

## Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsverzeichnis . . . . .	IX
1. Teil: Einführung . . . . .	1
§ 1 <i>An den Grenzen der Verfassung</i> . . . . .	1
I. Der Ausnahmezustand als wiederentdecktes Institut des Verfassungsrechts . . . . .	1
II. Leitfragen . . . . .	8
III. Ausnahmeverfassungsrecht als Untersuchungsgegenstand . . .	12
IV. Gang der Untersuchung . . . . .	14
V. Methode: Recht im Kontext . . . . .	16
VI. Distanzierungen . . . . .	18
VII. Sieben gängige Thesen zum (Verfassungs-)Recht in der Krise . .	24
2. Teil: Theorie und Geschichte des Ausnahmeverfassungsrechts	35
§ 2 <i>Begriffliche und phänomenologische Konturierung</i> . . . . .	35
I. Ausnahme . . . . .	35
II. Ausnahmezustand . . . . .	49
III. Ausnahmeverfassungsrecht . . . . .	74
§ 3 <i>Inklusion oder Exklusion des Ausnahmezustands?</i>	
<i>Eine ideengeschichtliche Verortung der existentiellen Krise</i> . . . . .	85
I. Problemstellung: vom Innen und Außen des Rechts . . . . .	85
II. Inklusion durch Konstitutionalisierung des Belagerungszustands . . . . .	89
III. Exklusion oder: Grenzen der Inklusion durch Verfassungsinterpretation . . . . .	92
IV. Pseudoinklusion bei <i>C. Schmitt</i> . . . . .	105
V. Zeitgenössische Spiegelungen: vom ewigen Streit zum Paradox	112

§ 4 <i>Inklusion – aber wie? Die Krisenregelungen des Grundgesetzes im diachronen und synchronen Vergleich</i> . . . . .	126
I. Methodische Vorbemerkung: zur Notwendigkeit einer vergleichenden Analyse . . . . .	126
II. Der Ausnahmezustand in der Gestalt des Belagerungszustands	129
III. Der Ausnahmezustand in der Gestalt der konstitutionellen Diktatur . . . . .	136
IV. Der Ausnahmezustand in der Gestalt eines parlamentarisch-rechtsstaatlichen Ausnahmeverfassungsrechts . . . . .	144
V. Verfassungsvergleichende Einordnung des grundgesetzlichen Regelungsmodells . . . . .	184
VI. Reformbedürftigkeit des grundgesetzlichen Ausnahmeverfassungsrechts angesichts des internationalen Terrorismus? Ein verfassungspolitischer Ausblick . . . . .	200
 3. Teil: Not kennt Gebot:	
Dogmatik des Ausnahmeverfassungsrechts . . . . .	207
§ 5 <i>Der Lackmustest: Grundrechte unter Ausnahmeverbehalt?</i> . . . . .	207
I. Problemstellung: der Umgang mit Freiheitsrechten als eine der zentralen Fragen des Ausnahmezustands . . . . .	207
II. Die historische Antwort: das Suspensionsmodell . . . . .	210
III. Das grundgesetzliche Gegenmodell: Einschränkung statt Suspension (Einschränkungsmodell) . . . . .	221
IV. <i>Law in action</i> : Effektivierung des Einschränkungsmodells insbesondere durch das Bundesverfassungsgericht . . . . .	262
V. Das Modell in der Kritik. Eine Gegenkritik . . . . .	306
§ 6 <i>Ungeschriebenes Staatsnotrecht, Indemnität und der Einzelne</i> . . . . .	331
I. Problemstellung . . . . .	331
II. Ablehnung des ungeschriebenen Staatsnotrechts . . . . .	333
III. Indemnitätsgesetzgebung als Alternative? . . . . .	343
IV. Fazit und Ausblick: Grenzen der Verrechtlichung und die Rolle des Einzelnen im Ausnahmezustand . . . . .	358
 Bibliographie . . . . .	365
Sachregister . . . . .	413

