikts und Übergang in den staatsrechtlichen Positivismus.....	36
2. Das Notverordnungsrecht in den Verfassungen.....	37
a) Paulskirche	37
b) Preußische Verfassung.....	37
aa) Erlass der Verfassung	37
bb) Der Preußische Verfassungskonflikt	40
IV. Die Notverordnung unter der Bismarckschen Reichsverfassung	42
V. Die Notverordnung im Ersten Weltkrieg.....	44
VI. Zusammenfassung.....	45
B. Die Notverordnung in der Weimarer Reichsverfassung	46
I. Das Bürgertum an der Macht.....	46
II. Art. 48 der Reichsverfassung.....	46
1. Der Weg der Verfassung.....	46
a) Hugo Preuß als Schöpfer der Verfassung.....	46
b) Die Grundgedanken nach dem Entwurf von Hugo Preuß	48
c) Die Vorschrift zur Diktaturgewalt.....	49
2. Zusammenfassung zum Prozess der Verfassungsgebung	52
III. Das Notverordnungsrecht von 1919 bis 1930	52
1. Politische Entwicklung	52
2. Staatsrechtslehre 1919–1930: Auf der Suche nach neuen methodischen Grundlagen	54
a) Der „Weimarer Methodenstreit“	54
b) Die „Herrschende Lehre“	55
c) Carl Schmitt	59
d) Methodendiskussionen auf den Staatsrechtslehrertagungen	61
e) Das „Handbuch des Staatsrechts“ als Zusammenfassung der Epoche	63
IV. Das Präsidialregime 1930–1933	65
1. Praxis	65
2. Das Problem des funktionsunfähigen Parlaments und die Lösungen der Staatsrechtslehre.....	65

3. Zusammenfassung der Diskussion.....	70
V. Nationalsozialismus	70
1. Praxis des Notrechts	70
2. Carl Schmitt und die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens.....	71
3. Zusammenfassung	74
C. Die Notgesetzgebung in den Beratungen der Nachkriegsverfassung	74
I. Neuanfang der Praktiker	74
II. Vorgeschichte des Parlamentarischen Rates.....	75
1. Notgesetzgebung in den Landesverfassungen	75
2. Vorentwürfe.....	77
a) Vorarbeiten in einzelnen Parteien	77
b) SPD	78
c) CDU und CSU	82
d) Zusammenfassung zu den Vorentwürfen.....	85
3. Der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee	85
a) Zustandekommen und Aufbau	85
b) Beratung im Unterausschuss III.....	87
c) Diskussion im Plenum.....	87
d) Ergebnis des Verfassungskonventes	88
III. Aufbau und Arbeitsweise des parlamentarischen Rates.....	89
1. Der Geist des Konsenses.....	89
2. Aufgabe und Natur des Ergebnisses	89
3. Parlamentarischer Rat und Rechtstheorie	90
4. Die Rolle der Alliierten	95
IV. Das Notstandsrecht im Parlamentarischen Rat	96
1. Merkmale der Diskussion	96
2. Oktober 1948 – Walter Menzel und der Organisationsausschuss.....	99
a) Begrenzung des Notstandsrechts auf den „technischen Notstand“	99
b) Analyse	100
3. Dezember 1948 – Die Änderungsvorschläge des Allgemeinen Redaktionsausschusses	101
a) Der „Gesetzgebungsnotstand“ als Gegenentwurf	101
b) Analyse	103
4. Dezember – 1948 Der Versuch eines Kompromisses.....	104
a) Annahme des „technischen Notstandes“	104
b) Diskussion um den „Gesetzgebungsnotstand“	104
5. Zusammenfassung	106
6. Eine Stimme aus Weimar	106
7. Hauptausschuss.....	107
8. Die Streichung des „technischen Notstandes“	109

V. Zusammenfassung zum Parlamentarischen Rat	111
1. Die Quadratur des Kreises	111
2. Argumentationen mit dem Art. 48	113
VI. Zusammenfassung und Ausblick zum Deutschen Teil	114
1. Das Ergebnis von Bonn	114
2. Die Diskussion um die „Notstandsgesetze“ und die Reform von 1968	114
3. Parlamentarischer Rat und Assemblea Costituente.....	116
 Kapitel 2: Italien	 118
A. Methodische und institutionelle Grundlagen	118
I. Erlass des Statuto Albertino	118
II. Das Statuto als Rechtsquelle.....	120
III. Verfassungsleben im Königreich Italien	122
1. Organe	122
2. Wahlrecht.....	124
3. Verfassungsleben im Italia liberale.....	126
IV. Vittorio Emanuele Orlando und die italienische Wissenschaft vom Öffentlichen Recht	129
1. Ein junger Meister aus Palermo	129
2. Methodenlehre zwischen deutschen und französischen Vorbildern	132
B. Die Notgesetzgebung bis zum Ersten Weltkrieg.....	134
I. Vom Statuto Albertino bis zur Krise des Italia liberale (1848–1890).134	
1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Statuto Albertino	134
2. Praxis des Decreto-Legge	136
3. Wissenschaftliche Behandlung des Decreto-Legge	137
4. Das Urteil des Kassationsgerichtshofes vom 17. November 1888 138	
a) Die Entscheidung und ihre Begründung	138
b) Reaktionen der Literatur	141
c) Fazit.....	143
II. Vom Decreto-Pelloux bis zum Ersten Weltkrieg (1890–1913).....	143
1. Praxis der Dekretgesetzgebung.....	143
2. Staatsrechtslehre	146
a) Notgesetzgebung.....	146
b) Santi Romano und der Institutionalismus	150
aa) Crisi dello stato – Crisi della legge	150
bb) Maurice Hauriou und die Theorie des Institutionalismus... 152	
cc) Romanos Konzept des Istituzionalismuo	154

