

# SCHWERPUNKT: DER AUSNAHMESTAAT

Günter Frankenberg  
Im Ausnahmezustand

## Prolog

Im Ausnahmezustand<sup>1</sup> vereinen sich Dämonie und Geheimnis. Von der Regel zieht er sich zurück und öffnet der Gewalt ein zu weites Feld. Das Recht dankt ab, die Prärogative tritt auf. Dieser Moment roher Maskulinität zieht einen bestimmten Typus des Intellektuellen unwiderstehlich an. Der eine suspendiert gedanklich das Strafrecht; ein anderer spielt das Urteil gegen die Entscheidung<sup>2</sup> oder das Staatsrecht gegen die „schöne Literatur“ aus: „Der Ästhet fühlt sich angezogen vom orgiastischen Kult der Ausnahme“.<sup>3</sup> Den Intellektuellen als Bohémien reizt das Spiel mit dem Feuer.

Die Ausnahme hat den Charme der Grenzerfahrung. Sie bietet, woran es dem spröden Normalfall mangelt: ein düsteres Szenario, das sich zu apokalyptischen Visionen aufspreizen lässt. Sie strahlt eine romantische Ironie fürs Paradoxe und eine Machtvollkommenheit aus, die sich niemandem verantworten muss.<sup>4</sup> Im Alltag erlebt der Biedermann seinen klammheimlichen Ausnahmezustand im Feuerschein des brennenden Flüchtlingsheims, vor dem er Einsatzkräften hämisch im Wege steht.

## I. Ausnahmezustand als Faktum, Täuschung und Metapher

„Ausnahmezustand“ entzieht sich der präzisen Beschreibung. Zu definieren ist er nicht ohne Bedeutungsverluste. Es öffnet sich der Raum für Metaphern: „Stunde der Exekutive“, „Not kennt kein Gebot“ oder „legaler Bürgerkrieg“. Wer Ausnahmezustand begrifflich bestimmt als politisches Handeln oder Diktat, das die Rechtsordnung suspendiert,<sup>5</sup>

1 Für kritische Hinweise danke ich der KJ-Redaktion, vor allem Nora Markard und Sonja Buckel, und Claudia Baumann. Die nachfolgenden Überlegungen setzen die Diskussion zur Normalisierung des Ausnahmezustandes fort; dazu Günter Frankenberg, *Staatstechnik. Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand*, 2010, Kap. I und IV.

2 Carl Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel von der Lehre zur Souveränität*, 1922, 22. Strukturell vorgezeichnet in Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil*, 1912.

3 Josef Isensee, Normalfall oder Grenzfall als Ausgangspunkt rechtsphilosophischer Konstruktion?, Brugger/Haverkate (Hrsg.), *Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie*, 2002, 51 ff. (67).

4 Diese Machtvollkommenheit ist es wohl, die maskulinem Größenwahn entgegenkommt.

5 Vgl. Giorgio Agamben, *Ausnahmezustand*, 2004, 10 ff. Diese Definition erfasst nahezu alle autoritären Regime, deren Exekutive den Gesetzgeber in Krisen per Erlass überspielen kann.

verstellt, was erst zu begreifen wäre. Denn außer dem Recht sind andere Bezugspunkte für eine Ausnahmelage zu bedenken, neben Souveränität vor allem Naturgewalt, (Bio-)Politik, Verfassung, Gewalt, Terror.<sup>6</sup> Carl Schmitts Diktum „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“, überzeugt, jedenfalls soweit sich der Autor versagt, jenen Zustand eingehend zu beschreiben.<sup>7</sup> Aus Vorsicht und weniger fixiert auf die exekutive Entscheidung ist wohl überwiegend von Übergängen die Rede: von Recht und Verfassung zur Anomie, von Demokratie zur Nicht-Demokratie, von Rechtsstaat zu Diktatur.<sup>8</sup> Das mag ungenau sein, steht aber immerhin offen für Anschlüsse, deren eine Welt der Ausnahmezustände<sup>9</sup> dringend bedarf. Für solche Anschlüsse ist es hilfreich, sich zu vergewissern, *wovon* eine Ausnahme gemacht wird – und *wozu* dies geschieht.

### Katastrophenschutz

Die Ausnahme verstört die Regel, fällt aus dem Rahmen, liegt außerhalb der Ordnung. Der Ausnahmediskurs kennt unterschiedliche Referenzpunkte und Anwendungsfelder: Er kann, *erstens*, die Bewältigung einer tatsächlichen Notsituation anvisieren, hervorgeufen durch den Einbruch höherer Gewalt – Sturmflut, Tsunami, Erdbeben, Epidemien – oder durch von Menschenunvernunft induzierte Unglücksfälle, die als Einfälle niederer Gewalt ihren Ort im Namen tragen: Tschernobyl, Seweso, Fukushima, Bhopal und viele mehr. Wer einen solchen „Notstand“ ausruft, verspricht, zur Beherrschung der entfesselten Gewalten auch das zu tun, was jenseits *seiner* Macht liegt. Im Februar 1962 begründete die Hamburger Sturmflut Helmut Schmidts Ruf eines Katastrophenmanagers, der sich um Paragraphen nicht schert. Dem Gebot der Stunde gehorchend, setzte sich der forsche Innensenator freudig über Zuständigkeitsordnung und Wehrverfassung hinweg. Neben der von ihm verkörperten, normativen Kraft des Faktischen bleibt auch ein gewisser Illegalitätsprotz des „Herrn der Flut“ in Erinnerung.<sup>10</sup>

### Notverordnung

*Zweitens* kommt der Ausnahmezustand als *Surrogat* für das rechtliche Normalregime ins Spiel. Er wird verordnet, wenn die Zu- oder Umstände so dargestellt werden oder sich so darstellen, dass es praktisch unmöglich erscheint, sie unter Rückgriff auf dessen Elemente

6 Siehe dazu die Diskussion und Nachweise bei Achille Mbembe, *Necropolis 15 Public Culture* (2003), 11 ff.

7 Schmitt, *Politische Theologie (Fn. 2)*, 22. Was er im Sinne hat, ist seinen Studien zur Diktatur und zum Begriff des Politischen zu entnehmen: Carl Schmitt, *Die Diktatur*, 5. Aufl., 1989, und ders., *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, 1963.

8 Etwa Herbert Tingsten, *Les pleins pouvoirs*, 1934; Frederick M. Watkins, *The Problems of Constitutional Dictatorship*, in: Carl Friedrich/Edward S. Mason (Hrsg.), *Public Policy*, 1940, 324; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, 1943.

9 Craig Calhoun, *A World of Emergencies: Fear, Intervention, and the Limits of the Cosmopolitan Order*, 41 *Canadian Review of Sociology and Anthropology* (2004), 373 – dazu: Ulrich K. Preuß, *Krisen der Europäischen Union als Ausnahmezustand*, und William Scheuermann, *Die Globalisierung von Carl Schmitt?*, in diesem Heft.

10 Er sprach von seinen „außerordentlichen Befugnissen“, die ihm freilich niemand übertragen hatte. Dazu Martina Heßler/Christian Kehrt (Hrsg.), *Die Hamburger Sturmflut von 1962*, 2014; *Die Welt* vom 22.1.2012.

(Rechtsgarantien, Verfassung, Gerichtsbarkeit, Gesetzgebung, etc.) zu beherrschen. In aller Regel gilt dies für politische Krisen und Bedrohungen, die höherer Gewalt gleich gesetzt werden, weil sie (angeblich) den Rahmen und die Routinen üblicher Gefahrenabwehr sprengen. In der Staatspraxis führen vor allem Terroranschläge<sup>11</sup> und politische Unruhen,<sup>12</sup> wenn sie die öffentliche Ordnung katastrophisch stören, zur Suspendierung von Grundrechten und Gewährung von Sonderbefugnissen für die Sicherheitskräfte, denen Ausgangssperren, nächtliche Verhaftungen, Arrest für Verdächtige, Einrichtung von Sicherheitszonen, Versammlungsverbote, intensivierete Abhör- und Überwachungsmaßnahmen als Sonderbefugnisse an die Hand gegeben werden. Solcher ausnahmerechtlichen Praxis kommt entgegen, wenn Verfassung oder Gesetz sie antizipiert: paradigmatisch Art. 48 Abs. 2 WRV, der dem Reichspräsidenten (gemeinsam mit Art. 25 und 53 WRV) nahezu diktatorische Vollmachten einräumte, oder aktuell das französische Gesetz Nr. 55-385 vom 3.4.1955, das den Präsidenten mit Deckung durch Art. 16 der Verfassung im Fall eines *état d'urgence* ermächtigt, außerordentliche Maßnahmen zu treffen,<sup>13</sup> und auch die Blankettermächtigung in Art. 15 der Verfassung der Türkei, die seit 1982 Maßnahmen, „soweit es die Lage unbedingt erfordert“, legitimiert und damit den Coup in die konstitutionelle Vorstellungswelt einstellt.

