

TRISTAN BARCZAK

# Der nervöse Staat

*Jus Publicum*

288

---

**Mohr Siebeck**

JUS PUBLICUM  
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 288





Tristan Barczak

# Der nervöse Staat

Ausnahmezustand und Resilienz des Rechts  
in der Sicherheitsgesellschaft

2., unveränderte Auflage mit einem Supplementum

Mohr Siebeck

*Tristan Barczak*, geboren 1985; Studium der Rechtswissenschaft in Münster; 2011 Promotion; 2012 Master of Laws (LL.M.); Rechtsreferendariat am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg; 2013–2019 Akademischer Rat a.Z. an der Universität Münster; 2014–2017 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht; 2019 Habilitation; 2019/2020 Lehrstuhlvertretung am Karlsruher Institut für Technologie; seit 2020 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Sicherheitsrecht und das Recht der neuen Technologien an der Universität Passau.  
orcid.org/0000-0003-4097-2261

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG)–Projektnummer: 442782057.

1. Auflage 2020
2. Auflage 2021

ISBN 978-3-16-160745-5 / eISBN 978-3-16-160746-2  
DOI 10.1628/978-3-16-160746-2

ISSN 0941-0503 / eISSN 2568-8480 (Jus Publicum)

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

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://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 aus der Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort zur 1. Auflage

Diese Studie wurde von der Juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster im Sommersemester 2019 als Habilitationsschrift angenommen. Sie entstand, zu annähernd gleichen Teilen, während meiner Assistentenzeit am Institut für Öffentliches Recht und Politik sowie meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht. Die vorliegende Fassung ist auf dem Stand von April 2020. Die normativen Bemühungen zur Bewältigung der Corona-Krise und die erste rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung damit konnten insofern noch Eingang in die Arbeit finden.

Für die Betreuung der Arbeit danke ich vor allem Herrn Professor Dr. Fabian Wittreck. Seine Förderung ebenso wie die großzügig bemessenen Freiräume, die er mir bei der Anfertigung der Habilitationsschrift gewährte, bildeten einen unverzichtbaren Grundstein für die vorliegende Untersuchung, deren Erstellung mir zu jeder Zeit und in jeder Phase viel Freude bereitet hat. Ich danke zudem Herrn Professor Dr. Oliver Lepsius, LL.M. (Chicago) für sein ebenso anregendes wie weiterführendes Zweitgutachten.

Besonders und in vielerlei Hinsicht zu Dank verpflichtet bin ich meinem Doktorvater und verehrten Lehrer Herrn Professor Dr. Bodo Pieroth. Durch das Bild, das er mir bis heute von der „Wissenschaft als Beruf“ vermittelt, hat er mich überhaupt erst dazu bewogen, diesen Weg selbst zu beschreiten. Ich hatte das Glück, seine Liberalität, seinen Humor, seine sachliche Kritik und seine freundschaftliche Verbundenheit auch weit über meine Promotionszeit hinaus genießen zu dürfen. Er hat mein akademisches Interesse und Denken nachhaltig geprägt, was auch in dem hier vorliegenden Text zum Ausdruck kommen wird.

Besonders danken möchte ich ferner Herrn Professor Dr. Johannes Masing, der diese Studie während meiner Zeit in seinem Dezernat am Bundesverfassungsgericht und darüber hinaus stets wohlwollend, mit großer Diskussionsbereitschaft und im besten Sinne kritisch „nachbohrend“ begleitet hat. Ein bedeutender Schritt auf dem Weg zur Fertigstellung war die Gelegenheit, die Arbeit im Rahmen der Hohbühlrunde 2017 in Köditz bei Hof an der Saale vorstellen zu dürfen. Neben Herrn Masing gilt mein Dank in diesem Zusammenhang Herrn Professor Dr. Reiner Schmidt, Herrn Professor Dr. Detlef Czybulka, Herrn Professor Dr. Wolfgang Kahl, Herrn Professor Dr. Dres. h.c. Andreas Voßkuhle, Herrn Professor Dr. Hinnerk Wißmann sowie meinen beiden Mitstreitern Laura Münkler und Johannes Eichenhofer.

Steffen Augsburg und Jasper Finke danke ich herzlich dafür, dass sie mir die Manuskripte ihrer Habilitationsschriften zur stets gewinnbringenden Lektüre zur Verfügung gestellt haben. Von diesem vertrauensvollen Entgegenkommen durfte meine Arbeit bereits in einem sehr frühen Stadium profitieren. Von der ersten Skizze bis zum abgeschlossenen Werk wichtige Anregungen erhalten hat meine Schrift durch meinen Habilitationskreis, namentlich Stefanie Egidy, Sina Fontana, Patrick Hilbert, David Kuch und Jochen Rauber.

Für das Lektorat und die Betreuung der Veröffentlichung beim Verlag Mohr Siebeck danke ich Frau Julia Caroline Scherpe-Blessing, Frau Ilse König, Frau Monja-Maike Knosp und Herrn Matthias Spitzner. Die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) hat die Drucklegung der Arbeit mit einer großzügigen Publikationsbeihilfe gefördert. Auch dafür bin ich sehr dankbar.

Dank gebührt schließlich all jenen, die auf ganz unterschiedliche Weise Anteil am Gelingen dieser Arbeit oder an dem Prozess ihrer Entstehung genommen haben. Zu nennen sind hier neben meinen Eltern vor allem Nina Chiara Mruk, Clara Scharfenstein, Petra Fentner, Lutz Friedrich und Stephan Wagner als Mitglieder des Münsteraner Instituts für Öffentliches Recht und Politik sowie meine Weggefährten aus Karlsruher Zeit, insbesondere Miriam Indra, Thomas Kliegel, Johannes Meskouris und Sebastian Schulenberg. Rat, Zuspruch und Kritik erfahren hat die Arbeit schließlich von Christoph Görisch, Fabian Michl, Michael Sendt und – ganz besonders – Lisa-Maria Bleiler. Ihnen allen danke ich ganz herzlich.

Münster, im Frühjahr 2020

Tristan Barczak

## Vorwort zur 2. Auflage

Seit dem Erscheinen der 1. Auflage dieses Buches ist nicht einmal ein Jahr vergangen. Der Bedarf an einer Neuauflage zu diesem frühen Zeitpunkt weist darauf hin, dass der uns seither beschäftigende Pandemiestaat das Bild des nervösen Staates in besonderer Weise verkörpert und bestätigt. Dem widmet sich das Supplementum (S. 685–702), das der im Übrigen unveränderten Neuauflage angefügt ist.

Passau, im Frühjahr 2021

Tristan Barczak

## Inhaltsübersicht

Vorwort zur 1. Auflage . . . . .	V
Vorwort zur 2. Auflage . . . . .	VI
Inhaltsverzeichnis . . . . .	IX
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XIX
Einleitung . . . . .	1
<i>Erster Teil. Prolegomena</i> . . . . .	9
§ 1 Von der <i>Rights-of-Man</i> auf die <i>Bellipotent</i> : Eine literarische Spurensuche nach dem heutigen Verständnis des Ausnahmezustands . . . . .	11
§ 2 Methodisches Vorverständnis, Fragestellungen und Gang der Darstellung . . . . .	47
<i>Zweiter Teil. Das Gesetz des Ausnahmezustands:</i> Theoretische Dekonstruktion . . . . .	55
§ 3 Bestandsaufnahme . . . . .	57
§ 4 Dilemmata zwischen Methodik und Dogmatik . . . . .	72
§ 5 Paradoxien zwischen Normalität und Normativität . . . . .	95
<i>Dritter Teil. Der Ausnahmezustand als Gesetz:</i> Historische Rekonstruktion . . . . .	209
§ 6 Verrechtlichung: Die Konstitutionalisierung des Ausnahmezustands . . . . .	211
§ 7 Vergesetzlichung: Die Entkonstitutionalisierung des Ausnahmezustands . . . . .	291

*Vierter Teil. Antizipierter Ausnahmezustand:*

Der Ausnahmezustand im Staat der Sicherheitsgesellschaft . . . . .	351
§ 8 Evolutionäre Dimension . . . . .	353
§ 9 Begriff und Funktion . . . . .	364
§ 10 Grundlagen und Struktur . . . . .	391
§ 11 Parameter und Phänomenologie . . . . .	453

*Fünfter Teil. Resilienz des Rechts:*

Rigidität und Flexibilität der Verfassung in Krisenzeiten . . . . .	603
§ 12 Resilienz als Merkmal des Rechts . . . . .	605
§ 13 Rigidität <i>de constitutione lata</i> : Die Verfassungswidrigkeit des antizipierten Ausnahmezustands . . . . .	619
§ 14 Flexibilität <i>de constitutione ferenda</i> : Ein Modell zur Rekonstitutionalisierung des vergesetzlichten Ausnahmezustands . .	630
Zusammenfassung der Ergebnisse . . . . .	673
Supplementum: Der Pandemiestaat als nervöser Staat . . . . .	685
Literaturverzeichnis . . . . .	703
Personen- und Sachverzeichnis . . . . .	833

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur 1. Auflage . . . . .	V
Vorwort zur 2. Auflage . . . . .	VI
Inhaltsübersicht . . . . .	VII
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XIX
Einleitung . . . . .	1

### *Erster Teil*

### Prolegomena

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

## Zweiter Teil

Das Gesetz des Ausnahmezustands:  
Theoretische Dekonstruktion

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

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

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

### *Dritter Teil*

## Der Ausnahmezustand als Gesetz: Historische Rekonstruktion

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

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

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

#### *Vierter Teil*

### Antizipierter Ausnahmezustand: Der Ausnahmezustand im Staat der Sicherheitsgesellschaft

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

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

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

## Fünfter Teil

Resilienz des Rechts:  
Rigidität und Flexibilität der Verfassung in Krisenzeiten

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

aa) Zweidrittelmehrheit . . . . .	660
bb) Initiativrecht . . . . .	660
cc) Zustimmung des Bundesrats . . . . .	661
dd) Publizierung des Feststellungsbeschlusses . . . . .	662
c) Beendigung der Gesetzesbereitschaft (Absatz 3) . . . . .	663
d) Evaluationsklausel (Absatz 4) . . . . .	667
3. Rechtsfolge: Entsperrung des in Normalzeiten gesperrten Ausnahmerechts . . . . .	670
Zusammenfassung der Ergebnisse . . . . .	673
Supplementum: Der Pandemiestaat als nervöser Staat . . . . .	685
I. Nervosität als Normalität . . . . .	685
II. Angst als Argument . . . . .	686
III. Krise als Konjunktiv . . . . .	687
IV. Exekutivprimat als Entgrenzungstendenz . . . . .	691
V. Parlamentsvorbehalt als Politikvorbehalt . . . . .	694
VI. Verfassungslücken als Vergesetzlichungsimpuls . . . . .	698
VII. Antizipierbarkeit als Allheilmittel . . . . .	699
VIII. Pandemie als Paradoxie . . . . .	700
IX. Resilienz als Rechtskonzept . . . . .	701
Literaturverzeichnis . . . . .	703
Personen- und Sachverzeichnis . . . . .	833

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
ABLEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABLEU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
abw.	abweichend
AdelLRev	Adelaide Law Review
a. E.	am Ende
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der EU
a. F.	alte Fassung
AfÖR	Archiv für Öffentliches Recht (1886–1910, seit 1911 Archiv des öffentlichen Rechts)
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Amtsgericht
AGVwGO	Ausführungsgesetz zur Verwaltungsgerichtsordnung
AJL	Athens Journal of Law
AK-GG	Alternativkommentar zum Grundgesetz (Stein/Denninger/Hoffmann-Riem)
AL	Ad Legendum
allgem.	allgemein
allgM	allgemeine Meinung
AllgRL	Allgemeine Rechtslehre
AllgStL	Allgemeine Staatslehre
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Alt.	Alternative
AmJCompL	American Journal of Comparative Law
AmJIntL	American Journal of International Law
Anh.	Anhang
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APC	Archives de Politique Criminelle
APSR	The American Political Science Review
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
ArizStLJ	Arizona State Law Journal

ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
ATDG	Gesetz zur Errichtung einer standardisierten zentralen Antiterror-datei von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten von Bund und Ländern
AufenthG	Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
AustJLegPhil	Australian Journal of Legal Philosophy
AVR	Archiv des Völkerrechts
Az.	Aktenzeichen
BArch	Bundesarchiv
Bay	Bayern, bayerisch
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayPAG	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerfGHE	Amtliche Entscheidungssammlung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
Bbg	Brandenburg(isch)
BbgPolG	Gesetz über die Aufgaben, Befugnisse, Organisation und Zuständigkeit der Polizei im Land Brandenburg
Bd.	Band
Bde.	Bände
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOK	Beck'scher Onlinekommentar
BeckRS	Elektronische Entscheidungsdatenbank in beck-online (publizistische Verwendung Verlag C.H. BECK)
Begr.	Begründung, Begründer
Beil.	Beilage
BerIK-GG	Berliner Kommentar zum Grundgesetz (Friauf/Höfling)
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BfV	Bundesamt für Verfassungsschutz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundshaushaltsordnung
BKA	Bundeskriminalamt
BKAG	Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten
BK-GG	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BKR	Zeitschrift für Banken- und Kapitalmarktrecht

Bln	Berlin(er)
BlnASOG	Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin
BMI	Bundesministerium des Innern
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BND	Bundesnachrichtendienst
bpb	Bundeszentrale für politische Bildung (Veröffentlichungen)
BPolG	Gesetz über die Bundespolizei
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
Brem	Bremen, bremisch
BremPolG	Bremisches Polizeigesetz
BRJ	Bonner Rechtsjournal
BSG	Bundessozialgericht
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
Buchst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BVerfG
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerfGK	Amtliche Sammlung der Kammerentscheidungen des BVerfG
BVerfG-K	Nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlichte Kammerentscheidung des BVerfG
BVerfSchG	Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BVerwG
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz (Österreich)
BVwR	Besonderes Verwaltungsrecht
BW	Baden-Württemberg(isch)
BZG	Gesetz über den Belagerungszustand (Preußen)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CalifLRev	California Law Review
CDU	Christlich Demokratische Union
ChC	Charte Constitutionnelle
CLJ	Cambridge Law Journal
CLR	Cardozo Law Review
CornellLRev	Cornell Law Review
COVuR	COVID-19 und Recht
CRDF	Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux
CrimLBull	Criminal Law Bulletin
CrimLR	Criminal Law Review
CSU	Christlich Soziale Union
CWRJIL	Case Western Reserve Journal of International Law

DB	Der Betrieb
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DLJ	The Dartmouth Law Journal
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Dok.	Dokument
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Drs.	Drucksache
DStR	Deutsches Staatsrecht, Deutsches Steuerrecht
DStrZ	Deutsche Strafrechts-Zeitung
DStW	Deutsches Staatswörterbuch (Bluntschli)
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DuR	Demokratie und Recht
DV	Die Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVerfG	Deutsche Verfassungsgeschichte
DVerwG	Deutsche Verwaltungsgeschichte
DVJJ	Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen e.V.
DVwR	Deutsches Verwaltungsrecht
DZPhil	Deutsche Zeitschrift für Philosophie
Ebd.	ebenda
EDPL	European Data Protection Law Review
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGMR-E	Deutschsprachige Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im N.P. Engel Verlag
EHLR	European Human Rights Law Review
Einf.	Einführung
eingef.	eingefügt
EinigungsV	Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands
EinlALR	Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten
EJIL	European Journal of International Law
EJLR	European Journal of Law Reform
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Reporter
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EMRK/GG	EMRK/GG-Konkordanzkommentar (Dörr/Grote/Maruhn)
EPIL	Encyclopedia of Public International Law
EPL	European Public Law
Erg.-Lfg.	Ergänzungs-Lieferung

Erl.	Erläuterung(en)
ESStG	Einkommensteuergesetz
et al.	und andere
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuConst	European Constitutional Law Review
EuG	Gericht (der Europäischen Union)
EuGH	Gerichtshof (der Europäischen Union)
EuGRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EurLawRev	European Law Review
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAS	Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei
ff.	folgende
FG	Festgabe, Freundesgabe
FordhamLRev	Fordham Law Review
franz.	französisch
Frhr.	Freiherr/in
FS	Festschrift
Fußn.	Fußnote
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GaLRev	Georgia Law Review
GBL	Gesetzblatt
gem.	gemäß
GerS	Der Gerichtssaal (Zeitschrift)
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
GGB	Geschichtliche Grundbegriffe (Brunner/Conze/Koselleck)
GG-E	Grundgesetz-Entwurf
ggf.	gegebenenfalls
GGK	Grundrechte-Kommentar (Stern/Becker)
GK	Große Kammer (EGMR, EuGH)
GLJ	German Law Journal
grds.	grundsätzlich
GriffLawRw	Griffith Law Review
GS	Gedächtnisschrift, Gesammelte Schriften
GSZ	Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVwR	Grundlagen des Verwaltungsrechts (Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle)
GW	Grundwerk
GYIL	German Yearbook of International Law

h.A.	herrschende Ansicht
Habil.	Habilitationsschrift (unveröffentlicht)
Halbs.	Halbsatz
HChE	Herrnchiemseer Entwurf
Hdb.	Handbuch
HdbPolitik	Handbuch der Politik (Anschütz/Berolzheimer/Jellinek et al.)
HdbPolR	Handbuch des Polizeirechts (Lisken/Denninger)
HdbRIS	Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit (Roggan/Kutscha)
HdbRPhil	Handbuch Rechtsphilosophie (Hilgendorf/Joerden)
HdbSt	Handbuch Staat (Voigt)
HdbVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts (Benda/Maihofer/Vogel)
HDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts (Anschütz/Thoma)
Hess	Hessen, hessisch
HessSOG	Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
HFR	Humboldt-Forum-Recht
HGR	Handbuch der Grundrechte (Merten/Papier)
Hinw.	Hinweis
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hmb	Hamburg(isch)
HmbSOG	Hamburgisches Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung
HPSD	Handwörterbuch des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland (Andersen/Woyke)
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (Cordes/Lück/Werkmüller et al.)
HRLJ	Human Rights Law Journal
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
hrsgg.	herausgegeben (von)
HStR	Handbuch des Staatsrechts (Isensee/Kirchhof)
HwbKomW	Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften (Brix/Lindemann/Most)
HwbRW	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Stier-Somlo/Elster)
HwbStW	Handwörterbuch der Staatswissenschaften (Elster/Weber/Wieser)
HWPh	Historisches Wörterbuch der Philosophie (Ritter)
HZ	Historische Zeitschrift
ICL Journal	Vienna Journal of International Constitutional Law
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICON	International Journal of Constitutional Law
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. d. S.	in diesem Sinne
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
IFG	Informationsfreiheitsgesetz
IFSG	Infektionsschutzgesetz
i.H.v.	in Höhe von

ILSA JIntCompL	ILSA Journal of International and Comparative Law
IMI	Informationsstelle Militarisierung
InfAuslR	Informationsbrief Ausländerrecht
insb.	insbesondere
insg.	insgesamt
IntJSemiotLaw	International Journal for the Semiotics of Law
IP	Internationale Politik
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IPE	Handbuch IuS Publicum Europaeum
IPwskR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
i.R.d.	im Rahmen des
i.R.e.	im Rahmen einer/eines
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.e.	im Sinne einer/eines
i.S.v.	im Sinne von
IUSTA	Revistas Universidad Santo Tomás (Bogotá)
i.V.m.	in Verbindung mit
i.V.z.	im Verhältnis zu
i.w.S.	in weiterem Sinne
IYHR	Israel Yearbook on Human Rights
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl.	Justizblatt; Juristische Blätter
JBÖS	Jahrbuch Öffentliche Sicherheit
JCLC	The Journal of Criminal Law and Criminology
JCP G	La Semaine juridique – Edition générale
JEHL	Journal on European History of Law
JICJ	Journal of International Criminal Justice
JJZG	Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte
jM	juris Die Monatszeitschrift
JModHist	The Journal of Modern History
JoJZG	Journal der Juristischen Zeitgeschichte
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JORF	Journal officiel de la République française
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
JRP	Journal für Rechtspolitik
JURA	Juristische Ausbildung
juris	Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland (elektronische Entscheidungsdatenbank)
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht; Kommanditgesellschaft
KJ	Kritische Justiz
KK-StPO	Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung
KPD	Kommunistische Partei Deutschlands
KrimJ	Kriminologisches Journal

KriPoZ	Kriminalpolitische Zeitschrift
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KrWaffG	Kriegswaffenkontrollgesetz
LA	Liber Amicorum
lat.	lateinisch
lfd.	laufend
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe
Lit.	Literatur
LK-StGB	Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LR-StPO	Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz
LS.	Leitsatz
LSG	Landessozialgericht
lt.	laut
LTO	Legal Tribune Online
LuftSiG	Luftsicherheitsgesetz
LVerf	Landesverfassung
LVerfG	Landesverfassungsgericht
LVerfGE	Entscheidungen der Verfassungsgerichte der Länder (Sammlung)
LVwG SH	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein
m.a.W.	mit anderen Worten
McGillJ	McGill Law Journal
MdLRev	Maryland Law Review
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
MEPoG	Musterentwurf für ein einheitliches Polizeigesetz des Bundes und der Länder
MichLRev	Michigan Law Review
Min.Bl.	Ministerialblatt
MMR	MultiMedia und Recht
MPEPIL	The Max Planck Encyclopedia of Public International Law
Münch-Komm	Münchener Kommentar
MV	Mecklenburg-Vorpommern
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m. W. v.	mit Wirkung vom
Nachw.	Nachweis(e)
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NCLRRev	North Carolina Law Review
Nds	Niedersachsen, niedersächsisch
NdsPOG	Niedersächsisches Polizei- und Ordnungsbehördengesetz
NdsVBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter
NewCrimLRev	New Criminal Law Review
n. F.	neue Fassung, neue Folge
NGC	New German Critique
NJ	Neue Justiz

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport
NK	Neue Kriminalpolitik
N.N.	Nomen nominandum
NordÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland
NotreDameLRev	Notre Dame Law Review
NPD	Nationaldemokratische Partei Deutschlands
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport
NUCL	Nihon University Comparative Law
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
NZWehrr	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
o.a.	oben angegeben
o.ä.	oder ähnlich
o.g.	oben genannt
ÖZöR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
ÖZP	Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PartG	Parteiengesetz
PELR	Pace Environmental Law Review
PhR	Philosophische Rundschau
PJZS	Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen
PKGrG	Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes
PKV	Paulskirchenverfassung
POG RhPf	Polizei- und Ordnungsbehördengesetz Rheinland-Pfalz
PolG BW	Polizeigesetz Baden-Württemberg
PolG NRW	Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
PolOrdR	Polizei- und Ordnungsrecht
Pr	Preußisch
PrG	Pressegesetz
PrGS	Preußische Gesetzessammlung
PROKLA	Zeitschrift für Kritische Sozialwissenschaft
Prot.	Protokoll
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrOVGE	Entscheidungssammlung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
PrPVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz
PrStR	Preußisches Staatsrecht
PrVBl.	Preußisches Verwaltungsblatt
PrVerf	Preußische Verfassung
PSQ	Political Science Quarterly

PUAG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages
PVS	Politische Vierteljahresschrift
QLR	Quinnipiac Law Review
QUTLJJ	Queensland University of Technology Law and Justice Journal
RDP	Revue du Droit Public
Reg.	Regierung
RegBl.	Regierungsblatt
RepSchG	Republikenschutzgesetz
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RG	Reichsgericht, Resmî Gazete (Gesetzesblatt der Türkei), Rechtsgeschichte
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RhbZS	Rechtshandbuch Zivile Sicherheit (Gusy/Kugelmann/Würtenerberger)
Rh-Pf	Rheinland-Pfalz, rheinland-pfälzisch
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RömStR	Römisches Staatsrecht
Rpfleger	Rechtspfleger
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
RuP	Recht und Politik
RV	Reichsverfassung
RW	Rechtswissenschaft, Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
s.	siehe
Saarl	Saarland, saarländisch
SaarlPolG	Saarländisches Polizeigesetz
Sächs	sächsisch
SächsPVDG	Sächsisches Polizeivollzugsdienstgesetz
SächsVBl.	Sächsische Verwaltungsblätter
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
schwed.	schwedisch
SCM	Studies in Communication Media
Sec.	Section
SG	Sozialgericht
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SH	Schleswig-Holstein(isch)
SK-StPO	Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung
Slg.	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des EuGH
SLR	Stanford Law Review
sog.	sogenannt(er/e/es)
SOG LSA	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt
SOG MV	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern

SozW	Soziale Welt
Sp.	Spalte
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
st.	ständige
StenProt.	Stenographisches Protokoll
StGB	Strafgesetzbuch
StGH	Staatsgerichtshof (für das Deutsche Reich)
StGHG	Gesetz über den Staatsgerichtshof
StPO	Strafprozessordnung
StR	Staatsrecht, Steuerrecht
str.	strittig, streitig
StraFo	Strafverteidiger Forum
StRspr.	ständige Rechtsprechung
StudZR	Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg
StuKommVerw	Staats- und Kommunalverwaltung
StV	Strafverteidiger
StVollzG	Strafvollzugsgesetz
StWStP	Staatswissenschaften und Staatspraxis
SvJT	Svensk Juristtidning
SZ	Süddeutsche Zeitung
Teilbd.	Teilband
TempLRev	Temple Law Review
Thür	Thüringen, thüringer/thüringisch
ThürPAG	Thüringer Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei
ThürVBl.	Thüringer Verwaltungsblätter
tw.	teilweise
Tz.	Textziffer
u. a.	unter anderem, und andere, und andernorts
übereinst.	übereinstimmend
umstr.	umstritten
UN	United Nations
unbestr.	unbestritten
unkrit.	unkritisch
unstr.	unstreitig/unstrittig
UPaJConstL	University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law
Urt.	Urteil
US	United States Reports (Cases Adjudged in the Supreme Court)
u.s.w.	und so weiter
UTLJ	University of Toronto Law Journal
u. U.	unter Umständen
u.V.m.	und Verschiedenes mehr
UZwG	Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes
v.	vom, von
Var.	Variante
VBl.	Verwaltungsblatt/-blätter
VBlBW	Verwaltungsblatt Baden-Württemberg
v.Chr.	vor Christus
VereinsG	Vereinsgesetz

Verf	Verfassung
VerfBlog	Verfassungsblog.de
VerfG	Verfassungsgeschichte
VersG	Versammlungsgesetz
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VfZ	Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
v.H.	vom Hundert
VJH	Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung
VK	Vereinigtes Königreich
vMK-GG	Grundgesetz-Kommentar von Münch/Kunig
vMKS-GG	Grundgesetz-Kommentar von Mangoldt/Klein/Starck
VN	Vereinte Nationen
VO	Verordnung
VOBL.	Verordnungsblatt
Vol.	Volume
Vorbem.	Vorbemerkung
VR	Verwaltungsrundschau
vs.	versus
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwR	Verwaltungsrecht
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwZG	Verwaltungszustellungsgesetz
WDStVR	Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts (Fleischmann)
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WSA	Wiener Schlussakte
YB	Yearbook of the European Convention on Human Rights
YEL	Yearbook of European Law
YLJ	The Yale Law Journal
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
z. B.	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
Z'Flucht	Zeitschrift für Flüchtlingsforschung
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZFAS	Zeitschrift für Außen- und Sicherheitspolitik
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZfRS	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZfV	Zeitschrift für Verwaltungsrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZgesStw	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHF	Zeitschrift für Historische Forschung
Ziff.	Ziffer

ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZöffR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZP	Zusatzprotokoll (zur EMRK)
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPol	Zeitschrift für Politikwissenschaft
ZPTh	Zeitschrift für Politische Theorie
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSE	Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z. T.	zum Teil
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend



## Einleitung

Der Ausnahmezustand ist mal Ursache, mal Symptom, selten Kuration und nur zu häufig Bestätigung, Verstärkung und Beschleunigung eines kritischen Verfassungszustands. Eine solche Krise kann, wer wollte das bestreiten, durchaus eintreten. Allzu oft handelt es sich bei ihr indes um etwas, was mehr dem Gefühl als der Realität entspringt,<sup>1</sup> mehr Phantom als Faktum ist<sup>2</sup> und damit ein Zeichen unserer als postfaktisch<sup>3</sup>, polarisiert<sup>4</sup> und populistisch<sup>5</sup> gekennzeichneten Zeit zu sein scheint. Die Situationen, in denen das Bedürfnis auftaucht, einen Ausnahmezustand zu erklären, sind regelmäßig besonders hektische und erregte, in denen die politische, institutionelle und gesellschaftliche Spannung sprunghaft anzusteigen pflegt.<sup>6</sup> Abweichung und Ausnahmefall, Gefährlichkeit und Risiko, subjektives Empfinden und soziale Kontrolle sind mittlerweile jedoch zu ubiquitären Leitbildern einer Entwicklung geworden, die unter den Begriffen Risiko<sup>7</sup>, Kontroll<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> S. Herrmann, *Gefühlte Wahrheit*, 2019, S. 9 ff., 89 ff.

<sup>2</sup> A. Zamoycki, *Phantome des Terrors*, 2016.

<sup>3</sup> Vgl. O. Renn, *Zeit der Verunsicherung*, 2017; S. Rider/M. A. Peters, in: dies./M. Hyvönen/T. Besley (Hrsg.), *Post-Truth, Fake News*, 2018, S. 3 ff.; N. Heisterhagen, *Kritik der Postmoderne*, 2018, S. 5, 241; A. Steinbach, *Meinungsfreiheit im postfaktischen Umfeld*, JZ 2017, S. 653 ff.; B. Zabel, *Postfaktisches Recht?*, JZ 2019, S. 845 (848 ff.). Aus sicherheitsrechtlicher Perspektive J.-H. Dietrich, *Politisch gesteuerte Desinformation über soziale Netzwerke als Problem des Sicherheitsrechts*, in: FG-Graulich, 2019, S. 75 ff.

<sup>4</sup> O. Decker/E. Brähler, *Gesellschaftliche Polarisierung und gewaltvolle Radikalisierung in Deutschland zwischen 2006 und 2016*, in: dies./J. Kiess (Hrsg.), *Die enthemmte Mitte*, 2016, S. 95 (100 ff.); P. Hübl, *Die aufgeregte Gesellschaft*, 2019, S. 11 ff., 133 ff. *et passim*; N. Jackob/T. Schultz/I. Jakobs et al., *Medienvertrauen im Zeitalter der Polarisierung, Media Perspektiven* 5/2019, S. 210 ff.

<sup>5</sup> F. Decker, *Die populistische Herausforderung*, in: ders. (Hrsg.), *Populismus in Europa*, 2006, S. 9 ff.; H. Schmidt, *Populismus*, 2009; C. R. Kaltwasser/P. A. Taggart/P. O. Espejo et al., *Populism: An Overview of the Concept and the State of the Art*, in: dies. (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Populism*, 2017, S. 1 ff.; A. Flender, *Populismus und Demokratie*, in: J. Schellhöf/J. Reichertz/V. M. Heins et al. (Hrsg.), *Großerzählungen des Extremen*, 2018, S. 59 ff.; E. Jesse/T. Mannewitz/I.-Chr. Panreck (Hrsg.), *Populismus und Demokratie*, 2019; B. Dollinger/D. Lampe/M. Rudolph et al., *Ist die deutsche Kriminalpolitik populistisch?*, KrimJ 47 (2015), S. 3 ff.; F. Nobis, *Strafrecht in Zeiten des Populismus*, StV 2018, S. 453 ff.; J. Kersten, *Parlamentarismus und Populismus*, JuS 2018, S. 929 ff.; A. Voßkuhle, *Demokratie und Populismus*, *Der Staat* 57 (2018), S. 119 ff.

<sup>6</sup> R. Bartoli, *Der internationale Terrorist*, 2013, S. 43.

<sup>7</sup> U. Beck, *Risikogesellschaft*, 1986; ders., *Weltrisikogesellschaft*, 2007.

