

## ABHANDLUNGEN

### Ausnahmefall, Staatsnotstand und Rechtsstaat

Von Rechtsanwalt Dr. Christian Heinze, München

**Eine bestimmte Fassung der im Rechtsstaat vorausgesetzten gesetzlichen Ermächtigungen für Freiheitseingriffe stößt schon normalerweise auf Grenzen, jenseits deren an die Stelle gebundener Entscheidung „Dezision“ tritt. Erst recht sind weder der Ausnahmefall noch die zu seiner Bewältigung erforderlichen Maßnahmen vorherbestimmbar. Die Möglichkeiten, Freiheit auch im Ausnahmefall zu schützen, beschränken sich auf Organisations- und Verfahrensrechtsregeln für seine Feststellung und auf die Pflege der Einstellung und Qualifikation der Entscheidungsträger und der allgemeinen Bewusstseinslage.**

Die staatliche Bekämpfung *gemeingefährlicher Aktionen* wie diejenigen gewalttätiger Organisationen etwa religiös oder ideologisch orientierter Extremisten, mafioser Verbrecher oder Piraten hat Aktualität<sup>1</sup>. Je größer das Aggressionspotential, je weniger berechenbar die Gefahr nach Art, Zeit und Ort und je wertvoller das gefährdete Gut, umso intensiver, breiter und tiefer und zugleich umso weniger vorherbestimmbar werden die *Eingriffe* in Rechtsgüter auch an Aggressionen nicht beteiligter Einzeler und sogar von Opfern der Aggression sein müssen, um den Kampf zu gewinnen. Sind das Leben oder die Gesundheit einer großen Zahl von Personen oder sind wichtige Güter des Gemeinwohls, insbesondere die Handlungsfähigkeit des Staates gefährdet, so wird die Lage als *Ausnahmestand* angesehen<sup>2</sup>. Zu seiner Bewältigung werden (auch geheime) staatliche Ermittlungen, die Speicherung und Ablegung privater und höchst privater Äußerungen, Aufzeichnungen, Informationen und Identitätsmerkmale einschließlich solcher der Genetik und die Ausspähung elektronischer Kommunikations- und Speichermedien angewendet oder erzwungen. Auch Eingriffe in die persönliche Freiheit und in die Freiheit der Kommunikation oder der Wohnung sowie Verpflichtungen zu Leistungen bis hin zum lebensgefährlichen Kampfeinsatz unter Verlust der Freiheit, nicht töten zu müssen, werden für nötig gehalten. Diskutiert wird sogar die Tötung Unbeteiligter<sup>3</sup>.

#### 1. Rechtsstaatliche Entscheidung und Dezision

Ein den Interessen und der Freiheit des Einzelnen wenig verpflichteter Staat kann Eingriffe frei nach ihrer Zweckmäßigkeit gestalten<sup>4</sup>. Der *Rechtsstaat* ist dagegen auch Einzel-Interessen verpflichtet. Er ist Rechtsstaat insofern, als er sich verfassungsrechtlich – *gewaltenteilend* – Eingriffe in die Freiheit und Rechte Einzelner nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erlaubt (allgemeiner *Vorbehalt des Gesetzes*). Dadurch wird zugleich *Demokratie* verwirklicht. Im Rechtsstaat ist darüber hinaus jede staatliche Machtentfaltung einschließlich der Gesetzgebung durch *Grundrechte* zum Schutz des Lebens und der individuellen Freiheit beschränkt. Sie dürfen zwar im Rahmen hoher Anforderungen an die Erforderlichkeit durch Gesetz eingeschränkt, ihr Wesensgehalt darf aber

nicht angetastet werden (Art. 19 Abs. 2 GG). Soweit aus ihnen eine *Pflicht* des Staates zum *Schutz* von Rechtsgütern abgeleitet wird, deren Erfüllung ihrerseits Eingriffe voraussetzt<sup>5</sup>, dürfen die Eingriffe wegen dieser Ableitung nicht weiter gehen als die Grundrechte selbst zulassen. Zum Rechtsstaat gehört ein Anspruch des Betroffenen auf *gerichtliche Kontrolle* seiner Eingriffe und der Erfüllung seiner Pflichten (Art. 19 Abs. 4 GG). Je größer allerdings die

1 Zeitspezifisch sind Angriffe wie derjenige vom 9. September 2001 auf das World Trade Center in New York oder die Verbrechen der von sich selbst so benannten Roten Armee Fraktion oder das die staatliche Friedensmacht ausschaltende Treiben mafioser Organisationen.

2 Zum Begriff *Forsthoff*, Artikel Ausnahmestand, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 1. Band, 1956, S. 455. Nach Art. 48 Abs. 2 WRV begründete bereits eine erhebliche Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung den Ausnahmestand.

3 Erwogen wird der Abschuss eines gekaperten Flugzeugs samt mitreisenden Geiseln zur Abwendung der Gefahr, dass das Flugzeug auf eine Weise zum Absturz gebracht wird, die zahlreiche Menschen tötet; vgl. das Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben vom 11. 1. 2005 (LuftSiG), BGBl. I S. 78, und *BVerfG*. Urt. v. 15. 2. 2006 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 118 = NJW 2006, 751 = BayVBl. 2007, 239 (Ls.); dazu *Isensee*, Not kennt kein Gebot, FAZ vom 21. 1. 2008, S. 10; *Depenheuer*, Das Bürgeropfer im Rechtsstaat, Festschrift für Isensee, 2007, S. 43; *ders.*, Selbstbehauptung des Rechtsstaates, 2007; *Merkel*, § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?, JZ 2007, 373/380 f.; *Schenke*, Die Verfassungswidrigkeit des § 14 III LuftSiG, NJW 2006, 736; *Lutze*, Die Tötung von Flugzeuginsassen bei der Abwehr kriegerischer und terroristischer Angriffe, BayVBl. 2008, 745, und die dort zitierte Literatur. Ähnliche Konflikte bestehen auch in weniger unwahrscheinlichen Fällen; man denke an die von *Böckenförde*, Der verdrängte Ausnahmestand, NJW 1978, 1881/1882 erwähnten Beispiele (Fall Traube, Stammheimer, Lauschwanen oder Kontaktsperre) oder an jene Geiselnahme von Gladbeck/Bremen, die 1988 unter den Augen der Polizei mit Hilfe der Bedrohung bereits in ihrer Gewalt befindlicher Geiseln einen Linienbus mit Passagieren in ihre Gewalt brachten; dazu *Sundermann*, Polizeiliche Befugnisse bei Geiselnahmen, NJW 1988, 3192. – Die Anordnung von Verpflichtungen soll im Folgenden als vom Ausdruck Eingriff mit umfasst gelten.

4 Beispiele bei *Isensee*, Verfassung ohne Ernstfall: der Rechtsstaat, in: Peisl/Mohler, Hrsg., Der Ernstfall, 1979, S. 98/102 f.: Sparta, Militärdiktatur, Parteioligarchie.

5 *Depenheuer*, Bürgeropfer, a.a.O., S. 55; *Isensee*, Not kennt kein Gebot, a.a.O.

Rücksichtnahme auf Privatinteressen sein muss, umso mehr droht die Wirksamkeit staatlicher Entfaltung reduziert zu werden.

Die Wirksamkeit der im Zentrum des rechtsstaatlichen Rechts- und Freiheitsschutzes stehenden Normen ist begrenzt. Sie ist der rechts- und sachlogischen *Bestimmtheit* proportional, mit der Normen nicht zulässige oder zulässige Eingriffe oder Verpflichtungen inhaltlich, nämlich nach Voraussetzungen, Art und Umfang beschreiben<sup>6</sup>. Die Beschreibung ist nur *generell-abstrakt* möglich. Der Einzelfall ist oft anders als er im Vorhinein auch nur erdacht werden kann<sup>7</sup>. Das zwingt den Gesetzgeber, für Eingriffsregelungen auch mehr oder weniger unbestimmte Merkmale zu verwenden. Die Notwendigkeit wächst mit der bereits im Allgemeinen durch technische und soziologische Entwicklungen vermehrten Kompliziertheit der zu bewältigenden Konflikte. Sie wächst weiter mit den für Ausnahmefälle charakteristischen Gefahren. Sie endet auch nicht an den Grenzen, die die Grundrechte und die Verfassungsrechtsprechung staatlichen Eingriffen setzen.