dd) Zusammenfassung und Einordnung in den europäischen Kontext.....	157
c) Santi Romano und die Decreti-Legge.	158
d) Fazit	160
C. Die Notgesetzgebung vom Ersten zum Zweiten Weltkrieg	161
I. Krieg und Zusammenbruch des alten Systems	161
1. Historische Situation – Kriegseintritt und Ermächtigungsgesetze.	161
2. Die Decreti-Legge nehmen überhand	162
3. Reaktionen auf die Flut der Decreti-Legge.....	164
a) Rechtsprechung.....	164
b) Literatur	166
c) Versuche einer gesetzlichen Regelung – das Progetto Scialoja	168
II. Der Faschismus	171
1. Politische Entwicklung	171
2. Rechtskultur des Faschismus	174
3. Die Decreti-Legge im Faschismus.....	177
a) Die ersten Jahre 1922–1926	177
b) Die legislative Neuordnung durch das Gesetz n. 100 vom 31.1.1926	179
aa) Das Decreto-Legge erfährt gesetzliche Anerkennung	179
bb) Die Praxis nach dem Gesetz n. 100	180
cc) Stellungnahmen der Literatur	181
dd) Zusammenfassung.....	183
c) Die Einrichtung der Camera dei Fasci durch das Gesetz vom 19. Januar 1939.....	183
aa) Das Ende des Parlaments	183
bb) Stimmen der Literatur	186
d) Gesamtbetrachtung zur Decretazione d’urgenza im Faschismus	187
D. Die Notgesetzgebung in den Beratungen der Nachkriegsverfassung	189
I. Eine Kontinuität der Staatsrechtslehre	189
II. Historische Situation	189
1. Der Sturz Mussolinis und die Entscheidung für eine neue Verfassung.....	189
2. Die Regierung des Statthalters gestützt auf die faschistischen Gesetze	191
3. Staatsrechtslehre und Assemblea Costituente.....	193
a) Professoren in Rom.....	193
b) Giuseppe Codacci-Pisanelli	195
c) Costantino Mortati	199

III. Konstituierung der Assemblée Costituente	200
1. Vorarbeiten	200
2. Die Wahl zur Nationalversammlung und das Referendum Istituzionale	204
3. Konstituierung der Assemblée und Aufbau	205
4. Arbeitsweise	206
IV. Der Weg der Dekretgesetzgebung	207
1. Relazioni	207
2. Kommission der 75	209
a) Diskussion	209
b) Zusammenfassung	213
3. Diskussion im Plenum	214
a) Die Verfassung schweigt	214
b) Der Beitrag Codacci-Pisanellis im Oktober 1947	215
aa) Inhalt	215
bb) Analyse	217
cc) Der weitere Gang der Diskussion	219
dd) Beschlussfassung	220
4. Analyse der Plenardebatte	221
a) Ergebnis – Ein Sieg Codacci-Pisanellis	221
b) Warum wollte Giuseppe Codacci-Pisanelli das Decreto-Legge in der Verfassung festschreiben?	221
c) Warum waren seine Argumente so erfolgreich?	223
E. Zusammenfassung zum italienischen Teil	224
 Schluss	 226
A. Ein methodischer Unterschied	226
I. Beamte in Bonn, Professoren in Rom	226
II. Tradition in Italien, Technik in Deutschland	228
B. Der Blick auf das Recht	229
I. Geschichte als Argument	229
II. Ausnahmezustand	230
Quellen- und Literaturverzeichnis	233
Personenregister	253
Sachregister	255

Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
ADB	Allgemeine Deutsche Biographie
AöR	Archiv des Öffentlichen Rechts/Archiv für öffentliches Recht
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bearb.	Bearbeiter/in
Bd.	Band
ca.	circa
CDU	Christlich Demokratische Union
ders./dies.	der-/dieselbe
Diss.	Dissertation
D.L.	<i>Decreto-Legge</i>
Dok.	Dokument
DP	Deutsche Partei
ebd.	ebenda
FDP	Freie Demokratische Partei
f(f).	folgende Seite(n)
Fn.	Fußnote
fol.	folio / folium / Blatt
Giur. It.	Giurisprudenza Italiana
Hrsg.	Herausgeber
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
Hrsg.	Herausgeber
insb.	insbesondere
JbdÖffR	Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart
JuS	Juristische Schulung
n.	<i>numero</i>
NDB	Neue Deutsche Biographie
n. F.	neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
o. O.	ohne Ortsangabe
o. V.	ohne Verfasserangabe
QFIAB	Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken
r.d.l.	<i>regio decreto-legge</i>
RgBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen

RivDirCostAmm	Rivista di diritto costituzionale e amministrativo
RivDPPubAmm	Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia
RivDPGiuAmm	Rivista di diritto pubblico – La giustizia amministrativa
Rn.	Randnummer
r.d.	decreto reale
S.	Seite(n)
Sp.	Spalte
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
u.a.	und andere / unter anderem
vgl.	vergleiche
VSWG	Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZfGuRiPr	Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZRG (GA)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung

Einleitung

*Non la realtà si deve – dal giurista – subordinare al concetto,
ma questo a quella.¹*

A. Heranführung

Der Begriff der Notverordnung wird in Deutschland allgemein mit dem Untergang der Weimarer Republik assoziiert. Dies führt zu der Vermutung, der Missbrauch von Notgesetzgebungsinstrumenten sei eine typisch deutsche Erscheinung.

Dabei fügt sich die deutsche Geschichte der Zwischenkriegszeit auch in diesem Fall in eine gesamteuropäische Entwicklung ein. In vielen europäischen Staaten war nach dem Ersten Weltkrieg zu beobachten, wie sich der Aktionsradius der Exekutive immer weiter in den Kernbereich des Legislativen verschob.² Nicht allein in Deutschland war dieser Prozess durch den exzessiven Einsatz von Notgesetzgebungsinstrumenten begleitet. Alle europäischen Staaten befanden sich in den Jahren zwischen den beiden Weltkriegen in einem tiefgreifenden Transformationsprozess und einer Umwälzung von Werten. Eine ganz manifest empfundene Verunsicherung, ein Unbehagen an der neuen Staatsform und die damit einhergehende Krise des, meist noch jungen, Parlamentarismus waren verbreitet die Folge.³

Als spezifisch deutsch wird jedoch auch die Tatsache gesehen, dass die Lücken und Ungenauigkeiten der Notstandsverfassung entscheidend zum Untergang der Demokratie beigetragen haben und, dass der Parlamentarische Rat daraufhin auf die Verabschiedung einer Notstandsverfassung im Grundgesetz von 1949 verzichtete. Der düster verhangene Begriff des „Ausnahme-

¹ Romano, L'ordinamento giuridico, ³1977, 53.