<sup>8</sup> G. Deleuze, *Postskriptum über die Kontrollgesellschaft* (1990), in: ders. (Hrsg.), *Unterhandlungen*, 1993, S. 254 ff.; s. auch J. Herwig/A. Tantner, *Zu den historischen Wurzeln der*

und Sicherheitsgesellschaft<sup>9</sup> diskutiert werden. Sie dominieren zugleich die Normierungs- und Steuerungsbestrebungen eines zunehmend *nervösen Staates*: Dieser hat sich den kulturellen Leitlinien der Antizipation und des Zuvorkommens verschrieben<sup>10</sup> und operiert in einem Zustand permanent erhöhter Alarmbereitschaft und Wachsamkeit.<sup>11</sup>

Die antizipierende Imagination von Katastrophen kann gewiss dabei helfen, diese im Vorfeld zu verhindern. Nervosität und Angst sind natürliche Frühwarnsysteme, die auch im kulturellen, gesellschaftspolitischen Kontext ihre Funktion erfüllen und als „typically German Angst“<sup>12</sup> durchaus stabilisierende Wirkung in Krisenzeiten zu entfalten vermochten.<sup>13</sup> Indem sich der Staat in wachsendem Umfang auf die subjektive Wahrnehmung von Risiko und Sicherheit verlegt, versäumt er es jedoch, die Ängste einer freien Gesellschaft zu kanalisieren und bestenfalls zu überwinden. In dem Bemühen, die Besorgnisse und Befindlichkeiten der Bürger „ernst zu nehmen“,<sup>14</sup> werden diese seit Mitte der 1990er Jahre vielmehr zum Maßstab rechtlicher Beurteilung und der Staat selbst von einer Kultur der Angst<sup>15</sup>

---

Kontrollgesellschaft, 2014; B. Korf, *Geographie des Ernstfalls*, Geographische Zeitschrift 97 (2009), S. 151 (159).

<sup>9</sup> Grundlegend M. Foucault, *Sicherheit, Territorium, Bevölkerung*, 2006, insb. S. 26 ff., 52 ff.; ders., *Die Geburt der Biopolitik*, 2006, S. 99 ff.; zur Sicherheitsgesellschaft als theoretischem Passepartout und ihrem Verhältnis gegenüber dem Staat A. Groenemeyer (Hrsg.), *Wege der Sicherheitsgesellschaft*, 2010; T. Singelstein/P. Stolle, *Die Sicherheitsgesellschaft*, 2012; M. A. Niggli/L. Marty (Hrsg.), *Risiken der Sicherheitsgesellschaft*, 2014; J. Puschke, *Sicherheitsarchitektur in der Sicherheitsgesellschaft*, JBÖS 2018/19, S. 135 ff.; ders./T. Singelstein (Hrsg.), *Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft*, 2018; T. T. Walter, *Der Staat als Sicherheitsgarant?*, 2019; s. auch schon A. Legnaro, *Konturen der Sicherheitsgesellschaft*, Leviathan 25 (1997), S. 271 ff.; R. Hansen, *Starker Staat und neue Sicherheitsgesellschaft*, KJ 32 (1999), S. 231 ff.; zum synonymen Gebrauch von Risiko- und Sicherheitsgesellschaft J. Puschke, *Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen*, 2017, S. 8; zumindest von einer engen Verwobenheit beider ausgehend R. Hefendehl, *Sicherheit und Sicherheitsideologie*, NK 25 (2013), S. 19 (21).

<sup>10</sup> A. Franke/S. Hanke/M. Tuszynski, *An Introduction*, in: dies. (Hrsg.), *Nervous Systems*, 2016, S. 10 (11): „To anticipate and preempt become the guiding cultural logic“; V. Y. Choi, *Anticipatory States*, *Cultural Anthropology* 30 (2015), S. 286 ff.

<sup>11</sup> W. Davies, *Nervous States*, 2018, S. XII: „In the murky space between mind and body, between war and peace, lie nervous states: individuals and governments living in a state of constant and heightened alertness, relying increasingly on feeling rather than fact“. Der von Davies verwendete Titel lässt sich am treffendsten wohl mit „Nervöse Zustände“ oder – so die im Jahr 2019 erschienene deutsche Fassung seines Werks – „Nervöse Zeiten“ übersetzen.

<sup>12</sup> U. Beck, *The Terrorist Threat – World Risk Society Revisited*, *Theory, Culture & Society* 19 (2002), S. 39 (41) – Hervorhebung im Original.

<sup>13</sup> Aus geschichtswissenschaftlicher Perspektive F. Biess, *Republik der Angst*, 2019, S. 37 ff., 413 ff., 452 ff. *et passim*; ders., *Lob der Angst*, SZ v. 30.8.2019, S. 5.

<sup>14</sup> Diese verbreitete politische Floskel aus Sicht einer gerade in Zeiten des Terrorismus notwendigen politischen Ethik kritisierend K. Berner, *Hang zum Terror. Reflexionen zum destruktiven Potential der Sorge*, in: A. Henkel/I. Karle/G. Lindemann et al. (Hrsg.), *Sorget nicht – Kritik der Sorge*, 2019, S. 243 (259 f.); s. auch A. Soboczynski, „Wir müssen die Sorgen der Menschen ernst nehmen“, *Die Zeit* Nr. 41 v. 5.10.2017, S. 41 und J. Jessen, *Angst essen Politik auf. Warum die Rücksichtnahme auf die Emotionen des Wahlvolks so fatal ist*, *Die Zeit* Nr. 36 v. 29.8.2019, S. 37.

<sup>15</sup> B. Glassner, *The Culture of Fear*, 1999.

ergriffen. Eine zunehmend hysterische Politik und eine in konstante Unruhe versetzte Gesellschaft schaukeln sich gegenseitig auf.<sup>16</sup> Damit einher gehen eine Rezeption von Angst als eigenständige Kategorie des Rechts, eine Hinwendung zu innersubjektiven Maßstäben und ein verändertes Verständnis von Sicherheit, das sich verstärkt um Kriminalitätsängste, um Furchtprävention und gefühlte Sicherheit dreht.<sup>17</sup> Die Risiko- und Sicherheitsgesellschaft ist eine *Könnte*-Gesellschaft, in der die Logik der Möglichkeit die Logik der Wirklichkeit unterminiert und das Aufspüren von Gefahrenquellen zu einer Sisypheaufgabe gerät.<sup>18</sup> Sie ist eine Gesellschaft im Daueralarm<sup>19</sup> bzw. im Zustand der Dauererregung<sup>20</sup>, die sich infolge der permanenten Sorge des Zuspätkommens in einem ständigen Wettlauf mit der gefühlten Unsicherheit befindet.<sup>21</sup> Im Staat der Risiko- und Sicherheitsgesellschaft droht so der Ausnahmezustand zum Normalzustand zu werden<sup>22</sup> oder soll schon längst die Regel bilden.<sup>23</sup>

Während der Soziologe und Philosoph in kulturkritischer Analyse gesellschaftlicher Entwicklungen eine solche Feststellung treffen mag, muss sie der *Jurist in der Sicherheitsgesellschaft*<sup>24</sup> für etwas Inakzeptables halten.<sup>25</sup> Und doch hat die Krise auch für ihn zugleich etwas Abstoßendes und Anziehendes, sie ist scheinbar der Abgrund, in den er blicken muss, trotzdem und gerade weil er Angst macht.<sup>26</sup> Die Anziehungskraft der schönen Literatur beruht für nicht we-

<sup>16</sup> H. Bachmann, Eine nervöse Welt und ein nervöser Staat, Die Presse v. 30.9.2016, S. 34.

<sup>17</sup> M. Kötter, Subjektive Sicherheit, Autonomie und Kontrolle, Der Staat 43 (2004), S. 371 ff., insb. 372–376.

<sup>18</sup> U. Beck, Weltrisikogesellschaft, 2007, S. 196; ders., Das deutsche Europa, 2012, S. 14.

<sup>19</sup> M. Dunn Cavelty, Gesellschaft im Daueralarm, in: Chr. Daase/S. Engert/J. Junk (Hrsg.), Verunsicherte Gesellschaft – überforderter Staat, 2013, S. 133 ff.

<sup>20</sup> Nach S. Lamby, Nervöse Republik – ein Jahr Deutschland, Dokumentarfilm v. 19.4.2017, www.daserste.de/information/reportage-dokumentation/nervoeese-republik/nervoeese-republik-122.html.

<sup>21</sup> H. Nitz, „Gefahrenvorsorge“ in Niedersachsen, freispruch 13/2018, S. 11 (11).

<sup>22</sup> U. Beck, Risikogesellschaft, 1986, S. 31; ders., Weltrisikogesellschaft, 2007, S. 130 ff.; T. Singelstein/P. Stolle, Die Sicherheitsgesellschaft, 2012, S. 113 ff.

<sup>23</sup> So die – in einem anderen zeithistorischen Zusammenhang geäußerte – Feststellung W. Benjamins, Über den Begriff der Geschichte, These VIII (1940), in: ders., GS I/2, 1974, S. 691 (697).

<sup>24</sup> Zur Wandlung von Verständnis und Aufgabe des Juristen in wechselnden gesellschaftlichen Zusammenhängen vgl. E. Forstboff, Der Jurist in der industriellen Gesellschaft (1960), in: ders., Rechtsstaat im Wandel, 1976, S. 232 ff. und zuvor schon ders., Der lästige Jurist, DÖV 1955, S. 648 ff., der darin ein mythisches Bild des Juristen als Bewahrer und ordnende Macht im Gegensatz zum Techniker und Sozialrevolutionär entwickelt; dazu F. Meinel, Der Jurist in der industriellen Gesellschaft, 2012, S. 469 ff.; zu sich wandelnden Bildungsidealen P. Häberle, Der Europäische Jurist, JöR 50 (2002), S. 123 ff.; A. Voßkuhle, Das Leitbild des „europäischen Juristen“, RW 1 (2010), S. 326 ff.; zum Bild des Sicherheitsrechtlers schließlich J.-H. Dietrich/K. F. Gärditz, Der Sicherheitsrechtler, in: FG-Graulich, 2019, S. 1 ff.

<sup>25</sup> Dazu, wie das omnipräsente Wort der „Krisis“ von der Weimarer Staatsrechtswissenschaft aufgegriffen wurde und diese als „geistige Krise“ schließlich selbst erfasste, Chr. Gusy, 100 Jahre Weimarer Verfassung, 2018, S. 74 ff.

<sup>26</sup> Mit diesem Bild I. Kant, Das Ende aller Dinge (1794), in: ders., Was ist Aufklärung?, 1999, S. 62 (62).

nige und nicht zuletzt diejenigen Leserinnen und Leser, die sich sonst mit der oftmals eher spröden Prosa des Staatsrechts und der Staatsphilosophie die Zeit vertreiben, wohl zu einem nicht geringen Teil darauf, dass sie sich lieber den schäumenden Wogen dieses abgründigen Grenzfalls zuwendet als dem flachen Wasser der Normalität.<sup>27</sup>

Unter ihrem Einfluss<sup>28</sup> wird der Ausnahmezustand – die vielleicht wirkmächtigste Vokabel der deutschen Staatsrechtslehre und Staatsphilosophie – zur Flut apostrophiert, die den Gezeiten entsprechend in regelmäßigen Abständen kommt und geht und das unbändige Potential einer Naturgewalt mit sich führt. Inmitten dieses Sturms, so liest man, können sich nur noch Inseln einer wirklichen Rechtsordnung halten,<sup>29</sup> feste Ufer sind nicht mehr zu sehen.<sup>30</sup> Um nicht restlos von ihr fortgerissen und in die unendlichen Weiten des Ozeans hinaus geschwemmt zu werden, müssen sich Staat und Recht wetterfest, ja wehrhaft machen.<sup>31</sup> Zwischen diesen Wellenbrechern vergeht das Subjekt wie ein Gesicht auf dem Sand am Meer.<sup>32</sup> Ein Retter, ein Herr der Flut<sup>33</sup> und Notstandskapitän<sup>34</sup> wird gesucht, der zwischen Piratenschiffen und Opferschiffen zu unterscheiden vermag.<sup>35</sup> Der Hü-

<sup>27</sup> Zu diesen Lesern gehört ersichtlich *J. Isensee*, Normalfall oder Grenzfall als Ausgangspunkt rechtsphilosophischer Konstruktion?, in: W. Brugger/G. Haverkate (Hrsg.), Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie, 2002, S. 51 (67): „Der Ästhet dagegen fühlt sich angezogen vom orgiastischen Kult der Ausnahme und dem intellektuellen Spiel mit dem Feuer“; in diesem Zusammenhang auch *G. Frankenberg*, Im Ausnahmezustand, KJ 50 (2017), S. 1 (1): „Dieser Moment roher Maskulinität zieht einen bestimmten Typus des Intellektuellen unwiderstehlich an“; zur menschlichen Sehnsucht nach punktueller Ekstase und Selbsttranszendenz *P. L. Oesterreich*, Das Hervorbrechen des Erhabenen, in: FS-Kodalle II, 2003, S. 101 (115).

<sup>28</sup> Zu diesem insb. *Chr. Fossaluzza/A. Kraume*, Das Forschungsfeld „Literatur und Ausnahmezustand“ nach 9/11, in: dies. (Hrsg.), Ausnahmezustände in der Gegenwartsliteratur, 2017, S. 7 ff.; s. auch *A. De Boever*, States of Exception in the Contemporary Novel, 2012, S. 1 ff.

<sup>29</sup> *D. Sterzel*, Zur Entstehungsgeschichte der Notstandsgesetze, in: ders. (Hrsg.), Kritik der Notstandsgesetze, 21969, S. 7 (22).

<sup>30</sup> *P.-A. Albrecht*, Menschenwürde als staatskritische Absolutheitsregel, KritV 89 (2006), S. 295 (302 ff.).

<sup>31</sup> *K. Hesse*, Grundfragen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmezustandes, JZ 1960, S. 105 (108).

<sup>32</sup> *K. Günther*, Von der wahren Souveränität, KJ 38 (2005), S. 434 (434).

<sup>33</sup> Den damaligen Hamburgischen Innensenator *Helmut Schmidt* zum „Herrn der Flut“ im Februar 1962 erkoren hat *G. Frankenberg*, Im Ausnahmezustand, KJ 50 (2017), S. 1 (4); zum „Bild der Flut“ angesichts des Zustroms an Flüchtlingen im Jahr 2015 ferner *W. Kluth*, Grundlagen und Strukturen des Migrationsfolgenrechts, DVBl. 2016, S. 1081 (1081): „soziale Urgewalt“; zur Bedeutung organischer Vorstellungen von Staat und Recht im Allgemeinen vgl. *T. Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, 2015, S. 31 ff.; *L. Münkler*, Metaphern im Recht, Der Staat 55 (2016), S. 181 ff.

<sup>34</sup> Zum *Capitano di Guardia e Conservatore di Stato* als Teil des Notstandsregiments im frühneuzeitlichen Florenz vgl. *M. Isenmann*, Notstandsgewalten und politische Repression im Florenz der Renaissance, ZHF 38 (2011), S. 25 (39).

<sup>35</sup> Zu der entsprechenden seevölkerrechtlichen Qualifikation *S. Schmahl*, Die Bekämpfung der Seepiraterie im Spiegel des Völkerrechts, des Europarechts und der deutschen Rechtsordnung, AöR 136 (2011), S. 44 (53 ff.); zum Piraten als „Feind“ der Staatengemeinschaft *M. Münchauer*, Terrorismus auf See aus völkerrechtlicher Sicht, 1994; *S. Schiedermeier*, Piratenjagd im Golf von Aden, AöR 135 (2010), S. 185 (185 ff.).

ter der Verfassung, ein letzter Fels in der Brandung, ragt wie ein Monolith aus der See, der so mächtig wirkt, als ob ihm Wasser und Winde auch in den nächsten hundert Jahren nichts anhaben könnten, und doch dem beständigen Andrängen der See wenig entgegenzusetzen hat.<sup>36</sup> Der Rechtsstaat selbst wird zu einem Klein-Helgoland, zu einem sinkenden Schiff<sup>37</sup> oder Ertrinkenden<sup>38</sup>, der sich in den Schönwetterzeiten des täglichen Lebens an den Grundsätzen richtigen Handelns orientieren mag, für den in der Situation existenzieller Not fernab des sicheren Hafens indessen nur noch das nackte Überleben zählen kann. Hat er sich erst auf das karneadische Brett<sup>39</sup> geflüchtet, muss er das Existenzrecht des Einzelnen hinter dem organisierten Existenzinteresse aller zurücktreten lassen. Am nicht mehr allzu fernen Horizont erscheint die Gefahr des Rechts- und Staatsversagens, wenn nicht gar des Endes von Staat und Recht überhaupt.<sup>40</sup>

Es wird Zeit, wieder in ruhigere Fahrwasser einzutauchen: Ausnahmezustand und maritime Metaphorik sind, so scheint es, untrennbar miteinander verbunden.<sup>41</sup> Sucht man nach einem Autor, dessen Lektüre sich in diesem Kontext besonders anbietet, wird man im Werk *Herman Melvilles* schnell fündig. Es verwundert insoweit nicht, dass *Carl Schmitt*, der die Diskussion in der Weimarer Staatsrechtslehre über das Recht des Ausnahmezustands mit seiner ideengeschichtlichen Studie über die Diktatur<sup>42</sup>, seinem Vortrag über Art. 48 WRV<sup>43</sup> auf

<sup>36</sup> Vgl. *Chr. Bommarius*, Ein Fels in der Brandung, KJ 44 (2011), S. 43 (49).

<sup>37</sup> Zur Verbindung der traditionsreichen Staatsschiff- mit der Schiffbruch-Metaphorik *D. Peil*, Untersuchungen zur Staats- und Herrschaftsmetaphorik in literarischen Zeugnissen von der Antike bis zur Gegenwart, 1983, S. 700 ff., 837 ff.

<sup>38</sup> *Chr. Enders*, Der Staat in Not, DÖV 2007, S. 1039 (1039, 1042f.); s. auch *ders.*, Normalitätserwartung der Verfassung, in: HStR <sup>3</sup>XII, § 276 Rn. 20. Von der „Exklusion ‚Unschuldiger‘ aus dem Recht“ spricht *R. Merkel*, Wenn der Staat Unschuldige opfert, Die Zeit Nr. 29 v. 8.7.2004, S. 33; zur Konzeption des „Bürgeropfers“ vgl. dagegen *O. Depenbeuer*, Selbstbehauptung des Rechtsstaates, <sup>2</sup>2007, S. 77; *ders.*, Das Bürgeropfer im Rechtsstaat, in: FS-Isensee, 2007, S. 43 ff.; s. auch *Chr. Hillgruber*, Der Staat des Grundgesetzes – nur „bedingt abwehrbereit“, JZ 2007, S. 209 (215 ff.); das „Lebensopfer“ gar zum höchsten Ausdruck der menschlichen Würde ummünzend *Chr. Gramm*, Der wehrlose Verfassungsstaat?, DVBl. 2006, S. 653 (659 ff.); zur Kritik an der „Theorie vom Bürgeropfer“ *K. Gierhake*, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht, 2013, S. 172 ff.; *M. Stolleis*, Angst essen Seele auf, Merkur 61 (2007), S. 1145 (1148); zur Renaissance von Opfermythos, -theoretik und -rhetorik *P. Thiéé*, Das Opfer soll Gemeinschaft stiften, NK 20 (2008), S. 60 ff. sowie *B. Schlink*, Das Opfer des Lebens, in: *ders.*, Erkundungen, 2015, S. 121 (125): „Auch für Deutschland wird immer wahrscheinlicher, dass das Opfer des Lebens wieder verlangt und gebracht werden muss“.

<sup>39</sup> Zur Rezeptionsgeschichte *A. Aichele*, Was ist und wozu taugt das Brett des Karneades?, JRE 11 (2003), S. 245 ff.

<sup>40</sup> *R. Wolf*, Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft, Leviathan 15 (1987), S. 357 ff.; *Chr. Gusy*, Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe, DÖV 1996, S. 573 (573).

<sup>41</sup> *H. Adolf*, Jenseits von Hafen und Meer, Archiv für Begriffsgeschichte 55 (2013), S. 39 (41).

<sup>42</sup> *C. Schmitt*, Die Diktatur (1921), <sup>8</sup>2015; s. aber auch bereits *ders.*, Diktatur und Belagerungszustand (1916), in: *ders.*, Staat, Großraum, Nomos, 1995, S. 3 ff.

<sup>43</sup> *C. Schmitt*, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung, VVD-StRL 1 (1924), S. 63 ff.; zum Vortrag *Schmitts* und dem Koreferat *Erwin Jacobis* vgl. *A.-B. Kaiser*, Die Verantwortung der Staatsrechtslehre in Krisenzeiten, in: U. J. Schröder/A. von Ungern-Sternberg (Hrsg.), Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre, 2011, S. 119 (124 ff.).

der ersten Staatsrechtslehrertagung in Jena am 14. und 15.4.1924 und seiner Präsenz in der Ära der Präsidialkabinette zwischen 1930 und 1932 beherrscht hatte<sup>44</sup> und nach dem 11.9.2001 als „Mann der Stunde“<sup>45</sup> eine nahezu globale Rezeption erfuhr,<sup>46</sup> schon früh auf die Novelle *Benito Cereno* (1855)<sup>47</sup> – jenen fiktionalen Bericht über eine Revolte auf einem spanischen Sklavenhändlerschiff unter dem Kommando des Don *Benito Cereno* – zu sprechen kam. Mit *Melville* teilte *Schmitt* die Faszination für das Meer<sup>48</sup> und die maritime Metaphorik.<sup>49</sup> Die zentrale Allegorie der Novelle, ein Kapitän als fremdgesteuerte Geisel meuternder Sklaven, diente *Schmitt* – neben seiner rechtfertigenden Selbstviktimisierung in der Leviathan-Metapher, in der er sich selbst zum politischen *Jona* im Bauch des Wals stilisierte<sup>50</sup> – in seinem Briefwechsel mit *Ernst Jünger*<sup>51</sup> zur Spiegelung und Exkulpierung seiner Lage im Nationalsozialismus ab 1941:<sup>52</sup>

<sup>44</sup> S. dazu *M. Friedrich*, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997, S. 359 ff.; *P. Blomeyer*, Der Notstand in den letzten Jahren von Weimar, 1999, insb. S. 47 ff., 100 ff., 191 ff.; *D. Blasius*, Carl Schmitt. Preußischer Staatsrat in Hitlers Reich, 2001; *ders.*, Weimars Ende, 2005, insb. S. 109 ff.; *L. Berthold*, Carl Schmitt und der Notstandsplan am Ende der Weimarer Republik, 1999; *E. R. Huber*, Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Endzeit, in: H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, 1988, S. 33 ff.; *D. Cumin*, Carl Schmitt, 2005, S. 18: „le *Kronjurist* du gouvernement présidentiel“.

<sup>45</sup> *T. Darnstädt*, Der Globale Polizeistaat, 2009, S. 29 ff.; *ders.*, Der Mann der Stunde – Die unheimliche Wiederkehr Carl Schmitts, *Der Spiegel* 39/2008, S. 160 f.; ferner *U. Thiele*, Carl Schmitt (1888–1985), in: R. Voigt (Hrsg.), *Staatsdenken*, 2016, S. 267 (267); s. in diesem Kontext aber auch *R. Altmann*, Die fortdauernde Präsenz des Carl Schmitt, *Merkur* 45 (1991), S. 728 ff.

<sup>46</sup> Vgl. nur *S. V. Levinson*, Constitutional Norms in a State of Permanent Emergency, *GaLRev* 40 (2006), S. 699 (706): „the legal philosopher who provides the best understanding of the legal theory of the Bush Administration“. Zur *Schmitt*-Rezeption nach dem 11.9.2001 *M. Head*, Emergency Powers in Theory and Practice, 2016, S. 14 f.; *W. E. Scheuerman*, States of Emergency, in: J. Meierhenrich/O. Simons (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, 2016, S. 547 (560 ff.); speziell in Blick auf Südeuropa, Lateinamerika, die USA und Ostasien s. die Beiträge in R. Voigt (Hrsg.), *Der Staat des Dezinisionismus*, 2007, S. 115 ff.

<sup>47</sup> *H. Melville*, *Bartleby and Benito Cereno*, 1990, S. 35 ff.

<sup>48</sup> *C. Schmitt*, *Land und Meer* (1942), 2018, S. 10: „Sind wir Kinder des Landes oder der See?“. Mit diesem Buch leitete *Schmitt* sein Spätwerk ein, vgl. dazu *R. Mebring*, Carl Schmitts Schrift „Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft“, *ZaöRV* 77 (2017), S. 853 (855): „ein[en] Ausstieg aus der ‚völkerrechtlichen‘ Apologie des Nationalsozialismus und eine erneute Umstellung auf eine ‚apokalyptische‘ Sicht der Gegenwart als Ausnahmezustand“.

<sup>49</sup> *C. Schmitt*, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes* (1938), 2018, S. 11, 15, 34. Zur *Moby-Dick*-Interpretation *Schmitts* s. etwa *V. Neumann*, Carl Schmitt als Jurist, 2015, S. 474; *J. Kersten*, Leviathan und Hive, *RW* 3 (2012), S. 249 (258).

<sup>50</sup> *C. Schmitt*, *Ex Captivitate Salus*, 1950, S. 93: „Dreimal saß ich im Bauche des Fisches“; vgl. zu dieser Metaphorik *W. Kobl/M. Stolleis*, Im Bauch des Leviathan, *NJW* 1988, S. 2849 ff.; *J. Kersten*, Leviathan und Hive, *RW* 3 (2012), S. 249 (258 f.).

<sup>51</sup> *E. Jünger/C. Schmitt*, Briefe 1930–1983, 1999, insb. S. 114 ff.; zu dieser Korrespondenz etwa *F. Balke*, *Beyond the Line*, *PhR* 55 (2008), S. 273 (290 ff.).

<sup>52</sup> *C. Schmitt*, *Ex Captivitate Salus*, 1950, S. 21 f.: „*Benito Cereno*, der Held von Herman Melville’s Erzählung, ist in Deutschland zu einem Symbol für die Lage der Intelligenz in einem Massen-System erhoben worden“; *ders.*, *Glossarium*, 1991, S. 54 f., 78, 92; mit dem – zweifelhaften – Hinweis, *Schmitts* Verhalten nach 1933 sei „kein Thema der Staatsrechtslehre“ *W. von Simson*, Carl Schmitt und der Staat unserer Tage, *AöR* 114 (1989), S. 185 (187 f.). Zum Ganzen zuletzt *K.-M. Kodalle*, Carl Schmitt und seine Schuld, *Der Staat* 58 (2019), S. 171 ff.

„Jeder, der auf einem Piratenschiff vorgefunden wird, wird als Pirat behandelt, wenn es nicht offensichtlich ist, daß er sich dort als Gefangener oder sonstwie als Opfer der Piraten aufhielt. Pirat ist [...] das Schiff als Ganzes“.<sup>53</sup>

*Carl Schmitt*, der Romantiker der Ausnahme *par excellence*,<sup>54</sup> der auch schon mal mit „Benito Cereno“ signierte,<sup>55</sup> machte geltend, entgegen dem offenkundigen Anschein keinen Einfluss auf die Ereignisse im Dritten Reich gehabt zu haben, wobei er – deren Rassismus parodierend – die Nationalsozialisten mit den „Negersklaven“ *Melvilles* parallelisierte.<sup>56</sup> Das in *Benito Cereno* skizzierte Schreckensszenario bildete die Folie, auf der *Schmitt* den Reichspräsidenten mit den in der Verfassung vorgesehenen autoritären Machtmitteln ausstattete, damit dieser seine ihm zugedachte Rolle als Hüter der Verfassung<sup>57</sup> einschränkungslos wahrnehmen konnte. Mag man *Benito Cereno* demnach als Schlüsselerzählung für das Leben und Wirken *Schmitts* betrachten, erweist sich indes für die literarische Hinführung zu einem zeitgemäßen Recht und modernen Verständnis des Ausnahmezustands eine andere Lektüre *Melvilles* als ungleich besser geeignet, die *Schmitt* nicht minder umtrieb:<sup>58</sup> diejenige des „himmelsäugigen“ einundzwan-

<sup>53</sup> C. Schmitt, Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz „Nullum crimen, nulla poena sine lege“ (1945), 1994, S. 63 (Sätze in der Reihenfolge geändert).

<sup>54</sup> H. Lübke, Oswald Spenglers „Preußentum und Sozialismus“ und Ernst Jüngers „Arbeiter“, ZfP 40 (1993), S. 138 (149f.); ders., Modernisierung und Folgelasten, 1997, S. 266 (277); M. Jestaedt, The German Reticence Vis-à-Vis the State of Emergency, in: P. Auriel/O. Beaud/C. Wellman (Hrsg.), The Rule of Crisis, 2018, S. 241 (245).

<sup>55</sup> „Aufrechtig Dein guter Freund Benito Cereno, 11. Juli 1938“, so die Schlussformel eines vom Verlag nicht verwendeten Waschzetteltextes zu „Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes“, vgl. A. de Benoist, Carl Schmitt, 2003, S. 113 f.

<sup>56</sup> Zur Deutung der *Benito Cereno*-Identifikation vgl. J. W. Bendersky, Carl Schmitt, 1983, S. 262; H. Lietzmann, Carl Schmitt alias Dr. Haustein, in: K. Hansen/H. Lietzmann (Hrsg.), Carl Schmitt und die Liberalismuskritik, 1988, S. 157 (161); W. E. Scheuerman, Carl Schmitt, 1999, S. 177; R. Mebring, Carl Schmitt, 2009, S. 406 ff.; T. O. Beebee, Citation and Precedent, 2012, S. 191 ff.; ders., Carl Schmitt's Myth of Benito Cereno, Seminar: A Journal of Germanic Studies 42 (2006), S. 114 ff.; L. Berthold, Wer hält zur Zeit den Satan auf?, Leviathan 21 (1993), S. 285 ff.

<sup>57</sup> S. zunächst C. Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929), in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze, 2003, S. 63 ff.; die These vom Reichspräsidenten als „Hüter der Verfassung“ ist zum ersten Mal ausgearbeitet worden bei C. Schmitt, Der Hüter der Verfassung, AöR 16 (1929), S. 161 (233): „Wer heute nach dem Hüter der Verfassung ruft, müßte daher zuerst beachten, daß das geltende Staatsrecht einen solchen Hüter bereits kennt und vorgesehen hat. Nach Wortlaut und Sinn der Weimarer Verfassung ist zunächst der Reichspräsident der Hüter der Reichsverfassung“; ders., Der Hüter der Verfassung (1931), 2016; zur Kontroverse zwischen *Schmitt* und *Kelsen* um den Hüter der Verfassung vgl. O. Lembcke, Hüter der Verfassung, 2007, S. 21 ff.; V. Neumann, Carl Schmitt als Jurist, 2015, S. 229 ff.; L. Vinx, The Guardian of the Constitution, 2015, S. 6 ff.

<sup>58</sup> „Ich schicke Ihnen gleichzeitig den Benito Cereno von Melville. Moby Dick ist leider nicht aufzutreiben. Billy Budd hoffe ich bald zu bekommen. Ich bin von dem ganz ungewollten, hintergründigen Symbolismus der Situation als solcher ganz überwältigt“, *Carl Schmitt* an Ernst Jünger, 25.2.1941, zitiert aus E. Jünger/C. Schmitt, Briefe 1930–1983, 1999, S. 114 f.; zur Verbindung *Melvilles* mit Ernst Jünger und Carl Schmitt vgl. auch M. Schneider, Billy Budd, oder: Die Erektion der Macht, Schreibheft – Zeitschrift für Literatur 37 (1991), S. 173 (179).

zigjährigen *Billy Budd* – „oder Baby Budd, wie er am Ende etwas vertraulicher, unter später zu schildernden Umständen, häufiger genannt ward“.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> *H. Melville, Billy Budd – Die großen Erzählungen*, 2011, S. 325.

Erster Teil  
Prolegomena



## § 1 Von der *Rights-of-Man* auf die *Bellipotent*: Eine literarische Spurensuche nach dem heutigen Verständnis des Ausnahmezustands

### I. Die tragische Geschichte vom „schönen Matrosen“

Gegen Ende der letzten Dekade des 18. Jahrhunderts, Europa steckt inmitten der napoleonischen Kriege, gerät besagter *Billy Budd* in eine Intrige, die ihn das Leben kosten wird. Die Geschichte, deren Hauptfigur er ist, ist „alles andere als ein Abenteuerroman“.<sup>1</sup> Der bei seinen Kameraden äußerst beliebte Matrose *Budd* versieht im Jahre 1797 an Bord des englischen Handelsschiffes *Rights-of-Man* seinen Dienst. Dessen Eigner – „ein Dickschädel aus Dundee“<sup>2</sup> – ist ein unbeugsamer Anhänger *Thomas Paines* und dessen im Jahr 1791 erschienener, die Ideen der französischen Revolution verteidigender Streitschrift.<sup>3</sup>

Es ist eine Zeit, in der der Stolz des britischen Empires – eine „Flotte, welche der rechte Arm der einzigen, freien, konservativen Macht der Alten Welt war“<sup>4</sup> – von wiederholten Meutereien heimgesucht wird, eine bedrohlichere Herausforderung „als die zeitgenössischen Manifeste des französischen Direktoriums oder die Eroberungs- und Missionsfeldzüge seiner Armeen“.<sup>5</sup> Auf der Reede von Spithead und bei der Nore, einem Liegeplatz in der Mündung der Themse, erheben sich im Frühjahr 1797 die Matrosen; obschon nicht gewalttätig, so handelt es sich für die Royal Navy doch um einen unerhörten Akt.<sup>6</sup> Die Verbitterung über echte Missstände in der Flotte, neben den Arbeitsbedingungen und der schlechten Bezahlung insbesondere das System der Zwangsrekrutierung, mischt sich mit den Verheißungen des revolutionären Nachbarn, „so als hätte der Wind glü-

---

<sup>1</sup> *H. Melville*, *Billy Budd – Die großen Erzählungen*, 2011, S. 337.

