



Uwe Volkmann

Der alltägliche Ausnahmezustand oder: Not kennt viele Gebote

Seit es das Recht gibt, ist es mit der Frage konfrontiert, wo seine Grenzen liegen und ob es Bereiche gibt, die man besser nicht rechtlich regelt oder vielleicht auch gar nicht regeln kann. Sie tritt in unseren Tagen wieder hervor in einem Gegensatz, den man an sich schon erledigt glaubte und deshalb als "klassischen" Gegensatz bereits zu den Akten gelegt hat. Dies ist der Gegensatz von Rechtsstaat und Ausnahmezustand. Lange Zeit war er nur als etwas Abstraktes, Fernliegendes behandelt worden, als ein Problem, über das man sich zwar in der Theorie tiefgründige Gedanken machen konnte, das sich aber in der Realität gar nicht stellte. Das war, wie sich jetzt zeigt, offenbar ein Irrtum. In den Erschütterungen um geschehene oder gerade noch verhinderte Terroranschläge, in den Debatten um den Einsatz der Bundeswehr im Innern, die Anwendung der Folter zur Abwendung existentieller Bedrohungen, die Unberechenbarkeiten asymmetrischer Kriegführung kehrt er als ein ewiger Wiedergänger zurück, als ins Äußerste zugespitzte Variante der alten Frage, wie der Rechtsstaat sich bei Angriffen verhalten soll, und zwar dann, wenn diese Angriffe nicht bloß einzelnen Bürgern oder zivilen Objekten, sondern ihm selbst, als Prinzip und als Ordnungsidee, gelten.

Die entscheidende Frage lautet dann stets, ob und inwieweit sich der Rechtsstaat in diesem Kampf selber treu bleiben, und das bedeutet vor allem: ob und bis zu welchem Grade er sich diese Treue überhaupt leisten kann.¹ Sie betrifft in dieser Form vordergründig einzelne Teilgehalte und Verbürgungen, also elementare Freiheits- und Integritätsrechte, Rechtsweg- und Verfahrensgrundsätze, den Ausschluss bestimmter Verhörpraktiken, für die jeweils zu klären ist, ob und inwieweit auch die potentiellen Angreifer in ihren Genuss kommen. Es steht aber dahinter das grundsätzliche Problem, ob auch der Grundgedanke des Rechtsstaates, die Herrschaft des Rechts, sich behauptet oder ob der Kampf nicht unter Befreiung von rechtlicher Bindung, überhaupt wesentlich außerhalb des Rechts geführt werden soll, weil rechtliche Bindung immer auch Beschränkung bedeutet, jede Beschränkung aber vielleicht die Erledigung jenes Notwendigen verhindert, das an sich zu tun wäre. Für diese zweite Alternative ist Guantánamo zur Chiffre geworden.

Demgegenüber lautet die Antwort des Rechtsstaats, dass der Staat, wenn er handelt, nur in der Form des Rechts handeln darf und in diesem Handeln selber rechtlich gebunden ist: "Der Staat soll Rechtsstaat seyn, das ist die Losung und ist auch in Wahrheit der Entwicklungstrieb der neuen Zeit", brachte es der protestantisch-konservative Staatsrechtler Friedrich Julius Stahl in *Die Philosophie des Rechts* um die Mitte des 19. Jahrhunderts auf die noch heute gültige Formel: "Er soll die Bahnen und Gränzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und

unverbrüchlich sichern und soll die sittlichen Ideen von Staatswegen, also direkt, nicht weiter verwirklichen, als es der Rechtssphäre angehört, d. i. nur bis zur nothwendigsten Umzäunung." Darin ist bereits alles versammelt, was den Rechtsstaat ausmacht: eine Absage an den Staat als Tugendwächter, ein Akzent auf der bürgerlichen Freiheit, vor allem aber die unbedingte Vorherrschaft der Rechtsidee, des Rechts als Formprinzip, die sich unter allen Umständen und eben auch in der Stunde der Not behauptet.

In diesem Anspruch ist der Ausnahmezustand für den Rechtsstaat seit jeher eine Herausforderung, wie sie bereits in der alten Spruchweisheit, dass Not kein Gebot kennt, andeutungsweise erfasst ist. Die liberale Staatstheorie als Theorie der Herrschaft des Rechts hat den Ausnahmezustand deshalb oft ausgeblendet. Er ist der blinde Fleck in ihrem Gedankengebäude, der Fall, der nicht mehr vorgesehen ist; statt der Not oder eben auch in der größten Not sollte das Recht herrschen, und nur das Recht. Jedes Handeln außerhalb dieses Rechts und der Gesetze war dann, wie John Locke es in den *Zwei Abhandlungen über die Regierung* formulierte, notwendig Usurpation oder Tyrannei, und zwar unabhängig davon, zu welchen Zwecken es erfolgte. Dahinter lässt sich unschwer eine Auffassung vom Recht erkennen, die dieses selber als ein prinzipiell Vernünftiges begreift und ihm deshalb zutraut, sich auch in außergewöhnlichen Lagen zu behaupten. Sie stieß deshalb schon früh auf den Widerstand der politischen und literarischen Romantik, der dieses Recht gerade wegen seiner Vernünftigkeit als ein bloß abstraktes und blutleeres Gebilde galt, als Fessel eines reinen und unverstellten Lebens, damit aber auch der befreienden, heroischen Tat und einer mythischen Gewalt. In der Figur des Ausnahmezustands gab Carl Schmitt dieser romantischen Opposition gegen das Recht ihren späten Kristallisationspunkt.

