

Ausnahmezustand und Finanzkrise

Michael Kubiciel

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kubiciel, Michael. 2013. "Ausnahmezustand und Finanzkrise." Nomos - Kansai Law Journal 33: 21-36.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under the following conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publizieren>



Ausnahmezustand und Finanzkrise

Michael Kubiciel*

I. Rechtsförmigkeit und Krise

1. Carl Schmitts These

„Jede generelle Norm verlangt eine normale Gestaltung der Lebensverhältnisse, auf welche sie tatbestandsmäßig Anwendung finden soll und die sie ihrer normativen Regelung unterwirft. Diese faktische Normalität ist nicht bloß ‚äußere Voraussetzung‘, die der Jurist ignorieren kann; sie gehört vielmehr zu ihrer immanenten Geltung. Es gibt keine Norm, die auf ein Chaos anwendbar wäre. Die Ordnung muß hergestellt sein, damit die Rechtsordnung einen Sinn hat.“¹⁾ Mit diesen Worten fasste *Carl Schmitt*²⁾ im Jahr 1922 eine rechtstheoretische Erkenntnis zusammen, die er zuvor schrittweise in seinen heute beinahe vergessenen strafrechtlichen und rechtsmethodischen Frühschriften entwickelt hatte.³⁾ Neu war die staatstheoretische Folgerung: „Es muß eine normale Situation geschaffen werden, und souverän ist derjenige, der definitiv darüber entscheidet, ob dieser normale Zustand wirklich herrscht.“⁴⁾ Die Jahrhundertformulierung, mit der *Schmitt* diesen „Geistesblitz“⁵⁾ auf den Punkt bringt, lautet: „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.“⁶⁾ Aufsehen erregend sind auch *Schmitts* Aussagen über die Befugnisse des Souveräns im Ausnahmezustand: Er müsse die Ordnung sichern bzw. wiederherstellen und könne sich

* Professor für Strafrecht, Strafrechtstheorie und Strafrechtsvergleichung an der Universität zu Köln. Dieser Text wurde für das Projekt „Ausnahmezustand und Recht“ des Forschungsinstituts für Rechtswissenschaft an der Kansai Universität verfasst und dort während eines Kolloquiums am 4.10.2013 zur Diskussion gestellt.

- 1) *Schmitt*, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 9. Aufl. Berlin 2009, S. 19.
- 2) Zu Leben und Werk *Mehring*, Carl Schmitt. Aufstieg und Fall, 2009; grundlegend zu Schmitts rechtswissenschaftlichem Denken *Hofmann*, Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts, 5. Aufl. 2010.
- 3) Insbesondere *Schmitt*, Gesetz und Urteil, 1912 (hier zitiert nach der 2., unveränderten Auflage von 1969); *ders.*, ZStW 38 (1917), 138 ff.; *ders.*, ZStW 38 (1917), 783 ff.; *ders.*, Der Wert des Staates, 1917.
- 4) *Schmitt* (Fn. 3), S. 18 f.
- 5) *Hofmann*, Der Staat 44 (2005), S. 171.
- 6) *Schmitt* (Fn. 1), S. 13.

dazu von „normativer Gebundenheit“ lösen,⁷⁾ oder kürzer: „Im Ausnahmefall suspendiert der Staat das Recht (...).“⁸⁾

2. Extralegale Rettungsmaßnahmen während der Finanzkrise

Wer dies für unvereinbar mit dem Handeln eines Rechtsstaates erachtet, möge sich folgende Begebenheiten in Erinnerung rufen: Als die Finanzkrise nach der Insolvenz von Lehman Brothers im September 2007 auf Deutschland übergriff, deutete sich ein Ansturm der deutschen Sparer auf ihre Bankeneinlagen an. Dieser sog. Bankenrun hätte zu unabsehbaren Folgen für das Finanz- und Wirtschaftssystem geführt. Um einen „Staatsnotstand“ zu verhindern, gaben die Bundeskanzlerin und ihr Finanzminister Anfang Oktober 2008 eine staatliche Garantieerklärung ab, ohne dass es dafür eine rechtliche Grundlage gegeben hätte.⁹⁾ Eineinhalb Jahre später befand sich Griechenland nach Jahrzehnten politischer und ökonomischer Misswirtschaft am Rand der Insolvenz. Die Institutionen der Europäischen Union und die Regierungen der Eurozone befürchteten eine Kettenreaktion, die weitere hoch verschuldete Staaten und schlussendlich den Euro hätte zu Fall bringen können; zudem drohten die Finanzierungsprobleme der Staaten auf den europäischen Finanzmarkt überzugreifen.¹⁰⁾ Daraufhin entschied der Europäische Rat, Griechenland 80 Milliarden Euro zur Verfügung zu stellen, und auch im Übrigen „alle Mittel auszuschöpfen, die zur Verfügung stehen, um die Stabilität des Euro-Währungsgebietes zu wahren.“¹¹⁾ Werde in dieser Situation nicht umgehend gehandelt, heißt es in einer später erlassenen Verordnung, „könnten Stabilität, Einheit und Integrität der Europäischen Union insgesamt ernsthaft bedroht sein.“¹²⁾ Nach zutreffender und herrschender Auffassung stellt dies einen Verstoß gegen das europäische Recht (Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV) dar: Die engen Ausnahmeregelungen des Art. 122 AEUV erlauben kein Handeln zur Bewältigung selbstverschuldeter Staatsschuldenkrisen, zudem ist ein europäischer Länderfinanzausgleich mit der Systematik der Art. 122 ff. AEUV nicht zu vereinbaren.¹³⁾ Auch das 2010 von der Europäischen Zentralbank aufgelegte Programm zum Ankauf von Anleihen hochverschul-

7) *Schmitt* (Fn. 1), S. 18.

8) *Schmitt* (Fn. 1), S. 18. – S. auch *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 1. Aufl. 1992, § 162 Rn. 91 f.

9) *Steinbrück*, Unterm Strich, 2011, S. 193 ff.

10) Dazu *Schorkopf*, AöR 136 (2011), 332, 336 ff.

11) Erklärung der Staats- und Regierungschefs des Euro-Währungsgebietes v. 7.5.2010, S. 1 f.

12) Rat der Europäischen Union, Verordnung (EG) Nr. 407/ 2010 zur Einführung eines europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus, ABl. EU 2010 Nr. L 118/1, Erwägungsgrund 4.

13) *Barbato*, Zeitschrift für Außen- und Sicherheitspolitik 6 (2013), S. 249 ff.; *Vedder/Heintschel-von Heinegg*, Europäisches Unionsrecht, 2012, Art. 125 Rn. 10; *Hentschelmann*, EuR 2011, 282, 291 ff.; krit. ferner *Jörges*, Der Staat 21 (2012), 357, 368; *Streinz-Kempfen*, AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 122 Rn. 13; *Kube/Reimer*, NJW 2010, 1911 ff.; *Schorkopf*, AöR 136 (2011), 332, 339 f. Keine Bedenken hat *Grabitz/Ruffert/Nettesheim-Bandilla*, Das Recht der Europäischen Union, 42. Ergänzungslieferung 2010, Art. 125 Rn. 14 ff.

deter Staaten der Eurozone verstößt, wenn nicht gegen den Wortlaut, so doch jedenfalls gegen den Telos des Art. 123 Abs. 1 AEUV, der eine Staatsfinanzierung durch die EZB verhindern und deren politische Unabhängigkeit sichern will.¹⁴⁾