<sup>2</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 330.

<sup>3</sup> Vgl. *T. Paine*, *The Rights of Man*, 1791.

<sup>4</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 338.

<sup>5</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 338.

<sup>6</sup> Wie aufrüttelnd diese Ereignisse für die Britische Marine gewesen sein müssen, lässt sich schon allein an der vielstimmigen literarischen Aufarbeitung des Matrosenstreiks ablesen, vgl. nur auszugsweise *W.J. Neale*, *History of the Mutiny at Spithead and the Nore*, 1842; *C. Gill*, *The Naval Mutinies of 1797, 1913*; *J. Dugan*, *The Great Mutiny*, 1965; A. V. Coats/P. MacDougall (Hrsg.), *The Naval Mutinies of 1797*, 2011; dabei werden auch Parallelen zu den Matrosenaufständen gezogen, die im Jahr 1917 das Vorspiel zur Revolution in Deutschland bildeten, vgl. *R. H. Lutz*, *The German Revolution, 1918–1919, 1922*, S. 28; *B. Pieroth*, *Recht und amerikanische Literatur*, 2017, S. 141 (165).

hende Funken aus dem in Flammen stehenden Frankreich über den Kanal ge-  
weht“.<sup>7</sup> Auch *Budd* wird zwangsverpflichtet („gepresst“). An Bord des Kriegsschiffs H.M.S. *Bellipotent* „ward unser Seemann aus der Handelsflotte sogleich als Vollmatrose eingetragen und der Steuerbordwache im Vortopp zugeteilt“.<sup>8</sup> *Melville* zeichnet seine Hauptfigur als einen Mann, der „in der Stunde der Gefahr oder im Aufruhre der Elemente all das verkörperte, was einen guten Seemann auszeichnet“, dessen einziger Makel in einem gelegentlich auftretenden Sprachfehler bestand, der seine Stimme bei der jähen Erregung eines starken Gefühls unwillkürlich ins Stocken geraten ließ, „ja in eine Art Stottern oder gar Schlimmeres verfallen“.<sup>9</sup> *Budd* lieferte dem Waffenmeister des Schiffes (eine „Art Polizeichef“<sup>10</sup>) namens *Claggart* keinerlei Anlass dafür, dass dieser es auf ihn abgesehen haben könnte. Und doch hegte *Claggart* dem Vortoppsgast gegenüber „jene spontane und abgrundtiefe Antipathie, wie sie in bestimmten, außergewöhnlichen Sterblichen durch den bloßen Anblick eines anderen, noch so harmlosen Sterblichen hervorgerufen wird, wenn sie nicht sogar just diese Harmlosigkeit erst weckt [?]“.<sup>11</sup>

*Claggart* entsendet einen Lockspitzel, um *Billy Budd* zu bewegen, sich an einer vermeintlichen Meuterei vornehmlich zwangsrekrutierter Matrosen zu beteiligen. Als *Budd* das Ansinnen empört zurückweist, bezichtigt ihn *Claggart* gegenüber dem Kapitän des Schiffes, *Edward Fairfax Vere* – aufgrund der allseits geteilten Wertschätzung „Sternen-Vere“ genannt – der Meuterei. Bei Kapitän *Vere*, „der auf die Wohlfahrt seiner Männer bedacht war, niemals jedoch eine Störung der Disziplin duldete“,<sup>12</sup> und zugleich eine innige Zuneigung für den „schönen Matrosen“ hegte, hätte *Claggart* mit einer solchen Anklage, die sich auf keinen Beweis stützen ließ, freilich kaum durchdringen können: „Kommen Sie mir, Waffenmeister, mit so einer nebulösen Geschichte? Was den *Budd* betrifft, so nennen Sie mir einen Vorfall in Wort oder Tat, der das bestätigt, wessen Sie ihn so allgemein bezichtigen [...]. Hüten Sie sich, was Sie sagen. Gerade jetzt, und in so einem Fall, gibt es für den falschen Zeugen nur die Rahmlock“.<sup>13</sup>

Doch das Schicksal meint es schlecht mit dem Protagonisten: Bei der anschließenden Gegenüberstellung der beiden Kontrahenten verweigert der angeborene Sprachfehler dem Matrosen die notwendige wie legitime Gegenwehr, zum Unverständnis seines Kapitäns („Reden Sie! Verteidigen Sie sich!“<sup>14</sup>). In seiner Hilflosigkeit streckt *Budd* seinen Widersacher mit einem Schlag nieder, „blitzschnell

<sup>7</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 338.

<sup>8</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 332.

<sup>9</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 337.

<sup>10</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 351.

<sup>11</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 363.

<sup>12</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 346.

<sup>13</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 391.

<sup>14</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 395.

wie die Flamme einer des Nachts abgefeuerten Kanone“.<sup>15</sup> Der Schiffsarzt kann nur noch den Tod des Waffenmeisters feststellen.

Für den Kapitän handelt es sich um ein Gottesurteil, das *Budd*, den er für einen „Engel Gottes“<sup>16</sup> hält, vom Vorwurf der Meuterei freispricht. Gleichwohl beruft sich der Kapitän auf das Kriegsrecht und richtet im Schnellverfahren ein Standgericht unter seinem Vorsitz ein. Die nun folgende, im einundzwanzigsten Kapitel<sup>17</sup> dargestellte Szene des Prozesses bildet einen „Mikrokosmos“<sup>18</sup> innerhalb des Romans, in dem sich der Sinn des gesamten Textes erst vollends entfaltet: Die Einwände des Arztes, „jede weitere Maßnahme in einem derart unerhörten Falle aufzuschieben bis zu dem Zeitpunkt, da sie wieder zum Geschwader stießen, und dann die Sache dem Admiral zu übergeben“,<sup>19</sup> wischt der Kapitän beiseite. Für ihn war Umsicht ebenso geboten wie Eile, ereignete sich der Vorgang doch zu einem Zeitpunkt, der nicht ungünstiger hätte sein können: „Nur rasches Handeln konnte verhindern, wie Kapitän *Vere* glaubte, daß die Tat des Vortoppgasts, sobald sie auf den Geschützdecks bekannt würde, die noch glimmende Glut des Aufruhrs bei der Nore abermals anfachen könnte, und dieses Gefühl der Dringlichkeit dieses Falles gewann in ihm die Oberhand über jede andere Erwägung“.<sup>20</sup> Zweifel am Umgang mit mutmaßlichen Meuterern wollte er gar nicht erst aufkommen zu lassen, zumal sich das Schiff in feindlichen Gewässern befand:

„Gentlemen, [...] bedenken Sie doch die Folgen einer derartigen Nachsicht. Die Leute (er meinte die Mannschaft) sind gewitzt, die meisten mit den Gepflogenheiten und Traditionen der Flotte wohl vertraut; wie würden Sie das aufnehmen? [...] Würden sie nicht an den jüngsten Aufruhr bei der Nore denken? Aye. Denn sie wissen, welch wohlbegründeten Schrecken – welche Panik er in ganz England auslöste. Ihr nachsichtiges Urteil würden sie als verzagt empfinden. Sie würden glauben, wir zuckten zurück, wir hätten Angst vor ihnen – Angst davor, jene Strenge des Gesetzes walten zu lassen, welche dieser kritische Moment unbedingt erfordert, um neue Unruhen zu vermeiden“.<sup>21</sup>

Die Notwendigkeit, ein Zeichen der Strenge zu setzen, ließ das Urteil aus Sicht des Kapitäns und ungeachtet der Skrupel seiner Beisitzer („Aber ganz gewiß hat *Budd* weder Meuterei noch Totschlag beabsichtigt“<sup>22</sup>) von vornherein feststehen: „Und das Meutereigesetz, das Kind des Krieges, gerät nach dem Vater. *Budds* Absicht oder Nichtabsicht gehört hier nicht zur Sache“.<sup>23</sup> Das Plädoyer des Kapitäns, der vor dem von ihm einberufenen Standgericht als Ankläger, Richter und einziger Zeuge auftritt, gerät schlussendlich zu einer selbsterteilten Vergebung für das moralische Dilemma, in dem er sich befunden hat: „Und ich halte ihn für

<sup>15</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 396.

<sup>16</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 398.

<sup>17</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 400–416.

<sup>18</sup> *R. Weisberg*, *Rechtsgeschichten*, 2013, S. 201.

<sup>19</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 399.

<sup>20</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 401.

<sup>21</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 413 f.

<sup>22</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 412.

<sup>23</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 413.

so großmütig, daß er, könnte er uns in die Herzen blicken, sogar mitgeföhlt hätte mit uns, auf denen in dieser militärischen Notlage ein so schwerer Druck lastet“.<sup>24</sup> *Billy Budd* wird zum Tod durch den Strang verurteilt und im Morgengrauen vor versammelter Mannschaft an der Großrah gehängt: „Ach, mich – nicht das Urteil – heben Sie auf! Aye, alles flog auf, und auch ich muss hinauf“.<sup>25</sup>

## II. Geschichten vom Ausnahmezustand als Zeitgeschichten

### 1. Melvilles Ausnahmezustand

Mit seiner letzten, unvollendet gebliebenen moralischen Parabel und politischen Allegorie *Billy Budd, Sailor. An Inside Narrative*, die erstmals posthum im Jahr 1924 ans Licht einer staunenden literarischen Weltöffentlichkeit gelangte,<sup>26</sup> warf *Melville* die viele Juristengenerationen interessierende Frage danach auf, ob eine Rechtsdurchbrechung aus militärischer Notwendigkeit<sup>27</sup> gerechtfertigt werden kann. Entsprechend wird das Werk nach einer gewissen Wandlung in der Wahrnehmung Kapitän *Veres*, der lange Zeit als Hauptvertreter des Rechts galt,<sup>28</sup> mittlerweile von angloamerikanischen Autoren<sup>29</sup> als rechtsliterarisches Anschauungsbeispiel über den Umgang mit dem Ausnahmezustand rezipiert:

„Melville [...] grapples with the inner workings of political judgment, and with the fundamental blurring of sovereignty and subjection, norm and exception, that it seems to entail, in the security emergency of revolution at the dawn of political modernity in the West“.<sup>30</sup>

Für *Ernst Jünger* bestand das Thema des Romans dagegen darin, an einem beliebigen Untergebenen ein Exempel statuieren zu können („chercher quelqu'un“<sup>31</sup>).

<sup>24</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 414.

<sup>25</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 439.

<sup>26</sup> „Oh, hätte ich das geschrieben [...]. ‚Billy Budd‘ ist wirklich eine der schönsten Geschichten der Welt!“, so das Urteil *Thomas Manns*, zitiert nach *H. R. Vaegt*, *Thomas Mann, der Amerikaner*, 2011, S. 52.

<sup>27</sup> *M. Schneider*, *Billy Budd, oder: Die Erektion der Macht*, Schreibheft – Zeitschrift für Literatur 37 (1991), S. 173 (179).

<sup>28</sup> So noch *C. A. Reich*, *The Tragedy of Justice in Billy Budd*, *Yale Review* 56 (1967), S. 368 ff.; zum gewandelten Rollenverständnis Kapitän *Veres* m.w.N. *R. Weisberg*, *Rechtsgeschichten*, 2013, S. 201 ff.

<sup>29</sup> Bibliographische Aufstellung bei *T. Sprecher*, *Literatur und Recht*, 2011, S. 242 ff. sowie auszugsweise: *M. P. Rogin*, *Subversive Genealogy*, 1983, insb. S. 315; *R. A. Posner*, *Law and Literature*, 2009, S. 211 ff.; *R. Weisberg*, *Rechtsgeschichten*, 2013, S. 222 ff.; *J. L. Culbert*, *Melville's Law*, in: *J. Frank* (Hrsg.), *A Political Companion to Herman Melville*, 2013, S. 386 ff.; *dies.*, *Shattering Law: Encounters with Love in Billy Budd*, *QLR* 28 (2010), S. 765 ff.; *D. J. Solovo*, *Melville's Billy Budd and Security in Times of Crisis*, *CLR* 26 (2005), S. 2443 ff.; *P. Loosemore*, *Revolution, Counterrevolution, and Natural Law in Billy Budd, Sailor*, *Criticism* 53 (2011), S. 99 ff.

<sup>30</sup> *P. Loosemore*, *Revolution, Counterrevolution, and Natural Law in Billy Budd, Sailor*, *Criticism* 53 (2011), S. 99 (102).

<sup>31</sup> Vgl. den Brief von *Jünger* an *Schmitt* v. 3.3.1941, in: *E. Jünger/C. Schmitt*, *Briefe 1930–1983*, 1999, S. 115.

Schuld und Unschuld, Unrecht und Recht tauschen an Bord der *Bellipotent*, verkörpert durch die Figuren von *Claggart* und *Budd*, „de facto ihre Plätze“.<sup>32</sup> Durch den verhängnisvollen Schlag wird aus dem falschen Ankläger das Opfer, aus dem zu Unrecht der Meuterei Bezichtigten der Angeklagte, der mit körperlicher Gewalt gegenüber einem Vorgesetzten, „vom Standpunkt der Marine aus betrachtet, das verruchteste aller militärischen Verbrechen“<sup>33</sup> beging.

Der Übergang von der Normallage in den Ausnahmezustand vollzieht sich aber aus der Sicht *Budds* bereits mit seiner Zwangsrekrutierung von der *Rights-of-Man* auf die *Bellipotent* („Macht des Krieges“). Mit dem Frieden und Wohlstand symbolisierenden Handelsschiff und der vor Kanonen strotzenden Fregate als Allegorien für die Normallage einerseits, in der die Rechte und Freiheiten des Menschen zu achten sind, und den Ausnahmezustand andererseits, in welchem selbst die verfahrensrechtlichen Anforderungen des Kriegsrechts nicht eingehalten werden,<sup>34</sup> schafft *Melville* ein besonders ausdrucksstarkes Bild.<sup>35</sup> Dies wird auch in der zentralen Passage des Prozesses deutlich, die sich nur im englischen Original vollständig erschließt: Statt der sonst verwendeten Begriffe Kriegsgesetz, Kriegsartikel und Meutereigesetz berief sich *Vere* in seiner Ansprache an das Gericht auf das Kriegsrecht (*Martial law*). Ähnlich wie beim Belagerungszustand im deutschen konstitutionellen Staatsrecht des 19. Jahrhunderts<sup>36</sup> konnten im Ausnahmezustand nach englischem Recht die militärischen Befehlshaber hoheitliche Gewalt auch über Zivilisten ausüben und die zur Bewältigung

<sup>32</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 401.

<sup>33</sup> *Melville*, *Billy Budd* (Fußn. 1), S. 401.

<sup>34</sup> *Weisberg* weist Kapitän *Vere* insgesamt acht Verfahrensfehler nach (Missachtung der Notwendigkeit, für den Prozess zur Flotte zurückzukehren; Unterlassen der Inanspruchnahme des Admirals; Unterschreitung der erforderlichen Anzahl von Richtern; mangelnde Grundlage für Maßnahmen im Schnellverfahren; „*Vere* in vielen Rollen“ [Ankläger, Richter, einziger Zeuge]; Nichtgewährung üblicher Milde in vergleichbaren Fällen; Hinrichtung ohne Nachprüfung; Verschleierung des Verfahrens), vgl. unter Bezugnahme auf die *Articles of War* von 1749 *R. Weisberg*, *Rechtsgeschichten*, 2013, S. 212 ff.; übereinst. *B. Pieroth*, *Recht und amerikanische Literatur*, 2017, S. 141 (161 f.); krit. zu *Weisbergs* These, es handele sich dabei nicht um juristische Ungenauigkeiten und Fehler des Autors selbst, *R. A. Posner*, *Law and Literature*, 2009, S. 213 f.; ders., *From Billy Budd to Buchenwald*, *YLJ* 96 (1987), S. 1173 (1176): „*Weisberg* has gone outside of the novella’s frame of reference“.

<sup>35</sup> Zweifelnd gegenüber einer entsprechend aufgeladenen Symbolik aber *E. K. Sedgwick*, *Epistemology of the Closet*, 2008, S. 93 (hier in Fußn. 3 – Hervorhebungen im Original): „Note that I am *not* here distinguishing the peaceable trader *Rights of Man* from the man-o’-war *Bellipotent*. The merchant marine and the military navy are two distinct faces of the same national polity; *Billy Budd* is desired by each community, and for approximately the same potentials in him. The hierarchies of the *Rights of Man*, and its forms of enforcement, are vastly less exacerbated than those of the *Bellipotent*, but both are hierarchical, and the symbiosis between the two systems makes any attempt to disjoin them symbolically a different one“; übereinst. *L. Lo*, *Justice and „Divine Violence“ in Melville’s Billy Budd*, *Philosophy Study* 5 (2015), S. 187 (194): „We must not believe that the trader the *Rights-of-Man*, and the military navy the *Bellipotent* present different conditions to *Billy* [...]. The only difference between the two ships is not that the rights of man in the former is asserted whereas in the latter is not, but rather, that the very idea of manhood itself is on the side of the unjust power“.

<sup>36</sup> Dazu noch § 6 IV. 2., 3.

von Krisen notwendigen außerordentlichen Maßnahmen treffen.<sup>37</sup> Formelle Voraussetzung war eine Erklärung des Ausnahmezustands durch die Krone oder das Parlament, ausnahmsweise auch durch den Kapitän eines einzelnen Schiffes unter dem Vorbehalt der Überprüfung durch den militärischen Vorgesetzten. Materielle Voraussetzung war die Notwendigkeit zur Bekämpfung unmittelbarer rechtswidriger Gewalt. Eine derartige Situation, etwa eine tatsächlich ausgebrochene Meuterei, lag aber auf der *Bellipotent* offensichtlich nicht vor.<sup>38</sup> Gleichwohl fühlte sich Kapitän Vere in einem Ausnahmezustand, in dem er „buchstäblich über Leichen“<sup>39</sup> ging und Budd zum Spielball zwischen Recht und Unrecht machte. Nicht ein entfernter König, sondern der Kapitän der *Bellipotent* entscheidet über den Ausnahmezustand, weil er die üblichen Verfahrensregelungen aufgrund der vermeintlichen Dringlichkeit des Falles für nicht angemessen hält.<sup>40</sup> In diesem Vere'schen Ausnahmezustand wird Budd letztlich in einem nicht öffentlichen Schnellverfahren ohne Verteidiger und Rechtsmittel einer kriegsbedingten höheren Notwendigkeit (*necessitas*<sup>41</sup>) geopfert.

In seiner Parabel erzählt *Melville* zwei Geschichten des Ausnahmezustands: In der ersten Geschichte geht es um den Ausnahmezustand, der um Recht zu schaffen, nicht selbst Recht zu sein braucht. Sie erzählt von einem sich über das positive Recht hinwegsetzenden und sich dabei selbst rechtfertigenden, archaisch anmutenden Ausnahmezustand, der nach der Maxime „Not kennt kein Gebot“ verfährt. Die zweite Geschichte handelt demgegenüber von einer deutlich moderneren Lesart des Ausnahmezustands: Kapitän Vere ließ seinen Lieblingsmattrosen nicht deshalb hinrichten, weil er konkrete Erkenntnisse einer bevorstehenden Meuterei oder gar einer Beteiligung Budds gehabt hätte, sondern weil er bereits die Entstehung der Gefahr einer solchen im Keim ersticken wollte. Diese Geschichte erzählt von einem Ausnahmezustand, der mehr der Gefühlswelt eines Schiffsführers entspringt, der nicht nur eine Meuterei, sondern – in Gedanken „an den jüngsten Aufruhr bei der Nore“ – ein hochverräterisches Unternehmen befürchtet, in dem es um Klassenunterschiede und Kategorien des Politi-

<sup>37</sup> Dazu näher § 6 II.

<sup>38</sup> B. Pieroth, *Recht und amerikanische Literatur*, 2017, S. 141 (166).

<sup>39</sup> B. Pieroth, *Recht und amerikanische Literatur*, 2017, S. 141 (166).

<sup>40</sup> J. L. Culbert, *Melville's Law*, in: J. Frank (Hrsg.), *A Political Companion to Herman Melville*, 2013, S. 386 (391): „As we already observed there is evidence that martial law does not necessarily require or call for the trial of Billy Budd, let alone his execution. The sovereign decision, then, is not a decision of a distant king, but of Captain Vere. Consequently, when Captain Vere exclaims that Billy ‚must‘ die, he does not express his sense of obligation to a sovereign but rather exercises the power of sovereignty himself. As Carl Schmitt elaborated, the sovereign is who decides on the exception [...]. In Billy Budd, when the foretopman strikes the master-at-arms, Captain Vere decides that accepted practice does not apply. Given what he determines to be an exceptional situation, the captain declares that what is most holy, an angel of God, must be treated as a common murderer and hung“.

<sup>41</sup> Zum Gedanken der Notwendigkeit als Maxime der Staatsgewalt nur H. Krüger, *AllgStL*, 1966, S. 25ff.

schen gehen könnte.<sup>42</sup> Sie handelt von einem Ausnahmezustand, der keinen Aufschub duldet und nicht zuwartet, bis der Eintritt des schädigenden Ereignisses kurz bevorsteht, weil er stets die Sorge hat, zu spät zu kommen. Polizeirechtlich gesprochen geht es in dieser Geschichte um einen Ausnahmezustand, der bereits die Entstehung von Gefahren möglichst frühzeitig abwehren und keine Zuspitzung der Bedrohung abwarten will. Auf eine Formel gebracht erzählt *Melville* in den beiden Geschichten vom Ausnahmezustand als „Rechtsbruch zur Gefahrvorbeugung“.<sup>43</sup>

## 2. Die Wandlung vom rechtlosen zum vergesetzlichten Ausnahmezustand

### a) Ausnahmerecht im Kontext unterschiedlicher Staatsverständnisse

*Melvilles* Ausnahmezustand ist ein rechtloser Zustand. Er ist kein Rechtsinstitut, sondern steht gerade für den von der Rechtsordnung nicht antizipierbaren Fall, die Ausnahme vom Recht, nicht im Recht. Er erwächst dem Gegensatz zwischen dem göttlichen oder natürlichen Recht auf der einen und dem menschlichen oder positiven Recht auf der anderen Seite<sup>44</sup> und erinnert dabei an das von der antipositivistischen Staatslehre<sup>45</sup> ironisierte Dogma des Rechtspositivismus, wonach die Frage nach dem Ausnahmezustand keine Rechtsfrage sei: Das Staatsrecht hört hier auf.<sup>46</sup> Sie findet ihr anglo-amerikanisches Pendant in der Entscheidung des US-Supreme Courts im Fall *Ex parte Lambdin P. Milligan*<sup>47</sup>, die

<sup>42</sup> J. Angster, Erdbeeren und Piraten, 2012, S. 47.

<sup>43</sup> So die Rezeption bei B. Pieroth, Recht und amerikanische Literatur, 2017, S. 141 ff.

<sup>44</sup> B. Pieroth, Recht und amerikanische Literatur, 2017, S. 141 (159).

<sup>45</sup> Namentlich von *Schmitt* im Vorwort zur 2. Auflage seiner Politischen Theologie aus dem November 1933 (abgedruckt bei C. Schmitt, Politische Theologie [1922], 102015, S. 9), in welchem er der Staatsrechtswissenschaft vorhält, „daß sie die staatsrechtliche Antwort auf den entscheidenden Fall, nämlich die Antwort auf den preußischen Verfassungskonflikt mit Bismarck und infolgedessen auch die Antwort auf alle weiteren entscheidenden Fälle schuldig geblieben ist. Um der Entscheidung auszuweichen, prägte sie für solche Fälle einen Satz, der auf sie selbst zurückgefallen ist, und den sie nunmehr selbst als Motto trägt: ‚Das Staatsrecht hört hier auf‘“.

<sup>46</sup> G. Meyer/G. Anschütz, DStR, 71919, S. 906; das Zitat lautet im Zusammenhang: „Es liegt hier nicht sowohl eine Lücke im Gesetz (d. h. im Verfassungstext) als vielmehr eine Lücke im Recht vor, welche durch keinerlei rechtswissenschaftliche Begriffsoperationen ausgefüllt werden kann. Das Staatsrecht hört hier auf; die Frage, wie bei nicht vorhandenem Etatgesetz zu verfahren sei, ist keine Rechtsfrage“. Was oftmals übersehen wird, ist jedoch, dass sich Meyer/Anschütz bereits an früherer Stelle explizit gegen ein ungeschriebenes Staatsnotrecht ausgesprochen haben („Ein ‚ius eminens‘ der Staatsregierung, welches ihr erlaubt, sich in den Fällen, welche sie für Notstandsfälle hält, über die Schranken der Verfassung hinwegzusetzen, gibt es nicht, so wenig wie ein ‚Staatsnotrecht‘ überhaupt“, vgl. a. a. O., S. 904) und sich auch Bismarck im preußischen Verfassungskonflikt bewusst nicht auf das monarchische Prinzip oder ein überpositives Staatsnotrecht berufen hat, vgl. zu letzterem H. Boldt, Verfassungskonflikt und Verfassungshistorie, in: E.-W. Böckenförde (Hrsg.), Probleme des Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert, Der Staat Beiheft 1 (1975), S. 75 (96); R. Wabl, Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866, in: HStR 31, § 2 Rn. 43.

<sup>47</sup> US-Supreme Court, *Ex parte Lambdin P. Milligan* 71 U.S. 2 (1866), S. 36: „What is ordi-

als Präzedenzfall für die ausnahmebedingte Ausweitung von Exekutivkompetenzen gilt.<sup>48</sup>

In vorkonstitutioneller Zeit, präziser mit dem Übergang von der Landeshoheit zur Staatsgewalt ab dem 17. Jahrhundert, konnte sich der Staat eines Staatsnotrechts berühren, das als *dominium eminens*, *ius extremae necessitatis* oder *ius (imperium) eminens* bezeichnet wurde.<sup>49</sup> Es ermächtigte dazu, die zur staatlichen Selbsterhaltung notwendigen Maßnahmen zu treffen, ohne an rechtliche Voraussetzungen gebunden oder gar einer richterlichen Kontrolle unterworfen zu sein.<sup>50</sup> Die Exekutive als Verantwortliche für die Kontinuität des Staates konnte sich lieber eines Rechtsbruchs schuldig machen, „als daß sie aus bloßem Respecte vor dem formellen Rechte Volk und Staat sich auflösen und zu Grunde gehen lasse. Es liegt dann ein Act der Notwehr und Selbstvertheidigung für den Staat und dessen Repräsentanten vor und man darf hier von dem sogenannten Staatsnothrechte sprechen“.<sup>51</sup>

Unter Berufung auf dieses Staatsnotrecht konnte der Landesherr sich des Privateigentums bemächtigen, ohne dass dem die Schranke der wohlerworbenen Rechte entgegengehalten werden konnte. Im Gegenzug hatte er nach dem Prinzip des „Dulde und liquidiere“ allein den Wert des aufgeopferten Rechts zu entschädigen (vgl. §§ 74, 75 EinlALR 1794).<sup>52</sup> Wo die Verfassung den Ausnahmefall nicht vorgesehen habe, so heißt es noch 1857 im Staats-Wörterbuch von *Bluntschli*, werde dennoch, wenn er eintrete, „das Gebot der Nothwendigkeit zu denselben Maßregeln führen“.<sup>53</sup> Und würden solche „rettenden Thaten der Staatsgewalt“ auch „von den Männern des Rechts als sträflicher Frevel gegen die Heiligkeit des Rechts gebrandmarkt“, bedürfe es oft nur einiger Jahre, „um die Verwünschungen und den Fluch, den sie ihrem Urheber eintrugen, in Dank und Segen zu verwandeln“.<sup>54</sup> Die gebräuchliche Doppelform *necessitas vel utilitas* wies darauf hin, dass es dabei nicht allein um die einfache Abwendung von Notlagen ging, sondern diesem frühneuzeitlichen Staatsnotrecht eine innovatorische

---

narily called martial law is no law at all [...]. Let us call the thing by its right name; it is not martial law, but martial rule. And when we speak of it, let us speak of it as abolishing all law, and substituting the will of the military commander, and we shall give a true idea of the thing, and be able to reason about it with a clear sense of what we are doing“.

<sup>48</sup> M. Lemke, Ausnahmezustände als Dispositiv demokratischen Regierens, ZPol 22 (2012), S. 307 (311).

<sup>49</sup> Zu den Begrifflichkeiten statt vieler H.-U. Erichsen, Verfassungs- und verwaltungsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozeß, 1971, S. 44 ff., 159 ff., m. w. N.

<sup>50</sup> Vgl. F. Schmittbenner, Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes, 1845, S. 373: „Man versteht darunter das Recht des Staates, im Fall der Noth, d. h. der Gefahr für seine Existenz, aus dem Rechtszustand herauszutreten und sich durch gewaltsamen Eingriff in die Rechte der Unterthanen zu sichern“.

<sup>51</sup> C. von Kaltenborn, Einleitung in das constitutionelle Verfassungsrecht, 1863, S. 348.

<sup>52</sup> T. Henne, Art. „Ausnahmezustand“, in: HRG <sup>2</sup>I, Sp. 379 (379); A. Niesler, „Aufopferung“ und „Enteignung“ vom ALR bis zur WRV, JJZG 8 (2006/2007), S. 128 (129f.).

<sup>53</sup> K. Brater, Art. „Ausnahmsgesetz“, in: DStW I, S. 529 (530).

<sup>54</sup> R. von Jhering, Der Zweck im Recht <sup>2</sup>I, S. 252.

Funktion insoweit zu eigen war, als auch neue Institutionen aus staatlichen Nutz-erwägungen geschaffen werden konnten.<sup>55</sup>

Der „Sinnspruch des Nothrechts“<sup>56</sup>, nach welchem das Recht als „etwas Endliches“<sup>57</sup> erschien und der sich verkürzt auf die Formel „Not kennt kein Gebot“ zu einem der verbreitetsten Rechtssprichwörter überhaupt entwickelte,<sup>58</sup> vermochte nach der Etablierung des Verfassungs- und bürgerlichen Rechtsstaats hoheitliches Eingriffshandeln nicht mehr zu legitimieren.<sup>59</sup> Die Vorstellung eines rechtlosen, überpositiven Ausnahmezustands glaubte man seither überwunden zu haben, wenn nicht gar die Figur des Ausnahmezustands überhaupt.<sup>60</sup> Die Lektüre *Billy Budds* gewann jedoch nach den Anschlägen vom 11.9.2001 und den Reaktionen der *Bush*-Administration neue Aktualität,<sup>61</sup> obschon unter den geänderten Vorzeichen eines im langen<sup>62</sup> 19. Jahrhundert aufkommenden Rechtsetzungsstaats<sup>63</sup>, genauer eines Gesetzgebungsstaats: Dieser weist sowohl über die ersten frühneuzeitlichen, polizeistaatlichen Verbindungen von Gesetz<sup>64</sup>, *Policey*<sup>65</sup>, gu-

<sup>55</sup> H. Boldt, Der Artikel 48 der Weimarer Reichsverfassung, in: M. Stürmer (Hrsg.), Die Weimarer Republik – Belagerte Civitas, <sup>2</sup>1985, S. 288 (288).

<sup>56</sup> I. Kant, Die Metaphysik der Sitten <sup>2</sup>I, S. XLII: „Der Sinnspruch des Nothrechts heißt: ‚Noth hat kein Gebot (necessitas non habet legem)‘; und gleichwohl kann es keine Noth geben, welche, was unrecht ist, gesetzmäßig machte“.

<sup>57</sup> C. Welcker, Art. „Nothstand, Nothrecht oder Nothmaßregel“, in: C. von Rotteck/C. Welcker (Hrsg.), Staats-Lexikon <sup>3</sup>X, S. 679 (680); G. W. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 128, S. 108: „Die Not offenbart sowohl die Endlichkeit und damit die Zufälligkeit des Rechts als des Wohls“. Das „Ende des Rechts“ im Ausnahmefall proklamiert heute noch O. Depenheuer, Selbstbehauptung des Rechtsstaates, <sup>2</sup>2007, S. 41.

<sup>58</sup> Vgl. M. Koller, Not kennt kein Gebot, 2009, S. 14 ff.