In ihm, heißt es in Schmitts *Politischer Theologie*, griffen die generellen Normen des Rechts nicht; jede dieser Normen sei vielmehr angewiesen auf eine normale Gestaltung der Lebensverhältnisse, auf die sie Anwendung finden soll: "Die Ordnung muss hergestellt sein, damit die Rechtsordnung einen Sinn hat." Zwar blieb auch der Ausnahmezustand insofern auf das Recht bezogen, als er im letzten nur das Mittel sein sollte, die Ordnung und damit das Recht wieder in Geltung zu setzen. Als Zustand selbst aber, als Zwischenreich nach der Auflösung der Normalität und vor der angestrebten Rückkehr zu ihr, hörten in ihm alle Bindungen auf: "Es gibt keine Norm, die auf ein Chaos anwendbar wäre." Die Ausnahme erscheint in diesem Sinne für Schmitt als "das Nicht-Subsumierbare", das sich der juristischen Fassung entzieht. Aber während und indem sie dies tut, offenbart sie gleichzeitig das Wesen der staatlichen Autorität in ihrer größten Reinheit; sie hat, wie es an späterer Stelle heißt, für die Rechtswissenschaft eine ähnliche Bedeutung wie das Wunder für die Theologie. In der Entscheidung über den Ausnahmezustand beweist sich deshalb erst die souveräne Gewalt, aber zugleich auch die Kraft und der Überlebenswille einer politischen Einheit; nun zeigt sich, wer etwas taugt und wer nicht.

Die Stunde der höchsten Not ist so zugleich die Stunde der Entscheidung und der Tat, des Kampfes und des Opfers, mit der nun auch die Unterscheidung von Freund und Feind endlich in ganzer Klarheit hervortreten kann. Gegenüber dieser Epiphanie einer ursprünglichen Gewalt wirkt der bürgerliche Rechtsstaat mit seinem Insistieren auf der Einhaltung irgendwelcher Regeln, Formen und Prozeduren nun plötzlich unangenehm pedantisch und klein. Es brauchte dann im Grunde nur noch wenige Striche, um ihm nachzurufen, er habe seinen Sinn verloren und könne mit einem neuen nicht gefüllt werden: Es kommt, wie der SS-Jurist und spätere Ausbilder der bundesrepublikanischen

Wirtschaftseliten, Reinhard Höhn, 1929 in seiner Schrift *Der bürgerliche Rechtsstaat und die neue Front* tönte, "nur darauf an, dass ein Stärkerer an seine Stelle tritt und zeigt, dass es auch anders geht".

Angesichts dieser romantischen Feier von Entschränkung und Rechtlosigkeit mag es überraschen, dass die Geschichte des Ausnahmezustands aus der Rückschau vergleichsweise unspektakulär verläuft. Von metaphysischer Erhebung ist wenig zu sehen; stattdessen herrscht ein pragmatisches Bemühen vor, auch das vermeintlich Nichtregelbare so gut man es eben vermochte zu regeln. In ihrem inneren Kern erweist sich diese Geschichte damit als die Geschichte einer Verrechtlichung.²

Die römische Republik kannte noch die Diktatur als Befreiung von rechtlicher Bindung, als unumschränkte Herrschaft über Leben und Tod, wenn auch bereits als ein zeitlich Bemessenes, dem die Rückkehr zum Rechtszustand zwingend zu folgen hatte. Demgegenüber geht der neuzeitliche Staat durchgängig dazu über, auch den Ausnahmezustand selbst als rechtlich strukturierten Zustand zu erfassen, so dass er von der Normallage zwar durch bestimmte Besonderheiten, aber nicht mehr prinzipiell unterschieden war. Erste Versuche in diese Richtung wie die französische *Loi Martiale* von 1789 oder die Maßnahmegesetze des Deutschen Bundes sind dabei oft selbst noch aus der Not geboren und nach den Bedürfnissen des Augenblicks zusammengezurrt. In späteren Behandlungen werden die möglichen Krisensituationen dann gedanklich stärker vorweggenommen, die Regelungen selbst entsprechend dichter und präziser, wie es bereits in dem Preußischen Gesetz über den Belagerungszustand aus dem Jahre 1850 beispielhaft hervortritt. Der Ausnahme- oder eben Belagerungszustand, wie er genannt wurde, erschien darin zwar durchaus noch als die Stunde der Exekutive, der Kriegs- und Militärgerichtsbarkeit, der drakonischen Strafdrohungen. Aber er musste — "bei Trommelschlag oder Trompetenschall" — formell erklärt werden, die Zuständigkeiten waren genau festgelegt, die zu ergreifenden Maßnahmen einigermaßen bestimmt, und den parlamentarischen Vertretungen war später penibel Rechenschaft zu geben.