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsübersicht . . . . .	VII
1. Teil: Einführung . . . . .	1
§ 1 <i>An den Grenzen der Verfassung</i> . . . . .	1
I. Der Ausnahmezustand als wiederentdecktes Institut des Verfassungsrechts . . . . .	1
II. Leitfragen . . . . .	8
III. Ausnahmeverfassungsrecht als Untersuchungsgegenstand . . . . .	12
IV. Gang der Untersuchung . . . . .	14
V. Methode: Recht im Kontext . . . . .	16
VI. Distanzierungen . . . . .	18
1. Kein Entwurf des Rechts von der Ausnahme her . . . . .	18
2. Keine Überschätzung der Ausnahme . . . . .	20
3. Keine Ästhetisierung der Ausnahme . . . . .	22
VII. Sieben gängige Thesen zum (Verfassungs-)Recht in der Krise . . . . .	24
1. Eine Verrechtlichung der Krise ist nicht möglich: Normativität setzt Normalität voraus. Daher kennt Not kein Gebot . . . . .	25
2. Grundrechte im Ausnahmezustand: Es gibt keine unverzichtbaren Normen mehr . . . . .	29
3. „Die Not ist die Stunde der Exekutive.“ . . . . .	30
4. „Legiscide“ – Das Parlament entmachtet sich selbst . . . . .	31
5. Die Gerichte sind im <i>law cycle</i> gefangen . . . . .	32
6. Mehrebenensysteme entwickeln sich im Ausnahmezustand zur <i>distributed dictatorship</i> . . . . .	33
7. Normalisierung des Ausnahmezustands: Die Ausnahme wird zur Regel . . . . .	33

2. Teil: Theorie und Geschichte des Ausnahmeverfassungsrechts	35
§ 2 <i>Begriffliche und phänomenologische Konturierung</i> . . . . .	35
I. Ausnahme . . . . .	35
1. Die Ausnahme – eine vergessene Kategorie der Rechtswissenschaft . . . . .	35
2. Inkurs: Die Entdeckung der Ausnahme aus Gründen der Billigkeit und Not . . . . .	39
3. Zur Frage der rechtsstaatlichen Problematik von Ausnahmen	42
a) Gesetzliche Ausnahmen . . . . .	42
aa) Ausnahmen im Gesetz . . . . .	42
bb) Einzelfall- und Maßnahmegesetze als Ausnahme von der Allgemeinheit des Gesetzes . . . . .	43
cc) Sog. Ausnahmegesetze . . . . .	46
b) Ausnahmen vom Gesetz: von Exekutive und Judikative vorgenommene Ausnahmen . . . . .	46
II. Ausnahmezustand . . . . .	49
1. Der Ausnahmezustand als Verfassungsproblem . . . . .	49
2. Ist die Suspension ein notwendiges Merkmal des Ausnahmezustands? . . . . .	53
3. Vom echten und unechten Ausnahmezustand zu einem Schichtenmodell des Rechts . . . . .	63
4. Vom Ausnahmezustand zur Krise? . . . . .	68
5. Inkurs: Die Billigkeit als parallele Erscheinungsform zum Ausnahmezustand . . . . .	72
III. Ausnahmeverfassungsrecht . . . . .	74
1. Einführung des neuen Begriffs des Ausnahmeverfassungsrechts . . . . .	74
2. Das Korpus des Ausnahmeverfassungsrechts: Krise als Ausnahmelage . . . . .	77
3. Die Unterscheidung zwischen positivem und negativem Ausnahmeverfassungsrecht . . . . .	79
4. Europäisches Ausnahmeverfassungsrecht . . . . .	80
§ 3 <i>Inklusion oder Exklusion des Ausnahmezustands?</i>	
<i>Eine ideengeschichtliche Verortung der existentiellen Krise</i> . . . . .	85
I. Problemstellung: vom Innen und Außen des Rechts . . . . .	85
1. Vorbemerkung: der alte Streit, ob Billigkeit und Not, recht zum Recht gehören . . . . .	85
2. Die Möglichkeit der Verschiebung von Systemgrenzen . . . . .	86
3. Diskursrekonstruktion anhand idealtypischer Positionen . . . . .	89
II. Inklusion durch Konstitutionalisierung des Belagerungszustands . . . . .	89