Kennzeichnend für die genannten Beispiele soll ein „Agieren unter den Bedingungen des Ausnahmezustands“¹⁵⁾ sein. Unterstützung erfährt diese Deutung dadurch, dass *Schmitt* in seiner – auf dem Höhepunkt der Weltwirtschaftskrise entstandenen – Schrift „Der Hüter der Verfassung“ einen wirtschaftlichen und finanziellen Not- und Ausnahmezustand vom militärisch-polizeilichen Ausnahmezustand (also: Krieg und Bürgerkrieg) unterschied.¹⁶⁾ Gleichwohl ist es fraglich, ob sich die heutige Situation mit dem eingangs skizzierten Ausnahmezustand *Carl Schmitts* vergleichen lässt. Zwar hätte eine Kettenreaktion zusammenbrechender Banken zweifellos für die Bundesrepublik Deutschland einen ebenso „extremen Notfall“¹⁷⁾ bedeutet wie die ungeordnete Insolvenz für Griechenland und die Eurozone. Daher durften die Staaten, spinnt man den an *Schmitt* angelehnten Gedankengang weiter, zu Instrumenten greifen, die das geltende Recht nicht zur Verfügung stellte.¹⁸⁾ Jedoch sind diese Notmaßnahmen – wie wir sehen werden – auf einer systematischen Ebene zwischen den beiden Polen „Recht der Normallage“ und „Handeln im Ausnahmezustand“ anzusiedeln. Deutlich wird dies, wenn die Entwicklung von *Schmitts* Gedanken von seinem Frühwerk bis etwa 1931 folgt. Dabei zeigen sich nicht nur verschiedene konzeptionelle Varianten des Ausnahmezustandes bzw. unterschiedliche Verwendungsweisen des Begriffs Ausnahmezustand. Es wird auch deutlich, dass nicht jede staatliche Notmaßnahme, welche die Grenze des geltenden Rechts überschreitet, *a limine* als rechtsstaatswidrig abzuweisen ist.

3. Strafrecht und Sonderdogmatik

Es liegt in der Logik eines zweckrationalen Denkens, dass Notmaßnahmen nur solange gerechtfertigt sind, wie ihr Einsatz zur Bekämpfung der Gefahr erforderlich ist.¹⁹⁾ Das Strafrecht ist kein Instrument der Gefahrenabwehr, die Strafe reagiert vielmehr auf schuldhaftes Verhalten. Ob es gleichwohl „ausnahmsweise“ als Mittel zur Eindämmung der Folgen einer schwerwiegenden Notsi-

14) Einen Verstoß nehmen an *Kube/Reimer*, ZG 2011, 332 ff.; *Seidl*, EuZW 2010, 521 ff. AA: *Herrmann*, EuZW 2010, 645 ff.; *Steinbach*, NVwZ 2013, 918 ff.

15) So *Barbato* (Fn. 13), S. 250, 257. – Verweis auf den Ausnahmezustand in diesem Zusammenhang auch bei *Hufeld*, *Integration* 34 (2011), 117, 122 f.; *Jörges*, *Der Staat* 21 (2012), 357, 368. S. ferner *Kaiser*, in: Schröder/v. Ungern-Sternberg (Hrsg.), *Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre*, 2011, S. 119, 140, welche die großzügige Interpretation des Art. 122 AEUV mit der extensiven Interpretation des Notverordnungsrechts nach Art. 48 Abs. 2 WRV vergleicht.

16) *Schmitt*, *Der Hüter der Verfassung*, 1931 (hier zitiert nach der 2. Aufl. 1969), S. 119.

17) Vgl. *Schmitt* (Fn. 1), S. 14.

18) In diese Richtung *Böckenförde*, *NZZ* v. 21.6.2010. Zurückhaltend *Schorkopf*, *AöR* 136 (2011), 332, 342.

19) Vgl. *Schmitt*, *ZStW* 38 (1917), 138, 158.

tuation wie einer Finanzkrise eingesetzt werden darf, ist eine offene Frage. Tatsächlich hat sie die Strafrechtswissenschaft – anders als das Öffentliche Recht – nicht einmal in voller Schärfe gestellt, sondern die Lehre vom Ausnahmezustand, wenn überhaupt, nur mit spitzen Fingern angefasst.²⁰⁾ Seinen Grund hat dies auch darin, dass *Carl Schmitt* für die Strafrechtslehre immer noch als *persona non grata* gilt, wie zuletzt die Diskussion um das sog. Feindstrafrecht gezeigt hat.²¹⁾

Indes hat sich im Öffentlichen Recht gezeigt, dass es durchaus möglich ist, Teile von *Schmitts* Werk liberal zu wenden und rechtsstaatlich einzuhegen.²²⁾ Auch die Strafrechtswissenschaft sollte daher der Regel folgen, dass alles zu prüfen und das Gute zu behalten sei; anderenfalls könnte sie auf Erkenntnisse allein deshalb verzichten, weil man sie in schlechter, d.h. hier: illiberaler Gesellschaft angetroffen hat.²³⁾ Dass die Strafrechtswissenschaft die Nähe zu *Schmitt* in den Nachkriegsjahrzehnten gemieden hat, ist jedoch verständlich: So wie sich die Bundesrepublik Deutschland als politischen Gegenentwurf zum nationalsozialistischen Staat begriff, so suchte die Strafrechtswissenschaft nach konzeptionellen Abgrenzungsmöglichkeiten von der Strafrechtstheorie der NS-Zeit.²⁴⁾ Eine Reaktivierung rechtstheoretischer Erkenntnisse des zwischen 1933 und 1935 mit dem NS-Regime verbundenen *Carl Schmitts* war vor diesem Hintergrund undenkbar. So unvermeidlich die Nichtthematisierung des schmittianischen Erbes zum Zweck der institutionellen Neukonstitution gewesen sein mag, ganz ausschlagen konnte die Strafrechtswissenschaft es nicht. Im Gegenteil: Sie hat sich implizit der illiberalen Deutung seiner Theorien unterworfen, indem sie diese ohne Prüfung auf eine liberal-rechtsstaatliche Interpretationsmöglichkeit schlichtweg für wissenschaftlich diskreditiert erachtet und *a limine* zurückgewiesen hat.

Schon aus diesem rechtswissenschaftstheoretischen Grund soll im Folgenden untersucht

-
- 20) So anlässlich der Diskussion um das Luftsicherheitsgesetz und den islamistischen Terrorismus *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstands, 2004, S. 94 ff., 209 ff.; *Pawlik*, JZ 2004, 1051, 1054 ff.; *Wittig*, Festschr. f. Roxin, Bd. 1, 2011, S. 113, 127 (allesamt kritisch bis ablehnend); affirmativ hingegen *Merkel*, Die Zeit v. 18.7.2004, S. 33 f.
- 21) S. dazu *Pawlik*, Der Terrorist und sein Recht, 2009, S. 38 f., der *Schmitts* Theorie vom Partisanen aufgreift (a.a.O., S. 1 ff.), die Lehre vom Feindstrafrecht aber aus rechtstheoretischen Gründen ablehnt. – Zum Feindstrafrecht (zuletzt *Jakobs*, in Rosenau/Kim (Hrsg.), Straftheorie und Strafgerichtsbarkeit, 2010, S. 167ff.). Umfassend zur Kritik am Feindstrafrecht *Heinrich*, ZStW 121 (2009), 94; *Vormbaum* (Hrsg.), Kritik des Feindstrafrechts, 2009; *Greco*, Feindstrafrecht, 2010.
- 22) Dazu *Lübbe*, in: Quaritsch (Hrsg.), Complexio Oppositorum, 1988, S. 427 ff.; *Mantl*, Festschr. f. Stourzh, 1999, S. 99 ff.; *Mehring*, Der Staat 47 (2008), 241 f.; *Neumann*, Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 733, 738 ff.
- 23) So für die politische Philosophie und das Öffentliche Recht *Lübbe* (Fn. 22), S. 429 f.
- 24) Als Stichworte seien hier genannt: die Renaissance eines (christlich unterfütterten) Naturrechts in den späten 1940er und frühen 1950er Jahren (dazu *Hofmann*, Rechtsphilosophie nach 1945, 2012, S. 10 ff.) sowie die Reaktivierung der (in den 1920er Jahren zusammengebrochenen) Lehre vom Rechtsgut als gesetzgebungskritischen Begriff (dazu *Kubiciel*, in: Löhnig/Preisner/Schlemmer (Hrsg.), Reform und Revolte, 2011, S. 217, 225; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 47 ff.