Zwischen der Norm und ihrer Anwendung auf den Einzelfall verbleibt eine mehr oder weniger große *logische Distanz*, innerhalb deren der Gesetzesanwender darüber entscheiden muss, von welchem Sachverhalt auszugehen ist und welche Eingriffe die Norm auf seiner Grundlage fordert oder zulässt. Die Größe der Distanz hängt von der Bestimmtheit der Norm, aber auch von Regeln und Bindungen ab, denen ihre Anwendung unterliegt. Über die Rechtmäßigkeit der Entscheidung wird in normalen Gefahrenlagen eher, in Ausnahmefällen seltener Einhelligkeit<sup>8</sup> zu erzielen sein. Von daher hat *Carl Schmitt* seine Lehre vom Ausnahmefall konzipiert<sup>9</sup>, wobei er dem Ausdruck allerdings eine Lage zuordnet, in der die Existenz oder Handlungsfähigkeit des Staates gefährdet ist. Die Lehre beruht auf der Notwendigkeit normativ nicht fassbarer Entscheidungen, die *Schmitt* als „Dezision“ bezeichnet<sup>10</sup>.

*Dezision* im Sinne rechtlich nicht gebundener Entscheidung über die Ausübung der Staatsgewalt<sup>11</sup> ist auch in einem rechtsstaatlich verfassten Gemeinwesen keineswegs auf Ausnahmefälle beschränkt. Sie ist vielmehr eine auf allen Ebenen und in allen Bereichen staatlicher Wirksamkeit anzutreffende, *alltägliche Erscheinung*. Als Beispiel genügt die polizeiliche Generalklausel. Sie ist zwar durch Merkmale gestufter Immanenz der Gefahr und der Verhältnismäßigkeit der Eingriffe über den Gesetzeswortlaut hinaus in einer Weise bestimmbar, die einhellige Akzeptanz erwarten kann. Diese Bestimmbarkeit hat aber Grenzen. Ermächtigungen zu polizeilichen Eingriffen finden sowohl restriktive als auch extensive Anwendung<sup>12</sup>. Ebenso verhält es sich mit Eingriffsermächtigungen, die in vielen Vorschriften des Verwaltungsrechts enthalten sind. Entscheidungen gehen überall dort in *Dezision* über, wo der Staat außerhalb bestimmter Bindungen nach Ermessen entscheidet. Auch bei voller Wirksamkeit aller rechtsstaatlichen Vorkehrungen bleibt zwischen der Norm und auf sie gestützten Eingriffen ein Raum für *Entscheidungen*, die *nicht mehr glaubwürdig als rechtsstaatlich gebunden* ausgegeben werden können, aber dennoch hingenommen werden müssen. Die Forderung, alles staatliche Handeln müsse rechtlicher Beurteilung zugänglich sein, ist illusionär. Gleichgültig welche Staatsgewalt auf Grund einer *Dezision* handelt, steht sie dem Gesetzgeber insoweit gleich, als für seine Entscheidung keine inhaltsbezogenen Rechtsbindungen gelten. Der Wirkungsbereich nicht nur der Gewaltenteilung, sondern vor allem des allgemeinen und des den Grundrechten zugeordneten besonderen Gesetzesvorbehalts ist mit der *Dezision* in Wirklichkeit verlassen.

Angesichts der Unverzichtbarkeit der *Dezision* und des verfassungsrechtlichen Vorrangs der rechtsstaatlichen Vorkehrungen zum Schutz von Freiheit und Rechten der Einzelnen ist die *Unterscheidung* zwischen rechtsstaatlicher Entscheidung und *Dezision* ebenso nützlich für die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Staates wie für die Realisierung dieses Schutzes<sup>13</sup>. Denn einerseits steht die Unterscheidung nicht nur einer möglichst weitgehenden Wirksamkeit der rechtsstaatlichen Vorkehrungen nicht entgegen, son-

dern schützt vor ihrem Missverständnis und ihrer Verfälschung und öffnet erst den Blick auf die Notwendigkeit und Möglichkeiten, Freiheit auch außerhalb des Wirkungsbereichs dieser Vorkehrungen und insbesondere in Ausnahmefällen möglichst weitgehend zu bewahren. Und andererseits ermöglicht sie die Verfolgung der Gemeinwohlinteressen, auch soweit dafür nicht normierbare Maßnahmen erforderlich sind.

## II. Ausschöpfung des rechtsstaatlichen Freiheitsschutzes

Die Grenzen zwischen Normanwendung und *Dezision* sind fließend und lassen sich ebensowenig abstrakt bezeichnen wie das Maß an *Dezision*, das eine rechtsstaatliche Verfassung verträgt, ohne ins Wanken zu geraten. Aber die Gefahr für Freiheit und Rechte der Einzelnen, die von seiner Überschreitung ausgeht, ist nicht geringer als die Gefahr, die dem Rechtsstaat vom Ausnahmefall her droht. Ausschöpfung der rechtsstaatlichen Vorkehrungen in der täglichen Entfaltung des Staates ist Voraussetzung dafür, dass sie auch in Ausnahmefällen wirken.

Die wohl wichtigste dieser Vorkehrungen bildet der *Vorbehalt des Gesetzes* für Eingriffsermächtigungen. Aus seinen Anforderungen an die Bestimmtheit solcher Ermächtigungen ergibt sich, wieviel Raum für *Dezision* als Grundlage staatlicher Eingriffe bleibt. Dabei geht der rechtsstaatliche Gesetzesvorbehalt nicht von einer positivistischen Auffassung aus, wonach bereits jenseits des Buchstabens des Gesetzes *Dezision* herrscht. Die logische Distanz zwischen der auslegungsbedürftigen und -fähigen Norm und der rechtsstaatlichen Entscheidung wird vielmehr durch *Regeln für die Auslegung und Anwendung* der Gesetze verkürzt, die sich aus dem Gesetzesvorbehalt herleiten und die Sachverhaltsermittlung und die Gesetzesauslegung binden. Das sind Regeln der Logik, der Grammatik, der Anknüpfung an den im Wortlaut zum Ausdruck kommenden Zweck und die Systematik der Gesetze sowie an ihren

6 Wenn nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG gesetzliche Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen nach Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmt sein müssen, so dient das nicht nur der Gewaltenteilung, sondern ist entgegen der herrschenden Auslegung als allgemeiner Grundsatz für staatliche Eingriffsermächtigungen und Eingriffe zu verstehen.

7 Zugespielt, aber treffend ist gesagt worden, nur das Normale sei normierbar; *Isensee*, Verfassung ohne Ernstfall, a.a.O., S. 98 unter Berufung auf Carl Schmitt, Hermann Heller und Forsthoff. Genauer beschreibt *Böckenförde*, a.a.O., die Bezogenheit der Norm auf die Normallage. – Auch soweit sich die Norm, nämlich indem sie gestalten will, über die Normalität erhebt, kann sie nur in Grenzen wirken.

8 Wird Einhelligkeit als die einer kritischen Überprüfung standhaltende wohlbegründete Übereinstimmung von Fachleuten über die richtige Rechtsanwendung verstanden, so trägt sie maßgeblich zur Rechtsbildung bei.

9 Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, Kapitel I, Definition der Souveränität, 1922, Zweite Ausgabe 1934.

10 Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934.

11 Der vorliegende Beitrag sieht in dem zur Unterscheidung von gebundenen Entscheidungen so definierten Begriff einen Beitrag zur Erläuterung des Wesens und der Grenzen des Rechtsstaates von besonders hohem Erkenntniswert.