<sup>59</sup> H. Boldt, Der Artikel 48 der Weimarer Reichsverfassung, in: M. Stürmer (Hrsg.), Die Weimarer Republik – Belagerte Civitas, <sup>2</sup>1985, S. 288 (289); E. Klein, Innerer Staatsnotstand, in: HStR <sup>3</sup>XII, § 280 Rn. 88: „keine für den Rechtsstaat akzeptable Maxime“; J. Renzikowski, Entschuldigung im Notstand, JRE 11 (2003), S. 269 ff.; W. Höfling/S. Augsburg, Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand, JZ 2005, S. 1080 (1087); G. Lurie, What is Modern in the State of Exception?, JEHL 8 (2017), S. 50 ff.

<sup>60</sup> S. § 3 I.

<sup>61</sup> Vgl. nur unter Bezugnahme auf den Patriot Act *B. Pieroth*, Recht und amerikanische Literatur, 2017, S. 141 (167): „Aus Furcht hält man Maßnahmen zur Gefahrvorbeugung für notwendig und begeht Rechtsbruch. Weil aber Melville durchgängig Zweifel an den angeblichen Notwendigkeiten sät, ist ‚Billy Budd‘ ein Plädoyer für den Rechtsstaat“.

<sup>62</sup> Exemplarisch N. Freytag/D. Petzold (Hrsg.), Das „lange“ 19. Jahrhundert, <sup>2</sup>2015.

<sup>63</sup> J. Masing, Zwischen Kontinuität und Diskontinuität, Der Staat 44 (2005), S. 1 (2), m. w. N.

<sup>64</sup> Zu diesem extensiven Verständnis von § 10 II. 17 ALR s. *Chr. Gussy*, PolOrdR, <sup>10</sup>2017, Rn. 5: „Alles Recht war [...] Polizeirecht. Polizeirecht erschien damals als Summe aller Rechtsnormen“.

<sup>65</sup> M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland I, 1988, S. 130 zählt die Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548 und 1577 zur „Gesetzgebung“. Zur Gleichsetzung von „Polizei“ und „Polizeigesetzgebung“ im 16. Jahrhundert auch M. Stolleis, in: HdbPolR, <sup>6</sup>2018, Kap. A Rn. 9f.; F.-L. Knemeyer, Polizeibegriffe in Gesetzen des 15. bis 18. Jahrhunderts, AöR 92 (1967), S. 153 (158 ff.). Zum Ganzen ferner H. Wißmann, Generalklauseln, 2008, S. 25 ff.

ter Ordnung<sup>66</sup> und Ausnahme<sup>67</sup> als auch die großen, den gesamten Stoff eines Rechtsgebietes zusammenfassenden und planvoll systematisierenden Kodifikationsbestrebungen des aufgeklärten Absolutismus<sup>68</sup> weit hinaus. Der Begriff des Gesetzgebungsstaates wird hier bewusst gewählt, weil er sich einerseits vom rein positivistisch gedachten Gesetzesstaat<sup>69</sup> abgrenzt, andererseits das Ideal des liberalen Rechtsstaats verkörpert, was ihn zugleich von einem autoritären Verwaltungsstaat<sup>70</sup> abhebt.

Der moderne Gesetzgebungsstaat, der bis in die Gegenwart Bestand hat, etablierte sich in Deutschland zunächst als Interventionsstaat: Nach der Reichsgründung 1871 widmete er sich der rechtlichen Ordnung der technischen Errungenschaften der Industriellen Revolution, der neuen Energieträger, Transport- und Kommunikationsmittel, der normativen Bewältigung der Bevölkerungsvermehrung, der Wanderung aus dem ländlichen Raum in die industriellen Zentren, des neuartigen Industriekapitalismus sowie – als Systemkonsequenz der Industriegesellschaft<sup>71</sup> – der Bewältigung der Sozialen Frage. Der Interventionsstaat als Ge-

<sup>66</sup> G. Anschütz, Art. „Polizei“, in: HwbKomW III, 1924, S. 455 (455); O. Mayer, DVwR <sup>3</sup>I, S. 212; F. Fleiner, Institutionen des DVwR, <sup>8</sup>1928, S. 386; aus neuerer Zeit H. Lisken, Polizei zwischen Recht und Politik, KritV 71 (1988), S. 314 (314); K. Härter, Sicherheit und gute Policey im frühneuzeitlichen Alten Reich, in: B. Dollinger/H. Schmidt-Semisch (Hrsg.), Sicherer Alltag?, 2016, S. 29ff.

<sup>67</sup> Wenn man mit A. Landwehr, „Gute Policey“, in: A. Lütke/M. Wildt (Hrsg.), Staats-Gewalt, 2008, S. 39 (42ff., 48, 62) die Polizeiverordnungen als „Antworten auf einen konstatierten Ausnahmezustand“ in Gestalt der „Abweichung menschlichen Verhaltens von göttlich sanktionierten Ordnungsvorstellungen“ begreift, nimmt dies dem Konzept des Ausnahmezustands freilich jede Unterscheidungskraft und analytische Verwertbarkeit.

<sup>68</sup> Dazu nur A. Laufs, Rechtsentwicklungen in Deutschland, <sup>6</sup>2006, S. 186.

<sup>69</sup> Dieser steht im engeren Zusammenhang mit dem Aufkommen des Rechtsstaats im 18. Jahrhundert, bleibt hinter diesem jedoch zurück, weil er sich auf die Gesetzesbindung der Verwaltung beschränkte, ohne materielle Schranken wie subjektive öffentliche Rechte und ein Rechtsschutzsystem mit sich zu führen, vgl. J. Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, <sup>15</sup>2018, S. 152; K. Eichenberger, Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982), S. 7 (9ff.). Es erscheint bemerkenswert, dass der Begriff des „Gesetzesstaates“ sowohl von der NS-Rechtswissenschaft gebraucht wurde, um gegen den vermeintlich inhaltsleeren bürgerlich-liberalen Staat zu polemisieren und ihm einen am Volksgeist ausgerichteten „nationalsozialistischen Rechtsstaat“ gegenüberzustellen (vgl. stellvertretend H. Lange, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, 1934, S. 3f.), als auch zur Charakterisierung der NS-Herrschaft diente (vgl. nur K. Stern, StR <sup>2</sup>I, S. 773: „Der Rechtsstaat wurde Gesetzesstaat, und das Gesetz konnte jeden Inhalt annehmen, auch den des Unrechts“); synonymen Gebrauch von „Gesetzesstaat“ und „Gesetzgebungsstaat“ dagegen bei M. Kloepfer, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, S. 685 (688f.).

<sup>70</sup> Diesen entwarf Schmitt zu Beginn der 1930er Jahre als „Gegenpol des Gesetzgebungsstaates“ und Fortentwicklung des „Regierungsstaates“, weil der Verwaltungsstaat weder auf der Legalität des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates basiere noch auf dem subjektiven Befehl und persönlichen Willen des Staatsoberhauptes beruhe, sondern seine Legitimität durch die sachlich-praktische Zweckmäßigkeit seiner Maßnahmen erfahre, vgl. C. Schmitt, Legalität und Legitimität (1932), in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze, <sup>2</sup>2003, S. 263 (265); dazu W. Pircher, Der umkämpfte Staatsapparat, in: S. L. Paulson/M. Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen, 2005, S. 276 (296); N. Campagna, Prärogative und Rechtsstaat, Der Staat 40 (2001), S. 553 (557ff.).

<sup>71</sup> D. Grimm, Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, KritV 69 (1986), S. 38 (42).

setzungsstaat folgte dabei einem sozialstaatlichen Paradigma,<sup>72</sup> reduzierte sich jedoch noch weitgehend auf die Erfüllung des Postulats der liberalen Verfassungsbewegung zu Beginn des 19. Jahrhunderts, wonach Eingriffe in Freiheit und Eigentum einer gesetzlichen Grundlage bedurften.<sup>73</sup> Dieser Vorbehalt des Gesetzes war im Kern ein Verhinderungs- und kein Gestaltungsrecht des Parlaments.<sup>74</sup> Anschließend erfuhr der Gesetzgebungsstaat – vor allem während des Ersten Weltkriegs und nach Gründung der Weimarer Republik – gewaltige Schübe, die von einem immensen Normenhunger moderner Industriegesellschaften<sup>75</sup> zeugten und zu einer bis dahin nicht gekannten normativen Regelungsdichte führten,<sup>76</sup> um sich sodann unter den Bedingungen von Sozial- und Umweltstaatlichkeit zu einem Präventions- und Vorsorgestaat fortzuentwickeln, dessen regulativer Ubiquitätsanspruch nach Europäisierung und Internationalisierung vor keiner Risiko- bzw. Gefahrensituation Halt machen kann und sich dem Vorsorgeparadigma verschrieben hat.<sup>77</sup> Sein Credo ist es, „möglichst alles zu tun, damit eine Straftat erst gar nicht begangen wird und allgemeiner: dafür zu sorgen, dass eine Gefahr erst gar nicht entstehen kann und dadurch – im besten Fall – Gefahrenabwehr gar nicht mehr nötig ist“.<sup>78</sup>

Zwischen den historischen Vorbildern für die Ereignisse auf der *Bellipotent* und dem Eindringen des internationalen Terrorismus in das Bewusstsein der Weltöffentlichkeit liegt also eine Periode der Verrechtlichung des Ausnahmezustands, die unter dem Gesetzgebungsstaat des 20. Jahrhunderts von einer Periode

<sup>72</sup> M. Stolleis, *Öffentliches Recht in Deutschland*, 2014, S. 172 ff.; ders., Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, ZNR 11 (1989), S. 129 (138); D. Gosewinkel, *Schutz und Freiheit?*, 2016, S. 35 ff.

<sup>73</sup> Vgl. F.J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts II/2*, <sup>2</sup>1846, § 132, S. 446: „Die Regierung des Staates greift mit ihrer Funktion überall in die Rechtssphäre des Unterthanen, in sein Vermögen, in seine Freiheit, in sonst ihm besonders zugestandene Befugnisse, und muss hierbei [...] innerhalb der Gesetze verfahren; sonst büßt der Staat seinen Charakter als Rechtsstaat ein“; s. auch F. Ossenbühl, *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, in: HStR <sup>3</sup>V, § 101 Rn. 18 f., 21; E.-W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, <sup>2</sup>1981, S. 271 ff.

<sup>74</sup> M. Kloepfer, *Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel*, JZ 1984, S. 685 (686).

<sup>75</sup> G.F. Schuppert, *Gute Gesetzgebung*, ZG-Sonderheft 2003, S. 5.

<sup>76</sup> Zum rasanten Anstieg der Gesetzgebungstätigkeit seit Ende des 19. Jahrhunderts H. Rottleuthner, *Aspekte der Rechtsentwicklung in Deutschland*, ZfRS 6 (1985), S. 206 (213 f.).

<sup>77</sup> Zu diesem Paradigmenwechsel in den Staatszwecken schon D. Grimm, *Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention*, KritV 69 (1986), S. 38 (42 f.); ferner A. Roßnagel, *Grundlagen und Fragen*, in: ders. (Hrsg.), *Sicherheit für Freiheit?*, 2003, S. 17 (20 ff.); I. Appel, *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge*, 2005, S. 42 ff.; E. Denninger, *Prävention und Freiheit*, in: S. Huster/K. Rudolph (Hrsg.), *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*, 2008, S. 85 (88 ff.); U. Volkmann, *Sicherheit und Risiko als Probleme des Rechtsstaats*, JZ 2004, S. 696 (700 ff.); T.J. Röder, *Risiko oder Gefahr?*, KritV 88 (2005), S. 303 (306 ff.); A. Schieder, *Anmerkungen zur Konkurrenz von Präventionsstaat und Sozialstaat*, KritV 88 (2005), S. 264 ff.; krit. aus verhaltensökonomischer Perspektive sowie zu Unterschieden in der Bedeutung des Vorsorgeprinzips zwischen Europa und den Vereinigten Staaten C.R. Sunstein, *Gesetze der Angst*, 2007, S. 25 ff.

<sup>78</sup> Treffend M. Baldus, *Entgrenzungen des Sicherheitsrechts*, DV 47 (2014), S. 1 (6). Zu dem Leitgedanken, bereits die Entstehung von Gefahren zu verhindern, sogleich näher b).

der Vergesetzlichung abgelöst wurde.<sup>79</sup> Die Vergesetzlichung des Ausnahmezustands, im Sinne seiner Herabzonung von der Ebene des Verfassungs- auf das Niveau des einfachen Rechts, bestätigt die Vermutung,<sup>80</sup> dass die Gefahren und Risiken der modernen globalisierten, technisierten, insbesondere digitalisierten und medialisierten Gesellschaft (Informationsgesellschaft, Cybersociety) zu unvorhersehbar und dynamisch verlaufen, als dass ihnen mit dem Ausnahmezustand im klassischen, konstitutionellen Sinne begegnet werden könnte.<sup>81</sup> Dessen enger zeitlicher Rahmen lässt ihn angesichts moderner, latent stets allgegenwärtiger und sich plötzlich realisierender Bedrohungsszenarien ebenso als adäquaten Krisenreaktionsmechanismus weitgehend ausfallen wie seine ursprünglich reaktive *ex post*-Fokussierung.<sup>82</sup>

In der Folge helfen weder die Weisheit der römischen Diktatur, noch das klassische Festungsrecht, noch der Belagerungszustand der konstitutionellen Epoche bei dem Versuch, hochkomplexe politische und soziale Systeme vor solchen Herausforderungen zu schützen.<sup>83</sup> Will der Staat vor diesen Gefährdungen und Risiken nicht kapitulieren, muss er sie bereits im Vorfeld und in einem Stadium zu unterbinden suchen, in denen sie sich noch nicht zu einer manifesten Existenzgefährdung für den Staatsorganismus, die Gesellschaft oder Rechtsordnung ausgewachsen haben. Andernfalls kommt der selbstverteidigende Akt typischerweise zu spät. Dieses Konzept ist nicht nur von einem sozialwissenschaftlichen Ansatz, sondern auch von einem steuerungswissenschaftlichen Verständnis des Rechts her unmittelbar plausibel.<sup>84</sup>

<sup>79</sup> Zu diesen Phasen s. § 6 (Verrechtlichung) und § 7 (Vergesetzlichung).

<sup>80</sup> Vgl. C. Schmitt, Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insbesondere ihre Rechtsgültigkeit (1931, nachträgliche Anm. 1958), in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze, 4<sup>2003</sup>, S. 235 (261); H. Boldt, Der Ausnahmezustand in rechtshistorischer Perspektive, Der Staat 6 (1967), S. 409 (424f.).

<sup>81</sup> G. Lurie, What is Modern in the State of Exception?, JEHL 8 (2017), S. 50 (57). Zu der damit korrespondierenden Dynamisierung und Subjektivierung von Sicherheit und ihrer Un erreichbarkeit als rechtliches Ziel Chr. Gusy, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, VVDStRL 63 (2004), S. 151 (157ff.); ders., Sicherheitskultur – Sicherheitspolitik – Sicherheitsrecht, KJ 93 (2010), S. 111 (112ff.).

<sup>82</sup> Zur Funktionslosigkeit des reaktiv-temporären Ausnahmezustands noch § 9 II.

<sup>83</sup> H. Oberreuter, Notstand und Demokratie, 1978, S. 278.

<sup>84</sup> J. Masing, Die Ambivalenz von Freiheit und Sicherheit, JZ 2011, S. 753 (756); zur sozialwissenschaftlichen Plausibilität B. De Graaf, Die Bekämpfung politischer Gewalt, in: dies./N. Colin/J. Pekelder et al. (Hrsg.), Der „Deutsche Herbst“ und die RAF in Politik, Medien und Kunst, 2008, S. 36 (41); N. Lubmann, Soziologie des Risikos, 1991, S. 40; S. Scheiper, Der Wandel staatlicher Herrschaft in den 1960er/70er Jahren, in: K. Weinbauer/J. Requate/H.-G. Haupt (Hrsg.), Terrorismus in der Bundesrepublik, 2006, S. 188 (196); zum steuerungswissenschaftlichen Verständnis H. Schulze-Fielitz, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: GVwR 21, § 12 Rn. 28f.; W. Brugger, Freiheit und Sicherheit, 2004, S. 89; Chr. Hillgruber, Der Staat des Grundgesetzes – nur „bedingt abwehrbereit“?, JZ 2007, S. 209 (211).

b) Eigengesetzlichkeiten gewandelter Bedrohungslagen –  
Gewandelte Gesetzlichkeiten des Ausnahmezustands

aa) Das Risiko als handlungsaktivierendes „Noch-Nicht-Ereignis“

Auf Veränderungen im Realbereich antwortet der Staat seit jeher mit Veränderungen seines Rechts.<sup>85</sup> Dies gilt in besonderem Maße für das Verhältnis von Krisen und der rechtlichen Antwort auf sie.<sup>86</sup> Die Bedrohungslagen, denen sich der moderne Staat ausgesetzt sieht, unterscheiden sich signifikant von denjenigen, denen die antike römische Republik oder das Frankreich an der Schwelle zum 19. Jahrhundert mit ihrem jeweiligen Notstandsrecht begegnen mussten. Und dennoch prägt gerade das römisch-rechtliche Institut der Diktatur bis heute unser Verständnis vom Ausnahmezustand.<sup>87</sup>

Neue Risiken verlangen nach neuen Sicherheiten<sup>88</sup>, nach neuer Sicherheitsarchitektur<sup>89</sup>, sie beanspruchen neue Rechte<sup>90</sup>, Rechtsbegriffe<sup>91</sup> und Rechtskonzeptionen<sup>92</sup>. Bei ihnen handelt es sich um handlungsaktivierende „Noch-Nicht-Ereignisse“<sup>93</sup>, die sich bislang nicht ereignet haben und von denen man nicht wis-

<sup>85</sup> S. nur *H. Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: *GVwR I*, § 12 Rn. 29; *W. Hoffmann-Riem*, Freiheit und Sicherheit im Angesicht terroristischer Anschläge, *ZRP* 2002, S. 497 (498); s. exemplarisch für die Änderung des staatlichen Maßnahmeapparats *M. Wagner*, Die Metamorphose präventiver Freiheitseingriffe im Kontext der Bekämpfung von illegaler Migration, Schleusungskriminalität und Terrorismus, *DVBl.* 2014, S. 345 ff.

<sup>86</sup> Instruktiv *O. Kirchheimer*, Wandlungen in der Struktur des Staatsschutzes, *ZfP* 11 (1964), S. 126 (128 ff.); treffend *A. Greene*, Permanent States of Emergency and the Rule of Law, 2018, S. XIII: „Law and crisis are indelibly linked“.

<sup>87</sup> Vgl. dazu die Nachweise bei § 6 I.

<sup>88</sup> *H.-J. Albrecht*, Neue Bedrohungen?, in: *P. Zoche/S. Kaufmann/R. Haverkamp* (Hrsg.), *Zivile Sicherheit*, 2010, S. 111 (112 ff., 115 ff.).

<sup>89</sup> S. nur *M. Berndt*, Die „Neue Europäische Sicherheitsarchitektur“, 2007; *R. Glawe* (Hrsg.), *Eine neue deutsche Sicherheitsarchitektur*, 2009; *T. Württenberger*, *Sicherheitsarchitektur im Wandel*, in: *D. Kugelmann* (Hrsg.), *Polizei unter dem Grundgesetz*, 2010, S. 73 ff.; *H. Kuschewitz*, *Das Bundesverfassungsgericht und die neue „Sicherheitsarchitektur“*, 2014; *J. Ziercke*, *Neue Sicherheitsarchitektur für Deutschland*, *Kriminalistik* 2002, S. 346 ff.; *E. Denninger*, *Thesen zur „Sicherheitsarchitektur“*, insbesondere nach dem 11. September 2001, *KritV* 86 (2003), S. 313 ff.; *F. Roggan/N. Bergemann*, Die „neue Sicherheitsarchitektur“ der Bundesrepublik Deutschland, *NJW* 2007, S. 876 ff.; *Chr. Gramm*, *Die Bundeswehr in der neuen Sicherheitsarchitektur*, *DV* 41 (2008), S. 375 ff.; *Chr. Gusy*, *Vom neuen Sicherheitsbegriff zur neuen Sicherheitsarchitektur*, *VerwArch* 101 (2010), S. 309 (322 ff.); *V. Eick*, *Germany's New „Security Architecture“?*, *Social Justice* 38 (2011), S. 146 ff.; *H. Münkler*, *Eine neue Sicherheitsarchitektur für Europa?*, *Merkur* 72 (2018), S. 5 ff.; *J. Puschke*, *Sicherheitsarchitektur in der Sicherheitsgesellschaft*, *JBÖS* 2018/19, S. 135 (136 ff.); zum Umbau der Sicherheitsarchitektur seit dem 11.9.2001 überblicksweise *T. Petri*, in: *HdbPolR*, 62018, Kap. A Rn. 130 ff.

<sup>90</sup> *E. Denninger*, *Neue Rechte im technologischen Zeitalter?*, *KJ* 22 (1989), S. 147 ff.; *R. Damm*, *Neue Risiken und neue Rechte*, *ARSP* 79 (1993), S. 159 (162 ff., 168 ff.).

<sup>91</sup> *E. Denninger*, *Freiheit durch Sicherheit?*, *KJ* 35 (2002), S. 467 (470).

<sup>92</sup> *L. Müller*, *Risiko und Recht*, in: *HdbRPhil*, 2017, S. 459 (459).

<sup>93</sup> *U. Beck*, *Risikogesellschaft*, 1986, S. 43 ff.; ganz ähnlich *B. Massumi*, *Fear* (The Spectrum Said), *positions: east asia cultures critique* 13 (2005), S. 31 (35): „Threat is the future cause of a change in the present. A future cause is not actually a cause; it is a virtual cause, or quasicause. Threat is a futurity with a virtual power to affect the present quasicausally“.

sen kann, ob sie jemals eintreten werden, die aber fortan gleichwohl auf dem momentanen Augenblick lasten.<sup>94</sup> Ein solches Handlungsdruck erzeugendes Noch-Nicht-Ereignis *par excellence* ist die terroristische Bedrohung in ihrer zeitgenössischen, die Potentiale der Weltrisikogesellschaft realisierenden Gestalt.<sup>95</sup> An ihr lassen sich die erweiterten sozialen Handlungsmöglichkeiten von Gefahrverursachern und potentiellen Straftätern in einer von Globalisierung, Digitalisierung und Medialisierung geprägten modernen Gesellschaft ebenso ablesen wie die staatliche Reaktion hierauf.<sup>96</sup> Verortet zwischen Anarchie und Verbrechen stellt Terrorismus das Recht wie die Rechtsstaatlichkeit vor neue Herausforderungen.<sup>97</sup> Er ist zum „Schrittmacher“<sup>98</sup> für die Weiterentwicklung und zur „Hauptantriebsfeder“<sup>99</sup> für den Umbau der deutschen Sicherheitsarchitektur geworden und hat sich als neuer Rechtsbegriff etabliert.<sup>100</sup>

Kein anderes Phänomen trieb den Staat in der jüngeren Vergangenheit in vergleichbarer Form dazu, sich Befugnisse als permanenten Teil seiner präventiven Sicherheitsordnung anzueignen, die zuvor gänzlich undenkbar oder allenfalls als vorübergehende Abstriche an Freiheit- und Rechtsstaatlichkeit hinzunehmen gewesen wären.<sup>101</sup> An seinem Beispiel lässt sich der gewandelte Charakter des Ausnahmezustands zu einem Medium staatlicher Gefahren- und Risikoversorgung nachvollziehbar machen.<sup>102</sup> Die zu beschreibende Wandlung des staatlichen Aus-

<sup>94</sup> M. Leanza, *Die Zeit der Prävention*, 2017, S. 13; zur Allgegenwart von Bedrohung auch J. Puschke, *Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen*, 2017, S. 5 ff.

<sup>95</sup> Mit entsprechender Subsumtion unter seine eigene Definition U. Beck, *The Terrorist Threat – World Risk Society Revisited*, *Theory, Culture & Society* 19 (2002), S. 39 (41); *ders.*, *Weltrisikogesellschaft*, 2007, S. 81 ff.; zu Terrorismus als Wesenselement der Weltrisikogesellschaft s. auch M. van der Woude, *Dutch Counterterrorism*, in: A. Ellian/G. Molier (Hrsg.), *The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror*, 2012, S. 69 (86): „textbook example of a world risk“; U. Schneekener, *Politische und administrative Reaktionsmuster auf das „Terrorrisiko“*, in: Chr. Daase/S. Engert/J. Junk (Hrsg.), *Verunsicherte Gesellschaft – überforderter Staat*, 2013, S. 35 (37); T. Kron, *Reflexiver Terrorismus*, 2015, S. 215 ff.; *ders.*, *Islamistischer Terrorismus in der Weltrisikogesellschaft*, *Sozialmagazin* 2018, S. 14 ff.

<sup>96</sup> Prägnant A. Ellian, *The State of Exception in a Time of Terror*, in: *ders./G. Molier* (Hrsg.), *The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror*, 2012, S. 23 (45): „September 11 is a true catalyst that has made the problems of the global world apparent“.

<sup>97</sup> A. Leisner-Egensperger, *Rechtsstaatlichkeit*, *JRE* 21 (2013), S. 99 (100).

<sup>98</sup> M. Bäcker, *Weitere Zentralisierung der Terrorismusbekämpfung?*, *GSZ* 2018, S. 213 (213); von einem „Mega-Trend“ spricht M. Thiel, *Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen*, *GSZ* 2019, S. 1 (1).

<sup>99</sup> M. Bäcker, *Terrorismus und Sicherheitsverfassungsrecht in Deutschland*, in: A. Scherzberg/O. Can/I. Doğan (Hrsg.), *Der Rechtsstaat in Zeiten von Notstand und Terrorabwehr*, 2019, S. 117 (120); s. auch L. F. Müller, *Identifying German Legal Approaches to Terror*, *GLJ* 19 (2018), S. 113 (114).

<sup>100</sup> T. Barczak, *Terrorismus als Rechtsbegriff*, in: A. Kulick/M. Goldhammer (Hrsg.), *Der Terrorist als Feind?*, 2020, S. 99 (105 ff.).

<sup>101</sup> R. Bartoli, *Der internationale Terrorist*, 2013, S. 3; J. Kremer, *Exception, Protection and Securitization*, in: M. Fichera/J. Kremer (Hrsg.), *Law and Security in Europe*, 2013, S. 7 (32); O. Hidalgo, *Die Antinomien der Demokratie*, 2014, S. 374; M. Isenmann, *Notstandsgewalten und politische Repression im Florenz der Renaissance*, *ZHF* 38 (2011), S. 25 (56 f.).

<sup>102</sup> Am Beispiel der Vereinigten Staaten R. Ericson, *The state of preemption*, in: L. Amoreo/

nahmeregimes beschränkt sich indes nicht auf das terroristische Phänomen, so dass auch die aufzuzeigenden Lösungsstrategien hinreichend abstrakt und übergreifend ausfallen müssen, um auf verwandte Bedrohungsszenarien und die hierauf reagierenden sicherheitsrechtlichen Präventionsstrategien Anwendung finden zu können. Wenngleich der Ausnahmezustand seit Anbeginn des 20. Jahrhunderts verstärkt auf andere als originär sicherheitsrechtliche Phänomene wie Krisen des Wirtschafts- und Finanzsystems oder biologische Katastrophen erweitert wird – eine Entwicklung, die sogar *Albert Camus* inspirierte („Diese Zwischenfälle zwangen die Behörden, den Pestzustand dem Belagerungszustand gleichzusetzen und die sich daraus ergebenden Gesetze anzuwenden“<sup>103</sup>) –, soll er hier auf seine ursprüngliche Bedeutung als Instrument klassischer polizeirechtlicher Gefahrenabwehr<sup>104</sup> zurückgeführt werden. Dieses verlangt nach einem konkreten (Mit-)Verursacher, richtet sich also auf Bedrohungen, die weniger schicksalhaft als menschengemacht erscheinen und damit Auslöser eines Konzepts personenbezogener Prävention sind.<sup>105</sup>

Weil er das grundlegende, gesellschaftsvertraglich verbrieftete Versprechen des Staates gegenüber seinen Bürgern in Frage stellt, ihre Sicherheit jederzeit zu gewährleisten, trifft Terrorismus den Staat in seinem Innersten.<sup>106</sup> Ziel Terrorismus unabhängig von seiner Herkunft und seinen Motiven wesensmäßig auf die unmittelbare Konfrontation mit dem Staat, richtet er sich also, wie es mittlerweile in ständiger verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung heißt, gegen die Grundpfeiler der verfassungsrechtlichen Ordnung und das Gemeinwesen als Ganzes,<sup>107</sup> weil sich in ihm eine Nichtidentifikation mit der gesetzten Normen- und Werteordnung manifestiert,<sup>108</sup> so scheint der Ausnahmezustand schon deshalb die prä-

---

M. de Goede (Hrsg.), *Risk and the War on Terror*, 2008, S. 57 (60); für die Niederlande *M. van der Woude*, *Dutch Counterterrorism*, in: A. Ellian/G. Molier (Hrsg.), *The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror*, 2012, S. 69 (73 ff.); s. auch *A. Jakob*, *German Constitutional Law and Doctrine on State of Emergency*, GLJ 7 (2006), S. 453 (453): „The questions arising in the context of the struggle against terrorism test the limits of positive regulations in extreme situations, leading ultimately to the same underlying dilemma as the law on state of emergency, though with different terminology“.

<sup>103</sup> *A. Camus*, *Die Pest* (1947), <sup>85</sup>2018, S. 194.

<sup>104</sup> Dazu unten § 10 I. 1.

<sup>105</sup> Zu dieser Unterscheidung bei der Auslösung grundrechtlicher Schutzpflichten *J. Isensee*, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in: HStR <sup>3</sup>IX, § 191 Rn. 243; zur Abgrenzung von personen- und technikbezogener Prävention *B. Rusteberg*, *Zivile Sicherheit in der Sicherheitsarchitektur des deutschen Bundesstaates*, in: RhbZS, 2017, 6. Kap. Rn. 8 ff., 15 ff.

<sup>106</sup> *R. Bartoli*, *Der internationale Terrorist*, 2013, S. 9; *M. Kötter*, *Subjektive Sicherheit, Autonomie und Kontrolle*, *Der Staat* 43 (2004), S. 371 (371).

<sup>107</sup> BVerfGE 133, 277 (333 f., Rn. 133) – Antiterrordatei; 141, 220 (266, Rn. 96) – BKA-Gesetz; 143, 101 (139, Rn. 125) – NSA-Untersuchungsausschuss; ähnlich zuvor schon BVerfGE 115, 320 (357) – Rasterfahndung; im Anschluss daran auch BVerwG, *Beschl. v. 13.7.2017 – 1 VR 3/17 –*, NVwZ 2017, S. 1531 (1532) – Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG.

<sup>108</sup> So etwa *H.-D. Horn*, *Sicherheit und Freiheit durch vorbeugende Verbrechensbekämpfung*, in: FS-Schmitt/Glaeser, 2003, S. 435 (444): „Fundamentalangriff auf Staat und Rechtsstaat“, „Angriffsziel ist der Staat an sich, seine Kultur, seine Sinnggebung und Wertordnung“;

destinierte Bekämpfungsstrategie zu sein.<sup>109</sup> Eine vermeintlich existentielle Bedrohung erzeugt eine „Ernstfalldynamik von Versicherheitlichung“,<sup>110</sup> unabhängig von Realisierungschance und Eintrittswahrscheinlichkeit der Gefährdung.<sup>111</sup> Wo angeblich die Rechts- und Staatsidee selbst herausgefordert wird, erscheint es konsequent, quantitativ und qualitativ mehr zu erlauben „als ‚normale‘ Unrechtsabwehr“.<sup>112</sup>

In der modernen Staatspraxis führen, so will es scheinen, vor allem terroristische Anschläge zur Suspendierung von Grundrechten und zur Gewährung von Sonderbefugnissen für die Sicherheitsbehörden, denen die präventive Ingewahrsamnahme, die Verhängung von Ausgangssperren, die Ausrufung von Sicherheitszonen, das *Racial Profiling* sowie intensivierete Abhör- und Überwachungsmaßnahmen an die Hand gegeben werden.<sup>113</sup> Ungeachtet der Frage, ob der Terro-

---

A. Ellian/G. Molier, Introduction, in: dies. (Hrsg.), *The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror*, 2012, S. 1 (2): „the threat of terroristic violence that gives rise to the state of necessity not only endangers the continued existence of the state, but the democratic legal order as well“, „terrorists not only want to destroy the national security, but also its democratic institutions“; K. Gierhake, *Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht*, 2013, S. 445: „die Negation des gesicherten Rechtszustands in seiner konkreten Staatsform mitsamt seiner Institutionen und Rechtsstrukturen“, „rechts- und staatsfeindliche Gewaltform“; W. Fach, *Souveränität und Terror*, *Leviathan* 6 (1978), S. 333 (334): „direkte, demonstrative Konfrontation mit dem Staatsapparat“; Chr. Enders, *Der Staat in Not*, *DÖV* 2007, S. 1039 (1039): „Terroristische Angriffe zielen auf die Erschütterung des Staatswesens, langfristig auf seinen Zusammenbruch“; noch weitergehend U. Häußler, *Der Schutz der Rechtsidee*, *ZRP* 2001, S. 537 (537): „Terrorismus [...] ist nicht nur völkerrechtswidrig, er richtet sich gegen die Rechtsidee selbst – gegen das Ethos, welches das Recht als solches trägt“; P. Pasquino, *Constitutionalizing Emergency Power in a Time of Jihadist Terrorism*, *GLJ* 19 (2018), S. 251 (255); „It is France, the French state, the state of French citizens, and the idea of the République that the terrorists carried out the November 13, 2015 attacked. They had no specific reason to kill the people they killed; it was France and its state that they wanted to hit by killing innocent victims on French soil. The jihadist is a soldier of a strange war; his enemy is a western liberal democratic state [...]“; vgl. demgegenüber O. Gross, *Law-Making Under the Shadow of Great Calamities*, in: R. Daniels/P. Macklem/K. Roach (Hrsg.), *Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill*, 2002, S. 39 (42): „The danger from terrorism is ‚not that democracies would fail to defend themselves, but rather that they would (and did) do so far too well and, in so doing, [become] less democratic“.