² Auf diese Perspektive wies bereits *Tingsten*, *Les pleins pouvoirs*, 1934, 334 f, hin. Er sah darin ein Symptom der Krise der repräsentativen Demokratie in ganz Europa. Vgl. auch die aktuellen Arbeiten bei *Meriggi* (Hrsg.), *Parlamenti di guerra*, 2017.

³ Dies betont *Schnur* völlig zu Recht an Hand des französischen Ermächtigungsgesetzes vom 10.7.1940. *Schnur*, *Vive la République* oder *Vive la France*, 1982, 10 f.

zustandes“ und sein furchtbarer Vater Carl Schmitt⁴ erscheinen dann als mit dem Grundgesetz überwundene Relikte einer schlechteren Zeit. Schließlich enthält die Bonner Verfassung von 1949 keine Bestimmung, die zum Erlass von notfallmäßigen Anordnungen mit Gesetzeskraft durch die Exekutive – Notverordnungen– ermächtigen würde. So hat sich scheinbar eine nachvollziehbare historische Kausalität erfüllt.

Die vorliegende Arbeit tritt der Ansicht entgegen, dass sich im Bonner Grundgesetz eine notwendige Pfadabhängigkeit der deutschen Geschichte verwirklicht habe.

Sie geht von der These aus, dass der ‚Ausnahmestand‘, soweit man sich in aller Vorsicht dieses Sammelbegriffes bedienen will, nur verdrängt, aber nicht verboten werden kann⁵. Sie sucht nachzuweisen, dass der deutsche Umgang mit dem Phänomen der Notstandsgesetzgebung weniger von überragender politischer oder rechtswissenschaftlicher Weisheit geprägt war als von Vorverständnissen, die sich aus der fachlichen Prägung der Beteiligten ergaben.

Zu diesem Zweck wird ein Vergleich zum Umgang mit dem Problem der Notgesetzgebung in Italien angestellt. Dieser Vergleich wird deutlich machen, wie das angesprochene Problem in allen modernen Staaten auftaucht und wie es nur mit einer begrenzten Auswahl an Mitteln gelöst werden kann.

Italien bietet aus mehreren Gründen einen Kontrast, der Erkenntnisgewinn verspricht. So zeigen nicht nur die allgemeine Geschichte Deutschlands und Italiens einen auffallenden Gleichlauf, der etwa in der vergleichsweise späten Einigung, der Niederlage im Weltkrieg und einer faschistischen Diktatur zum Ausdruck kommt. Es ist gerade der Umgang mit Notgesetzgebungsinstrumenten, der besonders in diesen beiden Ländern Ähnlichkeiten aufweist. Hier wie dort gehören sie an der Wende zum 20. Jahrhundert zum festen Bestand verfassungsrechtlicher Einrichtungen. Hier wie dort entwickeln Notgesetzgebungsinstrumente während und nach dem Ersten Weltkrieg ein Eigenleben, in dem das Parlament seine Rolle als regelmäßige Gesetzgebungsinstanz verliert. Hier wie dort folgen auf diese Phase die Diktatur und der Krieg. Und doch gibt es heute in Europa wohl keine zwei Länder, die im Bezug auf die

⁴ 1888–1985. Die Literatur zu seiner Biografie ist unübersehbar. Vgl. daher hier nur das aktuelle Handbuch *Meierhenrich/Simons* (Hrsg.), *The Oxford handbook of Carl Schmitt*, 2016 sowie die Biografie *Mehring*, Carl Schmitt, 2009 und die weiteren Verweise im Buch.

⁵ *Böckenförde* hat den Begriff des „verdrängten Ausnahmestandes“ geprägt. *Böckenförde*, *Der verdrängte Ausnahmestand*, NJW 31 (1978), 1881 ff. Vgl. auch *Schröder*, *Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaates*, AöR 103 (1978), 121 ff. Bereits 1949 äußerte sich *Werner Weber* in einer Göttinger Antrittsvorlesung ähnlich. *Weber*, *Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz*, 1949, 22 f. Hierauf weist *Stolleis*, *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost*, 2012, 130 f. hin.

Notgesetzgebung so unterschiedliche Vorstellungen und Positionen einnehmen wie Deutschland und Italien.

Schließlich ist der Topos der ausnahmemäßigen Verschiebung von Gesetzgebungskompetenzen vollständig aus dem deutschen Staatsleben verschwunden. Die Notstandsverfassung, die 1968 im Nachgang zum Grundgesetz verabschiedet wurde, ist in Vergessenheit geraten, ihre überbordenden Sicherungsmechanismen gegen alle denkbaren Formen des Missbrauchs lassen ihre Praktikabilität im Ernstfall eher zweifelhaft erscheinen.⁶

In Italien hingegen spielen die *Decreti-Legge*, unmittelbar wirksame Anordnungen der Exekutive, die dem Parlament zur Genehmigung vorgelegt werden müssen, eine ganz wesentliche Rolle im Alltag der Gesetzgebung.⁷ Art. 77 der Verfassung lässt den Erlass solcher Maßnahmen in Fällen „dringender und absoluter Notwendigkeit“ zu, was bedeutet, dass eine Maßnahme in diesem Wege eigentlich nur ergehen darf, wenn die Entscheidung so dringend ist, dass die Herbeiführung eines Parlamentsbeschlusses nicht abgewartet werden kann.

Solche Dekrete werden jedoch weit überwiegend eingesetzt, um Maßnahmen durchzusetzen, die keine solche Dringlichkeit erkennen lassen. Eine Statistik des wissenschaftlichen Dienstes des italienischen Parlaments kam zu dem Ergebnis, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 77 der Verfassung nur bei etwa 20% aller erlassenen Dekrete seit Gründung der Republik wirklich vorgelegen hätten.⁸ Cazzola konnte 1975 feststellen, dass zwischen 1948 und 1974 insgesamt 37% der italienischen Gesetzgebung aus Regelungen bestand, die zunächst von der Regierung im Wege eines Dekrets erlassen worden waren.⁹

Während die deutsche Rechtsordnung also im Umgang mit Not- und Ausnahmefällen ungeübt scheint, sind sie im Staatsleben Italiens geradezu omnipräsent.