werden, ob sich ein rechtsstaatliches Strafrecht mit der Lehre vom Ausnahmezustand harmonisieren lässt. Die Erörterung dieser strafrechtstheoretischen Frage ist jedoch auch aus praktischen Gründen angezeigt: Zum einen hat es in der gegenwärtigen Finanzkrise bereits Versuche gegeben, Grenzen des geltenden Strafrechts zu überwinden, um eine Verurteilung von Bankmanagern zu ermöglichen.²⁵⁾ So hat die Staatsanwaltschaft Stuttgart ihre Anklage gegen Vertreter der Landesbank Baden-Württemberg auf den Vorwurf gestützt, die Bilanzen der Banken hätten die Risiken ihrer Tochtergesellschaften abbilden müssen²⁶⁾ – obwohl die zur Tatzeit geltenden bilanzrechtlichen Vorschriften die Einbeziehung der Risiken von Zweckgesellschaften in die Bilanz der Banken nicht vorsahen.²⁷⁾ Mit dem im Strafrecht geltenden Verbot einer Analogie zu Lasten des Beschuldigten dürfte diese Auslegung des zur Tatzeit geltenden Rechts nur schwer zu vereinbaren sein.²⁸⁾ *Naucke* hält gar den eindeutigen Wortlaut des § 283 Abs. 6 StGB für „überspringbar“,²⁹⁾ um auf diese Weise eine Verurteilung von Bankmanagern wegen Bankrotts zu ermöglichen, obwohl die Banken durch die Hilfe des Staates vor einem Bankrott bewahrt worden sind. Diese Auffassung setzt sich offenkundig über das geltende Recht und das Gesetzlichkeitsprinzip hinweg, das als unverfügbar gilt³⁰⁾ – jedenfalls in der Normallage. Zum anderen ist eine Beschäftigung mit dem Verhältnis von *Schmitts* Thesen und einem rechtsstaatlichen Strafrecht notwendig, weil nach wie vor die Gefahr besteht, dass sich die Finanzkrise in Europa verschärft und auf Deutschland überspringt. Welche (strafrechtlichen) Maßnahmen dann notwendig werden könnten, zeigt ein Rückblick auf die Weltwirtschaftskrise der späten 1920er Jahre – auf eine Situation also, die *Schmitts* Vorstellung vom Ausnahmezustand sehr nahekam. Nicht nur die Rechtspolitik, sondern auch Strafrechtswissenschaft sollte auf die Möglichkeit einer Verschärfung der Finanzkrise vorbereitet sein. Dies setzt jedoch voraus, dass sich die Strafrechtswissenschaft in ein begründetes Verhältnis zur Lehre vom Ausnahmezustand setzt anstatt diese Lehre intuitiv oder unter Verweis auf ihre Herkunft abzulehnen, wie dies bislang der Fall ist. Die vorliegende Studie will dazu einen Beitrag leisten.

25) Dazu bereits *Kubicziel*, ZIS 2013, 53, 56.

26) Presseerklärung der Justiz Baden-Württemberg vom 28.11.2012, <http://www.lsg-baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/menu/1280524/index.html?ROOT=-1>.

27) Zur seinerzeit fehlenden Pflicht, die Zweckgesellschaften in die Bilanzen der Banken einzubeziehen, s. *Ransiek*, WM 2010, 869, 870, 872; *Rönmann*, in: Schönemann (Hrsg.), Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?, 2010, S. 43, 54 ff.; *Waßmer*, ZIS 2012, 648, 649. – I. Erg. wie die StA Stuttgart *Gallandi*, wistra 2009, 41, 45.

28) Zum Analogieverbot *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 8.

29) *Naucke*, Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat – Eine Annäherung, 2012, S. 64. Zu Nauckes Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat *Jahn*, wistra 2013, 41 f.; *Kubicziel*, ZIS 2013, 53, 56 ff.

30) Vgl. zur Bedeutung des Gesetzlichkeitsprinzips statt aller *Roxin* (Fn. 28), § 5 Rn. 1 ff. – Zur Herkunft umfassend *Binding*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, S. 17 ff.; *Schreiber*, Gesetz und Richter. Studien zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes „nullum crimen, nulla poena sine lege“, 1976.

II. Ausnahmezustand

1. Schmitts rechtstheoretischer Weg zum Ausnahmezustand

Zu Schmitts heute beinahe vergessenem Frühwerk gehört die Studie „Gesetz und Urteil“, die Schmitt noch während seiner Referendarszeit verfasste.³¹⁾ In dieser Arbeit legt sich Schmitt die für Rechtstheorie und Rechtspraxis gleichermaßen wichtige Frage vor, wann eine richterliche Entscheidung richtig sei.³²⁾

Schmitt hält die Annahme, der Richter dürfe einen Fall lediglich unter das Gesetz subsumieren, für praktisch widerlegt.³³⁾ Es sei undenkbar, „daß in einigen Paragraphen das vielgestaltige Leben eine erschöpfende Regelung fände (...)“.³⁴⁾ Auf rechtstheoretischer Ebene macht er geltend, mit Hilfe logischer Denkopoperationen lasse sich zwar der *vorhandene* Stoff systematisch erfassen, es sei aber nicht möglich, den im vorhandenen Rechtsstoff *fehlenden* normativen Gehalt zu generieren.³⁵⁾ Richter entscheiden Schmitt zufolge nicht mit Hilfe logischer Schlüsse aus dem Gesetz, sondern unter Zuhilfenahme von „tausend wissenschaftliche(n) Begriffe(n)“, „Berge(n) von Büchern“ und „Bibliotheken von Präjudizien“.³⁶⁾ Das hat seinen Grund darin, dass sie Urteilsbegründungen nicht primär für die durch das Rechtsverfahren betroffenen Laien verfassen, sondern für das gelehrte Publikum, d.h. für die in das Verfahren und den Instanzenzug eingebundenen Vertreter des Rechtsstabes. Richtern und Rechtsanwälten soll die Begründung zeigen, dass die Entscheidung des Richters auf das Gesetz zurückgeführt werden kann. Denn Gesetze und Präjudizien können eine Entscheidung nie vollständig determinieren,³⁷⁾ so dass der notwendigerweise verbleibende Ermessensspielraum durch eine Entscheidung des Richters gefüllt werden muss. Der Richter hat dann jedoch das Urteil mit seiner Begründung derart an den Gesetzestext zurückzu-

31) Zu Schmitts Referendardzeit in Düsseldorf und zur Entstehung von „Gesetz und Urteil“, s. *Mehring* (Fn. 2), S. 37 ff.

32) *Schmitt* (Fn. 3), S. 1.

33) *Schmitt* (Fn. 3), S. 2 f.

34) Dazu und zum Folgenden *Schmitt* (Fn. 3), S. 8 f.

35) *Schmitt* (Fn. 3), S. 13: Man könne „auf rein logischem Wege seine Kenntnisse wohl ordnen, nicht aber inhaltlich vermehren (...)“ – Ähnlich *Neumann*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, S. 298, 304.