<sup>109</sup> Vgl. auch F. Roggan, *Legislative Entgrenzungen im Bereich der „Terrorismusbekämpfung“*, *ZRP* 2017, S. 208 (212), der schon die „begriffliche Monstrosität“ dieser Bekämpfungsstrategie anmerkt.

<sup>110</sup> B. Korf, *Geographie des Ernstfalls*, *Geographische Zeitschrift* 97 (2009), S. 151 (152).

<sup>111</sup> Krit. zur Vernachlässigung der Wahrscheinlichkeit im Diskurs um die rechtliche Bewältigung des Terrorismus G. Frankenberg, *Staatstechnik*, 2010, S. 155; zum „Gesetz“ der Wahrscheinlichkeitsvernachlässigung C. R. Sunstein, *Risk and Reason*, 2002, S. 45 ff., 51; ders., *Gesetze der Angst*, 2007, S. 98, 105 ff.; weil terroristische Gewalttaten üblicherweise nicht das Potential zu einem gewaltsamen Umsturz von Staat und Verfassung besitzen, werden sie regelmäßig auch nicht vom klassischen Staatsschutzstrafrecht der §§ 81 ff. StGB (Hochverrat) erfasst, vgl. V. Bützler, *Staatsschutz mittels Vorfeldkriminalisierung*, 2017, S. 235 ff.; J. Wagner, *Terrorismus, Hochverrat und Abhörgezet*, *NJW* 1980, S. 913 (914 ff.).

<sup>112</sup> K. Gierhake, *Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht*, 2013, S. 445.

<sup>113</sup> Belegt anhand von Fall- und Länderstudien von M. Head, *Emergency Powers in Theory*

alismus tatsächlich ein Ausnahmephänomen<sup>114</sup> darstellt oder nicht in erster Linie über das Narrativ bzw. den Mythos der existentiellen Bedrohung diskursiv als solches gerahmt wird,<sup>115</sup> teilen Terrorismusbekämpfungs- und Notstandsgesetzgebung grundlegende Annahmen (z. B. hinsichtlich des Zeitfaktors, ihres Adressaten sowie des Verhältnisses von Legislativ- und Maßnahmegewalt), die Fragen des ambivalenten Verhältnisses von Freiheit, Sicherheit und politischer Macht neu aufwerfen.<sup>116</sup> Es ist in den Worten *Ernst-Wolfgang Böckenfördes* somit „gar nicht entscheidend“, ob es sich bei terroristischen Ereignissen „in concreto um wirkliche Ausnahmesituationen“ handelt, „die durch ihre Unvorhersehbarkeit und eine fundamentale Infragestellung der staatlichen Ordnungsaufgaben und Rechtsgewähr gekennzeichnet sind“ oder lediglich um „vermeintliche, scheinbare Ausnahmesituationen“.<sup>117</sup> Denn wenn schon nur vermeintliche Ausnahmesituationen die Berufung auf einen übergesetzlichen Notstand und den Rückgriff auf Ausnahmebefugnisse mit weitgehender Billigung der Öffentlichkeit hervorriefen, werde dies erst recht in wirklichen Ausnahmesituationen der Fall sein.

Dass der Terrorismus dem Betrachter als „Ausnahmefall“<sup>118</sup>, „exceptional violence“<sup>119</sup>, „(Extrem-)Bereich“<sup>120</sup> moderner Kriminalitätsphänomene oder „spezielle Besorgnis-Situation“<sup>121</sup> erscheinen will, ist auf bestimmte Eigengesetzlich-

---

and Practice, 2016, S. 23 ff.; s. ferner *M. Lemke*, Demokratie im Ausnahmezustand, 2017, S. 246 ff.; *A. Förster/M. Lemke*, Die Legitimation von Ausnahmezuständen, in: *M. Lemke/O. Schwarz/T. Stark et al.* (Hrsg.), Legitimitätspraxis, 2016, S. 13 (25 ff.); *G. Frankenberg*, Im Ausnahmezustand, KJ 50 (2017), S. 1 (5).

<sup>114</sup> Mit der Kennzeichnung des Terrorismus als „Ausnahmeerscheinung“ im Kontext der Beurteilung seiner rechtlichen Bewältigung *P. Kauffmann/D. Lalissidou*, Präventivstrafrecht versus Feindstrafrecht, JR 2016, S. 163 (172).

<sup>115</sup> Vgl. *J. Wolfendale*, The Narrative of Terrorism as an Existential Threat, in: *R. Jackson* (Hrsg.), Routledge Handbook of Critical Terrorism Studies, 2016, S. 114 ff.; *dies.*, The Myth of Terrorism as an Existential Threat, in: *R. Jackson/D. Psoiu* (Hrsg.), Contemporary Debates on Terrorism, 2018, S. 80 ff.; vgl. auch *A. Greene*, Permanent States of Emergency and the Rule of Law, 2018, S. 54 ff.; *A. Bock*, Die Negation staatlicher Herrschaft, in: *J. Bruns/T. Gump/N. Mommsen et al.* (Hrsg.), Terror, 2019, S. 5 (5 ff.); *R. Nestler*, Terrorismus als Ausnahmezustand?, KritV 101 (2018), S. 24 (50 ff.).

<sup>116</sup> Im ersten Zugriff *R. Bartoli*, Der internationale Terrorist, 2013, S. 1; *D. Barak-Erez*, Terrorism Law between the Executive and Legislative Models, AmJCompL 57 (2009), S. 877 ff.; *G. Mazarelo*, Emergency Legislation in the United Kingdom, EJLR 11 (2009), S. 323 (330 ff.).

<sup>117</sup> *E.-W. Böckenförde*, Ausnahmerecht und demokratischer Rechtsstaat, in: FS-Hirsch, 1981, S. 259 (261 f.).

<sup>118</sup> *J. Isensee*, Resilienz von Recht im Ausnahmefall, in: *K. von Lewinski* (Hrsg.), Resilienz des Rechts, 2016, S. 33 (53 ff.); *O. Depenheuer*, Verfassungstheoretische Überlegungen zum Staatsnotstand, in: *A. Scherzberg/O. Can/I. Doğan* (Hrsg.), Der Rechtsstaat in Zeiten von Notstand und Terrorabwehr, 2019, S. 9 (14 ff.).

<sup>119</sup> *T. Renoux*, Human Rights and Counter-Terrorism, in: FS-Weber, 2015, S. 363 (366); *C. Heath-Kelly*, Collective memory and terrorism, in: *R. Jackson* (Hrsg.), Routledge Handbook of Critical Terrorism Studies, 2016, S. 287 (295).

<sup>120</sup> *D. Brodowski*, Innere Sicherheit in der Europäischen Union, Jura 2013, S. 492 (494).

<sup>121</sup> *T. Darnstädt*, Ein personenbezogener Gefahrbegriff, DVBl. 2017, S. 88 (93).

keiten<sup>122</sup> des terroristischen Risikos zurückzuführen, die es als „neuartige“<sup>123</sup> bzw. „neue Qualität“<sup>124</sup> der Bedrohung erscheinen lassen und in eine Reihe mit anderen „Sondergefahren“<sup>125</sup> der modernen Zivilisationsgesellschaft stellen, die zum Teil, wie die grenzüberschreitende und Organisierte Kriminalität, ebenfalls von erweiterten sozialen Handlungsmöglichkeiten profitieren.<sup>126</sup> Die terroristische Bedrohung gilt – und zwar gleichgültig, ob sie religiös, sozialrevolutionär, ethnisch-nationalistisch („irredentistisch“), vigilantisch oder symbiotisch motiviert und begründet sein mag<sup>127</sup> – als eine der größten sicherheitspolitischen und sicherheitsrechtlichen Herausforderungen der Gegenwart auf nationaler, europä-

<sup>122</sup> Zu diesen schon *R. Wassermann*, Sicherung oder Aushöhlung des Rechtsstaats?, in: ders. (Hrsg.), *Terrorismus contra Rechtsstaat*, 1976, S. 125 (128): „Terrorismus ist rechtsfeindlich. Nicht nur, daß er das geltende Recht mißachtet, partiell ja außer Kraft setzt und die verhöhnt, die es setzen, hüten oder befolgen, er will auch deutlich machen, daß ‚jedermann jederzeit immer und überall bedroht ist‘“; s. auch *D. Schneiderman*, Terrorism and the Risk Society, in: *R. Daniels/P. Macklem/K. Roach* (Hrsg.), *Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill*, 2002, S. 63 ff.

<sup>123</sup> BVerwGE 158, 225 (233, Rn. 16); 159, 296 (301, Rn. 22); Beschl. v. 19.9.2017 – 1 VR 7/17 –, NVwZ 2017, S. 1798 (1799); Urt. v. 6.2.2019 – 1 A 3.18 –, BeckRS 2019, 5392, Rn. 31, 33 – Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG; *H. Dörig*, Die Abschiebung terroristischer Gefährder, *JM* 2019, S. 238 (240); vgl. auch *W. Schmidbauer*, Pro&Contra: Präventivhaft für Gefährder?, *NJW-aktuell* 20/2017, S. 17: „neue[n] Bedrohungslage“.

<sup>124</sup> *A. Mosfer*, Fragilitäten des Rechtsstaates seit dem 11. September 2001 im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2015, S. 71; *O. Lepsius*, Freiheit, Sicherheit und Terror, *Leviathan* 32 (2004), S. 64 (67); *ders.*, Die Terrorismusgesetzgebung und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit in Deutschland, in: *B. Rosenzweig/U. Eith* (Hrsg.), *Islamistischer Terrorismus*, 2006, S. 119 (119 ff.); *Chr. Enders*, Verfassungsgrenzen der „drohenden Gefahr“, *DÖV* 2019, S. 205 (205).

<sup>125</sup> Mit dieser gemeinsamen Kennzeichnung von Terrorismus und Organisierter Kriminalität *K. Waechter*, Die aktuelle Situation des Polizeirechts, *JZ* 2002, S. 854 (861). Beide werden nicht selten im gleichen Atemzug genannt, wenn es um neue Bedrohungspotentiale und notwendige Neuorientierungen des Sicherheitsrechts geht, vgl. *D. Simon*, Präzeptoraler Sicherheitsstaat und Risikovorsorge, 2009, S. 155 ff.; *M. Bäcker*, Kriminalpräventives Strafrecht und polizeiliche Kriminalprävention, in: *FS-Schenke*, 2011, S. 331 (331); *G. M. Geske*, Organisierte Kriminalität und Terrorismus als interkulturelle Rechtsphänomene, in: *ders./A. Sinn* (Hrsg.), *Organisierte Kriminalität und Terrorismus im Rechtsvergleich I*, 2019, S. 11 ff.; grundlegend zu der Symbiose von Terrorismus und Organisiertem Verbrechen schließlich schon *W. Laqueur*, *Die globale Bedrohung*, 1998, S. 262 ff.

<sup>126</sup> Vgl. an dieser Stelle nur *K. F. Gärditz*, Strafprozeß und Prävention, 2003, S. 15 f.; *M. Kniessel*, Neuzuschnitt der Polizeigesetze zum Nachteil der Strafverfolgung?, in: *H. P. Bull* (Hrsg.), *Sicherheit durch Gesetze?*, 1987, S. 105 (110 f.); *O. Gross*, Law-Making Under the Shadow of Great Calamities, in: *R. Daniels/P. Macklem/K. Roach* (Hrsg.), *Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill*, 2002, S. 39 (43 ff.); *M. Ogorek*, Gefahrenvorfeldbefugnisse, *JZ* 2019, S. 63 (69).

<sup>127</sup> Zur Phänomenologie des Terrorismus grundlegend *P. Waldmann*, *Terrorismus*, 32011, S. 110 ff., 135 ff.; vgl. ferner *F. Schneider/B. Hofer*, Ursachen und Wirkungen des weltweiten Terrorismus, 2008, S. 35 ff.; *M. A. Zöller*, *Terrorismusstrafrecht*, 2009, S. 85 ff.; *J. Krause*, *Terrorismus: Die unterschiedlichen Formen und Varianten in der heutigen Zeit*, in: *K. Odendahl* (Hrsg.), *Die Bekämpfung des Terrorismus mit Mitteln des Völker- und Europarechts*, 2017, S. 21 (27 ff.); zu Unterschieden zwischen dem Terrorismus der RAF und dem islamistischen Terrorismus *A. Schmidt*, *Terrorabwehr durch das Bundeskriminalamt*, *KJ* 43 (2010), S. 307 (307).

ischer und internationaler Ebene.<sup>128</sup> Ihr werden – auch normativ<sup>129</sup> – Potentiale und Strukturen zugeschrieben, die eher an technische und natürliche Katastrophen als an herkömmliche Kriminalität erinnern:<sup>130</sup> Sie hat mehr systemischen als persönlichen Charakter, folgt mit anderen Worten einer entindividualisierten Netzwerkstruktur. Sie kann nicht nur von Organisationen, sondern auch von Einzelpersonen ausgehen, die nicht als Mitglieder oder Unterstützer in eine terroristische Organisation eingebunden sind oder in einer entsprechenden Beziehung zu einer solchen stehen.<sup>131</sup> Sie setzt entsprechend auf anonyme Schläfer, *Homegrown*-, *Self-made*- oder *Lone-wolf-Terrorists*, die sich mitunter im virtuellen Raum selbst radikalisieren und bis zu ihrer Tat dem Netzwerk selbst unbekannt sein können. Bereits die raum- und zeitüberwindende Kommunikation im Internet ermöglicht auch kleinen und zerstreuten Gruppierungen eine neuartige Aktionsfähigkeit und Aktionsschnelligkeit, und damit eine Dynamik, mit der die Sicherheitsbehörden nur schwer Schritt halten können.<sup>132</sup> Der Staat trägt ebenfalls zur Entindividualisierung des Phänomens bei, indem er terroristische Ereignisse nicht nur als gewöhnliche Straftaten behandelt und aburteilen lässt, sondern sie zugleich und unabhängig davon, ob sie Homogenität und Existenz eines Staates tatsächlich bedrohen,<sup>133</sup> als von den individuellen Tätern entkoppel-

<sup>128</sup> Nur auszugsweise H. Oberreuter/A. A. Steinkamm/H.-F. Seller (Hrsg.), *Weltpolitik im 21. Jahrhundert*, 2004; K. Hirschmann, *Risiken II: Internationaler Terrorismus als sicherheitspolitische Herausforderung*, in: B. Rinke/W. Woyke (Hrsg.), *Frieden und Sicherheit im 21. Jahrhundert*, 2004, S. 77ff.; C. Landa, *Executive Power and the Use of the State of Emergency*, in: A. M. Salinas de Frías/K. Samuel/N. White (Hrsg.), *Counter-Terrorism*, 2012, S. 205 (205); A. Hanning, *Kampf gegen den Terror*, in: J. Bindenagel/M. Herdegen/K. Kaiser (Hrsg.), *Internationale Sicherheit im 21. Jahrhundert*, 2016, S. 115ff.

<sup>129</sup> Die Solidaritätsklausel des Art. 222 Abs. 1 AEUV stellt terroristische Bedrohungen auf eine Stufe mit Naturkatastrophen und von Menschen verursachte Großschadensereignisse.

<sup>130</sup> So bereits J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, S. 28f.; die folgenden Analogien finden sich weitgehend übereinst. auch bei D. Schneiderman, *Terrorism and the Risk Society*, in: R. Daniels/P. Macklem/K. Roach (Hrsg.), *Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, 2002, S. 63ff.; S. Huster/K. Rudolph, *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat?*, in: dies. (Hrsg.), *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*, 2008, S. 9 (14f.); H.-J. Albrecht, *Neue Bedrohungen?*, in: P. Zoche/S. Kaufmann/R. Haverkamp (Hrsg.), *Zivile Sicherheit*, 2010, S. 111 (114f.).

<sup>131</sup> BVerwGE 158, 225 (234, Rn. 16); 159, 296 (301, Rn. 22); Beschl. v. 19.9.2017 – 1 VR 7/17 –, NVwZ 2017, S. 1798 (1799).

<sup>132</sup> J. Masing, *Die Ambivalenz von Freiheit und Sicherheit*, JZ 2011, S. 753 (756).

<sup>133</sup> Dass sich die Bundesrepublik in der Phase seit dem 11.9.2001 zu keinem Zeitpunkt in einer Situation notstandsartiger Existenzgefährdung ihrer Staats- und Verfassungsordnung befinden hat, liegt auf der Hand und erscheint – entgegen immer wieder anklingenden gegenläufigen Behauptungen (vgl. die Nachw. in Fußn. 108) – dann doch weitgehend unstrittig, vgl. nur M. Möstl, *Grundrechtsgarantien im Strafverfahren*, in: HStR <sup>3</sup>VIII, § 179 Rn. 9; W. Hecker, *Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz*, KJ 39 (2006), S. 179 (193f.); Chr. Tomuschat, *Internationale Terrorismusbekämpfung als Herausforderung für das Völkerrecht*, DÖV 2006, S. 357 (369); B. Hirsch, *Aktuelle Sicherheitspolitik im Lichte des Verfassungsrechts*, ZRP 2008, S. 24 (24); S. Talmon, *Bewaffnete Bundeswehrsoldaten am Brandenburger Tor?*, BRJ 2016, S. 5 (6): „Terroristische Anschläge stellen eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar, eine konkrete Gefahr für den Charakter des Staates als freiheitliche Demokratie sind sie dagegen nicht [...]. Etwas anderes mag lediglich dann gelten, wenn mit den Mitteln des Terrorismus ein totalitärer Gottesstaat in Deutschland herbeigebombt, die

ten Anschlag auf das „Leben der Nation“<sup>134</sup>, das Staatswesen, die Gesellschaft oder gar die Freiheit selbst betrachtet, kommuniziert und rechtlich einhegt.<sup>135</sup> Der Terrorismus des 21. Jahrhunderts agiert grenzüberschreitend und ist örtlich kaum lokalisier- und begrenztbar. Er wählt seine Ziele vergleichsweise willkürlich und besitzt bei relativ geringem Aufwand ein Schadenspotential, das eher mit Naturkatastrophen oder technisch-industriellen Großunfällen vergleichbar scheint als mit gewöhnlichen Straftaten.<sup>136</sup>

Mit den Adjektiven *irreversibel* und *katastrophisch* wird Terrorismus auf eine Stufe mit anderen globalen Risiken wie dem Klimawandel, globalen Pandemien und Finanzkrisen gestellt.<sup>137</sup> Parallelen werden auch hinsichtlich der Eintrittswahrscheinlichkeit terroristischer Angriffe gezogen, die sich (natur-)wissenschaftlich aufgrund ihrer komplexen Ausgangsbedingungen – schadensträchtige und harmlose Verhaltensweisen lassen sich vielfach kaum unterscheiden – und nicht überblickbarer Einflussfaktoren ähnlich schwierig prognostizieren lassen wie eine Naturkatastrophe.<sup>138</sup> Diese typischerweise als *asymmetrisch*<sup>139</sup> bezeichneten Strategien des internationalen Terrorismus machen sein Verhalten nicht nur

---

staatliche Ordnung gänzlich lahmgelegt oder durch landesweite Terrorakte die Durchführung von Landtags- oder Bundestagswahlen unmöglich gemacht werden soll“.

<sup>134</sup> Zu dieser in Art. 15 Abs. 1 EMRK und Art. 4 Abs. 1 IPbPR enthaltenen Voraussetzung für einen öffentlichen Notstand und ihrer Erfüllung durch terroristische Aktivitäten s. § 9 II.

<sup>135</sup> O. Lepsius, Das Luftsicherheitsgesetz und das Grundgesetz, in: FG-Hirsch, 2006, S. 47 (71 f.); ders., The problem of de-individualisation in the risk society, in: G. Woodman/D. Klippel (Hrsg.), Risk and the Law, 2009, S. 36 (42 f.); ders., Freiheit, Sicherheit und Terror, Leviathan 32 (2004), S. 64 (66); A. Mosfer, Fragilitäten des Rechtsstaates seit dem 11. September 2001 im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2015, S. 93 ff.; zur Strategie der Entindividualisierung noch § 11 I. 4. c) bb) (1).

<sup>136</sup> Vgl. mit Blick auf die Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG BVerwGE 158, 225 (236, Rn. 19); 159, 296 (304, Rn. 25): „Auch Sinn und Zweck der Regelung sprechen angesichts des hohen Schutzguts und der vom Terrorismus ausgehenden neuartigen Bedrohungen für einen abgesenkten Gefahrenmaßstab, weil seit den Anschlägen vom 11. September damit zu rechnen ist, dass ein Terroranschlag mit hohem Personenschaden ohne großen Vorbereitungsaufwand und mit Hilfe allgemein verfügbarer Mittel jederzeit und überall verwirklicht werden kann“. Zu diesem sog. *low level*-Terrorismus S. Goertz, Islamistischer Terrorismus, 2017, S. 169 ff.; ders., Terrorismusabwehr, 2018, S. 17 ff.; ders., Bedrohung durch den islamistischen Terrorismus in Deutschland und Europa, Die Polizei 2018, S. 313 (317 ff.).

<sup>137</sup> C. R. Sunstein, Risk and Reason, 2002, S. 50 ff., 129 f.; ders., Irreversible and Catastrophic: Global Warming, Terrorism, and Other Problems, PELR 23 (2005), S. 3 ff.; ders., Irreversible and Catastrophic, CornellLRev 91 (2006), S. 841 ff.; dem folgend R. Voigt, Sicherheit in der „Risikogesellschaft“, JBÖS 2008/09, S. 27 (29 f.).

<sup>138</sup> A. Klafki, Risiko und Recht, 2017, S. 14; U. Schneckener, Zehn Jahre nach 9/11, PVS 52 (2011), S. 355 (362); T. Darnstädt, Ein personenbezogener Gefahrbegriff, DVBl. 2017, S. 88 (93 ff.); S. Meyer, Kriminalwissenschaftliche Prognoseinstrumente im Tatbestand polizeilicher Vorfeldbefugnisse, JZ 2017, S. 429 (434): „exzeptionelle Ungewissheitslage“; dem folgend U. Berlit, Umgang mit Gefährdern im Aufenthaltsrecht, ZAR 2018, S. 89 (92); F. Ebert, Situation der Polizei in der Bundesrepublik Deutschland, LKV 2018, S. 399 (403).

<sup>139</sup> Vgl. V. Götz, Innere Sicherheit, in: HStR <sup>IV</sup>, § 85 Rn. 32; F. Wassermann, Asymmetrische Kriege, 2015, S. 74 ff.; K. Lemler, Sicherheitskonzepte in asymmetrischen Konflikten, 2017, S. 76 ff.; S. Goertz, Der neue Terrorismus, 2018, S. 1, 159 ff.; H. Hofmann, Die bundesstaatliche Architektur der inneren Sicherheit, in: Jahrbuch des Föderalismus 2018, S. 51 (52).

nach üblichen Maßstäben irrational und damit ähnlich unberechenbar. Vielmehr legt dies die Folgerung nahe, dass der terroristischen Bedrohung nicht durch Repression, sondern allein durch Prävention und Vorsorge beizukommen ist.<sup>140</sup>

Das nicht auf Risikovorsorge, sondern auf Gefahrenabwehr ausgerichtete Polizeirecht mit seinen Idiomen Gefahr, Störer und Verhältnismäßigkeit war auf eine Situation scheinbar ubiquitärer, sich plötzlich realisierender Risiken indes nur unzureichend vorbereitet, sodass seine Versuche, diese in die feststehenden Kategorien polizeilicher Gefahrenabwehr zu übersetzen, zwangsläufig scheitern mussten.<sup>141</sup> In der für einen effektiven präventiven Zugriff entscheidenden Phase des Gefahrenvorfelds fehlen regelmäßig ausreichende Erkenntnisse, um eine Wahrscheinlichkeitsprognose anzustellen,<sup>142</sup> die die Annahme einer *konkreten* Gefahr als einer Sachlage begründen könnte, die bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens im Einzelfall in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung eines polizeilichen Schutzguts führt.<sup>143</sup> Die Eröffnung des Standardrepertoires polizeilicher Prävention muss hiernach verwehrt bleiben. Lässt sich eine solche Gefährdung insbesondere nicht individualisieren, so wäre es theoretisch denkbar, die mehreren hundert terroristischen Gefährder<sup>144</sup>, die eine freiheitliche Gesellschaft von innen heraus bedrohen, wie ein Scherbenmeer im Karneval<sup>145</sup> zu betrachten, bei dem nicht mehr effektiv eingeschritten werden kann, wenn der Zug einmal ins Rollen gekommen

<sup>140</sup> R. Griesbaum, Zum Verhältnis von Strafverfolgung und Gefahrenabwehr vor dem Hintergrund der Bedrohung durch den internationalen islamistischen Terrorismus, in: FS-Nehm, 2006, S. 125 (125); S. Huster/K. Rudolph, Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat?, in: dies. (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, 2008, S. 9 (15).

<sup>141</sup> Eingehend R. Hopkins, Abwehr terroristischer Gefahren und Risiken durch Bauplanungsrecht, 2012, S. 52 ff.; prägnant W. Hoffmann-Riem, Freiheit und Sicherheit im Angesicht terroristischer Anschläge, ZRP 2002, S. 497 (499, 500) und G. Roellecke, Der Rechtsstaat im Kampf gegen den Terror, JZ 2006, S. 265 (269): „Terror [sprengt] den Gefahrbegriff“.

<sup>142</sup> J. Isensee, Nachwort: Der Terror und der Staat, dem das Leben lieb ist, in: ders. (Hrsg.), Der Terror, der Staat und das Recht, 2004, S. 83 (95): „Die Phänomene des Terrorismus entgleiten den Definitionen und Tatbeständen des Polizeirechts, zumal denen der *Gefahr* und des *Störers*. Der Terrorakt ist eine jähe Aktion, hinter der lange, heimliche Vorbereitung steht [...]. Der stille Nachbar, der unauffällige, fleißige Student erweist sich in der Rückschau als ‚Schläfer‘, [...] der auf Abruf zum Anschlag bereitsteht [...]. Doch die Gefahr hat sich noch nicht konkretisiert“ – Hervorhebungen im Original; übereinst. M. Baldus, Entgrenzungen des Sicherheitsrechts, DV 47 (2014), S. 1 (8): „Das überkommene Konzept der bloßen Gefahrenabwehr versagt gegenüber Tätern, die jahrelang unauffällig und legal leben und daher den Sicherheitsbehörden keinerlei Anlass für Kontrollen und Nachprüfungen geben, die am Ende aber sogar bereit sind, bei der Tatausführung den eigenen Tod mit einzukalkulieren. Das Gefahrenabwehrkonzept, das für Eingriffe eine schadensnahe Gefahr verlangt, verfehlt Täter, die zu allem entschlossen sind“.

<sup>143</sup> Vgl. die Legaldefinitionen in § 2 Nr. 3 lit. a) BremPolG und § 2 Nr. 1 NdsPOG. Aus der Rechtsprechung BVerfGE 115, 320 (364); 141, 220 (271, Rn. 111); BVerwGE 116, 347 (351).

<sup>144</sup> Zu diesen näher § 11 I. 4. c).

<sup>145</sup> Chr. Heckel, Scherbenmeer im Karneval, NVwZ 2012, S. 88 ff.; zu dem durch Allgemeinverfügung angeordneten Verbot, im Straßenkarneval Glasbehältnisse mitzuführen und zu benutzen, vgl. auch die Entscheidung des OVG Münster, Urt. v. 9.2.2012 – 5 A 2375/10 –, NVwZ-RR 2012, S. 470 ff.

ist.<sup>146</sup> Die Bedrohung wäre dann als *abstrakte* Gefahr im polizeirechtlichen Sinne einzustufen, ohne dass Verursachungsbeiträge im Einzelnen aufgeklärt werden müssten. Dies entspräche zwar der sprachlichen Arrondierung sicherheitsbehördlicher und ministerialer Gefährdungseinschätzungen, nach denen eine abstrakte Gefährdung durch den Terrorismus kaum je ausgeschlossen werden kann.<sup>147</sup> Aus polizeirechtlicher Sicht hilft dies jedoch wenig: Zum einen ermächtigt eine solche Gefahr bekanntlich nur zum Erlass von Gefahrenabwehrverordnungen,<sup>148</sup> zum anderen unterscheidet sich die abstrakte von der konkreten Gefahr lediglich dadurch, dass keine tatsächlich vorliegende Situation beurteilt, sondern danach gefragt wird, ob ein Verhalten nach allgemeiner Lebenserfahrung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung des Schutzguts führt.<sup>149</sup> Es verändert sich mithin nur die Beurteilungsperspektive, nicht aber das Maß der Wahrscheinlichkeitsprognose.<sup>150</sup> Auch Überlegungen zur Einstufung der Bedrohungslage als *Gefahrenverdacht* führten nicht weiter, weil die auf seiner Grundlage zulässigen Gefahrerforschungsmaßnahmen zumindest Anhaltspunkte voraussetzen, die auf eine Gefahr hindeuten, ohne jedoch eine hinreichend sichere Prognose dahingehend zuzulassen, dass ein Schaden tatsächlich eintreten wird oder jedenfalls mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten

<sup>146</sup> Mit entsprechenden Parallelen *F. Wittreck*, Wer trägt die Kosten und Lasten der Terrorabwehr?, in: J. Bruns/T. Gump/N. Mommsen et al. (Hrsg.), *Terror*, 2019, S. 119 (121 ff.).

<sup>147</sup> Überblicksweise *A. Lederer*, Alarmstufe „Rot“, *Bürgerrechte&Polizei/CILIP* 80 (2005), S. 32 ff.; *S. Meyer*, Kriminalwissenschaftliche Prognoseinstrumente im Tatbestand polizeilicher Vorfeldbefugnisse, *JZ* 2017, S. 429 (433); vgl. etwa die Begründung des Gesetzes zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen v. 11.4.2018, LT-Drs. 17/2351, S. 27: „In mehreren Bundesländern, u. a. auch in Nordrhein-Westfalen, hat sich die bestehende hohe abstrakte Gefährdung bereits durch die Vorbereitung oder Durchführung eines Anschlags konkretisiert. Gerade im Fall der terroristischen Bedrohung muss der Staat effiziente Wege finden, Gefahren zu erforschen, die Aufdeckung von Geflechten im Vorbereitungsstadium der Tat zu leisten und – wo immer es möglich ist – zur Verhinderung schwerer Taten einzuschreiten“; auch der UN-Sicherheitsrat qualifizierte den Terrorismus als „abstrakte Gefährdung“ des Weltfriedens im Sinne des Art. 39 UN-Charta (UN Doc. S/RES/1373 [2001] vom 28.9.2001) und leitete daraus umfassende Handlungsbefugnisse ab, vgl. dazu nur *J. D. Aston*, Die Bekämpfung abstrakter Gefahren für den Weltfrieden durch legislative Maßnahmen des Sicherheitsrats, *ZaöRV* 62 (2002), S. 257 (269 ff.).

<sup>148</sup> *P. Basten*, *Recht der Polizei*, 2016, Rn. 593 ff.; *M. Thiel*, *PolOrdR*, 42020, § 8 Rn. 74; *K. Faßbender*, Alkoholverbote durch Polizeiverordnungen, *NVwZ* 2009, S. 563 (565 f.); *E. Krüger*, Der Gefahrbegriff im Polizei- und Ordnungsrecht, *JuS* 2013, S. 985 (987); a. A. *R. Poscher*, Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit, *DV* 41 (2008), S. 345 (361 f.).