1. Verfassungsgeschichtlicher Anlass: Gefährdung der neuerrungenen Verfassungsrechte durch Ausnahmezustände	89
2. Konstitutionalisierung des Ausnahmezustands als Forderung der liberalen Staatslehre . . . . .	90
3. Die neue Verfassungslage . . . . .	91
III. Exklusion oder: Grenzen der Inklusion durch Verfassungsinterpretation . . . . .	92
1. Vorbemerkung: Einordnung des preußischen Verfassungskonflikts in die Problematik des Ausnahmezustands . . . . .	92
2. Verfassungsgeschichtlicher Anlass: der preußische Verfassungskonflikt . . . . .	94
3. Von der Inklusion zur Exklusion: die verschiedenen Lösungsansätze des Konflikts . . . . .	96
4. Wider eine Systemsynchronisation von rechtlichem und politischem System . . . . .	104
IV. Pseudoinklusion bei C. Schmitt . . . . .	105
1. Verfassungsgeschichtlicher Anlass: vom preußischen Verfassungskonflikt bis zur Krise der Weimarer Republik . .	105
2. Rechtsordnung zwischen Inklusion und Exklusion . . . . .	106
3. Entkernung des Terminus Ausnahmezustand . . . . .	111
V. Zeitgenössische Spiegelungen: vom ewigen Streit zum Paradox	112
1. Die Fortsetzung der Inklusionsbewegung in der Debatte um die Notstandsverfassung . . . . .	112
a) Der „Primat der rechtlichen Verfassung“ bei K. Hesse . . .	113
b) Konstitutionalisierung des Ausnahmezustands hinter dem Ausnahmezustand – E.-W. Böckenförde . . . . .	114
2. Die Fortschreibung der Exklusionsbewegung oder: Grenzen von Konstitutionalisierung und Verfassungsinterpretation . .	118
3. Inkludierte Exklusion oder die (post-)moderne Schmitt-Rezeption . . . . .	122
4. Plädoyer für eine modifizierte Inklusion . . . . .	123
§ 4 Inklusion – aber wie? Die Krisenregelungen des Grundgesetzes im diachronen und synchronen Vergleich . . . . .	126
I. Methodische Vorbemerkung: zur Notwendigkeit einer vergleichenden Analyse . . . . .	126
II. Der Ausnahmezustand in der Gestalt des Belagerungszustands	129
III. Der Ausnahmezustand in der Gestalt der konstitutionellen Diktatur . . . . .	136
IV. Der Ausnahmezustand in der Gestalt eines parlamentarisch-rechtsstaatlichen Ausnahmeverfassungsrechts . . . . .	144

1. Zwischen Art. 48 WRV und der Intervention der Alliierten. Die Väter und Mütter des Grundgesetzes auf der Suche nach einem dritten Weg . . . . .	145
a) Entscheidung für das traditionelle Notverordnungsrecht im Chiemseer Entwurf (Ch. E.) . . . . .	145
b) Intervention der Alliierten im Parlamentarischen Rat . . . . .	147
2. Der dritte Weg: Konstitutionalisierung der Verfassungsstörung und der Wehrhaften Demokratie . . . . .	151
a) Die verfassungsrechtliche Antizipation der Verfassungsstörung . . . . .	152
b) Positives und negatives Ausnahmeverfassungsrecht: die Vorschriften der Wehrhaften Demokratie als das eigentliche Ausnahmeverfassungsrecht des frühen Grundgesetzes . . . . .	154
aa) Die Bestimmungen der Wehrhaften Demokratie als Ausnahmeverfassungsrecht . . . . .	154
bb) Ideengeschichtlicher Hintergrund der Wehrhaften Demokratie . . . . .	160
cc) Die Wehrhafte Demokratie in Verfassungskonvent und Parlamentarischem Rat . . . . .	163
3. Das Grundgesetz als lernende Verfassung: Ausdifferenzierung der Krisenregelungen im Zuge verschiedener Grundgesetzänderungen . . . . .	167
a) Souveränitätseinräumung durch die Westalliierten als Voraussetzung . . . . .	167
b) Krisenrelevante Grundgesetzänderungen vor der Notstandsverfassung . . . . .	168
aa) Wehrverfassung und Aufrüstung . . . . .	168
bb) Die Konstitutionalisierung der Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts . . . . .	169
c) Die Notstandsverfassung (17. GG-Änderungsgesetz) . . . . .	171
d) Krisenrelevante Grundgesetzänderungen nach der Notstandsverfassung . . . . .	179
aa) Das Sicherheitspaket von 1972 . . . . .	179
bb) Neues Ausnahmefinanzverfassungsrecht durch die Föderalismusreform II . . . . .	180
4. Zwischenergebnis: Charakteristika und Kritik des grundgesetzlichen Ausnahmeverfassungsrechts . . . . .	181
V. Verfassungsvergleichende Einordnung des grundgesetzlichen Regelungsmodells . . . . .	184
1. Einheit oder Differenz als neu einzuführende Leitunterscheidung für die zu untersuchenden ausländischen Verfassungsmodelle . . . . .	184