### „Vorwand des Notrechts“

*Drittens* kann Ausnahmerhetorik bezwecken, eine Notlage herbeizureden, um – gegebenenfalls bei Wahrung der aufs Äußerliche heruntergebrachten, verfassungsrechtlichen Formen und Verfahren<sup>14</sup> – Ausnahmebefugnisse in Anschlag zu bringen. Den „Vorwand des Notrechts“<sup>15</sup> benutzt, wer politische Säuberungsaktionen oder andere Strategien machiavellistischer Machtsicherung exekutieren will. Die Ahnenreihe ihrer Protagonisten ist lang, deren Herkunft gleichmäßig auf alle Kontinente verteilt. Eine knappe, illustrative Auswahl: Indira Gandhi ließ 1975 den Ausnahmezustand ausrufen, um den Widerstand vornehmlich der Justiz gegen ihre Politik zu brechen.<sup>16</sup> Hier einzuordnen wären jeden-

11 Die tunesische Regierung verhängte am 4.7.2015 nach einem Terroranschlag, bei dem 38 Touristen ermordet wurden, den Ausnahmezustand. Der französische Präsident erklärte nach dem Terroranschlag von Paris am 13.11.2015 den Ausnahmezustand und verlängerte ihn zuletzt nach dem Anschlag in Nizza bis 2017, *Süddeutsche Zeitung* vom 21.7.2016.

12 Ägyptens Machthaber erklärte am 14.8.2013 den Ausnahmezustand, um die landesweite Mobilisierung der Muslim-Bruderschaft zu unterbinden und deren Protestlager aufzulösen. Nach den Vorstadtunruhen verhängte die französische Regierung 2005 den „état d'urgence“, *Süddeutsche Zeitung* v. 16.11.2015. Im Kampf gegen die Islamistische Terrororganisation Boko Haram verhängte der nigerianische Präsident den Ausnahmezustand über besonders „unruhige Bundesstaaten“, *taz* vom 15.5.2013.

13 Art. 16 Französische Verfassung von 1958, geändert durch Verfassungsgesetz vom 23.7.2008.

14 Zu erinnern ist an das Ermächtigungsgesetz der Nationalsozialisten („Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich“) vom 24.3.1933 (RGBl. I, 1933 Nr. 25) und dessen wiederholte, zynische Verlängerung 1937, 1939, und 1943.

15 Der sich nach Kant zum Recht nicht einmal als außerrechtliche Rechtsbegründung verhält. Eingehend dazu Ingeborg Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, 1992, 107 ff. – „Notrecht“ und Gewalt.

16 P.N. DHhar, *Indira Gandhi, the Emergency and Indian Democracy*, 2001; *Emergency: The Darkest Period in Indian History*, thenewspaper.net – 3.7.2014. Der Ausnahmezustand wurde 1977 aufgehoben.

falls auch jene Maßnahmen des Erdoğan-Regimes, für die der Putsch aus der Mitte des Staatsapparats 2016 Anlass war, die Regimekritik zu liquidieren, die also den Charakter eines Notwehrexzesses hatten.

Zur Sicherung seiner Macht verhängte Staatschef Gamal Abdel Nasser 1958 Ägypten mit dem dunklen Schleier von Notstandsgesetzen.<sup>17</sup> Seine Amtsnachfolger Anwar as-Sadat (seit 1970) und Husni Mubarak (seit 1981) bedienten sich bedenkenlos dieses Instrumentariums, das insbesondere zu willkürlichen Verhaftungen, zur Suspendierung von Grundrechten und Installierung von Militär- und Sondergerichten ermächtigte. Erst 2012 wurden die weitgehenden Notstandsbefugnisse aufgehoben, allerdings vom Militärrat wegen der angeblichen „Bedrohung der nationalen Sicherheit und öffentlichen Ordnung“ sogleich der Sache nach teilweise wieder eingeführt.

Am 24.3.1976 putschte sich das argentinische Militär an die Macht. Unter dem Vorwand, die Sicherheit des Landes wiederherstellen und die Subversion<sup>18</sup> durch Guerilla-Organisationen und Kommunisten unterbinden zu wollen, unterbrach die Junta zunächst die normalen Routinen des öffentlichen Lebens und praktizierte danach sieben Jahre lang das brutalste Ausnahmeregime in Geheimgefängnissen und Folterkammern, mit „Säuberungsaktionen“, Massenmord, Kindesraub und Zwangsadoptionen.<sup>19</sup> Es steht in der Tradition wüster Militärdiktaturen in Lateinamerika, die politische Notlagen herbeiredeten, um die politische Opposition zu liquidieren. Bereitwillig griffen sie dazu die US-Doktrin nationaler Sicherheit auf. 1965 bis 1985 dominierten Militärdiktaturen die Politik Lateinamerikas; 1976 wurden nur Mexico, Venezuela, Kolumbien und Costa Rica nicht im Ausnahmezustand regiert.<sup>20</sup>

Ausnahmezustände herrschen, wenn die Bindungen an den Normalzustand zertrennt werden und jene Institutionen, welche die Konstruktion von Normalität tragen sollen, kollabieren oder ausgeschaltet werden. Ausnahmezustände können Instrument des Katastrophenschutzes sein oder im Dienst einer Diktatur stehen. Ihre Rhetorik eignet sich zur Täuschung oder gezielten Subversion der Rechtsordnung. Ihre Bedeutung ist von Fall zu Fall zu bestimmen. Aus der Sicht derjenigen, die sie an Orten, an denen die Ausnahme herrscht, erleiden, sind sie schwerlich bloße Fiktion.<sup>21</sup>

17 Das Gesetz No. 162 von 1958 wurde vom Mai 1980 bis zur Ermordung von Präsident Sadat im Oktober 1981 kurzfristig aufgehoben; danach blieb es bis 1981 ununterbrochen in Kraft. Dazu: *Cairo Institute for Human Rights Studies* vom 13.6.2012; *Der Tagesspiegel* vom 31.12.2012.

18 „Wir werden 50.000 Menschen töten müssen. 25.000 Subversive, 20.000 Sympathisanten und wir werden 5.000 Fehler machen.“ General Luciano Menéndez, zit. nach Paul H. Lewis, *Guerillas and Generals: The „Dirty War“ in Argentina*, 2002, 147. Zu den ersten Maßnahmen: [www.elhistoriador.com.ar/articulos/dictadura/primeras\\_medidas\\_de\\_la\\_junta\\_militar.php](http://www.elhistoriador.com.ar/articulos/dictadura/primeras_medidas_de_la_junta_militar.php) (Zugang am 27.8.2016).

19 Eindringlich geschildert in: CONADEP, *Nunca Más*, 1984. Vgl. auch Wolfgang Kaleck, *Kampf gegen die Straflosigkeit: Argentiniens Militärs vor Gericht*, 2010.

20 Hans Werner Tobler/Peter Waldmann (Hrsg.), *Staatliche und parastaatliche Gewalt in Lateinamerika*, 1991; Raymond Duvall, *Governance by Terror*, in: Michael Stohl (Hrsg.), *The Politics of Terrorism*, 2. Aufl., 1983, 179 ff.