Der Punkt, ab dem die Entwicklung der Notgesetzgebung in Deutschland und Italien sich wesentlich unterschiedlich vollzieht, kann bei der Verabschiedung der beiden Nachkriegsverfassungen verortet werden. Während der Parlamentarische Rat im Grundgesetz, wie erwähnt, auf eine Bestimmung zu Notverordnungen verzichtet, verabschiedet die Italienische Nationalversammlung beinahe zeitgleich den genannten Art. 77 der Italienischen Verfassung.

⁶ Herzstück der Reform ist der Abschnitt Xa. des Grundgesetzes, der die Geltung der Notstandsverfassung auf den Fall eines bewaffneten Angriffs auf das Bundesgebiet vertagt, vgl. Art. 115a I des Grundgesetzes.

⁷ *Simoncini* (Hrsg.), *L'emergenza infinita*, 2006, 63.

⁸ *Simoncini*, *Le funzioni del Decreto-legge*, 2003, 345 f.

⁹ *Cazzola/Predieri/Priulla*, *Il decreto legge fra governo e parlamento*, 1975, 3. Vgl. zur Bedeutung des Instituts im geltenden Recht vor allem *Paladin*, *Le fonti del diritto italiano*, 1996, 235 ff.

Insofern vollzieht das Grundgesetz einen deutlichen Bruch mit der vorherigen Verfassungstradition, der sich im Werk der Italienischen Nationalversammlung nicht in vergleichbarer Weise findet.

Deutsche und Italiener verstehen einander nicht mehr. Einem deutschen Juristen ist nicht zu vermitteln, weshalb der zweckwidrige Einsatz von Notgesetzgebungsinstrumenten in Italien auch nach Jahrzehnten nicht abgestellt wurde und umgekehrt reagieren italienische Kollegen ungläubig, wenn sie erfahren, dass die Notstandsverfassung des Grundgesetzes seit ihrer Verabschiedung nicht zur Anwendung gekommen sei.¹⁰

B. Fragestellung

Betrachtet man die Argumentation in den beiden Nationalversammlungen, so fällt vor allem ein Unterschied ins Auge. Wenn es um die Frage geht, wie viel Vertrauen man der Regierung bei der Handhabung des Notstandsrechts zugeht, war die Italienische Nationalversammlung im Ergebnis relativ großzügig. In der entscheidenden Sitzung wurde die Notgesetzgebung unter anderem mit dem Argument durchgesetzt, dass die Regierung die Verfassung einfach brechen würde, wenn keine Möglichkeit zum Erlass solcher Verordnungen bestehe. Dabei wurde zwar über die Gefahr des Missbrauchs diskutiert, diese Sorge brachte die Beteiligten aber nicht dazu, das Notstandsrecht fallen zu lassen. Vielmehr kodifiziert der Art. 77 der Italienischen Verfassung bis heute eine Praxis, die in ihren Grundzügen bereits in der Zeit des Faschismus und lange davor gehandhabt wurde.

In Deutschland zeigt sich ein vollständig anderes Bild. Hier konnten die Sicherungsmaßnahmen gegen Missbrauch gar nicht weitreichend genug sein. War auf dem vorbereitenden Herrenchiemseer Verfassungskonvent noch geplant, die Regierung als Einzelorgan mit dem Erlass von Notverordnungen zu betrauen, wurde dieser Vorschlag bereits kurz nach Beginn der Beratungen zu Gunsten einer stark ausdifferenzierten Klassifikation von Notstandsbestimmungen fallen gelassen. Immer mehr Organe sollten als hemmendes Korrektiv ihre Zustimmung zu Notmaßnahmen geben müssen, bis es schließlich praktisch alle waren.¹¹

Worin liegt dieser Unterschied begründet? Sind Italiener allgemein sorgloser oder zumindest weniger misstrauisch gegenüber ihrer Regierung? Neigen

¹⁰ Diese Aussagen basieren auf Erfahrungen, die der Verfasser bei der Vorstellung des Dissertationsprojekts gemacht hat.

¹¹ In dem von Art. 81 GG vorgesehenen Verfahren können Bundesregierung, Bundespräsident und Bundesrat sich zusammenschließen, um eine Gesetzesvorlage unter Umgehung des Bundestages zu verabschieden.

Deutsche zu einer pessimistischeren Perspektive, die Risiken höher gewichtet als die Vorteile einer funktionierenden Notstandsverfassung?

Ein ernsthafter Vergleich kann bei der historischen Perspektive ansetzen, die den Mitgliedern der beiden Verfassungsgremien vor Augen stand. In beiden Ländern war die Diktatur gerade durch den verlorenen Krieg beendet worden. Beide Nachkriegsverfassungen stellen den Versuch eines Neuanfangs dar, in dem Fehler und Defizite aus der Vergangenheit beseitigt werden sollen.

Wenn Deutschland und Italien sich in der historischen Erfahrung nicht grundlegend, in der getroffenen Entscheidung jedoch sehr unterscheiden, muss etwas anderes hinzutreten, das diese Entwicklung plausibel erscheinen lässt. Blickt man genauer auf die Quellen, fällt auf, dass die getroffenen Entscheidungen eher schlecht begründet sind. In der Nationalversammlung wird letztlich nicht hergeleitet, warum man die Notgesetzgebung nicht ausschließen könne, sondern sie besser in die Verfassung aufnehmen müsse. In Bonn werden gleichzeitig ebenso undifferenziert Aussagen getätigt wie: „Das Notverordnungsrecht führt geradewegs in die Diktatur hinein“.¹² Der letzte Verzicht auf die Notverordnungsbestimmung erscheint danach eher willkürlich.¹³

Dies legt nahe, dass die eigentlich ausschlaggebenden Gründe sich nicht in der Argumentation finden, sondern ein fundamental unterschiedliches Vorverständnis bestand, das zu diesen unterschiedlichen Ergebnissen führte. Bestimmte Argumente, Annahmen und Unterstellungen waren demnach bereits vor Beginn der Diskussion durch eine geistige Haltung der Beteiligten vorgegeben. Sie wurden akzeptiert, ohne dass man sie detailliert hätte begründen müssen.