36) *Schmitt* (Fn. 3), S. 9.

37) Zur schöpferischen Dimension jeder Rechtsprechung bereits *Binder*, Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 1935, S. 994. – S. ferner *Braun*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 2011, S. 373; *Dreier*, Rechtstheorie 2 (1971), 37, 41; *Hassemer*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Fn. 35), S. 251, 252, 260 f.; *Arthur Kaufmann*, JZ 1975, 337, 339; *Kudlich/Christensen*, JZ 2009, 943, 946; *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts. Ihre Aufgaben, ihre Methoden, 2013, S. 57 f.; *Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 1, 44; *Schuhr*, Rechtsdogmatik als Wissenschaft, 2006, S. 34 f.; *Rüthers*, JZ 2006, 53, 59; nur für Ausnahmekonstellationen *Neumann*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Fn. 35), S. 333, 336 f.

binden, dass Rechtsmittelrichter und andere Juristen in ihm keine willkürliche Dezision des Richters, sondern eine zulässige Fortschreibung der bisherigen Auslegung erkennen.³⁸⁾ Der Richter hat sich, in *Schmitts* Worten, um eine Begründung zu bemühen, die „der tatsächlich geübten Praxis entspricht (...).“ Wolle er von einer herrschenden Meinung abgehen, müsse er derart „einleuchtende“ Argumente verwenden, „daß die Abweichung im Bereich der Vorausssehbarkeit und Berechenbarkeit liegt.“³⁹⁾ Gelingt ihm eine solche Begründung, ist anzunehmen, dass ein anderer Richter ebenso entschieden hätte: In diesem Fall ist die Entscheidung richtig.⁴⁰⁾

Damit hat *Schmitt* eine plausible Theorie für den Normalfall des richterlichen Entscheidens entwickelt. Doch ist in „Gesetz und Urteil“ bereits der Kern der Lehre vom Zusammenhang zwischen Ausnahmezustand und Normgeltung angelegt.⁴¹⁾ Denn *Schmitt* ist sich bewusst, dass „außerhalb des positiven Gesetzesinhaltes gelegene Elemente“ bzw. „plötzlich eintretende Änderung des Rechtslebens“ das Gesetz in seiner tatsächlichen Geltung erschüttern können.⁴²⁾ Derartige Erschütterungen können Entscheidungen erfordern, die sich nicht mit den gängigen Begründungsmustern rechtfertigen lassen. Sind diese Entscheidungen deshalb falsch? Können sie rechtliche Geltung beanspruchen? Diese Fragen musste sich der mit dem Rechtsalltag befasste Referendar *Schmitt* nicht stellen. Doch sollten sie ihn schon bald einholen.

2. Zwischen Normallage und Ausnahmezustand

Mit Ausbruch des 1. Weltkrieges gelangte *Schmitt* in die Militärverwaltung.⁴³⁾ Dies verschaffte ihm die Möglichkeit, seinem Interesse für politische und rechtswissenschaftliche Ausnahmefälle nachzugehen,⁴⁴⁾ wies man ihn doch an, einen Bericht über den Belagerungszustand zu verfassen.⁴⁵⁾ Dieser galt seit Kriegsbeginn und stattete die Militärverwaltung mit weitreichenden Befugnissen, insbesondere einer gesetzesvertretenden Verordnungsgewalt, aus.⁴⁶⁾ *Schmitt* untersucht, wie die Übertragung der Exekutivgewalt auf die Militärverwaltung die Regeln des Strafprozessrechts verändert. Bemerkenswerterweise betont er, dass die Wahrnehmung strafprozessualer Befugnisse

38) *Kubiciel* (Fn. 37), S. 39, 44 f.

39) *Schmitt* (Fn. 3), S. 78. S. auch a.a.O., S. 113 f.

40) *Schmitt* (Fn. 3), S. 71.

41) Ähnlich *Hofmann* (Fn. 2), S. 31. – Andere Deutung bei *Korioth*, AöR 117 (1992), 212, 219, der in *Schmitts* Interesse an den Willkürelementen richterlichen Entscheidens eine Ankündigung seiner Beschäftigung mit dem Ausnahmefall sieht. Dies vernachlässigt jedoch, dass nicht nur der Ausnahme-, sondern auch der Normalfall zu einer Dezision zwingt.

42) *Schmitt* (Fn. 3), S. 113, 117.

43) *Mehring* (Fn. 2), S. 38 ff., 67 ff., 76 ff.

44) Bezeichnend für sein Interesse auch die Fn. 1 in *Schmitt*, AöR 16 (1929), 161.

45) Nachweis dieses Tagebucheintrags bei *Mehring* (Fn. 2), S. 88.

46) S. *Schmitt*, ZStW 38 (1917), 784, 785, 791. Umfassend dazu *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 5, 1978, S. 62 ff.

durch den Militärbefehlshaber deren Status nicht verändere; eine vom Militär angeordnete und durchgeführte Durchsuchung oder Beschlagnahme sei keine rein tatsächliche Handlung, sondern bleibe ein Rechtsakt.⁴⁷⁾ Dies zeigt eindeutig, dass *Schmitt* den Belagerungszustand keineswegs als militärisch verwalteten Naturzustand begreift: Einzelne Rechte mögen suspendiert, Kompetenzen verändert werden, die *rechtliche* Ordnung aber soll erhalten bleiben. Damit nicht genug: Die Strafrechtspflege stellt *Schmitt* unter einen besonderen Schutz, indem er den Zusammenhang von Strafe und deren Anordnung durch ein ordentliches staatliches Gericht betont. „Nur durch die Ausübung der Strafgerichtsbarkeit kann daher über den Strafanspruch des Staates verfügt werden. An dieser Besonderheit des staatlichen *jus puniendi* wird weder durch die Suspendierung von Verfassungsbestimmungen noch durch den Übergang der vollziehenden Gewalt etwas geändert.“⁴⁸⁾

3. Ausnahmezustand in Theorie und Praxis

In der nach der Habilitation erschienenen Studie „Diktatur und Belagerungszustand“⁴⁹⁾ verschärft *Schmitt* die Sprache. Der Gedanke der „Suspension der Rechtsordnung“ zum Zweck ihrer Erhaltung tritt nun deutlicher hervor.⁵⁰⁾ Im Belagerungszustand, so *Schmitt*, seien wegen der tatsächlichen Besonderheiten besondere rechtliche Maßnahmen wie die Verschärfung von Strafdrohungen und die Einführung von Blankettstrafbestimmungen erforderlich.⁵¹⁾ Das Wesen des Belagerungszustandes liege in der Außerkraftsetzung von Verfassungsbestimmungen, die der Erreichung des vom Militärbefehlshaber verfolgten Zweckes im Wege stünden; „sie bedeuten keine Schranke mehr für seine Tätigkeit.“⁵²⁾ Es werde „vom Recht ein rechtsfreier Raum abgesteckt (...), innerhalb dessen der Militärbefehlshaber jedes ihm geeignet erscheinende Mittel anwenden darf.“⁵³⁾ Insoweit trete „sozusagen eine Rückkehr zum Naturzustand“ ein.⁵⁴⁾

Dies stellt zwar einen eindeutigen terminologischen Bezug zu *Thomas Hobbes* her, erweist sich aber als begrifflich unscharf, wenn man die rechtspolitischen Konsequenzen berücksichtigt, die *Schmitt* aus seinem Ansatz zieht. Diese bleiben nämlich weit hinter dem zurück, was seine martialische Sprache vermuten lässt. Deutlich macht dies seine Haltung gegenüber den Ausnah-

47) *Schmitt*, ZStW 38 (1917), 783, 788.