21 So aber Harald Staun, *Terrorfrei. Unser Leben im Ausnahmezustand*, *FAS* vom 29.11.2015, 49, auch zum Folgenden.

## II. Phänomenologie der Ausnahme: Vor-Bilder

### Belagerung, Krieg, Bürgerkrieg

Wie die Belagerung als Mutter aller Ausnahmezustände kommt Krieg, nach der eingeübten Metaphorik, als Vater in Betracht. Gemeinsam haben sie den *Belagerungszustand* (*état de siège*) erzeugt, der alle Kennzeichen eines militärischen Ausnahmeregimes aufweist: eine räumlich-strategische Dimension (die Türken vor Wien; Zustand einer belagerten Festung), eine außerordentliche Bedrohungslage (bewaffneter Konflikt oder Aufruhr), einen inneren oder äußeren Feind (Okkupanten oder Aufrührerische) und schließlich, nach einer entsprechenden Erklärung, die rechtsförmige Ablösung der bürgerlichen Rechtsordnung durch Kriegsrecht. So firmiert Belagerungszustand als „eine Art moderner Militärdiktatur“.<sup>22</sup>

Klassische Modelle sind im Revolutionsgesetz vom 19. Fructidor V, in der Preußischen Verordnung vom 10.5.1849, später Gesetz vom 4.6.1851<sup>23</sup> und dann Reichsgesetz, vorgezeichnet. Ihnen lassen sich die konstitutiven Elemente des geregelten Belagerungszustandes entnehmen: Nach Maßgabe der Erklärung geht die vollziehende Gewalt auf Militärbefehlshaber über. Die Zivilverwaltung wird der militärischen untergeordnet. Kriegsgerichte werden installiert für die Aburteilung „an einem im Belagerungszustand erklärten Orte“ begangener Straftaten: durchweg Hoch- und Landesverrat und Aufruhr sowie, zeitlich und örtlich variierend, das „Ausstreuen falscher Gerüchte“ in Bezug auf „Zahl, Marschrichtung oder angebliche Siege des Feindes“, die „vorsätzliche Verursachung einer Überschwemmung“ oder niedrigschwellig „Verleitung zur Insubordination“.<sup>24</sup>

Die Strategie, durch Belagerung den Feind zu lähmen, hat das 19. Jahrhundert überdauert, wenngleich bei Gestaltwandel der militärischen Aspekte von der Belagerung bis zur Besetzung. Vom Bild der Türken vor Wien oder der von den Truppen des *Ancien Régime* belagerten Revolutionsregierung muss man freilich Abschied nehmen. Belagerung ist, des im technischen Sinne Militärischen entkleidet, ins Metaphorische ausgewandert und fungiert als Topos einer allfälligen politischen Kritik *belagerungsähnlicher* Zustände. An den erbitterten Auseinandersetzungen zwischen türkischer Regierung und kurdischen Organisationen, arabischer Minderheit in Israel und israelischer Regierung, zwischen Sunniten, Schiiten und Kurden im Irak<sup>25</sup> lässt sich bei aller Verschiedenheit der Konstellationen zeigen, dass bei Belagerungen nicht unbedingt entscheidet, wer die stärksten Truppen aufführt oder die Mehrheit der Bevölkerung mobilisiert. Belagerung kann wechselseitig erfolgen und ist jedenfalls auch eine Frage der Wahrnehmung.

Auch *Krieg* ist nicht mehr, was er früher war.<sup>26</sup> Ihn zu erklären, ist aus der Mode gekommen. Staaten sind des Exklusivrechts, Kriege zu führen, verlustig gegangen. War-

22 Nachw. in *Universallexikon* und *Meyers Großes Konversationslexikon*.

23 Gemäß Art. 68 RV wurde es später als Reichsgesetz übernommen.

24 W. Stieber *Die Gesetzgebung des Preussischen Staats seit der Einführung der constitutionellen Regierungsform, 1850*, 68 ff.

25 E.g. Karam Khella, *Der Belagerungszustand: Beispiel Irak*, 1998; Conor Cruise O'Brien, *Belagerungszustand: Die Geschichte des Zionismus und des Staates Israel*, 1991.

26 Das ist allseits bekannt. Nach wie vor informativ dazu: Carl von Clausewitz, *Vom Kriege*, 3 Bde., 1832-1834. Zu asymmetrischen, infrastrukturellen Kriegen siehe auch Mbembe (Fn. 6), *Necropolis*, 29 ff.; Zygmunt Bauman, *Wars of the Globalization Era*, 4 *European Journal of Social Theory* (2001), 15; Herfried Münkler, *Die neuen Kriege*, 2004.

lords, Terrororganisationen, Mordbanden – im Bürgerkrieg; oppositionelle Kräfte – ja, auch Piraten treten je nach Lage der Dinge als Feinde auf. Seit Pearl Harbour findet Krieg in seiner unerfreulichen Faktizität nur noch statt.<sup>27</sup> Auch ohne Erklärung und Benennung des Gegners bringt er sich gleichwohl militärisch in Strategie, Taktik und Bewaffnung zur Geltung, nicht aber als rechtlicher Sonderstatus in Kontrast zum Friedenszustand. Die Kultur des Formalen<sup>28</sup> scheint erodiert. Krieg wird unter der Bezeichnung „bewaffneter Konflikt“, „humanitäre Intervention“, „Kalter Krieg“, „Krieg gegen Terror“ u.a.m. eher als Kommandoaktion geführt, ohne dass er den Charakter einer rechtlichen Institution gänzlich verloren hätte,<sup>29</sup> er vollzieht sich freilich nicht oder nur ausnahmsweise im Modus des Kriegsrechts.<sup>30</sup> Es scheint, als habe das Völkerrecht dem Druck, ständig Ausnahmesituationen bewältigen zu müssen,<sup>31</sup> nachgegeben und einerseits sein Vokabular an das im nationalen Rahmen rechtlich Übliche angepasst, andererseits die Ethik inkorporiert: Militärs berufen sich auf Verhältnismäßigkeit, Notwendigkeit und Menschenrechte; sie behaupten, „Kollateralschäden“ zu minimieren.<sup>32</sup> Beim Übergang vom Kalkül des Kalten Krieges zu Waffengängen wie dem im Kosovo verschwimmt der Gegensatz von Politik/Militär und Ethik/Recht: Die Bombardierung Jugoslawiens stellte sich aus westlicher Sicht dar als Frage von moralischen Idealen, Demokratie und Menschenrechten.<sup>33</sup> In Vietnam sollte gleich die ganze Welt für die Demokratie sicher gemacht werden. Gerechte Kriege?

Der neue kriegerische Interventionismus transzendiert die Dimension des Militärischen und verbindet sich mit diplomatischen, ökonomischen und ideologischen Kämpfen. Den Krieg nicht zu erklären, hat den Vorteil, den Feind nicht *als solchen* im Sinne des Kriegsvölkerrechts benennen zu müssen, ohne deshalb auf das Recht, Leben zu nehmen, zu verzichten. Im „eingefrorenen Donbass-Konflikt“, der im Osten der Ukraine die Grenze zwischen Krieg und Belagerung aufhebt, ist daher auch nach etwa 10.000 Toten noch immer nur die Rede von „Separatisten“, „pro-russischen Aktivisten“, „russischen Freiwilligen“, „Sondertruppen“, „Terroristen“, „Milizen“ und Zivilisten, nicht aber regierungsamtlich von Krieg.<sup>34</sup> Andernorts überraschte ein deutscher Verteidigungsminister, als er in Afghanistan nicht mehr, wie die Außenpolitiker, von einem „bewaffneten

27 Seit Pearl Harbour (1941) scheint die Kriegserklärung, dort von den USA in Reaktion auf den Überraschungsangriff der japanischen Streitkräfte ausgesprochen, aus der Mode gekommen zu sein. Weder in Vietnam noch in Afghanistan wurde eine Kriegserklärung abgegeben. Vgl. Jeremy Scahill, *Schmutzige Kriege. Amerikas geheime Kommandoaktionen*, 2013; MIPODOK (Hrsg.), *Kontrollierte Intervention, Destabilisierung, unerklärte Kriege und Militäraktionen gegen die Dritte Welt*, 1988.

28 Dazu, wenn gleich nicht bezogen auf Krieg: Martti Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nation*, 2001.

29 David Kennedy, *Of War and Law*, 2006.

30 “[U]nder the current [Bush] administration, those designated as enemies have no rights, neither under the laws of war nor under any notion of criminal justice.” (Scott Horton, *State of Exception*, *Harper’s Magazine* July 2007, 74).

31 Martti Koskeniemi, *The Turn to Ethics in International Law*, in: ders., *The Politics of International Law*, 2011, 112.

32 Ausführlich Kennedy, *Of War and Law*, 2006; Nathaniel Berman, *Privileging Combat? Contemporary Conflict and the Legal Construction of War*, 43 *Columbia Journal of Transnational Law* (2004), 43.

33 Zur Kontroverse: Reinhard Merkel (Hrsg.), *Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht*, 2000.

34 Richard Sawka, *Frontline Ukraine Crisis in the Borderlands*, 2015. Matthias Dembinski et al., *Die Ukraine, Russland und die europäische Sicherheitsordnung*, 2014.