<sup>149</sup> BVerwGE 116, 347 (352) – Gefahrtierverordnung; 160, 157 (162, Rn. 23) – Fluglaternenverordnung; VGH Mannheim, Urt. v. 28.7.2009 – 1 S 2200/08 –, *NVwZ-RR* 2010, S. 55 (56) – Alkoholverbotsverordnung. Die abstrakte Gefahr ist somit entgegen *M. Soiné*, Vorbereitung für die Hilfeleistung und das Handeln in Gefahrenfällen, *DÖV* 2000, S. 173 (174) und *M. Pils*, Zum Wandel des Gefahrenbegriffs im Polizeirecht, *DÖV* 2008, S. 941 (944) nicht mit der Gefahrvorsorge oder Vorfeldmaßnahmen gleichzusetzen.

<sup>150</sup> *W.-R. Schenke*, *PolOrdR*, 102018, Rn. 10; *M. Möstl*, Gefahr und Kompetenz, *Jura* 2005, S. 48 (51); *R. Poscher*, Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit, *DV* 41 (2008), S. 345 (360 f.); *A. Funke/T. Kraus*, Verwirrung um die Rolle des Gefahrbegriffs im bayerischen Polizei- und Sicherheitsrecht, *BayVBl.* 2018, S. 725 (727).

ist.<sup>151</sup> Eine Absenkung der Anforderungen an das Maß der Wahrscheinlichkeitsprognose versprach Abhilfe,<sup>152</sup> war aber nur so lange tragfähig, wie Informationserhebung zur Gefahrforschung als Grundrechtseingriff minderen Gewichts durchgehen konnte.<sup>153</sup> Auch das ausnahmezustandsaffine<sup>154</sup> Institut des gefahrenabwehrrechtlichen bzw. *polizeilichen Notstands* hilft als schlichte Adressatenregelung, die zur streng subsidiären Inanspruchnahme des unbeteiligten, nichtstörenden Bürgers ermächtigt und die Anforderungen hinsichtlich der zeitlichen Nähe des wahrscheinlichen Schadenseintritts sogar noch verschärft,<sup>155</sup> in vorliegendem Zusammenhang nicht weiter.<sup>156</sup>

Vielmehr evoziert der terroristische Gefährder ein mehr oder weniger diffuses Störgefühl, das sicherheitsrechtlich eingefangen und abgebildet werden soll. Es fehlt an einem aussagekräftigen objektiven Wissensmaßstab, anhand dessen sich die Eintrittswahrscheinlichkeit eines schadensträchtigen Ereignisses hinreichend sicher prognostizieren ließe. Kennzeichnend ist vielmehr eine durch Unsicherheit, Ungewissheit und Unwissenheit geprägte allgemeine Bedrohungslage<sup>157</sup> im Vorfeld konkreter terroristischer Gefährdungen, die sich am ehesten mit den aus dem Recht der technischen Sicherheit bekannten Begrifflichkeiten des *Risikos* und *Restrisikos* erfassen lässt.<sup>158</sup> Diese Kategorien haben sich zwar mittlerweile,

<sup>151</sup> W.-R. Schenke, PolOrdR, <sup>10</sup>2018, Rn. 83; ders., Polizeiliches Handeln bei Anscheinsgefahr und Gefahrenverdacht, JuS 2018, S. 505 (508 ff.); M. A. Zöller, Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten, 2002, S. 99; F. Wapler, Überlegungen zum polizeilichen Gefahrforschungseingriff, DVBl. 2012, S. 86 ff.; H.-U. Paeffgen, Gefahr, Anscheinsgefahr und Gefahrenverdacht im Polizeirecht, GA 161 (2014), S. 638 (643 ff.); S. Meyer, Kriminalwissenschaftliche Prognoseinstrumente im Tatbestand polizeilicher Vorfeldbefugnisse, JZ 2017, S. 429 (433): „Die Ungewissheit besteht nicht nur subjektiv, das heißt für die vor Ort handelnde Polizei. Vielmehr ist das ‚Weltwissen‘ als solches lückenhaft: Die Sachverhaltsaufklärung würde wissenschaftliche Erkenntnisse voraussetzen, die bislang ausstehen“; A. Leisner-Egensperger, Polizeirecht im Umbruch, DÖV 2018, S. 677 (685): „Für zeitlich gestreckte Geschehensabläufe, bei denen die Manifestation der Willensentscheidung von Personen als Unterbrechungsmoment dazwischentritt, etwa von potenziellen Terroristen oder Sexualtätern, ist der Gefahrverdacht [...] nicht geeignet“.

<sup>152</sup> So das Plädoyer von R. Poscher, Der Gefahrverdacht, NVwZ 2001, S. 141 (145 ff.).

<sup>153</sup> M. Thiel, PolOrdR, <sup>4</sup>2020, § 8 Rn. 62 f.; T. Darnstädt, Vierzig Jahre Terrorismus, GSZ 2017, S. 16 (18).

<sup>154</sup> S. § 7 II.

<sup>155</sup> Dazu unten § 7 II. 1.

<sup>156</sup> Vgl. aus der Zeit des RAF-Terrorismus W. Loschelder, Rasterfahndung, Der Staat 20 (1981), S. 349 (356 f.); aus heutiger Perspektive F. Hanschmann, „Gefährder“, KJ 50 (2017), S. 434 (438 f.).

<sup>157</sup> BVerfGE 115, 320 (364); M. Ogorek, Gefahrenvorfeldbefugnisse, JZ 2019, S. 63 (66).

<sup>158</sup> R. Hopkins, Abwehr terroristischer Gefahren und Risiken durch Bauplanungsrecht, 2012, S. 57 ff.; W. Hoffmann-Riem, Freiheit und Sicherheit im Angesicht terroristischer Anschläge, ZRP 2002, S. 497 (499); F. Hanschmann, „Gefährder“, KJ 50 (2017), S. 434 (439); A. Kretschmann, Soziale Tatsachen, APuZ 32–33/2017, S. 11 (12 f.); S. Meyer, Kriminalwissenschaftliche Prognoseinstrumente im Tatbestand polizeilicher Vorfeldbefugnisse, JZ 2017, S. 429 (434 ff.); gegen eine konzeptionelle Parallelisierung von präventiver Terrorismusbekämpfung und Risikorecht aber A. Kulick, Gefahr, „Gefährder“ und Gefahrenabwehrmaßnahmen angesichts terroristischer Gefährdungslagen, AöR 143 (2018), S. 175 (194 ff., 213); gänzlich entgegengesetzte Sichtweise auf die Abgrenzung von Gefahr und Risiko indes bei T.J. Röder, Risiko

nachdem ihnen lange Zeit ein vor- bzw. außerrechtlicher Charakter bescheinigt worden war,<sup>159</sup> als Rechtsbegriffe etabliert.<sup>160</sup> Im Recht der polizeilichen Gefahrenabwehr finden sie jedoch nach wie vor keinen Widerhall. Die in den Polizeigesetzen normierte *Gefahrenvorsorge* vermochte die sich auftuende Lücke nicht oder nur unzureichend zu füllen, weil es sich bei ihr zunächst um eine bloße Aufgabenzuweisung handelt, die zwar kompetenziell der Gefahrenabwehr durch die Länder (Art. 30, 70 Abs. 1 GG) zugerechnet wird, den Polizei- und Ordnungsbehörden aber keine zusätzlichen Eingriffsbefugnisse für das Gefahrenvorfeld verschafft.<sup>161</sup> Dem liegt die aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3, 23 Abs. 1 Satz 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG), namentlich aus dem Vorbehalt des bestimmten Gesetzes herzuleitende Trennung von Aufgabe und Befugnis zugrunde, nach welcher die Zuweisung einer Aufgabe („Ob“) noch keine Entscheidung darüber trifft, mit welchen Befugnissen diese Aufgabe verwirklicht und gegebenenfalls zwangsweise erfüllt werden kann („Wie“).<sup>162</sup>

*bb) Die Ausnahme als aktivierte „Schon-Jetzt-Handlung“*

Nichtstun oder allein auf Gefahrbeobachtung setzendes Handeln im Vorfeld einer Gefahr scheint für den Präventions- und Vorsorgestaat jedoch immer weniger eine geeignete und ausreichende Option zu sein, dem das Risiko des Zuwartens auf den Eintritt einer schadensnahen Gefahr angesichts einer weithin unbestimmten Bedrohung, der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter sowie einer zunehmend verletzlichen<sup>163</sup> Sicherheitsgesellschaft als zu hoch und die Verhinderung bereits der Entstehung der Gefahr als unendlich viel nützlicher und intelli-

---

oder Gefahr?, KritV 88 (2005), S. 303 (307): „Risiken sind – im Gegensatz zu Gefahren – der Kalkulation zugänglich“.

<sup>159</sup> Vgl. R. Breuer, Anlagensicherheit und Störfälle, NVwZ 1990, S. 211 (213); zum soziologischen Risikobegriff etwa N. Lubmann, Soziologie des Risikos, 1991, S. 9ff.; ders., Risiko und Gefahr, in: W. Krohn/G. Krücken (Hrsg.), Riskante Technologien: Reflexion und Regulation, 1993, S. 138ff.

<sup>160</sup> S. Mielke, Risiken der Vorsorge, 2011, S. 55ff.; L. Müller, Risiko und Recht, in: HdbR-Phil, 2017, S. 459 (460f.).

<sup>161</sup> Deutlich insoweit BVerfGE 130, 151 (196, 205); BVerfGE 116, 347 (353); VGH Mannheim, Urt. v. 28.7.2009 – 1 S 2200/08 –, NVwZ-RR 2010, S. 55 (56). Von der Aufgabe zur Gefahrenvorsorge lässt sich nicht unmittelbar auf Eingriffsbefugnisse der Polizei im Gefahrenvorfeld schließen, vgl. W.-R. Schenke/R. P. Schenke, PolOrdR, in: U. Steiner/R. Brinktrine (Hrsg.), BVwR, 2018, § 2 Rn. 10; M. Albers, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, S. 21ff.; H. Lissen, Über Aufgaben und Befugnisse der Polizei im Staat des Grundgesetzes, ZRP 1990, S. 15 (17); T. Barczak, Polizeiliche Vorfeldmaßnahmen gegen Fußballhooligans und gewaltbereite Ultragruppierungen, Jura 2014, S. 888 (889f.).

<sup>162</sup> Eingehend Chr. Gusy PolOrdR, 2017, Rn. 12f.; s. auch F. Schoch, PolOrdR, in: ders. (Hrsg.), BVwR, 2018, 1. Kap. Rn. 190; M. Thiel, PolOrdR, 2020, § 6 Rn. 3; F. Reimer, „... einfach wieder die Folgerungsweise des Polizeistaates“, in: FS-Würtenberger, 2013, S. 1047ff.; dies wird normtechnisch dadurch deutlich, dass die Polizeigesetze der Länder – mit Ausnahme Hamburgs (vgl. § 3 Abs. 1 HmbSOG) – unterschiedliche Regelungen über die Aufgabenzuweisung und Befugnisnormierung (Generalklausel) vorsehen.

<sup>163</sup> Zur Verletzlichkeit als Wesensmerkmal der Sicherheitsgesellschaft unten § 12 I.

genter erscheint.<sup>164</sup> Die so proklamierte „schwindende Legitimität staatlichen Unterlassens“<sup>165</sup> verlangt von den Behörden, vor die Lage zu kommen.<sup>166</sup> Sie fordert konkretes Handeln in der Jetztzeit, auch wenn die Bedrohung im Ungefähren der Zukunft liegt.<sup>167</sup> Sie erfordert eine Vorverlagerung der staatlichen Verteidigungslinie, um der exzeptionellen Ungewissheit und Unsicherheit möglichst frühzeitig und möglichst allumfassend etwas entgegenzusetzen.<sup>168</sup>

Die Antwort auf diese Veränderung im Realbereich ist für den Gesetzgebungsstaat keine verfassungsrechtliche Ausnahmegeneralklausel oder eine dekretierte Diktaturgewalt, auch keine Not- oder Ausnahmeverordnungsbefugnis, sondern die „Eilarbeit der Gesetzgebungsfabrik“<sup>169</sup>. Dieser „Rush to Legislate“<sup>170</sup>, bei

<sup>164</sup> Vgl. *M. Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 43 f.: „Das kriminalistische Hauptanliegen im Umgang mit dem Terrorismus besteht angesichts des hohen Schadenspotenzials darin, Anschläge möglichst zuverlässig zu verhindern. Die Polizei kann dazu nicht abwarten, bis ein Anschlag ersichtlich bevorsteht“; *Chr. Gusy*, Vom neuen Sicherheitsbegriff zur neuen Sicherheitsarchitektur, *VerwArch* 101 (2010), S. 309 (320); *M. Baldus*, Entgrenzungen des Sicherheitsrechts, *DV* 47 (2014), S. 1 (8 f.); *Chr. Enders*, Verfassungsgrenzen der „drohenden Gefahr“, *DÖV* 2019, S. 205 (210 f.); *Chr. Apostel*, Das neue Polizeiaufgabengesetz (PAG) in Bayern, *KJ* 52 (2019), S. 147 (156 f.); in diesem Sinne auch *B. Hirsch*, Terrorbekämpfung und Bürgerrechte, in: *E. Müller/P. Schneider* (Hrsg.), Die Europäische Union im Kampf gegen den Terrorismus, 2006, S. 43 (44 ff.); *B. Zabel*, Die Ordnung des Strafrechts, 2017, S. 369 ff.; *F. Galli*, The War on Terror and Crusading Judges, in: *A. Masferrer* (Hrsg.), Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency, 2012, S. 153 (160): „prevention becomes a political imperative“; *A. Thiele*, Zivile Sicherheit im Katastrophenrecht, in: *RhbZS*, 2017, 27. Kap. Rn. 21: „Kein Schutz ist so effektiv, wie die erfolgreiche Verhinderung einer Katastrophe“. Belege für diese Vorsorgementalität liefert *M. Kubiciel*, Grund und Grenzen des Präventivgewahrsams für Terrorverdächtige, *ZRP* 2017, S. 57 (58 ff.).

<sup>165</sup> Vgl. *W. Lübbe*, Die schwindende Legitimität staatlichen Unterlassens, in: *Bundesministerium des Innern* (Hrsg.), *Bewährung und Herausforderung*, 1999, S. 211 ff.

<sup>166</sup> *T. Uwer*, Vor der Lage, *freispruch* 13/2018, S. 1 ff.; *A. Kretschmann/A. Legnaro*, Abstrakte Gefährdungslagen, *APuZ* 21–23/2019, S. 11 (11). Zu diesem einsatztaktischen Konzept insb. in Krisenfällen näher *A. Bédé*, Grundsätze und Leitlinien zum Führen von (Unternehmens-) Krisenstäben, in: *G. Hofinger/R. Heimann* (Hrsg.), *Handbuch Stabsarbeit*, 2016, S. 89 (90).

<sup>167</sup> Vgl. auch *B. Korf*, Geographie des Ernstfalls, *Geographische Zeitschrift* 97 (2009), S. 151 (152).

<sup>168</sup> Vgl. *M. Nolan*, Pushing the Defensive Wall of the State Forward, *NGC* 117 (2012), S. 109 (126 ff.); *B. Weißer*, Über den Umgang des Strafrechts mit terroristischen Bedrohungslagen, *ZStW* 121 (2009), S. 131 (154); *S. Meyer*, Kriminalwissenschaftliche Prognoseinstrumente im Tatbestand polizeilicher Vorfeldbefugnisse, *JZ* 2017, S. 429 (438); vgl. auch *A. Kaufmann*, „Einschreiten, bevor ein Anschlag passiert“, *DRiZ* 2015, S. 412 f.; hinsichtlich der Antiterror-Gesetzgebung Großbritanniens ferner *C. Walker*, Terrorism and Criminal Justice, *CrimLR* 50 (2004), S. 311 (315): „a fundamental switch away from reactive policing of incidents to proactive policing and management of risk“.

<sup>169</sup> *O. Kirchheimer*, Wandlungen in der Struktur des Staatsschutzes, *ZfP* 11 (1964), S. 126 (145); instruktiv auch *H.P. Bull* (Hrsg.), *Sicherheit durch Gesetze?*, 1987 und *J. Dalby*, Sicherheitsgesetzgebung unter dem Eindruck von Terror, in: *RhbZS*, 2017, 4. Kap. Rn. 1 ff.

<sup>170</sup> *O. Gross*, Law-Making Under the Shadow of Great Calamities, in: *R. Daniels/P. Macklem/K. Roach* (Hrsg.), *Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, 2002, S. 39 (42): „Extravagant terrorist attacks tend to bring about a rush to legislate [...]. The need to respond quickly to future threats (as much as to assure the public that government is not sitting idly by but is rather acting with a vengeance against the terrorists who committed attacks) frequently results in rushed legislation, often without much debate and at times foregoing normal legislative proce-

dem es sich auch um einen Wettlauf zwischen Regierung und Parlament handelt,<sup>171</sup> der durch den rechtlichen, politischen und gesellschaftlichen Anpassungsdruck angefeuert wird, mündet nicht selten in eine „ad hoc-“<sup>172</sup> oder „Anlassgesetzgebung“<sup>173</sup> sowie einen „Inkrimierungsrausch“<sup>174</sup>. Die allumfassende Autorität des Gesetzes verlangt auch und gerade in Krisensituationen Gehör, impliziert damit jedoch regelhaft ein rasches, punktuelles und situativ motiviertes staatliches Handeln, das in den für den Normalfall vorgesehenen, auf Stabilität und Dauer angelegten Formen der Gesetzgebung nach Art. 76 bis 82 GG vorzuziehen geht.<sup>175</sup>

Ein solches Handeln ist zwar kein Alleinstellungsmerkmal moderner Sicherheitsgesetzgebung<sup>176</sup>, sondern Ausdruck eines unspezifischen und größeren Trends hin zu mehr Einzelfallgesetzen, Spezialnormen, *Trial-and-error*-Gesetzgebung, zu Gesetzen mit Verfallsdatum, Regel- und Ausnahmetatbeständen an-

---

dures“; ähnlich *ders.*, Chaos and Rules, YLJ 112 (2003), S. 1011 (1031, 1032) sowie *G. Mazarelo*, Emergency Legislation in the United Kingdom, EJLR 11 (2009), S. 323 (359): „Legislating at Speed“.

<sup>171</sup> Vgl. *Chr. Gusy*, Vom Glanz und Elend der Sicherheitsgesetzgebung, GSZ-Editorial 5/2019, S. III (III).

<sup>172</sup> *M. Jabn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2004, S. 133 ff.; *K. Hoffmann-Holland/M. Putzer*, Probleme der Ad-Hoc-Gesetzgebung am Beispiel des Zugangerschwerungsgesetzes, NUCL 27 (2010), S. 45 ff.; *B. Heinrich*, Zum heutigen Zustand der Kriminalpolitik in Deutschland, KriPoZ 2017, S. 4 (9).

<sup>173</sup> *M. Thiel*, Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen, GSZ 2019, S. 1 (1).

<sup>174</sup> *F. Nobis*, Strafrecht in Zeiten des Populismus, StV 2018, S. 453 (454); vgl. auch schon *K. Kühl*, Neue Gesetze gegen terroristische Straftaten, NJW 1987, S. 737 ff. und *B. Weißer*, Der „Kampf gegen den Terrorismus“, JZ 2008, S. 388 (388), die eine „Hochkonjunktur“ im Bereich der materiell-strafrechtlichen und strafprozessualen Gesetzgebung rund um das Phänomen Terrorismus ausmacht. Hinsichtlich der zunehmenden Pönalisierung mit präventiver Tendenz ferner *M. Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 320 sowie annähernd gleichlautend schon *ders./B. Hirsch/H. A. Wolff* et al., Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland, 2013, S. 37 f.: „Die Zahl der Straftatbestände nimmt stetig zu, die Handlungen bei Strafe verbieten, weil ihnen das Potenzial zugeschrieben wird, in der Zukunft zu einem unerwünschten Zustand beizutragen. Ziel dieser Vorfeldtatbestände ist, einen Schaden mit strafrechtlichen Mitteln zu verhüten“. Zur damit einhergehenden Abkehr von der *ultima ratio*-Funktion des Strafrechts *B. Heinrich*, Zum heutigen Zustand der Kriminalpolitik in Deutschland, KriPoZ 2017, S. 4 ff.

<sup>175</sup> Darauf hinweisend *A. Schwerdtfeger*, Krisengesetzgebung, 2018, S. 2, 11 ff., 285 ff.; *G. Lurie*, What is Modern in the State of Exception?, JEHL 8 (2017), S. 50 (57). Darin wird eine „tragische Dimension“ der Beziehung zwischen rechtsstaatlich-demokratischen Maximen einer- und Ausnahmezustand andererseits ausgemacht, s. § 10 II. 1. a).

<sup>176</sup> Zu dieser als abgrenzbarem Teilbereich legislativer Tätigkeit und strukturierendem Analysegegenstand von Rechtswissenschaft und Gesetzgebungslehre vgl. nur *I. N. Katsarov*, Sicherheitsgesetzgebung zwischen Legislative und Exekutive, 2014, S. 21 ff.; *D. Sack*, Sicherheitsgesetzgebung, Evaluation und die Legislative, in: *Chr. Gusy* (Hrsg.), Evaluation von Sicherheitsgesetzen, 2015, S. 127 ff.; *H. A. Wolff*, Moderne Sicherheitsgesetze, in: *H.-J. Papier/U. Münch/G. Kellermann* (Hrsg.), Freiheit und Sicherheit, 2016, S. 63 ff.; *J. Dalby*, Sicherheitsgesetzgebung unter dem Eindruck von Terror, in: *RhbZS*, 2017, 4. Kap. Rn. 1 ff.; *Chr. Gusy*, Sicherheitsgesetzgebung, KritV 95 (2012), S. 247 ff.; *ders.*, Sicherheitsrecht als Rechtsgebiet?, in: *FG-Graulich*, 2019, S. 9 ff.; *ders./A. Kapitzka*, Entparlamentarisierung der Sicherheitsgesetzgebung, JBÖS 2014/15, S. 367 ff.; *K. von Frankenberg*, Sicherheitsgesetzgebung, NK 27 (2015), S. 276 ff.

stelle von Generalklauseln oder Final- anstelle von Konditionalnormen.<sup>177</sup> Rechtspolitik ist häufig anlass- und ereignisgetrieben. Für die Sicherheitsgesetzgebung, namentlich die Legislation zur Bekämpfung des Terrorismus, gilt dies jedoch in ganz besonderer Weise.<sup>178</sup> Eine ereignisgetriebene Gesetzgebung wird hier zudem in besonderem Maße virulent, denn es wird in Bereiche eingegriffen, die nach traditionellem Verständnis zum Kernbestand eines der Verhältnismäßigkeit verpflichteten Rechtsstaats zu zählen sind (Polizeirecht, materielles Strafrecht, Strafverfahrensrecht).<sup>179</sup> Dies wirkt auf die Rationalität und Technik von Gesetzgebung zurück und impliziert letztlich einen Qualitätsverlust.<sup>180</sup> Änderungen und Ergänzungen werden von Seiten eines terrorisierten<sup>181</sup>, hysterisierten<sup>182</sup> Gesetzgebers nicht mit der gebotenen Geduld angegangen und grundlegende Korrekturen auch dort vorgenommen, wo ein maßvolles Fortentwickeln bestehender Institute angezeigt wäre.<sup>183</sup> Dass letztere zur effektiven Gefahrbeseitigung nicht ausreichen, wird dabei typischerweise genauso wenig mit validen Daten nachgewiesen wie die Erforderlichkeit neuer Instrumente.<sup>184</sup> Der Trend zur Gesetzesevaluation konnte dieser Entwicklung bislang keinen Einhalt gebieten.<sup>185</sup> Im Gegenteil folgt die Gesetzgebung im sicherheitsrechtlichen Bereich einer dominanten Rückkopplungslogik<sup>186</sup> zwischen dem subjektiven Sicherheits- bzw. Unsicherheitsgefühl der Gesellschaft und der Aktivierung staatlicher Institutionen.

Das Produkt ist ein ganzes Ensemble an einfach-rechtlichen Ausnahmetatbeständen, die sich nicht unmittelbar als solche zu erkennen geben, da sie sich au-

<sup>177</sup> O. Lepsius, Gesetzesstruktur im Wandel, JuS 2019, S. 14 (17), m. w. N.

<sup>178</sup> Chr. Walter, Völkerrechtliche Verträge zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus, in: K. Odendahl (Hrsg.), Die Bekämpfung des Terrorismus mit Mitteln des Völker- und Europarechts, 2017, S. 87 (87).

<sup>179</sup> Zur Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für die Abgrenzung von Ausnahme- und Normalzustand noch eingehend § 11 I. 2. b) bb) (2).

<sup>180</sup> N. Corral-Maraver, Der europäische Einfluss auf das spanische Terrorisusstrafrecht, in: A. Petzsche/M. Heger/G. Metzler (Hrsg.), Terrorismusbekämpfung im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, 2019, S. 259 (270).

<sup>181</sup> A. Oehmichen, Terrorism and Anti-Terror Legislation: The Terrorised Legislator?, 2009.

<sup>182</sup> B. Kretschmer, Terrorismusverfolgung in Deutschland, in: G. M. Gesk/A. Sinn (Hrsg.), Organisierte Kriminalität und Terrorismus im Rechtsvergleich I, 2019, S. 43 (57), der die Einführung der elektronischen Fußfessel für islamistische Gefährder als „rechtspolitische Verirrung eines hysterisierten Gesetzgebers“ bezeichnet.

<sup>183</sup> M. Morlok/J. Krüper, Sicherheitsgewährleistung im kooperativen Verfassungsstaat, in: H.-J. Lange/H. P. Ohly/J. Reichertz (Hrsg.), Auf der Suche nach neuer Sicherheit, 2009, S. 331 (335); M. Bäcker, Weitere Zentralisierung der Terrorismusbekämpfung?, GSZ 2018, S. 213 (219).

<sup>184</sup> J. Dalby, Sicherheitsgesetzgebung unter dem Eindruck von Terror, in: RbhZS, 2017, 4. Kap. Rn. 3ff.; W. Hoffmann-Riem, Freiheit und Sicherheit im Angesicht terroristischer Anschläge, ZRP 2002, S. 497 (500); K. von Frankenberg, Sicherheitsgesetzgebung, NK 27 (2015), S. 276 (282ff.).

<sup>185</sup> Vgl. Chr. Gusy, Leerlaufende Evaluationspflichten?, in: FG-Hirsch, 2006, S. 139ff.; ders./A. Kapitza, Eine Bestandsaufnahme, in: Chr. Gusy (Hrsg.), Evaluation von Sicherheitsgesetzen, 2015, S. 9ff.

<sup>186</sup> M. Kötter, Das Sicherheitsrecht der Zivilgesellschaft, KJ 36 (2003), S. 64 (64).

ßer- und unterhalb verfassungsrechtlich radizierter Institute wie Ausnahmezustand oder Staatsnotstand bewegen: Sie besitzen, weil sie schon die Entstehung erheblicher Gefährdungen im Vorfeld proaktiv im Sinne einer „zeitlich vorgezogene[n] Normierung“<sup>187</sup> verhindern sollen, typischerweise keinen vorübergehenden, zeitlich beschränkten Charakter, sondern werden als dauerhafter Teil in der Normalrechtsordnung verankert. Ihr Zweck ist die langfristig vorausschauende Ausnahmezustandsvorsorge und möglichst frühzeitige Ausnahmezustandsvorbereitung, nicht die Abwehr bereits konkretisierter Gefahren, die mehr und mehr in den Hintergrund tritt. Sie resultieren nicht selten „aus den Ängsten des Augenblicks“ und „wirken wie Beruhigungspillen“,<sup>188</sup> weshalb sie von nicht Wenigen als Symbol-<sup>189</sup> oder Alibigesetze<sup>190</sup> bezeichnet werden, die als Ersatzreaktionen<sup>191</sup> des Gesetzgebers die öffentliche Verängstigung und Empörung wenigstens beschwichtigen sollen. Dass solche Maßnahmen aber keineswegs nur Akte symbolischer Gesetzgebung, nicht nur Vorspiegelungen utopischer Sicherheit, sondern real einschneidende Freiheitsbeschränkungen sind, steht gleichermaßen außer Frage.<sup>192</sup> Ihr Mittel ist denn auch nicht die bloße Gefahraufklärung im Wege der Informationsvorsorge oder eine anderweitige Vorbereitung für die Gefahrenlage, sondern der aktionelle Eingriff in den schadensträchtigen Kausalverlauf durch Vollzugshandeln im Gefahrenvorfeld. Ihre Folge ist eine Transformation des Ausnahmezustands, der Schritt für Schritt von einem verfassungsrechtlichen Ausnahmeinstitut in eine vergesetzlichte Dauereinrichtung überführt wird.

Auf diese Weise offenbart sich der Präventions-, Vorsorge- und Gesetzgebungsstaat als nervöser Staat. In der jüngeren Sicherheitsgesetzgebung auf Bundes- und Landesebene zeichnet sich ein Trend ab, antizipierende gesetzliche Regelungen für die Ausnahmesituation zu schaffen. Darin liegt – entgegen anders

<sup>187</sup> So wortgleich die Begründungen des bayerischen Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen (LT-Drs. 17/16299, S. 1), des Sechsten Gesetzes zur Änderung des Sicherheits- und Ordnungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern (LT-Drs. 7/1320[neu], S. 3) sowie des Gesetzes zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen (LT-Drs. 17/2351, S. 1 f.).

<sup>188</sup> O. Kirchheimer, Wandlungen in der Struktur des Staatsschutzes, ZfP 11 (1964), S. 126 (145).

<sup>189</sup> Vgl. S. Scheerer, Gesetzgebung im Belagerungszustand, in: E. Blankenburg (Hrsg.), Politik der inneren Sicherheit, 1980, S. 120 (149 ff.); U. Berlit/H. Dreier, Die legislative Auseinandersetzung mit dem Terrorismus, in: F. Sack/H. Steinert (Hrsg.), Protest und Reaktion, 1984, S. 227 (247, 285); P. H. Schulte, Terrorismus und Anti-Terrorismus-Gesetzgebung, 2008, S. 232 ff.; V. Bützler, Staatsschutz mittels Vorfeldkriminalisierung, 2017, S. 160 ff.; H. Düx, Globale Sicherheitsgesetze und weltweite Erosion von Grundrechten, ZRP 2003, S. 189 (192); A. Kießling, Die Verschärfung des Ausweisungsrechts als symbolpolitisches Mittel gegen extremistische Bestrebungen, ZAR 2013, S. 45 (49 ff.); dies., Ein „neues“ Instrument der Terrorismusabwehr: die Auferstehung der Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG, NVwZ 2017, S. 1019 (1019): „totes Recht“; M. Payandeh, Globale Anti-Terrorgesetzgebung, ZRP 2014, S. 241 (244), mit einer Erwiderung von K. von Frankenberg, „Symbolische Gesetzgebung verhindert keine Anschläge, beschädigt aber den Rechtsstaat“, ZRP 2015, S. 92 f.

<sup>190</sup> G.-P. Callies, Die Steuerungskrise, in: FS-Teubner, 2009, S. 465 (471); M. Lendermann, Prävention durch Recht, HFR 2009, S. 163 (165).

<sup>191</sup> W. Hassemer, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NStZ 1989, S. 553 (554).

<sup>192</sup> Darauf eigens hinweisend E. Denninger, Freiheit durch Sicherheit?, KJ 35 (2002), S. 467 (469 f.).

lautender Proklamationen, die eine „moderate Arrondierung“<sup>193</sup> des Gefahrbegriffs vorgeben oder von einer „moderaten Novellierung“<sup>194</sup> des geltenden Polizeirechts sprechen – nicht nur „juristisches Neuland“<sup>195</sup> und ein „Paradigmenwechsel“<sup>196</sup> für das Regelungsgefüge der präventiven Sicherheitsordnung, der mit der allgemeinen Entwicklung hin zum Präventions- und Vorsorgestaat zusammenrifft. Er unterminiert vielmehr die Trennung von Normal- und Ausnahmezustand.<sup>197</sup> Die nicht selten aufgrund eines bestimmten terroristischen Anlassfalls geschaffenen Präventionsregelungen werden dabei regelmäßig – in einem nächsten Schritt oder *uno actu* – auf andere, als gleichwertig empfundene Szenarien und Zielgruppen wie Straftaten mit internationalem Bezug, Organisierte Kriminalität, Stalking oder bestimmte Sexualdelikte erstreckt, verallgemeinert und veralltägllicht.<sup>198</sup> Diese Entwicklung korrespondiert mit der grundsätzlichen

<sup>193</sup> Mit Blick auf die Neuordnung des bayerischen Polizeirechts vgl. die Begründung des Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen, BayLT-Drs. 17/16299, S. 9.