48) *Schmitt*, ZStW 38 (1917), 783, 796. – Zwingend ist dies nicht, Schmitts Argumentation hätte durchaus den Übergang des allgemeinen Strafrechts auf die Militärgerichtsbarkeit zugelassen, vgl. auch *Schmitt*, ZStW 38 (1917), 138, 158 f.

49) *Schmitt*, ZStW 38 (1917), 138 ff.

50) Weitergehend *Hofmann* (Fn. 2), S. 53.

51) *Schmitt*, ZStW 38 (1917), 138, 143 ff., 153.

52) *Schmitt*, ZStW 38 (1917), 138, 159.

53) *Schmitt*, ZStW 38 (1917), 138, 159.

54) *Schmitt*, ZStW 38 (1917), 138, 159.

mebefugnissen des Reichspräsidenten nach Art. 48 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung (WRV). Danach war es dem Reichspräsidenten in Notlagen möglich, sämtliche „zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen“ zu treffen und zu diesem Zweck einzeln benannte Grundrechte außer Kraft zu setzen. Da sich Reichsregierung und Reichstag zu Beginn und Ende der Weimarer Republik in einem „chronischen Störungszustand“⁵⁵⁾ befanden, erwies sich allein der Reichspräsident als einigermaßen handlungsfähig.⁵⁶⁾ *Schmitt* stilisierte ihn zu einer über den Parteien stehenden, neutralen Instanz und kürte ihn zum Hüter der Verfassung.⁵⁷⁾ Jedoch sah er in dem Reichspräsidenten nur einen „kommissarischen Diktator“, dessen Notbefugnisse durch die Bindung an deren Zweck und das Verhältnismäßigkeitsprinzip begrenzt sind.⁵⁸⁾ Der Staat, schreibt *Schmitt* an anderer Stelle, habe sich wie jede Macht mit Gründen zu rechtfertigen, wobei die Rechtfertigung des Staates aus seiner Aufgabe folge, das Recht zu verwirklichen.⁵⁹⁾ Für die Notlage bedeute dies: Suspendierung des Rechts zum Zwecke seiner Verwirklichung.⁶⁰⁾ Das Ziel der Ausübung von Notbefugnissen ist daher die Wiederherstellung der verfassungsmäßigen Ordnung.⁶¹⁾ Bei der Auswahl der Mittel ist der Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.⁶²⁾ Auf diese Weise hält der Ausnahmezustand Anschluss an die Rechtsordnung.

Dies zeigt, dass *Schmitts* Hinweis auf den naturzustandsgleichen Ausnahmezustand hauptsächlich der staatstheoretischen Analyse dient⁶³⁾ und wohl auch seiner Neigung zu antithetischem Denken und Formulieren entspricht. In der verfassungspolitischen Realität redet *Schmitt* hingegen nicht dem Handeln unter den Bedingungen des rechtsfreien Naturzustandes das Wort,⁶⁴⁾ er propagiert kein „normativ ungebundenes“ Handeln,⁶⁵⁾ sondern spricht sich für die Anwendung

55) Treffend *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 7, 1984, S. 2.

56) *E.R. Huber* Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 6, 1981, S. 732 ff.

57) *Schmitt*, AöR 16 (1929), 161, 223 f., 233 ff.

58) Vgl. *Schmitt*, Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis hin zum proletarischen Klassenkampf, 1921, S. 33 ff., 134 ff. Dazu auch *Huber* (Fn. 56), S. 691 ff.; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, S. 600 f.

59) *Schmitt*, Der Wert des Staates (Fn. 3), S. 52, 54.

60) *Schmitt* (Fn. 58), S. IX.

61) Konkret ging es ihm um die Verhinderung einer totalitären Diktatur, vgl. seine Warnung vor der „Wendung zum totalen Staat“ in: Der Hüter der Verfassung (Fn. 16), S. 78 ff. – Zu dieser Motivlage *Huber* (Fn. 56), S. 747 f.; *Mehring* (Fn. 2), S. 123. Dass selbst die Befürwortung eines über Art. 48 Abs. 2 WRV hinausgehenden Notstandsplans im August 1932 von dieser Intention getragen war, zeigt *Huber*, in: Quaritsch (Fn. 24), S. 33, 39 ff.

62) *Huber* (Fn. 56), S. 692.

63) Vgl. *Isensee*, in: Brugger/Haverkate (Hrsg.), Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie, ARSP-Beiheft 84, 2002, S. 51, 66: „allgemeiner Begriff der Staatstheorie“.

64) Dies vernachlässigt *Hofmann* (Fn. 2), S. 60.

65) S. aber *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 2. Aufl. 2012, § 22 Rn. 10. – S. auch *Jahn* (Fn. 22), S. 95: „Das positive Recht verliert (...) seine Verbindlichkeit.“

begrenzter Notstandsrechte aus. Dies unterscheidet die kommissarische von der souveränen Diktatur, den Reichspräsidenten vom Leviathan und den Verfassungsrechtler *Schmitt* von dem Staatsphilosophen *Schmitt*.⁶⁶⁾ So gesehen, scheinen *Schmitts* – auf den ersten Blick ambivalenten– Aussagen zum „Ausnahmestand“ auch für eine liberale Strafrechtswissenschaft in zweifacher Weise anschlussfähig: Der absolute, naturzustandsgleiche Ausnahmestand kann als *Denkfigur* der rechtstheoretischen Analyse dienen, nicht jedoch als rechtspolitisches Modell für die Bewältigung real drohender Gefahren verwendet werden. Als rechtspolitisches Rechtfertigungsmodell könnte jedoch jene schwächere Version des Ausnahmestands herangezogen werden, die *Schmitt* in seinen Schriften zum Belagerungszustand entwickelte und die er selbst später als Vorlage zur Bewältigung der Weimarer Verfassungskrise nutzte.

4. Die Diskussion um den Ausnahmestand nach 1945

In der Zeit nach 1945 geriet die Lehre vom Ausnahmestand in Vergessenheit. Neben der Diskreditierung von *Schmitt* ist dies vor allem auf die erstaunlich schnelle Etablierung und Stabilisierung der Bundesrepublik Deutschland zurückzuführen.⁶⁷⁾ Zudem enthielt das Grundgesetz ab dem Jahr 1968 Regelungen für eine sog. Notstandsverfassung. So gesehen, schien der Ausnahmezustand einerseits weit entfernt und andererseits mit dem geltenden Recht bewältigt werden zu können. Eine Reaktivierung der Lehre *Schmitts* musste daher als unnötig erscheinen. Dies änderte sich im „deutschen Herbst“, als der Terrorismus der RAF Bundesregierung und Landesregierungen mehr als einmal zu Maßnahmen nötigte, für die es keine gesetzliche Grundlage gab⁶⁸⁾ und die – wenn überhaupt – mit Verweis auf einen „übergesetzlichen Notstand“ gerechtfertigt wurden.⁶⁹⁾ In seiner berühmten Freiburger Antrittsvorlesung machte *Böckenförde* hinter diesen Maßnahmen die Wiederkehr des „verdrängten Ausnahmestands“⁷⁰⁾ aus und unterbreitete Vorschläge zur begrifflichen Erfassung und rechtsstaatlichen Einhegung des Ausnahmezustan-

66) Zum Naturzustand *Hobbes*, *Leviathan*, 1970, S. 112 ff. (13. Kapitel); dazu *Kersting*, *Thomas Hobbes zur Einführung*, 2002, S. 107 ff. Zu den Unterschieden zwischen staatsphilosophischem und verfassungsrechtlich-rechtsphilosophischem Denken bei *Schmitt* vgl. *Isensee*, in: *Brugger/Haverkate* (Fn. 65), S. 69.