Konflikt im Sinne des humanitären Völkerrechts“ oder „Stabilisierungseinsatz“ sprach, sondern – endlich – die „kriegsähnlichen Zustände“ beim Namen nannte.<sup>35</sup>

Überdies müssen, bei Wegfall der Erklärung, Kriegsziele nicht in strategischen *terms* – zum Beispiel Landnahme, Besetzung, Unterwerfung – angegeben werden. Wer einen bewaffneten Konflikt anzettelt, kann sich vielmehr auf Bündnisverpflichtungen – die Beistandspflicht gemäß Art. 5 NATO-Vertrag –, eine *responsibility to protect*<sup>36</sup> oder die Verteidigung der Menschenrechte berufen. Im Kosovo herrschte *de facto* der Ausnahmezustand des Krieges. In der Rhetorik ethischer Normalisierung weichgespült, firmierte er als humanitäre Intervention. Im Irak sollten dem ehemaligen Bündnispartner und nunmehrigen Diktator Saddam Hussein die „weapons of mass destruction“ (seitdem Inbegriff für regierungsamtliche Täuschungen der Öffentlichkeit) aus der Hand geschlagen werden. Der vom UN-Sicherheitsrat (einmal mehr) nicht abgesegnete Krieg mutierte, im Mantel der Rettungsethik, zum noblen Akt der Nothilfe zugunsten der Menschheit.

### Kolonie, Plantage und Lager

Eine enge Verwandtschaft verbindet *Kolonie*, *Plantage* und *Lager* als Brutstätten der Dehumanisierung und des unvorstellbaren Horrors. Unterschiedslos werden in diesen Ausnahmezuständen menschliche Körper und Seelen zerstört, ganze Bevölkerungen unterworfen oder ausgerottet.<sup>37</sup> Das Recht zu töten steht normativ im Zentrum:

*“The town belonging to the colonized people [...] is a place of ill fame, peopled by men of evil repute. They are born there, it matters little where or how; they die there, it matters not where, nor how. It is a world without spaciousness; men live there on top of each other [...] The native town is a hungry town, starved of bread, of meat, of shoes, of coal, of light. [...] The native and the underdeveloped man are today political animals in the most universal sense of the word.”*<sup>38</sup>

*„[I]n the context of the plantation, the humanity of the slave appears as the perfect figure of a shadow. Indeed, the slave condition results from a triple loss of a ‘home’, loss of rights over his or her body, and loss of political status.”*<sup>39</sup>

*„There are no parallels to the life in the concentration camp. Its horror can never be fully embraced by the imagination for the very reason that it stands outside of life and death.”*<sup>40</sup>

In Kolonie, Plantage und Lager regiert ein Ausnahmezustand, der nicht erklärt werden kann, da es nichts zu suspendieren gibt: Diejenigen, denen dieser Zustand aufgezwungen wird, werden ihrer Rechte beraubt und ihres politischen Status entkleidet. Fortan bleiben sie ohne den – wie auch immer illusorischen – Trost einer Befristung ihres Elends, den ihnen eine Erklärung vermitteln könnte. Den im strikten Sinne Unterworfenen fehlt jeglicher – in einem überschaubaren Zeitraum – erreichbare Fluchtpunkt einer anderen Normalität. Die Situationen der Ausweglosigkeit unterscheiden sich in Siedlungs- und Aus-

35 Spiegel online vom 6.4.2010: „Guttenberg erklärt den Krieg“.

36 Dazu Anne Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect*, 2011.

37 Ausführlich Mbembe (Fn. 6), „Necropolis“, 12 ff.

38 Frantz Fanon, *The Wretched of the Earth*, 1968, 39 und 81.

39 Mbembe (Fn. 6), *Necropolis*, 21.

40 Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, 1966, 444.

beutungskolonien, auf Sklaverei beruhenden Ökonomien, Vernichtungs- und Gefangenlagern, jeweils graduell vor allem in Hinsicht auf die Methoden, die zur Anwendung kommen, und die Rechtfertigungen, die kolonialistisches Denken und Rassismus hervorbringen.<sup>41</sup>

Im Spiegel des Rassenwahns der Kolonialherren, Sklavenhalter und Lagerkommandeure erscheinen die Unterworfenen als Menschen zweiter Klasse, Wilde, Subalterne, kommen Tieren gleich, sind Unfreie. Jene, die es in den Lagern am schlechtesten getroffen haben, werden zu Einheiten verdinglicht und in das Zählwerk einer Vernichtungsmaschinerie einregistriert.<sup>42</sup> Frantz Fanon kennzeichnet das koloniale Regime, unbeschadet seiner Variationen im Einzelnen,<sup>43</sup> als systematische Leugnung „aller menschlichen Attribute der Kolonisierten“;<sup>44</sup> der Orientalist Joseph-Ernest Renan nennt diese, zeittypisch affirmativ, „inferior or degenerate races“.<sup>45</sup> Brutalität des Sklavenhandels und Grausamkeit der Qualen des Plantagenalltags wurden von den Nutznießern als notwendige Missionierung der „Heiden“ gerechtfertigt, die ohne Kultur, Religion und Menschlichkeit im Inneren wie Tiere seien.<sup>46</sup> Aus den Lagern liegen Berichte aus der Hölle vor, die unvorstellbare Praktiken der Entmenschlichung schildern.<sup>47</sup>

Im Unterschied zu herkömmlicher Belagerung, Krieg und Aufruhr ist für die Ausnahmezustände in Kolonien, auf Plantagen und in Lagern neben der Gewalt eine enge Beziehung zum Eigentum konstitutiv. Es handelt sich um Varianten eigentumsgestützter Herrschaft. Zwischen kolonialer und staatlicher Plantagenwirtschaft sind die Übergänge fließend: Die Kolonie kombiniert Belagerungs- und Ausnahmezustand mit dem Rassenwahn der Kolonialherren.<sup>48</sup> Sie wirft Gewinne ab durch die Aneignung der natürlichen Ressourcen und die „primitivste und roheste Form der Ausbeutung“ (Karl Marx) der Arbeitskraft. Im Regime kolonialer Unterwerfung fungieren die Unterworfenen als Werkzeuge ihrer Eigentümer. Das Ausbeutungsverhältnis setzt als notwendige rechtliche Bedingung die Suspendierung von (gleichem) Recht und politischem Status der Kolonisierten voraus und als soziale Bedingung deren Subalternität.<sup>49</sup> Die den Fremden nützende

41 Im Ergebnis sind Differenzen zwischen Vorstellungen unversöhnlicher Fremdheit und „Andersartigkeit“, Sendungsbewusstsein und imaginierte Vormundschaftspflichten („the white man’s burden“) und Utopien der Rassereinheit zu vernachlässigen, soweit den Unterworfenen alle Rechte und ihre Autonomie entzogen bleiben.

42 Zum Kolonialismus: Jürgen Osterhammel, *Kolonialismus: Geschichte, Formen, Folgen*, 5. Aufl., 2006; Boris Barth et al., *Das Zeitalter des Kolonialismus*, 2007. Zu Sklaverei und Plantagenwirtschaft: Ira Berlin, *Generations of Captivity. A History of African-American Slaves*, 2003; Kevin Bales, *Die neue Sklaverei*, 2001. Zu den Lagern: Hannah Arendt, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, 1955.

43 Andreas Eckert, *Kolonialismus*, 2006; Jürgen Osterhammel, Vom Umgang mit dem ‘Anderen’ – Zivilisierungsmissionen in Europa und darüber hinaus, in *Das Zeitalter des Kolonialismus* (Fn. 42 ), 2007, 45 ff. Siehe auch die Nachw. in Fn. 43.

44 E.g. Fanon, *The Wretched of the Earth*.

45 Joseph-Ernest Renan, *La réforme intellectuelle et morale*, 1871.

46 Nachw. Sylvia Schomburg-Scherff, Menschenfressende Plantagen, *journal-ethnologie* 29.8.2016.

47 Frank Beer et al. (Hrsg.), *Nach dem Untergang. Die ersten Zeugnisse der Shoah in Polen 1944-1947*, 2014; Primo Levi, *Ist das ein Mensch?*, 1961; Alexander Solschenizyn, *Der Archipel Gulag*, 1974; Jonas Kreienbaum, „Ein trauriges Fiasko.“ *Koloniale Konzentrationslager im südlichen Afrika 1900-1908*, 2015.