Worin lag dieses unterschiedliche Vorverständnis begründet, das in Bonn im Wesentlichen zur Abschaffung der Notgesetzgebung geführt hat, während sie in Italien beibehalten wurde? Warum bringt die Verfassung der Italienischen Republik den Adressaten des Notstandsrechts so viel mehr Vertrauen entgegen, als es das Grundgesetz tut? Das soll die zentrale Fragestellung dieser Arbeit sein.

Sie berührt damit mehrere Erkenntnisinteressen. Zunächst befasst sie sich *in concreto* mit Notstandsbestimmungen. Diese sind am Beginn des 21. Jahrhunderts in Deutschland praktisch in Vergessenheit geraten, kommen jedoch

¹² So Löwenthal im Organisationsausschuss Der Parlamentarische Rat, Band 13.2, 2002, 847.

¹³ Oberreuter, Notstand und Demokratie, 1978, 122. Die Normierung wurde „ausgiebig, die Nichtnormierung dagegen überhaupt nicht diskutiert und begründet.“

in vielen Ländern Europas und darüber hinaus in neue Anwendungsfelder.¹⁴ Die Frage danach, warum Deutschland bereits den Gedanken an seine Notstandsverfassung praktisch abgeschafft hat, ist daher aktueller denn je. Der national unterschiedliche Zugang zu dem Problem kann hier neue Perspektiven weisen.

C. Thesen

Die Arbeit untersucht die These, dass der maßgebliche Unterschied in der Behandlung des Ausnahmezustandes in den beiden Nationalversammlungen durch die vorausgesetzte juristische Methode bedingt ist.¹⁵ Die in den Verfassungsberatungen getroffenen Entscheidungen wurden dadurch determiniert, ob die Beteiligten das Recht als ein organisches oder mechanisches System auffassten. Ob das Recht also als über der Wirklichkeit liegende Sollensebene oder als intensiv mit ihr zusammenhängend gedacht wurde.

Die Abgeordneten des Parlamentarischen Rates verstanden unter dem Begriff „Gesetz“ einen prinzipiell willkürlichen Voluntativakt der anordnenden Instanz, die in der Demokratie das Parlament sein muss. Insbesondere Vertreter der SPD sahen die Verfassung als Mechanismus, der das Parlament durch bestimmte Anreize daran hindern sollte, sich, so ein verbreiteter Topos, der Entscheidungsverantwortung zu entziehen. Die Grundgesetzschrift des Art. 81 ist das Produkt der Angst vor einem hinter dem Parlament stehenden Ersatzgesetzgeber.

Gleichzeitig war in ihrem Denken die rechtlich verfasste Gemeinschaft durch die geschriebene Verfassung konstituiert. Die Mitglieder des Parlamentarischen Rates legten ihrer Arbeit unbewusst einen gesetzespositivistischen Rechtsbegriff zu Grunde. Recht war danach allein eine Setzung des erlassenden Organs. Daher musste es Ihnen schwerfallen, den Verfassungsakteuren einen eigenen Spielraum zur Abweichung von der Norm zuzugestehen.

Diese Haltung resultierte in immer elaborierteren Versuchen einer Risikominimierung im Normtext selbst. Die entsprechenden Vorschriften wurden dadurch jedoch so überkomplex und schließlich absurd, dass im Falle des Notverordnungsrechtes ganz auf sie verzichtet wurde. Die aus der Tradition

¹⁴ Ein wichtiges Beispiel unserer Tage sind die Vorgänge in Frankreich und der Türkei. Dass diese sehr unterschiedlichen Phänomene mit dem Sammelbegriff „Ausnahmezustand“ bezeichnet werden, offenbart, wie problematisch er ist. Vgl. zur türkischen Rechtslage *Göztepe*, Die Praxis des Ausnahmezustandes im Südosten der Türkei, in: Lemke (Hrsg.), Ausnahmezustand, 2017, 105 ff. Vgl. zur französischen Rechtslage die folgenden Hinweise, insb. Einleitung Fn. 21.

¹⁵ Zum Begriff der Methode vgl. *Schröder*, Recht als Wissenschaft, 2012, 1.

bekannte Argumentation eines überpositiven *Jus necessitatis*¹⁶ wurde von den Abgeordneten des Parlamentarischen Rates ignoriert oder war ganz unbekannt.

In Italien waren Vorstellungen eines überpositiven Notrechts hingegen in viel größerem Maße anerkannt. Die Befürworter der Notgesetzgebung konnten sich auf eine lange Tradition in Rechtsprechung und Literatur stützen, die die Zulässigkeit von Notmaßnahmen der Regierung aus einer *potestas extraordinaria*¹⁷ folgte. Diese entziehe sich der gesetzlichen Regelung.

Zentrale Argumentationslinien derjenigen, die für die Einfügung der Dekretgesetzgebung in die italienische Verfassung waren, lassen sich mit der Forderung nach einem lebensnahen, an den sozialen Realitäten orientierten Recht kontextualisieren, die in Italien bereits seit den 1880er Jahren erhoben wurde. Eine Systematisierung und Vertiefung fanden diese Ansätze in der Schule des *Istituzionalismo*, die auf die Arbeiten des Rechtsphilosophen Santi Romano¹⁸ zurückgeht.

Die methodischen Fragen stehen dabei nicht isoliert von der politischen Entwicklung. Der staatsrechtliche Positivismus des ausgehenden 19. Jahrhunderts erwuchs in Deutschland aus dem Gegensatz zwischen Reaktion und Liberalismus. Er war das Mittel, mit dem das liberale Bürgertum die exekutive Machtausübung begrenzte und das Erreichte sicherte, indem sie sie an der Verfassung festhielt.¹⁹ Im Moment dieser Genese waren bereits die negativen Entwicklungen angelegt, die das 20. Jahrhundert prägen sollten. Die Begrenzung des Rechts auf die textuell formulierte Anordnung des Gesetzgebers

¹⁶ Vgl. zum Begriff vor allem *Boldt*, Ausnahmezustand, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, 1974, 343 ff.; *De regulis iuris n. LXXVIII* „In argumentum trahi nequeunt, quae propter necessitatem aliquando sunt concessa“. VI.5.12. *Richter/Friedberg*, *Corpus Iuris Canonici Pars secunda Decretalium collectiones*, 1955, 1123.