12 Die von *Bausback*, Rasterfahndung als Mittel der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung, BayVBl. 2002, 713/717 ff. zusammengestellte Rechtsprechung zur unterschiedlichen Anwendung der gesetzlichen Ermächtigungen zu den mit Rasterfahndung verbundenen Grundrechtseingriffen bestätigt die Unbestimmtheit dieser Ermächtigungen. Das BVerfG hat im Ur. vom 4. 4. 2006 1 BvR 518/02 (Rasterfahndung), BVerfGE 115, 320 ff. eine derart unbestimmte Ermächtigung nicht für verfassungswidrig erklärt, sondern verfassungskonform ausgelegt. Kann der Gesetzgeber mit einer solchen Behandlung rechnen, wird der durch die Bestimmtheitsanforderung vermittelte Freiheitsschutz geschwächt.

13 Wenn vor der Lehre *Schmitts*, wie etwa bei *DiFabio*, Sicherheit in Freiheit, NJW 2008, 421, dennoch mit Recht gewarnt wird, so deshalb, weil es von der Anwendung der Erkenntnisse *Schmitts* abhängt, ob sie Nutzen oder Schaden bringen.

rechtshistorischen Zusammenhang<sup>14</sup>. Das sind ferner Regeln der Wissenschaft und Technik, deren Inhaltsbestimmung bereichsweise auch außerstaatlichen Experten überlassen werden muss, soweit sie für den Rechtsanwender überprüfbar bleibt. Die Distanz wird auch verkürzt durch Regeln der Entscheidungsfindung wie die Gebote der Verhältnismäßigkeit und Abwägung. Bis zu einem gewissen Grade lässt die sachlogische und rechtskundige Herleitung im Rahmen der geltenden Auslegungs- und Anwendungsregeln einer auf solche Weise determinierten Entscheidung einhellige Zustimmung erwarten. Von Regeln in diesem Sinne kann allerdings nicht mehr die Rede sein, soweit jenseits von Analogien oder Induktionen kein rechtsnormativer Maßstab gilt, an Hand dessen gleichartige Rechtsgüter (Leben gegen Leben<sup>15</sup>, Freiheit gegen Freiheit) gewogen oder ungleichartige (Leben, Gemeinwohl, Solidarität, Freiheit) verglichen (abgewogen) oder sonst in ein rechtslogisches Verhältnis zueinander gesetzt werden könnten. Die rechtsstaatlichen Vorkehrungen werden wirkungslos, wenn statt Auslegung Ermessensbetätigung und Entscheidungen nach Maßgabe von Verhältnissen zur Regel werden<sup>16</sup>.

Bereits die Wahrnehmung des Unterschiedes zwischen Dezision und Normanwendung wird durch die Faszination behindert, die von einem Verständnis der Rechtsstaatsidee als Garantie von Gerechtigkeit oder zumindest lücken- und grenzenloser *Erfassung allen Staatshandelns*, wenn nicht aller Lebensverhältnisse durch *Recht* ausgeht. Erwartungshaltung dem Rechtsstaat gegenüber sucht auch und gerade für den Bereich unentbehrlicher Dezision nach normativen Maßgaben und weist ihre Einhaltung richterlicher Kontrolle zu. Ein Produkt dieser Erwartung ist der sogenannte „*unbestimmte Rechtsbegriff*“, soweit die Unbestimmtheit nicht durch Auslegung überwunden werden kann<sup>17</sup>. Schon die Bezeichnung impliziert einen Widerspruch, denn Recht ist auf Bestimmtheit angewiesen. Die Konstruktion führt im Dezisionsbereich zu einer Verlagerung der Letztentscheidung von der Exekutive auf die Gerichte, begrenzt aber nicht die Ausübung der Staatsgewalt. Die Verlagerung auf die Gerichte mag die Qualität der Entscheidung, kann aber nicht ihre Rechtsnatur als Dezision ändern. Es handelt sich nicht wirklich um Rechtsanwendung, soweit die konkrete Entscheidung nicht an Hand des Gesetzes vorausgesehen werden kann<sup>18</sup>. Die Verleihung der Qualität als Rechtsanwendung an die Dezision, die sich aus keiner Norm ableiten lässt, verschleiert Verantwortung, indem sie Gesetzgeber, Exekutive und Rechtsprechung in die Lage setzt, auf die Aufgabe der jeweils anderen Gewalt zu verweisen. Unbestimmte Regeln können nicht einmal den Inhalt von Entscheidungen moderieren. Sie beeinträchtigen die Glaubwürdigkeit des Gesetzesvorbehalts als Bedingung des Rechtsstaates und untergraben das Vertrauen in die Unverbrüchlichkeit der rechtsstaatlichen Norm. Soweit Unbestimmtheiten gesetzlicher Eingriffsregelungen nicht unvermeidlich sind, laufen sie darauf hinaus, dass der *Gesetzgeber seine Regulierungsaufgabe nicht voll wahrnimmt*, sondern Entscheidungen der Exekutive oder den Gerichten überlässt, obwohl ein Gesetz sie inhaltlich bestimmen könnte. Das kann seinen Anlass darin haben, dass für eine konkrete Normierung keine parlamentarische Mehrheit gefunden wird, was wiederum auf eine ungenügende Analyse des Regelungsbedarfs und der verfügbaren Regulierungsmöglichkeiten, aber auch auf eine Scheu zurückgehen kann, ungeliebte Wahrheiten aufzudecken oder für eine bestimmte Regelung Verantwortung zu tragen. Vage, aber populäre Wortfassung der Gesetze kann den Anschein erwecken, gleichzeitig gegensätzlichen Interessen zu dienen, und sie kann beliebige „Auslegung“ ermöglichen. Sie kann nicht nur Eingriffe erleichtern, sondern auch die Bewältigung der Staatsaufgaben behindern, wenn ihre Auslegung zweckmäßiges Handeln des Entscheidungsträgers ohne klare rechtliche Grundlage zu verbieten scheint<sup>19</sup>, oder wenn ihre Anwendung Zeit benötigt, die nicht zur Verfügung steht. Indem sie die gewissenhafte Entscheidung erschwert und den großzügigen Umgang mit dem Gesetzesvorbehalt fördert, ist sie geeignet, den

Rechtsstaat zu korrumpieren. Der Gesetzgeber nimmt hier selbst die Reichweite des Rechtsstaates zurück. Eingriffe ohne Verfehlung ihres Zwecks zu minimieren, ist zwar schwieriger als sie nur diesem Zweck entsprechend zu bemessen. Aber Arbeitserleichterung für Entscheidungsträger darf nicht durch Freiheitsbeschränkungen oder Lösung vom Gesetz erkaufte werden. Rechtsstaatlichkeit verlangt ständigen hohen Aufwand zur Sachverhaltsermittlung und Gestaltung freiheitlicher Lösungen.

Eine Erosion droht auch den notwendig weit weniger als einfache Gesetze inhaltlich bestimmbareren *Grundrechten*. Ihre Wirkung wird eingeschränkt durch großzügige Zulassung von grundrechtsbeschränkenden Gesetzen und Zurückhaltung bei der Festlegung auf einen möglichst bestimmten Wesensgehalt. Um den Rechtsstaat zu verwirklichen, müssen unbestimmte Beschränkungen durch Gesetz auf die Wahrung überragend wichtiger Gemeinwohlinteressen begrenzt bleiben, die auf andere Weise und insbesondere mit Hilfe bestimmter Ermächtigungsregelungen nicht gewahrt werden können. Zwar kann nicht vermieden werden, die Exekutive zu Grundrechtseingriffen nach *Ermessen* zu ermächtigen. Auch auf Gesichtspunkte der Verhältnismäßigkeit als Maßgaben für die Auslegung der Grundrechte wird nicht verzichtet werden können. Alles kommt aber darauf an, dass eine „*Verhältnismäßigkeit*“ der Grundrechte klare Grenzen einhält.

Soweit Unbestimmtheiten notwendiger Eingriffsermächtigungen unvermeidlich sind, können Regelungen der *Organisation* des staatlichen Handelns und des *Verfahrens* der Entscheidungsfindung auf angemessene Berücksichtigung der Einzelinteressen hinwirken. Sie können Klärung und zutreffende Beurteilung des Sachverhalts und der Maßnahmen bewirken. Wo Eingriffe unvermeidbar sind, müssen Sonderopfer durch Entschädigung *kompensiert* werden<sup>20</sup>.