48 Arendt, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, 1955, 308 ff.

49 Gayatri Chakravorty Spivak, *Can the Subaltern Speak?*, 1988.

Reichtumsproduktion verwirklicht sich außerhalb des Rechts in der Synthese von Bürokratie, Unterdrückung und, wo nötig, Massaker.<sup>50</sup>

Im Plantagensystem wurden Sklaven importiert, exportiert, übereignet, als Ware gehandelt, bis schließlich Abolitionsbewegungen Gesetze erkämpften, unter anderem „to Prevent the Importation of Certain Persons into Certain States“.<sup>51</sup> Zuvor waren sie nach dem Verlust von Heimat, Körper und Status gezwungen, im permanenten Ausnahmezustand eine Art Schattenexistenz zu führen.<sup>52</sup> Bis Mitte des 18. Jahrhunderts gewährte das Gesetz Sklavenhaltern das Recht, Sklaven auszupeitschen, zu verstümmeln, unter bestimmten Bedingungen auch zu töten.<sup>53</sup> *Negro Acts* nahmen Sklaven in Einzelstaaten der USA selbst noch das Recht, lesen und schreiben zu lernen. Mit zynischer Konsequenz verweigerte die *Dred Scott*-Entscheidung des U.S. Supreme Court 1856 allen Schwarzen, ob Sklaven oder nicht, das Recht, Staatsbürger der USA zu werden.<sup>54</sup>

Eigentumsrecht und Freiheit der Person treten auf der Plantage auseinander: Als Arbeitsinstrument haben die Sklaven einen Preis, als Eigentum einen Wert, als Menschen sind sie nichts. Reduziert auf eine Sache, erfahren sie Anerkennung meist nur in den allfälligen Gewaltakten ihrer Herren, für deren Brutalität Philosophen, Gottesdiener und Politiker lange Zeit milde Worte finden.<sup>55</sup> In Menschenhandel, Kinder- und Zwangsarbeit und Zwangsprostitution setzt sich die ökonomische Rationalität der Sklaverei zeitgemäß fort.<sup>56</sup> In einigen Internierungslagern an den Rändern großer Industrie- und Einwanderungsgesellschaften, die zur Isolation und Immobilisierung von Flüchtlingen vorgesehen werden, fehlt der Aspekt der Verwertung, in anderen kommt er bei der Verwendung der Internierten auf irregulären Arbeitsmärkten zum Tragen.<sup>57</sup> So oder so werden in den Lagern die moralischen und humanitären Gewinne, errungen von den Abolitionsbewegungen des 19. Jahrhunderts, verschleudert.

Selbst vor den Toren der Vernichtungslager macht die moralisch blinde ökonomische Rationalität nicht Halt. Zwar fungieren die Insassen in der Tötungsmaschinerie als Ziffern ohne Preis, dennoch werden sie von den Betreibern der Lager gleichsam als Regime-Eigentum geführt. Die Paradoxie des Ausnahmezustandes zeigt sich darin, dass aus den ihm Unterworfenen selbst in der Haft und noch vor ihrer Auslöschung als zwangsverpflichtete „Leiharbeiter“<sup>58</sup> Kapital geschlagen wird.

50 Arendt, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*.

51 U.S. Bundesgesetz von 1803 – [http://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/s1003.asp](http://avalon.law.yale.edu/19th_century/s1003.asp).

52 Mbembe (Fn. 6), *Necropolis*, 21.

53 South Carolina Slave Laws Summary and Records – <https://web.archive.org/web/20120302150227> – Zugang am 30.8.2016; Berlin (Fn. 42), 74.

54 *Dred Scott v. John F.A. Sanford* 60 U.S. 393 (1856). Die Entscheidung wurde mit der offiziellen Abschaffung der Sklaverei in den USA 1865 durch das 13. Amendment aufgehoben.

55 Hans Joas, Zur Rechtfertigung der Sklaverei, APuZ – Beilage zur Zeitschrift das Parlament – 50-51/2015; William Clarence-Smith, Religions and the Abolition of Slavery – A Comparative Approach – [http://www.lse.ac.uk/economicHistory/Research/FEHN/GEHNPDF/Conf10\\_Clarence-Smith.pdf](http://www.lse.ac.uk/economicHistory/Research/FEHN/GEHNPDF/Conf10_Clarence-Smith.pdf).

56 Jürgen Kunze, Sklaverei heute. Ökonomische Rationalität in Geschichte und Gegenwart – [http://www.journal-ethnologie.de/Deutsch/Schwerpunktthemen\\_2004/Sklaverei/Sklaverei\\_heute/index.phtml](http://www.journal-ethnologie.de/Deutsch/Schwerpunktthemen_2004/Sklaverei/Sklaverei_heute/index.phtml) (29.8.2016); Kevin Bales, *Sklaverei heute*, 2001; Walk Free Foundation (Hrsg.), *Global Slavery Index*, 2014.

57 Nachweise für die USA: Nicolas de Genova, The Legal Production of Mexican/Migrant ‚Illegality‘, in: S. Lazar (ed.), *The Anthropology of Citizenship*, 2013, 309 ff.

58 Alexander von Plato et al. (Hrsg.), *Hitlers Sklaven*, 2008; Mark Spoerer, *Zwangsarbeit unter dem Hakenkreuz*, 2001.

### III. Ausnahmezustand und Verfassung

#### Prärogative

Der Ausnahmezustand entbindet die irreguläre Seite der Macht.<sup>59</sup> Wo diese den Bereich des Katastrophenschutzes verlässt, führt sie vor aller Augen einen geheimen Krieg gegen die Gesellschaft. In einer Demokratie ist dieses offene Geheimnis, dass ihre Stabilität in Notlagen von einer radikal anti-demokratischen Praxis abhängt,<sup>60</sup> unbedingt zu wahren. Politische Regellosigkeit darf sich keinesfalls *als solche* zu erkennen geben. John Locke hatte das erkannt. Er führte die monarchische Prärogative daher unauffällig im Schatten des liberalen Regierungsparadigmas mit und hielt der Politik das Tor zur „power to act according to discretion, for the public good, without the prescription of the law“ – zum schlechten Gewissen der *rule of law* – für alle Fälle des „Rechtsversagens“ offen.<sup>61</sup> Nach dieser Maxime handeln, mit kalkulierter Brutalität, Regime, die keine Gefangenen machen, ihre Opfer isolieren, in Geheimgefängnissen foltern, ermorden und nach getaner Arbeit alle Spuren von deren Existenz auszulöschen suchen.<sup>62</sup>

Dass Regellosigkeit um den Preis ihres Gesichts- und Legitimitätsverlusts nicht als solche erkennbar sein darf, könnte dafür sprechen, einen Schritt weiter zu gehen als Locke und die Prärogative zu verrechtlichen, den Ausnahmezustand konstitutionell einzuhegen. Fraglich ist zunächst, wie oder besser wo sich der Ausnahmezustand im Verhältnis zur Rechtsordnung situieren lässt. Dabei spielt die Blickrichtung, wie von den Theorien zu lernen ist, eine nicht geringe Rolle.

#### Phantasma und Mysterium des Ausnahmezustandes

Wie nach früheren Arbeiten<sup>63</sup> zu erwarten, orientierte sich Carl Schmitt an der Frage, *wer* entscheiden soll, und richtete sein Augenmerk auf den Souverän. Dessen düsteren Krönungssaal entwirft er als Ausnahmezustand.<sup>64</sup> Seine radikale Ablehnung des liberalen Gesetzespositivismus und sein Widerwille gegen die Normalität der Weimarer Republik soufflierte ihm, das Außerordentliche im Raum zwischen Recht und Nichtrecht anzusiedeln. Wie Caravaggio für seine Kunst nahm er für seine Staatslehre das Privileg des Künstlers in Anspruch, von jeglicher politischen Haftung dispensiert zu werden. Er bewegte sich zwischen Norm und Dezision in gedanklicher Nähe zu Machiavelli und jenen Theoretikern der Staatsräson, die den Entscheider von rechtlichen Rücksichten befreien.

Inspiziert von Walter Benjamin verortet Giorgio Agamben den Ausnahmezustand demgegenüber im Mysterium einer von allen Zwecken bereinigten Gewalt. In kritischer Distanz zu Integrationslehren und zu Schmitt begründet er den Ausnahmezustand als Raum ohne Recht, der weder in dessen Innenraum noch in einem Zwischenraum zu ver-

59 Eva Horn, *Der geheime Krieg: Verrat, Spionage und moderne Fiktion*, 2007.

60 Staun, Terrorfrei (Fn. 21).

61 John Locke, *Second Treatise of Government*, 1689, Ch. XIV, sec. 160.

62 Die mildeste Variante dieser Maxime zeigt sich im Typus der ungebundenen Entscheidung der Ermessensverwaltung, umso wichtiger also, auf vorausliegenden (Selbstbindung) und nachgehenden gerichtlichen Kontrollen ihrer Gesetz- und Verhältnismäßigkeit zu insistieren.