¹⁷ Vgl. nur *Alberico Gentili*, *Disputationes tres*, 1605, *Disputatio I*, 25. „Est & ordinaria, & etiam illa extraordinaria. Et sic diximus duplicem hanc potestatem in principe.“ *Saint-Bonnet*, *L'état d'exception*, 2001, 43 ff., 81 ff.; *Koller*, *Not kennt kein Gebot*, 2009, 107 ff.

¹⁸ *Santi Romano* (1875–1947), studierte in Palermo u.a. bei *Vittorio Emanuele Orlando* und war ab 1899 Professor in *Camerino* und an mehreren anderen Universitäten, bevor er 1928 nach Rom gelangte. Hier war er als Hochschullehrer und Richter am *Consiglio di Stato* tätig. Ab 1934 war er Mitglied des Senats. Bereits 1897 trat er mit Beiträgen im *Primo Trattato Completo del Diritto Amministrativo* hervor. 1940 wurde *Romano*, mit einer vierbändigen (!) Festschrift geehrt. *Romano/Zanobini/Orlando*, *Scritti minori*. 1. *Diritto costituzionale*, 1990. Ein Schriftenverzeichnis findet sich auf Seite XXIII f. Vgl. zur Biographie. *Calvino*, *Romano*, *Santi*, in: *Stolleis* (Hrsg.), *Juristen*, 2001, 539; *Schnur/Daum* (Hrsg.), *Die Rechtsordnung*, 1975, 17; *Zanobini*, *Necrologio Romano*, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 279–280; 282. *Romano* beherrschte offenbar hervorragend Deutsch, was sich aus der umfangreichen Heranziehung deutscher Literatur in seinen Werken ergibt.

¹⁹ *Stolleis*, *Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft*, 1992, 276.

unter Abscheidung aller außerjuristischen Zusammenhänge ließ den Blick für Maß und Ziel der Notstandsmaßnahmen verloren gehen.

Die Italienische Nationalversammlung tagte unter anderen Voraussetzungen. An den italienischen Fakultäten war zwar seit den 1860er Jahren die deutsche staatsrechtliche Methode übernommen worden. Dies war jedoch nicht unkritisch geschehen. Stets blieb im italienischen Rechtsdenken Raum für übergesetzliche Prinzipien und den Grundsatz *necessitas non habet legem*. Das Notrecht fand seinen Platz hier nicht in erster Linie im Gegensatz zwischen Regierung und Parlament, wenn dieser Gesichtspunkt auch freilich nicht vollständig zu leugnen ist.

Die These lässt sich wie folgt zusammenfassen: Ob die Notgesetzgebung zugelassen wurde, bestimmte sich danach, ob die Beteiligten die Quelle des Rechts allein in den Normen oder in einer metaphysischen Entität²⁰ sahen. Insofern stand ein voluntaristischer Positivismus in Deutschland dem italienischen Institutionalismus gegenüber. Andere Erklärungsansätze, wie die Annahme einer mechanischen historischen Kausalität, treten dahinter zurück.

Rechtsmethodische Vorstellungen gelangten auf unterschiedlichen Wegen in die Beratungen. Während in Italien prägende Vertreter der Staatsrechtslehre selbst an den entsprechenden Kommissionen teilnahmen und ihre Ansichten durchsetzten, waren die an der Erarbeitung der Vorschriften Beteiligten in Deutschland überwiegend Praktiker. Sie gingen ohne wesentliche theoretische Vorüberlegungen an ihre Arbeit und übernahmen lediglich, wo passend, Argumente aus der Weimarer Staatsrechtsliteratur. Die rechtstheoretische Arbeitsgrundlage wurde in Italien engagiert eingebracht, in Deutschland hingegen unbewusst vorausgesetzt.

In diesem Punkt spiegelt sich die Geschichte der jeweiligen Staatsrechtslehre im 20. Jahrhundert. Der Nationalsozialismus unterbrach die Lebensläufe so vieler deutscher Wissenschaftler, dass er gleichzeitig eine breite rechtswissenschaftliche Diskussion abschnitt. Dies war in Italien nicht in demselben Maße der Fall.

D. Methode

I. Der Ausnahmezustand als Rechtsproblem

1. Wie reagiert der Staat auf Bedrohungen?

Das Wort vom Ausnahmezustand wird verbreitet verwendet, sein Gebrauch verlangt jedoch nach begrifflicher und methodischer Reflexion. Hinter dem

²⁰ Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 1968, 291. Rütters spricht von einem „übergeordneten, außerjuristischen Zusammenhang“.

Begriff eröffnet sich ein weites Feld, in dem heute alle möglichen Phänomene diskutiert werden. Das reicht von rechtlich detailliert geregelten Einrichtungen, wie dem französischen *état d'urgence*²¹, bis hin zu Situationen, die lediglich etwas außergewöhnlich sind, aber keine unmittelbare juristische Wirkung haben.

Bevor das methodische Vorgehen der Arbeit weiter dargestellt werden kann, ist dringend eine begriffliche Präzisierung und historische Verortung dieses Untersuchungsgegenstands durchzuführen.

Dem Recht allgemein zu eigen ist zunächst einmal die generische Vorstellung, dass in einer Notsituation von Rechtsnormen abgewichen werden kann.²² Die römische Diktatur brachte diese Einrichtung in das Verfassungsrecht.²³ Mit diesem Mittel konnte der Grundsatz der zweifachen Besetzung aller Ämter (Dyarchie) durch die Einsetzung eines Diktators durchbrochen werden, der für begrenzte Zeit alle Vollmachten (*Imperium*) erhielt, um das Gemeinwesen aus einer Krisensituation zu erretten. Im zweiten nachchristlichen Jahrhundert entwickelte sich daneben die Möglichkeit, mit dem *Senatus Consultum Ultimum* eine besondere Bevollmächtigung der Konsuln, meist zur Niederschlagung von Aufständen, vorzunehmen.²⁴

Nicht nur die notfallmäßige Verschiebung der Kompetenzverteilung im Staatsrecht, sondern auch die Furcht vor ihrem Missbrauch sind antiken Ursprungs und somit ein in der abendländischen Geistesgeschichte lange präsender Topos.²⁵

²¹ Das französische Verfassungsrecht kennt zum einen den Ausnahmezustand *état d'exception* nach Art. 16 der Verfassung, in dem der Präsident frei von allen rechtlichen Bindungen auftritt. Er kam bisher nur ein einziges Mal im Zuge des Algerienkrieges (1958) zum Einsatz. Zum anderen existiert die einfachgesetzliche Regelung des Dringlichkeitszustandes *état d'urgence*, der im Wesentlichen eine polizeiliche Maßnahme darstellt. Er war von 2015 bis 2017 in Frankreich in Kraft. Vgl. umfassend zur französischen Rechtslage *Saint-Bonnet*, L'état d'exception, 2001, 15 ff. Wer das letztere Rechtsinstitut mit ‚Ausnahmezustand‘ bezeichnet, benutzt den Begriff falsch.