14 Das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip prinzipieller Freiheit gebietet eine weite Auslegung von Eingriffsschranken und eine enge Auslegung von Eingriffsermächtigungen. Werte oder Wertgefüge kommen als rechtsstaatliche Auslegungskriterien wegen ihrer Unbestimmtheit nicht in Betracht; im Sinne der hier vertretenen Auffassung ist ihre Anwendung eine Modalität von Dezision.

15 Die Rechtmäßigkeit der Tötung in Notwehr beruht nicht auf Verhältnismäßigkeit oder auf einer Abwägung von Leben gegen andere Güter, sondern auf dem Gebrauch, den der Angreifer von seinem Leben (unter Inkaufnahme der Abwehrgefahr) macht, hier: indem er Leben angreift (vgl. *Merkel*, a.a.O., S. 375 f.). Wenn *Merkel* dagegen, a.a.O., S. 383 f. die zur Lebensrettung erforderliche polizeiliche Tötung desjenigen für rechtmäßig hält, der ohne sein Zutun zur zuständigen Lebensgefahr wird, so ist das mit dem Wesensgehalt des Lebensgrundrechts unvereinbar, weil Missbrauch des eigenen Lebens durch den Angreifer bewusstes Handeln voraussetzt. Der Auffassung Merkels kommt die Berufung von *Hartleb*, Der neue § 14 III LuftSiG und das Grundrecht auf Leben, NJW 2005, 1397/1401, auf rein objektive Gefährdungskonstellationen nahe.

16 Kennzeichnend ist die Untersuchung von *Pawlik*, § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?, JZ 2004, 1045, soweit dort eine bestimmte Abgrenzung der Verfassungsmäßigkeit des Staatshandelns nicht entwickelt, sondern dargetan wird, dass § 14 Abs. 3 zu weit gefasst und deshalb nicht einem Wertgefüge eingepasst ist.

17 Grundlegend zum unbestimmten Rechtsbegriff *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1973, S. 85 ff. Weil es zwischen Ermessen und Rechtsanwendung kein Drittes geben kann, hat der Begriff heute die Bedeutung einer teils bindenden, teils Ermessen eröffnenden Regelung mit der Besonderheit, dass das Ermessen zum Teil letztentscheidend vom Gericht ausgeübt wird.

18 Die Konstruktion erklärt sich in ihren Anfängen aus dem Bedarf, die Geltung vorkonstitutioneller Eingriffsermächtigungen auch nach Inkrafttreten des Grundgesetzes zu erhalten, deren Wortlaut den rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderungen nicht entspricht.

19 Die Rechtsprechung des *BVerwG* vom 21. 6. 2005 *BVerwG* 2 WD 12.04, *BVerwGE* 127, 302 zur Befehlsverweigerung oder die in der Presse berichtete Suche nach Piloten, die trotz bestehender Zweifel an der Rechtslage zum Abschuss von Flugzeugen mit Geiseln bereit sind, verdeutlicht das.

20 Schon 1794 dekretierte das Preußische Allgemeine Landrecht in Einl. II § 75, es sei der Staat demjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des Gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen gehalten.

Voraussetzung der Wirksamkeit der rechtsstaatlichen Vorkehrungen ist *effektiver Rechtsschutz*. Insbesondere die Wirksamkeit des Gesetzesvorbehalts hängt davon ab, dass Eingriffe, deren Rechtmäßigkeit nicht an einem genügend bestimmten Gesetz oder Grundrecht abgelesen werden kann, verhindert, zumindest aber aufgehoben oder kompensiert werden und der Gesetzgeber zur Überprüfung des Eingriffsbedarfs und Nachbesserung der erforderlichen Regulatorien veranlasst wird. Nicht eine Inflation der Gesetzgebung, sondern eine Erhöhung ihrer Qualität unter Beschränkung auf das notwendige Regulierungsminimum ist gefordert. Wird der Forderung entsprochen, ist eher mit einer Deflation des Normenbestandes zu rechnen. Die Wirksamkeit des Gesetzesvorbehalts wird nicht ausgeschöpft, wenn die Normenkontrolle eines verfassungswidrigen Gesetzes nicht zu seiner Aufhebung, sondern zu seiner verfassungskonformen Auslegung oder nur zu der Feststellung führt, dass es binnen einer Frist durch eine verfassungsmäßige Regelung ersetzt werden muss. Gesetzsmäßigkeit kann auch im Wege richterlicher Kontrolle nicht hergestellt werden, wenn lediglich die richterliche Dezision an die Stelle derjenigen des kontrollierten Organs tritt. Nur in engen Grenzen dürfen *Gerichtsentscheidungen* die Gesetze ergänzen und unterliegen dann ähnlichen Bestimmtheitsanforderungen wie diese. Sie können unter dieser Voraussetzung als „case-law“ durch generelle, permanente Observanz normative Bedeutung erlangen. Gewaltenteilung jedenfalls im Sinne der deutschen Verfassung verbietet aber, dass „case-law“ auf eine Erosion des Gesetzesvorbehalts hinausläuft. Für eine möglichst weitgehende Entfaltung des Rechtsstaates kommt es darauf an, Dezision und case law auf anders nicht zu bewältigende Ausnahmefälle zu beschränken. Sekundärer Rechtsschutz durch Gewährleistung von Kompensation genügt dem verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt nicht, wo Kassation sinnvoll ist. Andernfalls muss *Entschädigung wegen rechtswidriger Eingriffe*, auch durch ein nicht rechtskräftig gewordenes Urteil, beansprucht werden können. Eine Doktrin, wonach jedermann das Risiko eines durch unverschuldetes staatliches Unrecht verursachten Sonderopfers im Gemeinwohlinteresse zu tragen hat, wird dem rechtsstaatlichen Prinzip grundsätzlicher Freiheit von staatlichen Eingriffen und dem Gleichbehandlungsgebot nicht gerecht.

Das Bedürfnis nach Erleichterung der Verantwortungslast für Entscheidungen kann den *Gesetzgeber*, die *Exekutive* und sogar den *Richter* dazu verleiten, sie mit Hilfe scheinbar normativer Rechtfertigung durch Formeln zu suchen, die dank ihrem geringen Bestimmtheitsgrad mehrere, sogar gegensätzliche Interessen abzudecken scheinen. Selbst das *Publikum* wird womöglich Eingriffe (insbesondere zu Lasten Anderer) eher akzeptieren, wenn das Gewissen durch den Anschein ihrer Legalität beruhigt wird. Gewöhnung an unbestimmte Gesetze leistet einer Praxis großzügiger Auslegung Vorschub. Der Kreis schließt sich, wenn Akzeptanz unbestimmter Gesetze den Gesetzgeber ermutigt, es bei geringen Selbstanforderungen an deren Bestimmtheit bewenden zu lassen, um jeweils den weitesten Spielraum auszunutzen, den ihm die Verfassungsrechtsprechung zu eröffnen bereit ist, oder um zu erreichen, dass zu weit gehende Eingriffe oder Ermächtigungen vorübergehend (was je nach Sachlage auf Endgültigkeit hinauslaufen kann) zur Wirkung gelangen. Gewaltenteilung, Gesetzesvorbehalt und Grundrechte drohen auf diese Weise bis hin zur Unwirksamkeit der rechtsstaatlichen Verfassung ausgehöhlt zu werden.

### III. Freiheitsschutz außerhalb rechtsstaatlicher Vorkehrungen

Die Illusion, die in der These ihren Ausdruck findet, rechtsfreie Räume könne oder dürfe es „im Rechtsstaat“ nicht geben<sup>21</sup>, verunklart die Anforderungen an wirkliche und wirksame Rechtsstaatlichkeit und verstellt den Blick auf die Notwendigkeit und Mög-

lichkeiten von Vorkehrungen zur Gewährleistung optimaler Entscheidungen außerhalb der Wirkungsmöglichkeiten gesetzten Rechts. Die rechtsstaatliche Verfassung ist nicht gleichbedeutend mit dem Staat selbst, sondern setzt ihn voraus. Sie strukturiert, bindet und begrenzt die Staatsgewalt in einer Weise, die geeignet ist, Rechte und Freiheit der Einzelnen zu schützen<sup>22</sup>. Aber die Forderung und Möglichkeit dieses Schutzes besteht auch jenseits der – sei es sachnotwendig, sei es durch fehlerhafte Anwendung – begrenzten Reichweite der rechtsstaatlichen Vorkehrungen.