67) Zu letzterem *Volkmann*, *Merkur* 708 (2008), 369, 373.

68) Aus der Auflistung bei *Böckenförde*, *NJW* 1978, 1881, 1882; *Isensee*, in: *Brugger/Haverkate* (Fn. 63), S. 71: Kontaktsperre zwischen Strafgefangenen und Anwälten; Telefonüberwachung eines der Terrorismusunterstützung Verdächtigen; Anweisung der Landesregierung an untergeordnete Behörden, eine Gerichtsentscheidung nicht umzusetzen; Einsatz der GSG 9 im Ausland zur quasi-militärischen Geiselnbefreiung; Koordinierung der Antiterrormaßnahmen durch einen sog. „Großen Krisenstab“ im Kanzleramt unter Überschreitung von Zuständigkeitsgrenzen.

69) Kritisch dazu *Böckenförde*, *NJW* 1978, 1881, 1882 ff.; *Lübbe-Wolff*, *ZParlF* 1980, 111 ff.

70) *Böckenförde*, *NJW* 1978, 1881 ff. – Zu der bis in die Gegenwart fortdauernden Verdrängung von Grenzsituationen und der Scheu des Gesetzgebers, diese zu regeln, s. *Isensee*, in: *Brugger/Haverkate* (Fn. 63).), Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie, *ARSP-Beiheft* 84, 2002, S. 51, 66.

des.⁷¹⁾ Obgleich diese Arbeiten die Thesen *Schmitts* auf ein bis dato nicht erreichtes rechtsstaatliches Niveau hoben,⁷²⁾ versandete die Diskussion, noch bevor der deutsche Herbst endete.⁷³⁾ Auch nach der Wiederkehr des (nun islamistischen) Terrorismus in den Jahren nach 2001 gab es nur wenige Versuche, Regelungen, die in der Normallage undenkbar wären, als Ausnahmemassnahmen zum Schutz des Gemeinwesens zu rechtfertigen.⁷⁴⁾ Die h.M wies diese Ansätze zurück, wobei sie sich im Wesentlichen auf zwei Argumente stützte: Die Normierung von Ausnahmerechten, heißt es, könne zu einer Übertragung der für den Ausnahmezustand gestatteten „Rechts- und Wertverstöße auf andere, quantitativ oder kategorial sich unterscheidende Bereiche“ und damit zur Erosion der Konsensgrundlagen der Rechtsordnung führen.⁷⁵⁾ Dies ist eine klassische Dammbrech-Argumentation. Deren intuitive Plausibilität beruht jedoch vor allem darauf, dass sie die Sorge um ungewisse zukünftige Entwicklungen nutzt: Ein Dammbrech-Argument beschreibt Folgen, die viele befürchten und deren Eintritt niemand sicher ausschließen kann. Diese Struktur verleiht dem Einwand der schiefen Ebene das Potenzial, jede weitere Diskussion zu beenden; es ist ein „Argumentationsstopper“. Daher werden Slippery-Slope-Argumente in der angewandten Ethik nur anerkannt, wenn die perhorreszierten Folgen *sehr wahrscheinlich* eintreten werden.⁷⁶⁾ Dass aber von Sonderrechten zur Bewältigung außergewöhnlicher und existenzieller Notlagen großzügig Gebrauch gemacht wird, ist bei politisch stabilen Staaten hochgradig unwahrscheinlich: zu ungewöhnlich ist für diese die Anwendung von Sonderrechten, zu außergewöhnlich die von ihnen bekämpften Gefahren, als dass Ausnahmerechte Vorbildcharakter für die Bewältigung von Normallagenproblemen zukommen könnte.⁷⁷⁾

Stichhaltig ist hingegen der zweite Einwand, der gegen die Verwendung einer Ausnahmedogmatik bei der Bekämpfung des Terrorismus erhoben worden ist. Es bezieht sich auf die auch von

71) *Böckenförde*, NJW 1978, 1881, 1884 ff.; *ders.*, ZParlF 1980, 591 ff.; *ders.*, Festschr. f. Martin Hirsch, 1981, S. 259 ff. Zur rechtsstaatlichen Einhegung vgl. auch *Isensee* (Fn. 8), § 162 Rn. 100 f.

72) Vgl. *Hofmann*, Der Staat 44 (2005), 171, 180; *Volkmann*, Merkur Nr. 708 (2008), 369, 373.

73) Vgl. (befürwortend) *Isensee*, in: Peisl/Mohler (Hrsg.), Der Ernstfall, 1979, S. 98 ff.; (krit.) *Lübbe-Wolff*, ZParlF 1980, 111, 121 ff.

74) Vgl. zur Problematik der Tötung Unschuldiger in einem von Terroristen gekaperten Flugzeug *Isensee*, Festschr. f. Jakobs, S. 205, 230; *Merkel*, Die Zeit v. 18.7.2004, S. 33 f.; *Sachs-Murswiek*, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 2 Rn. 182a; *Pawlik*, JZ 2004, 1051, 1054 ff.; s. auch *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2/2004, Art. 20 Abs. 2 Rn. 40. Den Erklärungsansatz ablehnend hingegen *Höftling/Augsberg*, JZ 2005, 1080, 1086 ff.; *Augsberg*, in: Arndt u.a. (Hrsg.), Freiheit-Sicherheit-Öffentlichkeit, 2009, S. 17, 19 ff.; *Frankenberg*, Staatstechnik, 2010, S. 10, 231 ff., 261 ff.; *Wittig*, Festschr. f. Roxin, Bd. 1, 2011, S. 113, 127.

75) So *Höftling/Augsberg*, JZ 2005, 1080, 1087 f. Ähnlich *Augsberg* (Fn. 74), S. 28; *Pawlik*, JZ 2004, 1051, 1055; *Schmidt-Jortzig*, Festschr. f. Ress, 2005, S. 1569, 1578 f. So schon *Lübbe-Wolff*, ZParlF 1980, 111, 123.

76) *Sinnott-Armstrong/Fogelin*, Understanding Arguments: An Introduction to Informal Logic, 8. Aufl. 2009, S. 329. Vgl. ferner *R. Merkel*, Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, 2010, S. 285 ff.

77) Speziell zu § 89a StGB *Kubicziel* (Fn. 37), S. 233 f.

Schmitt herausgestellte Voraussetzung der Suspendierung von Rechten in Krisenlagen: Zu rechtfertigen sei dies nur in Situationen, in denen die Ordnung des Zusammenlebens tatsächlich gefährdet ist.⁷⁸⁾ Ein solches Potenzial hat der Terrorismus in gefestigten westlichen Demokratien nicht. Keine Terrororganisation hat die Fähigkeit, einen Staat wie Deutschland, Japan oder die USA an den Rand des Abgrundes zu führen.⁷⁹⁾ Dies unterscheidet Al-Kaida von den Folgen einer Finanzkrise, wie uns die Erfahrung der späten 1920er Jahre lehrt.