63 Schmitt, *Gesetz und Urteil*, 1912; ders., *Die Diktatur*, 1921.

64 Ausführlich hierzu und zum Folgenden Frankenberg, *Staatstechnik* (Fn. 1), 145 ff.

orten ist.<sup>65</sup> Vom „Nullpunkt“ des Gesetzes aus unternimmt er eine andere Bestimmung von Ort und Beziehungen dieses Zustandes zum Recht und kommt zu dem Schluss, dass das Recht dort, wo es suspendiert ist, wohl in Kraft bleibt, ohne Gesetzeskraft zu entfalten: „Es gibt nur noch eine Zone der Anomie, in der Gewalt herrscht, ohne jeden rechtlichen Deckmantel.“<sup>66</sup> Seine darob ratlose Leserschaft lässt er mit dem Hinweis zurück, dass der Ausnahmezustand „das Dispositiv [ist], das in letzter Instanz die beiden Seiten der rechtlich-politischen Maschine zum Ausdruck bringen und zusammenhalten muss und dabei eine Schwelle der Unentscheidbarkeit errichtet, zwischen Anomie und Nomos“<sup>67</sup>. Gewiss, so wird es sein.

Wo Schmitt die „nicht rasonnierende, nicht diskutierende, sich nicht rechtfertigende Entscheidung“ über die Ausnahme in seiner „Politischen Theologie“ romantisiert, wird sie von Agamben mystifiziert. Das Phantasma des Außerordentlichen gestattet Schmitt, eine höhere, der Legalität überlegene Legitimität einzuführen und die von ihm verachtete, in der Tat schwierige Normalität einer demokratischen Republik an die konkrete diktatorische Ordnung auszuliefern: zunächst an die kommissarische, auf Art. 48 WRV gestützte Präsidialdiktatur, dann die souveräne Führerdiktatur: „Der Führer schützt das Recht vor dem schlimmsten Missbrauch, wenn er im Augenblick der Gefahr kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft.“<sup>68</sup> Agamben kritisiert Schmitts Versuch, den Souverän in der Rechtsordnung zu verankern und den Ausnahmezustand in einem Zwischenraum zu verorten. Die Ausnahmelage konzipiert er selbst nicht als Machtfülle eines Diktators, sondern als außerrechtlichen „Zustand, Leere und Stillstand des Rechts“.<sup>69</sup> Am Ende kommt er zu einem rätselhaften Weder-Noch: Der Ausnahmezustand ist weder als faktischer noch als rechtlicher zu fassen.<sup>70</sup>

Beide legen ihrer Theorie ein eigentümlich verzeichnetes Verständnis rechtlicher Normalität zugrunde. Ihre Konzeptionen leben vom Gegenbild eines homogenen, starren und statischen Modells der Norm und des Normalen.<sup>71</sup> Sie scheinen zu verkennen, dass Normalität nur als Konstruktion zu begreifen ist, deren Regeln in einem dynamischen Prozess fortlaufend der Veränderung unterworfen sind.<sup>72</sup> Beide teilen überdies das Missverständnis, dass sich eine suspendierte Rechtsordnung nach Annullierung der Suspendierung ohne Weiteres wiederherstellt.<sup>73</sup> Den Vertrauensverlust eines einmal außer Kraft gesetzten Rechts stellen sie in die Bilanz nicht ein, ebenso wenig die Gefahr, dass Recht, dem der Schatten der Ausnahme nachgeht, fortan im Ruf stehen könnte, nur mehr eine Ordnung auf Widerruf zu sein.

65 Giorgio Agamben, *Ausnahmezustand*, 2004, 62.

66 Ebd., 71.

67 Ebd., 101.

68 Carl Schmitt, Der Führer schützt das Recht, *Deutsche Juristen-Zeitung* (1934), Sp. 945 ff.

69 Agamben, *Ausnahmezustand* (Fn. 65), 54 und 62 ff. im Anschluss an die Theorie des Justitiums.

70 Ebd., 101; siehe auch Agamben, *Homo Sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben*, 2002, 28.

71 Vgl. Schmitt, *Politische Theologie* (Fn. 2), 19; ders., *Der Hüter der Verfassung*, 4. Aufl., 1996, 75f.

72 Die *lex posterior*-Kollisionsregel hätte ihnen das nahelegen können. Siehe dazu Erhard Denninger, Normalfall oder Grenzfall als Ausgangspunkt rechtsphilosophischer Konstruktion?, in: Brugger/Haverkate (Hrsg.), *Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie*, 5; Frankenberg, *Staatstechnik* (Fn. 1).

73 Ebenso wie Schmitts annullierte Ehe für ihn und die katholische Kirche niemals Bestand hatte.

## Verrechtlichung des Ausnahmezustandes

Wer das Recht daher im Blick behalten möchte und dessen Anspruch, alles Wesentliche zu regeln, zunächst ernst nimmt, wird eher geneigt sein, die Ausnahmelage irgendwie *im* Recht unterzubringen. Pragmatisch rückt die Frage in den Vordergrund, *wie* über die Ausnahme – ihr Vorliegen und ihre Bewältigung unter Rückgriff auf Ausnahmebefugnisse – entschieden werden soll. Vorab bieten sich zwei theoretische Zugänge an: Erstens könnte man von einem dem positiven Recht vorausliegenden, natürlichen oder ursprünglichen Recht einer Gesellschaft auf Selbsterhaltung ausgehen, vergleichbar etwa Hobbes' „laws of nature“. <sup>74</sup> So gelangt man zu der Ermächtigung, dieses in Ausnahmelagen auszuüben. Das (paradoxe) positivisierte überpositive Widerstandsrecht des Art. 20 Abs. 4 GG ließe sich als Rückgriff auf das vormoderne Widerstandsrecht lesen. Ähnlich wäre die Annahme eines „überverfassungsgesetzlichen Notstandes“ zu verstehen, der in kühner Analogie zu § 34 StGB *an sich* illegale Anti-Terrormaßnahmen gegen die RAF und ihre Sympathisanten rechtfertigen sollte. <sup>75</sup>

Wer andererseits dafür hält, der *pouvoir constituant* als Inbegriff der Entscheidung „letzter Fragen“ schließe auch die Möglichkeit ein, den Ausnahmezustand konstitutionell einzuhegen, vermag ihn als Kompetenz für Notstandslagen zu begreifen. Damit ist freilich nicht gesagt, wie sich dessen Einhegung bewerkstelligen lässt. In der Tat gibt es nicht wenige Theorien, die ausschließen, Ausnahmelagen könnten verfassungsrechtlich diszipliniert werden, oder die nach dem „business as usual“-Modell <sup>76</sup> davon ausgehen, dass sich außergewöhnliche Krisensituation entweder nicht wesentlich von normalen unterscheiden oder aber, wenn es darauf ankommt, sich irgendwie (verfassungs)rechtlich bewältigen lassen.

Diesen Ansätzen nähern sich Autoren, die es für vorzugswürdig halten, wenn Sicherheitskräfte in Ausnahmelagen *offen* außerhalb des Rahmens von Recht und Verfassung operieren. Sie vertrauen die Korrektur – die Rückkehr zur Normalität des Rechtsmäßigen – nach getaner Arbeit einer Ethik der Verantwortlichkeit an, die über die Locke'sche Prärogative hinausweist. <sup>77</sup> Dieser theoretische Versuch weicht am Ende der Konstitutionalisierungsproblematik in die Ethik aus und folgt dem frommen Wunsch, Transparenz möge dem geheimen Staatshandeln in Ausnahmelagen beikommen. Wer nur die Entwicklung Guantanamo oder die Überwachungspraxis der Geheimdienste vor Augen hat, wird diesem Vorschlag wenig abgewinnen.

74 Thomas Hobbes, *Leviathan*, 1651, Kap. XIV und XV.

75 Befürwortet von Meinhard Schröder, *Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaates*, AöR 1978, 121 ff. Zur Kritik Jürgen Seifert, *Die Abhör-Affäre 1977 und der überverfassungsgesetzliche Notstand*, KJ 1977, 105 ff.

76 Dazu ausführlich Oren Gross, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always be Constitutional?*, 112 *Yale Law Journal* (2003), 1014/1021 mit zahlreichen Nachweisen.

77 Soweit sie die implizite Zustimmung *ex ante* durch die Ratifizierung *ex post* oder deren Ablehnung ersetzt. Gross, *Chaos and Rules* (Fn. 76 ), 1096 ff. Ähnlich Alan Dershowitz, *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, 2002, 158 ff.