Alles in allem war dieser Belagerungszustand, auch wenn dies in späteren Interpretationen gelegentlich unterging, eine vergleichsweise bürokratische Einrichtung, in trockenem Kanzleistil abgehandelt; keine entfesselte Gewalt trat hier auf, sondern ein Verwaltungsstaat in einem Vorgang des allgemeinen Verwaltungsrechts, dessen Beendigung in den Amtsblättern zu verkünden war. Der rechtsstaatliche Gedanke hatte zuletzt über den Ausnahmezustand triumphiert, und in der späteren Konstitutionalisierung, also der Regelung des Ausnahmezustands in einer Verfassung, sollte dieser Triumph seinen krönenden Abschluss finden. Auch das Problem des berühmten-berüchtigten Artikels 48 der Weimarer Reichsverfassung war so gesehen weniger, dass er für den Ausnahmezustand überhaupt eine rechtliche Regelung bereitstellte, sondern dass er darin nicht weit genug ging, dem Reichspräsidenten eine fast unbegrenzte Diktaturgewalt einräumte, mit deren Hilfe schließlich auch die Ordnung überwunden werden konnte, deren Schutz diese an sich zu dienen bestimmt war. Aber das betraf dann weniger die Verrechtlichung als solche, sondern nur die Art und Weise ihrer Durchführung in einem bestimmten einzelnen Fall.

Es waren freilich gerade diese Erfahrungen, die dazu führten, dass sich die junge Bundesrepublik mit dem Ausnahmezustand oder Notstand, wie er jetzt verschämt meist nur noch genannt wurde, schwertat, wie mit einem Gegenstand, an dem man sich schon einmal verbrannt hat. Im Grundgesetz war

er deshalb, anders als noch im Vorentwurf von Herrenchiemsee, zunächst nur obenhin erfasst: als Unglücks- und Katastrophennotstand, ferner in einer fragmentarischen Regelung politischer Bestandsgefährdungen, die aber weithin im Rahmen der bekannten Amtshilfe verblieb. Mit dem Vereins- und Parteiverbot sowie der Grundrechtsverwirkung hatte man, in Aufnahme der Erfahrung von Weimar, zwar Instrumente an Bord, die die Demokratie wehrhaft, kämpferisch, streitbar oder wie die Bezeichnungen alle hießen machen sollten. Aber das verblieb zunächst noch im Vorfeld des Ernstfalles, während dieser selbst ausgeklammert blieb; ihm war auch, so die verbreitete Einschätzung, weiter keine Beachtung zu schenken, solange man, wie es bis etwa Mitte der fünfziger Jahre der Fall war, noch unter der Sicherheitsglocke der Alliierten lebte.

Erst mit deren Aufhebung flammte die Diskussion wieder auf und mündete schließlich in das Projekt einer umfassenden Notstandsgesetzgebung, dessen Verlauf die Republik noch lange traumatisieren sollte. Die nach mehrjährigem quälendem Ringen verabschiedete Regelung hat jedoch die Debatte über das Verhältnis von Notstand und Rechtsgeltung nicht beenden können; schon bei ihrem Inkrafttreten galten sie den einen als zu weitgehend, den anderen als unzureichend. Nur kurze Zeit später bespöttelte etwa Ernst Forsthoff in *Der Staat der Industriegesellschaft* die neu eingefügte Vorschrift, dass bei der Bekämpfung organisierter und bewaffneter Aufständischer die Streitkräfte eingesetzt werden dürfen, als "ehrwürdiges 19. Jahrhundert": Der moderne Revolutionär, der seine Sache verstehe und die Verletzlichkeit der modernen Industriegesellschaft kenne, werde es sich wahrlich nicht einfallen lassen, die Bundesrepublik mit "organisierten und militärisch bewaffneten Aufständischen" anzugreifen, und wenn, sei ihr Schicksal besiegelt, bevor die Bundeswehr Gelegenheit zum Einsatz bekäme. Was im Grundgesetz als innerer Notstand geregelt sei, betreffe deshalb gar nicht den Notstand als den Fall, in dem es um Sein oder Nichtsein gehe, sondern bloße Normalitätsstörungen, von denen man annehme, dass sie normativ beherrschbar seien.