Der Schutz hängt dort wie im Dezisionsbereich des Gesetzgebers erstlinig von der Qualifikation der *Entscheidungsträger*, nämlich der Persönlichkeiten ab, die tatsächlich über die zur Bewältigung der jeweiligen Aufgaben geeigneten Machtmittel verfügen und Entscheidungen treffen. Sie hängt ferner von deren persönlichen Überzeugungen und Bindungen und insbesondere davon ab, inwieweit sie sich vom Ideal rechtsstaatlichen Freiheitsschutzes auch außerhalb wirksamer Rechtsanforderungen leiten lassen<sup>23</sup>. Auf die Verwirklichung des Ideals kann der Rechtsstaat im Wege der Auswahl und Beeinflussung der Entscheidungsträger, durch die Organisation der Staatsgewalt und durch Verfahrensregeln für ihre Ausübung Einfluss nehmen.

Die Qualität der Dezision staatlicher Entscheidungsträger hängt auch von der Wirkung ab, den die *allgemeine Bewusstseinslage* ohne verfahrensförmliche Vermittlung der demokratischen Willensbildung auf ihr Handeln hat. Auf die Bewusstseinslage wirkt die Autorität der Entscheidungsträger zurück. So wie keine Rechtsordnung allein durch staatliches Handeln gilt, sondern auf das rechtsbewusste Handeln der Rechtsgenossen angewiesen ist, hängt der Schutz der Freiheit und Einzelinteressen in dem von rechtsstaatlichen Vorkehrungen nicht erfassten Dezisionsbereich auch davon ab, dass sich ausreichende Bevölkerungskreise für sie einsetzen. Die Maximen auch ihres Handelns entstammen den Eigenschaften und Überzeugungen der Einzelnen und der Gesellschaft, zwischen ihnen und dem staatlichen Recht besteht eine Wechselwirkung.

Kaum überschätzt werden kann daher die Bedeutung der *Pflege der Eigenschaften und Überzeugungen* der Entscheidungsträger und der Bevölkerung durch die Gesellschaft und durch den Staat selbst im Sinne einer Priorität der Freiheit. Gesetzgebung und Selbstdarstellung des Staates<sup>24</sup>, die Gestaltung der Lehrinhalte der Hoch- und anderen Schulen<sup>25</sup>, aber auch die Begründung von Gerichts- und Exekutiventscheidungen bieten Gelegenheit.

### IV. Ausnahmefall und Staatsnotstand

Auch und gerade für Ausnahmefälle fordert die rechtsstaatliche Verfassung als Eingriffsvoraussetzung möglichst bestimmte gesetzliche Ermächtigungen und volle Entfaltung der Grundrechte und Achtung ihres Wesensgehalts<sup>26</sup> durch möglichst weitgehende *Beschränkung des Raums für Dezision*. Je gravierender die vorzusehenden Eingriffe, umso größere Anstrengungen muss der Ge-

21 Durch die Wahrnehmung solcher Räume wird die Dezision nicht, wie *Schenke*, a.a.O., S. 739 sagt, in die Illegalität abgedrängt, sondern vor dem irreführenden Anschein der Legalität bewahrt.

22 *Böckenförde*, a.a.O., S. 1883 r. Spalte.

23 Speziell mit Bezug auf den Verwaltungsrichter vgl. die Hinweise des voll einschlägigen Aufsatzes von *Millgramm*, Verwaltungsgerichtsbarkeit – neutraler Rechtsschutz für den Bürger oder Reparaturbetrieb der Verwaltung?, DVBl. 2008, 821/824 ff.

24 Den Bedarf hat *Forsthoff*, in: Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 54 ff. angesprochen.

25 Ansätze bei *Häberle*, Verfassungsprinzipien als Erziehungsziele, in: Festschrift für Hans Huber, 1981, S. 211 ff.

26 Ebenso *Höfling/Angsberg* Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand, JZ 2005, 1080/1088 mit dem Hinweis, dass eine andere Auffassung die Übertragung einmal akzeptierter Normverstöße auch auf andere, quantitativ und kategorial sich unterscheidende Bereiche riskiert.

setzgeber (und ggf. der Richter) unternehmen, um ihre Voraussetzungen und ihren Umfang möglichst bestimmt festzulegen. Nachteile für das Gemeinwohl müssen in Kauf genommen werden, um Ausnahmen nicht zur Regel werden zu lassen. Erhebliche „kolaterale“ Rechts- und Freiheitsbeschränkungen sind nicht hinzunehmen. – Mit Bezug auf das Grundrecht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) hat das BVerfG festgestellt, dass es die Tötung Unbeteiligter auch dann verbietet, wenn sie zum Schutz des Lebens vieler oder großer Sachwerte gegen Angriffe erforderlich wäre<sup>27</sup>. Zur Begründung hat es die Garantie der Menschenwürde zu Hilfe genommen<sup>28</sup>. Das Verbot folgt aber bereits aus dem Wesensgehalt des Lebensgrundrechts. Dieser ist mit Bezug auf die Grundrechte Anderer zu interpretieren. Das Lebensgrundrecht schützt daher nicht gegen notwendige und adäquate Verteidigung gegen unmittelbare, gegenwärtige Angriffe des Grundrechtsträgers auf solche Rechte. Während die zur Abwehr eines Angriffs notwendige Tötung des Angreifers daher mit dem Wesensgehalt des Lebensgrundrechts vereinbar sein kann, lässt sich das für staatliche Eingriffe in das Leben in anderen Fällen nicht ableiten, ohne den Grundrechtswortlaut zu entwerten<sup>29</sup>. Auch eine staatliche Schutzpflicht kann keine weitergehenden Eingriffe gestatten als das Grundrecht, aus dem sie abgeleitet ist<sup>30</sup>. Im Hinblick auf die besondere Klarheit der Eingriffsschranke des Lebensgrundrechts ist es zu begrüßen, wenn zwischen den Zeilen der Begründung des BVerfG die Alarmglocken schrillen. – In seiner Entscheidung zur Rasterfahndung<sup>31</sup> hat das BVerfG eindrucksvoll mögliche Beschränkungen der *informationellen Selbstbestimmung* geschildert, bei deren Einführung von dem Grundrecht fast nichts übrig bliebe, und viele Hinweise auf Faktoren der Verhältnismäßigkeit solcher Eingriffe gegeben. Konkret hat es eine Rasterfahndung der in § 31 NWPolizeiG i. d. F. vom 24. 2. 1990 (GV.NW S. 70) vorgesehenen Art für verfassungsmäßig erklärt unter der Voraussetzung, dass sie zur Abwehr einer konkreten Gefahr (für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person) erforderlich ist<sup>32</sup>. – Die Chancen des Freiheitsschutzes in Ausnahmefällen hängen von der *generellen Bewährung* des Gesetzesvorbehalts und der Grundrechte ab. Werden die rechtsstaatlichen Forderungen täglich vernachlässigt, so vermindern sich diese Chancen für Ausnahmefälle überproportional.