## Konstitutionalisierung

Für eine Konstitutionalisierung des Ausnahmezustandes bieten sich unterschiedliche Ansätze und Argumente an, die sich auf die Optionen Generalklausel, Modellstruktur oder Typisierung konzentrieren lassen. Eine Generalklausel hat die Struktur, genauer: Strukturlosigkeit, einer Notstandsregelung wie etwa des erwähnten, von unbestimmten Rechtsbegriffen aufgelockerten § 34 StGB, freilich ohne stets über die Schließmechanismen von dessen Begleitdogmatik zu verfügen. Kaum weniger porös und daher mit kaum größerer Kontrolldichte gestattet Art. 15 EMRK den Hohen Vertragsparteien, „Maßnahmen zu treffen, die von den in dieser Konvention vorgesehenen Verpflichtungen abweichen, jedoch nur, soweit es die Lage unbedingt erfordert“ und sonstige völkerrechtliche Verpflichtungen gewahrt sind (Art. 15 EMRK).<sup>78</sup> Auslösebedingung ist nach Maßgabe der Konvention eine Bedrohung des Lebens der Nation durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand, während die türkische Verfassung „war, mobilization, martial law or a state of emergency“ auflistet. Außer dem Mangel an Bestimmtheit signalisiert, insofern typisch, Art. 154 ÄgyptVerf (2014) eine weitere Schwachstelle vieler Generalklauseln: Sie fassen sich kurz und überlassen qua Delegation dem einfachen (!) Gesetzgeber, sich in den Fallstricken von Ausnahme/Regel und „tragic choices“ zu verfangen.<sup>79</sup>

Demgegenüber und wohl deswegen präferiert Ernst-Wolfgang Böckenförde eine „Modellstruktur“ für die positiv-verfassungsrechtliche Bewältigung von Ausnahmelagen.<sup>80</sup> Eine solche hält etwa die Indische Verfassung von 1949 mit eingehenden prozeduralen Bestimmungen und Kompetenzregelungen für alle Fälle des „grave emergency“ vor (Art. 352 ff.). Zwar folgt Böckenfördes Ansatz nicht Schmitts „Souveränitätsepiphanie“ (Hasso Hofmann), denkt jedoch den Ausnahmezustand in der etatistischen Tradition vom Staat her und begründet die Notwendigkeit einer modellhaften Regelung mit einer Lücke in der Verfassungsordnung. Das Problem einer solchen Lückenperspektive liegt auf der Hand. Über kurz oder lang holt die Unvorhersehbarkeit der Ausnahmelage die Modellstruktur ein und lässt in ihr neue Lücken zutage treten. Da Normallagen und auch Ausnahmezustände, wie oben diskutiert, ihre Zeit haben,<sup>81</sup> läuft die Annahme einer unvollständigen Rechtsordnung Gefahr, in einen „infiniten Regress immer weiterer Meta-(Staats-)Notrechte“ zu führen.<sup>82</sup>

78 Nahezu *verbatim* übernommen in einer Reihe von nationalen Verfassungen, wie etwa Art. 15 TürkVerf (1982).

79 So beispielsweise Art. 67 der Verfassung Kubas (1976/2002).

80 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen, *NJW* 1978, 1881 ff.; ähnlich Enders, *Der Staat in Not*, *DÖV* 2008, 1039 ff. Zur Kritik Lübke-Wolff, Rechtsstaat und Ausnahmerecht, *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 1980, 110 ff., und Frankenberg, *Staatstechnik* (Fn. 1) 152 ff.

81 „Geschichtliche Erfahrung lehrt, dass solche Normallagen ihre Zeit haben, juristische Erfahrung lehrt, dass es geboten erscheint, Normallagen nicht ohne den Ausnahmefall in Betracht zu ziehen.“ Ernst Forsthooff, Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung, *Der Staat*, 1963, 385 ff. (397).

82 Steffen Augsburg, ‘Denken vom Ausnahmezustand her’. Über die Unzulässigkeit der anormalen Konstruktion und Destruktion des Normativen, in: Felix Arndt et al. (Hrsg.) *Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit*, 2009, 17 ff. (26).

Die Notstandsgesetze von 1968 stehen für den Versuch, Ausnahmelagen durch Typisierung verfassungsrechtlich überschaubar und beherrschbar zu machen.<sup>83</sup> Verteidigungsfall (Art. 115a ff. GG), Spannungsfall/Bündnisfall (Art. 80a), Naturkatastrophe und Unglücksfall (Art. 35 Abs. 2, 3 GG), bewaffneter Aufstand (Art. 87a Abs. 4 GG) und „innerer Notstand“ (Art. 91) orientieren sich ganz offensichtlich an historischen Vorbildern. Hinzu tritt der fast vergessene Gesetzgebungsnotstand<sup>84</sup> (Art. 81), als parlamentarisch-demokratische Alternative zu Art. 48 WRV, der bei einer Funktionsstörung des Bundestages – nicht wirklich ein Ausnahmezustand – Bundesregierung und Bundesrat zum Ersetzungsgesetzgeber erklärt. Im Grundgesetz fehlt eine Ausstiegsklausel aus der Enumeration,<sup>85</sup> nach dem Beispiel etwa der Verfassung Kolumbiens, die die Anwendung von „emergency powers“ über Krieg und „state of disturbance“ hinaus für „events different from those provided in Articles 212 and 213“ öffnet.

Für die Typisierung von Ausnahmelagen spricht, dass sie (meist leidvolle) historische Erfahrung zur Geltung bringen.<sup>86</sup> Freilich ist der Gebrauchswert solcher Ansätze, Ausnahmen enumerativ an die Kette zu legen, begrenzt: Während Naturkatastrophen mit stoischer Gleichförmigkeit in die Normalität einbrechen, unterscheiden sich bereits die von Menschen verursachten Nuklear- und Industriekatastrophen, erst recht die politisch-militärischen Ausnahmelagen erheblich nach Art der Auslösung und Ausmaß der Verwüstungen, die sie anrichten. Angesichts der oben erörterten Veränderungen werden klassische Lagen zunehmend zu Mustern ohne Wert und verfehlen den Zweck, staatliches Handeln zu steuern, berechenbar zu machen und auf die zur Krisenbewältigung unerlässlichen Eingriffe zu beschränken. Wenn Ausnahmelagen ihre Zeit haben, wäre ihre Typisierung empirisch informiert zu aktualisieren, will man Belagerung, Krieg, Aufruhr usw. nicht nur in der Vitrine des Außergewöhnlichen bestaunen. Zur Belagerung hat uns Prinz Eugen oder die Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts wenig mitzuteilen, wenn eine Minderheit, gestützt auf Polizei und Militär des Apartheid-Regimes, die afrikanische Bevölkerungsmehrheit in *townships* und *homelands* abdrängte und dort jedenfalls bis 1996 belagern konnte; wenn im Westjordanland die Belagerung der Bevölkerung Palästinas von festungsähnlichen Siedlungen ausgeht, welche die Gebiete „gestufter Autonomie“ durchsetzen. Bei Clausewitz können wir keine angemessenen Einschätzungen von Cyberwar, asymmetrischen Kriegen oder *lawfare*<sup>87</sup> erwarten. Die Theorie des Ausnahmezustandes ist auf Neokolonialismus und neue Formen der Sklaverei einzustellen. Vor allem aber ist abzusehen vom Phantasma des Außerordentlichen und sind die Kapillare der Normalisierung des Ausnahmezustandes zu erforschen.

83 Dazu die Kontroverse: Böckenförde, Der verdrängte Ausnahmezustand (Fn. 80), NJW 1978, 1881 ff.; Gertrude Lübke-Wolff „Rechtsstaat und Ausnahmerecht“ (Fn. 80). Vgl. auch Rossiter *Constitutional Dictatorship* (Fn. 8).

84 Klaus Stern, Der Gesetzgebungsnotstand – eine vergessene Verfassungsnorm, in: *Festschrift F. Schäfer*, 1980, 129 ff.

85 Das konnte bei der Kritik der Notstandsgesetze ex ante nicht angemessen gewürdigt werden.

86 Erkennbar auch in der Verfassung Chiles von 2012, die sich – vor dem Hintergrund der Pinochet-Diktatur – in den Art. 32 ff. um eine möglichst präzise Umschreibung der Ausnahmelagen – external/internal war, internal commotion, emergency, public calamity, state of siege, state catastrophe, state of assembly – bemüht.

87 *Lawfare* bezeichnet die “strategy of using and misusing law as a substitute for traditional military means to achieve an operational objective” (Major General Charles J. Dunlap Jr., deputy judge advocate general der US Air Force, zit nach Horton (Fn. 30), *Harper’s Magazine*, 74). Siehe auch Kennedy, *Of War and Law*, 2006.