<sup>194</sup> Mit Blick auf die Neuordnung des nordrhein-westfälischen Polizeirechts vgl. *K.-A. Schwarz*, Stellungnahme zur Anhörung des Innenausschusses des Landtags Nordrhein-Westfalen, Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen, Ausschuss-Drs. 17/632, S. 2.

<sup>195</sup> *M. Möstl*, Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr, BayVBl. 2018, S. 156 (161); *T. Holzner*, Die drohende Gefahr, DÖV 2018, S. 946 (948, 950); *M. Weinrich*, Die Novellierung des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes, NVwZ 2018, S. 1680 (1685); *Chr. Apostel*, Das neue Polizeiaufgabengesetz (PAG) in Bayern, KJ 52 (2019), S. 147 ff.; ähnlich *Chr. Gusy*, Stellungnahme zur Anhörung des Innenausschusses des Landtags Nordrhein-Westfalen, Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen, Ausschuss-Drs. 17/630, S. 6, 8, 15: „rechtliches Neuland“; vgl. auch *T. Kingreen/R. Poscher*, PolOrdR, <sup>10</sup>2018, S. V (Vorwort): „kontroverse[n] Neuausrichtung der polizeilichen Gefahrenabwehr“; sowie die PAG-Kommission zur Begleitung des neuen bayerischen Polizeiaufgabengesetzes, Abschlussbericht v. 30.8.2019, S. 27: „Neujustierung der Gefahrenbegriffe“.

<sup>196</sup> Vgl. die Schlussfolgerung im Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, Ausweitung polizeilicher Befugnisse in Deutschland und Europa, WD 3-3000-226/18, S. 7; s. auch *P. Schafmeister*, Paradigmenwechsel im Recht der Gefahrenabwehr?, AL 2018, S. 340 (344); *A. Leisner-Egensperger*, Polizeirecht im Umbruch, DÖV 2018, S. 677 (677); *dies.*, Stillstand des Thüringer Polizeirechts?, ThürVBl. 2018, S. 193 (198), die von einer „Wende in der polizeirechtlichen Dogmatik“ spricht und diese insgesamt positiv bewertet („ein deutlicher rechtsstaatlicher Fortschritt“); zust. *S. Welzel/M. Ellner*, Präventivgewahrsam bei drohender Gefahr?, DÖV 2019, S. 211 (211); zweifelnd *F. Shirvani*, Paradigmenwechsel im Polizeirecht?, DVBl. 2018, S. 1393 ff.; *M. Thiel*, PolOrdR, <sup>20</sup>2020, § 8 Rn. 71 f.; *ders.*, Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen, GSZ 2019, S. 1 (2).

<sup>197</sup> *J. Puschke*, Sicherheitsarchitektur in der Sicherheitsgesellschaft, JBÖS 2018/19, S. 135 (145). Von einem Bruch mit einem „rechtsstaatliche[n] Tabu“ spricht *F. Nobis*, Strafrecht in Zeiten des Populismus, StV 2018, S. 453 (458); von „verfassungsrechtlich waghalsigen Grenzverschiebungen“ auch schon *F. Roggan*, Legislative Entgrenzungen im Bereich der „Terrorismusbekämpfung“, ZRP 2017, S. 208 (212).

<sup>198</sup> S. nur *Chr. Gusy*, Vom neuen Sicherheitsbegriff zur neuen Sicherheitsarchitektur, VerwArch 101 (2010), S. 309 (321); *H. Waechter*, Kein Rechtsschutz, freispruch 13/2018, S. 4 (6f.); *Chr. Apostel*, Das neue Polizeiaufgabengesetz (PAG) in Bayern, KJ 52 (2019), S. 147 (150); *M. H. W. Möllers*, Die Umsetzung des neuen Gefahrbegriffs „drohende Gefahr“ im Bayerischen Polizeiaufgabengesetz, JBÖS 2018/19, 87 (90f.). Diese Lehre hätte man schon aus der Antiterrorgesetzgebung der 1970er und 80er ziehen können, vgl. mit Blick auf das Polizeirecht *W. Hoffmann-Riem*, Abbau von Rechtsstaatlichkeit durch Neubau des Polizeirechts?, JZ 1978, S. 335 (335); mit Blick auf das Straf- und Strafprozessrecht *A. von Winterfeld*, Entwicklungslin-

Neigung des Ausnahmezustands zur Verstetigung und der Tendenz zur Ablösung von seinen Wurzeln.<sup>199</sup>

Darin kommt bereits eine der grundlegenden Paradoxien von Kategorien wie Ausnahmezustand oder Sonderrecht zum Ausdruck: Je mehr Ausnahmen man macht und je mehr Sonderregelungen man schafft, umso mehr werden diese zum Maßstab einer neuen Normalität.<sup>200</sup> An diesem legislatorischen Trend lässt sich ablesen, wie ungebremst der aktionelle Zugriff im Gefahrenvorfeld mehr und mehr von der Ausnahme zur Regel verschoben wird, um bereits die Entstehung einer Gefahr für hochrangige Rechtsgüter zu verhindern. Gerade auf das terroristische Risiko als „Noch-Nicht-Ereignis“ reagiert der Präventions- und Vorsorgestaat mit einer ins Vorfeld ausgreifenden „Schon-Jetzt-Handlung“, durch die nicht nur Informationen erhoben, sondern bereits aktiv und aktionell in schadensträchtige Kausalverläufe eingegriffen wird. Wenn sich die Sicherheitsgesetzgeber in Bund und Ländern dabei ausdrücklich auf verfassungsgerichtlich formulierte Leitlinien stützen, diese als Textbausteine oder gar eins-zu-eins übertragen,<sup>201</sup> bestätigt sich darin zu einem gewissen Teil die bereits vor längerer Zeit geäußerte Befürchtung, dass sich das Bundesverfassungsgericht im Wege impliziter Bezugnahme auf die von der Terrorbekämpfungspraxis entwickelten personenbezogenen Risikoanalysen von der Gefahr-Störer-Dogmatik entfernt habe. Wenn diese Rechtsprechung von der Dogmatik und in der Gesetzgebung aufgenommen werde, so wurde in der Retrospektive auf die Karlsruher Entscheidungen zur Vorratsdatenspeicherung und zur Online-Durchsuchung konstatiert, könne dies den Abschied vom bewährten Begriff der konkreten Gefahr bedeuten, wie er bislang das Polizeirecht geprägt hat.<sup>202</sup>

Die erodierenden Rückwirkungen der polizeilichen Informationsvorsorge auf die Dogmatik aktionell-imperativer Gefahrenabwehr sind heute allgegenwärtig. Eine Rezeption der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und ihre legislatio-

---

nien des Strafrechts und des Strafprozessrechts in den Jahren 1947 bis 1987, NJW 1987, S. 2631 (2634); allgem. ferner A. von Schoeler, Durch neue Gesetze zu mehr „innerer Sicherheit“, in: H.P. Bull (Hrsg.), Sicherheit durch Gesetze?, 1987, S. 45ff.; A. Kretschmann/A. Legnaro, Abstrakte Gefährdungslagen, APuZ 21–23/2019, S. 11 (11); mit Blick auf den Patriot Act auch J.-C. Paye, From the State of Emergency to the Permanent State of Exception, Telos 136 (2006), S. 154 (159, 162, 166).

<sup>199</sup> O. Beaud/C. Guérin-Bargues, L'état d'urgence, <sup>2</sup>2018, S. 168.

<sup>200</sup> Auf den damit einhergehenden Gewöhnungseffekt wies schon J. Heckel, Diktatur, Notverordnungsrecht, Verfassungsnotstand, AöR 22 (1932), S. 257 (257) hin: „Die Diktatur als zentrale Einrichtung des gegenwärtigen Staatslebens hat bei der Theorie eine überraschend freundliche Aufnahme gefunden. Je tiefer ihre Maßnahmen einschneiden, je gefährlicher ihre Handhabung wird, desto vertrauter scheint sie der Staatsrechtswissenschaft zu werden“; vgl. auch A. Kretschmann/A. Legnaro, Ausnahmezustände, PROKLA 47 (2017), S. 471 (477), m. w. N.

<sup>201</sup> Von einer „copy and paste-Kultur“ spricht M. Löffelmann, Das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen, BayVbl. 2018, S. 145 (155); dem folgend M. Wehr, Die „drohende Gefahr“ im Polizeirecht, Jura 2019, S. 940 (949); s. auch H. Aden/J. Fährmann, Defizite der Polizeirechtsentwicklung und Techniknutzung, ZRP 2019, S. 175 (176f.): „Patchwork-Gesetzgebung“.

<sup>202</sup> T. Darnstädt, Karlsruher Gefahr, DVBl. 2011, S. 263 (263).

rische Ausweitung auf aktionelle Maßnahmen erfolgten verstärkt im Nachgang der verfassungsgerichtlichen Entscheidung zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt.<sup>203</sup> So räumten der Bundesgesetz- und einige Landesgesetzgeber den Polizeibehörden die Befugnis ein, zur Terrorismusbekämpfung bereits im Gefahrenvorfeld Aufenthaltsanordnungen, Kontaktverbote und eine ständige elektronische Aufenthaltsüberwachung (elektronische Fußfessel) zu erlassen, die durch einen neuartigen Straftatbestand bewehrt werden.<sup>204</sup>

Noch weiter gehen die Landesgesetzgeber, die die oben skizzierte Lücke polizeilicher Gefahrenabwehr durch ein neues, auf das Gefahrenvorfeld zugeschnittenes Konzept der *drohenden Gefahr*<sup>205</sup> – womit im Kern eine drohende terroristische Gefahr gemeint war – gefüllt und damit eine eigenständige Gefahrenvorfeldkategorie geschaffen haben.<sup>206</sup> Diese ermächtigt – sogar originär<sup>207</sup> – zu

<sup>203</sup> BVerfGE 141, 220ff.

<sup>204</sup> Bundesrecht: §§ 55, 56, 87 BKAG, jeweils eingef. m. W. v. 9.6.2017 durch Gesetz zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes v. 1.6.2017 (BGBl. I S. 1354); §§ 56, 56a AufenthG, geändert bzw. eingef. durch Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht v. 20.7.2017 (BGBl. I S. 2780). Landesrecht: §§ 27b, 27c, 84b PolG BW, eingef. durch Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes v. 28.11.2017 (GBl. S. 624); Art. 16 Abs. 2, Art. 34 BayPAG, eingef. durch Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen v. 24.7.2017 (GVBl. S. 388), geändert durch Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) v. 18.5.2018 (GVBl. S. 301, 434); §§ 31a, 43b HessSOG, eingef. durch Gesetz zur Neuausrichtung des Verfassungsschutzes in Hessen v. 25.6.2018 (GVBl. S. 302); §§ 67a bis 67d SOG MV, eingef. durch Sechstes Gesetz zur Änderung des Sicherheits- und Ordnungsgesetzes v. 22.3.2018 (GVBl. S. 114); §§ 17b, 17c NdsPOG, eingef. durch Gesetz zur Änderung des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung und anderer Gesetze v. 20.5.2019 (GVBl. S. 88); §§ 34b bis 34d PolG NRW, eingef. durch Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen v. 13.12.2018 (GV. NRW. S. 684); §§ 21, 61, 106 SächsPVDG, eingef. durch Gesetz zur Neustrukturierung des Polizeirechtes des Freistaates Sachsen v. 11.5.2019 (GVBl. S. 358); §§ 36a bis 36c SOG LSA, eingef. durch Siebentes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt v. 18.10.2018 (GVBl. S. 376).

<sup>205</sup> Legaldefiniert in Art. 11 Abs. 3 Satz 1 BayPAG, eingef. m. W. v. 1.8.2017 durch Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen v. 24.7.2017 (GVBl. S. 388); § 8 Abs. 4 PolG NRW-E i. d. F. des ursprünglichen Entwurfs für ein Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen v. 11.4.2018, LT-Drs. 17/2351, S. 30 sah eine entsprechende Regelung vor, ist jedoch in den Beratungen des Innenausschusses normtechnisch modifiziert worden (vgl. LT-Drs. 17/4525, S. 4f.), ohne dass sich das nordrhein-westfälische Recht hierdurch vom Konzept der „drohenden Gefahr“ grds. verabschiedet hätte; vgl. J. Dietlein, in: ders./J. Hellermann, Öffentliches Recht in NRW, 2019, § 3 Rn. 73; entsprechend F. Roggan, Brandenburgische Polizeirechtsnovelle von 2019, LKV 2019, S. 241 (247).

<sup>206</sup> Dazu auszugsweise M. Wegner/D. Hunold, Die Transformation der Sicherheitsarchitektur, KriPoZ 2017, S. 367 (373); M. Möstl, Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr, BayVBl. 2018, S. 156 (157): „fügt der überkommenen Dogmatik der Gefahrbegriffe eine neue Facette hinzu“; K. Waechter, Polizeirecht in neuen Bahnen, NVwZ 2018, S. 458 (458): „eine neue Schicht des Polizeirechts“; N. Austermann/G. M. Schlichte, Über „Gefährder“ und drohende Gefahren, KJ 51 (2018), S. 479 (482): „eine neue Gefahrenkategorie“; M. Ogorek, Gefahrenvorfeldbefugnisse, JZ 2019, S. 63 ff.; krit. M. Löffelmann, Das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen, BayVBl. 2018, S. 145 (146 ff.).

<sup>207</sup> Die Erstreckung der Kategorie der „drohenden Gefahr“ auf informationelle Vorfeld-

aktionellen Vorsorgemaßnahmen und hebt damit die Unterscheidung von Erforschungs- und Beseitigungsmaßnahmen für das Gefahrenvorfeld auf.<sup>208</sup> Mit dem Begriff der drohenden Gefahr hat der Landesgesetzgeber – allem Anschein nach unbewusst<sup>209</sup> – einen Zentralbegriff des grundgesetzlichen Ausnahmerechts für den inneren Staatsnotstand aufgegriffen (vgl. Art. 11 Abs. 2 Var. 2, 87a Abs. 4 Satz 1, 91 Abs. 1 GG), gibt ihm jedoch eine gegenläufige Bedeutung: Während er im Kontext der Notstandsverfassung überwiegend mit einer konkreten Gefahr im polizeirechtlichen Sinne gleichgesetzt oder sogar als Indikator für gesteigerte Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts gelesen wird<sup>210</sup> – was als ein erster Beleg dafür dienen kann, dass die Grenze zwischen Ausnahme- und Normalzustand über den Gefahrenbegriff verläuft –, soll über die Kategorie der drohenden Gefahr nach dem Willen des Präventionsgesetzgebers schon die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut<sup>211</sup> verhindert werden. Vorausgesetzt wird dabei, dass im Einzelfall das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind.<sup>212</sup>

Konkret begründet mit einer aktuellen terroristischen Bedrohungslage,<sup>213</sup> knüpft ein ganzer Kanon aktioneller Vorfeldbefugnisse an den neuen Gefahrenbegriff an, die sich tatbestandlich allerdings nicht auf terroristische Anschläge beschränken, sondern in abstrakter Form auf Gewalttaten von erheblicher Intensität und Auswirkung erstreckt werden, sofern sie in ihrer Wertigkeit einer terroristischen Gefahr gleichkommen und gleichfalls entsprechende Eingriffsmaßnahmen erfordern.<sup>214</sup> Die Wissenschaft fordert zum Teil weitere Verallgemeinerungen und Ausdehnungen des neuen Vorfeldtatbestands, von einer „Polyvalenz verschiedene[r] Zukunftsszenarien“<sup>215</sup> ist die Rede. Zu den mit der drohenden Gefahr eröffneten aktionellen Vorfeldbefugnissen zählen Aufenthaltsanordnungs-

---

maßnahmen erfolgte erst in einem zweiten Schritt durch das Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) v. 18.5.2018 (GVBl. S. 301); s. auch BayLT-Drs. 17/20425.

<sup>208</sup> K. Waechter, Polizeirecht in neuen Bahnen, NVwZ 2018, S. 458 (459).

<sup>209</sup> Weil letztlich nur den in BVerfGE 141, 220 (272, Rn. 112) gebildeten Begriff übernehmend.

<sup>210</sup> So etwa von P. Kunig, in: vMK-GG 6I, Art. 11 Rn. 23 (mit Fußn. 148). Dazu noch § 10 I. 1.

<sup>211</sup> Art. 11 Abs. 3 Satz 1 BayPAG.

<sup>212</sup> Zu dem wenig normenklaren Kriterium des „Angriffs“ auch K. Waechter, Polizeirecht in neuen Bahnen, NVwZ 2018, S. 458 (460).

<sup>213</sup> Vgl. BayLT-Drs. 17/16299, S. 1.

<sup>214</sup> BayLT-Drs. 17/16299, S. 10. S. auch die Kritik von T. Singelstein, Innere Unsicherheit, SZ v. 14./15.4.2018, S. 5: „Was als Ausnahmetatbestand für Gefährder und mutmaßliche Terroristen geschaffen wurde, wurde so zu einem allgemeinen Maßstab für polizeiliches Handeln gemacht“; übereinst. B. Pieroth, Befugnisserweiterung mit Begriffsverwirrung, GSZ 2018, S. 133 (135); a. A. M. Möstl, Rechtsstaatlicher Rahmen der Terrorabwehr, DVBl. 2020, S. 160 (166), der diese Weiterungen für „[b]edenkenfrei“ hält.

<sup>215</sup> A. Leisner-Egensperger, Stillstand des Thüringer Polizeirechts?, ThürVBl. 2018, S. 193

gen und Kontaktverbote,<sup>216</sup> die elektronische Aufenthaltsüberwachung<sup>217</sup> sowie ein Präventiv- oder Vorfeldgewahrsam für Gefährder,<sup>218</sup> der sowohl in Begründung wie Methodik deutliche Parallelen zu kriegs- und ausnahmerechtlichen Instrumenten wie Schutzhaft und Internierung<sup>219</sup> und damit zu klassischen Handlungsformen des Ausnahmezustands aufweist.<sup>220</sup>

Da derartige Befugnisnormen die zu verhindernde Bedrohung tatbestandlich erfassen müssen, stellt sich bei ihnen das Fundamentaldilemma des Staatsnotstandsrechts, die Frage nach der Antizipierbarkeit der Ausnahme durch das Recht, naturgemäß nicht. An die Stelle des verfassungsrechtlichen Ausnahmeregimes ist selbst dort, wo entsprechende Ermächtigungen auf Ebene des nationalen Verfassungsrechts vorhanden sind (z. B. Frankreich, Türkei), ein umfassendes Ausnahmezustandsverhinderungsrecht getreten.<sup>221</sup> Dieses schreibt in dem Bestreben, Ausnahmezustandsvorsorge zu betreiben, dauerhaft Befugnisse in die normale, unterverfassungsrechtliche Rechtsordnung ein, die eigentlich nur im Ausnahmezustand oder noch nicht einmal dort zulässig waren, und nimmt so das, was man früher als „Ausnahmezustand“ bezeichnet hat, schon unter den Geltungsbedingungen der Normallage vorweg. Diese Art der Vorsorge führte dazu, dass sich der „Ausnahmezustand“ normalisierte, indem sie die drohende Gefahr in den Alltag integrierte.“<sup>222</sup>

---

(198), die das Beispiel eines in seiner Ehre gekränkten Ehemanns nennt, der untergetaucht ist, nachdem er zuvor angekündigt hatte, seine Frau zu töten.

<sup>216</sup> Art. 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 BayPAG.

<sup>217</sup> Art. 34 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BayPAG.

<sup>218</sup> Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 und 5 BayPAG; § 35 Abs. 1 Nr. 6 PolG NRW-E i. d. F. des ursprünglichen Entwurfs für ein Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen v. 11.4.2018, LT-Drs. 17/2351, S. 23, 45 sah eine entsprechende Regelung vor, ist jedoch in den Beratungen des Innenausschusses gestrichen worden, vgl. LT-Drs. 17/4525, S. 18.

<sup>219</sup> Im Jahr 2007 forderte der damalige Bundesinnenminister *Schäuble*, terroristische Gefährder „zu behandeln wie Kombattanten und zu internieren“, wobei der auf Hooligans angewandte Unterbindungsgewahrsam als Vorbild dienen könne, vgl. [www.spiegel.de/politik/deutschland/spiegel-interview-schaeuble-fordert-handy-und-internetverbot-fuer-terrorverdaechtige-a-493094.html](http://www.spiegel.de/politik/deutschland/spiegel-interview-schaeuble-fordert-handy-und-internetverbot-fuer-terrorverdaechtige-a-493094.html).

<sup>220</sup> Zu diesen Parallelen an dieser Stelle nur *H.-U. Paeffgen*, Fürsorgliche Erschießung, in: *FS-Seebode*, 2008, S. 245 (259 ff.). Von der Konstruktion einer Freund-Feind-Dichotomie sprechen *M. Wegner/D. Hunold*, Die Transformation der Sicherheitsarchitektur, *KriPoZ* 2017, S. 367 (373); *B. Kretschmer*, Terrorismusverfolgung in Deutschland, in: G. M. *Gesk./A. Sinn* (Hrsg.), *Organisierte Kriminalität und Terrorismus im Rechtsvergleich I*, 2019, S. 43 (53): „von der Idee und dem Konzept des sog. Feindstrafrechts inspiriert“, „Präventivhaft gegen Staatsfeinde“; Parallelen zur französischen Ausnahmezustandsgesetzgebung zieht *K. Waebter*, Polizeirecht in neuen Bahnen, *NVwZ* 2018, S. 458 (462). Eingehend hierzu § 11 II.

<sup>221</sup> Von einem „Rechtsformenwandel“ sprechen in diesem Zusammenhang *S. May*, Neue Risiken – Sicherheit – Prävention, in: M. *Holzinger/S. May/W. Pohler* (Hrsg.), *Weltrisikogesellschaft als Ausnahmezustand*, 2010, S. 227 (236 ff.); *Chr. Kreuder-Sonnen*, Der UN Sicherheitsrat als Diktator, in: A. *Spencer/A. Kocks/K. Harbrich* (Hrsg.), *Terrorismusforschung in Deutschland*, 2011, S. 231 (251); *A. Kretschmann/A. Legnaro*, Ausnahmezustände, *PROKLA* 47 (2017), S. 471 (480).

<sup>222</sup> *N. Hannig/M. Thießen*, Vorsorge und Prävention in der Moderne, in: dies. (Hrsg.), *Vorsorge in der Moderne*, 2017, S. 1 (13).

Dabei handelt es sich keineswegs um ein neuartiges Phänomen: Es trägt vielmehr der Erkenntnis Rechnung, dass Planung, Lenkung und Vorsorge spätestens seit dem Ersten Weltkrieg einen gewaltigen Bedeutungszuwachs erfahren haben. Will der moderne Staat den großen, durch technisch-industrielle Entwicklung wie durch Globalisierung entstehenden Gefahren vorbeugen und Wirtschaft wie Gesellschaft nicht einfach sich selbst überlassen, muss er das gesamte Instrumentarium von Gefahrenabwehr und Leistung, Planung, Lenkung und Vorsorge nutzen und in den verschiedenen Bereichen ineinandergreifend und aufeinander abgestimmt einsetzen.<sup>223</sup> Dies schließt bereits seit längerer Zeit das Staatsnotstandsrecht ein. Namentlich in den Erscheinungsformen der Republiksschutz- und der Ermächtigungsgesetzgebung firmierte die Vergesetzlichung des Ausnahmezustands zur Weimarer Zeit unter dem noch heute präsenten Topos der Maßnahmegesetzgebung.<sup>224</sup> Selbst ein Art. 48 Abs. 2 WRV konnte der Vermischung von Ausnahme- und Normallage nichts entgegensetzen, sondern diente im Gegenteil mit seinem Mangel an Formenstrenge einerseits und dem ihm untergeschobenen Notverordnungsrecht des Reichspräsidenten andererseits als Hebel für die Gleichsetzung von ausnahmebedingter Maßnahme- und gesetzesvertretender Verordnungsgewalt sowie die Erhebung der Ausnahme zur Permanenz.<sup>225</sup> Klar zu Tage trat die Problematik des von der Normalrechtsordnung vorweggenommenen Ausnahmezustands während der Antiterrorgesetzgebung der 1970er Jahre:

„Der Versuch, generelle, auf Dauer berechnete Normen für anormale Lagen zu schaffen, führt zu situationsbedingten Ermächtigungen in genereller Form, die über den angezielten Fall hinaus verwendbar werden. Die Folge ist ein Abbau des rechtlichen Normalzustandes in seinem auf die Normallage bezogenen Regelungsgehalt. Das geschieht in jedem[einzelnen] Fall nur stückweise, aber insgesamt kontinuierlich.“<sup>226</sup>

Zu Recht wird daher schon seit langem ein Umdenken im Verständnis des Staatsnotstandsrechts gefordert und verlangt, dass der Ausnahmezustand über sein in der Mitte des 19. Jahrhunderts erlangtes begriffliches Niveau hinauskommen muss.<sup>227</sup> Demgegenüber oszillieren weite Teile der deutschen Staatsrechtslehre des 21. Jahrhunderts auf der Traditionslinie Locke'scher Staatstechnik<sup>228</sup> noch immer zwischen den beiden äußeren Polen einer Konstitutionalisierung des Notstandsrechts im Sinne eines Ausnahmeverfassungsrechts<sup>229</sup> einerseits und des

<sup>223</sup> T. Kingreen/R. Poscher, PolOrdR, <sup>10</sup>2018, § 1 Rn. 21.

<sup>224</sup> Dazu näher § 7 IV. 3.

<sup>225</sup> H. Ridder, Grundgesetz, Notstand und politisches Strafrecht, 1965, S. 17.

<sup>226</sup> E.-W. Böckenförde, Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW 1978, S. 1881 (1886); übereinst. Bewertung insb. bei U. Berlitz/H. Dreier, Die legislative Auseinandersetzung mit dem Terrorismus, in: F. Sack/H. Steinert (Hrsg.), Protest und Reaktion, 1984, S. 227 (297).

<sup>227</sup> H. Boldt, Art. „Ausnahmezustand“, in: GGB I, 1972, S. 343 (376); in ähnlicher Weise H. Oberreuter, Notstand und Demokratie, 1978, S. 276 ff.; aus historisch-vergleichender Perspektive ferner G. Lurie, What is Modern in the State of Exception?, JEHL 8 (2017), S. 50 (57).

<sup>228</sup> G. Frankenberg, Staatstechnik, 2010, S. 34 ff.

<sup>229</sup> A.-B. Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht, 2020; mit ähnlicher Verwendung des Begriffs

ungeschriebenen überpositiven Staatsnotrechts andererseits,<sup>230</sup> die den Blick auf die voranschreitende Vergesetzlichung und Vorverlagerung des Ausnahmezustands als das Dazwischenliegende verstellen.<sup>231</sup> Dabei erschiene eine freie Sicht auf diese neue Dimension des Ausnahmezustands umso drängender. Erste Ansätze, die diese Entwicklung unter dem größeren Topos der „Krisengesetzgebung“ zu erfassen suchen, verstehen das Krisengesetz als ausschließlich reaktives Instrument einer Krisenbewältigung *ex post* und blenden damit die Dimensionen der Vorverlagerung und Vorsorge vollständig aus.<sup>232</sup> Ebenfalls ein grundsätzlich reaktives Verständnis liegt dem Ackerman'schen Ansatz für ein Notstandsverfassungsrecht der Vereinigten Staaten zugrunde („Emergencies can be declared only *after* an actual attack“<sup>233</sup>), obschon dieser erklärtermaßen wie die hiesige Studie die Intention verfolgt, einen Ausweg aus der zunehmenden Sicherheitsgesetzgebung und Aufopferung bürgerlicher Freiheitsrechte im Interesse der Prävention aufzuzeigen.

Der hier identifizierte normativ vorweggenommene, insofern *antizipierte Ausnahmezustand* wird hingegen schon „heute aktiv, um die Probleme und Krisen von morgen oder übermorgen zu verhindern, abzumildern, Vorsorge zu leis-

---

schon *F. Böhm*, Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, 1937, S. 180.

<sup>230</sup> *H. Hofmann*, in: B. Schmidt-Bleibtreu/*H. Hofmann*/*H.-G. Henneke* (Hrsg.), GG, <sup>14</sup>2018, Art. 20 Rn. 97; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, <sup>20</sup>1999, Rn. 723; s. auch das Fazit von *K. Windthorst*, Der Notstand, in: M. Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 365 (414): „Es ist deutlich geworden, dass eine Konstitutionalisierung des Notstandsrechts unerlässlich ist, will man sich nicht auf den schwankenden Boden eines ungeschriebenen Not(stands)rechts begeben“.

<sup>231</sup> Deutlich wird dies u. a. bei *M. Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2004, S. 129, der insoweit ausdrücklich von einer „Gesetzgebung im Belagerungszustand“ spricht, die den „Übergang vom Interventions- zum Präventionsrecht“ markiere, diese aber im Übrigen nicht weiter von Interesse hält. Auch *J. Kersten*, Ausnahmezustand?, JuS 2016, S. 193 (203) sieht hinter der „sicherheitstechnischen Selbstbelagerung“ des Präventionsstaats neue Fragen einer „zunehmend undurchschaubaren Vermischung von Normallage und Notstand“ aufscheinen, will diese jedoch von der „alte[n] Frage nach dem Ausnahmezustand“ getrennt sehen.

<sup>232</sup> Vgl. *A. Schwerdtfeger*, Krisengesetzgebung, 2018, *passim* sowie insb. S. 6ff., 14, 25, 279, 373, 393; übereinst. Verständnis bei *G. Spindler*, Finanzkrise und Gesetzgeber, DStR 2008, S. 2268 (2268); *A. Ruzik*, Bankenkrise und -insolvenzen, BKR 2009, S. 133 (136), der Krisen als „Katalysator der Gesetzgebung“ ansieht; *L. Zeißler/J. Ganter*, Hysterie?, DÖV 2018, S. 447 (447f.), mit der Gleichsetzung von „Krisengesetzgebung“ und „Gesetzgebung in der Krise“.

<sup>233</sup> *B. Ackerman*, The Emergency Constitution, YLJ 113 (2004), S. 1029 (1060) – Hervorhebung nur hier. Präventive Zielrichtung erhält sein Notstandskonzept erst dadurch, dass *Ackerman* von einem typischen Szenario zweier aufeinander folgender Anschläge („double whammy“) ausgeht und die Erklärung des Ausnahmezustands nach dem Erstschatz der Verhinderung eines „second strike“ dient, vgl. *ders.*, Before the Next Attack, 2006, S. 45 ff.; *ders.*, This is Not a War, YLJ 113 (2004), S. 1871 (1883f., 1903): „This second strike scenario lies at the core of my rationale for emergency powers“. Dass dieses Konzept auf realitätsfremden, überaus künstlich wirkenden Annahmen beruht, haben *L.H. Tribe/P.O. Gudridge*, The Anti-Emergency-Constitution, YLJ 113 (2004), S. 1801 (1823 ff., 1828) aufgezeigt: „The language seems to be borrowed from the Cold War nuclear strategy lexicon, thus calling to mind an immediate second attack, i.e., one launched within hours“.

ten“.<sup>234</sup> Er folgt einer „Technik des Zuvorkommens“<sup>235</sup> und führt zu einer „Hereinwirkung der Vorregelungen in die Gegenwart“<sup>236</sup>. Er weist im Vergleich mit dem Ausnahmezustand nach überkommener Lesart grundlegende Unterschiede, gleichzeitig jedoch so deutliche Gemeinsamkeiten und Kontinuitätslinien auf, dass er als neue Entwicklungsstufe in der langen Geschichte von Staatsnotstand und Ausnahmezustand erkennbar wird. Er füllt die Lücke aus, die der teils verdrängte, teils in Vergessenheit geratene Ausnahmezustand unter dem Grundgesetz gelassen hat. Mag die Dynamik moderner Bedrohungslagen auch der Forderung nach Formenstrenge dieser neuen Stufe des Ausnahmezustands Grenzen setzen und eine Einstreuung ausnahmerechtlicher Regelungen an unterschiedlichen Stellen des einfachen Rechts notwendig machen, so jedoch nicht der Forderung nach rechtlichen Bindungen. Letztere müssen sich in ihrer Flexibilität und Elastizität ebenso beweisen wie in ihrer Restriktivität und Rigidität.<sup>237</sup> Dieser doppelte Anspruch an die rechtlichen Bindungen lässt sich als *Resilienz des Rechts* kennzeichnen.

<sup>234</sup> U. Beck, Risikogesellschaft, 1986, S. 44.

<sup>235</sup> R. Nestler, Terrorismus als Ausnahmezustand?, KritV 101 (2018), S. 24 (26).

<sup>236</sup> E. Kogon, Die verhängnisvolle Vorsorge, in: ders./W. Abendroth/H. Ridder et al. (Hrsg.), Der totale Notstandsstaat, 1965, S. 3 (8).

<sup>237</sup> H. Oberreuter, Notstand und Demokratie, 1978, S. 278; instruktiv G. F. Schuppert, Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht, AöR 120 (1995), S. 32 (49 ff.); ders., Staatswissenschaft, 2003, S. 207 ff.