Möglicherweise war deshalb, wie Ernst-Wolfgang Böckenförde im "Deutschen Herbst" sekundierte, der Ausnahmezustand im Recht wie in der gesellschaftlichen Wahrnehmung nur "verdrängt", und man müsse ihn deshalb gerade als solchen klarer und weitergehend normieren, um ihn in seiner Besonderheit und seiner zeitlichen Begrenztheit von der Normallage unterscheidbar zu machen.³ Das war gewonnen aus der genauen Beobachtung der Gesetzgebungspraxis der Zeit, mit dem exemplarischen, nach einem beispiellosen Schnellverfahren beschlossenen Kontaktsperregesetz im Zentrum, in dem Böckenförde nicht zu Unrecht Züge eines Ausnahmerechts erblickte, nur dass es nicht als solches ausgewiesen war. Was immer deshalb gegen diesen Vorschlag zu sagen sein mochte, er war ein konsequent rechtsstaatlicher Versuch der Bewältigung des Grenzfalles jeder Rechtsordnung, vielleicht auch, wer mag das beurteilen, ein weiterer Versuch, die Lehren und Ideen Carl Schmitts ins Demokratische und Rechtsstaatliche umzuwenden. Aber er verhallte ungehört, und auch in der heutigen Diskussion spielt er keine ernsthafte Rolle mehr.

Demgegenüber war allerdings schon immer zu fragen, ob die Sache selbst, also die rechtliche Institutionalisierung des Notstands, die ganze Aufregung noch wert war. In der erregten, von apokalyptischen Szenarien umdüsterten Diskussion ging unter, dass es den meisten entwickelten Staaten in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts gelungen ist, eine Stabilität und Krisenfestigkeit auszubilden, die ganz ohne ihn ausgekommen ist. Man kann sogar im

geschichtlichen Vergleich ohne weiteres sagen, dass darin eine neue Qualität zum Ausdruck kommt, und dies, obwohl es auch schon früher stabile Reiche und Staaten oder zumindest Phasen einer solchen Stabilität gab. Im Unterschied dazu ist diese Stabilität aber nun weit stärker etwas aktiv, nämlich vom Staat selbst Hergestelltes und Bewirktes.

Zu dieser aktiven Bewirkung gehört, neben einer Rundumverantwortung für die Herstellung erwünschter Lagen aller Art, an entscheidender Stelle eine neue, antizipative Strategie im Umgang mit Krisen und Unsicherheitserfahrung, ein Ausgreifen weit in das Vorfeld möglicher Beeinträchtigungen, mit dem sich der Staat von der anlassbezogenen Bekämpfung konkreter Gefahren löst und zur Vorsorge im Sinne generalisierter Risikoentschärfung und Risikosteuerung übergeht.⁴ Diese ist auch nicht mehr auf einzelne Politikfelder und Themen beschränkt, sondern bestimmt das Handeln des Staates mittlerweile umfassend und flächendeckend, von der Wirtschafts- und Sozialpolitik bis in das Gesundheitssystem und das Umwelt- und Technikrecht, wobei sich die verschiedenen Aktivitäten wechselseitig ergänzen und zu den erwünschten Wirkungen beitragen.

Auch das allgemeine Polizeirecht ist in diesem Sinne seit den neunziger Jahren von der Verhinderung unmittelbar bevorstehender Störungen mehr und mehr umgestellt worden auf die vorbeugende Verbrechensbekämpfung, die schon dann einsetzt, wenn von einem Verbrechen weit und breit noch gar nichts zu sehen ist. Dafür muss vor allem Wissen aufgehäuft werden, so wie es an der enormen Zunahme der sogenannten Informationseingriffe abzulesen ist, und es ist dann dieses Wissen, das es immer öfter ermöglicht, Verbrechen, Anschläge oder sonstige Erschütterungen aufzudecken, bevor sie geschehen. Im günstigsten Falle kommt es aber erst gar nicht mehr zu einem Klima, aus dem heraus solche Verbrechen begangen werden; das Verbrechen wird schon an seinen frühesten möglichen Ursachen so abgefangen, dass von ihm später nicht einmal eine Ahnung mehr vorhanden ist. Gerade die Vorsorge gegen Kriminalität ist deshalb auch nicht mehr allein eine Sache nur der Polizei, sondern das Ergebnis eines Zusammenwirkens verschiedenster Maßnahmen und Akteure, das mit der frühkindlichen Betreuung einsetzt und schulische Anti-Gewalt-Programme ebenso umfasst wie eine vorausschauende Stadtplanung und kommunale Präventionsräte; speziell gegen den militanten Islam sollen Integrationsgipfel und Integrationsbeauftragte oder ein sozialverträglicher Religionsunterricht helfen.