Es fragt sich, in welchen besonders extremen Ausnahmefällen Entscheidungen hingenommen werden müssen, deren Dimension das mit der rechtsstaatlichen Verfassung vereinbare Maß überschreitet. Eine Antwort ergibt sich aus der *Angewiesenheit* jedes sicheren generellen und permanenten Freiheits- und Friedensschutzes *auf den Staat*. Ist seine Fähigkeit zur generellen und dauerhaften Erfüllung seiner Aufgabe durch Angriffe mächtiger Feinde ernstlich gefährdet, so begründet das einen *Staatsnotstand*. In ihm müssen die zur Bewahrung dieser Fähigkeit erforderlichen Maßnahmen ergriffen werden, auch wenn sie rechtsstaatliche Schranken durchbrechen<sup>33</sup>. Es wäre widersinnig, die für den Freiheitsschutz erforderliche Einrichtung der Freiheit zu opfern. Allerdings steht die Feststellung, dass ein Staatsnotstand vorliegt, wie die Konzeption der erforderlichen Maßnahmen *jenseits der Skala der Normierbarkeit*. Mögen den Notstand Krieg<sup>34</sup> oder Revolution<sup>35</sup> evident kennzeichnen, so entziehen sich bereits kriegsähnliche oder revolutionsähnliche Lagen einer abstrakt-generellen Regelung. Kann aber der Staatsnotstand mit Hilfe geschriebenen Rechts weder definiert noch bewältigt werden, so ist ungeschriebenes, insbesondere „über(verfassungs)gesetzliches“ („vorstaatliches“), etwa ethischen oder sonstigen „Wertungen“ zu entnehmendes „Recht“ dazu noch weniger geeignet<sup>36</sup>. Formeln der Verhältnismäßigkeit oder Grundsätze, wie sie Zentralbereiche des Völkerrechts prägen, können allenfalls den Schein der Rechtmäßigkeit erwecken. Feststellung und Bewältigung des Staatsnotstandes sind Gegenstand einer Dezision, in der *Schmitt* auf Grund einer Gegenüberstellung mit der durch Gesetzesnormen konstituierten Rechtsordnung einen „ultimativen Souveränitätsakt“ erkennt<sup>37</sup>.

Mangels Normierbarkeit muss die im Staatsnotstand erforderliche Suspendierung der rechtsstaatlichen Vorkehrungen entweder

- 27 BVerfG, Urt. v. 15. 2. 2006, a.a.O. Insbesondere rechtfertigt keine Differenzierung oder Abwägung seines Schutzgutes einen Eingriff in das Lebensgrundrecht.
- 28 Im Grundsatz wohl zustimmend *Kämmerer*, Der lange Abschied vom staatlichen Gewaltmonopol, in: Festschrift für Stober, 2008, S. 595/604 f., sowie mit Einschränkung *Schenke*, a.a.O., S. 738 und *Karsten Baumann*, Das Grundrecht auf Leben unter Quantifizierungsvorbehalt, DÖV 2004, 853/860 f. Kritisch *Hillgruber*, Der Staat des Grundgesetzes – nur ‚bedingt abwehrbereit‘?, JZ 2007, 209 und *Ladiges*, Die Bekämpfung nichtstaatlicher Angreifer im Laufraum, 2006, S. 318 ff. Gegen die Herleitung aus der Menschenwürde spricht, dass der Tod für das Gemeinwohl mit der Würde des Opfers vereinbar sein kann. Auch ist nach der Würde der durch das unfreiwillige Lebensopfer unfreiwillig Begünstigten zu fragen. Wegen der eindrucksvoll bei *Häberle*, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band I, 1987, S. 815 – 861 nachzulesenden Vielfalt dessen, was unter Menschenwürde verstanden werden kann, ist sie als Kriterium der (Un-)Zulässigkeit einer Tötung womöglich sogar geeignet, Relativierungen begründen zu helfen. Das BVerfG sieht in der Behandlung des Menschen als Objekt ein Kriterium der Menschenwürde. Aber selbst *Häberle* erwähnt lediglich die Nutzarmachung der Objekttheorie durch Dürig (S. 836). *Merkel* findet die Objektformel mit Recht kaum brauchbar (a.a.O., S. 379 ff.).
- 29 Ähnlich *Bausback*, Terrorismusabwehr durch gezielte Tötung?, NVwZ 2005, 418; *Kutscha*, Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt – ein verdrängtes Problem, NVwZ 2004, 801; *Kersten*, Die Tötung von Unbeteiligten, NVwZ 2005, 661.
- 30 Der vom BVerfG im Urt. v. 25. 2. 1975 1 BvF 1 u. a./74 (Schwangerschaftsabbruch), BVerfGE 39, 1 = BayVBl. 1975, 273 gebilligte Schutz des durch das ungeborene Kind gefährdeten Lebens der Mutter auf Kosten des Lebens des Kindes rechtfertigt sich aus der Gefahr, die gerade vom Leben des Kindes ausgeht. Die Tötung von Geiseln kann nach BVerfG, Urt. v. 16. 10. 1977 1 BvQ 5/77 (Mordfall Schleyer), BVerfGE 46, 160 durch kein Gemeinwohlinteresse gerechtfertigt werden. Die Hilfspflicht kann nicht weitergehende Rechtfertigungen vermitteln als das Lebensgrundrecht, aus dem sie abgeleitet wird; ähnlich BVerfG, Beschl. v. 29. 10. 1987 2 BvR 624 u.a./83 (C-Waffen), BVerfGE 77, 170 = BayVBl. 1988, 303 (Ls.).
- 31 Urt. v. 4. 4. 2006, a.a.O.
- 32 Zur Kritik an diesem Urteil vgl. *Hillgruber*, a.a.O. Vgl. auch *Frenz*, Informationelle Selbstbestimmung im Spiegel des BVerfG, DVBl. 2009, 333.
- 33 *Isensee*, Verfassung ohne Ernstfall, a.a.O., S. 101 sieht bereits in der Bedrohung des Bestandes des Verfassungssystems einen Notstand im Sinne des hier vorgeschlagenen Sprachgebrauchs. Die Gefährdung der Existenz der Rechtsgemeinschaft oder des Gemeinwesens bietet keine genügend bestimmten Kriterien, um die in Betracht kommende besondere Ausnahmelage abzugrenzen.
- 34 Die Brauchbarkeit des Kriegsbegriffs wird beschränkt, wenn er über zwischenstaatliche Gewaltanwendung hinaus ausgedehnt wird. Eine Aufweichung enthält bereits der Sprachgebrauch „kriegerisch“ oder „militärähnlich“, und der Begriff der Verteidigung ist ohnehin viel weiter; vgl. *Hase*, Das Luftsicherheitsgesetz: Abschluss von Flugzeugen als ‚Hilfe bei einem Unglücksfall‘, DÖV 2006, 213/214 ff. Anders ist der Feindbegriff, mit *Carl Schmitt*, Der Begriff des Politischen, a.a.O., bezogen auf die seinsmäßige Behauptung der eigenen Existenzform, geeignet, andere als fremdstaatliche Angriffe auf den Staat zu erfassen, die in den Staatsnotstand führen.
- 35 *Isensee* weist darauf hin, dass im Sozialstaat auch die Gefährdung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts den Ernstfall auslösen kann; Verfassung ohne Ernstfall, a.a.O., S. 100 f., 108 f. Es ist aber nicht diese Gefährdung, sondern erst ein durch sie oder durch Erschöpfung der Steuer- und Kreditquellen als Umverteilungsmasse ausgelöster Angriff auf die Verfassung, der einen Staatsnotstand herbeiführen kann.
- 36 Vgl. *Höfling/Angsberg*, a.a.O., S. 1087 und *Bückenförde*, a.a.O., der (S. 1882) auch erwähnt, dass ein angebliches überverfassungsmäßiges Notstandsrecht von der Exekutive mehrfach in Anspruch genommen worden ist. – Bei der Auslegung der Art. 20 Abs. 3 und Art. 25 GG sollte bedacht werden, dass ungeschriebenes oder unbestimmtes Recht – man denke etwa an das völkerrechtliche Gewaltverbot und sein nach dem Urt. des BVerwG v. 21. 6. 2005 (a.a.O., zur Befehlsverweigerung) vertretbares Verständnis – dem rechtsstaatlich-demokratischen Gesetzesvorbehalt nicht entspricht und mit Grundrechten kollidieren, aber auch die Selbstbehauptung des Staats behindern kann. Ähnlich verhält es sich mit dem häufig – z. B. von *Merkel*, a.a.O., passim – als Maßgabe herangezogenen, aber selten inhaltlich erläuterten Gedanken der Legitimität einer Maßnahme oder ihres Zwecks, sofern sie über die demokratische Legitimität der Gesetze und ihrer Anwendung hinausgehen soll. (Fußnote 37 auf Seite 390)