III. Finanzkrise

1. Ausnahmerecht in der Weltwirtschaftskrise der späten 1920er Jahre

Die am „schwarzen Freitag“ in New York ausgelöste Weltwirtschaftskrise traf das vom 1. Weltkrieg und dessen Folgen geschwächte Deutsche Reich mit Verzögerung, aber dafür mit voller Wucht. Ab 1929 befand sich das Wirtschafts-, Sozial- und Finanzsystem in einem Zustand fortschreitender Zerrüttung, sinkende Steuereinnahmen bei gleichzeitig emporschnellenden Arbeitslosenzahlen führten zu einer „katastrophalen Lage“.⁸⁰⁾ Um den völligen Zusammenbruch der Finanz- und Realwirtschaft zu verhindern, setzte eine Gesetzgebung ein, in der „eine Notverordnung der anderen“ folgte.⁸¹⁾ Deutschland wurde, nach einer Bemerkung des Verfassungshistorikers und Zeitzeugens *Ernst Rudolf Huber*, in den „wirtschaftlich-finanziellen Ausnahmezustand“ versetzt.⁸²⁾ Zu seiner Bewältigung wurde eine Vielzahl von Notverordnungen erlassen. So wurden alle in Deutschland ansässigen Privatpersonen und steuerpflichtigen juristischen Personen per Notverordnung dazu verpflichtet, ausländische Zahlungsmittel oder Forderungen in ausländischen Währungen der Reichsbank anzubieten und ihr auf deren Verlangen zu verkaufen. Bereits bei einem fahrlässigen Verstoß gegen diese Kapital- und Steuerfluchtverordnung musste auf Gefängnisstrafe erkannt werden, bei Vorsatz drohten bis zu zehn Jahre Zuchthausstrafe.⁸³⁾ Hinzu traten weitere Normen, etwa über die Preisüberwachung und Preissenkung, sowie ein Verbot bestimmter Bankgeschäfte, die ebenfalls mit Strafandrohungen verknüpft wurden.⁸⁴⁾ In der Rechtswissenschaft

78) *Höfling/Augsberg*, JZ 2005, 1080, 1086; *Hofmann* (Fn. 2), S. 68.

79) *Höfling/Augsberg*, JZ 2005, 1080, 1086.

80) So *Huber* (Fn. 56), S. 702 f.

81) *Stoll*, AcP 134 (1931), 338 f.

82) *Huber* (Fn. 56), S. 767 f.

83) Zum Ganzen *Bernard*, JW 1931, 2058, 2059. Vgl. ferner *Grünhut*, Festgabe der juristischen Fakultät zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. 5, 1929, S. 116 ff.; *Jescheck*, JZ 1959, 457; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Bd. 1, 1976, S. 43 f.; *Werner*, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus, 1991, S. 40 ff.

84) 4. Notverordnung vom 8.12.1931, RGBl. I, S. 702, 704. Vgl. dazu *Rauch*, ZStW 58 (1939) 75, 86 und die Kritik an dem im „Übermaß erzeugten Sonderrecht“ (a.a.O., S. 97 f.).

wurde diese Ausweitung des Strafrechts zwar vereinzelt beklagt,⁸⁵⁾ die Notverordnungen enthielten jedoch nicht in jeder Hinsicht ein vom Recht der Normallage abweichendes, völlig neuartiges Ausnahmerecht: Bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts hatte sich der deutsche Staat in einen „Wirtschaftsstaat“ gewandelt, der massiv in die Privatwirtschaft eingriff und diese lenkte.⁸⁶⁾ Dazu nutzte er auch das Strafrecht. Daher konnte *Max Ernst Mayer* schon im Jahr 1903 das wirtschaftssteuernde Nebenstrafrecht entdecken: In „der entwickelten Rechtsordnung unserer Tage“ gebe es im Strafrecht „specialisierte Bestimmungen“, die nicht auf Kulturnormen beruhten, sondern nur für einen „besonderen Verkehr“ spezielle Pflichten statuierten.⁸⁷⁾ Die Zahl wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Primärnormen, die unter Strafantrohung gestellt wurden, nahm während des 1. Weltkrieges derart zu,⁸⁸⁾ dass die strafrechtliche Absicherung wirtschaftlicher Primärnormen zu Beginn der Weltwirtschaftskrise bereits eine etablierte Form der Strafgesetzgebung darstellte. Der „Sprung“ aus dem Rahmen des Strafrechts liegt daher nicht in der Verwendung dieser Gesetzgebungstechnik, sondern in den strafrechtlich abgesicherten Primärnormen: Preiskontrolle, Kontrahierungszwang, Einschränkung des Kapitalverkehrs – *dies* sind Abweichungen vom Recht der Normallage, die sich nur als Instrumente rechtfertigen lassen, um in „erschütternden Zeiten wirtschaftlicher Not (...) die Ordnung der Lebensbeziehungen aufrechtzuerhalten und der Gefahr des Chaos entgegenzutreten (...).“⁸⁹⁾ Hinzu kommt, dass die Primärnormen teils unter drastische, mit dem Prinzip schuldangemessenen Strafens schwer zu vereinbarenden Strafantrohungen gestellt wurden.

2. Ausnahmestrafrecht zur Verhinderung oder Bewältigung künftiger Finanzkrisen?

Verglichen mit der Notstandsgesetzgebung in der Weimarer Republik, nimmt sich die bisherige Reaktion des deutschen Strafgesetzgebers auf die gegenwärtige Finanzkrise harmlos aus. Bislang wurde lediglich § 54 a in das Gesetz über das Kreditwesen (KWG) aufgenommen. Die Vorschrift droht demjenigen Strafe an, der nicht dafür Sorge trägt, dass ein Finanzinstitut oder eine Finanzunternehmensgruppe über eine vorgeschriebene Risikominimierungsstrategie, ein dementsprechendes Verfahren oder Konzept verfügt, und hierdurch eine Bestandsgefährdung des Instituts, des übergeordneten Unternehmens oder eines gruppenangehörigen Instituts herbeiführt.⁹⁰⁾ Es ist

85) *Stoll*, AcP 134 (1931), 338, 355. Krit. auch *Grünhut*, ZStW 53 (1934) 1, 3.

86) Dazu *Schmitt*, Der Hüter der Verfassung (Fn. 16), S. 80 ff.

87) *Mayer*, Rechtsnorm und Kulturnorm, 1903, S. 22 ff.

88) Dazu *Meyer*, LZ 1918, 185 ff. (der von mehr als 40000 Strafnormen spricht) sowie *Tiedemann*, GA 1969, 71, 73 f.

89) So *Schlegelberger*, JW 1931, 2057, in einer Vorbemerkung zu der Notverordnung über den Verkehr mit Devisen und der Notverordnung gegen die Kapital- und Steuerflucht.

90) S. dazu *Hamm/Richter*, WM 2013, 865 ff.; *Jahn*, FAZ v. 31.7.2013, S. 19; *Kasiske*, ZIS 2013, 257 ff; *Kubicziel*, StV 10/2013, Editorial.

jedoch mehr als fraglich, ob diese Vorschrift ein Aufleben der Finanzkrise verhindern kann. Daher ist nach der Zulässigkeit strafrechtlicher Sondervorschriften zu fragen. Sollte sich die Finanzkrise verschärfen und die hoch verschuldete Bundesrepublik mit voller Wucht treffen, dürften weitere (strafrechtliche) Maßnahmen notwendig werden, um das Finanzsystem, die Gesamtwirtschaft und die Sozialordnung zu stabilisieren. Der Blick zurück auf die Weltwirtschaftskrise mag eine Vorahnung davon vermittelt haben, dass es in einem solchen Fall nicht bei einer „vorsichtigen, systemkonformen Weiterentwicklung“⁹¹⁾ des Strafrechts wird bleiben können.