2. Das Differenzmodell am Beispiel von Frankreich . . . . .	185
3. Das Einheitsmodell ( <i>business-as-usual-model</i> ) am Beispiel von Belgien . . . . .	193
4. <i>Ex comparatione lux</i> : Relativierung der Modellunterschiede in der Praxis und verbleibende Charakteristika des deutschen Wegs . . . . .	196
VI. Reformbedürftigkeit des grundgesetzlichen Ausnahmeverfassungsrechts angesichts des internationalen Terrorismus? Ein verfassungspolitischer Ausblick . . . . .	200
 3. Teil: Not kennt Gebot:	
Dogmatik des Ausnahmeverfassungsrechts . . . . .	207
§ 5 <i>Der Lackmustest: Grundrechte unter Ausnahmeverbehalt?</i> . . . . .	207
I. Problemstellung: der Umgang mit Freiheitsrechten als eine der zentralen Fragen des Ausnahmezustands . . . . .	207
II. Die historische Antwort: das Suspensionsmodell . . . . .	210
1. Der deutsche Prototyp: die oktroyierte preußische Verfassung vom 5. Dezember 1848 . . . . .	211
2. Fortschreibung des Suspensionsmodells: Art. 48 Abs. 2 WRV . . . . .	216
III. Das grundgesetzliche Gegenmodell: Einschränkung statt Suspension (Einschränkungsmodell) . . . . .	221
1. Der lange Abschied vom Suspensionsmodell . . . . .	221
a) Die Weimarer Reichsverfassung als Vorbild für Verfassungskonvent und Parlamentarischen Rat . . . . .	221
b) Entwürfe für eine Notstandsverfassung . . . . .	224
2. Das Einschränkungsmodell des Grundgesetzes . . . . .	226
a) Flexibilität: das Drei-Stufen-Modell der Einschränkbarkeit der Grundrechte . . . . .	227
aa) Einfache und (gewöhnlich) qualifizierte Grundrechtsvorbehalte – für normale Zeiten und extreme Krisensituationen gleichermaßen . . . . .	227
bb) Die Ausnahmegesetzesvorbehalte – das eigentliche (positive) Ausnahmeverfassungsrecht im Grundrechtsteil . . . . .	228
cc) Grundrechtsverkürzungen durch Verfassungsänderung – vor allem in Krisenzeiten . . . . .	231
b) Stabilität: das Drei-Stufen-Modell der Grundrechtssicherung . . . . .	232
aa) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip . . . . .	232
bb) Die Wesensgehaltsgarantie und die Menschenwürde (negatives Ausnahmeverfassungsrecht I) . . . . .	238