ungeregelt bleiben oder der Staatsnotstand muss durch einen formellen Souveränitätsakt festgestellt werden. Nach verbreiteter Auffassung sind die zur Verteidigung des Staates erforderlichen Maßnahmen von rechtsstaatlichen Beschränkungen ausgenommen<sup>38</sup>. Danach suspendiert sich die rechtsstaatliche Verfassung quasi selbst, und zwar nach Maßgabe unbestimmter Kriterien. Ihre Glaubwürdigkeit und künftige Wirksamkeit ist jedoch gefährdet, wenn sie sich selbst der ultimativen Dezision ausliefert. Um einer Ausdehnung des Notstands auf Ausnahmelagen entgegenzuwirken, die im rechtsstaatlichen Rahmen bewältigt werden können und sollen, und um möglichst weitgehenden Freiheitsschutz zu erhalten, ist vielmehr die Einführung einer *konstitutiven Erklärung des Staatsnotstandes* geboten<sup>39</sup>, mit der die erforderliche Suspendierung verbunden ist. Die Verfassung kann die Erklärung für Ausnahmelagen ausschließen, die *keinen* Staatsnotstand begründen<sup>40</sup>. Sie kann für den Notstand neben einer Bestimmung der zuständigen Entscheidungsträger ein Verfahren unter Beteiligung von Parlament und Exekutive vorsehen, in dem Notstandsmaßnahmen zu treffen sind. Dabei kann deren Zulassung auf bestimmte Inhalte oder Bereiche staatlicher Entfaltung und vor allem in zeitlicher Hinsicht abgestuft werden<sup>41</sup>.

Das Grundgesetz hat zwar einen ähnlichen Weg beschritten. Es versucht jedoch mit seiner Regelung des (nationalen) *Verteidigungsfalles* einen Spagat zwischen Rechtsstaatlichkeit und Staatsnotstand<sup>42</sup>. Für diesen Fall konzentriert und vereinfacht es Rechtssetzungs- und Exekutivverfahren. Erweiterungen grundrechtlicher Eingriffsgrenzen finden sich aber nur mit Bezug auf Enteignungsentschädigungen, Fristen für den Rechtsschutz gegen Freiheitsentzug sowie mit Bezug auf Freizügigkeit und Unverletzlichkeit der Wohnung<sup>43</sup>. Die Zulassung weitergehender Grundrechtseinschränkungen wird wohl gemäß Art. 115 g GG von einer lageorientierten Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips erwartet. Eine Interpretation des Wesensgehalts der Grundrechte, die die zur Bewältigung des Not- und Kriegsfalls erforderlichen Eingriffe zulässt, würde aber Dezisionen der Rechtssetzungs- und Exekutivorgane von rechtsstaatlichen Grenzen praktisch freistellen, zumal ihre gerichtliche Kontrolle durch Art. 115 k Abs. 1 Satz 1 GG zugunsten nachträglicher Prüfung zurückgedrängt wird. Obwohl diese grundgesetzliche Regelung des Verteidigungsfalles auf eine inhaltliche Normierung der zulässigen Maßnahmen verzichten muss, beansprucht sie, sich im rechtsstaatlichen Rahmen zu bewegen. Werden aber zugleich Maßnahmen praktisch unbeschränkt zugelassen und verfassungsrechtliche Ausnahmeregelungen als überflüssig angesehen, so zwingt das die Entscheidungsträger, entweder im Staatsinteresse erforderliche Maßnahmen zu unterlassen oder für sie den Schein einer Rechtsstaatlichkeit in Anspruch zu nehmen, der sie nicht entsprechen können.

Eine verfassungsrechtlich institutionalisierte Erklärung des Staatsnotstandes macht den Weg frei für die zur Erhaltung des Staates notwendigen Maßnahmen<sup>44</sup>. Sie dient dem Interesse, *Freiheit und Rechte des Einzelnen möglichst zu wahren*, indem sie die Glaubwürdigkeit des Rechtsstaates durch Vermeidung des trügerischen Anscheins rechtsstaatlicher Ausübung der Staatsgewalt erhält und hierzu bereite Kräfte an den Einsatz zur ehestmöglichen Wiederinkraftsetzung der rechtsstaatlichen Vorkehrungen erinnert. Diesem Interesse dient ferner die Erinnerung durch das Notstandsinstitut an dieselben oben erwähnten Faktoren, die zur Konformität der Dezision als unentbehrliche Ausnahme mit der rechtsstaatlichen Verfassung beitragen. Auf sie ist hier zu verweisen<sup>45</sup>. *Carl Schmitt* hat von der „anspruchsvollen moralischen Entscheidung“ als Kern der politischen Idee gesprochen<sup>46</sup>. Staatswohl und Freiheit hängen auch von der allgemeinen Bewusstseinslage, nämlich davon ab, wie sie vom Publikum bewertet werden<sup>47</sup>. Das gilt besonders für die Entscheidung über das Vorliegen eines Staatsnotstandes und die in ihm zu treffenden Maßnahmen. Soll etwa eine Organisation, deren gewaltsame Anschläge einen Staatsnotstand Deutschlands begründen, mit Maßnahmen bekämpft

werden, die mit der rechtsstaatlichen Verfassung unvereinbar sind, so erschiene das schwer vertretbar, solange der Notstand die allgemeine Bewusstseinslage nicht erreicht<sup>48</sup>. Mit der Erklärung des

37 Vgl. das Kapitel I, Definition der Souveränität, in: *Politische Theologie*, a.a.O. Die Auffassung von *Roellecke*, Souveränität, Staatsouveränität, Volkssouveränität, in: *Festschrift für Quaritsch*, 2000, S. 15/26, Souveränität frage nach dem Recht, das Recht zu ändern, beruht auf der *petitio principii*, dass es im (Rechts-)Staat keinen rechtsfreien Raum geben könne. Nach *Isensee*, Verfassung ohne Ernstfall, a.a.O., S. 102, übt der Rechtsstaat im Staatsnotstand kommissarisch Souveränität aus mit dem Ziel, sich selbst wieder herzustellen.

38 Während das *BVerfG* im Urteil v. 15. 2. 2006 offengelassen hat, was im Staatsnotstand gilt, befasst sich damit zwar obiter dictu aber entschieden das *OVG NW* in seinem die vorbeugende einstweilige Anordnung des Verbots einer Tötung des Antragstellers mit Recht ablehnenden Beschluss v. 1. 2. 2008 20 B 1899/07. – Nach *Isensee* lässt das Grundgesetz keinen Raum für ein übergesetzliches Notrecht (Verfassung ohne Ernstfall, a.a.O., S. 110), ist aber ein archaisches (S. 113), verfassungsimmanentes Notrecht ... in positivrechtlichen Normen versteckt (Not kennt kein Gebot, a.a.O.), und ermächtigen grundrechtliche Schutzpflichten zugunsten der Bürger zu außergesetzlichen Maßnahmen im Rahmen eines Übermaßverbots, eines Verfassungskerns und größtmöglicher Nähe zum grundgesetzlich normierten Ziel. Sein Plädoyer für Generalklauseln zur Überwindung einer Hypertrophie des Bestimmtheitsgebots (Verfassung ohne Ernstfall, a.a.O., S. 114) übersieht, dass an der Unbestimmtheit solcher Klauseln das normierte Recht und der Rechtsstaat seine Grenze findet. Eine Durchbrechung des Lebensschutzes in extremen Ausnahmefällen halten für gerechtfertigt *Deppenheuer*, a.a.O., passim, *Hillgruber*, a.a.O., S. 215, *Hase*, a.a.O., S. 218 und *Hartlieb*, a.a.O., S. 1401. Zum Meinungsstand *Lutze*, a.a.O.

39 Zur Notwendigkeit der Abgrenzung einer Lage, in der rechtsstaatliche Begrenzungen nicht gelten können, vgl. vor allem *Böckenförde*, a.a.O., S. 1886 ff. Die Erhaltung des Rechts der Normallage setzt die Anerkennung des Ausnahmezustands voraus, a.a.O., S. 1881. Die förmliche Feststellung des Staatsnotstandes (bei *Böckenförde*: Ausnahmezustand) ist nach S. 1888 ff. zur Vermeidung der Selbstermächtigung nötig.