Was ein solches System an Erschütterungen zulässt, hält dann keinen Vergleich mit der Krisenstimmung aus, die etwa die Weimarer Republik zu ihrem Ende hin erfasste; es kennt sie allenfalls in der resignierten Variante einer milden Staats- oder Politikverdrossenheit, die aber ihrerseits demoskopisch in all ihren Ausschlägen ermittelt wird. Selbst solche ihrer Natur nach ebenfalls präventiven Instrumente wie das Verbot verfassungsfeindlicher Parteien wirken in diesem umfassenden Vorsorgeschema längst als ein zu grober Klotz: Nicht mit der offenen Gewalt rückt man solchen Gegnern der Ordnung zu Leibe, sondern mit Sozialarbeitern, nachrichtendienstlicher Beobachtung und staatlich assistierter Kündigung ihrer Bankkonten, gegebenenfalls mit dem Verbot ihrer Symbole; das Verbot bleibt nur in der Hinterhand, wie das Vorzeigen der Instrumente, die dann aber gar nicht mehr eingesetzt werden müssen. Ein Überwecheln auf noch höhere Eskalationsstufen wie den Notstand ist in diesem Zusammenhang erst recht nicht vorgesehen; allenfalls bei der Frage eines Bundeswehreinsatzes im Innern wird über eine marginale Ergänzung der entsprechenden Vorschriften im Grundgesetz nachgedacht. Alles in allem aber erscheint der

klassische Ausnahmezustand nun, wie wiederum Carl Schmitt schon früh notierte,⁵ als etwas Altmodisches: Er ist der Fall, dessen Eintreten praktisch immer unwahrscheinlicher und deshalb auch theoretisch nicht mehr von Interesse ist.

Auch für die Herrschaft des Rechts geriet der Ausnahmezustand damit als ernstzunehmende Bedrohung aus dem Blick. Stattdessen konzentriert sich die Aufmerksamkeit seit einiger Zeit auf die neue Bedrohungslage, die gerade durch die Hinwendung zur Prävention und die beständige Verfeinerung der dazu eingesetzten Mittel für das rechtsstaatliche Prinzip entstanden ist. Sie kommt nicht so offen und unverstellt daher wie die Herausforderung durch den Notstand, sondern, wie es ihrem Wesen entspricht, eher geräuschlos und subkutan, aber sie ist darum nicht weniger folgenreich. Und wie jene trifft sie den Rechtsstaat dort, wo er am verwundbarsten ist, nämlich in der Vorstellung einer Herrschaft des Rechts. Dies zeigt sich zunächst und in einem ganz allgemeinen Sinne darin, dass vieles, was im Namen der Vorsorge unternommen wird, sich der rechtlichen Steuerung entzieht, weil es entweder weit im Vorfeld spürbarer Eingriffe angesiedelt ist oder wegen der oft noch ganz ungewissen Wirkungszusammenhänge gedanklich ohnehin nicht vollständig vorweggenommen werden kann. Aber auch hier geht die Wirkung letztlich tiefer und betrifft den geheimen Zusammenklang von Rechtsstaat und Rechtsidee, die Vorstellung einer vernünftigen weltlichen Ordnung, die damit verbunden war.

In dieser war zunächst immer auch eingeschlossen, dass der Staat, wie es in der klassischen Definition Stahls anklang, dem Leben der Bürger nur den äußeren Rahmen gab und deshalb im Wege des Rechts auch nur ihr äußeres Verhalten erfasste. Was diese Bürger fühlten und dachten, ging den Rechtsstaat klassischer Prägung deshalb nichts an, solange sie sich nur äußerlich rechtstreu verhielten. Mit der Vorverlagerung der Gefahrenabwehr auf die Abwehr und Früherkennung schlummernder Risiken muss der Staat demgegenüber weit ausgreifen in die Kontrolle der Lebensführung und der Gesinnung, weil gerade sie die ersten Anhaltspunkte für spätere Delinquenz oder Devianz liefern könnten. Bestimmte Merkmale aus diesen Bereichen — die ethnische Herkunft, die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion, das Studium eines bestimmten Faches, eine bestimmte Berufswahl, häufige Auslandsreisen — können und müssen deshalb, wie es bei der großangelegten Rasterfahndung der Jahre 2002 bis 2004 zu beobachten war, zum Anlass einer intensiveren Überwachung oder auch nur genaueren Hinsehens genommen werden, so wie überhaupt Beeinflussung und Steuerung der Gesinnung zunehmend ein Thema wird.

Weitergehend entfällt mit der Hinwendung zur Vorsorge aber die Klarstellungs- und Begrenzungsfunktion des Rechts, die im Rechtsstaat als Vernunftstaat dem Recht immanent war. Das Recht markierte darin gleichsam die Maginotlinie zwischen Staat und Gesellschaft, und zwar in dem doppelten Sinne, dass einerseits der Staat nur über das Recht in die Rechte der Bürger eingreifen durfte, andererseits sich auch die Bürger darauf verlassen konnten, vom Staat nicht behelligt zu werden, wenn sie sich selber rechtstreu verhielten und keine Gefahren für andere hervorriefen. Da die Gefahrenvorsorge indessen schon zu einem Zeitpunkt einsetzt, wo noch gar nichts passiert ist, entfällt diese Grenze. Es ist dann, wie Dieter Grimm formuliert hat, grundsätzlich nicht mehr möglich, den Staat durch rechtmäßiges Betragen auf Distanz zu halten. Die auf einem Flughafen, einem Bahnhof, einem städtischen Platz aufgestellte Videokamera beobachtet eben jeden, den möglichen Straftäter wie den harmlosen Passanten, und sie muss dies auch tun, weil in jedem das Böse