## § 2 Methodisches Vorverständnis, Fragestellungen und Gang der Darstellung

„Der Ausnahmezustand ist“, so konstatierte *Rudolf Smend* im Jahr 1928, „ein besonders problematischer Gegenstand der Gesetzgebung, der Rechtsanwendung, der Rechtswissenschaft“.<sup>1</sup> Schon der Begriff gilt vielen als Provokation.<sup>2</sup> Diese Untersuchung soll aber weder als Zeitgeistverstärker eines autoritären Verfassungsverständnisses dienen oder ein Plädoyer für eine wehrhaftere Verfassungsinterpretation<sup>3</sup> halten, noch umgekehrt als reflexhafte Kampfansage an den Sicherheitsstaat dienen. Wenn sie in ihrem Untertitel dennoch das in seinen Konturen ebenso unscharfe wie schillernde Reizwort des Ausnahmezustands aufgreift, dann deshalb, weil dieser Begriff sich aufgrund seiner Offenheit und historisch-theoretischen Vorprägung „wie kein zweiter“<sup>4</sup> für eine kontrastierende Analyse der hier zu untersuchenden Phänomene eignet. Er erschließt historische Erfahrungswerte und deckt Parallelen auf, die andernfalls verborgen blieben. So lassen sich, um nur ein Beispiel zu geben, im Vergleich der Terrorismusbekämpfung der Gegenwart und der Sozialistenbekämpfung des ausgehenden 19. Jahrhunderts, die mit der Technik des kleinen Belagerungszustands erfolgte und zur Vergesetzlichung des Ausnahmezustands beitrug,<sup>5</sup> beträchtliche Gemeinsamkeiten in rechtspolitischer Begründung wie rechtstechnischer Behandlung aufdecken.<sup>6</sup>

Der Begriff des *antizipierten Ausnahmezustands* wird hier als vorläufiger Endpunkt der dogmengeschichtlichen Entwicklung des Staatsnotstandsrechts verstanden und als Ausnahmezustand im Staat der Sicherheitsgesellschaft herausgearbeitet. Mit ihm sollen zunächst im Wege einer deskriptiven Diagnose<sup>7</sup> be-

---

<sup>1</sup> *R. Smend*, Vorbemerkung, in: Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht Berlin (Hrsg.), *Das Recht des Ausnahmezustands im Auslande*, 1928, S. 5 (5).

<sup>2</sup> Stellvertretend *O. Marquard*, *Apologie der Bürgerlichkeit*, in: ders., *Zukunft braucht Herkunft*, 2015, S. 247 (260): „Vernünftig ist, wer den Ausnahmezustand vermeidet“.

<sup>3</sup> In Anlehnung an das „Plädoyer für eine wehrhafte Verfassungsinterpretation“ von *Chr. Hillgruber*, *Der Staat des Grundgesetzes – nur „bedingt abwehrbereit“?*, JZ 2007, S. 209 ff.

<sup>4</sup> *J. Kersten*, *Ausnahmezustand?*, JuS 2016, S. 193 (194); mit ähnlichen Feststellungen für den Begriff des „Notstands“ auch *A. Greene*, *Permanent States of Emergency and the Rule of Law*, 2018, S. XIX.

<sup>5</sup> S. § 6 IV. 3. b).

<sup>6</sup> Im Ansatz schon *J. Seifert*, *Wohin führt die technische Entwicklung?*, in: *Technik im Dienste der Straftatenbekämpfung*, BKA-Vortragsreihe 35 (1990), S. 255 (257).

<sup>7</sup> Eine solche im Zusammenhang mit dem Ausnahmezustand wohl prinzipiell für ausgeschlossen haltend und den Vorwurf erhebend, man lasse sich schon durch sie „bejahend ein auf

stimmte Regelungen des Sicherheitsrechts gekennzeichnet werden, die – obschon sie formal als Teil der Normalrechtsordnung verankert sind – materiell die Grenze zum Ausnahmezustand bereits überschritten haben. Sich dem Ausnahmezustand von der juristischen Warte aus zu nähern, verlangt zunächst, sich mit den ihm innewohnenden Dilemmata auseinanderzusetzen (§ 4), um eine Antwort darauf zu finden, ob er sich in Rechtsform kleiden lässt oder sich schon wesensmäßig einer Bewältigung mit den Mittel des Rechts entzieht. Um überhaupt von einem antizipierten Ausnahmezustand sprechen zu können, ist einige rechtstheoretische Vorarbeit notwendig. Sie soll den Leser in dem begriffstheoretischen Beziehungsgeflecht abholen, in dem er sich typischerweise befindet, wenn er an Ausnahmezustand denkt. Der Ausnahmezustand ist ebenso Metapher wie Mythos, ebenso Traditionsbegriff wie Tabu, ebenso Vokabel wie Vexierbild.<sup>8</sup> Er ist ein Allerweltstopos, den es zu reduzieren, zu entmystifizieren, zu entspiegeln gilt. Indem er hier auf die Rechtsordnung bezogen und im Gesetz selbst ausgemacht wird, wird er zunächst gedehnt und erweitert, dadurch zugleich jedoch banalisiert und zu guter Letzt so komprimiert, dass das Recht sich ihm gegenüber ebenso widerstands- wie anpassungsfähig erweisen kann. Die Intention dabei ist keine Normalisierung des Außergewöhnlichen, sondern die Exzeptionalisierung des Normalisierten.

Antizipierbarkeit und Ausnahmezustand scheinen noch immer in einem unveröhnlichen Konflikt miteinander zu stehen, weil die Ausnahme angeblich das prinzipiell und damit insbesondere tatbestandlich-rechtlich nicht Vorhersehbare<sup>9</sup>, das von einem positivistischen Standpunkt aus Unvorstellbare<sup>10</sup>, nicht Antizipierbare<sup>11</sup>, nicht Subsumierbare<sup>12</sup>, eigentlich Unnormierbare<sup>13</sup> und damit rechtlich nicht Autorisierbare<sup>14</sup> meint. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass rechtliche Normen nur in der Normallage Geltung und Wirkung beanspruchen könnten.<sup>15</sup> Das Recht wird unter einen Chaosvorbehalt gestellt; im Chaos laufe die Norm „buchstäblich leer, wird gegenstandslos und damit gleichzeitig alles

---

ein Denkparadigma, das die Entrechtlichung zur Regel erklärt“, indes *A. Fischer-Lescano*, Rezension, KJ 44 (2011), S. 465 (467).

<sup>8</sup> *G. Frankenberg*, Im Ausnahmezustand, KJ 50 (2017), S. 1 (1): „Faktum, Täuschung und Metapher“.

<sup>9</sup> *J. Isensee*, Verfassungsrecht als „politisches Recht“, in: HStR 3XII, § 268 Rn. 115.

<sup>10</sup> *G. Lurie*, What is Modern in the State of Exception?, JEHL 8 (2017), S. 50 (51).

<sup>11</sup> *E.-W. Böckenförde*, Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW 1978, S. 1881 (1885); *I. Zuckerman*, One Law for War and Peace?, Constellations 13 (2006), S. 522 (523).

<sup>12</sup> *C. Schmitt*, Politische Theologie (1922), <sup>10</sup>2015, S. 19; übereinst. *K. Takeshita*, Vorsorgeprinzip und Ausnahmezustand, in: K. Yamanaka/F. Schorkopf/J.-M. Jehle (Hrsg.), Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit, 2014, S. 13 (19).

<sup>13</sup> *E. Schmidt-Jortzig*, Die Verallgemeinerung des Außergewöhnlichen, in: FS-Ress, 2005, S. 1569 (1578, 1581).

<sup>14</sup> *A. Greene*, Permanent States of Emergency and the Rule of Law, 2018, S. XIX: „[S]tate of exception‘ is a potentially loaded term indicative of a response that may or may not be authorised by law“.

<sup>15</sup> Vgl. *C. Schmitt*, Politische Theologie (1922), <sup>10</sup>2015, S. 19.

möglich“.<sup>16</sup> Der Ausnahmezustand steht im deutschen öffentlichen Recht, das zumindest vor 1848 nur ein Sonderrecht begründete, kraft dessen sich die Verwaltung gewisser Bevorzugungen gegenüber den Rechtsunterworfenen erfreute, noch immer in der Tradition eines Staatsnotrechts, das Teile der Staatsrechtslehre noch heute dazu verleitet, ein politisches Prinzip für materielles Recht zu erklären.<sup>17</sup>

Der antizipierte Ausnahmezustand ist jedoch kein Oxymoron, denn der Ausnahmezustand ist kein widernormatives, die geltende Rechtsordnung verschlingendes schwarzes Loch.<sup>18</sup> Bezogen auf das Phänomen des Terrorismus verbindet der Ausnahmezustand somit nicht die „Definition des Undefinierbaren“<sup>19</sup> mit einer „Antizipation des nicht Antizipierbaren“<sup>20</sup>. Wenn der Eintritt des Ausnahmefalls in der Logik des Präventions- und Vorsorgestaates nicht abgewartet werden kann, sondern bereits die Entstehung einer entsprechenden Gefährdung präventiv im Vorfeld verhindert werden muss, so bedeutet dies zwangsläufig die Notwendigkeit einer vorausschauenden gesellschaftlichen und rechtlichen Planung, für die das Argument der Unvorhersehbarkeit von Notfällen und ihrer daraus folgenden prinzipiellen Nicht-Vorherregelbarkeit gegenstandslos ist.<sup>21</sup> Dies scheint auch *Schmitt* anzuerkennen, wenn es bei ihm heißt, wenn ein Einzelner oder ein Haufen Einzelner die Rechtsordnung störe, so sei das eine „Aktion“, für welche die adäquate „Gegenaktion“ im Voraus berechnet und geregelt werden könne.<sup>22</sup> Eben diese im Voraus berechnete und geregelte „Gegenaktion“ wird hier als antizipierter Ausnahmezustand bezeichnet.

Das Problem, mit dem sich der Rechtsstaat im Kontext des Ausnahmezustands konfrontiert sieht, ist nicht das rechtstatsächliche Phänomen selbst, sondern der rechtliche Umgang mit diesem.<sup>23</sup> Wenn sich demokratische Ordnungen gegen ei-

<sup>16</sup> So *O. Depenheuer*, Vorbehalt des Möglichen, in: HStR<sup>3</sup>XII, § 269 Rn. 58. Zu den entsprechenden Chaos-Vorbehalten bei *Heller* und *Schmitt* noch § 5 II. 2. a) bb) und § 5 II. 3. a) aa) (1).

<sup>17</sup> *L. Waldecker*, Die Grundlagen des militärischen Verordnungsrechts in Zivilsachen während des Kriegszustands, AöR 36 (1917), S. 389 (397).

<sup>18</sup> *M. Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2004, S. 21.

<sup>19</sup> Entsprechende Charakterisierung des Terrorismus nach *M. A. Zöller*, Terroristisches Strafrecht, 2009, S. 99.

<sup>20</sup> Diese wird bisweilen ebenfalls als eine „Definition des Undefinierbaren“ gelesen, vgl. nur *K. Loevy*, What is an Emergency? The Legal Politics of Defining the „Un-definable“, ILSA JIntCompL 22 (2015), S. 155 (158, 166, 169): „It is common knowledge that emergencies, are unexpected events, and therefore essentially un-definable [...]. An extreme emergency is an exception which is not simply surprising and unexpected, but un-expectable, un-definable, critical, and one for which treatment is impossible to spell out [...]. Defining emergencies as un-definable already suggests a particular set of questions about response“.

<sup>21</sup> *H. Boldt*, Der Ausnahmezustand in rechtshistorischer Perspektive, Der Staat 6 (1967), S. 409 (425).

<sup>22</sup> *C. Schmitt*, Die Diktatur (1921), § 2015, S. 200.

<sup>23</sup> *R. Nestler*, Terrorismus als Ausnahmezustand?, KritV 101 (2018), S. 24 (26). Dass die Unterschiede zwischen Rechtswirklichkeit und Rechtsordnung gerade im hier interessierenden Kontext allzu oft und allzu schnell zu verschwimmen scheinen, wird berechtigterweise kritisiert, vgl. *A.-M. Engler*, Der Ausnahmezustand als rechtssoziologische Analyse, KrimJ 51 (2019), S. 143 ff.

nen Terrorismus zur Wehr setzen, der Denk- und Lebensweisen der westlichen Gesellschaft gilt (Karikaturen, Andersgläubige, Konzerte, Feiertage, Hedonismus) und öffentliche Räume (Fußgängerzonen, Flughäfen, Cafés, Weihnachtsmärkte, Versammlungen, Volksfeste, Stadien) zu lebensgefährlichem Terrain macht,<sup>24</sup> selbst wenn diese nach Art neuzeitlicher Festungen abgesteckt und mit dem Anschein der Wehrhaftigkeit ausgestattet werden,<sup>25</sup> treffen „inkommensurable Ausnahmestände aufeinander – defensive gegen aggressive, gesetzmäßige gegen gesetzlose Ausnahmeregime“.<sup>26</sup> Sich auch gegenüber einem enthemmten Terrorismus nur rechtlich begrenzt zu verteidigen, verlangt nach einer hohen staatlichen Selbstdisziplin.<sup>27</sup>

Untersuchungsgegenstand dieser Studie ist somit nicht – jedenfalls nicht in erster Linie –, ob eine bestimmte rechtstatsächliche Erscheinung wie der Terrorismus oder bestimmte andere Formen der Kriminalität als Ausnahmestand in faktischer Hinsicht (Ausnahmelage) zu betrachten sind, was nicht selten erst den Weg in die Freund-Feind-Dezision ebnet,<sup>28</sup> sondern die normative Beschaffenheit der staatlichen Krisenreaktion. Die Studie zielt damit weniger auf eine Begründung der Notwendigkeit eines staatlichen Ausnahmerechts *de lege ferenda* als vielmehr auf eine Identifikation des existierenden Ausnahmerechts *de lege lata*. Es geht in anderen Worten also weniger um die „Selbstbehauptung“<sup>29</sup> des

<sup>24</sup> A. Zielcke, Reifepfung des Rechts, SZ v. 3.12.2015, S. 11. Zum öffentlichen Raum als „Raum der Unsicherheit“ und „Verunsicherung“ *Chr. Gusy*, Der öffentliche Raum, in: P. Zoche/S. Kaufmann/R. Haverkamp (Hrsg.), *Zivile Sicherheit*, 2010, S. 279 (284ff.); vgl. auch VG Düsseldorf, Urt. v. 12.4.2018 – 18 K 8102/17 –, BeckRS 2018, 11110, Rn. 19, das von „durchaus beklagenswerten gesellschaftlichen Entwicklungen in jüngerer Zeit“ spricht, aufgrund derer „praktisch jede öffentliche Belustigung unter Polizeischutz statt[findet]“.

<sup>25</sup> Mit Blick auf Innenstädte *H. V. Savitch*, *Cities in a Time of Terror*, 2008, S. 132: „built with fortress-like features“; *A. Makowsky*, Verwundbare Städte – Moderne Festungen, *Der Tagesspiegel* v. 31.7.2016, S. 1: „Wer eine Gesellschaft im Innersten treffen will, greift ihre Städte an. Früher baute man Mauern und Wassergräben, um sie zu schützen. Der neue Feind kommt aber nicht von außen, sondern lauert mittendrin. Um ihn zu bekämpfen, werden wir aus den Städten neue Festungen machen. Digitale Burgen, in denen überwacht, kontrolliert und aufgezeichnet wird, in denen Computer jede Bewegung speichern und Unregelmäßigkeiten sofort nachgehen“; mit Blick auf den Flughafen *S. Schmitt*, Festung Flughafen – sind dann alle zufrieden?, [www1.wdr.de/fernsehen/aktuelle-stunde/sicherheit-flughafen-100.html](http://www1.wdr.de/fernsehen/aktuelle-stunde/sicherheit-flughafen-100.html); mit Blick auf den Weihnachtsmarkt *M. Ferstl*, Berliner Weihnachtsmarkt – Eine Festung auf dem Breitscheidplatz, SZ v. 26.11.2018, S. 10; zum symbolischen Gehalt der quasi militärischen Umgestaltung des urbanen und öffentlichen Raums *J. Chr. Suntrup*, The symbolic politics of the state of exception, ZPol 28 (2018), S. 565 (576ff.); zu den technischen Mitteln des modernen „Festungsbaus“ (Betonpoller, Sand- und Wassersäcke, Stahlseile, etc.) vgl. *S. Goertz*, Terroris-musabwehr, 2018, S. 84ff.

<sup>26</sup> A. Zielcke, Reifepfung des Rechts, SZ v. 3.12.2015, S. 11.

<sup>27</sup> Vgl. *Chr. Gusy*, Vom neuen Sicherheitsbegriff zur neuen Sicherheitsarchitektur, *VerwArch* 101 (2010), S. 309 (332, 333): „[D]er Staat [...] darf daher aus seinem Recht nicht ‚aussteigen‘ [...] und zum ‚Gegenterror‘ greifen“.

<sup>28</sup> Vgl. *O. Depenheuer*, Selbstbehauptung des Rechtsstaates, <sup>2</sup>2007, S. 51; ähnlich *ders.*, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), GG, Art. 87a (2008), Rn. 24; *H. Lübke*, Ein effizienter Unkrieg, *Die Politische Meinung* 54 (2008), S. 25 (29).

<sup>29</sup> *O. Depenheuer*, Selbstbehauptung des Rechtsstaates, <sup>2</sup>2007; mit dem Topos staatlicher

Rechts- und Verfassungsstaats als vielmehr um dessen sicherheitsrechtliche und sicherheitspolitische „Selbstbelagerung“<sup>30</sup>.

Man mag einwenden, dass die Figur des antizipierten Ausnahmezustands schon deshalb nicht als Ausnahmezustand im eigentlichen Sinne angesehen werden kann, weil ihr mit der temporären Außerkraftsetzung der geltenden Kompetenzordnung und Freiheitsversprechen des Grundgesetzes ein wesentliches Element des Notstands im staatsrechtlichen Sinne fehlt.<sup>31</sup> Anders gewendet: Sind Ausnahmemassnahmen auf Dauer gestellt, kann nach verbreiteter Auffassung von einem *Ausnahmezustand* nicht die Rede sein.<sup>32</sup> Eine Vergesetzlichung und Verstetigung des Ausnahmezustands wäre somit auch unter diesem Gesichtspunkt ein Widerspruch in sich. Doch werden hier die empirische und die normative Seite der Ausnahme miteinander vermischt, es wird von den rechtsstaatlichen Schranken auf Begriff und Form des Ausnahmezustands geschlossen, was schon methodisch nicht zu überzeugen vermag.<sup>33</sup>

Der Ausnahmezustand lässt sich nach dem methodischen Vorverständnis<sup>34</sup> dieser Arbeit, das es noch näher zu entfalten gilt, nur als Rechtsbegriff, Rechtsinstitut und Bezeichnung für einen Rechtszustand auffassen. Das Recht normiert seine Ausnahmen selbst und stellt seine Geltung nicht unter den Vorbehalt von Chaos oder eines apokryphen Ausnahmezustands.<sup>35</sup> Es handelt sich bei ihm folglich nicht schon definitionsgemäß um eine „echte“ Ausnahme im Sinne des normativ nicht Vorstell- oder Antizipierbaren, wie die Theoretiker der Ausnahme-

„Selbstbehauptung“ schon *H. von Boeckh*, Staat und Staatsbürger in guten und bösen Zeiten, 1975, S. 82 ff.; mit der „Selbstbehauptung des Verfassungsstaates in Grenzlagen“ ferner *J. Isensee*, Verfassungsrecht als „politisches Recht“, in: HStR <sup>3</sup>XII, § 268 Rn. 115 ff.

<sup>30</sup> *J. Kersten*, Ausnahmezustand?, JuS 2016, S. 193 (203).

<sup>31</sup> Zu Begriff und verschiedenen Formen der Suspendierung *I. Kanalan/M. Wilhelm/T. Schwander*, Die Unverzichtbarkeit der Werte?, Der Staat 56 (2017), S. 193 (196 ff.).

<sup>32</sup> *P. Auriel*, Introduction, in: ders./O. Beaud/C. Wellman (Hrsg.), The Rule of Crisis, 2018, S. 1 (3): „[A] state of exception rests on the state’s ability to fully abolish the rule of law. The decisions made under this regime are, therefore, genuinely *hors-la-loi* [...]. But [...] positive and contemporary emergency situations are not lawless“.

<sup>33</sup> *K. Loevy*, Emergencies in Public Law, 2016, S. 218 f.; *A.-B. Kaiser*, Suspension der Rechtsordnung im Ausnahmezustand?, in: FG-Graulich, 2019, S. 25 ff.; vgl. auch *A. Greene*, Permanent States of Emergency and the Rule of Law, 2018, S. 33: „theory may diverge dramatically from reality“.

<sup>34</sup> Instruktiv *J. Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, <sup>2</sup>1972; *A. Schmitt Glaeser*, Vorverständnis als Methode, 2004; *T. Gizbert-Studnicki*, Der Vorverständnisbegriff in der juristischen Hermeneutik, ARSP 73 (1987), S. 476 ff.

<sup>35</sup> *K. F. Gärditz*, Braucht das Recht eine Theorie des Terrorismus?, in: A. Kulick/M. Goldhammer (Hrsg.), Der Terrorist als Feind?, 2020, S. 23 (24); aus dem französischen Schrifttum ferner *M. Troper*, L’état d’exception n’a rien d’exceptionnel, in: ders., Le droit et la nécessité, 2011, S. 99 (105, 109): „[L]’état d’exception est toujours un état défini par le droit [...]. [L]e droit s’applique toujours, en période normale comme en période exceptionnelle, il existe bien deux séries de règles de droit, applicables pour deux types de situations différentes et l’état d’exception n’a rien d’exceptionnel“; dem folgend *D. Bigo/L. Bonelli*, Ni État de droit, ni État d’exception, Cultures & Conflits 112 (2018), S. 7 (11); aus politikwissenschaftlicher Perspektive *M. Lemke*, Frankreich von der Normalität zur Ausnahme – und zurück?, JBÖS 2018/19, S. 513 (516): „besondere Rechtskonstellation“.

lage insinuiert, um im nächsten Schritt die Mittel zu deren Bewältigung von den Bindungen eines Rechts zu lösen, das vermeintlich nur für die theoretisierte Normallage Geltung beansprucht. Der Ausnahmezustand bezeichnet folglich notwendig und zwingend ein *Recht* des Ausnahmezustands und kein rechtliches bzw. rechtstaatliches Niemandsland zwischen öffentlichem Recht und politischer Faktizität, zwischen rechtlicher Ordnung und gesellschaftlichem Leben.<sup>36</sup> Diese These soll im Zweiten und Dritten Teil der Arbeit zum einen durch eine theoretische Dekonstruktion der Staatsrechtslehre belegt werden, die den Staat bis heute als Voraussetzung seiner Verfassungsordnung betrachtet und daraus die nivellierende Kraft staatlicher Notstände und Notlagen gewinnt (§ 5), zum anderen durch eine historische Rekonstruktion des Ausnahmezustands, dessen Geschichte lange Zeit von einer kontinuierlich voranschreitenden Verrechtlichung im Sinne seiner Konstitutionalisierung gekennzeichnet war (§ 6), die mittlerweile als Geschichte einer Vergesetzlichung und damit einhergehenden Entkonstitutionalisierung des Ausnahmezustands fortgeschrieben wird (§ 7).

Der Vierte Teil der Untersuchung widmet sich der Vorverlagerung und Vorwegnahme des Ausnahmezustands im einfachen Recht und dient der systematischen Erfassung der aus den vorangehenden Kapiteln gewonnenen übergreifenden Strukturmerkmale des antizipierten Ausnahmezustands (§§ 8–11). Welche rechtlichen Merkmale lassen sich aus den historischen Vorbildern, der Funktionsweise und Zielrichtung des Ausnahmezustands deduzieren, um eine einfach-rechtliche Regelung als Ausnahmebefugnis qualifizieren zu können, um dem als Rechtsnormalität maskierten Ausnahmezustand mit anderen Worten den Schleier herunterzureißen? Diese Arbeit beruht weitergehend auf dem Vorverständnis, dass sich Ausnahmebefugnisse sehr wohl von notwendigen, insbesondere dem Prozess der Digitalisierung der Gesellschaft Rechnung tragenden Fortentwicklungen der Normalrechtsordnung abgrenzen lassen: Es erscheint angesichts einer veränderten Lebenswirklichkeit dabei jedoch weder rechtspolitisch zweckmäßig noch rechtsdogmatisch überzeugend, jede präventiv-polizeiliche Befugnisnorm, die – näher oder ferner – im Gefahrenvorfeld ansetzt, als Teil eines antizipierten Ausnahmezustands zu betrachten oder staatliche Sicherheitsgewährleistung auf die „ausgetretenen Pfade der polizeirechtlichen Dogmatik“<sup>37</sup> zu beschränken. Dem Versprechen einer Rückkehr in „gute alte Zeiten“<sup>38</sup> ist

<sup>36</sup> So aber *G. Agamben*, Ausnahmezustand, 2014, S. 8; daran anknüpfend *A. Ellian*, The State of Exception in a Time of Terror, in: ders./G. Molier (Hrsg.), The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror, 2012, S. 23 (62); *R. Voigt*, Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur, in: ders. (Hrsg.), Ausnahmezustand, 2019, S. 89 (90); vgl. ferner *K. Loewenstein*, Staatsrecht und Staatspraxis von Großbritannien II, 1967, S. 115: „eine Art rechtsstaatlichen Niemandslandes“; *P.-A. Albrecht*, Menschenwürde als staatskritische Absolutheitsregel, KritV 89 (2006), S. 295 (300): „Grenzfälle und Ausnahmesituationen sind rechtsstaatliches Niemandsland“.

<sup>37</sup> *Chr. Gusy*, Vom Polizeirecht zum Sicherheitsrecht, StWStP 1994, S. 187 (207).

<sup>38</sup> Für den vorliegenden Kontext – allerdings deutlich ironisierend – *W. Hassemer*, Sicherheit

auch im hier interessierenden Zusammenhang mit der gebotenen Vorsicht zu begegnen.

Dass eine Eingrenzung der in die Normalrechtsordnung diffundieren Ausnahmebefugnisse umgekehrt nicht prinzipiell ausgeschlossen, sondern anhand vergleichender Merkmale möglich ist, hat bereits die Venedig-Kommission vorgemacht und bestimmte Befugnisse als originäre Ausnahmezustandsbefugnisse entlarvt.<sup>39</sup> Im zweiten Schritt werden bestimmte präventiv-polizeiliche Befugnisse im Gefahrenvorfeld durch eine Subsumtion unter diese Strukturmerkmale als auf Dauer gestellte Emanationen eines antizipierten Ausnahmezustands demaskiert. Im Rahmen dieser Phänomenologie des antizipierten Ausnahmezustands wird aufgezeigt, dass der Ausnahmezustand seinen ursprünglich temporär-transitorischen Charakter *de lege lata* eingebüßt hat und es sich bei der weitgehend unsystematisch und blindlings vorangetriebenen Vergesetzlichung des Ausnahmezustands um kein Epi- oder Randphänomen handelt, sondern diese vielmehr von wachsender Bedeutung ist und bereits verschiedene Bereiche des geltenden Sicherheitsrechts durchdrungen hat.

Ist der Ausnahmezustand aus Sicht der Rechtswissenschaft nur als ein Phänomen des Rechts begreifbar, so lässt er sich auch mit den Mitteln des Rechts erfassen und bewältigen. Wenn allerdings schon der Diktaturparagraph des Art. 48 Abs. 2 WRV der Verwischung von Ausnahme- und Normallage nicht wirksam begegnen konnte, weil sich die Trennung von situationsbedingter Maßnahme und auf Dauer angelegter, allgemeingültiger Regelung unter ihm nicht aufrecht erhalten ließ, sondern er sogar zur Durchbrechung der Unterscheidung von Ausnahme- und Normalzustand im Wege gesetzvertretender Notverordnungen diente, kommt man nicht umhin, das formelle, unterverfassungsrechtliche Gesetz als Handlungsform des Ausnahmezustands zu akzeptieren.<sup>40</sup> Dies ist nicht selbstverständlich, wird doch gerade in der Differenzierung von normalitätsbezogenem Gesetz und ausnahmebedingter Maßnahme ein wesentlicher Beitrag zur Erhaltung der Integrität der Normallage gesehen. Gelangt man so weit, ist die Lösung nicht in einer maßnahmenbezogenen Generalklausel zu suchen, sondern sind andere Wege zu finden, um den formal entkonstitutionalisierten Ausnahmezustand an verfassungsrechtliche Direktiven rückzubinden. In der Summe

---

durch Strafrecht, HRRS 2006, S. 130 (130 f.); *ders.*, Sicherheit durch Strafrecht, StV 2006, S. 321 (321 f.).

<sup>39</sup> Bezogen auf Ausgangssperren, die als klassische Ausnahmezustandsbefugnis gekennzeichnet werden, aber auf der Grundlage des normalen Sicherheitsrechts verhängt wurden, vgl. Venice Commission, Turkey – Opinion on the legal framework governing curfews, CDL-AD(2016)010, Tz. 17, 73 sowie näher § 7 V. 2. a); für einen von konkreten Gefahren abgekoppelten Präventivgewahrsam vgl. *H. Ludsin*, Preventive Detention and the Democratic State, 2016, S. 17 f.

<sup>40</sup> In diese Richtung bereits *F.-K. Fromme*, Ausnahmezustand und Notgesetzgebung, DÖV 1960, S. 730 (736). Aus neuerer Zeit *A. Schwerdtfeger*, Krisengesetzgebung, 2018, S. 12 f., die die Instrumente der Krisenbewältigung (Notstandmaßnahme oder Krisengesetzgebung) für variabel und bis zu einem gewissen Grad austauschbar erachtet.

dieser verfassungsrechtlichen Mechanismen, die sich *de constitutione lata* ableiten und *de constitutione ferenda* fortschreiben lassen, erweist sich das Grundgesetz als resilient gegenüber einem vergesetzlichten und scheinbar normalisierten Ausnahmezustand.

Resilienz gilt als Schlüsselkonzept und Signatur des 21. Jahrhunderts.<sup>41</sup> Wenn gleich der Begriff der Resilienz in anderen wissenschaftlichen Disziplinen mittlerweile inflationären Gebrauch genießt und Gefahr läuft, ebenso wie der Ausnahmezustand zum Allerweltsbegriff zu mutieren,<sup>42</sup> ist er der Rechtswissenschaft bis heute weitgehend fremd und als normatives Konzept verschlossen geblieben. Soweit er bislang im juristischen Kontext überhaupt Verwendung gefunden hat, dann eher als gesellschaftliches Leitbild in Bezug auf das Umwelt- und Katastrophenschutzrecht sowie für psychologische Aspekte mit eher losem rechtlichen Zusammenhang. Der Begriff der Resilienz eignet sich, da er sowohl Rigidität als auch Flexibilität, sowohl Widerstands- als auch Anpassungsfähigkeit signalisiert, in besonderem Maße als Wegweiser und Maßgabe für ein Recht des Ausnahmezustands, was im Fünften Teil der Untersuchung näher ausgeführt werden soll (§§ 12–14).

Diese neuen Herausforderungen erübrigen jedoch nicht die „sehr alte Frage“<sup>43</sup> nach Theorie und Geschichte des Ausnahmezustands, der im Folgenden zunächst nachzugehen sein wird. Nur ihre Beantwortung erlaubt es, einen Strukturwandel des Ausnahmezustands auszumachen, zu analysieren und rechtlich zu strukturieren.

---

<sup>41</sup> U. Bröckling, *Gute Hirten führen sanft*, 2017, S. 113; aus rechtswissenschaftlicher Perspektive X. Contiades/A. Fotiadou, *On Resilience of Constitutions*, ICL Journal 9 (2015), S. 3 (3).

<sup>42</sup> Vgl. M. Weiß/S. Hartmann/M. Högl, *Resilienz als Trendkonzept*, in: M. Karidi/M. Schneider/R. Gutwald (Hrsg.), *Resilienz*, 2018, S. 13 ff.; J. Sautermeister, *Resilienz*, in: A. Merkl/B. Koch (Hrsg.), *Die EU als ethisches Projekt im Spiegel ihrer Außen- und Sicherheitspolitik*, 2018, S. 203 ff.; R. Kreissl, *Resilienz*, KrimJ 47 (2015), S. 256 ff.

<sup>43</sup> K. Doebring, *AllgStL*, 2004, Rn. 518; übereinst. J. Kersten, *Ausnahmezustand?*, JuS 2016, S. 193 (203).

Zweiter Teil

Das Gesetz des Ausnahmezustands:  
Theoretische Dekonstruktion