40 Die Instrumentalisierung eines mit Geiseln besetzten Flugzeugs zur Tötung vieler Personen führt keinen Staatsnotstand herbei; *BVerfG*, Urt. v. 15. 2. 2008, a.a.O.; so bereits *Höfling/Angsberg*, a.a.O., S. 1086. Selbst wenn man in der Bedrohung durch einen sogenannten Jihad einen Staatsnotstand und in einer Geiselnahme eine Jihad-Handlung sehen wollte, wäre der Abschuss zu seiner Bewältigung weder geeignet noch erforderlich.

41 Einen umfassenden Entwurf hat *Böckenförde*, a.a.O., S. 1889 f., zu 3 bereits vor 30 Jahren angeboten. Wenn er dabei über die formalisierte Feststellung des Notstandes hinaus eine gewisse in ihm geltende Rechtsordnung fordert, in deren Kern nicht Normen, sondern Maßnahmen stehen, so begegnet das ähnlichen Bedenken wie Versuche zur Normierung des Staatsnotstandes. Dem weiteren Vorschlag einer politischen ex-post-Kontrolle ist entgegenzuhalten, dass auch für sie justitiable Maßstäbe fehlen und dass sie die Rückkehr zum Normalzustand erschweren kann.

42 Art. 35 GG gestattet bei Naturkatastrophen und schweren Unglücksfällen lediglich eine Durchbrechung der föderalen Kompetenzverteilung; vgl. *Hase*, a.a.O., S. 216 f. Die Norm darf nicht dazu missbraucht werden, aus den besonderen Machtmitteln, die dem Militär zur Verfügung stehen, eine Befreiung von den Eingriffsschranken des Gesetzesvorbehalts oder von Grundrechten herzuleiten. Eine solche Befreiung kann auch dem Recht des Art. 20 Abs. 4 GG zum Widerstand gegen Angriffe auf die verfassungsmäßige Ordnung nicht entnommen werden.

43 Art. 115 k Abs. 1 Satz 1 GG ermächtigt dazu, Recht außer Anwendung zu setzen. Aus Art. 115 c Abs. 2 GG muss aber geschlossen werden, dass dort nicht erwähnte Grundrechtsschranken auch im Verteidigungsfall gelten sollen. Vgl. *Mußgnug*, Die Befugnisse der Bundeswehr im Verteidigungsfall, *DÖV* 1989, 917.

44 Eine solche Suspendierung ist dem Grundgesetz bereits geläufig: Art. 24 Abs. 2 GG lässt die Übertragung von Hoheitsrechten für den Verteidigungsfall im Sinne der Verträge über die NATO auf deren Organe zu, was auf eine Selbst-Suspendierung des Rechtsstaates sowie der deutschen Souveränität hinausläuft; vgl. *Giemulla/Rothe*, Abschuss erlaubt, in: *FAZ* vom 19. 6. 2008.

45 Womöglich lassen sich Grundsätze formulieren, mit deren Einhaltung durch die Entscheidungsträger zu rechnen ist, nur handelt es sich nicht um Rechtsnormen. So ist beispielsweise die Opferung von Nicht-Kombattanten auch im Krieg und Staatsnotstand unzulässig, es sei denn, sie ist unumgänglich, weil die Bewältigung des Staatsnotstandes ohne sie nicht nur erschwert, sondern entscheidend behindert würde.

46 *Politische Theologie*, a.a.O., S. 83.  
(Fußnoten 47, 48 auf Seite 391)

Staatsnotstandes verlieren die Entscheidungsträger die Möglichkeit, sich für ihr Handeln auf scheinbare Normierungen zu berufen. Stattdessen werden sie mit der vollen persönlichen Verantwortung dafür gegenüber dem Staat, den Menschen und ihrem Gewissen belastet. Von der Proklamation kann auf Grund dieser Verantwortung die Rückwirkung einer Konsolidierung der allgemeinen Bewusstseinslage erwartet werden.

Zu einer Bewältigung des Staatsnotstandes in einer Freiheit und Rechte Einzelner schonenden Weise trägt auch die Erinnerung an die katastrophalen Folgen der Anwendung der Lehren *Carl Schmitts* in den 1930er Jahren bei. Die Erfahrungen dieser Zeit vermitteln eine besondere Chance, *aus der Geschichte zu lernen*. Die eingeschränkte Brauchbarkeit der Norm und hervorragende Bedeutung der Dezision haben zu der Unterschätzung der rechtsstaatlichen Verfassung und zu der Faszination der Diktatur beigetragen, von der *Carl Schmitt* offenbar ergriffen war. Diese Faszination vernachlässigt den Rang der Freiheit im Wirkungsbereich der Dezision. Seine Einsichten haben *Carl Schmitt* nicht gehindert, in der Lage vom Juni 1934 überhaupt einen Ausnahmefall zu sehen, und auch nicht daran, der nationalsozialistischen Führung die erforderliche politische Moral zuzutrauen. Sie haben ihn nicht einmal gehindert, die von dieser Führung veranlassten Morde an politischen Gegnern zu rechtfertigen<sup>49</sup>. Es hat allerdings auch an ausreichender Reaktion anderer Berufener und des allgemeinen Bewusstseins gefehlt. Volk und Gesellschaft waren der Lage nicht gewachsen. Das erinnert an die Notwendigkeit, die politische Moral und Bewusstseinslage der Entscheidungsträger und der Bevölkerung permanent zu entwickeln und zu pflegen, statt Einsichten in die begrenzte Wirksamkeit der spezifisch rechtsstaatlichen Vorkehrungen zu verdrängen. Die Anforderungen, denen Deutsch-

land insoweit gegenübersteht, sind teilweise andere als diejenigen der 1930er Jahre, aber sie sind nicht geringer geworden.

<sup>47</sup> *Carl Schmitt* weist auf S. 59 der Politischen Theologie auf die Evidenz, die die Bewusstseinslage der Monarchie wie der Demokratie verleiht, als Element der Soziologie des Souveränitätsbegriffs der jeweiligen Epoche hin. Auch die Evidenz jeder Dezision ist von der Bewusstseinslage abhängig. Vgl. auch *ders.*, *Der Begriff des Politischen*, 1927, zitiert nach Positionen und Begriffe, 1988, S. 67/71. Ähnlich hängt auch nach *Isensee* (Verfassung ohne Ernstfall, Abschn. VII) alles vom Konsens der Bürger ab.

<sup>48</sup> Notstandsmaßnahmen sind unerwünscht. Viele versprechen sich mehr von einer Änderung der Politik. Die Abneigung gegen Notstandsmaßnahmen kann in die Katastrophe führen, besonders wenn Angreifer keine ähnlichen Abneigungen hegen. Wo die Abneigung nicht am Platze ist, muss sie daher durch überzeugende Information und gute Gründe sowie entsprechendes politisches Handeln überwunden werden, statt Notstands-Prüderie (*Isensee*, Verfassung ohne Ernstfall, a.a.O., S. 107) politisch-opportunistisch auszunutzen. – Nach Auffassung des Mitbegründers des International Institute for Strategic Studies (IISS), *Sir Michael Howard*, ist die Bekämpfung des internationalen Terrorismus nicht als Krieg einzuordnen, weil die Rücknahme rechtsstaatlicher Grundsätze nicht angebracht sei (FAZ vom 19. 6. 2008, S. 7). Damit wird ein Staatsnotstand (der allgemeinen Bewusstseinslage entsprechend) verneint.

<sup>49</sup> Vgl. die „schauerlichen“ Aufsätze – so *Carl Schmitt* selbst nach *Quaritsch* (Hrsg.), *Antworten in Nürnberg*, 2000, S. 66 – Nationalsozialistisches Rechtsdenken, *Deutsches Recht* 1934, 225, und *Der Führer schützt das Recht*, *Deutsche Juristenzeitung* 1934, 945 sowie die nachträgliche Legalisierung der Morde durch das Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr (der vom Reichstag zur Gesetzgebung ermächtigten Regierung) vom 3. 7. 1934 (RGBl. I S. 529).