verborgen sein kann, das abgewehrt werden muss, und man andernfalls erst wüsste, wo es sich verborgen hatte, wenn es zu spät ist. Überhaupt häufen sich die sogenannten verdachtslosen Eingriffe und ein allgemeines Bedürfnis nach Katalogisierung. Früher mussten sich nur Straffällige oder Verdächtige einen Fingerabdruck abnehmen lassen. Heute müssen es alle, die einen neuen Pass benötigen, und auch wenn man dies und anderes grundsätzlich für sinnvoll hält, muss man sich über die Veränderung klar sein, die dies für die Wahrnehmung des Bürgers durch den Staat bedeutet.

Man könnte sogar weitergehend fragen, ob nicht in alledem selbst ein Moment des alten Ausnahme- und Belagerungszustands wieder im Recht zum Vorschein kommt, so dass also nicht nur dieser im Zuge des rechtsstaatlichen Verrechtlichungsimpulses durch das Recht überformt und damit als solcher domestiziert worden wäre, sondern umgekehrt auch er mittlerweile als Denkform oder Typus in das Recht eingesickert wäre und sich dort eingenistet hätte, wo er nun von innen seine Wirkung entfaltet. Der Notstand wäre dann gleichsam auf Dauer gestellt und hätte sich mit der Normallage auf eine schwer zu durchschauende Weise vermischt.

Man kann dies wiederum ablesen am Zustand angespannter Wach- und Aufmerksamkeit, in den sich der Staat mit der Hinwendung zu einer allgemeinen Risikovorsorge versetzt hat. An sich war eine solche Wach- und Aufmerksamkeit ein typisches Kennzeichen der Ausnahmelage, während die Normallage in ihrer Tendenz eher durch ein allgemeines Grundvertrauen gekennzeichnet war, aus einer "Gewohnheit der Sicherheit", die "zur andern Natur geworden" war, wie es bei Hegel in den *Grundlinien der Philosophie des Rechts* hieß: ein Grundvertrauen der Bürger zueinander, ein Grundvertrauen des Bürgers in den Staat, ein Grundvertrauen des Staates in die Bürger, überhaupt ein Grundvertrauen in den Fortbestand und die Unangreifbarkeit dessen, was jeweils ist. Dieses allgemeine Vertrauen ist nun, wie es wiederum die in manchen Ländern schon zum Straßenbild gehörende Videokamera symbolisiert, einem ganz grundsätzlichen Misstrauen gewichen, einer Situation, in der die zuständigen Stellen überall wie auf der Lauer liegen und jederzeit auf der Hut sind: vor der klassischen Straßenkriminalität, vor der organisierten Kriminalität, vor terroristischen Anschlägen.

Hinzu kommt eine sprachliche wie sachliche Aufrüstung des Rechts wie der Debatten über das Recht, die ebenfalls ein Moment des Außerordentlichen, vielleicht auch nur der alten Sehnsucht danach, in sich aufnimmt. Die sprachliche Aufrüstung zeigt sich in der zunehmenden Konjunktur der "Bekämpfungsgesetze"⁶, vielleicht auch bald wieder der vaterländischen Gesetze nach dem Vorbild des "Patriot Act" in den Vereinigten Staaten, alles Re gelungen, die schon aus sich heraus, durch ihre bloße Benennung signalisieren, dass nun anderes gefordert ist als geschäftsmäßige Aufgabenerledigung und der sattsam bekannte Routinebetrieb. Die sachliche Aufrüstung besteht in der fortwährenden und notorisch unabgeschlossenen Ausweitung der Befugnisse der Aufklärungs- und Ermittlungsbehörden, bei der sich herkömmliche Grenzen — zwischen innerer und äußerer Sicherheit, zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, zwischen Polizei- und Geheimdiensten — zunehmend verwischen. Zudem wachsen die sicherheitsrechtlichen Regelungsansprüche als solche über das eigentliche Sicherheitsrecht hinaus und greifen mehr und mehr etwa auf das Vereins-, Melde-, Pass-, Telekommunikations- und Ausländerrecht über. Auf diese Weise nehmen auch andere Teile der Rechtsordnung selber die Züge von Sicherheitsrecht an, so wie es einem Denken von der Außerordentlichkeit und zugleich Allgegenwart der Bedrohung her gemäß ist. Der Satz "Not kennt kein

Gebot" stimmt deshalb heute weniger denn je, wenn er denn je gestimmt hat; stattdessen soll der Not gerade durch eine aus sich heraus nicht begrenzte Vielzahl von Ge- und Verboten, von Ermächtigungen und Befugnissen Einhalt geboten werden.