²² „L'idée de nécessité est de toute les époques et de tous le régimes“. *Lamarque*, La théorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution de 1958 *Revue du droit public* 1961, 558ff., 596. Vgl. zur Begriffsgeschichte des „Staatsnotstandes“ *Stolleis*, Staatsnotstand, in: *Erler/Kaufmann* (Hrsg.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte* Bd. 4, 1990, 1824–1826.

²³ *Lübnow*, Die römische Diktatur, in: *Fraenkel* (Hrsg.), *Der Staatsnotstand*, 1965, 91 ff.

²⁴ Berühmt geworden ist die Formel „videant consules ne quid res publica detrimenti capiat.“ Es mögen die Konsuln vorsorgen, dass die Republik keinen Schaden nehme. *Lübnow*, Die römische Diktatur, in: *Fraenkel* (Hrsg.), *Der Staatsnotstand*, 1965, 91 ff., 127.

²⁵ Vgl. nur die Kommentierung bei *Johannes Oldendorp*, *Opera*, Band I, 1966, *Eisagoga* XII. *Tabularum De officio dictatoris* 41 f. „Praetextu huius [d.i. die Diktatur] summi magistratus, primum Sylla, deinde Iulius Caesar, Romanam rempublicam oppresserunt: cum

Die mittelalterliche Kanonistik entwickelte dann den allgemeinen Grundsatz *necessitas non habet legem*²⁶, den die römischen Quellen nicht erwähnen.²⁷

Der Begriff des ‚Ausnahmestandes‘ suggeriert, dass es sich um ein einheitlich zu denkendes Problem handele, das schon immer in gleicher Weise bearbeitet worden wäre.²⁸ Diese Vorstellung ist jedoch anachronistisch.²⁹ Die Autoren des frühen 20. Jahrhunderts, in dem der Begriff aufkam, befassten sich zunächst einmal mit positivrechtlichen Instituten und erst auf einer höheren Ebene, wenn überhaupt, mit einem dahinter stehenden rechtsphilosophischen Problem.³⁰

non sex menses, sed semper retineren, scilicet ut sic dictatores dicti, euitarent nomen tyranidis.“

²⁶ In der entsprechenden Stelle im *Decretum Gratiani* geht es um die Frage, ob die Messe im Notfall auch am unrechten Orte gelesen werden dürfe. Hier wird festgehalten, dass es vorzugswürdig sei, auf die Messe zu verzichten, im Falle höchster Notwendigkeit aber eine Ausnahme gelte, da die Notwendigkeit kein Gebot kenne. „Satius [= Sanctus, M.B.] ergo est missam non cantare, aut non audire, quam in his locis, ubi fieri non oportet; nisi pro summa necessitate contingat, quoniam necessitas legem non habet“. *Decretum Gratiani Pars III, Distinctio I De consecratione, c. XI. Richter/Friedberg, Corpus Iuris Canonici Pars secunda Decretalium collectiones, 1955. Die regulae iuris von Papst Bonifaz VIII. bestimmten dann: „In argumentum trahi nequeunt, quae propter necessitatem aliquando sunt concessa“.* VI.5.12. *De regulis iuris n. LXXVIII.* Ebd., 1123. Vgl. zum Begriff der *necessitas* allgemeiner *Boldt, Ausnahmestand*, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, 1974, 343 ff.

²⁷ Diesen Hinweis verdanke ich *Pierangelo Buongiorno*. Allein bei *Publilius Syrus* findet sich der Grundsatz „*Necessitas dat legem, non ipsa accipit.*“ *Publil. Syr. N 23 (sent. 444)*.

²⁸ Hier ist erhebliche begriffliche Verwirrung zu besorgen, da selbst Untersuchungen der Verfassungsgeschichte Notverordnungsrecht und Belagerungszustand unterschiedslos mit der Bezeichnung Ausnahmestand belegen. Vgl. *Raithel/Streng*, *Die Reichstagsbrandverordnung*, *VfZG* 48 (2000), 413 ff.

²⁹ Insofern verfahren Studien, die den Begriff voraussetzen, um dann seiner Bedeutung nachzugehen, eigentlich in verkehrter Reihenfolge.

³⁰ Genauso ging *Carl Schmitt*, vor, als er in seinem 1917 erschienenen Aufsatz zum Thema die „als Belagerungszustand, Kriegszustand oder Diktatur bezeichneten Ausnahmestände“ behandelte. Das Wort entstand hier als Begriff, der das Allgemeine der positiv normierten Institute zu fassen suchte. *Schmitt, Diktatur und Belagerungszustand*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 38 (1917), 131, 138ff. Die Darstellung knüpfte an den Beitrag von *Rosenberg* an, der jedoch noch wesentlich stärker den positiven Formen verhaftet war, vgl. *Rosenberg, Die rechtlichen Schranken der Militärdiktatur*, *ZfdgStrafRWiss* 37 (1916), 808ff. Der Beitrag von *Endres, Kriegszustand. Belagerungszustand. Standrecht.*, *AöR* 19 (1925), 548ff. beginnt seine Darstellung beim Belagerungszustand, um dann, wegen der erweiterten Bedeutung des Instituts, über eine neue Benennung nachzudenken. Hier gerät er auf die Bezeichnung „Ausnahmestand“, wobei damit wei-

Es ist daher von entscheidender Bedeutung, sich den Ursprung des modernen Staatsnotrechts klarzumachen. Erst in den Verfassungen des 19. Jahrhunderts stellt sich das Problem des Ausnahmerechts in den positivrechtlichen Formen, die es in der Neuzeit erhält. Diese sind Belagerungszustand und Notverordnung. Beide Institute stellen legislative Versuche eines Umgangs mit dem Problem dar, das sich mit dem Übergang in den Staat mit geschriebener Verfassung stellte.