#### IV. Normalisierung der Ausnahme

Im Unterschied zur Regel, die ihre Notwendigkeit fast zwanglos mit sich führt, kann eine Ausnahme ihre Notwendigkeit als präventive Maßnahme nie belegen. Dass Meinungen und Versammlungen frei sind, versteht sich in einer Demokratie kontrafaktisch von selbst, ebenso *Habeas corpus* und *due process* im Rechtsstaat. Vertrags- und Eigentumsfreiheit entsprechen der Wirtschaftsverfassung des Kapitalismus. Der Rechtfertigung bedarf dagegen deren Einschränkung. Hier fungiert die Verhältnismäßigkeit als Schlüsselbegriff<sup>88</sup> (siehe Art. 15 Abs. 1 EMRK). In gesteigertem Maße verlangt ihre Suspendierung nach Legitimation; sie beruft sich gern auf Notwendigkeit, um Katastrophen zu beherrschen, Gesellschaften vor dem Chaos zu retten oder Aufstände niederzuschlagen. Um – bei Wahrung der operativen Flexibilität – die gesteigerte Rechtfertigungslast abzuschüteln, hat sich als säkularer Trend eine Staatstechnik<sup>89</sup> durchgesetzt, die den Ausnahmezustand nicht erklärt und prozedural einhegt, sondern *normalisiert*.

Normalisierung unterwirft Demokratien einem Regime illiberaler Gouvernamentalität.<sup>90</sup> Sie tritt zutage in Gestalt von Strategien indirekter Verhaltenssteuerung: der allfälligen Überwachung, der Akkumulation von Wissen durch neue Beobachtungsmethoden und Aufzeichnungstechniken zur Verfeinerung der sozialen Kontrolle. Die Prerogative und mit ihr die liberale Verlegenheit, außerordentliche Bedrohungslagen mit den Bordmitteln des Rechtsstaates nicht beherrschen zu können, werden mit der „Einregistrierung“ bzw. Internalisierung des Ausnahmezustandes in die Kapillare des Rechts der Normallage eingeführt, dort zum Verschwinden gebracht. Dieser Prozess verläuft insofern als Normalisierung, als ausnahmerechtliche Instrumente und Argumente in die Begrifflichkeit und Dogmatik des Normalrechts, insbesondere des Gefahrenabwehrrechts aufgenommen werden. Im Gewande des Polizeirechts oder Strafprozessrechts werden Sonderbefugnisse zur indirekten Verhaltenskontrolle und -steuerung neben Standardbefugnissen geführt und veralltäglicht.

Die Normalisierung der Ausnahme schreibt sich, erstens, in eine Semantik der *Verharmlosung* ein. Sie beginnt bei der „behuhsamen“ Verstellung kriegerischer Waffengänge, in Art. 68 RV als Kriegszustand benannt, als Verteidigungs-, Spannungs- oder Bündnisfälle. Im Grundgesetz lässt immerhin der notstandsgesetzliche Rahmen aufmerken. Nachhaltiger normalisierend fungieren Begriffe wie „finaler Rettungsschuss“, „Rettungsfolter“ oder der „Rettungsabschuss“ eines Renegade-Flugzeuges, das sich in der Hand mutmaßlicher Terroristen befindet, weil sie die bezeichneten Maßnahmen ohne den Sichtvermerk „Ausnahmebefugnis“ in das Gefahrenabwehrrecht einstellen.<sup>91</sup>

Zweitens: Diese semantischen Umbesetzungen modellieren eine neue *Topographie* der Normativität der Normallage. Der kategorische Imperativ der Sicherheit informiert ein sicherheitsstaatliches Design, das Eingriffsschwellen (Gefahr/Risiko, Tatverdacht), kategoriale Unterscheidungen (Störer/Nichtstörer, Gefährder) und die gerichtliche Kontrolldichte neu arrangiert. Im Ergebnis werden freiheitssichernde Grenzen aufgehoben, ver-

88 Erhard Denninger, Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe, in: ders., *Der gebändigte Leviathan*, 1990, 158 ff.

89 Zum Folgenden Frankenberg, *Staatstechnik* (Fn. 1), 33 ff., 36 ff.

90 Die These der Normalisierung überschneidet sich mit Foucaults Analysen der Gouvernamentalität und der Sicherheitsdispositive. Michel Foucault, *In Verteidigung der Gesellschaft*, 1999; ders., *Geschichte der Gouvernamentalität*, 2 Bde., 2004.

91 Frankenberg, *Staatstechnik* (Fn. 1), 34 ff. und 274 ff. m. zahlr. Nachw.

liert der ohnehin poröse Verhältnismäßigkeitsgrundsatz seine rechtsstaatliche Kontur, verflüchtigt sich die gerichtliche Kontrolldichte und mutiert das Gefahrenabwehr- zum Gefahrerfindungsrecht.

Der zum Sicherheitsstaat umgebildete Rechtsstaat hat die Prärogative nahezu unauffällig kleingearbeitet und Ausnahmebefugnisse von allzu restriktiven rechtlichen Behelligungen freigezeichnet. Die Rechtfertigungsdogmatik zu „Rettungsfolter“ oder „Rettungsschuss“, auch die differenzierte Apologie eines „Feindstrafrechts“ und, weniger differenziert, außerrechtlicher Anti-Terrormaßnahmen<sup>92</sup> zeigt an, dass die Normalisierung begonnen hat, in die Kapillare des Rechtsbewusstseins einzudringen: Zur intellektuellen Grundausrüstung der juristischen Profession gehört die Fähigkeit, Normalität und Ausnahme zu unterscheiden. Sie scheint sich überlebt zu haben.

### Epilog

Aus dem Blickwinkel der Gegenwart, die warten muss, bis Geschichte einen Teil der Last aus dem kollektiven Gedächtnis abträgt, wird die Welt erlebt als eine aus den Fugen geratene Situation. Einbrüche von Naturkatastrophen verdichten sich. Der Klimawandel sorgt für allzu begründete, serielle Katastrophenmeldungen. Dass sich pazifische Inseln infolge der strukturellen Erwärmung von Atmosphäre und Erde buchstäblich auf ihren Untergang einstellen müssen, verleiht dem Ausnahmezustand apokalyptische Züge. In aller Welt treten die Völkerwanderungen seit langem über die Ufer des Üblichen. Wer könnte die Zahl der von Klimaschäden, sozial und wirtschaftlich elenden Lebensbedingungen, von Kriegen und Bürgerkriegen Vertriebenen noch überschauen? Ein Ende der Fluchten und *displacements*, der handgreiflichen und strukturellen Gewalt zeichnet sich nicht ab. Hier wären im Übrigen noch die eher traditionellen Konstellationen einzurechnen, die im Kampf gegen Terror und organisierte Kriminalität als Ausnahmezustand ausgeflaggt werden.

Das Bild runden „hybride Bedrohungen“ ab, auf die auch das Weißbuch der Sicherheitspolitik und die „Konzeption Zivile Verteidigung“<sup>93</sup> soeben das öffentliche Bewusstsein einstellen. Hybridität tritt zutage in der „gezielten Verwischung der Grenze zwischen Krieg und Frieden“, so die Formulierung des Bundesministeriums des Innern. Administrative Rationalität will ihnen mit „Maßnahmen der Härtung“ entgegenreten.<sup>94</sup>

Ausnahmezustand mutiert von einem je spezifisch konnotierten Ereignis zum Kollektivsingular für sich überstürzende Krisen und „spät erkennbare Bedrohungen“. Deren Dynamik droht Regeln und Maßstäbe der Normalität zu verschlingen. So vollendete sich der Triumph des – in Theorie und Praxis mitunter absichtsvoll angelegten – Kannibalismus der Ausnahme.

92 Günter Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *Online-Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht*, 2004, 88 ff. und Gross, Chaos and Rules (Fn. 76).

93 Bundesministerium des Innern, *Konzeption Zivile Verteidigung*, 2016. Dazu Mark Siemons, Zivilschutz, *FAS* 28.8.2016, 43. Vgl. auch Bundesministerium für Verteidigung, *Weißbuch zur Sicherheitspolitik und Zukunft der Bundeswehr*, 2016.

94 Dazu gehört neben baulichen Maßnahmen, Schutzräumen auch die Empfehlung, pro Person Trinkwasser für fünf Tage, allerdings Lebensmittel für zehn Tage vorzuhalten. Der behördlich antizipierte, an sich unberechenbare Ausnahmezustand entbehrt nicht einer gewissen Ironie.