In welchem Ausmaß der Notstand als Denkform oder Typus das Recht von innen her mittlerweile prägt, ist freilich nach wie vor nicht ganz klar. Dass die Einwirkung als solche nicht ganz von der Hand zu weisen ist, mag man an der Aufmerksamkeit ablesen, die den bizarren Ideen des italienischen Philosophen Giorgio Agamben oder des amerikanischen Staatsrechtlers Paul W. Kahn vor dem Hintergrund der oszillierenden Gewalt nach dem 11. September zuteil wird. Vor allem Agamben hat, Carl Schmitt nochmals radikalisiert, von den siebziger Jahren an in verschiedenen dunklen Arbeiten wie *Homo sacer* und *Ausnahmezustand* die These vertreten, dass das Recht in einer ganz grundsätzlichen Weise vom Ausnahmezustand her gedacht werden müsse, dass dort nach wie vor der heilige und geheime Innenraum der Macht zu suchen sei. Die Gefangenenlager von Guantánamo oder die Folterkeller von Abu Ghraib stellten danach nicht einzelne Auswüchse oder Verirrungen des Rechts dar, sondern in ihnen offenbarte sich das eigentliche Wesen einer Ordnung, die immer noch auf einer unverstellten, mythischen Gewalt gegründet wäre und an deren anderem Ende der aus dem römischen Recht bekannte "homo sacer" stünde, der heilig-vogelfreie, aller Rechte beraubte und auf sein nacktes Leben zurückgeworfene Mensch. Ähnlich geht auch Kahn in *Putting Liberalism in its Place* davon aus, dass der liberale Staat in seinem durch demokratische und rechtsstaatliche Prozeduren nur camouflierten Kern ganz entscheidend auf die Idee des Opfers gegründet sei.

Das ist natürlich auf eine groteske Weise übertrieben, die Verkehrung des Verhältnisses von Regel und Ausnahme in ihr Gegenteil, wenn nicht überhaupt bloß philosophische Scharlatanerie. Aber es bleibt doch die Frage, wie es kommt, dass solche Übertreibungen heute, mehr als ein halbes Jahrhundert nach Auschwitz, überhaupt ihr Publikum finden und nicht einfach ignoriert werden. Und man stößt dann vielleicht doch auf einige Tendenzen, die das Recht des liberalen Rechtsstaats bereits ein Stück in seinem Wesen verändert, es mit Vorstellungen eines zuvor Undenkbaren gleichsam infiziert haben. Vielleicht der größte Sündenfall in diesem Zusammenhang war die nachträgliche Legalisierung von Guantánamo durch den Military Commissions Act des Jahres 2006. Sie hat die Internierung vormals "ungesetzlicher Kombattanten" in den Raum des Rechts hineingeholt, ohne dass sich an der Sache selbst das Geringste geändert hätte, so wie sich auch an der Sache selbst nichts ändern würde, wenn man die Folter erlaubte und rechtlicher Regelung unterzöge, wie es in der Tat ja diskutiert wird.

Hierzulande treten die Tendenzen vielleicht am deutlichsten hervor in der Herausbildung eines speziellen "Feindstrafrechts", wie es von dem Bonner Strafrechtler Günther Jakobs beobachtet worden ist.⁷ Anders als das normale Bürgerstrafrecht soll es gegenüber jenen zur Anwendung kommen, die sich wie die fanatisierten Terroristen dauerhaft vom Recht abgewandt haben. Merkmale eines solchen Feindstrafrechts sind nach Jakobs der Übergang von der Strafrechts- zur Bekämpfungsgesetzgebung, der Abbau prozessualer Garantien für die betreffenden Gruppen und die Vorverlagerung der Strafbarkeit vor die Begehung der Tat, wie sie sich in der Pönalisierung der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung oder demnächst vielleicht der Ausbildung in einem Terrorcamp spiegelt. Das geltende Tat- wird so bereichsweise durch ein Täterstrafrecht ersetzt; man kommt wieder zu einer allgemeinen Strafbarkeit gefährlicher Leute, die einfach wegen ihrer

Gefährlichkeit aus dem Verkehr gezogen werden müssen. Alles in allem ist dieses Konzept derzeit hochumstritten, vor allem deshalb, weil nicht ganz klar ist, ob mit ihm lediglich eine bestimmte Entwicklung analysiert und beschrieben wird oder ob es sich zu dieser Entwicklung affirmativ verhält, sie vielleicht sogar selbst mit herbeischreibt. Aber in Bezug auf die von Jakobs herausgearbeiteten Merkmale als solche hält sich der Widerspruch in Grenzen, und auch in anderen Ländern wie den USA oder Großbritannien lassen sich die Zeichen erkennen.