cc) Art. 79 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 1 GG als „diktaturfestes (Grundrechts-)Minimum“ (negatives Ausnahmeverfassungsrecht II) . . . . .	241
c) Reserve: Individualsuspension (Art. 18 GG) sowie Partei- und Vereinsverbot einerseits, Widerstandsrecht andererseits	242
3. Das Suspensionsmodell in verschiedenen Landesverfassungen, im Europa- und Völkerrecht sowie in ausländischen Verfassungen (synchroner Vergleich) . . . . .	245
a) Landesverfassungen . . . . .	246
b) EMRK, Grundrechtecharta und internationale Menschenrechtsabkommen . . . . .	247
c) Rechtsvergleichende Seitenblicke . . . . .	253
aa) Großbritannien . . . . .	253
bb) Frankreich . . . . .	254
cc) USA . . . . .	257
4. Zusammenfassung – Die Modelle im Vergleich – Der Preis des Einschränkungsmodells . . . . .	258
IV. <i>Law in action</i> : Effektuierung des Einschränkungsmodells insbesondere durch das Bundesverfassungsgericht . . . . .	262
1. Die (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit: Hüter der Grundrechte im Ausnahmezustand oder verfangen im <i>law cycle</i> ? . . . . .	262
2. Gefahr der Überflexibilisierung der dreistufigen Einschränkung . . . . .	265
a) Flexibilisierung des einfachen Gesetzesvorbehalts in der Krise – die Glykol-Rechtsprechung . . . . .	265
b) Umgehung des (Ausnahme-)Gesetzesvorbehalts durch Anerkennung eines „übergesetzlichen Grundrechtsnotstands“ – das Beispiel der Kontaktsperre-Rechtsprechung . . . . .	267
c) Exkurs: Dogmatisierung des überpositiven Rechts – das Beispiel der Mauerschützenrechtsprechung . . . . .	274
3. Destabilisierung der dreistufigen Grundrechtssicherung? . . . . .	277
a) Aufwertung des Verhältnismäßigkeitsprinzips . . . . .	277
b) Relativierung der Wesensgehaltsgarantie, Kompensation durch Kerngehalte und Verteidigung der Unantastbarkeit der Menschenwürde . . . . .	279
c) Engführung der Ewigkeitsgarantie im Abhörurteil . . . . .	282
4. Wehrhafte Demokratie: auf der Suche nach dem richtigen Maß . . . . .	285
a) Verunsicherung bei Parteiverbotsverfahren . . . . .	285
b) Zurückhaltung bei der Grundrechtsverwirkung . . . . .	292
c) Übertreibung der Treuepflicht: der Radikalenbeschluss . . . . .	293



d) Ausweitung der Wehrhaften Demokratie <i>contra constitutionem</i> : die Wunsiedel-Entscheidung . . . . .	295
5. Behutsame Erweiterung des Einschränkungmodells um die Schutzpflichten . . . . .	297
6. Zwischenergebnis . . . . .	305
V. Das Modell in der Kritik. Eine Gegenkritik . . . . .	306
1. Wiedereinführung des Suspensionsmodells auf dem Interpretationswege . . . . .	306
2. Ausdehnung der Individualsuspension – zurück zur <i>hostis</i> -Erklärung? . . . . .	309
3. Aufweichen des negativen Ausnahmeverfassungsrechts am Beispiel der Menschenwürde . . . . .	313
4. Verkehrung des Einschränkungmodells I: von den Schutzpflichten über das „Grundrecht auf Sicherheit“ zur „Sicherheit als Supergrundrecht“ . . . . .	319
5. Verkehrung des Einschränkungmodells II: Suspension der Rechtsordnung in Grenzfällen als Gebot der Schutzpflicht? . . . . .	322
6. Verkehrung des Einschränkungmodells III: mit den Grundpflichten zum Bürgeropfer . . . . .	326
7. Zwischenergebnis . . . . .	330
§ 6 Ungeschriebenes Staatsnotrecht, Indemnität und der Einzelne . . . . .	331
I. Problemstellung . . . . .	331
II. Ablehnung des ungeschriebenen Staatsnotrechts . . . . .	333
1. Die verfassungshistorische Tradition des Staatsnotrechts . . . . .	333
2. Verfassungsvergleichende Seitenblicke . . . . .	335
3. Argumente der heutigen Staatsrechtslehre für die Anerkennung von Staatsnotrecht und deren Widerlegung . . . . .	337
III. Indemnitätsgesetzgebung als Alternative? . . . . .	343
1. Eine verfassungshistorische Tradition der Indemnitätsgesetzgebung . . . . .	344
2. Verfassungsvergleichende Seitenblicke . . . . .	346
3. Ausgestaltung einer Indemnitätslösung unter dem Grundgesetz . . . . .	347
a) Verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine rückwirkende Legalisierung . . . . .	348
b) Verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit einer Befreiung von strafrechtlicher Verantwortung . . . . .	354
IV. Fazit und Ausblick: Grenzen der Verrechtlichung und die Rolle des Einzelnen im Ausnahmezustand . . . . .	358
Bibliographie . . . . .	365
Sachregister . . . . .	413