Vor diesem aktuellen Hintergrund stellt sich der Strafrechtswissenschaft die Frage nach der Zulässigkeit strafrechtlicher Ausnahmevorschriften. Die Strafrechtswissenschaft, die nach ihrem Selbstverständnis den Gesetzgeber beraten und kontrollieren will,⁹²⁾ kann dieser Frage nicht ausweichen. Im Gegenteil: Sie muss für den Fall der Rückkehr der Finanzkrise „rationale Vorsorge“ treffen.⁹³⁾ Insbesondere sollte sie den Rahmen abstecken, den der Gesetzgeber in exzeptionellen Situationen zu respektieren hat. Denn der Gesetzgeber kann auch in Ausnahmefällen nicht normativ ungebunden agieren. Zwar verlangt die Verfassungsordnung keine Selbstaufgabe der Rechtsgemeinschaft,⁹⁴⁾ sondern im Gegenteil deren Verteidigung,⁹⁵⁾ um einem „Ableiten des Notstands in die Rechtslosigkeit vorzubeugen.“⁹⁶⁾ Zu diesem Zweck dürfen auch Verfassungsnormen und Grundrechte eingeschränkt oder außer Kraft gesetzt werden. Verteidigt wird aber kein hobbesianischer Machtapparat, verteidigt wird die Rechts- und Verfassungsordnung.⁹⁷⁾ Es geht also nicht um eine Suspendierung *der* Verfassung, sondern um Ausnahmen *im* Verfassungssystem.⁹⁸⁾

Folglich sind auch Ausnahmetatbeständen, die sich nach Form oder Inhalt nicht an die Struktur des geltenden Strafrechts anschließen lassen, Grenzen gesetzt.⁹⁹⁾ An welche „konzertierte Prinzipien“ und „grundlegende Rechtsprinzipien“ könnte die Strafgesetzgebung in einer Ausnahmelage

91) Dies aber als Alternative zu Ausnahmeregelungen nennend *Augsberg* (Fn. 74), S. 38.

92) Zur kriminalpolitischen Funktion der Strafrechtswissenschaft *Kindhäuser*, ZStW 121 (2009), 954 ff.; *Kubiciel* (Fn. 37), S. 14 ff.

93) So *Isensee*, in: *Brugger/Haverkate* (Fn. 63), S. 70; ähnlich bereits *Böckenförde*, NJW 1978, 1881, 1886 ff.; *Stoll*, AcP 134 (1931), 338, 352 f.

94) *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1980, S. 1336.

95) Treffend *Hesse*, JZ 1960, 105, 108: „Eine Verfassung, die in Notzeiten nicht gehalten werden kann, verfehlt ihren Sinn.“

96) *Maunz/Dürig-Epping*, GG, Bd. 7, 64. Lieferung 2012, Art. 115a Rn. 14.

97) Zutreffend *Isensee*, in: *Brugger/Haverkate* (Fn. 63), S. 65 f.

98) Treffend *Isensee* (Fn. 70), S. 111; zustimmend *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau-Hopfau*, GG, 12. Aufl. 2011, Vorbem. Art. 115a Rn. 2.

99) Dass für das ungeschriebene Notrecht Grenzen und Rechtsgrundsätze gelten, betonen auch v. *Mangoldt/Klein/Starck-Grote*, GG, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 115a Rn. 6; *Stern* (Fn. 58), S. 1332.

gebunden sein.¹⁰⁰⁾ Zu nennen ist zuvorderst das Demokratieprinzip. Es verlangt, dass die intrikate Entscheidung, ob eine Ausnahmelage eingetreten ist oder nicht, von einer demokratisch legitimierte Institution getroffen wird, nicht von der Exekutive. Die Feststellung einer Systemgefährdung des Finanzwesens, ist daher vom Bundestag zu treffen, nicht von der BaFin oder der deutschen oder europäischen Zentralbank. Sodann ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten und zwar in zweifacher Weise: Zum einen ist die Einführung von Ausnahmestraftatbeständen *ultima ratio*, so dass sich derartige Maßnahmen verbieten, wenn der Gefahr mit dem existierenden rechtlichen Repertoire begegnet werden kann.¹⁰¹⁾ Zum zweiten müssen Ausnahmenvorschriften, sollten sie notwendig werden, ihrerseits verhältnismäßig sein.¹⁰²⁾ Welche Normen strafrechtlich durchgesetzt werden müssen und dürfen, ist im Einzelfall durch eine Abwägung von grundrechtlichen Schutzpflichten mit den betroffenen Freiheitsrechten zu bestimmen.¹⁰³⁾ Welche Maßnahmen auch immer notwendig sein sollten – sie dürfen jedenfalls nur vorübergehenden Charakter haben,¹⁰⁴⁾ da sie der Wiederherstellung der Normallage und nicht der Perpetuierung der Ausnahmelage dienen. Daher ist es ratsam, Ausnahmenvorschriften nur für einen von vornherein begrenzten Anwendungszeitraum in Kraft zu setzen, der ggfs. verlängert werden kann. Zu berücksichtigen hat der Gesetzgeber ferner, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Strafrecht durch das Verbot der Schuldüberschreitung konkretisiert wird.¹⁰⁵⁾ Das Schuldüberschreitungsverbot besagt, dass die Höhe der Strafe auch dann das Maß der Tatschuld nicht überschreiten darf, wenn Abschreckungsinteressen eine längere Inhaftierung als wünschenswert erscheinen lassen.¹⁰⁶⁾ Zwar handelt es sich bei der Tatschuld um einen dehnbaren Maßstab, doch verhindert er zumindest „schlechthin schuldunangemessene“¹⁰⁷⁾ Strafen; mehr vermag dieses Kriterium auch in der „Normallage“ nicht zu leisten.¹⁰⁸⁾ Immerhin wird eine besonders besorgniserregende „Weiterentwicklung“ des geltenden Strafrechts verhindert. Das Strafrecht mit der Strafe als seiner kennzeichnenden Rechtsfolge reagiert auf schuldhaftes Verhalten. Wer hingegen die Rechtsfolge von der Tat, d.h. die Strafe von der Schuld löst, schafft folglich kein *Strafrecht*, sondern ein echtes

100) Vgl. zu dieser Rückbindung von Entscheidungen in unregulierten Bereichen *Hassemer*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Fn. 35), S. 251, 256 f.

101) *Stern* (Fn. 58), S. 1338.

102) *Böckenförde*, NJW 1978, 1881, 1890; Mangoldt/Klein/Starck-Grote, Art. 115a Rn. 6; *Schuppert*, AöR 120 (1995), 32, 85.

103) So auch *Böckenförde*, Festschr. f. Martin Huber, S. 259, 264 ff.; *Isensee*, in: Brugger/Haverkate (Fn. 63), S. 72; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1980, S. 1336, 1338.

104) *Stoll*, AcP 134 (1931), 338, 355.

105) Zum Schuldüberschreitungsverbot *Kubicziel* (Fn. 37), S. 247 ff.

106) *Roxin* (Fn. 28), § 3 Rn. 52.

107) Vgl. BVerfGE 120, 224, 241.

108) *Kubicziel* (Fn. 37), S. 248 ff.

Ausnahmerecht, das wegen der Aufgabe des Schuldprinzips und des daraus resultierenden Fehlens eines Maßstabs für die Bemessung der Rechtsfolge schwerlich zu rechtfertigen ist. Zudem sperrt sich die Bindung der Strafe an die Schuld gegen die oben geschilderten Versuche, Personen zu Abschreckungszwecken zu bestrafen, obwohl ihr Handeln zur Tatzeit nicht strafbar gewesen ist. Schließlich sei noch auf einen anderen Inhalt der hier skizzierten „strafrechtlichen Notstandsverfassung“ hingewiesen: Auch in der Ausnahmelage darf es keine „gerichtsfreien Räume“, sondern lediglich Rechtsmittelbeschränkungen geben, wie sie bereits jetzt in Notstandsgesetzen enthalten sind.¹⁰⁹⁾

Werden diese Grenzen auch in der Notlage respektiert, bleiben die Verbindungen zur Normallage erhalten, von der wir alle hoffen, dass wir sie niemals verlieren werden!

109) S. Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau-Hopfau, GG, 12. Aufl. 2011, Vorbem. Art. 115a Rn. 37 m.w.N.