Diese Tendenzen bestimmen, sofern man sie als solche überhaupt wahrhaben will, das Recht derzeit sicher nicht flächendeckend. Es gibt immer noch viel mehr "normales" als "außerordentliches" Recht, und das wird sich auch so schnell nicht ändern. Aber all dies erschüttert, so andeutungsweise es vorerst sein mag, ein wenig auch den Glauben an das Rationale im Recht, an das Recht als Verkörperung einer technisch-instrumentellen Vernunft, die nüchtern nach dem Verhältnis von Nutzen und Risiken, von Aufwand und Ertrag, von Effektivität und Angemessenheit jeder einzelnen neuen Maßnahme fragt. Es ist im Gegenteil bezeichnend, dass gerade diese Frage mit Blick auf das unvorstellbare Ausmaß der Bedrohung beiseitegeschoben, oft schon als ganz unangemessen oder befremdend empfunden wird. Damit aber zieht von den Rändern wieder etwas Romantisch-Irrationales in das Recht ein, etwas, das sich von existentieller Furcht nährt und im Ausnahmezustand keine Hoffnung auf Erlösung mehr findet.

Zugleich tritt darin das Dilemma hervor, vor das der liberale Rechtsstaat in dieser Lage gestellt ist, ein Dilemma, in dem jede der möglichen Antworten etwas Schiefes und Falsches hat. Es ist hierzulande unmittelbar anschaulich geworden in dem Versuch, den Abschuss eines von Terroristen gekaperten und möglicherweise auf zivile Ziele zusteuern den Passagierflugzeugs auf eine rechtlich tragfähige Grundlage zu stellen. In aller Kürze lautet es wie folgt: Entweder man geht den mit der Verrechtlichung des Notstands einmal beschrittenen Weg konsequent weiter und versucht, für alle Eventualitäten vorzusorgen, also auch für den äußersten Fall Befugnisse bereitzustellen, überhaupt Regeln zu schaffen. Dies ist der Weg, den die frühere Bundesregierung und die Bundestagsmehrheit in dieser Frage einschlagen wollten. Der Ausnahmezustand wäre damit, wie es guter deutscher Tradition entspricht, rechtlich domestiziert und damit auch demokratisch steuerbar. Aber dafür ist in Kauf zu nehmen, dass das Denken von der äußersten Bedrohung her, ein Denken in den Kategorien des Feindes und des Opfers, auch im Recht immer mehr Raum gewinnt, wie ein Virus, das, wenn es sich einmal breitgemacht hat, eine erstaunliche Resistenz beweist.

Oder man schiebt das Problem ganz oder weitgehend aus dem Recht ab, das dann wieder allein in seinen nüchternen und praktischen Funktionen aufgehen kann. Dies ist der Standpunkt des Bundesverfassungsgerichts, das in der Ermächtigung zum Flugzeugabschuss nicht weniger als einen Tabubruch gesehen und die Regelung deshalb wegen Verstoßes gegen die Menschenwürdegarantie aufgehoben hat. Auch das ist nobel gedacht; das Recht bleibt dann rein und bewahrt die Unschuld aus seinen Kindertagen. Aber damit ist zugleich auf den rechtsstaatlichen Herrschaftsanspruch des Rechts ein Stück verzichtet; tritt das Udenkbare dann doch einmal ein, wird seine Bewältigung wieder die Sache einer souveränen, ungebundenen Gewalt, eines heroischen Einzelnen, der sich über das Recht erhebt und die Welt nun retten muss. In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist dieser Ausweg klar angedeutet. Dem Geist des Rechtsstaats entspricht er ebenso wenig wie sein Gegenstück. Aber es befriedigt ja offenbar auch nicht, gar nichts zu tun

und einfach zur Tagesordnung überzugehen.

- ¹ Vgl. Otto Depenheuer, *Selbstbehauptung des Rechtsstaats*. Paderborn: Schöningh 2007.
- ² Vgl. Hans Boldt, *Rechtsstaat und Ausnahmezustand*. Berlin: Duncker & Humblot 1967.
- ³ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Der verdrängte Ausnahmezustand*. In: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1978, S. 1881 ff.
- ⁴ Vgl. Erhard Denninger, *Der Präventionsstaat*. In: *Kritische Justiz*, 1988, S. 44 ff.; Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt: Suhrkamp 1994.
- ⁵ Carl Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954*. Berlin: Duncker & Humblot 1958.
- ⁶ Zum Beispiel Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus (19. Dezember 1986, BGBl I S. 2566); Verbrechensbekämpfungsgesetz (28. Oktober 1994, BGBl I S. 3186); Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (15. Juli 1999, BGBl I S. 1302); Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (9. Januar 2002, BGBl I S. 361, 3142); als unfreiwillige Selbstparodie nunmehr das "Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz" (5. Januar 2007, BGBl I, S. 2).
- ⁷ Günther Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*. In: *HRRS*, Nr. 3, 2004.

Published 2008–04–30

Original in German

Contribution by Merkur

First published in *Merkur* Nr. 708, May 2008

© Uwe Volkmann/Merkur

© Eurozine