Daher sollen zunächst der Belagerungszustand und die Notgesetzgebung näher untersucht werden.

Der „Belagerungszustand“ wurde aus den Wirren der Französischen Revolution geboren³¹ und später in Deutschland übernommen. Maßgeblich war hier das Preußische „Gesetz über den Belagerungszustand“ vom 4.6.1851.³² Es handelte sich dabei ausschließlich um eine Ermächtigung, die sich an den Befehlshaber einer belagerten Stadt oder Festung richtete. Ihm wurde aufgegeben, „bei dringender Gefahr für die öffentliche Sicherheit“ durch „Trommelschlag oder Trompetenschall“ den Belagerungszustand als besonderen Rechtszustand zu verkünden. Wirkung war, dass die vollziehende Gewalt im betroffenen Bereich vollständig auf ihn überging.³³ Das Gesetz enthielt zudem Strafbestimmungen zum Schutz der vom Militärbefehlshaber erlassenen Anordnungen, sowie die Möglichkeit der Einschränkung bürgerlicher Freiheitsrechte.

Die Reichsverfassung von 1871 übertrug dann in Art. 68 das Recht zur Erklärung des Belagerungszustandes auf den Kaiser³⁴, wobei Bayern ein Reservatrecht behielt.³⁵

Es handelte sich also um ein Mittel gegen bewaffnete Unruhen und Aufstände. Die innerstaatliche Kompetenzverteilung wurde nur auf der Ebene der Rechtsausführung verändert. Mit diesem Institut befasst sich die vorliegende Arbeit nicht. Vielmehr soll allein der Umgang mit dem Problem der Notgesetzgebung untersucht werden, der vom Belagerungszustand streng zu unterscheiden ist.

Mit dem Begriff der Notverordnung wurde im deutschen Sprachraum ursprünglich allein ein provisorisches Gesetzgebungsrecht des Monarchen be-

terhin die Wirkungen des positiv geregelten Instituts gemeint sind, 568. Vgl. auch *Boldt*, Ausnahmezustand, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, 1974, 343 ff., 371.

³¹ „État de siège“ *Ziebur*, Der Staatsnotstand in Frankreich, in: *Fraenkel* (Hrsg.), *Der Staatsnotstand*, 1965, 165 ff., 171 f.

³² Gesetz über den Belagerungszustand, Dok. Nr. 199, in: *Huber*, *Deutsche Verfassungsdokumente* Bd. 2, ³1986.

³³ § 4 PrBelZustG.

³⁴ *Endres*, *Kriegszustand. Belagerungszustand. Standrecht*, AöR 19 (1925), 548 ff., 552.

³⁵ *Schudnagies*, *Der Kriegs- oder Belagerungszustand im Deutschen Reich während des Ersten Weltkrieges*, 1994, 48.

zeichnet. Es sollte ihm erlauben, verfassungsgemäß auf Notfälle zu reagieren, während die Stände nicht versammelt waren.³⁶ Dieses Institut kam mit den französisch beeinflussten Verfassungen des Frühkonstitutionalismus in den deutschen Sprachraum.³⁷ Im Rahmen dieser Arbeit sind mit dem Begriff ‚Notverordnung‘ ausschließlich Instrumente angesprochen, die es der Regierung ermöglichen, ohne Beteiligung der Legislative unmittelbar wirksames Recht im Gesetzesrang zu setzen. Es geht damit um eine Kompetenzverschiebung in der Rechtserzeugung. Giorgio Agamben hat dies als ‚Ausweitung der exekutiven Verordnungstätigkeit in den Bereich des Legislativen‘ beschrieben.³⁸

2. Das Dilemma

Von allen wolkigen Diskussion des ‚Ausnahmestandes‘ sucht sich diese Arbeit daher freizumachen. Sie untersucht den Umgang mit einem bestimmten rechtlichen Problem des modernen Verfassungsstaates, das diesem Begriff vorausgeht. Dieses Problem liegt in der Frage, ob der Staat die Rechtsordnung suspendieren kann, um sich selbst zu schützen.

In der Diskussion (gerade in Deutschland) wird dabei verbreitet angenommen, dass die notfallmäßige Aussetzung von Verfassungsnormen per se etwas Böses, Demokratie- und Rechtsstaatsfeindliches sei. Diese Meinung bestimmte vor allem die unselige Debatte um die Grundgesetzreform von 1968.³⁹ Teils wird auch das Problem nicht erfasst, das ja darin besteht, dass eine positive Rechtsordnung nicht schlechthin jeden Notfall antizipieren kann.⁴⁰

Wie Ernst-Wolfgang Böckenförde jedoch zu Recht ausführte,⁴¹ hängt die Überforderung einer Rechtsordnung gerade nicht davon ab, ob sie zulässt. Notstandsbestimmungen bieten vielmehr zunächst die Möglichkeit einer Stärkung der verfassungsrechtlichen Grundwerte.

Sieht die Verfassung keine Möglichkeiten der Kompetenzverlagerung- und -erweiterung im Krisenfall vor, besteht die Gefahr, dass sich die Akteure des

³⁶ *Boldt*, Ausnahmezustand, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, 1974, 343 ff., 367.

³⁷ Zu diesem Vorgang und der um die Jahrhundertwende kontrovers geführten Diskussion um den Ursprung der Notgesetzgebung, vgl. Kapitel 1, A.I.1. Die Verfassungen der deutschen Einzelstaaten.

³⁸ *Agamben*, *Stato di eccezione*, 2004, 19 f.

³⁹ Zur Darstellung der Debatte vgl. *Schneider*, *Demokratie in Gefahr?*, 1986.

⁴⁰ *Kersten*, *Ausnahmestand?*, *Juristische Schulung* 56 (2016), 193 ff., 196.

⁴¹ *Böckenförde*, *Der verdrängte Ausnahmezustand*, *NJW* 31 (1978), 1881 ff., 1882. Er nennt eine ganze Reihe von Lagen, in denen die Exekutive eine „außergewöhnliche, nicht anders abwendbare Lage“ als letztlich übergesetzliche Rechtfertigung ihrer Maßnahmen angeführt hat.